

Agustín Grijalva Jiménez

Constitucionalismo en Ecuador

*Pensamiento
Jurídico
Contemporáneo*

5

Corte Constitucional para el Período de Transición
Quito - Ecuador

Constitucionalismo en Ecuador

Constitucionalismo en Ecuador

Agustín Grijalva Jiménez

Quito - Ecuador



Grijalva Jiménez, Agustín
Constitucionalismo en Ecuador / Agustín Grijalva Jiménez. 1ª ed.- Quito: Corte
Constitucional para el Período de Transición, 2011. (Pensamiento jurídico contemporá-
neo, 5)

290 p.; 15x21 cm + CD-ROM

ISBN: 978-9942-07-050-0

Derechos de Autor: 036558

1. Derecho constitucional - Ecuador. 2. Historia del derecho. 3. Justicia constitucional. 4.
Garantías constitucionales y derechos constitucionales. I. Título. II. Serie.
CDD: 342.866 CDU: 342(866) LC: KHK2919.G7 2011 Cutter-Sanborn: G857

Catalogación en la Fuente: Biblioteca Corte Constitucional

Corte Constitucional para el Período de Transición

Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC)

Patricio Pazmiño Freire
*Presidente de la Corte Constitucional
para el Período de Transición*

Juan Montaña Pinto
Director Ejecutivo del CEDEC

Dunia Martínez Molina
Coordinadora de Publicaciones del CEDEC

Agustín Grijalva Jiménez
Autor

Miguel Romero Flores
Corrector de Estilo

Juan Francisco Salazar
Diseño de Portadas

Corte Constitucional
Av. 12 de Octubre N16-114
y Pasaje Nicolás Jiménez. 2º piso.
Tels.: (593-2) 2565-177 / 2565-170
www.corteconstitucional.gob.ec

Imprenta: RisperGraf C.A.
Quito, Ecuador, septiembre 2011

*Todos los derechos reservados. Esta obra no expresa ni compromete el criterio de los jueces de la Corte
Constitucional. Se autoriza su reproducción siempre que se cite la fuente.*

*A mi hijo
David Francisco, luz de cada día.*

Índice

Presentación	13
<i>Patricio Pazmiño Freire</i>	

Introducción	17
--------------------	----

CAPÍTULO 1 PANORAMA GENERAL

I. Panorama básico de la nueva Constitución.	
Principales innovaciones en la	
Constitución ecuatoriana de 2008	23
1. Rol del Estado en la economía	23
2. Derechos y garantías	25
3. Plurinacionalidad	28
4. Nuevas funciones: participación y función electoral	31
5. Organización territorial	32
II. El fundamento constitucional de la nueva economía	35
1. La economía social	35
2. La economía solidaria	37
Primer principio: el ser humano como sujeto y fin	37
Segundo principio: el equilibrio en la relación	
sociedad-estado-mercado	39
Tercer principio: la armonía con la naturaleza	42
Cuarto principio: el <i>sumak kawsay</i>	43
Quinto principio: la economía social	
y solidaria y plurinacionalidad	47

CAPÍTULO 2
DERECHOS

I. Derechos humanos y democracia: complementariedades y tensiones	51
Introducción	51
1. Las tensiones	53
2. Las complementariedades	56
3. Políticas públicas y derechos humanos	58
II. Régimen constitucional de la biodiversidad, patrimonio natural y ecosistemas frágiles; y recursos naturales	67
Introducción	67
1. Biodiversidad, soberanía, interés público y nacional	69
2. Desarrollo y áreas intangibles	74
3. Propiedad, ambiente y agua	83
4. Conclusiones	87
5. Bibliografía	88
III. El Estado plurinacional e intercultural en la Constitución ecuatoriana de 2008	91
1. Constitucionalismo plurinacional e intercultural	91
2. Plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador	96
2.1. La Constitución de 1998	96
2.2. ¿Plurinacionalidad o interculturalidad?	99
2.3. Avances y límites en el fortalecimiento de los derechos colectivos	101
2.4. La jurisdicción indígena	105
IV. Problemas sociojurídicos de la familia transnacional en Ecuador	109
1. Matrimonio, residencia y migración	110
2. Patria potestad y migración	115
3. Familia, derechos sociales y migración	120

V. Voto de la mujer y extensión del sufragio	123
1. Modernización Juliana y sufragio, 1925-1944	124
1.1. El voto de la mujer	128
1.1.1. Antecedentes históricos	128
1.1.2. El liberalismo y el voto de la mujer	133
1.1.3. El establecimiento del voto femenino en 1929	137
1.1.4. El voto femenino en las constituciones posteriores a la de 1929	142
1.2. Representación de las minorías	144
1.3. La representación funcional	148
1.3.1. La Constitución de 1929	148
1.3.2. La Constitución de 1945	151
1.3.3. La Constitución de 1946	151
1.3.4. La Constitución de 1967	152
2. <i>La Gloriosa</i> y la libertad electoral, 1944-1972	152
2.1. La creación de organismos electorales independientes	156
2.2. Las constituciones posteriores	158
2.3. El voto obligatorio	160
3. Bibliografía	164

CAPÍTULO 3 JUSTICIA CONSTITUCIONAL

I. Evolución histórica del control constitucional en Ecuador	169
1. Soberanía parlamentaria (1830-1945)	172
2. Surgimiento y desarrollo del Tribunal Constitucional (1945-1996)	177
3. Desafíos de institucionalización (1995 hasta la actualidad)	184
3.1. Las reformas de 1995 y 1996 y la Constitución de 1998	184
3.2. Los tipos de control constitucional en la Constitución de 2008	188
4. Bibliografía	192

II. Independencia, acceso y eficiencia	
de la justicia constitucional en Ecuador	195
1. Independencia	196
1.1. ¿Qué es independencia?	196
1.2. Importancia política de la independencia	
de la Corte Constitucional	201
1.3. Independencia judicial y democracia	204
2. Acceso	205
2.1. Acceso formal	206
2.2. Acceso material y social	209
3. Eficiencia	212
4. Bibliografía	214
III. Interpretación constitucional, jurisdicción ordinaria	
y Corte Constitucional	215
1. De la soberanía parlamentaria al control constitucional	215
2. La Corte como intérprete máximo de la Constitución	219
2.1. ¿Cuántos intérpretes tiene la Constitución?	219
2.2. La Corte Constitucional no es órgano consultivo	222
3. Interpretación constitucional y derechos	226
4. Interpretación constitucional y justicia ordinaria	230
4.1. Las garantías jurisdiccionales y la jurisprudencia	
vinculante de la Corte Constitucional	231
4.2. La acción extraordinaria de protección	233
4.3. El debido proceso constitucional	235
IV. Las garantías constitucionales en Ecuador: doctrina	
y evolución en las constituciones de 1998 y de 2008	237
1. El concepto de garantía	238
2. Tipologías doctrinarias	240
2.1. Garantías según su alcance: primarias y secundarias	240
2.2. Según los sujetos que las prestan:	
garantías institucionales y sociales	240
2.2.1. Las garantías políticas	242
2.2.2. Garantías jurisdiccionales	244
3. Las garantías en la Constitución ecuatoriana de 1998	244

4.	Las garantías en la Constitución de 2008	249
5.	Un primer balance de las garantías jurisdiccionales	253
5.1.	La acción de protección	255
5.2.	La acción extraordinaria de protección	257
5.3.	El hábeas corpus	259
5.4.	La acción de incumplimiento	260
5.5.	Acceso a la información pública	261
5.6.	Hábeas data	261
6.	Cambios en la cultura constitucional	261
7.	Bibliografía	264
V.	La acción extraordinaria de protección	267
1.	Antecedentes históricos y proceso constituyente	267
2.	La Constitución de 2008	274
3.	El debido proceso constitucional	276
4.	Las relaciones entre casación y control constitucional	277
5.	La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC)	278
5.1.	Requisitos de la demanda	279
5.2.	Admisibilidad	281
6.	Medidas cautelares	284
7.	Efectos sobre autos y sentencias	285
8.	Conclusiones	286
9.	Bibliografía	286
	Fuentes de los ensayos	289

Presentación

Patricio Pazmiño Freire

Recuerdo que una de las primeras cosas que me enseñaron en la escuela, o por lo menos, una de las primeras cosas que me interesó cuando comencé mi educación primaria fue el del uso y función del adjetivo. A mí me dijeron, y a muchos de mi generación, que el adjetivo califica al sustantivo. En ese momento no entendí bien lo que eso significaba. Más adelante, ya en la secundaria, comprendí que calificar era darle valor a algo, en este caso al sujeto y a la acción; y ya nunca más lo olvidé.

Si alguien hoy me preguntara cuáles son los adjetivos que ilustran, que permiten comprender este tiempo turbulento en que vivimos, yo respondería, sin vacilación: confusión y esperanza. Nos han dicho, y yo creo firmemente que transitamos por los caminos de la transformación; que estamos construyendo una nueva vida para Ecuador. Y a muchos, esa situación nos da fuerza para vivir y esperanza para enfrentar el futuro. Yo por ejemplo creo que desde hace algunos años, los ecuatorianos estamos empeñados en una transformación cultural: la revolución pacífica de los derechos. Creo también que para que esa transformación llegue a buen puerto se requiere de una serie de cambios institucionales ineludibles. Además estoy convencido, aunque con vacilaciones y errores, que hemos caminado un buen trecho de esta ronda pedregosa por el cambio. También considero, y no quiero dejar de decirlo, que nos falta mucho por construir y consolidar; y que por eso, a pesar de las diferencias políticas que a veces nos amargan y nos separan, debemos estar hoy más alertas y unidos que nunca en la construcción y consolidación de aquello que nos

une, que no es otra cosa que ese nuevo país que buscamos y anhelamos todos.

Constitucionalismo en Ecuador, el libro de Agustín Grijalva, que la Corte Constitucional, por intermedio de su Centro de Estudios, presenta hoy al público, no habla precisamente de esa ilusión y de esa esperanza por un Ecuador distinto, aquel dibujado por la Constitución de 2008, donde el Estado tenga como finalidad de su accionar y límite último la eficacia de los derechos. Es un libro importante, no solo porque condensa el pensamiento y las esperanzas de un jurista ecuatoriano progresista, que vive y piensa en el Ecuador, sobre este proceso de cambio cultural y jurídico, sino porque también refleja sus limitaciones y contradicciones; y en medio de eso, nos da pistas, nos alerta, sobre el camino a seguir, y sobre aquellos “malos pasos” que deberíamos evitar, de ser posible.

Agustín Grijalva presenta una visión panorámica, pero no por ello superficial, del constitucionalismo ecuatoriano y sus retos, desarrollada en tres capítulos. En el primero, el autor ofrece al lector una visión general del modelo constitucional vigente con especial interés y atención en la llamada Constitución económica y en el fundamento constitucional de la nueva economía.

En el segundo capítulo, titulado “Derechos”, Grijalva estudia la relación derechos humanos y democracia y los retos del régimen constitucional en algunos temas importantes, todavía no resueltos, o a su modo de ver no bien resueltos por los constituyentes de Montecristi: la relación del Estado y el modelo económico con la biodiversidad, los vacíos de la regulación constitucional y legal de la familia, sorda a juicio del autor, a los cambios e incidencia de la globalización y migración; y al rol de la mujer en la vida política ecuatoriana, en su opinión, todavía subordinado a pesar de la transversalización constitucional y legal del principio de igualdad y no discriminación.

El capítulo final, a mi juicio el más importante, es un estudio teórico, pero también un examen crítico de uno de los elementos básicos del nuevo modelo constitucional ecuatoriano: la justicia constitucional y sus principales retos, la correcta comprensión y alcance de la interpretación constitucional; y la evolución y nuevos desafíos de las garantías constitucionales. Temas que son condición sine qua non para la efectividad de la Constitución y que nos interpelan a todos, especialmente a aquellos que

como yo, tenemos la grave responsabilidad de estructurar y conducir la justicia constitucional ecuatoriana en estos tiempos turbulentos de la transición.

Personalmente coincido en mucho de lo que esboza Grijalva en este libro y comparto algunas de sus preocupaciones; en otros casos veo en sus planteamientos algo de idealismo y de cierta falta de comprensión del proceso histórico, político e institucional que vivimos. El constitucionalismo pospositivista que defiende la Constitución, y que muchos de nosotros asumimos con entusiasmo, nos enseña que el derecho, y el derecho constitucional en particular, si es que quiere ser normativo y transformador, no puede alejarse de las condiciones y los contextos en que se desarrolla. No es lo mismo el constitucionalismo en Alemania, en Francia, en EE.UU., o más cerca, en Colombia que en nuestro país y en nuestras condiciones, y eso a veces olvida Grijalva en sus páginas.

Aún así, reconozco en el libro de Agustín un intento serio y ponderado de poner al debate algunos elementos de ciertas teorías transnacionales del derecho que circulan hoy día por la región, con algunos asuntos capitales para todos los ecuatorianos; y esta es la razón que explica que su obra ha sido publicada por el Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional bajo nuestra iniciativa.

Ahora corresponde al lector crítico realizar sus propias relaciones de esta publicación, justo homenaje al esfuerzo y constancia académica del autor. Invito a estudiar y debatir *Constitucionalismo en Ecuador* para seguir construyendo colectivamente una cultura y práctica jurídica más democrática, más constitucional.

Patricio Pazmiño Freire

Presidente de la Corte Constitucional para el Período de Transición

Introducción

Lo que Ricardo Guastini ha llamado el proceso de constitucionalización,¹ es decir, la irradiación gradual de la Constitución sobre el Derecho, las instituciones y la política, es sin duda uno de los fenómenos jurídico-políticos que marcan nuestra época.

Este proceso, no obstante, no es lineal, no está exento de profundas contradicciones e incluso retrocesos. La Constitución para abrirse camino y regir como norma jurídica suprema debe sobrepasar los arraigados conceptos y métodos legalistas del positivismo clásico, la renuencia de la clase política, incluso de sectores democráticos, a limitar sus decisiones mediante derechos y procedimientos constitucionales. La constitucionalización, por otra parte, implica gestar una institucionalidad que asegure la eficacia de tales derechos.

Los artículos compilados para esta publicación, aunque escritos en diversos tiempos, tiene en común esta *preocupación por los términos del proceso de constitucionalización en Ecuador*. Preocupación que se ha orientado a dos planos principales: el de los derechos y el de la justicia constitucional.

Para introducir el estudio de estas dos grandes temáticas, la obra presenta primero un panorama básico sobre las innovaciones de la Constitución de 2008, con algún énfasis en los cambios de tipo económico. Posteriormente, la sección de derechos aborda sus relaciones con la

1 Guastini, Ricardo. “La constitucionalización del ordenamiento: el caso italiano”. *Estudios de teoría constitucional*. México, D.F., UNAM-IIJ-Fontamara, 2001.

democracia, la evolución histórica de los derechos políticos, especialmente de la mujer, en Ecuador, los derechos culturales, ambientales y nuevos desafíos a derechos de los miembros de las familias transnacionales.

La segunda sección del libro expresa preocupaciones de orden orgánico referidas especialmente a la justicia constitucional y a la justicia ordinaria. En efecto, la constitucionalización de un sistema jurídico y político no es posible sin jueces, cortes y garantías adecuados. La efectividad de la Constitución requiere un andamiaje institucional más allá del aspecto normativo pero en estrecha relación con este. En particular, el fortalecimiento de un Tribunal o Corte Constitucional constituye un componente básico de un sistema constitucionalizado en cuanto tal Corte implica un órgano de cierre que provee de un sistema de unificación de jurisprudencia. Así mismo, la Corte Constitucional colabora o debe colaborar sustancialmente en encauzar dentro del marco constitucional la actividad de legisladores, jueces y en general autoridades públicas.

En estos artículos busco escapar de la mera exégesis de las normas estudiadas. Se pretende tanto una crítica interna, proveniente de una dogmática que no se limite a la descripción de instituciones, sino que examine su coherencia jurídica y valores; como busco también una crítica externa, proveniente de la interrelación de estas normas con variables históricas, políticas y culturales.

El presente libro aparece en un momento de importantes desafíos para el constitucionalismo ecuatoriano, así que mi intención y anhelo con la presente publicación es contribuir en algún grado en dirección positiva en este proceso. En efecto, el constitucionalismo ecuatoriano se mueve actualmente entre múltiples y hasta paradójicos desarrollos. En todo caso algo positivo a destacar es su actual apertura a enfoques y conceptos modernos, más críticos e interdisciplinarios, respecto a los cuales es necesaria una recepción adecuada, y cuya incidencia se proyecta sobre el Derecho ecuatoriano en general.

La adecuación de esta recepción depende en mi opinión de varias condiciones: 1) que los nuevos enfoques e instituciones sean correctamente entendidos, estudiados y de ser del caso aplicados; 2) que sea una recepción activa pero crítica, es decir, que no haya una adopción mecánica de ideas y experiencias de otras latitudes que no responden a nuestra realidad, pero que por otro lado, como sucede en los sistemas constitucionales más

desarrollados, nos comuniquemos más activamente con la circulación internacional de doctrina, de jurisprudencia e instituciones; 3) que este proceso provea las bases para una cada vez mejor y más original producción doctrinal, jurisprudencial y legislativa.

En definitiva, ninguna Constitución será nueva ni adquirirá mayor vida si no vamos renovando el constitucionalismo y la cultura jurídica del país. Pongo a consideración de los lectores este libro con la esperanza y la convicción de que cada vez esta tendencia renovadora será más fuerte, más sólida técnica y argumentativamente, cada vez más comprometida en la defensa de los derechos y la democracia.

Debo destacar el decisivo apoyo financiero que para la producción de varios de estos ensayos he recibido tanto de la Universidad Andina Simón Bolívar, como del Centro de Estudios Latinoamericanos de la Universidad de Pittsburgh, en Estados Unidos.

No puedo finalizar sin agradecer sentidamente al Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional y en particular a su director, Juan Montaña Pinto y a Dunia Martínez, por su entusiasmo y generosidad al impulsar la publicación de esta obra.

Agustín Grijalva Jiménez, PhD

Capítulo 1

Panorama general

Panorama básico de la nueva Constitución. Principales innovaciones en la Constitución de Ecuador de 2008

Se analizan a continuación cinco temas claves en la nueva Constitución de Ecuador, apuntando en cada caso los avances, retrocesos o vacíos respecto a la Constitución ecuatoriana anterior, codificada en 1998.

En Ecuador, como en otros países de América Latina, los partidos tradicionales vienen sufriendo fuertes reveses electorales. La elección de Rafael Correa como presidente de la República, en enero de 2007, expresa justamente esta crisis puesto que su campaña se basó en la crítica a estos partidos, la oposición a las políticas neoliberales y la propuesta de convocatoria a una consulta popular para elegir a una Asamblea Constituyente. La consulta se realizó en abril de 2007 y los resultados apoyaron la convocatoria a esta Asamblea, la cual preparó el proyecto de Constitución. El 28 de septiembre de 2008 este proyecto fue aprobado con 64 por ciento de los votos válidos, convirtiéndose en la nueva Constitución de Ecuador, la cual contiene 444 artículos. Es una Constitución que recoge, en buena parte, instituciones y derechos de la Constitución codificada de 1998, pero al tiempo presenta un desarrollo más detallado y una serie de innovaciones importantes, parte de las cuales se reseñan a continuación.

1. Rol del Estado en la economía

La Constitución de 2008 fortalece el rol del Estado en la economía, el cual según la Carta política debe orientarse a garantizar el ejercicio de los

derechos constitucionales. Para el efecto, se considera que el Estado debe desarrollar una adecuada planificación.

Mientras la Constitución ecuatoriana anterior, codificada en 1998, incluía en sus artículos 254 y 255 disposiciones mucho más generales sobre planificación económica y social, la actual Constitución especialmente en sus artículos 275, 279 y 280 fortalece el sistema nacional de planificación, destacando su carácter participativo y su funcionamiento en distintos niveles de gobierno y territoriales; crea además un Consejo Nacional de Planificación y dispone la formulación de un Plan Nacional de Desarrollo vinculado al presupuesto del Estado. Este plan es obligatorio para el sector público e indicativo para los demás sectores.

En la Constitución de 1998 se hacía referencia a distintos tipos de *empresas*, indicando que su propiedad y gestión podía ser privada, pública, mixta, comunitarias o de autogestión. La Constitución de 2008 considera a cada una de estas como *formas de organización económica* (arts. 283 y 319), vinculadas a distintos tipos de sectores financieros (art. 208) y tipos de propiedad (art. 321). Entre estas formas de organización económica, la Constitución da preeminencia a la economía pública y a la comunitaria, que la Constitución de 2008 llama popular y solidaria.

En cuanto a la economía pública, la Constitución actual regula más detalladamente que la de 1998, la organización y control de las empresas públicas (art. 315). A este tipo de empresas corresponde la gestión de sectores estratégicos como energía, telecomunicaciones, recursos naturales no renovables, entre otros, así como la prestación de servicios públicos (arts. 313 y 314). Solo excepcionalmente y mediante ley estas prestaciones pueden delegarse a empresas mixtas, comunitarias o privadas (art. 316).

Respecto a la economía popular y solidaria agrupa a sectores cooperativistas, asociativos y comunitarios, se rige por su propia ley (art. 284), sus productos tienen prioridad en las compras públicas, y en las políticas estatales tanto comerciales (art. 306) como financieras (art. 311).

A pesar del fortalecimiento de la economía pública y solidaria, la Constitución de 2008 no deja de reconocer la importancia del mercado (arts. 283, 304 numeral 6, 336 numeral 2). No obstante, se prioriza el desarrollo de la producción nacional (arts. 304, 319 numeral 2) y de los pequeños y medianos productores (art. 306) mediante políticas de promoción a

las exportaciones y desincentivos específicos a las importaciones, así como políticas de precios que protejan la competencia (art. 335).

Con relación al sistema monetario, cambiario, crediticio y financiero la nueva Constitución establece un cambio respecto a la Constitución de 1998 al eliminar la autonomía del Banco Central, y convertirlo en un órgano de instrumentos de las políticas que sobre esta materia dicte el Ejecutivo. Así mismo, las actividades financieras pasan a ser consideradas un servicio de orden público, con miras a un control y regulación más estricta.

En general las ideas de mayor igualdad y de redistribución son reiteradas a lo largo del texto constitucional de 2008, por ejemplo al referirse a los objetivos del régimen de desarrollo (art. 276 numeral 2), la soberanía alimentaria (art. 281 numeral 4), la política fiscal (art. 285) y tributaria (art. 300). Hay que destacar también el mayor desarrollo de los derechos económicos y sociales en comparación al texto de 1998.

En opinión de los críticos, estos mecanismos solo tienden a distorsionar los mercados y generar ineficiencia económica, con los consiguientes costos sociales. En cambio, quienes apoyaron el proceso constituyente ven en este intervencionismo estatal instrumentos concretos para lograr que los mecanismos de mercado atiendan a objetivos sociales y nacionales.

En realidad el Estado social no admite que la Constitución en general, y la Constitución económica en particular, prescindan de orientaciones fundamentales para el sistema económico con miras a realizar la igualdad material y los derechos sociales. El proyecto de Montecristi busca sin duda esta conexión, pero no por ello deja de caer en imprecisiones técnicas y excesos reglamentaristas.

2. Derechos y garantías

La nueva Constitución de Ecuador en general desarrolla el contenido de muchos derechos establecidos en la Constitución de 1998, agregando además otros nuevos. Adicionalmente vincula y relaciona los derechos sociales a la noción andina de *sumak kawsay* o buen vivir, así como al modelo de desarrollo. Sin pretender ser exhaustivo, se pueden enunciar

algunas de las innovaciones importantes a este respecto.

Entre los derechos nuevos o de mayor desarrollo pueden destacarse especialmente los derechos de las personas y grupos de atención prioritaria (art. 35). Allí se incluyen los derechos de adultos mayores, migrantes, embarazadas, menores de 18 años, jóvenes, personas con discapacidad, personas con enfermedades catastróficas, privadas de la libertad, y usuarias y consumidoras. En estos casos, la Constitución desarrolla derechos que atienden a las diferencias y especial condición de los miembros de estos grupos.

Por otra parte la Constitución, sin dejar de reconocer los derechos civiles, desarrolla los derechos sociales y ambientales. Así por ejemplo, puede citarse el derecho al agua (art. 12), a la alimentación y soberanía alimentaria (art. 13), la universalización del derecho a la seguridad social (art. 34), un desarrollo más detallado del derecho a la salud (art. 32). Se incluye además, como una innovación importante los derechos de la naturaleza (art. 71). También los derechos de participación y de los pueblos indígenas adquieren un alcance mayor, el cual se expone en las secciones sobre economía y plurinacionalidad.

Entre los cambios que han sido señalados como retrocesos respecto a 1998 puede incluirse la definición del matrimonio como unión exclusivamente de un hombre como una mujer, una limitación que la Constitución de 1998 no contenía (arts. 68 y 69). Por otra parte, si bien la nueva Constitución establece mayores derechos para el trabajo autónomo e informal, amplía en cambio la posibilidad de excepciones a la contratación y negociación colectiva (art. 326, numeral 13).

La Constitución de 2008 elimina las clasificaciones tradicionales de derechos. Lo hace con el propósito de enfatizar el carácter complementario y la igual jerarquía de todos los derechos constitucionales.¹ Así, por ejemplo, elimina la clásica división de derechos civiles, políticos, y económicos, sociales y culturales. En su lugar utiliza una división puramente temática (derechos de participación, derechos de libertad, etc.). Incluso al referirse a los derechos colectivos, la Constitución de 2008 los denomina “derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades”, para así desta-

1 Trujillo, Julio César y Ramiro Ávila Santamaría. “Los derechos en el proyecto de Constitución”. *Análisis. Nueva Constitución*. Quito, Ildis, 2008, pp. 68-85.

car que también otros derechos pueden exigirse eventualmente de forma colectiva. Según el artículo 10 son titulares de estos derechos las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos; por tanto, como lo indica el artículo 11, todos los derechos pueden exigirse de forma individual o colectiva.

Esta universalización de la capacidad para reclamar derechos se corrobora también en una ampliación y desarrollo de las garantías constitucionales. Las garantías en sentido amplio son los medios de los que disponen los ciudadanos para hacer efectivos sus derechos constitucionales. La Constitución de 2008 amplía y fortalece estas garantías.

La Constitución codificada en 1998 desarrollaba especialmente las llamadas garantías jurisdiccionales, es decir, una serie de acciones jurídicas ante los jueces para reclamar ante la violación de derechos; entre estas acciones pueden mencionarse el amparo, el hábeas corpus y el hábeas data.

La Constitución de 2008 mantiene estas garantías, pero además incorpora otras tanto jurisdiccionales como no jurisdiccionales. Entre las jurisdiccionales se agregan a nivel constitucional el acceso a la información pública (art. 91) y la acción de cumplimiento (art. 93); además se crea el amparo o tutela contra sentencias judiciales (arts. 94 y 437) prohibida en la Constitución de 1998.

Además de estas garantías jurisdiccionales, la Constitución de 2008 considera como garantías de los derechos la propia actividad legislativa y en general de producción de normas (art. 84), la realización de políticas públicas (art. 85) y la participación ciudadana (art. 85 inciso final).

Se ha observado que al establecer la Constitución de 2008 un amplio catálogo de derechos, especialmente de carácter social, y al fortalecer las garantías para exigirlos, es está colocando sobre el Estado una presión o demanda inmanejable en términos presupuestarios.

Efectivamente, la nueva constitución ecuatoriana posibilita el interponer amparo —a la cual la Carta llama acción de protección—, incluso contra políticas públicas cuando estas violan derechos constitucionales (art. 88). De esta forma se relativiza la división de poder y se abre la posibilidad de judicializar las políticas públicas si estas no responden o violan los derechos de los ciudadanos.

Esta crítica es relativa por cuanto el hacer efectivos los derechos socia-

les es un objetivo definitorio del Estado social, aunque ello se realice solo progresivamente, atendiendo así a la realidad presupuestaria. En aquellos casos en que las actuaciones o políticas estatales atenten contra estos derechos, es necesario que los ciudadanos cuenten con la posibilidad de reclamarlos ante los jueces.

3. Plurinacionalidad²

El movimiento indígena ecuatoriano viene desarrollando desde los años ochenta una definición de los pueblos indígenas como nacionalidades y la consiguiente necesidad de un Estado plurinacional, la cual implica un reconocimiento de la diversidad cultural que se proyecta institucional y políticamente en la estructura del Estado. Esta autodefinición se reconoció incluso en la Constitución de 1998, cuyo artículo 83 hacía referencia a “los pueblos indígenas, que se autodefinen como nacionalidades de raíces ancestrales.”

La Constitución ecuatoriana de 1998 definía ya al Estado ecuatoriano como pluricultural y multiétnico. Aunque esta fórmula podría verse como culturalista y estática frente al énfasis más político y de interacción cultural de la Constitución de 2008 al declarar al Estado plurinacional e intercultural, lo cierto es que la Constitución de 1998 establecía también un amplio catálogo de derechos colectivos y diversas referencias a las culturas indígenas en materias como idiomas, salud o educación; derechos y referencias que la Constitución de 2008 aumenta y enriquece.

En cuanto al contenido de los derechos colectivos, las principales innovaciones respecto a la Constitución de 1998 tienen que ver primero con la inclusión de nuevos derechos colectivos tales como el derecho a no ser objeto de racismo ni discriminación (art. 57, numerales 2 y 3), a mantener sus sistemas jurídicos propios³ (art. 57, numeral 10), constituir y mantener sus propias organizaciones (art. 57 numeral 15), el derecho a ser consultados antes de la adopción de medidas legislativas que puedan afectarlos (art. 57, numeral 17), la limitación de actividades militares en sus

2 Parte de esta sección se basa en Grijalva, Agustín. “El Estado plurinacional e intercultural en la Constitución ecuatoriana de 2008” publicado en el capítulo 2 de este libro.

3 La Constitución de 1998 ya lo mencionaba pero no expresamente en el catálogo de derechos colectivos.

territorios (art. 57, numeral 20), el derecho a que la diversidad cultural se refleje en la educación pública y en los medios de comunicación, y a tener sus propios medios (art. 57, numeral 21), y los derechos de los pueblos en aislamiento voluntario (art. 57, inciso final).

Por otra parte, algunos derechos colectivos ya establecidos en la Constitución de 1998 fueron ampliados y enriquecidos. Así por ejemplo, el derecho a conservar las prácticas indígenas de manejo de la biodiversidad que ya constaba en el artículo 84, numeral 6 de la Constitución de 1998 se complementa con la obligación del Estado de establecer y ejecutar programas de este tipo en coordinación con las comunidades (art. 57, numeral 8). Así mismo, el derecho del artículo 84, numeral 14 en la Constitución de 1998 a participar con representantes en organismos oficiales, se amplía al de participar en el diseño de planes y políticas públicas que les afecten (art. 57 numeral 16). En otros casos, los derechos colectivos se desarrollan fuera de su sección específica, cuando la Constitución regula temas de salud, educación, patrimonio cultural, etc.

Respecto a la salud, los artículos 32, 57 numeral 12, 358, 360, 362, 363 numeral 4 contienen elementos normativos ya no solamente de reconocimiento de las medicinas indígenas y ancestrales, como en la Constitución anterior⁴ de 1998, sino además el mandato constitucional de buscar su complementariedad con la medicina occidental y de su integración en la red pública integral de salud. El artículo 362 es el que desarrolla más extensamente este principio al establecer: “La atención de salud como servicio público se prestará a través de las entidades estatales, privadas, autónomas, comunitarias y aquellas que ejerzan las medicinas ancestrales alternativas y complementarias.” En definitiva en esta materia se fortalece el principio de interculturalidad.

También en lo relativo a educación se fortalece la interculturalidad. Este principio ya constaba brevemente enunciado en el artículo 66, inciso 2, de la Constitución de 1998. Sin embargo, el artículo 28 de la nueva Constitución especifica el principio en estos términos: “Es derecho de toda persona y comunidad interactuar entre culturas y participar en una sociedad que aprende. El Estado promoverá el diálogo intercultural en sus

4 El artículo 44 de la Constitución codificada en 1998 establecía que el Estado “reconocerá, respetará y promoverá el desarrollo de las medicinas tradicional y alternativa, cuyo ejercicio será regulado por ley.” La Constitución de 2008, por cierto, elimina tal referencia a la regulación por ley.

múltiples dimensiones.”

La Constitución ecuatoriana de 2008 introduce ciertos cambios en materia de justicia indígena respecto a la Constitución de 1998. Los cambios más importantes tienen que ver con la participación de las mujeres en los sistemas jurisdiccionales indígenas, así como la vinculación de jurisdicción y territorio (ambos en el art. 171). Como se dijo, también es importante la disminución de las limitaciones a la jurisdicción indígena, pues la Constitución de 1998 incluía entre estas a la Constitución, los derechos humanos, la ley y el orden público, mientras que la Constitución de 2008 hace referencia solo a la Constitución y los derechos humanos. El artículo 189 aclara que los jueces de paz no podrán prevalecer sobre la justicia indígena.

Pese a estos y otros avances en estos derechos colectivos, el derecho colectivo al autogobierno no fue reconocido en los términos explícitos propuestos por el proyecto de Constitución de la Conaie.⁵ Por otro lado, las normas constitucionales de integración de circunscripciones territoriales indígenas (art. 257) plantean diversas interrogantes. Tampoco el planteamiento de reconocer al quichua y el shuar como idiomas oficiales en términos de igualdad con el castellano fueron aceptados por la Constituyente.

En cuanto a la transformación institucional, el proyecto de Constitución de la Conaie planteaba la integración de un Legislativo o Asamblea Plurinacional, en la cual los pueblos y nacionalidades indígenas tuvieran sus propios representantes, siguiendo así los modelos de las Constituciones de Bolivia, Colombia y Venezuela. La Constitución de 2008 no adoptó este criterio manteniendo a este respecto las nociones de representación política de la Constitución de 1998.

Otro debate cuyo resultado fue percibido por varias organizaciones indígenas como fallido hace relación a los efectos del derecho de consulta previa de los pueblos indígenas acerca de la explotación de recursos naturales en sus territorios. En todo caso, un análisis constitucional completo al respecto deberá incluir también la normativa internacional pertinente.

5 Este proyecto establecía en el artículo 34, numeral 2: “Derecho al autogobierno en sus territorios y tierras comunitarias e individuales y de posesión ancestral de conformidad a su derecho consuetudinario, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas”.

4. Nuevas funciones: participación y función electoral

A diferencia de la Constitución codificada en 1998 que establecía la clásica división en legislativo, ejecutivo y judicial, la Constitución de Montecristi establece cinco funciones, ya que a las funciones clásicas agrega la de participación ciudadana y la función electoral.

La Constitución de 2008 fortalece la participación de los ciudadanos en general en la gestión pública, pero especialmente en cuanto a fiscalización y lucha contra la corrupción.

En contraste, en la visión de los opositores al proceso constituyente, los nuevos mecanismos de participación o no aportan en realidad mayor novedad o constituyen en realidad mecanismos de control del Estado sobre la sociedad.

La Constitución de 1998 ya establecía una Comisión de Control Cívico de la Corrupción que receptaba denuncias contra presuntos delitos para solicitar a las autoridades judiciales su juzgamiento y sanción (art. 220). La Constitución de 2008 transfiere estas funciones y crea otras nuevas a una nueva función del Estado, con igual jerarquía que las funciones ejecutiva, legislativa, judicial y electoral, denominada *Función de Transparencia y Control Social* (art. 204).

El principal organismo dentro de esta nueva función es el Consejo Nacional de Participación Ciudadana y Control Social (art. 207). Los miembros del Consejo de Participación son designados mediante concurso a realizarse luego de un proceso de impugnación de los candidatos, bajo veeduría ciudadana. Entre las funciones del Consejo se destacan la lucha contra la corrupción, promover la participación de los ciudadanos, y designar al Defensor del Pueblo, Defensoría Pública, Fiscal General, Contralor General y miembros del Consejo Nacional Electoral y Tribunal Contencioso Electoral (art. 208).

El artículo 100 de la nueva Constitución establece además la posibilidad de organizar otros muchos mecanismos de participación ciudadana, tales como audiencias públicas, cabildos populares, asambleas, consejos consultivos, observatorios y veedurías a efectos de aprobar planes de desarrollo en las diversas instancias territoriales e institucionales del Estado ecuatoriano. Así mismo, se crean Consejos Nacionales de Igualdad, integrados por representantes de la Función Ejecutiva y de la sociedad civil,

cuya función es combatir la discriminación, marginación y exclusión.

En esa misma línea, se fortalece lo que la nueva Constitución denomina democracia directa, mediante la ampliación de la revocatoria del mandato a todas las autoridades públicas (art. 105), así como la ratificación y mayor regulación constitucional de la iniciativa de la ciudadanía para presentar proyectos de ley (art. 103).

Respecto a la Función Electoral, la Constitución de 1998 establecía ya un Tribunal Supremo Electoral pero este no constituía una función y reunía en un solo órgano las competencias de administración y organización electoral y la resolución de litigios electorales. En contraste, la nueva Constitución considera a lo electoral como una de las funciones del Estado, y divide a esta función en dos organismos distintos, el Consejo Nacional Electoral, que se ocupa de la organización de las elecciones, y el Tribunal Contencioso Electoral, que es un órgano jurisdiccional para resolver litigios electorales.

En general la nueva Constitución busca fortalecer la participación, pero los mecanismos y reglas para lograrlo no quedan del todo claros, al menos a nivel del texto constitucional. Se trata de un complejo sistema de concejos u otros organismos y actividades ciudadanas. Varias de estas funciones, especialmente en cuanto a designación de funcionarios han sido transferidas del Legislativo a la nueva función de transparencia y control social, habrá que esperar a su implementación para poder realizar una evaluación más concreta de sus alcances.

5. Organización territorial

En Ecuador se han producido durante la última década interesantes experiencias de gobiernos locales, especialmente en ciudades pequeñas y medianas. Estas experiencias de gobiernos locales en cuanto a planificación, participación y desarrollo no se han articulado, sin embargo, a procesos de planificación nacionales. La Constitución de 2008 pese a diversas deficiencias en cuanto a técnica legislativa en esta materia, abre oportunidades para avanzar en este sentido.

El Ecuador en la nueva Constitución se divide territorialmente en

regiones, provincias, cantones y parroquias rurales (art. 242). En cada una de estas unidades territoriales la Constitución de 2008 establece distintas formas de gobiernos autónomos descentralizados: los consejos regionales, los consejos provinciales, los concejos municipales o en el caso de algunas ciudades, consejos metropolitanos, y las juntas parroquiales rurales (art. 238). Se permite la asociación en mancomunidades de un mismo tipo de entidades territoriales. Adicionalmente, existen regímenes territoriales especiales por razones ambientales, étnico culturales o demográficas (art. 242).

La nueva Constitución por un lado fortalece al Estado central pero, por otro, robustece también a gobiernos locales y cantonales como son las juntas parroquiales, y los municipios, abriendo además la posibilidad de —para el caso ecuatoriano— un nuevo nivel territorial basado en gobiernos regionales integrados por la asociación de provincias colindantes (art. 244).

El fortalecimiento del Estado central se produce mediante el de sus competencias pues a aquellas asignadas de forma exclusiva en el artículo 226 de la Constitución de 1998, que eran defensa, seguridad, relaciones internacionales y políticas económicas, añade otras como por ejemplo planificación, migración o gestión de empresas públicas (art. 261).

En la Constitución de 1998, la descentralización se producía solo una vez que una entidad seccional lo solicitaba luego de demostrar que tenía capacidad operativa para asumir nuevas competencias. La nueva Constitución, en cambio, define competencias exclusivas del Estado central y de cada tipo de gobierno autónomo, si bien la Carta incurre en algunas duplicaciones de competencias.

Una crítica a la nueva Constitución ha sido la de que los gobiernos regionales vienen a complicar la ya compleja organización territorial establecida en la Constitución de 1998, que en la Carta de Montecristi se mantiene en sus términos básicos. También es necesario definir con más claridad los alcances de las facultades legislativas de los diversos tipos de gobiernos autónomos, especialmente considerando que el Ecuador se declara en el artículo 1 de la misma Constitución como un Estado unitario.

Así, por ejemplo, el artículo 425 de la nueva Constitución establece que

las normas dictadas por gobiernos regionales tienen mayor jerarquía que los decretos y reglamentos dictados por el Presidente de la República. En todo caso, la nueva carta atribuye a la Corte Constitucional competencia para conocer conflictos de competencias de este orden.

El fundamento constitucional de la nueva economía*

El artículo 283 de la Constitución declara que la economía ecuatoriana es social y solidaria (ESS), y define algunos principios y enunciados que contribuyen a diferenciarla de otros sistemas económicos.

El sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir.

A continuación se examinan cada uno de estos conceptos a fin de dilucidar, desde la base constitucional, el alcance del sistema económico que establece la Constitución.

1. La economía social

La economía social enfatiza la participación democrática de quienes aportan con su trabajo en la gestión de los procesos productivos, y al mismo tiempo la distribución equitativa de sus frutos entre todos ellos; propugna la primacía del trabajo sobre el capital y la provisión de bienes y servicios de óptima calidad a los consumidores, mediante un intercambio según

* Este artículo se elaboró con la colaboración del doctor Julio César Trujillo.

las reglas del precio justo y de respeto a la diversidad étnica y cultural.

En el caso ecuatoriano, puesto que el sistema económico en su conjunto es definido como de economía social o mixta, ello implica que la participación en la producción debe llevarse a cabo no solo mediante las formas cooperativas de organización productiva, sino además con la concurrencia de los sectores estatal y privado de la economía.

La economía social puede ser vista como el desarrollo del tipo de economía requerida por un Estado social y democrático que proclama la Constitución en el artículo 1, y que tiene como fundamento el derecho y principio de igualdad material y formal para cuya consecución en el artículo 11, numeral 2, de la misma Constitución se determina que “El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real a favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad”.

El principio de igualdad material o real, no obstante, como lo ha advertido Garrorena, puede entrar en tensión e incluso en contradicción con el mercado y la propiedad capitalista, en tanto estos tienden a la acumulación indefinida a favor de los dueños del capital, subordinando siempre a quienes proveen su conocimiento y trabajo en el proceso productivo.¹ Esta subordinación del trabajo al capital es la fuente de la crónica desigualdad material y mucho más si se organiza el mercado hacia el mismo fin. Por tanto, la profundización del principio de igualdad material puede y lleva a la regulación del mercado y a la democratización tanto de la propiedad como de las decisiones en pos de una economía efectivamente más igualitaria que corresponda a los fines del Estado social.

Otro pilar del Estado social está dado por los derechos económicos, sociales y culturales. En la Constitución de Montecristi se profundiza la tendencia creada en la Constitución de 1998, de otorgar a todos los derechos igual jerarquía. Pero la plurinacionalidad y los derechos sociales, en particular, están vinculados estructuralmente al régimen de desarrollo (art. 275, numeral 3), a la economía social y solidaria (art. 283), al régimen del buen vivir (art. 340) y las políticas públicas y servicios públicos

1 Garrorena, Ángel. *El Estado español como Estado social y democrático de derecho*. Madrid, Editorial Técnos, 1991.

deben servir para garantizarlos (art. 85). En esta línea, el fortalecimiento de los derechos sociales corresponde al Estado social y a la economía solidaria.

2. La economía solidaria

Las relaciones de intercambio utilitario que se producen en el mercado no agotan toda la gama de relaciones económicas posibles, todas las cuales deben girar en torno a la cooperación, la reciprocidad, la redistribución, etc. Desde el punto de vista de la ESS, la introducción progresiva de solidaridad en los procesos económicos, incluyendo los de mercado, tiende a generar procesos de eficiencia sistémica o social.

Inscrita en esta línea, la Constitución de Montecristi erige *la solidaridad como un principio económico* que viene a redimensionar conceptos claves como son la productividad y la competitividad. Productividad y competitividad que, según el artículo 284, numeral 2, deben tener carácter sistémico, es decir, deben responder no solo a expectativas y necesidades de la unidad de producción en particular, sino de toda la economía y la sociedad en su conjunto. En igual sentido, el artículo 320, numeral 2, hace referencia además de la productividad sistémica, a la complementariedad de todos los sectores, a la valoración del trabajo y la eficiencia económica y social.

La dimensión de solidaridad en la economía se expresa de múltiples formas. Así, por ejemplo, entre las responsabilidades de las ecuatorianas y ecuatorianos se establece en el artículo 83, numeral 9, el “practicar la justicia y la solidaridad en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de bienes y servicios”.

Primer principio: el ser humano como sujeto y fin

Tanto la Constitución de Montecristi como el Plan Nacional de Desarrollo plantean un modelo de desarrollo y una economía cuyo eje y fin es la realización de las capacidades del ser humano. Este enfoque guarda correspondencia con el enfoque de derechos sobre el desarrollo, para

el cual garantizar los derechos humanos constituye el objetivo,² límite y parámetro de evaluación de las políticas públicas, las cuales son concebidas en la Constitución como un tipo de “garantía” de los derechos; es decir, como medio concreto para su realización.³ El enfoque de derechos impide un diseño institucional orientado exclusivamente al crecimiento o la estabilidad macroeconómica, puesto que requiere explicitar de manera concreta el modo cómo determinada política o institución pública proyecta concretar ciertos derechos.

La Constitución de 1998 (arts. 242 y 243) establecía que la economía social de mercado debía responder a principios y objetivos de solidaridad, sustentabilidad e igualdad de derechos. Por tanto, más que en la proclamación de los derechos como objetivos de la economía, lo que diferencia a la economía social y solidaria de la economía social de mercado son *los medios que se constitucionalizan para efectivizarlos*. En la Constitución de 1998 el mercado, aunque formalmente regulado por el Estado, es el proceso central del sistema económico, como queda claro en el artículo 244, que establece que “dentro del sistema de economía social de mercado” le corresponde al Estado regular, planificar, promover actividades económicas e incluso emprenderlas por sí mismo cuando lo requiera el interés general. Este grado de intervencionismo estatal en el mercado diferencia, a su vez, la economía social de mercado del paradigma principal del libre mercado, propio del liberalismo decimonónico y del neoliberalismo reciente.⁴

En contraste, en la economía social y solidaria que proclama la Constitución de 2008, el mercado pierde esa centralidad en el sistema económico para convertirse en un mecanismo más, junto con otras formas de intercambio justo y de organización económica de tipo comunitario, público, autónomo o mixto, según el artículo 319. No es el afán de lucro el móvil del sistema económico, sino la armonía en las relaciones de los seres humanos entre sí, con la naturaleza y las futuras generaciones; a esos objetivos deben tender todas las formas de organización económica

2 Artículo 275, numeral 2.

3 Artículo 85.

4 Para una diferenciación constitucional entre la economía social de mercado y economía neoliberal, véase Grijalva, Agustín y José Vicente Troya. “Elementos para un Derecho de la Competencia en Ecuador”. *Revista Foro* (Quito), 1, Corporación Editora Nacional (2003).

y así garantizar los derechos constitucionalmente reconocidos y una creciente participación, conforme los artículos 319 y 320.

Segundo principio: el equilibrio en la relación sociedad-estado-mercado

Una premisa de la ESS para que se dé una relación equilibrada entre sociedad, mercado y Estado es la valoración de la dimensión económica de experiencias sociales tales como el cooperativismo, el trabajo autónomo, las redes de productores y de comercio justo, las empresas autogestionadas, entre otras. La ESS implica una profundización de la democracia en el plano económico. A diferencia de las economías centradas en el mercado, la ESS valora y promueve la participación democrática de las personas y los colectivos en los procesos económicos en que actúan. En otras palabras, a las relaciones del Estado con el mercado, la economía solidaria añade la sociedad como el escenario en el que actúa el mercado y a cuya paz debe contribuir abriéndose a la participación equitativa de todos en la producción, distribución y circulación. A esta democratización de la economía se refiere el artículo 320 de la Carta política que dispone que: “En las diversas formas de organización de los procesos de producción se estimulará una gestión participativa, transparente y eficiente”.

En la búsqueda de esa relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado se procura reinstaurar el sentido de lo público en la gestión estatal mediante la planificación participativa y descentralizada que establecen los artículos 279 y 280. Además le corresponde al Estado (art. 277) regular las actividades económicas, asumirlas directamente cuando tienen un carácter estratégico (art. 313), y promover especialmente aquellas actividades económicas que hagan efectivos los derechos conforme al artículo 319.

En cuanto al mercado, la Constitución lo reconoce y promueve, en tanto guarde esa relación dinámica y equilibrada con la sociedad y el Estado. Es decir, dispone que sea funcional a los objetivos del Estado constitucional, social y democrático. De este modo, el artículo 284, numeral 4, se refiere al fomento del intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes; el artículo 304, numeral 1, plantea el fortalecimiento de los mercados internos; el

artículo 304, numeral 6, busca evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, especialmente en el sector privado de la economía.

En cuanto al Estado, la ESS no se limita a la proclamación formal de la regulación del mercado, sino que además fortalece tanto la planificación como el sector público de la economía. En esto se diferencia radicalmente de la formulación de la Economía Social de Mercado de la Constitución de 1998.

La Constitución de Montecristi otorga gran importancia a la planificación. Mientras la Constitución de 1998 incluía (arts. 254 y 255) disposiciones generales sobre la planificación económica y social, la Carta política vigente en sus artículos 275, 279 y 280 fortalece el Sistema Nacional de Planificación, que parece deberá estar conformado por el Consejo Nacional de Planificación y los consejos de planificación de los gobiernos autónomos descentralizados; aunque se destaca la participación de la ciudadanía en la conformación del Consejo Nacional, hemos de entender que igual participación de la ciudadanía se ha de garantizar en los consejos de planificación de los gobiernos autónomos, porque solo así se puede lograr que el sistema —y no solo uno de sus órganos— sea participativo, como dispone el artículo 279. Además el trabajo de todos estos órganos de planificación debe ser tal que lo local esté articulado a lo nacional y viceversa.

La ejecución del Plan se asegura mediante la vinculación de lo previsto con la asignación de recursos en el Presupuesto General del Estado y es la Asamblea Nacional la responsable de que eso sea así y los órganos encargados de aprobar el presupuesto de los gobiernos autónomos descentralizados se encargarán de que los presupuestos de estos gobiernos financien los planes de desarrollo local.

Tanto el Plan Nacional de Desarrollo como los planes locales son obligatorios para el sector público e indicativo para los demás sectores.

El Sistema de Planificación y el Plan Nacional de Desarrollo establecen los objetivos de la política económica que son a la vez los medios para el fin último que es el establecimiento de un *sistema económico social y solidario* (arts. 283 y 284), avanzar hacia el mismo fin persigue la política fiscal (art. 285), igual que la monetaria, cambiaria, crediticia y financiera (art. 302), la política comercial (art. 304) y de inversiones públicas (art. 339), entre otros.

La planificación además de descentralizada y participativa (art. 279), debe coordinar las diversas formas de organización económica, de modo que todas se orienten al tipo de desarrollo que determina la Carta política; debe promover o desincentivar diversas formas de producción, no de modo arbitrario sino conforme estas respondan objetivamente a crear las condiciones para que todos gocen efectivamente de los derechos constitucionales, el *sumak kawsay*, la sostenibilidad y productividad sistémica, valoración del trabajo y eficiencia económica y social (art. 319).

El Estado social y democrático de derecho tiene varias funciones además de las tradicionales de legislar, ejecutar y administrar justicia. De estas nuevas funciones nos interesan ahora las económicas, y de estas se destaca la gestión de los sectores estratégicos que están constituidos por las telecomunicaciones, recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua y, en general, lo que por su trascendencia, de acuerdo con la ley, tenga decisiva influencia económica, social, política y ambiental (art. 313).

Para realizar las actividades que requiere la gestión de estos sectores, lo mismo que para organizar y mantener en funcionamiento los servicios públicos, el Estado tiene facultades para constituir y administrar empresas públicas (art. 315); puede delegarlas a las empresas mixtas en las que tenga mayoría accionaria y, solo por excepción y mediante ley, a la empresa privada o a empresas de economía solidaria y popular. La ley, además de autorizar la delegación, deberá fijar los plazos y límites de ella (art. 316).

En definitiva, la ESS no es una economía centralmente planificada o estatista, pues reconoce y apoya las formas de organización económica comunitaria gestadas en la sociedad, incluyendo la autogestión de los trabajadores; mantiene el mercado aunque fuertemente regulado, preserva la propiedad privada, garantiza la libertad de empresa y en general el sector privado de la economía. Incluso las empresas públicas (art. 315) tienen autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión, si bien se hallan bajo supervisión de organismos técnicos. El artículo 334 promueve el acceso equitativo a factores de producción, evitando su concentración o acaparamiento.

Tercer principio: la armonía con la naturaleza

La Constitución de 2008 fortalece decididamente el principio de la armonía con la naturaleza. Los derechos de la naturaleza (arts. 71, 72, 73 y 74) expresan el principio de que el desarrollo y el sistema económico no pueden ser asumidos como procesos externos o aislados de la naturaleza. A su vez, la naturaleza no puede ser reducida a fuente de recursos naturales para ser extraídos, transformados y consumidos en el proceso productivo. Los procesos económicos se generan siempre en el marco de ecosistemas, hay por tanto una relación intrínseca y estructural entre economía y naturaleza. No se trata solamente de preservar los recursos naturales o un ambiente sano para las generaciones futuras sino, además, de respetar los ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos naturales como realidades valiosas en sí mismas, más allá de su utilidad para los seres humanos (art. 271).

Cuando la Constitución hace referencia a que al sistema económico solidario busca la armonía con la naturaleza (arts. 283 y 275 numeral 3), este enunciado no puede entenderse sino en relación con una economía en la que la producción y el consumo no se convierten en procesos depredatorios de la naturaleza, sino que atienden a su existencia, mantenimiento y regeneración conforme al artículo 71 de la Constitución.

Tampoco podría entenderse tal equilibrio —pues sería inaplicable— como limitación absoluta de la actividad productiva. De hecho, luego de que se consagran los derechos de la naturaleza (art. 71 y 72), se determina que “las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades tendrán derecho a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el buen vivir.” (art. 73)

La Constitución de Montecristi reconoce tanto la dimensión ambiental inherente a toda actividad económica, como las necesidades humanas de intercambiar bienes, energía e información con el medioambiente, pero en términos que permitan la continuidad tanto de los seres humanos como de los ecosistemas en que estos existen, con los que se relacionan, y de los que finalmente también son parte. En este sentido el ideal de buen vivir constituye un principio ético estructurante de la nueva economía. El buen vivir supone formas de trabajo, comercio y consumo que necesariamente consideren la dimensión ambiental atendiendo tanto a los derechos de las personas como a los de la naturaleza.

La Constitución enfatiza en el fomento de la producción y la productividad, especialmente nacional (art. 284, numeral 2), actividad productiva que no puede hacer abstracción de la búsqueda de una relación equilibrada con la naturaleza. Así por ejemplo, se refiere a que la política económica debe fomentar la “incorporación del valor agregado con máxima eficiencia, dentro de los límites biofísicos de la naturaleza...” (art. 284, numeral 4). Además, establece como objetivo el “mantener la estabilidad económica, entendida como el máximo nivel de producción y empleo sostenibles en el tiempo” (art. 284, numeral 7), y se promueve el “consumo social y ambientalmente responsable” (art. 284, numeral 9).

Se trata, entonces, de enmarcar la producción y consumo en la concepción del buen vivir, esto es, en una relación armoniosa y equilibrada con la naturaleza. La descripción de este tipo de economía y del modelo de desarrollo que integra se halla condensada en el artículo 395, numeral 1:

El Estado garantizará un modelo sustentable de desarrollo, ambientalmente equilibrado y respetuoso de la diversidad cultural, que conserve la biodiversidad y la capacidad de regeneración natural de los ecosistemas, y asegure la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes y futuras.

A fin de concretar este tipo de relación entre sistema económico y naturaleza, la Constitución establece (art. 14) el derecho humano a vivir en un medioambiente sano generando así un vínculo entre economía, derechos humanos y ecología. En esta misma línea, se desarrolla un amplio capítulo (arts. 395 al 415) relativo a la biodiversidad y los recursos naturales, donde se formulan lineamientos de políticas, principios e instituciones constitucionales que por todo lo dicho son relevantes para la política y el modelo económico.

Cuarto principio: el sumak kawsay

El buen vivir ha sido criticado por su amplitud, indefinición y por ser supuestamente extraño a la cultura de la mayoría de la población. Sin embargo, la Constitución provee elementos que perfilan una definición y su relación con algunos valores actualmente universalizados mediante los

derechos humanos. Así, se establece que “El buen vivir requerirá que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades gocen efectivamente de sus derechos, y ejerzan responsabilidades en el marco de la interculturalidad, del respeto a sus diversidades, y de la convivencia armónica con la naturaleza” (art. 275, párr. 3). Aquí se deja entender que el buen vivir es un valor, un fin u horizonte que comprende el respeto a la diversidad, el ejercicio de los derechos y responsabilidades constitucionales y otros, como el derecho a la paz consigo mismo y con todo el entorno físico y humano en el que se desenvuelve la vida humana.

Tanto el régimen de desarrollo como el sistema económico tienen como objetivo y condición el buen vivir. En otras palabras, la economía social y solidaria plantea una nueva relación estructural entre economía y derechos, entre los seres humanos entre sí y de estos con el universo. En esta nueva relación, los derechos son elementos constitutivos del buen vivir, y la economía es un medio para efectivizar los derechos, de modo que estos han de respetados en todas las fases de ella. Hinkelammert y Mora lo han expresado en estos términos:

El reconocimiento del ser humano como sujeto viviente, la corporalidad del sujeto, sus necesidades y derechos, han de ser el punto de referencia básico, fundamental, para la evaluación de cualquier racionalidad económica y de toda organización económica institucionalizada. Y no —como es la norma dominante— la eficiencia abstracta o cualquiera de sus derivaciones...⁵

Esta subordinación de la economía a los derechos profundiza el proceso de desmercantilización de los derechos. Tal cual lo ha planteado Ferrajoli, hay un ámbito de la vida social, la de los derechos constitucionales que deben sustraerse del mercado, pues de otra forma se reducen a mercancías y no puede asegurarse su efectividad y universalidad. Derechos como la salud o la educación son negados como tales cuando se los reduce a servicios al alcance solo de quienes pueden pagarlos.⁶

5 Hinkelammert, Franz y Henry Mora Jiménez. “Por una economía orientada hacia la reproducción de la vida”. *Iconos*, 33 (Quito), enero 2009.

6 Ferrajoli, Luigi. “La Democracia Constitucional”. *Desde otra mirada*. Comp. Christian Courtis. Buenos Aires, Eudeba, 2001.

En términos económicos, esta concepción puede expresarse del modo siguiente:

Estas visiones de la economía social y solidaria comparten la visión de privilegiar los valores de uso respecto del valor de cambio, lo que implica valorar los bienes y servicios por su contribución a la reproducción de las comunidades, y no por los mecanismos usuales del mercado capitalista vinculados al bajo costo y al alto margen de ganancia. Esto implica avanzar en la desmercantilización de los principales bienes y servicios que garantizan la vida humana.⁷

Para la ESS igualmente no solo que los derechos no deben subordinarse al mercado, sino que el mercado y cualquier otro mecanismo de intercambio debe organizarse en términos que sean compatibles con el respeto a la dignidad de la persona humana y sirven al goce y ejercicio de los derechos de los participantes en el intercambio y de todos los miembros de la comunidad y de esta como tal. Como se dijo, la economía social y solidaria reconoce como su sujeto y fin, al ser humano, en cuanto individuo y a la comunidad en tanto colectividad de seres humanos iguales y con un destino común que no pueden realizarlo aislados ni de los unos en perjuicio de los otros (art. 283).

El Estado de bienestar y su forma constitucionalizada, el Estado social, habían proclamado formalmente los derechos y objetivos sociales como propósitos de la economía, por ejemplo, los artículos 242 y 243 de la anterior Constitución. No obstante, en esta concepción el mercado sigue siendo la clave del conjunto del sistema económico que funciona en torno a la empresa capitalista, mientras que otras formas de organización económica de la sociedad como las cooperativas, asociaciones, comunidades, trabajo doméstico o trabajo autónomo son marginales y el Estado es el poder que regula las relaciones de los sujetos del sistema y actor subsidiario que actúa fundamentalmente frente a las fallas del mercado.

En la ESS, la empresa capitalista ha de perder centralidad en el sistema económico y se convierte en un agente más que deberá convivir con la empresa comunitaria, asociativa cooperativa, mixta y con la empresa

7 Quiroga, Natalia. "Economía feminista, social y solidaria. Respuestas heterodoxas a la crisis de reproducción en América Latina". *Iconos* (Quito), 33 (enero 2009).

pública que se constituirá siempre que sea necesaria para emprender en actividades que por su trascendencia y magnitud tengan decisiva influencia económica, social, política o ambiental y que, por lo mismo, en manos de la empresa capitalista podrían ser una amenaza para la democracia política, económica y social. Esta intervención de la empresa pública no ha de implicar descuido ni abandono de los sectores estratégicos y los servicios públicos que le son propios per se.

Para asumir las actividades que por su trascendencia y magnitud tengan decisiva influencia económica, social, política o ambiental, el Estado podrá decretar la expropiación de instalaciones, bienes y medios de producción que estuvieran en manos de los otros sectores de la economía, siempre previa valoración justa, indemnización y pago a sus anteriores propietarios.

El artículo 283 establece que el objetivo del sistema económico es el buen vivir, principio que —como se ha dicho— comprende los derechos constitucionales en general (art. 275, numeral 3), y a los derechos sociales en particular (arts. 12-34). El ejercicio de esos derechos perfila, según el preámbulo de la Constitución, “una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza”. Estos derechos, a su vez, requieren para su materialización de una institucionalidad pública mediante el *régimen del buen vivir* (arts. 340 al 415).

En consecuencia, el buen vivir no implica una igualación en la privación de condiciones y medios para una vida adecuada o de igualdad en la pobreza, como algunos dicen con el propósito de desacreditar al nuevo régimen económico que propicia la Constitución de Montecristi. Por el contrario, la economía debe “garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales” que la hagan posible (art. 283). Se trata, entonces, de una calidad y condiciones de vida que efectivamente potencien el desarrollo del ser humano, en términos sociales y ambientales adecuados; el buen vivir consiste en crear oportunidades y medios para que todas las personas accedan a esa calidad de vida que incluye la vida digna (art. 66, numeral 2) y además la armonía en las relaciones sociales y con la naturaleza.

Ese horizonte ético-económico implica una crítica al consumismo, a la instrumentalización del trabajo humano y a la depredación de la naturaleza. No excluye la iniciativa y la superación individual, sino que asegura

que estas contribuyan al mejoramiento social. Así, se garantizan los derechos a la propiedad (art. 66, numeral 26), a la contratación (art. 66, numeral 16) que cuando las partes del contrato no sean iguales ha de intervenir el Estado para fijar los límites que protejan la dignidad y los derechos del más débil, la libertad de trabajo (art. 66, numeral 17), y “a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental” (arts. 66, numeral 15 y 278, numeral 2).

El buen vivir no es una vida pobre, sino una vida rica en un sentido más profundo e integral, digna en lo material, trascendente en lo social y espiritual, sensible a la diversidad cultural y a la naturaleza. Le corresponde al Estado crear las condiciones adecuadas para su factibilidad, aunque la realización cabal de este principio está también librada a la creatividad de la autonomía individual.

Quinto principio: la economía social y solidaria y plurinacionalidad

El Estado plurinacional significa, entre otras cosas, que en su territorio coexisten diversas culturas que el desarrollo no puede desconocer ni destruir, sino respetar y adoptar medidas que las impulsen y enriquezcan, de aquí que la Constitución coherentemente dispone que el desarrollo ha de “proteger y promover la diversidad cultural y respetar sus espacios de reproducción e intercambio; recuperar, preservar y acrecentar la memoria social y el patrimonio cultural” (arts. 276, numeral 7).

De otra parte, una de las dimensiones del desarrollo es la economía y en esta la producción de bienes y servicios, lo mismo que su consumo ocupan primerísimo lugar y en ellos ha de manifestarse el respeto a la plurinacionalidad cuando se trate de garantizar el derecho a la alimentación (art. 13), o de alcanzar la soberanía alimentaria (art. 281), de la misma manera que al fomentar o promocionar la incorporación de valor agregado a los productos extraídos o recogidos de la naturaleza o a los frutos del trabajo humano (art. 284, numeral 4), mediante el aprovechamiento y progreso de la diversidad de saberes, ciencia y tecnología.

Así mismo, el buen vivir es coexistir y comunicarse permanentemente, en un plano de igualdad las diversas culturas que supone la interculturalidad

y el respeto a la diversidad previstas en el artículo 275, numeral 3. De hecho, la noción del buen vivir (*sumak kawsay*) como filosofía de vida y concepto ético hunde sus raíces en las culturas de los pueblos andinos.

Buena parte de la actividad económica de los pueblos indígenas está vinculada a la economía popular y solidaria, entendida como sector. La Constitución de Montecristi incluye normas relativas a la propiedad comunitaria indígena (art. 57, numeral 4), el uso de recursos naturales que se hallan en sus territorios (art. 57, numeral 5), la participación comunitaria en la gestión de la educación (art. 348, numeral 2) o la salud (art. 342), o en la gestión ambiental (art. 395, numeral 3), donde los pueblos indígenas evidencian prácticas solidarias desarrolladas.

Capítulo 2

Derechos

Derechos humanos y democracia: complementariedades y tensiones¹

Introducción

Democracia² y derechos humanos son dos dimensiones relacionadas entre sí de muy diversas formas. Pueden ser vistas como complementarias, pero también como realidades en fuerte tensión y hasta contradicción.

En cuanto realidades complementarias, puede plantearse, aunque no sin discusión, que solo procesos democráticos de decisión pueden legitimar políticamente estos derechos. Por tanto tales derechos, o al menos su vigencia, surgirían de la deliberación y el consenso de los afectados e interesados.³ Pero a su vez, los derechos también pueden ser vistos como condiciones indispensables para el ejercicio democrático. Así, libertades como las de pensamiento, expresión, reunión o asociación serían requisitos ineludibles no solo para que pueda existir democracia, sino para que esta a su vez cree condiciones de justicia social.⁴

1 Ponencia presentada en la Conferencia Latinoamericana sobre Derechos Humanos, Democracia y Emancipación, realizada en Quito del 21 al 23 de mayo de 2008.

2 La acepción de democracia prevaleciente en este ensayo tiene relación con mecanismos de participación ciudadana directa y deliberativa. Cuando no nos referimos a esta acepción calificamos a la democracia como representativa o electoral.

3 Esta es una idea fuerza en las concepciones de democracia deliberativa. Para una ilustración puede verse Habermas, Jürgen. "Derechos Humanos y Soberanía Popular". *La Democracia en sus textos*. Rafael del Águila, Fernando Vallespin y otros. Madrid, Alianza Editorial, 1998.

4 En este sentido Amartya Sen ha destacado, por ejemplo, que los derechos políticos y liberales básicos tienen a más de un valor intrínseco otro instrumental en cuanto mejoran las posibilidades de los ciudadanos de expresar y defender sus demandas, incluyendo sus necesidades económicas, así como un papel constructivo en la conceptualización misma de estas necesidades. Véase Sen, Amartya. "La importancia de la democracia". *Desarrollo y libertad*. Bogotá, Editorial Planeta, 2001.

En cuanto realidades en tensión, los derechos humanos pueden ser vistos como límites a la democracia, especialmente si esta última se entiende como voluntad política de la mayoría. Los derechos humanos, al expresar valores fundamentales quedarían sustraídos de las esferas tanto del mercado como del poder, integrando una zona de lo que no se discute.⁵ Los derechos humanos, en tal sentido erigirían, frente a estas mayorías coyunturales, vallas en principio infranqueables de defensa de las minorías y de los individuos frente a la mayoría. Estos derechos vienen a constituir lo que Ferrajoli ha llamado una democracia sustancial, esto es un sistema en el cual los principios formales de la democracia política sobre quién y cómo se decide, es decir, el principio de soberanía popular y la regla de mayoría, quedan subordinados a principios sustanciales expresados en los derechos constitucionales, es decir, subordinados a lo que no es lícito decidir y a lo que no es lícito no decidir.⁶

¿Son entonces los derechos y la democracia complementarios o contradictorios? En este ensayo se plantea que la respuesta a este interrogante depende en primer lugar de la forma como entendamos derechos humanos y como entendamos democracia. Así, por ejemplo, se argumenta que las formas plebiscitarias y populistas de democracia pueden efectivamente ser contrarias a los derechos humanos. Así mismo, las concepciones individualistas y neoliberales sobre los derechos humanos, al no considerar a estos como resultados de la interacción social sino simples límites naturales frente a la comunidad, son contrarias a la participación y deliberación democrática de los ciudadanos.

Sin embargo, derechos humanos y democracia operan de forma complementaria cuando ambos se entienden como procesos sociales cruzados por relaciones de poder que pueden y deben transformarse continuamente en búsqueda de mayor igualdad. Bajo tal concepción estos derechos son a la vez condición, cauce y resultado de la participación democrática, puesto que mediante esta participación los ciudadanos definen, legitiman, ejercen y exigen tales derechos.

Un área clave en que se vuelve visible esta confluencia positiva entre derechos humanos y democracia, y a la que aquí nos aproximamos, es el

5 Ferrajoli, Luigi. "La Democracia Constitucional". *Desde otra mirada*. Comp. Christian Courtis. Buenos Aires, Eudeba, 2001.

6 Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid, Editorial Trotta, 2001.

de la participación ciudadana y las políticas sociales. Actualmente múltiples teorías y prácticas de desarrollo han adoptado como componente estructural tanto el enfoque de derechos, especialmente de derechos sociales, como el de la participación ciudadana. Sin embargo, como veremos, no es cualquier enfoque de derechos ni cualquier visión de la participación las que pueden coexistir y enriquecerse mutuamente. El planteamiento central del artículo es el de que una concepción efectivamente democrática de los derechos humanos, la participación y las políticas sociales destaca sus complementariedades sobre sus tensiones.

En una primera parte, el ensayo sintetiza algunas de las dificultades que desde la teoría democrática y el constitucionalismo se han destacado en las relaciones entre derechos humanos y democracia. Una segunda parte aborda las complementariedades, con especial atención al caso de la participación y las políticas sociales, así como de la movilización política y judicial. Finalmente, a modo de estudio de caso, se formulan algunas observaciones sobre la consulta y el consentimiento previo en el Ecuador.

1. Las tensiones

Tanto del lado de la teoría democrática como del constitucionalismo se ha destacado que entre democracia y derechos humanos hay tensiones e incluso oposiciones.⁷ Desde el constitucionalismo Luigi Ferrajoli, por ejemplo, ha llegado a plantear que estos derechos delimitan el campo de lo que no debe discutirse,⁸ un campo por tanto sustraído a la deliberación y voluntad expresadas por mayorías políticas coyunturales. Para Ferrajoli, la democracia misma requeriría que los derechos humanos funcionen como sus límites a efectos de evitar que aquella degenera en lo que llama una democracia plebiscitaria, una tiranía de la mayoría que terminaría por erosionar los derechos que sirven de base a la propia democracia.

A la democracia plebiscitaria Ferrajoli ha opuesto lo que ha denominado democracia constitucional, un sistema jurídico-político en que la

7 Véase por ejemplo Gargarella, Roberto. "Las amenazas del constitucionalismo: constitucionalismo, derechos y democracia". *Los derechos fundamentales*. Marcelo Alegre et al. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003. También Gargarella, Roberto. "Constitución y Democracia". *Derecho constitucional*. Susana Albanese et al. Buenos Aires, Editorial Universidad, 2004.

8 Ferrajoli, Luigi. "La Democracia Constitucional". *Desde otra mirada*. Comp. Christian Courtis. pp. 260-261.

voluntad de la mayoría se halla canalizada y limitada por derechos humanos y por tanto universales, indisponibles e imprescriptibles, establecidos en el Derecho Internacional y en una Constitución relativamente rígida, esto es, que no se puede reformar sino por un procedimiento o mayoría especial. Puesto que las leyes y las políticas públicas son o pueden ser expresiones de mayorías políticas, estas leyes y políticas no pueden violar los derechos humanos y, por tanto, también se hallan sometidas a la Constitución. En este marco son fundamentalmente los jueces, y en última instancia la Corte Constitucional, los que imponiendo el Derecho tanto al poder estatal como al mercado deben resguardar esta supremacía de los derechos y en general de la Constitución. De esta forma, sostiene Ferrajoli, los derechos están o deben estar excluidos tanto de los avatares de la política como del mercado.

Esta idea de excluir a los derechos de la discusión ciudadana no es vista con buenos ojos por muchos demócratas. Así, Roberto Gargarella ha reiterado sus dudas respecto a lo que él ve como mitos del constitucionalismo, tales como la idea de que la Constitución y los derechos que ella consagran representen sean realmente expresión de un pacto primigenio, un consenso axiológico excepcional o un contrato que se convalida tácitamente a lo largo de varias generaciones.⁹ Por el contrario, plantea Gargarella, las constituciones históricamente han sido con frecuencia instrumentos de imposición, de exclusión y dominación de ciertas minorías sobre las mayorías.¹⁰ Siendo así, una verdadera democracia implica que las nuevas generaciones y los ciudadanos en general puedan discutir, definir y exigir constantemente sus derechos, en una suerte de constituyente permanente.

Desde esta crítica democrática instituciones como una Corte Constitucional o la rigidez de la Constitución tienden a limitar negativamente el activo influjo que los ciudadanos deben tener en la definición y exigencia de sus derechos. Desde esta visión una Corte Constitucional y los jueces constituirían una élite desprovista de legitimidad democrática para reemplazar a los ciudadanos en la toma de decisiones que les corresponde. En cuanto a la rigidez de la Constitución, ella implica una suerte

9 Gargarella, Roberto. *Constitucionalismo vs. Democracia*. Buenos Aires, 2005 (texto no publicado, enviado por el autor).

10 Gargarella, Roberto. *Las amenazas del constitucionalismo: constitucionalismo, derechos y democracia*.

de condena a las nuevas generaciones para que vivan conforme a lo decidido por las anteriores, en ocasiones décadas o siglos antes. Este debate tiene consecuencias prácticas de orden social, político e institucional.

En lo social y político, un énfasis absoluto sobre la supuesta voluntad de la mayoría y una relativización radical de los derechos de minorías e individuos o de los derechos en general, podría generar el riesgo planteado por Ferrajoli, esto es el surgimiento de una democracia plebiscitaria. En efecto, no toda participación es democrática puesto que esta puede reproducir las estructuras y relaciones de dominación que se pretenden cambiar, inhibiendo la condición de sujetos de quienes participan y convirtiéndolos más bien en objetos de control social y político.

Nuria Cunill¹¹ ha resumido y analizado múltiples casos, en América Latina y en otras partes del mundo, en que las expresiones supuestamente mayoritarias o participativas han servido no para transformar relaciones de poder y redistribuir recursos más igualitariamente, sino para legitimar el statu quo e incluso facilitar reformas conservadoras. De hecho, durante los años noventa las reformas constitucionales que en América Latina introducen mecanismos de participación directa como la iniciativa legislativa popular, el referéndum, el plebiscito y múltiples mecanismos de democracia participativa, coinciden con los procesos de reducción del Estado y transferencia de sus recursos y competencias al sector privado. Y es que en muchas ocasiones la participación ciudadana ha sido reducida a un mecanismo puramente funcional a las necesidades de información y gestión de la burocracia o a las necesidades de control corporatista de gobiernos populistas y autoritarios, e incluso de dictaduras.¹²

11 Cunill Grau, Nuria. *Repensando lo público a través de la sociedad*. Caracas, Editorial Nueva Sociedad, 1997. Sobre las reformas constitucionales en los noventa en América Latina, Cunill destaca que: “las reformas recurrentes se orientan a la introducción de las figuras de la iniciativa popular en la formación de las leyes y del referéndum en el nivel nacional, concebidos como derechos políticos de participación ciudadana. La Constitución de Argentina, reformada en agosto de 1994, incluye ambas figuras como derechos, y así también ocurre en las nuevas constituciones de Perú (Septiembre de 1993), y de Colombia (Octubre de 1991). Previamente habían sido incorporadas en la Constitución de Brasil, promulgada en Octubre de 1988” (p. 83).

12 Un ejemplo muy claro de lo primero es el caso del gobierno de Fujimori, mientras que la segunda situación es ejemplificada bien por el gobierno de Pinochet. Ambos, en mayor o menor medida, apelaron a la participación de la sociedad civil como una justificación de procesos de privatización y desmantelamiento del Estado.

El precisar en qué condiciones la participación es realmente democrática y conducente a la efectivización de derechos humanos tiene especial importancia hoy en América Latina. Varios de los gobiernos que se presentan como progresistas en la región vienen organizando consejos ciudadanos de diversa índole. Es necesario estudiar críticamente estas experiencias a efectos de determinar de qué forma transforman o reproducen relaciones de poder y redistribuyen recursos. Una condición clave a tomar en cuenta es la evaluación de cómo estas formas de organización popular se relacionan con el Estado y, específicamente, con el gobierno de turno. Sin derechos habilitantes las experiencias participativas degeneran en mecanismos de control político con efectos excluyentes y autoritarios, es decir, con efectos contrarios a lo que implica el fortalecimiento de la democracia.

En el aspecto institucional, la forma como se conciba la relación entre derechos y democracia puede ser decisiva para responder preguntas como las siguientes: ¿deben establecerse procedimientos fáciles para la reforma de la Constitución y de los derechos? ¿No es esto lo más democrático? ¿O es un riesgo para la propia democracia? ¿Deben o pueden los ciudadanos definir constantemente sus derechos? ¿Y si este referéndum permanente es posible, los derechos salen fortalecidos o debilitados?

Para responder preguntas como estas, es necesario en realidad diluir primero una falsa dicotomía: la alternativa entre mantener los derechos estáticos o cambiarlos permanentemente. En la práctica social los derechos se configuran mediante la deliberación que se ubica entre estas dos polaridades, puesto que mantienen un contenido básico o mínimo pero al mismo tiempo son objeto de constante desarrollo y regulación en sus significados, alcances y formas de aplicación, mediante la labor de legisladores, jueces, gestores de políticas públicas y por supuesto múltiples fuerzas sociales y políticas. Es esta estructura dual de los derechos en cuanto a ser punto de partida y horizonte lo que permite que ellos encuadren y al tiempo habiliten las dinámicas democráticas.

2. Las complementariedades

En realidad, entre derechos humanos y democracia hay más comple-

mentariedades que contradicciones. Pero estas complementariedades se evidencian una vez que precisamos un sentido democrático radical tanto en la noción de derechos como en la de democracia.

La primera y más obvia relación está dada por el hecho de que la democracia, aun concebida limitadamente como procedimiento de elección de autoridades y políticas públicas, no es posible sin el ejercicio efectivo de los derechos políticos. El sufragio mismo es un derecho humano y este se halla estructuralmente vinculado a otros derechos como las libertades de reunión, asociación, de opinión, de información.

Aunque en teoría el elector puede ser visto como un agente aislado que racionalmente escoge entre diversos candidatos,¹³ en la práctica política el proceso electoral implica múltiples procesos sociales de intercambio de información, campañas, debates, movilizaciones y tomas de posición de los diversos grupos organizados de la sociedad, todos estos son procesos sociales que implican el ejercicio de derechos políticos. Por otro lado, la propia ampliación del derecho de sufragio y de otros derechos políticos ha sido con frecuencia resultado de presiones democráticas por parte de sectores excluidos como, por ejemplo, los no propietarios, las mujeres y grupos étnicos.

Por otra parte, los derechos deben cumplir también una suerte de función endógena respecto a la participación. Es decir, deberían asegurar condiciones habilitantes de la deliberación, condiciones por las cuales no se reproduzcan discriminaciones de género, étnicas, generacionales, económicas al interior de la comunidad participante; y que por otro lado se reconozcan las diferencias relevantes para lograr una deliberación adecuada y una igualdad real.¹⁴ Esta habilitación de condiciones deliberativas es necesaria puesto que las diferencias y relaciones de poder asimétricas a nivel social tienden a reproducirse al interior de estas comunidades. En síntesis, los derechos políticos son claramente condiciones mínimas de la democracia, y a la vez son resultado de ella.

La oposición absoluta de democracia y constitucionalismo, supone que la discusión democrática para ser tal debe ser libérrima, no debe sujetarse

13 Schumpeter, Joseph Alois. *Capitalism, socialism, and democracy*. 2ª ed. New York, London, Harper & brothers, 1947.

14 Fung, Archon. *Deliberation before the revolution: toward an ethics of deliberative democracy in an unjust world*.

a presupuestos, condiciones ni límites fijados por derechos preestablecidos. Subyace a esta concepción la visión de democracia exclusivamente como procedimiento, desembarazada de cualquier definición sustancial o valor permanente, puesto que todo estaría sujeto a una libre discusión. Sin embargo, como lo han admitido varios teóricos democráticos,¹⁵ la democracia, sea electoral o participativa, se levanta justamente sobre al menos un derecho como es el de igualdad, entendida como el respeto efectivo a la autonomía y derecho de toda persona a participar en la definición de las normas y políticas que inciden en su vida.¹⁶ Por tanto, como se expuso, los derechos actúan a la vez como condición, límite y resultado del proceso democrático.

Otro ejemplo de los derechos humanos como antecedente y resultado del proceso democrático está dado por los procesos constituyentes. Para integrar una constituyente realmente democrática es necesario respetar los derechos ciudadanos a elegir, a ser elegido, a expresarse, a organizarse, etc. La Constituyente, incluso si se declara de plenos poderes, no puede ni debe convertirse en una fuente de violación de los derechos humanos, puesto que consiste justamente en un proceso político y social para declarar y desarrollar tales derechos que, por cierto, son la parte esencial de cualquier Constitución democrática. Y al mismo tiempo, las constituyentes mediante una nueva Constitución repositivizan estos derechos en el sistema jurídico y político nacional, los perfilan y regulan en sus líneas básicas. En definitiva, este proceso democrático funciona sobre la base de estos derechos; uno de sus resultados claves es la expresión de estos derechos.

3. Políticas públicas y derechos humanos

Otro campo en el cual es notoria la complementariedad entre derechos humanos y democracia es el de las relaciones entre participación y políti-

15 Gargarella, Roberto. *Constitucionalismo vs. democracia*. Buenos Aires, 2008 (texto no publicado, enviado por el autor).

16 Held, David. *Modelos de democracias*. Madrid, Alianza Editorial, 1996. Especialmente el capítulo 9.

17 Véase, por ejemplo, Hopenhayn, Martin. *Desigualdades sociales y derechos humanos: hacia un pacto de protección social*. Santiago de Chile, documento de la Cepal, 2006.

cas públicas. Actualmente, tanto algunas teorías sobre el desarrollo¹⁷ como las prácticas de varios organismos internacionales¹⁸ vienen adoptando el enfoque de derechos humanos en la concepción y ejecución de políticas sociales. Este es un giro importante porque implica un cuestionamiento a la separación entre políticas públicas y derechos humanos. Este nuevo enfoque genera una comunicación mutuamente enriquecedora de los ámbitos de los hechos y de las normas, proveyendo a las políticas de sentidos y parámetros normativos, y otorgando a las normas una mayor capacidad de incidencia sobre la realidad social.

En efecto, los derechos humanos y en especial los derechos sociales pueden y deben ser criterios consistentes de diseño, ejecución y evaluación de las políticas públicas, y en especial de las políticas sociales. Víctor Abramovich¹⁹ ha planteado que si bien los derechos humanos por sí mismos no pueden definir un modelo de desarrollo, ellos sí pueden constituir marcos conceptuales para orientar las políticas sociales y, en general, las políticas de desarrollo. También ha destacado que el enfoque de derechos concibe a los ciudadanos no como beneficiarios de programas discrecionales de asistencia social, sino como titulares con poder propio para exigir política y judicialmente que se desarrollen políticas que no solo respeten sus derechos mediante la omisión de ciertas conductas, sino que participen en el diseño de las medidas positivas a que está obligado el Estado para efectivizar estos derechos.

Si los derechos humanos pueden ser marcos conceptuales de políticas públicas, estos marcos conceptuales no son solo necesarios y útiles para el Estado. Como lo muestran varias experiencias en América Latina, son las organizaciones y movimientos sociales los que participan en la definición misma de los derechos y los que pueden exigir que tales políticas sirvan a los derechos.

Primer ejemplo: la seguridad y soberanía alimentaria

En la experiencia relativamente reciente, demandas como las de soberanía alimentaria y derecho al agua por parte de los campesinos e indígenas del

18 Pueden mencionarse en este sentido a la Cepal y el PNUD, entre otros.

19 Abramovich, Víctor. "Una aproximación al enfoque de derecho en las estrategias y políticas de desarrollo". *Revista de la Cepal*, 88 (abril 2006): 35-49.

continente, ciertamente proveen elementos para enriquecer los derechos y políticas sobre alimentación. Al respecto es ilustrativa la siguiente información:

El concepto de soberanía alimentaria es una ampliación de los principios de seguridad alimentaria que nace de los movimientos campesinos e indígenas centroamericanos que cuestionan los programas de ayuda alimentaria promovidos por la cooperación bilateral y multilateral. De acuerdo con este nuevo enfoque, el tema del hambre y la desnutrición ya no pueden ser abordados desde una perspectiva asistencialista sino, más bien, desde la participación activa de los diferentes tipos de actores sociales e institucionales a través de los siguientes componentes: la valorización y desarrollo de las pequeñas unidades de producción campesinas e indígenas, la generación de empleo e ingresos, la reorientación de los programas de alimentación escolar, la elaboración y ejecución de políticas públicas, y el control social para el fortalecimiento de las capacidades locales y nacionales mediante la educación y la gestión de conocimientos.²⁰

Como se aprecia en este caso, los campesinos e indígenas han contribuido a renovar el derecho a la alimentación. En este proceso han tomado como base, desarrollado y a su vez cuestionado el concepto de seguridad alimentaria, por el cual se entiende “el acceso por todas las personas en todo momento a los alimentos necesarios para una vida sana y activa”.²¹ En el caso ecuatoriano han sido organizaciones como la Conaie, la Fenocin y otras organizaciones indígenas y campesinas las que han insistido en la noción de soberanía alimentaria y en las limitaciones actuales de la regulación legal del derecho a la alimentación establecida en la Ley de Seguridad Alimentaria y Nutricional, expedida en abril de 2006 y vigente hasta el día de hoy. En el actual proceso constituyente las mencionadas organizaciones han tenido un papel clave en la introducción del concepto en las propuestas de textos constitucionales.

En efecto, cuando la participación funciona como una real reconfiguración de relaciones de poder puede ser el medio político adecuado para asegurar esta conexión entre derechos y políticas. Es mediante la

20 Ildis. *Las izquierdas y la constituyente. Programa constitucional*. Quito, 2007.

21 Añón, María José. “El derecho a no padecer hambre y el derecho a la alimentación adecuada, dos caras de la misma moneda”. *Derechos sociales: instrucciones de uso*. Comps. Víctor Abramovich, M. J. Añón y Christian Courtis. México, Editorial Fontanamara, 2006.

participación que los ciudadanos se convierten en titulares, promotores y defensores activos de sus derechos. Reconociendo la importancia de la participación ciudadana para el real ejercicio de los derechos humanos, ciertos sectores de la doctrina constitucional hablan hoy de garantías sociales de los derechos,²² puesto que estos derechos no se garantizan solo mediante ciertos procedimientos judiciales como el amparo o mediante normas parlamentarias como la rigidez de la Constitución sino que es la participación directa e indirecta de los ciudadanos la que también resulta decisiva para efectivizarlos.

En tanto derecho en sí mismo y como garantía de los demás derechos humanos, la participación realmente democrática puede ayudar a evitar que las políticas sociales degeneren en asistencialismo o en una pluralidad de programas sociales temporales e inconexos.²³ La expresión de las necesidades de los ciudadanos en forma de derechos no es un mero cambio semántico, una simple traducción, sino que debería implicar la inscripción de estas demandas ciudadanas en una lógica específica de redistribución de recursos y de poder en términos reales de igualdad.²⁴ Así, por ejemplo, los principios de universalidad e igualdad de los derechos sociales son estructuralmente contrarios a las prácticas clientelares, cuya discrecionalidad no solo que es incompatible sino que constituye una violación misma a la igualdad en el derecho; el principio de complementariedad de los derechos impone una visión integral de las políticas sociales, como por ejemplo en el caso de la salud, que no puede ser vista como aislada de derechos y políticas relativas al trabajo, la educación, la vivienda o el medioambiente. Mientras que principios como los de progresividad y no regresividad constituyen parámetros obligatorios de inversión y priorización en el gasto público y en las políticas fiscales. Cuando las políticas son contrarias a estos derechos y principios, la participación y movilización ciudadana pueden recurrir a toda la legitimidad simbólica que los derechos y sus principios proveen; pueden además apelar a los procedimientos e instituciones estatales diseñados para actuar frente a su violación, incluyendo las acciones judiciales.

22 Pisarello, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías*. Madrid, Editorial Trotta, 2007.

23 Bustelo, Eduardo S. "La política social sin política". Ponencia presentada en el Seminario Internacional de Políticas Sociales e Institucionalidad Pública, organizado por la Universidad Andina Simón Bolívar. Quito, 28-30 abril 2008.

24 *Ibid.*

Esta complementariedad entre derechos sociales y políticas públicas canalizada mediante la participación ciudadana no significa que derechos y políticas sean idénticos, que se asimilen mutuamente dando lugar a su indiferenciación. Las políticas son los diversos medios, estrategias y técnicas entre los cuales se puede escoger para concretar los derechos. En otras palabras, los derechos son los fines de las políticas, y por tanto los condicionan en esta importante medida sin eliminar las diversas alternativas políticas para su consecución.

A nivel constitucional los derechos tienden a formularse predominantemente como principios, es decir, como directrices genéricas y abstractas, lo cual provee un apreciable margen de interpretación que hace posible el ulterior desarrollo legislativo y político de estos mismos derechos. Es en la legislación y en las políticas públicas que estos derechos se concretan en reglas, es decir, en normas específicas que detallan titulares, conductas y sanciones, excluyendo aquellas regulaciones claramente contrarias a los fines y valores que los derechos a nivel constitucional han establecido.

Segundo ejemplo: la consulta y el consentimiento previo

La actual discusión constituyente sobre consulta y consentimiento previo constituye un caso ilustrativo de la vinculación entre participación, derechos sociales y políticas públicas. La idea de que los pueblos indígenas interesados y afectados por proyectos de desarrollo deben ser consultados pero que la decisión corresponde al gobierno, y que por tanto no es correcto hacer referencia al consentimiento previo de estos pueblos, revela que la participación, como lo ha indicado Cunill, puede ser consultiva o resolutive. Mientras que la primera se orienta a proveer de información, legitimación y eficiencia al gobierno, la segunda busca efectivamente redistribuir el poder confiriendo a los potenciales afectados un poder de veto. La transición de la consulta al consentimiento es justamente uno de los avances que introducen las nuevas constituciones de Bolivia y Venezuela, así como la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas respecto del Convenio 169 de la OIT. El texto pertinente de la Declaración establece lo siguiente:

Artículo 32

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos.
2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.

El consentimiento, como poder de veto, propicia un proceso deliberativo que la mera consulta sin efectos vinculantes no puede generar. El poder de veto implica la suspensión del proyecto de desarrollo y por tanto los involucrados e interesados, para superar ese veto deben proveer información y razones en cantidad y calidad adecuada. Esto es algo a lo que no se verían compelidos frente a una consulta finalmente intrascendente.

Para que exista deliberación al interior de las comunidades afectadas este consentimiento, según el artículo 32 de la Declaración de la ONU, debe ser previo, libre e informado. Es decir, por una parte se deben respetar los derechos humanos de pensamiento, expresión, reunión, etc. que hagan posible el proceso decisorio. Por otra parte, se debe proveer oportunamente la información necesaria y adecuada para discutir y decidir. Este es, por tanto, un proceso muy distinto a la manipulación de la comunidad, la cual desinformada, dividida o amenazada se ve compelida a aceptar.

Sin condiciones adecuadas no puede haber deliberación y, por tanto, tampoco hay ni consulta ni consentimiento. Pero, como se ha dicho, el consentimiento marca con mayor claridad las consecuencias políticas de la participación. Si las comunidades afectadas no otorgan su consentimiento, el proyecto se suspende, pero esta decisión no es definitiva puesto que pueden existir otros intereses e incluso derechos en juego. Es necesaria, entonces, una decisión final que con todos los elementos de juicio evalúe si la falta de consentimiento es justificada, si se están violando derechos humanos. Podría incluso suceder que se otorgue el consentimiento

por parte de los afectados, pero que sus derechos, los de otros ciudadanos, o las condiciones de existencia de ecosistemas únicos, se hallen efectivamente en riesgo y, por tanto, otros ciudadanos pidan la revisión de la decisión.

Esta situación muestra como participación y judicialización pueden combinarse en la defensa de derechos. En este caso, la decisión final debería ser tomada por la Corte Constitucional luego de un detenido examen jurídico y técnico que determine si existen o no daños o riesgos para los derechos humanos y la naturaleza. En este proceso decisorio, la Corte no debe encerrarse en un análisis formalista y abstracto, sino que debe en realidad abrir un nuevo foro de deliberación que conduzca a la decisión más razonable en torno a la protección de derechos.

En efecto, es necesario avanzar también en una profunda reconceptualización de lo que son los derechos, los jueces, los tribunales y los procedimientos judiciales. Hoy en día, estos procesos también pueden ser vistos bajo el lente de la participación deliberativa, procesos en los cuales los afectados presentan ante los jueces sus pruebas y argumentos, no solo para defender sus derechos individuales sino valores y principios sociales cristalizados institucionalmente en la forma de derechos.

¿Significa esto último que en casos como estos nos veremos avocados a un gobierno de los jueces? Como hemos dicho, los jueces en esta perspectiva son quienes inician nuevos procesos deliberativos, tanto en el espacio formal del proceso judicial como en el informal de la opinión pública. Pero además las limitaciones a esta posibilidad están diseñadas en el propio sistema constitucional y democrático. Así, por ejemplo, existe la posibilidad de un amplio consenso político a nivel parlamentario que derive en una reforma a la Constitución y, por tanto, una virtual revocatoria de una decisión de la Corte Constitucional. Una medida que, por cierto, cualquier tribunal de este tipo debe evitar decididamente a efectos de librarse de una fuerte deslegitimación.

Este último aspecto plantea un asunto final, que quisiéramos al menos mencionar como hipótesis al terminar en este ensayo: la necesidad de que la participación se entienda articulada, aunque no subordinada a la institucionalidad del Estado. Es el Estado el que puede y debe crear condiciones y ambientes para el desarrollo autónomo de la participación, el que mediante normas e instituciones propicia o inhiba la influencia de

los ciudadanos en la defensa de sus propios derechos. Esta relación con el Estado es la que puede marcar la diferencia entre una participación bajo el enfoque derechos y una participación corporatista o clientelar. Estas alternativas en la América Latina de hoy en día ciertamente no se ubican solo en el plano de la teoría democrática, sino en el de la historia misma.

Régimen constitucional de la biodiversidad, patrimonio natural y ecosistemas frágiles; y recursos naturales

Introducción

La soberanía en la Constitución ecuatoriana está formulada en términos relativos, ello implica que esta potestad del Estado se halla externamente limitada por el Derecho internacional e internamente limitada por la propia Constitución, y en especial por los derechos que ella establece. Adicionalmente hay que precisar que el titular de la soberanía no es el gobierno sino el pueblo, el que ejerce la soberanía mediante un complejo de órganos públicos con competencias constitucionales específicas, así como mediante formas de participación ciudadana directa. Estos postulados tienen consecuencias relevantes en materia ambiental, puesto que implica que ningún gobierno puede violar los derechos internacionales y constitucionales ambientales aduciendo su ejercicio de soberanía sobre los recursos naturales.

Las limitaciones constitucionales a la soberanía se ejemplifican claramente en el caso de la prohibición de explotación de recursos naturales no renovables en zonas protegidas e intangibles. Aunque la Constitución autoriza excepcionalmente el desarrollo de actividades extractivas en estas áreas, también establece rigurosos estándares y procedimientos que aseguren la validez constitucional formal y material de una decisión de las autoridades públicas en este sentido. En todo caso, estos actos de autoridades públicas, al igual que toda norma, están sujetos a control constitucional previo y posterior a su adopción.

En el caso de zonas intangibles en que habitan pueblos en aislamiento voluntario, la Constitución realiza de forma directa una ponderación de derechos que proscribiera definitivamente toda actividad económica, priorizando así la sobrevivencia física y cultural de estos pueblos. Otra ponderación de derechos, directamente realizada por la Constitución, es la relativa al derecho al agua, en tanto se prioriza expresamente la sustentabilidad de los ecosistemas y el consumo humano. También, en el caso de la propiedad privada y comunitaria, de áreas biodiversas, la Constitución impone a la propiedad una función ambiental, en tal sentido, la sujeta a un sistema institucional bajo su rectoría.

En otras situaciones en que los derechos constitucionales ambientales puedan entrar en conflicto con otros derechos constitucionales es necesario realizar un proceso de ponderación sea mediante ley o mediante la jurisprudencia constitucional. Para el efecto, hay que tener en cuenta que la Constitución ecuatoriana otorga igual jerarquía y considera como complementarios a los derechos, por lo que cualquier regulación a un derecho debe ser realizado en función del adecuado ejercicio de otro, y del mayor ejercicio posible de todos los derechos. En todo caso, cualquier limitación debe ser razonable, proporcional y necesaria.

En general, el principio de efectividad de los derechos constitucionales determina que la estructura institucional y los procedimientos establecidos a nivel constitucional constituyan necesariamente medios de realización de estos derechos, y en ningún caso mecanismos para justificar su violación. La aplicación de este criterio en materia ambiental es esencial para ir consolidando una institucionalidad realmente funcional respecto de la protección ambiental.

Ciertamente el desarrollo es un objetivo que la Constitución reconoce y alienta, pero lo conceptúa no solo como crecimiento económico, sino de forma integral y sustentable, exigiendo que la actividad económica sea un medio de realización de derechos, y no solo asegure la disponibilidad de recursos naturales para generaciones futuras, sino además la conservación, reproducción y desarrollo de la naturaleza como realidad valiosa en sí misma, más allá de los efectos inmediatos y directos del daño ambiental sobre los seres humanos.

El presente documento desarrolla algunas ideas para discusión en torno a tres secciones: 1) biodiversidad y soberanía, interés público y

nacional; 2) desarrollo y áreas intangibles; 3) propiedad, ambiente y agua. En todos estos temas se analiza de qué forma los derechos constitucionales ambientales limitan y se ven limitados por otros principios y derechos constitucionales. El nivel del análisis es el propio del Derecho constitucional, cuya generalidad y abstracción es al mismo tiempo una ventaja y una limitación, en cuanto permite trazar criterios de interpretación sistémica de leyes y otras normas jurídicas en base a derechos constitucionales, pero con frecuencia sin los niveles de especificidad y concreción propios de las normas infraconstitucionales.

1. Biodiversidad, soberanía, interés público y nacional

La noción de soberanía requiere diversas precisiones antes de ser relacionada adecuadamente con los derechos ambientales y de la naturaleza. Estas precisiones se refieren a los siguientes aspectos: a) su titular, b) su alcance, c) su actualidad.

- a) El titular de la soberanía es el Estado, y más exactamente el pueblo, entendido como comunidad política asentada en un territorio. La soberanía entonces no corresponde primordial ni exclusivamente al Ejecutivo, sino a una entidad más amplia y compleja, del cual este es solo uno entre varios órganos públicos. En el caso ecuatoriano, la Constitución de 2008 en su primer artículo establece que la soberanía radica en el pueblo, pero que la ejerce mediante los órganos del poder público y las formas de participación directa establecidas en la misma Carta. En consecuencia, el Presidente, la Asamblea o cualquier otro órgano no es en realidad titular de la soberanía, sino que todos los órganos públicos en su conjunto son medios a través de los cuales esta es ejercida.

Debe además destacarse el vínculo explícito que la Constitución desarrolla entre soberanía y participación de los ciudadanos. Estos no renuncian totalmente a la soberanía al nombrar sus representantes, primero porque según este artículo el fundamento de la autoridad es siempre y solamente la voluntad del pueblo, y segundo porque los propios ciudadanos también ejercen la soberanía mediante los mecanismos de participación directa que la Constitución establece.

b) Respecto a su alcance, debe destacarse que la soberanía hoy en día tiene un carácter relativo, tanto en su dimensión externa (respecto a otros Estados) como en su dimensión interna (respecto a otros poderes al interior de un Estado). La soberanía de un Estado frente a otros Estados y la comunidad internacional es un valor y poder real pero limitado por el Derecho internacional, y más radicalmente por el Derecho internacional de los derechos humanos. También procesos como el desarrollo de una comunidad internacional y la necesidad de paz entre los Estados,¹ la interdependencia económica y en general la globalización, el desarrollo de la integración supranacional y de organizaciones transnacionales han venido a relativizar la dimensión externa de la soberanía. En cuanto a su dimensión interna, los propios derechos constitucionales, la descentralización, el federalismo, las autonomías y el autogobierno de pueblos indígenas han venido también a contribuir a esta relativización. La noción de Estado Nacional vinculada estructuralmente a la noción de soberanía absoluta como poder centralizado e ilimitado dentro de un territorio viene a ser cuestionada frontalmente por la noción de un Estado Plurinacional.²

Los problemas y derechos ambientales limitan también la noción absoluta de soberanía. Los más graves problemas ambientales de hoy en día tienen carácter global, tal es el caso por ejemplo de la ruptura de la capa de ozono, el calentamiento del planeta, la acidificación de los mares o la pérdida de biodiversidad. Otros problemas, aunque ubicados regionalmente, involucran a dos o más estados, y tienen también consecuencias planetarias, como sucede con el deterioro de la Amazonia. Puesto que estos problemas son supranacionales, las soluciones, incluyendo la normativa e institucionalidad para afrontarlos, tienen también una dimensión supranacional, volviendo la actuación aislada o autócrata de un Estado simplemente insuficiente.

1 La Carta de las Naciones Unidas de 1945 contiene ya el principio de obligaciones internacionales asumidas por estados igualmente soberanos. Otros instrumentos tempranos de Derechos Humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 1, numerales 1 y 2), ratifican la soberanía de los estados, incluyendo su poder para disponer de sus riquezas y recursos naturales sin perjuicio de sus obligaciones jurídicas internacionales.

2 He analizado este efecto del Estado plurinacional para el caso ecuatoriano en este libro, capítulo 2, "El Estado plurinacional e intercultural en la Constitución ecuatoriana de 2008".

- c) Sobre su actualidad, hay que decir que aunque relativizada, la soberanía sigue siendo una realidad y un concepto de gran vigencia. Los estados continúan siendo sujetos claves de la comunidad internacional, y bajo su poder se estructuran los sistemas políticos y económicos nacionales plasmados en las constituciones. De hecho, en América Latina asistimos a una reactivación de la soberanía como una reacción y reivindicación contra la condicionalidad de los organismos financieros internacionales, la actuación irregular de algunas transnacionales y la injerencia de poderes extrarregionales. En el caso ecuatoriano, la soberanía ha adquirido incluso expresiones más específicas al constitucionalizarse las nociones de soberanía alimentaria (art. 281), energética y en general económica (art. 284, numeral 3), incluso referida al endeudamiento público (art. 290, numeral 2).

En materia ambiental, el artículo 3 del Convenio sobre la Biodiversidad Biológica establece que los estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental, pero el Convenio en sí mismo contiene una serie de medidas, parámetros y jurisdicciones a los cuales se someten los Estados suscriptores en una suerte de autolimitación de su soberanía.

En definitiva, la noción absoluta de soberanía ha sido conceptual e históricamente superada, puesto que, como sostiene Zagrebelsky,³ resulta simplemente incompatible con el Estado Constitucional moderno, puesto que la centralización, unicidad y supremacía de la soberanía absoluta no pueden coexistir con la diversidad, participación, internacionalización y derechos propios de un Estado constitucional y democrático, como lo concebimos hoy en día. A ellos habría que añadir la fuerte interdependencia económica de todos los países. Es, por tanto, esta noción relativa de soberanía la que hallamos en la actual Constitución de Ecuador.

La noción relativa de soberanía se caracteriza o debe caracterizarse entonces no por su debilidad o precariedad, sino por constituir un principio orientado necesariamente a la defensa de lo público, del interés social y, al mismo tiempo, por la integración de cada Estado a la comunidad internacional y al Derecho internacional, con las limitaciones a la soberanía que ello implica.

3 Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid, Editorial Trotta, 2005.

En este marco, la soberanía en su nueva dimensión continúa siendo un principio necesario y valioso mediante el cual los países en desarrollo pueden defender la gestión sustentable de los recursos en sus territorios frente a los poderes transnacionales privados y frente a la injerencia indebida de otros Estados. Se trata en definitiva de una soberanía constitucionalizada e internacionalmente responsable. Este principio, como todo principio constitucional bien entendido, no debe ser una mera declaración retórica sino una directriz jurídica efectiva para la legislación y las políticas públicas, y traducirse en prácticas tan específicas como el carácter público de las evaluaciones de impacto ambiental o de las consultas previas, a veces indebidamente realizadas por empresas privadas, o la regulación estatal del agua, áreas protegidas y zonas intangibles.

El artículo 400 de la Constitución ecuatoriana establece que el Estado ejerce soberanía sobre la biodiversidad, la cual se declara de interés público. Puesto que la soberanía se ejerce no solo mediante el Ejecutivo,⁴ sino a través de múltiples órganos del poder público y de la participación directa de los ciudadanos (art. 1), la Constitución establece que para la ratificación o denuncia de tratados internacionales que afecten la biodiversidad del país y en general comprometan el patrimonio natural, se requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional (art. 419, numeral 8); en el caso de la ratificación se requiere además un dictamen previo de efecto vinculante de la Corte Constitucional, el cual debe revisar la constitucionalidad del tratado (art. 438). A su vez, el artículo 403 incluye una prohibición expresa de que el Estado ecuatoriano suscriba convenios o acuerdos de cooperación lesivos al manejo sustentable de la biodiversidad. Pero no solo el Ejecutivo, la Asamblea, los gobiernos locales y la Corte Constitucional son órganos públicos de ejercicio de la soberanía sobre la biodiversidad. En el caso de actividades estatales o privadas que puedan afectar al ambiente, la Constitución prevé la consulta a las comunidades involucradas (art. 398), incluyendo disposiciones específicas para los pueblos indígenas (art. 57, numerales 7 y 17).

4 En este sentido el artículo 147, numeral 17, de la Constitución que establece que el Presidente de la República debe “velar por el mantenimiento de la soberanía” no debe entenderse como que excluye de esta responsabilidad a otros órganos públicos.

Se plantea en todo caso la pregunta de si puede haber una contradicción entre el “derecho” soberano de un Estado a explotar sus recursos naturales y otros derechos constitucionales, tanto de las personas como de la naturaleza. En efecto, el problema se plantea cuando existe desacuerdo sobre la viabilidad o el impacto ambiental de una actividad económica o un proyecto de desarrollo. Si hay quienes afirman que estos efectos violan los derechos constitucionales y los derechos de la naturaleza, se plantea un problema de constitucionalidad de los actos o normas de explotación de estos recursos.

Antes del análisis es necesario precisar términos, puesto que no existe desde una perspectiva técnico-constitucional un “derecho humano a explotar recursos naturales”. Los derechos constitucionales se ejercen frente o contra el Estado, como un límite a sus actos o como una exigencia de prestaciones públicas jurídicamente exigibles. En consecuencia, el Estado en cuanto tal es sujeto obligado al cumplimiento de tales derechos y no titular de los mismos. Se sigue que en general no existe propiamente un “derecho a explotar” estos recursos frente a otros derechos potencial o realmente afectados, sino un ejercicio soberano del uso y gestión de tales recursos, una potestad pública que sin embargo está claramente limitada por la propia Constitución y, en particular, por el derecho de los seres humanos a un medioambiente sano, los derechos de la naturaleza y por los principios constitucionales ambientales.

Lo que puede suceder es que la explotación de recursos naturales se plantee *como un medio para ejercer o efectivizar ciertos derechos* tales como el derecho a una vida digna (art. 66, numeral 2), el derecho al trabajo (art. 33), a la libertad de empresa y contratación (art. 66, numeral 16), al libre tránsito y elección de residencia (art. 66, numeral 14), a desarrollar actividades económicas (art. 66, numeral 15) o el derecho a la propiedad (art. 66, numeral 26), etc. En efecto, es fácil imaginar y encontrar situaciones en que estos derechos deben ser regulados o limitados a efectos de proteger tanto el derecho a vivir en un medioambiente sano (art. 66, numeral 27) como los derechos de la naturaleza (arts. 71 al 74). La propia Constitución al referirse a varios de ellos aclara que deben ejercerse con responsabilidad ambiental.

2. Desarrollo y áreas intangibles

La Constitución crea un régimen de desarrollo (art. 275) en el cual se integra un *sistema económico social y solidario* orientado al ejercicio de los derechos constitucionales (art. 283). ¿Cómo resolver entonces conflictos reales o aparentes entre, por un lado, el derecho a un medioambiente sano, los derechos de la naturaleza y, por otro, derechos constitucionales como los antes mencionados además de otros derechos sociales y económicos cuya realización es el objetivo del desarrollo? ¿Hay contradicción entre derechos constitucionales ambientales y desarrollo?

En cuanto a su concepción económica, la Constitución ecuatoriana no concibe el desarrollo como contradictorio sino como estructuralmente vinculado a un modelo sustentable. En la Constitución el crecimiento económico, pese a su importancia no es más que una de las varias dimensiones del desarrollo integral, pues este se expresa en un régimen complejo que incluye dimensiones culturales, sociales y ambientales (art. 275), orientado a efectivizar el buen vivir y los derechos constitucionales,⁵ entre los cuales hay que incluir el derecho a vivir en un medioambiente sano (art. 276, numeral 4), y los derechos de la naturaleza (arts. 71 al 74).

Ello no significa que el crecimiento económico haya sido proscrito (crecimiento cero) pues la propia Constitución hace referencia a “incentivar la producción nacional, la productividad y competitividad sistémicas” (art. 284, numeral 2), así como “promocionar la incorporación de valor agregado con máxima eficiencia, dentro de los límites biofísicos de la naturaleza y el respeto a la vida y a las culturas” (284, numeral 4). Es decir, el crecimiento económico debe siempre realizarse en términos sustentables.

Se trata entonces de un sistema económico subordinado a y en función de la realización de los derechos de personas y colectividades (desarrollo humano), los cuales son componentes centrales del principio del buen vivir. Las diversas formas de organización económica (privada, pública, comunitaria, etc.) deben entonces orientarse a estos objetivos,

5 He desarrollado un análisis algo más detenido del modelo constitucional económico en Ecuador en el artículo escrito con Julio César Trujillo: “El fundamento constitucional de la nueva economía”, publicado en el capítulo 1 de este libro.

propios del Estado social, y, en consecuencia, la viabilidad constitucional de explotación de recursos naturales puede ir, conforme a los grados y tipos de impacto ambiental, desde el aprovechamiento sustentable (art. 74) hasta la prohibición absoluta de toda actividad económica en zonas intangibles habitadas por pueblos indígenas en aislamiento voluntario (art. 57, numeral 21).

Con relación a los potenciales conflictos entre derechos constitucionales, *no es posible establecer jerarquías fijas y definitivas entre los derechos constitucionales ambientales y otros derechos*, tanto por razones conceptuales como positivas.⁶

Las razones conceptuales hacen relación a la naturaleza y estructura de los derechos, los cuales adoptan la forma de principios, es decir, normas jurídicas cuyas antinomias no se resuelven con la invalidación definitiva de una de ellas, sino con la ponderación o ajuste en el ejercicio de derechos en conflicto, de forma que uno de ellos se subordina o limita frente a otro pero siempre en el marco de circunstancias concretas o casos específicos, salvo que haya sido el propio legislador el que mediante ley haya regulado un derecho mediante una ponderación general, pero igualmente razonable, necesaria y proporcional.

Así, por ejemplo, en el caso de zonas intangibles, la facultad estatal de explotar recursos naturales y el derecho a realizar actividades económicas (art. 66, numeral 15) debe, en principio, ceder frente a los derechos ambientales y de la naturaleza, debido a la imposibilidad objetiva de una no afectación severa a los ecosistemas o culturas allí existentes. Estos estándares de protección ambiental pueden ser menos excluyentes en otras áreas de recursos naturales, donde es posible desarrollar actividades económicas con un menor impacto ambiental utilizando tecnologías adecuadas. Hay entonces criterios de proporcionalidad y razonabilidad a tener en cuenta por legisladores, jueces y demás autoridades públicas.

En cuanto a las razones positivas, la Constitución en el artículo 11 establece que “todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía”. En

6 Para una introducción a la ponderación de derechos constitucionales, véase Vila Casado, Iván. *Nuevo derecho constitucional*. Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002. Una visión más compleja especialmente de la ponderación y la ley se encuentra en Prieto Sanchís, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid, Editorial Trotta, 2003.

consecuencia, dado un conflicto entre derechos constitucionales solo cabe sopesarlos para el caso concreto a efectos de determinar una limitación razonable, proporcional y necesaria de uno de ellos frente a otro u otros, conforme a los principios de la propia Constitución. Esta limitación no puede en ningún caso invalidar el derecho limitado de forma definitiva y con efectos generales. Así, por ejemplo, la exclusión de actividades económicas en zonas intangibles, no invalida de forma general, en otras zonas, los derechos al trabajo, a la actividad económica, a la circulación, residencia, etc., sino que los limita específicamente en la zona declarada intangible.

El Derecho constitucional moderno se caracteriza justamente por una hermenéutica orientada a la concretización, es decir a la consideración de los actores y contextos reales y específicos en los cuales las normas se aplican, a efectos de lograr la mayor optimización posible de los derechos, incluso si algunos de ellos registran tensiones o contradicciones entre sí. De esta forma, no es lo mismo, por ejemplo, la regulación de la actividad económica orientada a la explotación de recursos renovables que la de recursos no renovables, o el desarrollo de esta actividad en zonas intangibles de alta biodiversidad o en donde habitan pueblos indígenas, que en otras áreas que no albergan estos ecosistemas o en las cuales no habitan estos pueblos. También deberá considerarse el grado y tipo de relación de estos pueblos con el resto de la sociedad ecuatoriana. En este sentido, los estudios de impacto ambiental son de gran importancia,⁷ aunque para ciertos tipos de áreas y actividad económica la propia Constitución ha formulado ya claras prioridades.

El artículo 407 establece como regla general la prohibición de actividades extractivas de recursos no renovables en áreas protegidas y zonas declaradas intangibles. Sin embargo, de forma excepcional estos recursos pueden explotarse cuando el Presidente de la República solicita a la Asamblea Nacional una declaratoria de interés nacional. La Asamblea, a su vez, podría convocar a consulta popular. María Amparo Albán⁸ ha notado que esta excepción a la prohibición de actividades extractivas no

7 Su utilidad puede extenderse incluso ulteriormente, una vez producido el daño, como parámetro para liquidación de sus costos y de viabilizar las reparaciones a que hubiere lugar.

8 Albán, María Amparo. "El tema ambiental en el nuevo Derecho Constitucional Ecuatoriano". *La Constitución Ciudadana*. Comp. Diego Pérez Ordoñez. Quito, Santillana, 2009.

constaba en la Constitución de 1998 sino solo a nivel legal, mientras que en la actual Carta fundamental consta a nivel constitucional, disminuyendo así el nivel de protección. Ciertamente, la Constitución debe ahorrar excepciones pues se corre el riesgo de restar efectividad a sus propias prescripciones. En todo caso, puesto que la excepción está positivizada conviene dilucidar sus alcances procedimentales y materiales.

En el Derecho ecuatoriano la definición de zona intangible se ha realizado solo a nivel infralegal, más precisamente mediante los decretos presidenciales 551 y 552 de 1999, sobre la base de los cuales se las define como:

Espacios protegidos de excepcional importancia cultural y biológica en los cuales no puede realizarse ningún tipo de actividad extractiva debido al valor que tienen para las generaciones presentes y futuras. Por lo tanto, son zonas que no pueden ser destinadas a las actividades mineras, de extracción de madera, de colonización o cualquier otro tipo de actividad que pueda poner en riesgo tanto a la diversidad cultural como a la biológica que en ellas se ha desarrollado.

Pero no solamente el concepto de zona intangible y de áreas protegidas consta solo a nivel infraconstitucional, sino que la propia creación y delimitación de estas áreas se realiza mediante decretos ejecutivos e incluso mediante acuerdos ministeriales. Ello deriva en la práctica en la ineficacia y violación de las normas constitucionales, puesto que fácilmente mediante modificaciones discrecionales a los límites de las zonas protegidas puede ignorarse los objetivos de preservación ambiental y cultural al que apuntan las normas constitucionales. Esta práctica implica también violaciones formales a la Constitución puesto que al afectar tales delimitaciones a derechos constitucionales, opera necesariamente la reserva de ley orgánica establecida en los artículos 132 y 133 de la Carta fundamental.

Si en el área protegida o zona intangible viven comunidades que pueden ser afectadas por el impacto ambiental, antes de la petición del Presidente debe realizarse la consulta previa que la Constitución ordena en el artículo 398. Esta disposición incluye un derecho general a consulta previa, informada y oportuna a todas las comunidades potencialmente afectadas, y mal podría interpretarse que tal derecho no existe en el caso

de comunidades que viven en zonas para las cuales se han planteado altos estándares de protección o en que estén en juego extracción de recursos no renovables.⁹ De existir oposición mayoritaria de la comunidad puede decidir, según el artículo 398 de la Constitución, la instancia administrativa superior.

Hay, sin embargo, al menos dos problemas constitucionales respecto a los efectos de la consulta. Primero, según el artículo 32 numeral 2 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, suscrita por el Ecuador, la consulta debería orientarse a “obtener su consentimiento libre e informado antes de suscribir cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización, o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo”. De hecho, en el caso específico de los pueblos indígenas, el artículo constitucional 57, numeral 7, solo establece que “si no se obtuviere el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley”.

Un segundo problema constitucional consiste en que la decisión de la instancia administrativa superior a la que se refiere el artículo 398 de la Carta fundamental no puede ser superior ni contraria a la Constitución y a los derechos constitucionales y del Derecho internacional, por lo que quedan abiertas a los ciudadanos las garantías y acciones constitucionales que les permitan cuestionar la constitucionalidad de tal decisión.

En el caso de explotación de recursos no renovables en áreas protegidas y zonas intangibles no puede decidir cualquier autoridad administrativa, puesto que la propia Constitución faculta exclusivamente al Presidente de la República para iniciar un proceso de excepción bajo petición a la Asamblea Nacional. En todo caso, solo una vez realizada la consulta a las comunidades potencialmente afectadas puede el Presidente proseguir con la petición referida en el artículo 407, ya que la facultad de realizar esta petición no elimina el derecho constitucional a la consulta de aquellas comunidades.

Hay que destacar que la solicitud del Presidente de la República a la Asamblea referida en el artículo 407 es una “petición fundamentada”. No nos referimos entonces a una competencia por la que el Presidente por sí

9 La única excepción, por razones lógicas, sería la de los pueblos en aislamiento voluntario (art. 57, numeral 21).

mismo, de forma discrecional y autónoma, pueda decidir sobre el inicio de actividades extractivas. Por otra parte, la *fundamentación* que la Constitución requiere no puede ser la simple enunciación de razones, sino que debe ser una fundamentación jurídica y técnica constitucionalmente admisible.

En efecto, la Asamblea Nacional, según el artículo 407, deberá evaluar que la autorización de explotación beneficiará al “interés nacional”. Este interés es una noción genérica, incluso vaga, pero ciertamente el “interés nacional” en ningún caso puede conducir a la violación de derechos constitucionales. En otras palabras, una excepción incluso a nivel constitucional, no puede ser entendida en el sentido de autorizar la violación de derechos. La inadmisibilidad de tal violación se consolida aun más al constatar que la propia Constitución en el artículo 400 declara a la propia conservación de la biodiversidad y todos sus componentes como de interés público.

Expresado de otra forma: aunque el Presidente y la Asamblea según la propia Constitución pueden impulsar actividades económicas en zonas protegidas e intangibles, para que estas decisiones sean constitucionalmente válidas deben seguir no solo los procedimientos respectivos, es decir no solo ser formalmente válidas, sino que tales decisiones deben ser materialmente compatibles con la Constitución en el sentido de que se fundamente objetivamente de qué forma tales actividades apuntan a una mayor y mejor realización de derechos constitucionales, lo cual constituye el núcleo del interés público y nacional.

En este punto es pertinente recordar que justamente un aspecto esencial de cualquier Estado constitucional moderno es el de subordinación no solo formal o procedimental de los actos y normas de toda autoridad pública a la Constitución, sino su subordinación material, es decir, la conformidad de todos estos actos y normas a los derechos constitucionales, de los cuales deben ser su realización y nunca medios de su violación.¹⁰ Así, por ejemplo, el Presidente de la República puede colegislar o declarar

10 Esta es, por ejemplo, la distinción que hace Ferrajoli entre un Estado regido por leyes dictadas siguiendo el procedimiento constitucional (principio de legalidad formal) y un Estado constitucional en que a más de seguir estos procedimientos, se dictan leyes compatibles materialmente con la Constitución y los derechos, o se invalida a las que no lo son (principio estricto de legalidad). Para una aproximación, véase Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid, Editorial Trotta, 2001, especialmente el capítulo final.

Estados de excepción, pero para ello no solo requiere seguir los procedimientos constitucionales (validez formal), sino hacerlo en conformidad con los derechos establecidos en la carta (validez material).

En términos de garantías esto significa que incluso producida la declaratoria de interés nacional por parte de la Asamblea, este acto o los actos administrativos del Presidente están sujetos, como todo acto de autoridad pública, a control constitucional y, por tanto, serían susceptibles de la acción de protección o la acción de inconstitucionalidad, según sea el caso y especialmente en cuanto se produzcan violaciones a derechos constitucionales.

Esta situación se ve verificada y fortalecida cuando se considera la vigencia de tratados internacionales de derechos humanos y ambientales ratificados por el Estado ecuatoriano, los cuales por remisión de la Carta fundamental tienen rango constitucional. La protección ambiental o cultural reconocida por el Estado ecuatoriano mediante estos tratados no pueden quedar sin efectos sino mediante la denuncia formal del tratado, lo cual reviste particulares dificultades en materia de derechos humanos. Mientras el tratado esté vigente ni el Presidente ni la Asamblea puede desconocerlo mediante una declaratoria. Adicionalmente conforme al principio *pacta sunt servanda* establecido en la Convención de Viena sobre los tratados, el Ecuador está obligado a cumplir los tratados que suscribe y no puede invocar disposiciones de su derecho interno para justificar su incumplimiento.

Una situación de este tipo podría presentarse al querer justificar la explotación de recursos no renovables en áreas intangibles. La excepción establecida en el artículo 407 es una disposición del derecho interno ecuatoriano, si bien de jerarquía constitucional, pero no puede servir de justificación para incumplir obligaciones internacionales contraídas por el Estado ecuatoriano, tales como el Convenio sobre la Biodiversidad Biológica, la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y otros instrumentos internacionales similares.

En todo caso, no es admisible el contraargumento de que la Constitución debe prevalecer sobre los tratados internacionales de derecho humanos, como lo sugeriría una lectura fragmentada de la primera parte del artículo 424 que establece la supremacía de la Constitución. El contraargumento no es admisible porque es la propia Constitución la

que, en la segunda parte de este artículo, otorga a los tratados internacionales de derechos humanos incluso mayor jerarquía que la Constitución cuando tales tratados establezcan derechos más favorables que esta. Aun más el artículo 395, numeral 4, consigna el principio *in dubio pro natura* por razón del cual en caso de duda de la norma o interpretación aplicable prevalece la más favorable a la protección de la naturaleza.

Finalmente, la decisión de explotar recursos no renovables en zonas intangibles puede ser sometida a consulta popular. Hay que precisar que esta facultad no es exclusiva de la Asamblea, como podría sugerirlo una lectura aislada del artículo 407, sino que también el Presidente de la República y la ciudadanía tiene esta facultad constitucional, en cuanto sigan el procedimiento del artículo 104. Debe notarse que aun en el caso de consulta popular existe un control previo sobre la constitucionalidad de las preguntas, que debe realizarlo, según este mismo artículo, la Corte Constitucional.

Una situación específica pero relacionada es de la explotación de recursos no renovables que afecten a los pueblos indígenas y eventualmente a comunidades afroecuatorianas y montubias (art. 57 numerales 7, 8, 12, 17 y 21). Puesto que en estos casos se halla además en juego la diversidad sociocultural, la cual en un Estado plurinacional e intercultural está constitucionalmente protegida, la Carta fundamental establece varias disposiciones específicas. Entre ellas debe destacarse el caso del artículo 57, numeral 21, que hace referencia a los territorios de los pueblos en aislamiento voluntario; la Constitución establece que “en ellos estará vedada todo tipo de actividad extractiva”. En consecuencia, en estos casos no procede la excepción por petición presidencial prevista en el artículo 407 y analizada anteriormente.¹¹

En el caso de explotación de recursos renovables la Constitución autoriza la explotación económica pero siempre en términos sustentables. Así, por ejemplo, el artículo 406 establece que el Estado regulará la conservación, manejo y uso sustentable, recuperación y limitaciones de dominio de los ecosistemas frágiles y amenazados. Igualmente para zonas con regímenes

11 Para un análisis y conclusión concurrente en el caso de pueblos en aislamiento voluntario en la zona del ITT véase Melo, Mario, Isabela Figueroa y Norman Wray. “Estudio de los Aspectos Jurídico-Constitucionales de la Propuesta ITT”. Informe de consultoría presentado al Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo. Quito, marzo 2009.

territoriales especiales, como el caso de las Islas Galápagos y la Amazonia, se asegura un acceso preferente de los residentes a los recursos naturales y actividades ambientalmente sustentables (arts. 258 y 259).

Los “derechos de la naturaleza” merecen mención aparte por su novedad y complejidad. En otro trabajo¹² hemos destacado que los artículos 71, 72, 73 y 74 de la Constitución, que establecen los derechos de la naturaleza, expresan el principio constitucional de que el desarrollo y el sistema económico no pueden ser vistos como procesos externos o aislados de la naturaleza. Esta no puede ser reducida a mera fuente de recursos naturales para ser extraídos, transformados y consumidos en el proceso económico. Los procesos económicos se generan siempre en el marco de ecosistemas, hay por tanto una relación intrínseca y estructural entre economía y naturaleza. No se trata entonces solamente de preservar recursos naturales o un medioambiente sano para las generaciones futuras, sino además, según el artículo 271, de respetar los ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos naturales.

La discusión teórica en torno al fundamento y necesidad de los derechos de la naturaleza puede ser indefinida,¹³ puesto que estos derechos descansan sobre un esfuerzo de cambio de paradigma desde una visión antropocéntrica hacia otra biocéntrica.¹⁴ En todo caso, al hallarse positivizados por la Constitución ecuatoriana tienen necesariamente el efecto de elevar los estándares de protección ambiental. En virtud de los derechos de la naturaleza el daño ambiental, para ser tal, no requiere implicar una afectación inmediata y directa sobre los seres humanos.¹⁵ Es decir, no se requiere una violación patente del derecho humano a un medio-

12 Trujillo, Julio César y Agustín Grijalva. “El fundamento constitucional de la nueva economía”, publicado en el capítulo 1 de este libro.

13 Para una aproximación a este debate véase Crespo, Ricardo. “La naturaleza como sujeto de derechos: ¿símbolo o realidad jurídica?”. *CEDA. Temas de Análisis* (septiembre 2009). Internet. www.ceda.org.ec.

14 Véase al respecto el texto clásico de Cullinan, Cormac. *Wild law: a manifesto for earth justice*. United Kingdom, The Gaia Foundation, 2003.

15 Decimos afectación directa e inmediata porque en el paradigma biocéntrico, el daño ambiental siempre supone una afectación a los seres humanos, aunque fuere indirecta o mediata, dada la concepción de la especie humana, en el marco de este paradigma, como integrada al ecosistema tierra. En consecuencia, en último análisis los derechos de la naturaleza son también derechos humanos en cuanto apuntan a las condiciones naturales necesarias para la sobrevivencia de la especie humana.

ambiente sano, sino que la sola disrupción dañosa de los procesos naturales de los propios ecosistemas, aun sin afectar supuestamente a los seres humanos, constituye una violación a la Constitución. Contrario a lo que se afirma, esta noción objetiva o institucional del daño ambiental no es en realidad tan extraña al Derecho como lo atestigua la existencia de delitos ambientales en que se sancionan conductas destructivas del ambiente aunque no se afecte directa e inmediatamente a población humana.¹⁶

3. Propiedad, ambiente y agua

La propiedad en la Constitución ecuatoriana es al tiempo un derecho constitucional y una institución del régimen de desarrollo. Como derecho constitucional está incluida entre los derechos de libertad de las personas, en el artículo 66, numeral 26, justamente antes de la disposición que establece el derecho a vivir en un ambiente sano (art. 66, numeral 27). A más de la propiedad privada se reconocen otras formas de propiedad, tales como la pública, comunitaria, cooperativa y mixta (art. 321). Por otra parte, la propiedad no solo es un derecho constitucional sino también una institución económica, componente objetivo del régimen de desarrollo (art. 275), y por ello se encuentra incluida en los artículos 321 al 324 en la sección relativa a este régimen.¹⁷

Esta naturaleza dual de la propiedad, la de ser derecho subjetivo e institución objetiva se proyecta también al ámbito ambiental. A diferencia de la Constitución de 1998 que hacía referencia solo a la responsabilidad social de la propiedad, la actual Carta política establece la *función y responsabilidad ambiental* de la propiedad en todas sus formas (arts. 66 numeral 26 y 321), lo cual puede derivar incluso a la expropiación y control de áreas por parte de las municipalidades y por razones de orden

16 Por ejemplo, el Código Penal ecuatoriano a partir del artículo 437 claramente diferencia tipos en que se afecta al ambiente, y otros en que esta afectación del ambiente perjudica además a la salud humana, sancionando ambos, aunque con mayor rigor a las conductas que afectando al ambiente también perjudican la salud de las personas.

17 Para un análisis de la propiedad en la Constitución de 2008 véase Egas, Pablo. "La Propiedad". *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*. Eds. Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini. Quito, UASB/CEN, 2009.

ambiental (art. 376).

Anteriormente, en el apartado dos, destacamos justamente que los derechos constitucionales se ajustan o limitan (regulan) mutuamente. Este ajuste puede realizarlo la propia Constitución o formularse vía legislativa o jurisprudencial. La función ambiental de la propiedad es justamente un caso de mutuo condicionamiento creado por la propia Constitución entre dos derechos, el derecho de propiedad y el derecho a un medioambiente sano, y en el caso ecuatoriano a este último deberían añadirse los derechos de la naturaleza.

Por otra parte, en el apartado uno de este trabajo destacamos el carácter limitado pero activo de la soberanía. Ahora podemos subrayar la función limitante de la soberanía en su dimensión interna, en otras palabras la forma como el Estado y específicamente sus órganos públicos regulan la propiedad a efectos de que cumpla su función social y ambiental.

Es en este sentido que el artículo 406 hace referencia a que el Estado regulará “la conservación, manejo y uso sustentable, recuperación y limitaciones de dominio de los ecosistemas frágiles y amenazados”. En efecto, es necesario distinguir, por un lado el derecho de dominio privado o colectivo sobre recursos naturales¹⁸ y, por otro, el ejercicio soberano que tiene el Estado sobre la biodiversidad expresada o plasmada en esos bienes (art. 400), de lo cual derivan justamente estas limitaciones legítimas al dominio. En esa línea la Constitución de 2008 integra el concepto de patrimonio natural (arts. 3 numeral 7, 404). Esta es una situación en alguna medida comparable a la del patrimonio cultural tangible e intangible del cual es titular el Estado independientemente del dominio que sobre algunos bienes puedan ejercer los particulares, dominio que se encuentra limitado y regulado en virtud de tal patrimonio (arts. 379 y 380).

A efectos de regular y preservar la biodiversidad la Constitución crea mediante el artículo 405 un Sistema Nacional de Áreas Protegidas, en el cual se integran subsistemas comunitarios y privados, en tanto el conjunto del sistema se halla, según este artículo, bajo rectoría y regulación del Estado. Se ha observado que existe una aparente contradicción entre esta

18 Se excluyen, por ser de propiedad exclusiva del Estado, según los artículos 317 y 408, los recursos naturales no renovables y los productos del subsuelo, yacimientos minerales e hidrocarburos y otras sustancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo.

disposición y la incluida en el artículo 397, numeral 4, según el cual “El manejo y administración de las áreas naturales protegidas estará a cargo del Estado”. Corresponde aclarar que el manejo y administración del Estado corresponde al subsistema estatal, mientras la rectoría y control se realiza respecto a los demás subsistemas.¹⁹

Consecuentemente, en el caso de los propietarios particulares y comunitarios de áreas biodiversas, el Estado tiene la potestad y el deber según el artículo 405 de garantizar “la conservación de la biodiversidad y el mantenimiento de las funciones ecológicas” puesto que estas áreas de propiedad privada integran el Sistema Nacional de Áreas Protegidas, y la biodiversidad y el patrimonio genético constituyen incluso sectores estratégicos (art. 313) y bienes de interés público (art. 14, numeral 2) respecto de los cuales los propietarios privados y comunitarios están obligados a cumplir regulaciones específicas de gestión ambiental por parte del Estado. Esta facultad regulatoria del Estado solo puede ser la objetivamente necesaria para la conservación de la biodiversidad, puesto que tal facultad se halla a su vez limitada por los derechos constitucionales que conservan los propietarios privados y comunitarios que la Constitución también garantiza en tanto cumpla su función ambiental (arts. 57 numeral 4, 66 numeral 26, 321). En definitiva, de la noción relativa de soberanía, que es la que la Constitución adopta, deriva un ejercicio constitucionalmente regulado de las potestades públicas, cuya orientación y limitaciones se hallan básicamente en los derechos constitucionales.

Un derecho constitucional novedoso es el derecho al agua, reconocido en el artículo 12. Esta disposición además establece que el agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso público. Cuando el artículo 12 declara que el derecho humano al agua “es fundamental e irrenunciable” incurre en una caracterización innecesaria. El concepto de “derecho fundamental” no encaja bien en la Constitución de 2008, puesto que hace relación a los sistemas constitucionales en que se diferencia entre derechos fundamentales y otros derechos constitucionales, como por ejemplo en las constituciones colombiana y española. Esta diferenciación generalmente guarda relaciones con el sistema de garantías constitucio-

19 Melo, Mario, Isabela Figueroa y Norman Wray. “Estudio de los aspectos jurídico constitucionales de la Propuesta ITT”. Informe de consultoría presentado al Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo. Quito, marzo 2009.

nales,²⁰ puesto que con frecuencia se puede interponer tutela o amparo solo contra la violación de derechos fundamentales.

En contraste, la Constitución ecuatoriana de 2008 declara que todos los derechos constitucionales son interdependientes y tienen igual jerarquía (art. 11, numeral 6), mientras el artículo 88 establece que la acción de protección tiene por objeto la protección de todos los derechos constitucionales, de los cuales debe exceptuarse solo aquellos para los que la propia Constitución crea garantías específicas, como el hábeas corpus en el caso del derecho a la libertad. En definitiva, en el caso ecuatoriano puede afirmarse que esta categoría es inaplicable al tener todos los derechos la misma jerarquía.

En consecuencia, los posibles conflictos entre el derecho al agua y otros derechos, incluyendo los derechos de la naturaleza, deben resolverse sobre la base de los criterios de ponderación mencionados anteriormente, y que conviene en este punto sintetizar: 1) determinar si la propia Constitución incluye una ponderación por la cual un derecho está limitado por otro en función del mayor ejercicio posible de los derechos; 2) establecer si el legislador ha realizado una ponderación general entre estos derechos mediante ley; 3) desarrollar una jurisprudencia constitucional que elabore la ponderación de derechos para casos específicos y como precedente de casos similares. En todos los casos la ponderación debe ser razonable, proporcional y necesaria.

En el caso del derecho al agua hay que destacar que la Constitución realiza ya una suerte de ponderación al establecer que la sustentabilidad de los ecosistemas y el consumo humano tendrán prioridad en el uso y aprovechamiento del agua (art. 411, numeral 2). En este sentido, otros derechos, como por ejemplo el de desarrollar actividades económicas (art. 66, numeral 15), lo cual implica el uso del agua para fines productivos, puede verse legítimamente limitado frente a las arriba mencionadas prioridades, y de hecho el artículo 318, numeral 4, impone como requisito la autorización del Estado para uso del agua con fines productivos.

En el caso de conflictos entre el uso del agua para sustentabilidad de

20 En un artículo, en coautoría con Mario Melo, examiné las garantías constitucionales del derecho al medioambiente bajo la Constitución de 1998, lo cual puede ser útil para una comparación con la actual Constitución. Véase Grijalva, Agustín y Mario Melo. "Constitución y responsabilidad por daño ambiental". *Revista Ruptura* (Quito), 51, PUCE (2007).

los ecosistemas y el uso para consumo humano, habría que determinar múltiples aspectos tales como el impacto ambiental y el impacto social en el caso específico, la existencia de tecnologías sustentables, la posibilidad de fuentes de agua alternativas, etc. Solo una evaluación en este nivel específico de acuerdo con indicadores técnicos y normas legales constitucionalmente adecuadas puede proveer la ponderación constitucional conducente a la mayor efectivización de derechos.

Otro aspecto que puede destacarse del derecho al agua es su inclusión entre los derechos del buen vivir (ambiente, educación, vivienda, salud). Estos derechos corresponden a lo que doctrinariamente se conocen como Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC). Los DESC se caracterizan, aunque no de forma exclusiva, por su relación directa y estructural con las políticas públicas, y en el caso del agua ello se expresa en el artículo 314 que hace del Estado el responsable de la provisión de agua potable y de riego.

Igual que en el caso de la explotación de recursos no renovables en zonas intangibles la gestión del agua debe responder en todos los casos, independientemente de la composición del órgano de gestión, a los procedimientos y a los parámetros materiales que el derecho al agua y otros derechos constitucionales implica.

4. Conclusiones

La Constitución ecuatoriana de 2008 probablemente se halla entre las constituciones que establecen mayores estándares de protección ambiental a nivel comparado. En ella, la dimensión ambiental se desarrolla transversalmente incluyéndose en el contenido de otros derechos y como una dimensión de múltiples procesos de la actividad económica, se incluyen principios como los de precaución, responsabilidad objetiva, consulta previa, el *in dubio pro natura*, etc. Se protegen a pueblos en aislamiento voluntario en zonas intangibles y se restringen actividades extractivas en zonas biodiversas. Se establece el derecho al agua, y disposiciones relativas a la biósfera, la ecología urbana y energías alternativas. Se llega incluso a declarar los derechos de la naturaleza.

No obstante, la propia Constitución establece algunos procedimientos

que podrían llevar a desarrollar actividades económicas violatorias de estos derechos y principios, como son las decisiones administrativas para explotar recursos no renovables en zonas intangibles o contra la voluntad de comunidades afectadas.

Esta paradoja no puede resolverse aceptando que la Constitución autoriza excepcionalmente la violación de derechos. Puesto que el fin del Estado y el núcleo de la Constitución son los derechos, las decisiones administrativas deben ser formal y materialmente compatibles con los mismos. Un postulado central del constitucionalismo actual es el principio de efectividad de los derechos mediante el desarrollo de garantías de diverso orden. En consecuencia, una Constitución no puede ser interpretada en el sentido de autorizar la violación de derechos constitucionales, por ser contrario a su propio sentido y función.

5. Bibliografía

- Albán, María Amparo. “El tema ambiental en el nuevo derecho constitucional ecuatoriano”. *La Constitución ciudadana*. Comp. Diego Pérez Ordoñez. Quito, Santillana, 2009.
- Crespo, Ricardo. “La naturaleza como sujeto de derechos: ¿símbolo o realidad jurídica?” *CEDA. Temas de Análisis* (septiembre 2009). Internet. www.ceda.org.ec.
- Cullinan, Cormac. *Wild law: a manifesto for earth justice*. United Kingdom, The Gaia Foundation, 2003.
- Egas, Pablo. “La Propiedad”. *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*. Eds. Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini. Quito, Corporación Editora Nacional.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid, Editorial Trotta, 2001, 2009.
- Grijalva, Agustín y Mario Melo. “Constitución y responsabilidad por daño ambiental”. *Revista Ruptura* (Quito), 51, PUCE (2007).
- Grijalva, Agustín. “Estado plurinacional e intercultural en la Constitución ecuatoriana del 2008”. *Revista Ecuador Debate* (Quito), 75 (diciembre 2008).
- Melo, Mario, Isabela Figueroa y Norman Wray. “Estudio de los aspectos

- jurídico constitucionales de la Propuesta ITT”. Informe de consultoría presentado al Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo. Quito, marzo 2009.
- Prieto Sanchís, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid, Editorial Trotta, 2003.
- Trujillo, Julio César y Agustín Grijalva. “El fundamento constitucional de la nueva economía”. *Revista La Tendencia* (Quito), 10, FES/Ildis (febrero-marzo 2010).
- Vila Casado, Iván. *Nuevo derecho constitucional*. Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002.
- Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid, Editorial Trotta, 2005.

Legislación

- Código Penal de Ecuador.
Constitución de Ecuador, 2008.
Constitución Política de Ecuador, 1998.

El Estado plurinacional e intercultural en la Constitución ecuatoriana de 2008

Este artículo analiza la proyección constitucional de los cambios introducidos en la Constitución ecuatoriana de 2008, que establece un Estado plurinacional e intercultural, respecto a la Constitución de 1998, la cual establecía un Estado pluricultural y multiétnico. Aunque el análisis aborda de forma general varias temáticas que estos principios constitucionales cruzan transversalmente, el énfasis se ubica en los derechos colectivos y específicamente en la administración de justicia indígena. En su primera parte, el artículo explora elementos conceptuales constitutivos de un constitucionalismo plurinacional. En la segunda parte, se refiere específicamente al caso ecuatoriano.

1. Constitucionalismo plurinacional e intercultural

La diversidad cultural es, sin duda, uno de los desafíos centrales que afronta el constitucionalismo actual. Ello se debe a los problemas teóricos y prácticos planteados por la coexistencia de grupos humanos con diversas culturas en el territorio de un mismo Estado. Tal coexistencia cuestiona ciertas versiones de conceptos centrales como los de nación, ciudadanía o igualdad, conceptos que a su vez fueron pensados en el marco de los proyectos de Estados nacionales,¹ los cuales han desconocido a los pue-

1 El debate sobre estos temas ha aflorado aun en Europa, la cuna misma del concepto de Estado Nacional, incluso en países como Alemania, donde la unidad y homogeneidad han marcado el pensamiento político de un importante sector de constitucionalistas.

blos indígenas sea ignorándolos o pretendiendo integrarlos en una cultura nacional homogénea.

La diversidad cultural no es solo un cuestionamiento externo al sistema de derechos que una Constitución establece, sino que se asienta fuertemente sobre varios de estos mismos derechos. Así, por ejemplo, incluso bajo algunas constituciones europeas que no reconocen a las minorías derechos colectivos de identidad cultural, y para las cuales todos los derechos constitucionales son individuales, el derecho a la libertad religiosa de los inmigrantes y su contexto comunitario ha llevado a plantearse este problema, como ha sucedido por ejemplo en Alemania con el Tribunal Constitucional y su jurisprudencia.²

Por otra parte, otros Estados, como por ejemplo Suiza, Bélgica, Canadá, Bolivia o en un sentido más limitado España,³ reconocen su plurinacionalidad. En efecto, la discusión sobre plurinacionalidad se halla presente también en Asia y África, evidenciando el fuerte cuestionamiento político y teórico a la concepción liberal de una sola nación como realidad coincidente con un solo Estado, y planteando frente a ella la coexistencia democrática de varias naciones o nacionalidades en el marco de un mismo Estado.⁴

Para el constitucionalismo latinoamericano la diversidad cultural implica un desafío aún mayor y de connotaciones propias. Bajo la presión de los movimientos indígenas y en un esfuerzo de legitimación que problematiza su indudable impronta neocolonial, varios Estados latinoamericanos han constitucionalizado, bajo fórmulas variables, el derecho a la diversidad cultural y a la identidad. Tal reconocimiento ha incluido expresiones culturales claves de los pueblos indígenas, por ejemplo, sus idiomas, territorios y sistemas de autoridad y normativos.

El Ecuador en particular es un caso interesante en el contexto latinoamericano porque desde 1998 evidencia un desarrollo importante del

2 Denninger, Erhard y Dieter Grimm. *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*. Madrid, Editorial Trotta, 2007.

3 La Constitución española no reconoce el carácter plurinacional del Estado, pero en el artículo 2 incluye una fórmula cercana a esto al reconocer y garantizar el derecho a la autonomía de las nacionalidades que integran España.

4 Sousa Santos, Boaventura de. *La reinención del Estado y el Estado plurinacional*. Santa Cruz (Bolivia), Cenda, 2007, pp. 17-18.

reconocimiento de la diversidad cultural a nivel constitucional formal. Este desarrollo, sin embargo, no se ha expresado de forma proporcional en las políticas públicas, la legislación y la jurisprudencia. La Constitución de 1998 estableció un amplio catálogo de derechos colectivos de los pueblos indígenas, pero no llegó a dictarse casi ninguna normativa legal al respecto, el Tribunal Constitucional generó una magra jurisprudencia y la mayoría de instituciones públicas actuaban como si tal normativa constitucional no existiera.⁵

El *constitucionalismo plurinacional* es o debe ser un nuevo tipo de constitucionalismo basado en relaciones interculturales igualitarias que redefinan y reinterpreten los derechos constitucionales y reestructuren la institucionalidad proveniente del Estado Nacional. El Estado plurinacional no es o no debe reducirse a una Constitución que incluye un reconocimiento puramente culturalista, a veces solo formal, por parte de un Estado en realidad instrumentalizado para el dominio de pueblos con culturas distintas, sino un sistema de foros de deliberación intercultural auténticamente democrática.

Lo que James Tully ha llamado *constitucionalismo moderno*,⁶ es decir el constitucionalismo liberal clásico, basado en la igualdad formal ante la ley, el Estado nacional centralizado y la ciudadanía culturalmente homogénea,⁷ ha sido cuestionado en múltiples aspectos por el propio desarrollo histórico y conceptual del propio constitucionalismo.

Un primer cuestionamiento al constitucionalismo moderno afloró con el surgimiento del Estado social y sus implicaciones: los derechos sociales y la concepción material del principio de igualdad. El Estado social implicó el explícito reconocimiento de las diferencias con miras a

5 Dos importantes excepciones a esta ineffectividad de las normas constitucionales han sido los programas interculturales en salud y educación, aunque es discutible cuando haya contribuido la Constitución de 1998 a estos procesos.

6 Tully, James. *Strange multiplicity. Constitutionalism in an age of diversity*. Cambridge University Press, 1997. Véase también Boaventura de Sousa Santos, *op. cit.*

7 Un análisis jurídico interesante sobre la crisis actual de la ciudadanía como homogeneidad y su actual desarrollo como derecho a la diferencia puede hallarse en Salazar Benítez, Octavio. "El derecho a la identidad cultural como elemento esencial de una ciudadanía compleja". *Constitución y cultura: retos del derecho constitucional del siglo XXI*. Gerardo Ruiz-Rico y Nicolás Pérez. Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.

lograr una igualdad más real, también la visualización de sujetos de derecho distintos a los individuos, y de derechos distintos a los individuales.⁸ Con el Estado social los grupos y los individuos concretos comenzaron a exigir del Estado acciones positivas para lograr una igualdad real, lo cual contrasta con los individuos abstractos y el Estado limitado al *dejar hacer y dejar pasar* propio del constitucionalismo liberal clásico.

Un segundo cuestionamiento provino del federalismo, de las formas descentralizadas de Estado y de la integración entre Estados. El federalismo significa la institucionalización de la coexistencia de múltiples jurisdicciones, múltiples normativas, múltiples identidades bajo un mismo Estado; en tal sentido constituye una limitación a la centralización y homogenización del poder estatal central. Esa misma orientación, de forma más moderada, caracteriza a los procesos de descentralización y autonómicos. Por otra parte, también la integración de los Estados y la consiguiente relativización de su soberanía nacional han tenido un efecto equivalente.

El Estado plurinacional e intercultural marca un paso más en este proceso. Como el Estado social y el Estado federal, descentralizado o integrado el Estado plurinacional e intercultural, no implica necesariamente la secesión sino su transformación estructural. El constitucionalismo plurinacional no puede sino ser profundamente intercultural, puesto que a él le corresponde constituirse en el ámbito de relación igual y respetuosa de distintos pueblos y culturas a efectos de mantener las diferencias legítimas, eliminar o al menos disminuir las ilegítimas y mantener la unidad como garantía de la diversidad.⁹

El desarrollo del *Estado plurinacional e intercultural*, sin embargo, no ha carecido de tensiones, contradicciones, retrocesos y paradojas. De hecho, una versión o fase del mismo, que se ha venido a denominar

8 Abramovich, Víctor y Christian Courtis. "Introducción, la estructura de los derechos sociales y el problema de su exigibilidad". *Los derechos sociales como derechos exigibles*. España, Trotta, 2002, pp. 15-47.

9 A este respecto son sugestivas las palabras de Alain Touraine quien identifica en la democracia cultural esta nueva versión de igualdad como ámbito que hace posible la diferencia entre individuos y entre pueblos. "Es en el extremo opuesto de todo principio universal que se debe buscar un principio de igualdad, en la voluntad y en el esfuerzo de cada uno por ser diferente a todos los demás, por crearse una vida particular." Touraine, Alain. *Igualdad y diversidad – Las nuevas tareas de la democracia*. México, Fondo de Cultura Económica, 2000.

Estado multicultural, se caracteriza por la integración formal de dimensiones étnicas y culturales en los textos constitucionales. Se trata de un reconocimiento culturalista que abstrae a los pueblos y nacionalidades indígenas de sus concretas condiciones políticas y económicas. Esta abstracción lleva al Estado multicultural a un contrasentido puesto que niega o al menos subvalora las condiciones mismas de existencia de los pueblos cuyas culturas buscan defender y promover.¹⁰

Frente a estas limitaciones del multiculturalismo las propuestas de interculturalidad y plurinacionalidad surgen como una crítica y una renovación. Este constitucionalismo no puede sino ser dialógico, concretizante y garantista.

Dialógico, porque requiere de comunicación y deliberación permanente para acercarse al entendimiento del otro, del diferente. El nivel constitucional cuando atañe a derechos de las nacionalidades y pueblos indígenas debe operar en términos interculturales. Así, por ejemplo, los tribunales constitucionales, los parlamentos, las instituciones públicas, incluyendo las de defensa de derechos humanos, deben convertirse en verdaderos foros interculturales, fundamento y expresión institucional sólidos de una unidad real de un país, y no de su unificación basada en la opresión y la discriminación.

Concretizante, porque debe buscar soluciones específicas y al tiempo consistentes para situaciones individuales y complejas; y a su vez tales soluciones deben derivar en generalizables para situaciones comparables. Para lograr este encuentro entre norma y realidad social y cultural, la interpretación constitucional debe en sí misma ser intercultural e interdisciplinaria. El intérprete constitucional debe recurrir a un diálogo que le permita entender el punto de vista de una cultura distinta, para ello debe escuchar a los involucrados y auxiliarse además de los conceptos y la indagación empírica de las ciencias sociales, y en especial de la Antropología Jurídica, en este sentido también hay diálogo de saberes.

Un ejemplo de esta situación es el del debido proceso, aunque esta es una noción jurídica, no puede entenderse de idéntica forma en cualquier cultura, un pueblo indígena puede tener un debido proceso muy distinto

10 Para un análisis de este tópico en las constituciones de los países andinos, véase Irigoyen Fajardo, Raquel. "Vislumbrando un horizonte pluralista: rupturas y retos epistemológicos y políticos". *Los desafíos de la interculturalidad: identidad, política y derecho*. Milka Castro. Santiago, Universidad de Chile, 2004.

al de la cultura hegemónica, e igual asegurar el derecho a la defensa y la indagación de la verdad. Otro ejemplo es el del derecho a la igualdad entre hombres y mujeres, que debe entenderse siempre en cada contexto cultural. Igual sucede con nociones como las de trato cruel, inhumano y degradante, tal cual lo ha evidenciado la jurisprudencia constitucional colombiana sobre la materia.

Garantista, porque estas soluciones que surgen de la deliberación en torno a problemas y soluciones concretas deben tener por marco la comprensión y vigencia intercultural de los valores constitucionales institucionalizados en los derechos humanos.

Los derechos constitucionales, en consecuencia, no pueden entenderse sino como inherentemente complementarios y de igual jerarquía. Derechos constitucionales como los de identidad individual y libre desarrollo de la personalidad, religión, conciencia o expresión adquieren una nueva dimensión puesto que incluso los individuos no pueden ejercer tales derechos sino con relación al derecho a la cultura propia, que opera como su condición previa. A su vez, este *derecho a la cultura propia* no puede absolutizarse hasta el punto de desconocer los mínimos o núcleos esenciales interculturalmente definidos de los demás derechos constitucionales. En otras palabras, el derecho a la identidad y diferencia cultural debe inscribirse en el marco de los derechos humanos conforme van siendo definidos por el Estado plurinacional.

Estas tres características aunque diferentes se complementan, se requieren recíprocamente entre ellas, pues no hay diálogo intercultural en abstracto y sin los derechos que crean las condiciones de igualdad y respeto que todo diálogo, y más aún un diálogo intercultural requiere.

2. Plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador

2.1. La Constitución de 1998

La Constitución ecuatoriana de 1998 definía ya al Estado ecuatoriano como pluricultural y multiétnico. Aunque esta fórmula podría verse como culturalista y estática frente al énfasis más político y de interacción cultural de la Constitución de 2008 al declarar al Estado plurinacional e

intercultural, lo cierto es que la Constitución de 1998 establecía también un amplio catálogo de derechos colectivos y diversas referencias a las culturas indígenas en materias como idiomas, salud o educación; derechos y referencias que la Constitución de 2008 aumenta y enriquece.

A partir de la Constitución de 1998 debían por tanto dictarse diversas leyes, por ejemplo, que regulen el uso oficial de los idiomas indígenas, la coordinación de las jurisdicciones indígenas con la estatal, la educación y salud intercultural, la regulación de las jurisdicciones territoriales indígenas. Sin embargo, estos desarrollos fueron muy limitados. De inmediato surge una pregunta: ¿por qué la Constitución de 1998 con sus importantes herramientas normativas para el desarrollo de la diversidad cultural no significó este correspondiente desarrollo institucional? La pregunta es útil no solo para evaluar la Constitución de 1998, sino también para considerar las perspectivas de la del 2008.

Ha sido en las áreas de políticas públicas en salud y educación donde pese a diversas limitaciones puede hallarse experiencias interculturales interesantes, quizá más bien circunscritas a ciertas localidades, pero en todo caso concreciones de la orientación que establecía la Constitución de 1998. Por otra parte, se han creado órganos públicos especializados para la salud y educación intercultural. Lo que resulta más dudoso es que en tales experiencias la normativa constitucional haya tenido un rol decisivo o siquiera importante. Más bien ha sido la propia fuerza y presión de ciertas organizaciones y la apertura de ciertas autoridades locales o estatales lo que parece haber catalizado tales experiencias.

También en cuanto al reconocimiento de la organización social y política de los pueblos indígenas se pueden destacar avances limitados. A raíz de la Constitución de 1998 se creó el Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador (Codenpe), institución que pese a las falencias que pudieren anotarse, constituye un espacio de institucionalidad pública para los pueblos y nacionalidades indígenas, con cierta autonomía, una Secretaría Nacional de Salud Intercultural, un presupuesto propio, y estructuración relativamente estable en cuanto se halla regulado mediante Ley Orgánica¹¹ a partir del 2007.

11 Ley Orgánica de las Instituciones Públicas de los Pueblos Indígenas. Registro Oficial n.º 175, de 21 septiembre 2007.

La respuesta a la falta de desarrollo de los derechos colectivos indígenas es compleja e incluye variables políticas, sociales y culturales. Aquí ensayamos solo una de las varias explicaciones, de orden institucional. A la Constitución de 1998 no precedió ni siguió el desarrollo de un constitucionalismo plurinacional e intercultural, ni un proceso de constitucionalización general y efectivo. Ni los legisladores, ni el Ejecutivo, ni el Tribunal Constitucional y otras instituciones públicas de defensa de derechos humanos asumieron efectivamente en su actividad los principios constitucionales de diversidad cultural y étnica.

Un ejemplo de esta falta de desarrollo de la Constitución es el caso de la justicia indígena. Diez años después de dictada la Constitución de 1998 y pese a su expreso mandato respecto a dictar una ley de coordinación de justicia estatal e indígena, no se concretó esta ley ni se generó casi ninguna jurisprudencia ni institución que coadyuve a la coordinación de las jurisdicciones indígenas y la estatal. Por el contrario, continuó la criminalización de las actuaciones de las autoridades indígenas, la manipulación y sustitución de la justicia indígena por agentes extraños a ella como son las juntas campesinas, los conflictos intraculturales con los derechos humanos y la superposición de jueces de paz sobre autoridades ancestrales. En Colombia, con una Constitución mucho menos completa que la del Ecuador en cuanto a reconocimiento de la diversidad cultural y los derechos colectivos, se ha avanzado comparativamente mucho más en materia de justicia indígena y derechos constitucionales.

Estas limitaciones muestran que sin duda el mayor riesgo para el Estado plurinacional e intercultural es su reducción, junto con otros principios constitucionales, a lo nominal, a una suerte de retórica constitucional inoperante o meramente legitimadora frente a las instituciones y la sociedad. Una Constitución no es un texto cerrado, fijo, estático. Si algo nos han enseñado la hermenéutica en general, y la hermenéutica jurídica y constitucional en particular, es que la interpretación no es el hallazgo de algo preexistente sino un verdadero proceso, resultado dinámico del diálogo entre intérprete, norma y contexto. En el caso de una Constitución este proceso debe involucrar a actores sociales, políticos, institucionales y técnico-jurídicos.

2.2. ¿Plurinacionalidad o interculturalidad?

El movimiento indígena ecuatoriano viene desarrollando desde los años ochenta una definición de los pueblos indígenas como nacionalidades y la consiguiente necesidad de un Estado plurinacional, la cual implica un reconocimiento de la diversidad cultural que se proyecta institucionalmente y políticamente en la estructura del Estado. Esta autodefinición se reconoció incluso en la Constitución de 1998, cuyo artículo 83 hacía referencia a los pueblos indígenas, que se autodefinen como nacionalidades de raíces ancestrales.

En el último proceso constituyente ecuatoriano, sin embargo, un sector de las organizaciones indígenas en la que se incluía la Fenocin y la Feine cuestionó la noción de plurinacionalidad como atentatoria a la unidad del país, y la contrastó con la de Estado intercultural, la cual según estas organizaciones sería un tipo de Estado adecuadamente inclusivo, compatible con una concepción igualitaria de ciudadanía. Según este enfoque, mientras que la plurinacionalidad enfatiza la autonomía y la diferencia, la interculturalidad enfatiza las relaciones entre distintos y su encuentro respetuoso y fructífero. La pregunta que surge inmediatamente es la de si es posible tal encuentro sin condiciones políticas, institucionales y jurídicas que lo hagan posible.¹²

La existencia de estas dos posiciones expresaron, antes que diferencias conceptuales, distintas alianzas políticas de diferentes organizaciones indígenas, así como diferencias en cuanto al énfasis cultural o político de sus propuestas. Mientras que la propuesta de plurinacionalidad se relaciona más fuertemente con el autogobierno, la participación de los pueblos indígenas en la explotación de recursos naturales, y su representación y participación política en las instituciones estatales, la noción de interculturalidad hace énfasis en las relaciones socioculturales individuales y colectivas entre pueblos indígenas, y especialmente de estos, con la sociedad mestiza. Sin embargo, ni la propuesta de interculturalidad negaba la dimensión de sujetos políticos y económicos de los pueblos indígenas, ni

12 Para mayor referencia sobre este debate véase Simbaña, Floresmiló. *La plurinacionalidad en la nueva Constitución. Análisis – Nueva Constitución*. AA.VV. Quito, Ildis, 2008. Internet. www.ildis.org.ec.

el planteamiento de plurinacionalidad desconocía el carácter esencial que para las propias nacionalidades tiene desarrollar la interculturalidad.

Finalmente prevaleció la idea de que ambas nociones antes que contradictorias son complementarias, y por tanto, ambas nociones se incluyeron en la Constitución aprobada en Montecristi. En efecto, en correspondencia con esta concepción, el artículo 9 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que el Ecuador suscribió y que según los artículos 10 y 11 de la nueva Constitución tiene en Ecuador rango constitucional que dice lo siguiente: “Los pueblos y las personas indígenas tienen derecho a pertenecer *a una comunidad o nación indígena*, de conformidad con las tradiciones y costumbres de la comunidad o nación de que se trate. No puede resultar ninguna discriminación de ningún tipo del ejercicio de este derecho.” La misma Declaración en el artículo 46 establece que ninguna de sus disposiciones “se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes”.

En definitiva, existe por definición una abismal diferencia entre plantear una reorganización del Estado de forma que exprese institucional y políticamente la diversidad de los pueblos que lo comprenden, y cualquier tesis secesionista que también por definición plantea la división y no la reestructuración del Estado. Es no solo inexacto, sino injusto atribuir a la mayor parte de los movimientos indígenas tendencias secesionistas puesto que justamente ellos han contribuido a la definición de un nuevo y único estado intercultural y plurinacional. Boaventura de Sousa Santos ha resumido esta tensión y complementariedad entre diferencia e igualdad de la siguiente forma, por cierto coincidente con las modernas teorías constitucionales sobre el principio constitucional de igualdad:

Lo que es diverso no está desunido, lo que está unificado no es uniforme, lo que es igual no tiene que ser idéntico, lo que es diferente no tiene que ser injusto. Tenemos el derecho a ser iguales cuando la diferencia nos inferioriza, tenemos el derecho a ser diferentes, cuando la igualdad nos descaracteriza...¹³

13 Sousa Santos, Boaventura de, *op. cit.*, pp. 34-35.

2.3. Avances y límites en el fortalecimiento de los derechos colectivos

La nueva Constitución ecuatoriana de 2008 en balance amplía y fortalece los derechos colectivos indígenas incluidos en la Constitución de 1998. Un primer cambio consiste en la titularidad de estos derechos. En la Constitución de 1998 los titulares son solo *los pueblos indígenas, y los pueblos negros o afroecuatorianos* en lo que les fuera aplicable. En el artículo 56 de la Constitución de 2008 se amplían estos derechos también a *las comunidades y nacionalidades indígenas, así como al pueblo afroecuatoriano y a los pueblos montubios*.

En realidad, la Constitución de 2008 elimina las clasificaciones tradicionales de derechos. Lo hace con el propósito de enfatizar el carácter complementario y la igual jerarquía de todos los derechos constitucionales.¹⁴ Así, por ejemplo, elimina la clásica división de derechos civiles, políticos, y económicos, sociales y culturales. En su lugar utiliza una división puramente temática (derechos de participación, derechos de libertad, etc.). Incluso al referirse a los derechos colectivos, la Constitución de 2008 los denomina “derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades”, para así destacar que también otros derechos pueden exigirse eventualmente de forma colectiva. Según el artículo 10 son titulares de estos derechos las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos; por tanto, como lo indica el artículo 11, todos los derechos pueden exigirse de forma individual o colectiva.

Esta *ampliación de la titularidad* de los derechos implica que los pueblos y nacionalidades indígenas pueden eventualmente demandar como tales no solo sus específicos derechos colectivos, sino cualquier otro de los derechos establecidos en la Constitución. Así, por ejemplo, una nacionalidad indígena podría demandar contra actos violatorios de los derechos sociales, a los cuales la Constitución denomina Derechos del buen vivir o *sumak kawsay*, o los derechos de grupos de atención prioritaria (niños, adultos mayores, mujeres embarazadas, etc.). De esta forma se impide la práctica que venía desarrollando el Tribunal Constitucional del Ecuador de rechazar las demandas de los pueblos indígenas por violaciones de sus

14 Trujillo, Julio César y Ramiro Ávila Santamaría. *Análisis – Nueva Constitución*. Quito, Ildis, 2008, pp. 70-71.

derechos constitucionales bajo el argumento de que carecían de legitimación activa (capacidad para comparecer en juicio).

Esta universalización de la capacidad para reclamar derechos se corrobora también en la regulación de garantías jurisdiccionales de la nueva Constitución. Estas garantías son los medios procesales para exigir a los jueces que aseguren de autoridades y particulares el respeto a los derechos constitucionales. En el artículo 86 de la nueva Constitución se ratifica que “cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución”. Mediante estos principios constitucionales se intenta pasar de una justicia constitucional altamente formalista, en que el acceso estaba fuertemente restringido, a una amplia posibilidad de actuación por parte de todos los ciudadanos.

En cuanto al contenido de los derechos colectivos, las principales innovaciones respecto a la Constitución de 1998 tienen que ver primero con la inclusión de **nuevos derechos colectivos**, tales como el derecho a no ser objeto de racismo ni discriminación (arts. 57, numeral 2, y 57, numeral 3), a mantener sus sistemas jurídicos propios¹⁵ (art. 57, numeral 10), constituir y mantener sus propias organizaciones (art. 57, numeral 15), el derecho a ser consultados antes de la adopción de medidas legislativas que puedan afectarlos (art. 57, numeral 17), la limitación de actividades militares en sus territorios (art. 57, numeral 20), el derecho a que la diversidad cultural se refleje en la educación pública y en los medios de comunicación, y a tener sus propios medios (art. 57, numeral 21), y los derechos de los pueblos en aislamiento voluntario (art. 57, inciso final).

Por otra parte, algunos derechos colectivos ya establecidos en la Constitución de 1998 fueron ampliados y enriquecidos. Así, por ejemplo, el derecho a conservar las prácticas indígenas de manejo de la biodiversidad que ya constaba en el artículo 84, numeral 6, de la Constitución de 1998 se complementa con la obligación del Estado de establecer y ejecutar programas de este tipo en coordinación con las comunidades (art. 57, numeral 8). Así mismo, el derecho del artículo 84, numeral 14, en la Constitución de 1998 a participar con representantes en organismos oficiales, se amplía al de participar en el diseño de planes y políticas

15 La Constitución de 1998 ya lo mencionaba, pero no expresamente en el catálogo de derechos colectivos.

públicas que les afecten (art. 57, numeral 16). En otros casos, los derechos colectivos se desarrollan fuera de su sección específica, cuando la Constitución regula temas de salud, educación, patrimonio cultural, etc.

Respecto a la salud, los artículos 32, 57, numeral 12, 358, 360, 362 363, numeral 4, contienen elementos normativos ya no solamente de reconocimiento de las medicinas indígenas y ancestrales, como en la Constitución anterior¹⁶ de 1998, sino además como mandato constitucional de buscar su complementariedad con la medicina occidental y de su integración en la red pública integral de salud. El artículo 362 es el que desarrolla más extensamente este principio al establecer: “La atención de salud como servicio público se prestará a través de las entidades estatales, privadas, autónomas, comunitarias y aquellas que ejerzan las medicinas ancestrales alternativas y complementarias.” En definitiva en esta materia se fortalece el principio de interculturalidad.

También en lo relativo a educación se fortalece la interculturalidad.¹⁷ Este principio ya constaba brevemente enunciado en el artículo 66, inciso 2, de la Constitución de 1998. Sin embargo, el artículo 28 de la nueva Constitución especifica el principio en estos términos: “Es derecho de toda persona y comunidad interactuar entre culturas y participar en una sociedad que aprende. El Estado promoverá el diálogo intercultural en sus múltiples dimensiones.”

Tanto en salud como en educación el desafío que se plantea es el de la articulación de los sistemas nacionales que la nueva Constitución establece para estos nuevos derechos, con la gestión autónoma que desplieguen las propias comunidades, pueblos y nacionalidades.

Pese a estos y otros avances en estos derechos colectivos, el derecho colectivo al autogobierno no fue reconocido en los términos explícitos propuestos por el proyecto de Constitución de la Conaie.¹⁸ Por otro lado, las normas constitucionales de integración de circunscripciones territoriales

16 El artículo 44 de la Constitución codificada en 1998 establecía que el Estado “reconocerá, respetará y promoverá el desarrollo de las medicinas tradicional y alternativa, cuyo ejercicio será regulado por ley.” La Constitución de 2008, por cierto, elimina tal referencia a la regulación por ley.

17 Para un análisis del tema véase Catalina Vélez. *Educación intercultural bilingüe y participación Social*. Quito, CARE Internacional, 2008.

18 Este proyecto establecía en el artículo 34, número 2: “Derecho al autogobierno en sus territorios y tierras comunitarias e individuales y de posesión ancestral de conformidad a su derecho consuetudinario, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas”.

indígenas (art. 257) plantean diversas interrogantes. Tampoco el planteamiento de reconocer al quichua y el shuar como idiomas oficiales en términos de igualdad con el castellano fueron aceptados por la Constituyente.

En cuanto a la transformación institucional, el proyecto de Constitución de la Conaie planteaba la integración de un Legislativo o Asamblea Plurinacional,¹⁹ en la cual los pueblos y nacionalidades indígenas tuvieran sus propios representantes, siguiendo así los modelos de las constituciones de Bolivia, Colombia y Venezuela. La Constitución de 2008 no adoptó este criterio manteniendo a este respecto las nociones de representación política de la Constitución de 1998.

Otro debate cuyo resultado fue percibido por varias organizaciones indígenas como fallido hace relación a los efectos del derecho de consulta previa de los pueblos indígenas respecto a explotación de recursos naturales en sus territorios. En todo caso, un análisis constitucional completo al respecto deberá incluir también la normativa internacional pertinente.

La Constitución de 2008 además vincula la autoridad y el Derecho Indígena a los territorios de los pueblos y nacionalidades (arts. 57, numeral 9, y 171). Este es un asunto complejo puesto que excluiría la competencia de la jurisdicción indígena en razón de las personas,²⁰ cuando en los hechos estas autoridades resuelven muchos conflictos fuera de tales territorios. En otras palabras se plantea el problema jurídico de si el requisito de territorio es posible cumplirlo especialmente donde este no está definido, áreas en las cuales conviven indígenas y no indígenas.

Otro cambio que merece destacarse es el de la restricción de las limitaciones en el ejercicio de los derechos colectivos. Mientras que la Constitución de 1998 tenía restricciones mucho más genéricas y amplias pues incluía entre tales límites a la ley y el orden público, además de la propia Constitución y los derechos humanos (art. 84), la Constitución de 2008 establece exclusivamente a estos dos últimos como límites a tal ejercicio de los derechos colectivos (art. 57).

En todo caso, como se ha sugerido, y como demostró la experiencia de la Constitución de 1998, las limitaciones al desarrollo de la plurinacionalidad y la interculturalidad vienen más de la dinámica de fuerzas

20 Es decir cuando un juez asume competencia para juzgar algo no porque el acto sucedió en determinado territorio, sino considerando las características personales de quien ejecutó el acto.

políticas y económicas que de particularidades de las normas formalmente vigentes.

2.4 La jurisdicción indígena

La Constitución ecuatoriana de 2008 introduce ciertos cambios en materia de justicia indígena respecto a la Constitución de 1998.²¹ Los cambios más importantes tienen que ver con la participación de las mujeres en los sistemas jurisdiccionales indígenas, así como la ya mencionada vinculación de jurisdicción y territorio (ambos en el art. 171). Como se dijo, también es importante la disminución de las limitaciones a la jurisdicción indígena, pues la Constitución de 1998 incluía entre estas a la Constitución, los derechos humanos, la ley y el orden público, mientras que la Constitución de 2008 hace referencia solo a la Constitución y los derechos humanos. El artículo 189 aclara que los jueces de paz no podrán prevalecer sobre la justicia indígena.

En realidad las referencias a la justicia indígena son más numerosas en la Constitución de 2008, puesto que a diferencia de la Constitución de 1998 constan no solo en el capítulo sobre Función Judicial, sino que aparecen también como un derecho colectivo. El artículo 57, numeral 10, establece textualmente que se reconoce el derecho colectivo a “crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes.” Es importante aclarar que esta referencia a los derechos de las mujeres indígenas ya constaba en el artículo 211 del proyecto de Constitución de la Conaie,²² lo cual evidencia que tal limitación fue asumida y propuesta por los propios indígenas.

21 Para un análisis de la justicia indígena en la Constitución ecuatoriana de 1998 en comparación con otras constituciones andinas, véase Irigoyen Fajardo, Raquel. *El reconocimiento constitucional del derecho indígena en los países andinos. El reto de la Diversidad*. Willem Assies et al. México, El Colegio de Michoacán, 1999.

22 El artículo 211 del Proyecto de la Conaie establece: “Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, de conformidad con su derecho propio, siempre que respete la igualdad de género y no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos y garantizados en ella y en los instrumentos internacionales vigentes.”

El artículo 171 de la nueva Constitución añade algunas normas inexistentes en 1998: “El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad...” La obligatoriedad de las decisiones de autoridades indígenas es una condición esencial para que haya verdadera jurisdicción indígena e incluso para que esta no sea criminalizada por las autoridades estatales y la opinión pública. Respecto al control constitucional sobre la jurisdicción indígena, este solo podría tener por función ubicar el ejercicio de esta jurisdicción en el marco de una comprensión intercultural de los derechos constitucionales. Su función no es la de desvirtuar la autonomía y diferencia cultural que la propia Constitución reconoce y garantiza a esta jurisdicción. Para el efecto, la Corte Constitucional deberá asegurar en su funcionamiento institucional algunas formas de análisis o diálogo intercultural.

El problema más complejo que plantea la nueva Constitución en materia de justicia indígena, como se anotó, es el de vinculación entre jurisdicción y territorio indígena. En el caso de las nacionalidades y pueblos amazónicos y ciertas poblaciones de la Costa estas normas constitucionales pueden ser operativas. Sin embargo, la exigencia de un territorio definido para ejercer jurisdicción en el caso de la región interandina puede generar graves dificultades. Esta región se caracteriza por la convivencia de indígenas y mestizos tanto en zonas rurales como en las ciudades. En otras palabras, no hay, sino por excepción, la continuidad y delimitación territorial a que hace referencia la norma constitucional.

La dificultad de delimitar los territorios indígenas, especialmente en la región interandina, quedó ya evidenciada a partir de la anterior Constitución. La Constitución codificada de 1998 estableció que mediante ley podían crearse circunscripciones territoriales indígenas. Sin embargo, y pese al intento por formular ciertos proyectos de ley, no llegó a concretarse ninguna circunscripción de este orden. Actualmente, el artículo 257 de la Constitución de 2008 mantiene tales circunscripciones, añadiendo que para integrarse es necesaria la aprobación de su conformación por al menos dos terceras partes de los votos válidos en la respectiva circunscripción. Si se consideran votos válidos los de los indígenas que residen en cierta área, queda la pregunta antropológica de si la identidad o pertenencia a la comunidad de quienes viven fuera de tal área se diluye por haber cambiado su residencia.

Otro interrogante que la Constitución de 1998 planteaba y que la del 2008 mantiene es el relativo a la exigencia de que los conflictos sean internos a los pueblos, comunidades o nacionalidades para que puedan ser resueltos por la jurisdicción indígena. El término *conflicto interno* es bastante general y no es claro si se refiere por ejemplo a actos realizados dentro de un territorio indígena, a conflictos solo entre indígenas o a conflictos interétnicos que afecten directamente a la comunidad. Esta indefinición tiene trascendencia práctica puesto que un gran número de conflictos tienen lugar entre personas de la comunidad y otras personas ajenas a ella, como en los casos de abigeato y robo en general. Es necesario entonces que la ley o la jurisprudencia constitucional diluciden estos problemas procesales.

Hay que señalar también que al igual que la Constitución de 1998, la Carta del 2008 dispone en el artículo 171, inciso segundo, dictar una ley que coordine la justicia indígena y la justicia estatal. Se trata básicamente de una ley procesal que distribuya competencias. Otras constituciones latinoamericanas contienen similar disposición en cuanto a dictar tal ley, pero ni Ecuador ni estos países la han dictado. Al respecto hay que señalar que tal coordinación, como se infiere de lo antes expuesto, no depende solo de una ley sino que puede y debe ser canalizada por la jurisprudencia constitucional, y en general por una estructura institucional pública intercultural.

En conclusión, la Constitución de 2008 evidencia múltiples limitaciones respecto a los proyectos de Constitución de varias de las organizaciones indígenas, mientras en materia de derechos colectivos evidencia ciertas innovaciones y desarrollos. ¿Hasta qué punto la nueva Constitución puede marcar un tránsito del Estado formalmente multicultural a un Estado efectivamente plurinacional e intercultural? La respuesta, por supuesto, no se halla solo en la propia Constitución sino sobre todo en la forma como la sociedad ecuatoriana, sus instituciones y las propias organizaciones indígenas den vida a esta Constitución.

Problemas sociojurídicos de la familia transnacional en Ecuador¹

Tras las regulaciones jurídicas sobre la familia en el Ecuador subyace un modelo de familia que supone la residencia de todos sus miembros en un mismo lugar. A partir de este supuesto se regulan legalmente relaciones como las de matrimonio, divorcio, patria potestad o sociedad conyugal. En los hechos, miles de familias ecuatorianas son familias transnacionales, es decir, tienen dos o más países como lugares de residencia, puesto que padres e hijos, o miembros de la pareja, se han distanciado y viven separados por fronteras internacionales aunque mantienen sus lazos familiares mediante las tecnologías de comunicación, remesas, visitas y, en muchas ocasiones, un proyecto migratorio común.

La desterritorialización que caracteriza a las familias transnacionales da lugar a situaciones diferenciadas o específicas con relación a la familia tradicional, tales como la maternidad transnacional, tensiones intrafamiliares como, por ejemplo, conflictos de pareja, conflictos respecto al cuidado y crianza de los hijos e incluso en las relaciones entre los familiares adultos que permanecen en el país de origen. El marco jurídico ecuatoriano, sin embargo, parte del supuesto de una residencia común y generalmente resulta disfuncional para contribuir a la solución de este tipo de conflictos, y en ocasiones incluso los agudiza.

1 Agradezco a la economista Clementina González, experta en migraciones del Cespla de la Universidad de Cuenca, y al padre Hernán Rodas y las esposas de migrantes de la Casa del Migrante de Paute (Azuay), quienes contribuyeron mediante entrevistas realizadas en septiembre del 2008 con información para este texto.

El Derecho ecuatoriano ha sido reformado en términos muy parciales con relación a las nuevas demandas que implica ser un país de alta movilidad humana, tanto como país de salida y como país receptor. Así, por ejemplo, las reformas del año 2006 a los artículos 440 literal A y 440 literal B del Código Penal, tipifican y sancionan el tráfico ilegal de migrantes (coyoterismo), incluyendo los casos de menores de edad. También el Código de la Niñez y la Adolescencia, como se expone más adelante, incluye cierta regulación respecto a patria potestad sobre menores de edad hijos de personas migrantes. Pero en general, la legislación ecuatoriana sobre migración y extranjería es incompleta o anacrónica.

La nueva Constitución de Ecuador, aprobada mediante referéndum en septiembre de 2008, dedica una sección específica sobre movilidad humana, reconoce explícitamente en el artículo 40, numeral 6, la existencia de familias transnacionales y protege los derechos de sus miembros. Esta norma se ratifica de forma más genérica en el artículo 67 el cual reconoce diversos tipos de familia y en el artículo 69, numeral 4, en que el Estado se obliga a prestar especial atención a las familias disgregadas por cualquier causa.

Por tanto, la nueva Constitución ecuatoriana crea condiciones jurídicas propicias para reformar la legislación de forma que se profundice y desarrolle la normativa y políticas públicas adecuadas para contribuir a la solución de estos conflictos y proteger los derechos de los miembros de las familias transnacionales, de allí que en este análisis se busque combinar el diagnóstico con la propuesta.

En el presente texto se analiza el desfase entre el modelo jurídico de familia y la familia transnacional. Se evidencia cómo las actuales instituciones jurídicas no responden a la realidad de la migración, generando así desprotección jurídica de los derechos humanos de varios miembros de estas familias, especialmente de los menores de edad y las esposas de migrantes. Finalmente, se exponen algunos elementos sobre los derechos económicos y sociales de las familias de migrantes.

1. Matrimonio, residencia y migración

El hecho migratorio en su dimensión más básica es un proceso de movilidad física, es decir, un cambio de residencia. Este cambio puede tener importantes consecuencias sociales, culturales, económicas y también jurídicas, no solo para la persona migrante sino para su familia. En este apartado exploramos algunos de los efectos sociales y jurídicos. Se exponen primero los conceptos de residencia y domicilio. Luego se analiza su importancia para el matrimonio y para la relación entre padres e hijos.

En el Derecho civil ecuatoriano, la *residencia* se concibe como el lugar en que una persona se establece habitualmente, es decir, constituye el componente material del domicilio.²

El domicilio y la residencia como su componente material tienen gran importancia para la determinación de numerosos derechos y obligaciones de las personas. A manera de ejemplo “Basta solo señalar que materias tales como el matrimonio, el pago, la sucesión por causa de muerte, la competencia procesal, la aplicación de las normas de Derecho internacional privado, etc., se encuentran determinadas en muchos aspectos por este atributo de la personalidad”.³

En general, la legislación civil ecuatoriana no es clara respecto al domicilio de quienes migran definitivamente o por largos períodos. Por un lado, podría entenderse que el emigrante que fija su residencia en otro país por largos años ha adquirido un nuevo domicilio allí. Por otro lado, la ley ecuatoriana determina que una persona conserva su domicilio donde reside su familia y el asiento principal de sus negocios.⁴

2 Jurídicamente, el domicilio tiene además otro elemento de carácter subjetivo que consiste en *el ánimo real o presuntivo de permanecer en el lugar de residencia*. De allí que el inciso primero del artículo 45 del Código Civil define el domicilio como “la residencia, acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella”.

3 Parraguez Ruiz, Luis. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano*. Loja, Ediciones Universidad Técnica Particular de Loja, 1999.

4 Artículo 51 del Código Civil: “El domicilio civil no se muda por el hecho de residir el individuo largo tiempo en otra parte, voluntaria o forzosamente, siempre que conserve su familia y el asiento principal de sus negocios en el domicilio anterior. Así, confinado por decreto a un paraje determinado, retendrá el domicilio anterior, mientras conserve en él su familia y el principal asiento de sus negocios.” Nótese que una jurisprudencia creativa bien podría atender la situación de los migrantes mediante estas normas.

Con anterioridad a 1989, el Código civil ecuatoriano al regular el matrimonio establecía una noción de residencia claramente patriarcal. El artículo 135 del Código instituía: “El marido tiene derecho para obligar a la mujer a vivir con él, y a seguirle dondequiera que traslade su residencia, salvo causa razonable y proporcionada, calificada por el juez”.

Las reformas de 1989 al Código Civil respecto al matrimonio marcan el inicio de un período de cambio parcial en el modelo jurídico de familia nuclear y patriarcal prevaleciente en el Derecho ecuatoriano. Con relación a la residencia la normativa hoy vigente establece que la residencia será fijada de común acuerdo por ambos cónyuges.⁵ Pese a la necesidad de este acuerdo, sigue suponiéndose que ambos cónyuges siempre comparten una misma residencia porque un fin del matrimonio conforme a su definición legal es la de vivir juntos,⁶ de lo cual se ha derivado un deber de convivencia o cohabitación entre los cónyuges.⁷ El incumplimiento de este deber se presenta a veces incluso ilegítimamente como abandono y por tanto como causal de divorcio.⁸

Es claro que el hecho migratorio y la familia transnacional cuestionan este modelo jurídico, puesto que en tales casos los cónyuges permanecen años separados, tienen residencias distintas y ello no implica necesariamente la intención de que un cónyuge quiere abandonar al otro o haya tomado la decisión de separarse definitivamente o divorciarse. Es decir, no estamos ante la situación en que uno de los cónyuges se separa del otro de forma unilateral, injustificada y definitiva, rompiendo toda comunicación. Por el contrario, los estudios empíricos evidencian que con frecuencia el proyecto migratorio involucra a toda la familia. El cónyuge que se queda generalmente contribuye material y psicológicamente al proyecto de quien migra, recibe y administra remesas para la manutención y los proyectos de la familia, y mantiene constante comunicación con el cónyuge ausente, manteniendo la aspiración de la reunificación familiar.

5 Artículo 135 del Código Civil: “Los cónyuges fijarán de común acuerdo su residencia”.

6 Ver artículo 81 del Código Civil.

7 Parraguez Ruíz, Luis. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano*. Loja, Ediciones Universidad Técnica Particular de Loja, 1999, p. 28.

8 Artículo 110, numeral 11, del Código Civil.

Hay que destacar también que en la sociedad ecuatoriana, y con más fuerza en el área rural, la familia es ampliada o extensa antes que nuclear. Este hecho condiciona todo el proceso migratorio, incluyendo la separación de las parejas y de padres e hijos. Así, por ejemplo, el cuidado de los hijos menores por parte de los abuelos es una práctica cultural muy difundida cuando la madre trabaja. En consecuencia, algunos arreglos familiares que surgen luego del viaje de los padres tienen, no solo una dimensión de ruptura sino otra de continuidad que ayuda a la más fácil adaptación de los menores. En cierta medida, la familia ampliada difundida en el Ecuador facilita la formación de familias transnacionales.⁹

Sin embargo, hay casos en que el cónyuge que ha migrado con el tiempo forma una nueva pareja o familia en el país de destino. En tales casos los beneficios y derechos del cónyuge que permanece en Ecuador pueden hallarse en riesgo. Las remesas pueden disminuir significativamente o desaparecer, la comunicación se empobrece o extingue, con lo cual también se ven afectadas las relaciones del padre o madre ausente con sus hijos. En casos extremos el cónyuge que ha migrado demanda subreptivamente el divorcio.¹⁰

No obstante, la investigación sobre migraciones ha identificado también casos en los que la migración se usa como una salida a la crisis preexistente de la pareja o la familia.¹¹ La situación más frecuente es la de esposas que sufren maltrato sistemático de sus maridos y ven en la migración una oportunidad para cambiar de vida. Aunque la crisis de estas parejas responde a multiplicidad de factores, entre ellos puede seguramente hallarse las deficiencias o ausencia de políticas públicas y marcos jurídico-normativos eficaces contra el maltrato a mujeres e hijos, la débil situación de la efectivización de sus derechos sociales, y en general la vio-

9 Acosta, Alberto, Susana López y David Villamar. *La migración en el Ecuador*. Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2006, p. 186.

10 El abogado del cónyuge que ha migrado trata de mantener oculta la demanda de divorcio, publicando las citaciones judiciales en diarios de baja circulación, y en general manipulando la situación para que el cónyuge demandado ni siquiera conozca de la demanda. (Entrevista a esposas de migrantes en Paute.)

11 Sorensen, Nina. "La familia transnacional de latinoamericanos/as en Europa". *América Latina migrante*. Eds. Gioconda Herrera y Jacques Ramírez. Quito, Flacso-Ecuador, Ministerio de Cultura, 2008.

lación de los derechos a la igualdad y la dignidad de todos los miembros de la familia. Paradójicamente, cuando estas mujeres migran a otros países y forman nuevas parejas, algunas de ellas vuelven a ser víctimas de maltrato, en ocasiones por parte de sus esposos europeos.¹²

La situación de los matrimonios y en general parejas en que uno de sus miembros se ausenta largo tiempo del Ecuador puede además afectar la situación de los hijos menores de edad. Puesto que los imaginarios de paternidad y pareja parecen hallarse fuertemente asociados en el caso ecuatoriano, el divorcio o la separación definitiva pueden derivar en un fuerte distanciamiento o incluso rompimiento de la comunicación entre padres e hijos.¹³

Con relación a la situación de las parejas que no han contraído matrimonio en Ecuador, sino que se han vinculado mediante la unión de hecho, la ley ecuatoriana establece un régimen jurídico equivalente al del matrimonio. En la práctica, sin embargo, estas parejas pueden afrontar las mismas o incluso más graves dificultades que las mencionadas, en vista de los problemas probatorios que se plantean en las relaciones jurídicas entre cónyuges y de estos con los hijos.

Finalmente, en el aspecto institucional la creación de nuevos consulados y viceconsulados, así como el fortalecimiento de los existentes constituye un cambio útil que puede contribuir a organizar mejor las relaciones jurídico-sociales de miembros de parejas, así como padres e hijos que se hallan en distintos países. El Proyecto de Ley para la Protección del Migrante justamente plantea un sistema de consulados con mayores funciones y flexibilidad, que provea activamente mayor y mejor información y protección a los migrantes y sus familias.

12 “Los estados no controlan la migración como tal pero si controlan las relaciones bajo las cuales se desarrollan las relaciones transnacionales. En este control se incluye el ofrecer o no protección a mujeres maltratadas en relaciones con esposos europeos. Varios países no ofrecen otra solución a las mujeres migrantes maltratadas que la deportación, si se divorcian de un marido maltratador, antes de cumplir ciertos años de matrimonio”. Véase Nina Sorensen, *ibid.*, p. 273.

13 Serrano Flores, Alexandra. “Armando rompecabezas: migración, comunicación y familia”. *Migración: mitos, propuestas y desafíos*. Coord. Richard Salazar. Quito, Esquel, 2007.

2. Patria potestad y migración

La distinta residencia de padres e hijos trae también importantes cambios en las relaciones sociales entre estos. Uno de estos cambios tiene además aspectos jurídicos, pues hace relación a la patria potestad¹⁴ que normalmente ejercen los progenitores sobre sus hijos menores de edad. En principio, el Código Civil dispone que el hijo menor de edad tenga el mismo domicilio de sus padres.¹⁵

En la práctica cuando solo uno de los padres ha migrado, el otro generalmente queda al cuidado de los hijos. Sin embargo, casi nunca los padres realizan algún trámite legal antes del viaje para esclarecer en que situación quedan los hijos. En todo caso al haber falta o inhabilidad de uno de los progenitores, el cuidado inmediato de los hijos la asume el progenitor que permanece en Ecuador, pero el progenitor ausente mantiene también la patria potestad.¹⁶ Al respecto el artículo 114 del Código de la Niñez y Adolescencia establece lo siguiente:

Art. 114.- Imprudencia de limitar, suspender o privar la patria potestad por razones económicas.- La circunstancia de carecer de suficientes recursos económicos no es causal para limitar, suspender o privar al padre o a la madre de la patria potestad. Tampoco se lo hará cuando por causa de migración motivada por necesidades económicas, el padre, la madre o ambos deban dejar temporalmente al hijo o hija bajo el cuidado de un pariente consanguíneo en toda la línea recta o hasta el cuarto grado de la línea colateral. En este caso sólo podrá suspenderse la patria potestad para efectos de confiar la tutela al pariente que recibió el encargo.

En consecuencia, bajo la ley ecuatoriana la patria potestad del padre o madre que vive fuera del Ecuador en principio simplemente se mantiene

14 El artículo 283 del Código Civil ecuatoriano define a la patria potestad como “el conjunto de derechos que tiene los padres sobre sus hijos no emancipados”. De forma más exacta y clara el artículo 105 del Código de la Niñez y Adolescencia la define no solamente como “el conjunto de derechos sino también de obligaciones de los padres relativos a sus hijos e hijas no emancipados, referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos...”

15 Artículo 58 del Código Civil de Ecuador: “El que vive bajo patria potestad sigue el domicilio de quien la ejerce, y el que se halla bajo tutela o curaduría, el de su tutor o curador”.

16 La legislación civil actual no contempla que la patria potestad pueda perderse por prolongada ausencia de uno de los progenitores, como si sucedía según el artículo 321 del Código Civil, antes de las reformas de 1989.

sin limitaciones, pero el juez, considerando las particularidades del caso, podría suspenderla para otorgar la tutela de los menores a los parientes jurídicamente autorizados y que de hecho quedan a su cuidado.

Esta regulación presenta algunos problemas. Primero, como hemos dicho, las relaciones familiares entre padres migrantes e hijos menores que permanecen en Ecuador generalmente no se suspenden o terminan, sino que se transforman. Aunque padres e hijos ya no conviven surgen relaciones basadas en las remesas y la comunicación, y la autoridad de los padres sigue en muchos casos siendo relativamente reconocida. ¿Cabe entonces suspender a los padres la patria potestad? Segundo, y en sentido contrario, si el padre, la madre o ambos dejan de cumplir con las obligaciones que conlleva la patria potestad mientras están ausentes, y en particular si dejan de prestar alimentos, ¿debe mantenerse la patria potestad?

El proyecto de Ley para la Protección de las Personas Migrantes plantea al respecto que en caso de migración de los padres el juez podría eventualmente suspender la patria potestad. En cierto sentido, algo de esta lógica está ya contenida en el artículo 113 del Código de la Niñez al disponer que la patria potestad se pierde por resolución judicial, por uno o ambos progenitores, cuando existe manifiesta falta de interés en mantener con el hijo o hija las relaciones parentales indispensables para su desarrollo integral, por un tiempo superior a seis meses.

La falta de cumplimiento de las obligaciones alimentarias de los padres puede verificarse no solo después, sino también antes del viaje de uno o ambos cónyuges o miembros de la pareja. Para tal situación el antes mencionado proyecto plantea una reforma al Código de la Niñez y Adolescencia estableciendo la posibilidad de solicitar al juez que ordene como medida temporal la prohibición de salir del Ecuador del progenitor que no cumple sus obligaciones de alimentos para con sus hijos. Para este efecto, el proyecto propone la creación de un Registro Nacional de Obligaciones Alimentarias de las Personas Migrantes Ecuatorianas.

Por otra parte, es indudable que quienes quedan al cuidado de los menores tienen también derechos y obligaciones respecto a ellos. Por un lado, son estos parientes los que reciben las remesas, las cuales deberían¹⁷

17 Decimos deberían porque este no es siempre el caso. Con frecuencia el cuidado de los menores comienza a ser visto por algunos familiares como una simple posibilidad de recibir un ingreso extra mediante las remesas para su grupo familiar, descuidando incluso el cuidado de estos niños y a veces hasta incurriendo en maltrato.

ser destinadas fundamentalmente a la educación, salud y bienestar de los niños y niñas. Por otro lado, ellos requieren cierta autoridad para educar y orientar a los menores en el día a día.

Puesto que el cuidado de los hijos en los hechos es compartido por los padres que han migrado y quienes han asumido el cuidado de los menores, otra posibilidad sería diseñar una suerte de patria potestad compartida entre padres y tutores o cuidadores. Esta posibilidad la podría decidir el juez atendiendo a las condiciones concretas de los menores. En todo caso, lo que resulta urgente es una intensa labor de trabajo social mediante la cual se realice un monitoreo de las condiciones en las cuales se hallan los hijos de migrantes, a efectos de asegurarles condiciones de crianza, educación, salud y afecto adecuados, o si tales condiciones son negativas contar con información para tomar las medidas legales adecuadas.

En efecto, los estudios sobre migraciones evidencian efectos tendencialmente diversos según quien sea el que queda al cuidado de los hijos, madre o padre. Cuando permanece en el país la madre, el grupo familiar muestra mayor estabilidad, puesto que la mujer asume adicionalmente varios de los roles paternos y se constituye en agente cohesionador de la familia, aunque las decisiones económicas más importantes las sigue tomando el hombre. Sin embargo, si quien migra es la madre hay mayor propensión a cierta disgregación del grupo familiar, no es raro que el padre incurra en el alcoholismo o inicie relaciones extramatrimoniales, al tiempo que descuida la crianza de los hijos o simplemente entrega su cuidado a los abuelos u otros parientes.

Este fenómeno es lo que viene denominándose *maternidad transnacional*, el cual aparece ligado a la feminización de la migración que caracteriza los flujos migratorios de los últimos años especialmente hacia España y otros países europeos. De este modo, las diferencias de género marcan a su vez diferencias y discriminaciones de orden laboral, cultural y jurídico para las mujeres no solo por su nueva presencia en el lugar de destino,¹⁸ sino también por su ausencia en el país de origen. Si en el país de destino su trabajo como empleadas domésticas, cuidadoras o en la industria del

18 Mestre i Mestre, Ruth M. "Mujeres a través de las políticas de inmigración en la Unión Europea y España". *Migración, desplazamiento forzado y refugio*. Ed. Programa Andino de Derechos Humanos. Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2005.

sexo muchas veces no es reconocido, ni priorizado y se ubica en la economía sumergida sin posibilidades de regularización ni unificación familiar, en el país de origen sus nuevos ingresos económicos permiten a las madres migrantes desempeñar el rol de proveedor tradicionalmente reservado al padre. Esta situación transforma los roles en la familia y la pareja.

Por otra parte, cuando migran ambos progenitores los menores quedan al cuidado de abuelos, hermanos mayores, tíos, otros familiares o amigos. En esta situación, aunque desde el punto de vista jurídico-formal, la patria potestad pueden mantenerla los progenitores ausentes, en los hechos las obligaciones y derechos en que esta consiste la ejercen principalmente quienes cuidan a los menores.¹⁹

Como puede apreciarse, hay aquí un desfase entre la norma jurídica y la realidad. En la vida real de la familia transnacional se genera una suerte de *patria potestad compartida*, la cual no es reconocida por el derecho ecuatoriano. En efecto, los derechos y obligaciones en el cuidado de los hijos vienen a ser compartidos por el o los progenitores que migran y el progenitor y las personas que se quedan al cuidado de los niños.

Por un lado, el progenitor que migra asume mediante el envío de remesas las responsabilidades económicas del cuidado de los hijos. Esta relación económica con frecuencia expresa simbólicamente la persistencia de vínculos afectivos entre padre o madre e hijos,²⁰ la cual se evidencia también mediante su comunicación permanente por medios electrónicos. Además, este vínculo económico significa generalmente un poder de decisión del padre ausente respecto a asuntos como la educación de su hijo, sus condiciones de alimentación y salud, o su comportamiento general.

19 Carrillo, María Cristina. "Impactos de la migración en los/las jóvenes hijos/as: Ecuador". *Migración, desplazamiento forzado y refugio*. Ed. Programa Andino de Derechos Humanos. Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2005.

20 "[E]l dinero, culturalmente constituido como una forma de poder dentro de la familia, puede llegar a inscribirse como el símbolo de la autoridad parental para los jóvenes que reciben las remesas de sus padres, el dinero incluso puede hacer de factor vinculante entre padres e hijos o entre esposo y esposa, permitiendo que los inmigrantes sigan ejerciendo cierta potestad sobre sus hogares en una suerte de manejo a control remoto que se ejerce mediante el incremento o decremento del flujo de efectivo, regalos y prebendas para los familiares, dependiendo de que estos observen la línea de criterio, valores ideología del migrante, cumpliendo con las demandas que este hace en función de lo que considera el ser un buen hijo o una buena esposa". Véase Moncayo, Irina. "Migración y sistemas familiares". *Plan migración, comunicación y desarrollo. Cartillas sobre migración*, n.º 23. Quito, octubre 2006, p. 5.

Por otra parte, el progenitor que permanece en Ecuador o la persona que asume el cuidado de los menores, tiene una capacidad de orientación y decisión en la cotidianidad y desarrollo de los chicos.

En todo caso, se requieren reglas claras y funcionales sobre patria potestad para proteger mejor los derechos de los hijos de migrantes. La ausencia de normativa de este tipo o su ineficacia empeora la situación de los menores. Cuando al viaje sigue un proceso de disolución familiar, los menores comienzan a pasar al cuidado de distintos parientes. En muchos casos quedan primero al cuidado de los abuelos, para pasar luego a vivir con sus otros abuelos, hermanos, tíos, compadres, amigos, vecinos, etc. Esta inestabilidad en la definición de quienes quedan a su cuidado es del todo inconveniente para su salud y desarrollo, llevando a la violación de sus derechos humanos, pues incluso se asocia a graves condiciones de maltrato infantil.

La inestabilidad en el cuidado de los hijos de migrantes tiene relación con el control de las remesas. Lo que se halla en disputa en muchos casos no es el cuidado de los niños y niñas, sino la posibilidad de, en función de la justificación de tal cuidado, recibir el ingreso extra de la remesa, la mayor parte de la cual es invertida en necesidades propias y no de los menores. Tales disputas económicas fracturan gravemente a las familias de los migrantes al generar en Ecuador conflictos entre sus parientes.

Pese a la necesidad de normas jurídicas que regulen el cuidado de los menores, es necesaria también aplicarlas en el marco de una apreciación de las circunstancias concretas de cada familia,²¹ a partir de lo cual el juez pueda determinar las mejores condiciones para el menor. Por ejemplo, si la ley es excesivamente rígida y otorga la patria potestad a los abuelos maternos sin considerar las condiciones y cuidados que estos efectivamente puedan proveer al menor, ello puede llevar eventualmente a perjudicar los derechos de este.

21 Entrevista a Clementina González (Cuenca), 24 septiembre 2008.

3. Familia, derechos sociales y migración

La migración no siempre deriva en un mejoramiento de las condiciones económicas de las familias. Cuando la migración se produce en condiciones de ilegalidad se genera desde el inicio un vínculo con redes mafiosas de coyotes y prestamistas los cuales realizan un verdadero asalto al patrimonio de la familia en Ecuador, mediante deudas usurarias, hipotecas, extorsiones y estafas.²²

Así, por ejemplo, en las provincias de Cañar y Azuay, al sur del Ecuador, es común que los coyotes-prestamistas a cambio de financiar el viaje hagan firmar a quienes migran contratos de hipoteca y especialmente de compraventa de sus casas y terrenos. Al final, y en contubernio con abogados, notarios, registradores, jueces y policías, y recurriendo si es necesario a la amenaza y violencia, los coyotes terminan apropiándose de estos inmuebles, incluso cuando la deuda inicial ha sido pagada en exceso.

Este asedio al patrimonio de la familia por parte de los traficantes de personas da lugar a numerosas violaciones de derechos humanos. Entre ellas pueden mencionarse violaciones a los derechos a la vivienda, a la propiedad, al debido proceso. Estas situaciones adquieren aun mayor dramatismo cuando son afectados los hijos de los migrantes, menores de edad que son expulsados de sus casas para cubrir las deudas contraídas por sus padres ausentes. En estos casos es paradójico que las propias leyes y las instituciones públicas sean manipuladas para concretar verdaderos despojos al patrimonio de la familia.

En contraste, los mayores ingresos que implican las remesas en ocasiones conllevan el acceso de los familiares de los migrantes a mejores condiciones de vivienda, salud, educación y otros derechos sociales y económicos. La migración tiene una alta incidencia en la reducción de la pobreza.²³ Así, por ejemplo, en la provincia de Azuay, se reportan mejoras en el acceso a servicios de salud, así como el ingreso de hijos de migrantes a

22 Barahona, Elsa y Luna Sotomayor. "Violación de los derechos de las mujeres a la vivienda, la propiedad, garantías judiciales, y otros relacionados como consecuencia de la emigración". Quito, CDES, Tribunal de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Mujeres, 2005.

23 Para un estudio detallado, véase Acosta, Alberto, Susana López, y David Villamar. *La migración en el Ecuador*. Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2006.

establecimientos privados de los que antes por su estrato socioeconómico estaban excluidos.²⁴ Estos establecimientos tienden a ofrecer mejor calidad en la educación. No obstante, por este medio, se produce una suerte de subsidio al Estado por parte de las remesas de migrantes, puesto que es al Estado ecuatoriano al que le corresponde prestar estos servicios en calidad y cantidad suficiente para hacer efectivos los derechos sociales que la Constitución establece.

24 González, Clementina. *Diagnóstico del impacto de la migración en la niñez y adolescencia en el cantón Cuenca*. Cuenca, Cespla, Universidad de Cuenca, 2007.

Voto de la mujer y extensión del sufragio

Durante el período comprendido entre 1929 y 1972 se destacan en materia electoral dos hitos fundamentales: las innovaciones de 1929 y las de 1945-1946. En ambos casos las constituciones y leyes de elecciones correspondientes introducen importantes cambios en el sistema representativo: en 1929, el voto facultativo de la mujer alfabetada, el primer ensayo de representación de minorías y la representación funcional; en 1945, la creación de tribunales electorales independientes y el perfeccionamiento de la representación de las minorías; y en 1946, el voto masculino obligatorio. Estas modificaciones al sistema de representación se introducen a raíz de procesos históricos cruciales: la Transformación Juliana y la Revolución del 28 de mayo de 1944.

Merecen también mencionarse algunas novedades introducidas en la Constitución de 1967, especialmente el voto femenino obligatorio y la institucionalización de los partidos políticos.

El requisito de saber leer y escribir será, no obstante, la restricción fundamental que subsistirá durante toda esta etapa, marginando así a grandes sectores de la población.

En este artículo estudiaremos cada una de estas modificaciones articulando los procesos normativos e históricos, e introduciendo el análisis de las actas parlamentarias respectivas. En vista de la heterogeneidad de estas innovaciones electorales, se expone primeramente un marco histórico global que servirá luego de base para análisis más particulares.

1. Modernización Juliana y sufragio, 1925-1944

Durante la segunda década de este siglo el Ecuador había regresado, de hecho, a un régimen político equivalente al del voto censitario de inicios de la República; desde 1912 a 1925, el poder estatal fue monopolizado por minúsculos sectores económicos y políticos que excluyeron a la gran mayoría de la población y se sucedieron en el gobierno mediante el fraude desembozado; los graves problemas económicos, especialmente la caída de las exportaciones de cacao, desencadenaron finalmente una drástica reacción.

El 9 julio de 1925, el presidente liberal Gonzalo Córdova fue depuesto por un movimiento de oficiales jóvenes del Ejército. Se daba inicio a la llamada Revolución Juliana; desde entonces el país asistió a uno de los procesos más importantes de modernización estatal en los aspectos financiero, social, administrativo y político, lo cual se expresó en una abundante e innovadora legislación.¹ En el plano constitucional, como lo ha señalado Hernán Salgado,² significa la introducción en el Ecuador del *constitucionalismo social* de la primera posguerra, en el que se desarrollan los derechos económicos y sociales y la intervención del Estado para efectivizarlos.

En el aspecto político, la Revolución Juliana significó el derrocamiento de la plutocracia liberal que desde 1912 se venía manteniendo en el poder mediante el fraude sistemático y, finalmente, basándose en una cruenta represión.³ Hay un virtual consenso entre los historiadores en cuanto a que la transformación de 1925 resulta de la alianza de jóvenes oficiales del ejército (el creado por el liberalismo) con emergentes sectores medios y ciertos elementos terratenientes de la sierra. A raíz de este proceso de modernización social y estatal, Isidro Ayora convoca a la

- 1 Solo de 1925 a 1929 se dictaron leyes relativas al Banco Central, caja central, emisión y amortización; monedas, aduanas, bancos, hacienda, prenda agraria, impuesto a la renta, timbres, impuesto a la propiedad rural, cheques, jubilación, registros y alcabalas, monopolio de la sal, estanco de alcoholes, entre otras. Ver "Mensaje del Presidente Ayora a la Constituyente de 1929". *El Comercio* (Quito), 10 octubre 1929: 5.
- 2 Salgado, Hernán. "La Constitución de 1929 del Estado y el Reordenamiento Jurídico". *Revista Ruptura* (Quito), Asociación Escuela de Derecho de la PUCE (1985): 44.
- 3 En 1922 se produce la masacre obrera del 15 de noviembre, y en 1923 las fuerzas del gobierno realizan una matanza de indígenas en la hacienda Leito.

Constituyente de 1929, en la cual se producen las innovaciones jurídico-electorales que vamos a estudiar.

La Constitución de 1929, dictada a raíz de esta transformación, busca un fortalecimiento del rol, legitimidad y representatividad del Estado, y uno de los mecanismos a que se recurre para tal propósito es la reforma electoral: voto femenino, representación de minorías, representación funcional, primeros pasos para una función electoral independiente; se pretende, en definitiva, la incorporación a la vida política de los sectores medios surgidos durante el liberalismo.

Los discursos parlamentarios de 1929 enfatizan la marginación y apatía política a que había sido conducida la mayoría de ecuatorianos luego de décadas de fraude. Igual que en 1861, ante una nueva y profunda crisis política, hay un afán de aumentar la participación electoral mediante cierta ampliación del sufragio; en este contexto el dirigente conservador Crespo Toral no solo propone en la Constituyente de 1929 el voto de las mujeres, sino incluso el de los analfabetos.⁴ El Hble. Cordero Dávila, defendiendo tal propuesta menciona a su vez la posibilidad del voto obligatorio, a base de inquietudes que son expresadas también por otros legisladores:

Está en la conciencia nacional que las virtudes cívicas van desapareciendo cada día más de entre nosotros. La ciudadanía es algo ya olvidado y casi relegado en absoluto en nuestro país. Se ha llegado al caso de tener que meditar en si sería necesario crear una multa para el que no emita su voto en las elecciones; esto nos da la medida del estado en que anda el ejercicio de la ciudadanía...⁵

Evidentemente las garantías y ampliación del sufragio en 1929 se dieron más en el plano jurídico y como proyecto político que en la práctica histórica, en la cual seguiría prevaleciendo un alto abstencionismo, la marginación de amplios sectores y el fraude electoral. Pero, como bien anota Ernesto Albán, hay una diferencia fundamental con períodos anteriores:

4 Asamblea Nacional de 1928-1929. "Intervención del H. Crespo Toral". *Diario de debates*, t. II, p. 247.

5 *Ibid.*

En estas primeras décadas del siglo XX, los sectores interesados en la vida política habían crecido (paralelamente con el crecimiento de la población urbana) y ya no resultaba tan fácil, para el grupo gobernante, escamotear la voluntad popular utilizando para ello los subterfugios que permitían las leyes y, más todavía, las prácticas electorales.⁶

La libertad en la elección y posterior descalificación de Neptalí Bonifaz en 1932 constituyó el primer éxito y fracaso de este esfuerzo; en esta ocasión el desconocimiento parlamentario de los resultados electorales no fue recibido con apatía y resignación, sino que desencadenó una sangrienta guerra civil; la elección fraudulenta y posterior derrocamiento del gobierno de Martínez Mera mostró que el fraude electoral ya no podía campar a sus anchas; la primera elección de Velasco Ibarra en 1933, cuya validez se ha reconocido históricamente, volvió a mostrar que las elecciones podían funcionar, pero los conflictos políticos, agravados por el sistema semi-parlamentario de la Constitución de 1929, llevaron a una nueva ruptura de la constitucionalidad.

De 1935 a 1940 se sucedieron gobiernos de facto y constitucionales de corta duración (Pons, Páez, Enríquez, Borrero, Mosquera, Arroyo del Río, Córdova, Moreno), luego de lo cual se reedita nuevamente el fraude en la elección de Arroyo del Río, que junto al Protocolo de Río, son los principales antecedentes políticos de la Revolución del 28 de Mayo de 1944.

Luego de las innovaciones electorales de 1929, en las primeras elecciones libres ganadas por Bonifaz en 1931 y Velasco Ibarra en 1933, según Rafael Quintero,⁷ participó un sector reducido de la población; en 1931 de una población total de 2 010 029 de habitantes hubo 62 118 sufragantes, y en 1933 de una población de 2 109 787, votaron 64 664. Por tanto, el cuerpo electoral seguía siendo bastante restringido, lo cual entre otros factores puede atribuirse a algunos de orden jurídico, como el requisito de saber leer y escribir para votar y ser elegido, cuando en el Ecuador de esos años alrededor del 65 por ciento de la población era analfabeta, lo cual marginaba a la gran mayoría de campesinos, obreros, artesanos, habitantes pobres de las ciudades y dentro de estos sectores especialmente a las

6 Albán, Ernesto. "Evolución del sistema Electoral Ecuatoriano". *Elecciones, ideologías y problemas políticos*. Quito, Corporación Editora Nacional, 1994, p. 55.

7 Quintero, Rafael. *El mito del populismo en el Ecuador*. Quito, Flacso, 1980, pp. 221-237.

mujeres, entre las cuales eran más altas las tasas de analfabetismo, lo que a su vez limitó significativamente los efectos del voto femenino, así, por ejemplo, en las elecciones de 1933 apenas un 12 por ciento de los votantes fueron mujeres.

Por otra parte, el carácter facultativo del voto luego de décadas de fraude y la falta de una tradición y cultura electoral generaba un alto abstencionismo; según Rafael Quintero, en 1931 de 372 861 ecuatorianos aptos legalmente para inscribirse solo lo hicieron el 41,6 por ciento y de estos solo votaron el 40 por ciento.

En cuanto a la representación funcional “los senadores por los obreros, campesinos e indígenas fueron elegidos por asociaciones controladas, en una u otra forma, por las elites políticas”.⁸

Finalmente, puede señalarse también una serie de mecanismos electorales de *carácter técnico o reglamentario* establecidos en la Ley de Elecciones de 1929, que han sido estudiados por Rafael Quintero,⁹ y que según este autor tuvieron un claro efecto restrictivo sobre la extensión del electorado. Para Quintero se trata básicamente de dificultades a la inscripción electoral debidas a la hora, lugar y plazo para realizarla (artículos 7, 17 y 18 de la Ley de Elecciones, 1929), costo monetario de la inscripción; establecimiento de una sola mesa electoral por parroquia urbana para limitar la recepción de esa votación y privilegiar la de origen rural; exigencia de inscripción en la misma parroquia del domicilio (artículo 3, LE, 1929) y creación ad hoc de distritos electorales. Estas limitaciones perjudicaban especialmente a sectores populares urbanos y de migrantes.

En resumen, de 1925 a 1944 la ampliación del cuerpo electoral estuvo limitada fundamentalmente a los emergentes sectores medios que protagonizaron la Revolución Juliana. Las innovaciones normativas sobre el derecho de sufragio tuvieron un efecto limitado en su eficacia y en su universalidad.

En su eficacia puesto que si bien en el período se producen las primeras elecciones libres del siglo (en 1931 y 1933), por otra parte de 1925 a 1948, es decir en 23 años se sucedieron 23 gobiernos, lo que configuró

8 Maiguashca, Juan. “La cuestión regional en la historia ecuatoriana (1830-1972)”. *Ensayos generales I: espacio, población, región*. Ed. Enrique Ayala Mora. Quito, Corporación Editora Nacional, 1990, p. 210.

9 Rafael Quintero, *op. cit.*, pp. 229 ss.

uno de los períodos de mayor inestabilidad política de la historia ecuatoriana.

En cuanto a la universalidad del sufragio, también estuvo limitada especialmente por su carácter facultativo y el requisito de alfabetismo, lo que determinó que el cuerpo electoral estuviera compuesto fundamentalmente por empleados públicos y privados, artesanos, pequeños y medianos comerciantes, empresarios y medianos propietarios rurales,¹⁰ mientras los sectores populares seguían drásticamente excluidos.

1.1. El voto de la mujer

1.1.1. Antecedentes históricos

En lo relativo a la mujer, como en otros aspectos, el derecho republicano heredó los valores e instituciones patriarcales¹¹ del derecho colonial. Para el derecho castellano la mujer, salvo contadas excepciones, no tenía plena capacidad legal; si era soltera, se hallaba bajo la autoridad paterna o la tutela de su hermano mayor o pariente masculino más próximo; si era casada se sometía a la potestad marital. Así el derecho institucionalizaba la dominación del hombre respecto a la mujer, dominación que aparecía como legítima para una mentalidad según la cual las mujeres se hallaban incapacitadas por naturaleza para ciertas funciones. En este contexto, como lo ha señalado Capdequí,¹² resultaba obvia la incapacidad femenina para el desempeño de cargos públicos, de allí que el derecho castellano y el republicano en su fase inicial prescindieron de regulaciones expresas al respecto.

En este mismo sentido, otro antecedente normativo esencial lo hallamos en el Código Napoleónico, base del primer Código Civil ecuatoriano,

10 Manguashca, Juan y Liisa North. "Orígenes y significado del velasquismo: lucha de clases y participación política en el Ecuador, 1920-1972". *La cuestión regional y el poder*. Ed. Rafael Quintero. Quito, Corporación Editora Nacional, 1991, p. 71.

11 Entendemos por *patriarcal* el orden social en el que el *género* femenino se halla subordinado al masculino. El concepto de género proviene de la antropología y hace referencia a la construcción cultural, social y política en torno al sexo. Esta categoría es actualmente utilizada en las ciencias sociales para distinguir las diferencias biológicas entre hombre y mujer, de las desigualdades atribuidas por la sociedad y la cultura.

12 Ots Capdequí, José María. *El Estado Español en las Indias*. México, Fondo de Cultura Económica, 1986, pp. 95 y 106.

vigente desde 1861. El Código francés, siguiendo en esto al derecho romano, establece la incapacidad legal de la mujer; en las discusiones sobre el Código de Napoleón la comisión correspondiente informaba en estos términos: “hemos resuelto [...] seguir las huellas de Pothier y catalogar a las mujeres casadas junto con los menores de edad y los dementes. Carecen de la capacidad de contratar sin la venia de sus esposos”.¹³

En el marco de esta continuidad de los valores del Derecho castellano y de la virtual reproducción de la legislación civil francesa, el derecho privado ecuatoriano estableció la subordinación de la mujer al hombre;¹⁴ pero ninguna Constitución, exceptuando la de 1883, excluyó expresamente a las mujeres de la ciudadanía y del voto, porque esta exclusión era tan obvia para la mentalidad y valores de la época que no había necesidad de consagrarla jurídicamente.

En efecto, desde la colonia la vida de la mujer se circunscribe al hogar, la iglesia, el convento y el pequeño comercio; mientras que la política es un espacio que se concibe asignado por la naturaleza a los hombres. Cuando en 1861 se discutía la eliminación del censo de fortuna, un diputado expresaba con elocuencia estos generalizados valores decimonónicos:

La mucha universalidad no me gusta, y de que no seamos consecuentes ¿porqué (*sic*) no declaramos también que los niños pueden sufragar, puesto que por el mero hecho de nacer han adquirido ese derecho? ¿Por qué también no declaramos respecto de las mujeres que tienen dotes tan apreciables en su imaginación (*sic*) y en su corazón?¹⁵

Como vemos, para la mentalidad de la época la posibilidad del voto femenino resulta tan absurda como el otorgar el voto a los niños; a las mujeres

13 Tigar, Michael E. y Madelaine R. Levy. *El Derecho y el ascenso del capitalismo*. México, Siglo XXI Editores, 1978, p. 233. Esta incapacidad relativa se mantendrá en el derecho ecuatoriano hasta 1970 en que se reforma el Código Civil, lo cual nos revela la fuerza de los valores patriarcales.

14 Es solamente en el Código Civil de 1871 cuando se otorga a la madre la patria potestad sobre sus hijos, en caso de falta del padre; se establece igualmente la presunción de autorización del marido para la mujer casada que ejerce públicamente una profesión o industria, y la capacidad para, a base de tal presunción, comparecer en juicio por sí misma. En todo caso, la potestad marital queda, por vía de la propia presunción, ratificada e incólume.

15 Intervención de Mariano Cueva en la Convención de 1861, véase *Diario de debates*, p. 170. Se conserva la ortografía del original.

se les reconocen dotes apreciables en su imaginación y en su corazón, pero el elector era ante todo alguien racional (de allí el requisito capacitario) y para la ideología patriarcal la racionalidad es atributo masculino.

Por otra parte, los requisitos económicos y culturales exigidos durante la vigencia del sufragio censitario, e incluso luego de las reformas de 1861 y 1883, marginaban a casi todas las mujeres, las cuales se hallaban limitadas en cuanto a la propiedad y administración de bienes y soportaban los índices más altos de analfabetismo, situación que se intensificaba entre las mujeres de los sectores populares.

Fue en la Constituyente de 1883 cuando Luis Felipe Borja planteó que debía aclararse expresamente en la Constitución que era ciudadano todo ecuatoriano *varón* que supiera leer y escribir. Ante esta moción se produjo un largo debate parlamentario, que plantea, a nuestro parecer, uno de los casos más interesantes sobre las relaciones entre interpretación jurídica e ideología¹⁶ en la historia del Derecho político ecuatoriano. Decía a la Asamblea de 1883, el diputado Luis Felipe Borja:

Con vista del artículo 20 del Código Civil, que es terminante ¿se entiende que la palabra ciudadano se refiere únicamente al sexo masculino? Las palabras hombre, persona, niño, adulto y otras semejantes dice aquel artículo, que en su sentido general, se aplican á individuos de la especie humana sin distinción de sexo, se entenderán comprender ambos sexos en las disposiciones de las leyes. Es, pues, evidente que habría duda muy fundada respecto de si las mujeres pueden ejercer los derechos de ciudadanía y si un jurado electoral, por ejemplo, se viera en el caso de resolver si los votos dados por mujeres son o no válidos, tendría que resolverlo afirmativamente, ateniéndose al sentido literal y obvio del artículo, caso de que se suprima la palabra varón. Además, se explica porque las Constituciones anteriores al año de 1861, no las consignaron expresamente; pues, antes de la promulgación del Código Civil, no existía regla ninguna decisiva en este caso. Ni se diga que el Código

16 A este respecto, es sugerente el análisis de Luis Alberto Warat en el sentido de que: “No puede haber significación sin ideología. Cuando se presenta un problema de oscuridad significativa de una norma, en realidad se plantea un desajuste valorativo. La claridad de las ‘palabras de la ley’ surge exclusivamente de una coincidencia axiológica; si esta no existe, la norma aparece como oscura. La interpretación de la ley es, en gran medida, un fenómeno de atribución ideológica”; Warat, Luis Alberto y Antonio Anselmo Martino. *Lenguaje y definición jurídica*. Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1973, p. 21.

Civil es inaplicable al asunto de que se trata, pues todos saben que aquel Código es ley general, ley común, aplicable a materias especiales, a falta de leyes también especiales que las determinen.¹⁷

Las réplicas y contrarréplicas que siguieron fueron desconcertantes; varios diputados juzgaron del todo innecesario establecer expresamente como requisito de ciudadanía el hecho de ser varón, puesto que afirmaban que por el sentido común y por la costumbre era obvio que cuando la Constitución se refería a los ciudadanos se hacía referencia exclusivamente a los hombres, que así se había entendido en todas las constituciones ecuatorianas anteriores, que las mujeres nunca habían siquiera pretendido la ciudadanía y, por tanto, era inútil y una afrenta para el sexo femenino incluir en el artículo la palabra varón. Ante lo cual, Borja argumentó que “ninguna injuria se les hace [...] pues no están llamadas por la naturaleza, para la política sino para el hogar”.

Estudiando las actas se aprecia el impacto que para esos años tenían en Ecuador los movimientos sufragistas y los correlativos cambios en la doctrina, legislación y la participación política de las mujeres en Canadá, Estados Unidos y Europa. Otros diputados, entre los que destaca el Hble. Antonio Flores, exaltaron la participación femenina en la lucha contra Veintimilla y los inicios de su incorporación en la educación y el trabajo.

Notemos entonces cómo las influencias exógenas y los cambios endógenos, jurídicos (especialmente el nuevo Código Civil) y extrajurídicos, generaron nuevas posibilidades, y por tanto conflictos de interpretación. Sobre este punto hubo representantes que plantearon, refutando a Borja, que no se debía aplicar normas de interpretación de un Código que regulaba los derechos civiles, a la Constitución, cuerpo normativo superior que regula derechos políticos. El debate al respecto nos revela, además, que para esa fase histórica era frecuente la aplicación de normas del Derecho civil al Derecho electoral.¹⁸

17 Convención Nacional de 1883. “Sesión del 23 de noviembre de 1883”. *Diario de debates*. pp. 313, 314.

18 Esta situación la ha destacado Ernesto Albán al estudiar la disposición electoral por la cual el casado menor de edad podía votar, en virtud de su emancipación civil. Véase Albán, Ernesto. “Evolución del Sistema Electoral Ecuatoriano”. *Elecciones, ideologías y problemas políticos*. Quito, 1994, p. 48. En las actas de 1883, efectivamente, hemos hallado debates al respecto pues se aducía que no eran aplicables normas civiles a materias constitucionales y que, en todo caso, pese a tal emancipación, el casado menor de edad quedaba bajo tutela y, por tanto, no se hallaba en capacidad de votar.

En todo caso, en 1884 ningún diputado propuso el voto de la mujer; es más, algunos que no aceptaban la inclusión del término varón, aclararon expresamente que tal negativa era simplemente un asunto de técnica jurídica y que de ninguna manera estaban proponiendo conceder la ciudadanía a las mujeres. Pero el debate nos revela que el voto a la mujer, antes impensable, ahora aparecía como una clara posibilidad, de allí que se exigía una expresa ratificación del poder patriarcal; muy ejemplificador en este sentido son las palabras del diputado por Pichincha, Hble. Cevallos Salvador:

[...] que, habiendo opinado en un sentido iba á votar en otro; pues, si al principio juzgó innecesario conservar esa palabra, porque jamás habían pretendido las mujeres tener derechos de ciudadanía, puede suceder que, en lo sucesivo, lo pretendan, apoyadas en la discusión que ha tenido lugar en ésta H. Asamblea. Los romanos añadió, no castigaban el parricidio, por no abrir los ojos á los hombres, haciéndoles saber que se podía cometer ese crimen; pues, de la misma manera nosotros no debíamos haber discutido sobre este punto, porque hay el peligro de que las mujeres abran también los ojos, y crean que pueden ser ciudadanos.¹⁹

Pero lo más curioso en el razonamiento de Luis Felipe Borja, arriba transcrito y base de la discusión, es que, efectivamente, 78 años después se presentaría exactamente la situación jurídica que él planteaba como hipótesis, cuando en 1922 Matilde Hidalgo de Procel se presentó a votar y, ante la falta de exclusión jurídica expresa, debió aceptarse su voto y desde entonces el de todas las mujeres ecuatorianas que cumplieran los demás requisitos de ciudadanía.

Una última observación sobre la Constitución de 1883: es singular que sea justamente una de las constituciones que más amplía las garantías al ciudadano en el siglo XIX y que elimina los requisitos económicos para ser elegido, la que excluye expresamente a la mujer; tal singularidad revela la fuerza de la secular discriminación sexual y su concreción en el Derecho.

19 Convención Nacional de 1883. "Sesión del 23 de noviembre". *Diario de debates*. p. 318.

1.1.2. El liberalismo y el voto de la mujer

Paradójicamente, es esta exclusión expresa de 1884 la que hace que las constituciones liberales de 1897 y 1906 puedan interpretarse en un sentido positivo respecto al voto de la mujer,²⁰ pues según estos estatutos políticos son ciudadanos quienes reúnen los requisitos de edad y educación; ninguna de las dos constituciones se refieren al sexo como restricción electoral.

Esta voluntad política de otorgar ciudadanía a la mujer, aunque no resulta expresamente definida, puede inferirse indirectamente de varios hechos históricos: incluso antes de dictarse la Constitución de 1897, Alfaro había expedido el Decreto Supremo número 68, del 19 de diciembre de 1895 por el cual se declaraba a las mujeres jurídicamente habilitadas para el ejercicio de cargos públicos.²¹ Esta aún confusa intención consta además en las propias actas parlamentarias, por ejemplo en la sesión del 26 de octubre de 1896, cuando el diputado por El Oro, Gabriel Ullauri, presenta una moción por la cual se incluía, junto a requisitos de edad, la calidad de varón para ser ciudadano, esta moción es rechazada por la Convención. Igualmente, en sesión del 3 de junio de 1897 se expresaba:

Puesto a consideración de la Cámara el Mensaje del Presidente Alfaro sobre la situación de la mujer, el señor Gonzalo S. Córdova, diputado por Cañar manifestó que no se debía perder tiempo ocupándose de este Mensaje y que debía contestarse al señor Presidente de la República en el sentido de que desde los primeros días en que se reunió la Convención en Guayaquil se ha hecho mucho por mejorar la condición de la mujer al extremo de habersele concedido derechos de ciudadanía, quedando por tanto en aptitud de ejercer cualquier cargo público, inclusive el de Ministro de Estado.²²

20 Ya anteriormente Alfaro había expedido el Decreto Supremo n.º 68, del 19 de diciembre de 1895 por el cual se declaraba a las mujeres jurídicamente habilitadas para el ejercicio de cargos públicos.

21 Lo cual se concretó inmediatamente con el nombramiento de empleadas en los correos y el establecimiento de una escuela de telegrafía para señoritas. Véase Romo Leroux, Ketty. *Situación jurídica y social de la mujer en el Ecuador*. Guayaquil, Departamento de Publicaciones de la Universidad de Guayaquil, 1975, p. 86.

22 Convención Nacional de 1896-1897. "Sesión del 3 de junio de 1897". *Diario de debates*.

En efecto, uno de los propósitos de la Revolución Liberal fue la promoción de la mujer, cuyas principales expresiones jurídicas las hallamos en la legislación relativa a la creación de Normales y ampliación de oportunidades educativas,²³ así como en la Ley del Matrimonio Civil de octubre de 1902, la Ley de Divorcio de 1910 y la de Emancipación Económica de la Mujer Casada de 1911, por la cual se crea la exclusión de bienes de la sociedad conyugal. En este marco se mantuvo inicialmente el derecho electoral de la mujer, si bien en términos francamente ambiguos, lo cual se explica porque este propósito de mejoramiento e incorporación de la mujer, en cuyo contexto se planteaba su derecho al voto, coexistía con el temor de que el sufragio femenino favoreciera abrumadoramente a los conservadores. En esa ambigüedad había quienes entendían que el voto femenino en ningún momento había sido aprobado y se oponían drásticamente a él. El análisis de Alejandro Mosquera, miembro de la sociedad jurídico-literaria, publicado en 1903, ejemplifica este tipo de opiniones, quizá mayoritarias:

[...] conceder el voto á la mujer sería concederlo indirectamente á otra parte de la sociedad, á que en la actualidad generalmente se lo niega, al clero. Es innegable el grande influjo que el sacerdote ejerce en la mujer, y el voto de ésta no sería sino el de aquél [...] En nuestro concepto esta es la razón más poderosa para negar el voto á las mujeres, porque, desapareciendo en el los caracteres indispensables para poder considerarlo como manifestación de la libertad individual, débese más bien negar su ejercicio.²⁴

Este autor presenta además otros argumentos generalizados contra el voto de la mujer; se decía que los impuestos pesaban más sobre los hombres que sobre las mujeres, que solo los hombres estaban obligados al servicio militar; por tanto, siendo mayores sus obligaciones con la sociedad, les correspondía solo a estos el derecho de sufragio; finalmente se apelaba a los valores patriarcales más tradicionales. Mosquera planteaba que “la

23 A inicios de la Revolución se dicta la Ley de Instrucción Pública por la cual se faculta a las mujeres para optar por grados académicos.

24 Mosquera, Alejandro. “Del Derecho de Sufragio”. *Revista de la Sociedad Jurídico Literaria* (Quito) 2, Imprenta de la Universidad Central (1903): 82.

mujer que por política desatiende sus sacrosantos deberes, pierde todos sus encantos, todos sus atractivos, y degenera en un ser despreciable”.²⁵

Una formulación más explícita a favor del voto de la mujer comenzó a concretarse solo en 1922, cuando Matilde Hidalgo de Procel se acercó a inscribirse en los registros para elecciones parlamentarias; ante la duda en torno a la posibilidad legal de que una mujer vote, el Presidente del Concejo Municipal del cantón Machala solicitó, por intermedio del Ministro del Interior (quien también había opinado antes a favor del voto femenino), un pronunciamiento del Consejo de Estado, organismo que el 9 de julio de 1924, interpretando la Constitución de 1906, entonces vigente, resolvió por unanimidad que la mujer “es ciudadano y puede elegir y ser elegida”.

La interpretación y resolución del Consejo de Estado se fundamenta principalmente en las consideraciones siguientes:

- Es un principio de jurisprudencia universal que “cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu” que “las palabras de la Ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras”; que “las palabras: hombre, persona, niño, adulto y otras semejantes, que en su sentido general, se aplican a individuos de la especie humana, sin distinción de sexo, se entenderán comprender ambos sexos en las disposiciones de las leyes”.
- El artículo 13 de la Constitución de 1906, entonces vigente, dice que “para ser ciudadano se requiere tener veintiún años de edad y saber leer y escribir” y cuando el artículo 31 dice que “para ser elector se requiere ser ciudadano en ejercicio, etc.”. Los vocablos ciudadano y elector, aplicando las reglas anteriores, comprenden a los individuos de ambos sexos.
- Las restricciones para los derechos civiles y políticos “deben interpretarse en sentido estricto y riguroso”. “Como el Legislador no ha creado una [...] restricción a causa del sexo, hemos de concluir que el derecho de ciudadanía activa no se le niega al sexo femenino, siempre que los individuos de este sexo sepan leer y escribir y tengan veintiún años”.

25 *Ibid.*

La resolución incluye un recuento histórico sobre los requisitos de ciudadanía en las constituciones anteriores, y destaca que solo en la de 1883 se dice que es ciudadano todo ecuatoriano varón que reúna los demás requisitos constitucionales, justamente para evitar que en el vocablo *ecuatoriano* se comprenda a las mujeres.

De esta manera, los términos ciudadano y elector que al menos hasta la Constitución de 1883 habían tenido el sentido *natural, obvio y generalizado* de hombre, hasta el punto de que a nadie se le ocurrió siquiera la posibilidad del voto femenino, para 1924 habían cambiado de significación, pues comprendían al hombre y la mujer.

En este caso la interpretación legal y el lenguaje jurídico variaron incluso en el plano del sentido que se consideraba obvio, dado los distintos contextos históricos y culturales en que se producen estas interpretaciones. Notemos al respecto que el Consejo de Estado no invoca las reglas de interpretación del Código Civil, como se había hecho en 1884, sino los principios universales del Derecho, diferenciando así los ámbitos civil y constitucional.

En todo caso, el mismo hecho de que haya sido necesaria la consulta al Consejo de Estado y las discusiones parlamentarias que más adelante analizaremos, demuestran que los términos normativos en realidad no eran, de hecho, tan obvios, como los caracterizaban estos principios universales de interpretación.

En efecto, esta nueva interpretación normativa respecto al voto femenino se genera en medio de una serie de innovadoras prácticas sociales y cambios culturales respecto al rol de la mujer a principios del siglo XX, en el Ecuador y otras partes del mundo: la extensión del voto y los derechos de las mujeres en Europa y Estados Unidos,²⁶ y en Ecuador la participación femenina en la Revolución Liberal, y su incorporación a la esfera pública en el marco de la formación de normalistas y del desarrollo sindical, así como la proclamación de los derechos económicos, sociales y culturales, cuya expresión inicial la hallamos en la Constitución mexicana de

26 En los Estados Unidos el Estado de Wyoming concede el voto a las mujeres en 1869; entre 1890 y 1914 el voto femenino se extiende a otros estados occidentales de la Unión y en 1920 a la totalidad del país. En Nueva Zelanda se establece en 1892, en Australia del Sur en 1894, en Noruega en 1907, en la Federación Australiana en 1914, en Dinamarca en 1915, en Inglaterra en 1918, en Canadá en 1920. Véase Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de la Ciencia del Derecho constitucional argentino y comparado*, tomos I y VII. Buenos Aires, Editorial Alfa, 1953.

1917 y en la Constitución alemana de 1919.

Por otra parte, si bien esta nueva interpretación jurídica se produce en medio de cambios culturales e ideológicos y de complejos intereses políticos, podemos ver cómo no se reduce a un simple reflejo de estos, sino que el razonamiento jurídico muestra una lógica y dinámica propias, aunque no autárquicas.

1.1.3. El establecimiento del voto femenino en 1929

Es en la Asamblea Nacional de 1928-1929 cuando la mayoría parlamentaria conservadora tiene la definida voluntad política de incluir en la Constitución, clara y expresamente, el voto de la mujer. Evitando así todas las ambigüedades y conflictos de interpretación que se habían producido en las Constituciones de 1897 y 1906.

Las actas de la Asamblea Nacional muestran que se aclaró de forma explícita que “La Constitución vigente y el Proyecto [de Constitución] [...] conceden los derechos políticos a la mujer [...] la Comisión, al presentar el artículo en la forma que está, lo ha hecho tomando en cuenta que en el término ecuatoriano están incluidos tanto el hombre como la mujer”.²⁷ Ya en medio del debate sobre la redacción del artículo, decía el Hble. Moncayo:

[...] Voy a permitirme observar a la honorable Asamblea que si la idea que se quiere expresar en el artículo, al decir que es ciudadano todo ecuatoriano es la de incluir también a la mujer, va a quedar la disposición en los mismos términos vagos y discutibles que tiene en la Constitución vigente (...) Sería preferible abordar francamente el problema de los derechos políticos que se quiere otorgar a la mujer.²⁸

Para no dar nuevamente paso a duda alguna, el artículo 13 de la Carta política de 1929 se formuló en los términos siguientes: “Es ciudadano todo ecuatoriano, hombre o mujer, mayor de veintiún años, que sepa leer y escribir”.

27 Asamblea Nacional de 1928-1929. *Diario de debates*. p. 212; intervención del diputado por Pichincha, doctor Manuel María Sánchez; idéntica aclaración fue hecha en la misma sesión, por otro miembro de la Comisión de Constitución, el Hble. Crespo Toral.

28 *Ibid.*

Rafael Quintero al estudiar el establecimiento del voto de la mujer en 1929 constata que este no resultó, como en otros países, de la presión de un movimiento femenino de base;²⁹ sino que dado el predominio ideológico clerical y conservador entre el potencial electorado femenino de la época, la adopción del voto de la mujer en 1929 respondió fundamentalmente a los intereses de la clase terrateniente serrana y de su expresión política: el partido conservador.

Quintero fundamenta esta afirmación en que es la mayoría parlamentaria conservadora la que propone y decide el voto femenino en 1929, muestra además que varios diputados conservadores venían proponiendo desde principios de siglo el voto de la mujer, el cual, por otra parte, se concentraba en la Sierra,³⁰ espacio en que prevalecía el conservadurismo. Estos réditos electorales para el partido conservador se habrían incluso concretado en la elección de Neptalí Bonifaz y en la primera elección de Velasco Ibarra. Contrariamente, los liberales, al constituir las mujeres un electorado más bien adverso, mostraron oposición al voto femenino.

La voluntad política del partido conservador para establecer el voto femenino fue expresada claramente por uno de sus máximos dirigentes, Jacinto Jijón y Caamaño, en el mismo año en que este se estableció:

[...] Los actos del gobierno importan, por igual, a hombres y mujeres, y tratándose, *no de gobernar, sino únicamente de escoger los más aptos*, no encontramos razón alguna para privar de este derecho a la mitad de la población; aducir supuesta inferioridad mental de la mujer, sería craso error y anacronismo. Podría, quizás, decirse que no conviene perturbar la tranquilidad femenina, introduciendo, en su *vida destinada a la maternidad y el hogar*, las luchas políticas; pero éstas penetran en tan sagrado recinto, quiéranlo o no las leyes, haya o no voto femenino.³¹

Las palabras de Jijón y Caamaño evidencian una percepción de las mujeres más que como elegibles como potenciales electoras; se aprecia también

29 Quintero, Rafael. *El mito del populismo en el Ecuador*. Quito, Flacso, 1980, p. 241.

30 En 1932 habían 17 268 mujeres inscritas en la Sierra frente a 7 342 en la Costa; véase Rafael Quintero, *ibid.*, p. 244.

31 Jijón y Caamaño, Jacinto. *Política conservadora*. Quito, Corporación Editora Nacional / Banco Central del Ecuador, s/a, p. 113. Las cursivas son nuestras.

un cambio y continuidad de valores: la mujer es vista como mentalmente igual al hombre, pero su vida está destinada a la maternidad y al hogar; sin embargo la política afecta al hogar, de la cual se deduce el derecho de la mujer al voto, aunque este debe ser facultativo debido a que:

[...] las elecciones no son todavía el torneo pacífico y ordenado que debería ser; y, en este sentido, es, quizás imprudente exponer la delicadeza femenina a los azares de un tumulto; pero esto sería poderoso argumento para no exigirles que voten, mas no para privarlas del derecho de hacerlo, cuando crean conveniente.³²

Sin embargo, la adopción del voto femenino en 1929 no se puede explicar unilateralmente por el interés partidista conservador, puesto que tal explicación deja latentes varias interrogantes: ¿Por qué las tendencias conservadoras no implantaron el voto femenino en el siglo XIX? ¿Por qué las constituciones, leyes y resoluciones en gobiernos liberales crean antecedentes y una interpretación favorables al voto de la mujer, que incluso permite algunas prácticas electorales femeninas anteriores³³ a 1929? ¿Cómo explicar que la Constituyente de 1945, de mayoría liberal y socialista, haya mantenido el voto femenino? ¿A qué atribuir que las asambleas de 1929 y 1946, de mayoría conservadora, establecieron solo el voto facultativo para la mujer y no el obligatorio?

Creemos que el interés partidista y clasista del partido conservador en la introducción del voto femenino en el Derecho constitucional ecuatoriano es un factor explicativo esencial, pero no único ni excluyente. Para entender por qué esta Constitución incluye el voto femenino, a más de la composición política de la Asamblea que la dictó, es necesario considerar la situación en que el país se hallaba en ese momento.

Los intereses coyunturales del partido conservador confluyen en 1929 con otros factores decisivos para el establecimiento del voto femenino como son: (1) la promoción de la mujer durante el liberalismo, incluso en términos de antecedentes jurídicos favorables al voto femenino, como

32 *Ibíd.*

33 En 1924 se eligió a una mujer como miembro suplente de una municipalidad; en 1925 el gobierno juliano nombró a una mujer concejal de Guayaquil. Véase Quintero, Rafael. *El mito del populismo en Ecuador*. Quito, Flacso, 1980, p. 242.

quedó expuesto anteriormente; (2) la Revolución Juliana, y (3) cambios culturales. Rafael Quintero ha destacado la confluencia de algunos de estos factores para el establecimiento del voto femenino, enfatizando excesivamente, en nuestra opinión, el peso de los intereses conservadores.

En efecto, las constituciones y leyes de elecciones liberales, así como las resoluciones favorables del Ministro del Interior y del Consejo de Estado adoptadas al respecto en 1924, durante el gobierno liberal de Tamayo, son mencionadas en las propias actas de la Asamblea como antecedentes esenciales de la crucial innovación de 1929.³⁴

Respecto a la influencia de la Revolución Juliana, no es fortuito que el voto femenino, establecido en los términos de la Constitución de 1929, beneficiara no solo a los terratenientes y al Partido Conservador sino además a las mujeres alfabetas mayores de veintiún años, la mayoría de las cuales formaban parte de los emergentes sectores medios que habían apoyado la transformación juliana. De hecho las primeras votantes y candidatas fueron justamente maestras y profesionales mujeres, educadas en el nuevo espacio creado por la Revolución Liberal.

Hay que considerar que el voto femenino “aumentó efectivamente la dimensión del cuerpo electoral global y marcó lo que sería la reforma electoral de mayores consecuencias políticas después de 1861, cuando se abrogó el sufragio censitario en el Ecuador”.³⁵ Se trata, como decíamos anteriormente, de incorporar un nuevo contingente de sufragantes, no solo para ganar las elecciones sino para que estas y el sistema representativo en su conjunto funcionaran.

34 Curiosamente es el establecimiento del voto femenino durante el liberalismo el que aparece resaltado positivamente en la prensa de la época, por ejemplo en las ediciones de *El Comercio* del 11 de junio de 1924 y de *El Telégrafo* del 2 de julio del mismo año. En 1928 y 1929 estos periódicos ni siquiera registraron la innovación del voto femenino, según pudimos constatar en la revisión de la prensa de esos años.

35 Rafael Quintero ha demostrado que el número de mujeres inscritas de 1930 a 1933, en comparación al de hombres, fue mucho menor en términos absolutos, pero aumentó más aceleradamente, en términos relativos, de año en año; así entre 1931 y 1932 el aumento de la inscripción femenina fue de 67 por ciento y el incremento de la inscripción masculina del 30 por ciento. Pese a lo exiguo del número de electores respecto a la población total, sobre todo por el requisito de alfabetismo, este tuvo un crecimiento sostenido: 12 055 en 1930, 14 707 en 1931, 24 610 en 1932 y 29 679 en 1933. La cita y datos corresponden a Rafael Quintero. *El mito del populismo en Ecuador*. Quito, Flasco, 1980, p. 246.

El establecimiento del voto de la mujer en 1929 no es una novedad aislada, sino que se inscribe dentro de una reforma electoral más amplia: representación funcional, derechos de las minorías, esfuerzos iniciales de organismos electorales autónomos. Ciertamente, tales cambios responden también al proyecto e intereses conservadores, partido de mayoría en la Constituyente, pero paradójicamente en lo relativo al voto femenino este fue posible solo gracias a la promoción de la mujer impulsada por el liberalismo y la Revolución Juliana. El postulado conservador del voto femenino halla condiciones adecuadas en vista de que el liberalismo incorporó en mayor grado a las mujeres en la vida pública del país, mientras que la Revolución Juliana desplazó al sector político que no estaba interesado en la reforma electoral.

En cuanto al tercer factor: el cambio cultural, los estudios históricos sobre la mujer podrían aportar en este campo interesantes análisis sobre los nuevos valores que surgieron a raíz del liberalismo respecto al rol de la mujer. Aunque estos cambios culturales aún no han sido estudiados, son evidentes, e indudablemente contribuyeron a establecer el voto femenino. El propio Quintero admite la importancia del factor cultural, aunque, contradictoriamente, no lo desarrolla en su análisis:

[...] el enorme peso histórico que tiene nuestra atrasada superestructura ideológica (que ha transmitido una ideología de sumisión femenina glorificadora de la no participación política de la mujer) ha sido indudablemente un factor restrictivo de su participación electoral.³⁶

El examen de las actas nos muestra un cambio de mentalidad que abarca a liberales y conservadores, aunque sus expectativas partidarias respecto al electorado femenino hayan sido muy diversas. En efecto, su principal resultado, la Constitución de 1929, no solo establece el voto femenino, sino que, en el marco de numerosas garantías sociales y económicas, expresa con gran claridad una nueva percepción cultural respecto a la mujer, percepción aún amalgamada con prejuicios y valores patriarcales pero ciertamente innovadora; un artículo como el 168 de la Constitución de 1929 hubiera sido absolutamente impensable en el Ecuador del siglo XIX:

36 *Ibid.*, p. 248.

Artículo 168.- El Estado tiene obligación de dispensar a la mujer atención preferente, tendiendo a su liberación económica. En consecuencia, velará, de modo especial, por su educación profesional técnica, capacitándola, entre otras posibilidades, para que pueda tomar parte activa en la Administración pública.

1.1.4. El voto femenino en las constituciones posteriores a la de 1929

La Constitución de 1945, en el artículo 15, mantiene en iguales términos el voto de la mujer introducido en 1929, salvo porque reduce la edad necesaria de 21 a 18 años: “Todo ecuatoriano, hombre o mujer, mayor de dieciocho años, que sepa leer y escribir, es ciudadano”.

Esta ratificación del voto femenino fue posible no solo porque ya se había establecido en 1929, sino además porque objetivamente el desarrollo de la sociedad ecuatoriana había continuado avanzando en la incorporación de la mujer a la educación, el trabajo y la política.

La Constitución de 1946 es la que formula en términos más claros el voto femenino; el artículo 17 dice: “Todo ecuatoriano, hombre o mujer, mayor de dieciocho años, que sepa leer y escribir, es ciudadano, y, en consecuencia, por regla general, puede elegir y ser elegido o nombrado funcionario público”. Esta Carta política introduce otra importante innovación en el segundo inciso del artículo 22, en el que se establece que el voto sea obligatorio para el varón y facultativo para la mujer.

Este voto femenino facultativo fue también objeto de un largo y conflictivo debate iniciado a raíz de la moción del entonces diputado Camilo Ponce Enríquez, en el sentido de que constituía una discriminación que el voto femenino fuera facultativo y el masculino, obligatorio; por lo cual, propuso que también el voto de la mujer debía ser obligatorio.³⁷

A la moción se replicó que a la mujer, por sus menores condiciones educativas y biológicas y sus obligaciones en el hogar no debía exigírsele el emitir su voto, y menos aún sancionarla si no sufragaba. Además, se decía, de esa manera se facilitaba que las mujeres fueran maltratadas y

37 Asamblea Nacional Constituyente 1946-1947. *Diario de debates*. Intervención del Hble. Camilo Ponce Enríquez.

ultrajadas al concurrir a las juntas electorales. Otros diputados cuestionaron la libertad electoral de las mujeres, cuya decisión, se decía, se subordinaría a la influencia de los clérigos, de sus padres, maridos o patronos.

Quienes defendían el voto obligatorio de la mujer argumentaron que una vez establecida en la Constitución la ciudadanía de la mujer alfabeta mayor de edad, la consecuencia lógica e inmediata era que ejerciera el voto en idénticas condiciones que el hombre. Además la igualdad de derechos entre hombre y mujer, se afirmaba, implicaba la igualdad de deberes correlativos.

Son dos los aspectos que, a propósito de la Constituyente de 1946 y el voto de la mujer, queremos destacar: (1) la autonomía relativa del discurso jurídico, y (2) la influencia en el proceso legislativo, en interacción con los intereses partidistas, de la variable cultural.

Respecto a lo primero, hallamos nuevamente en varios discursos parlamentarios el recurso a la historia constitucional del país; un claro ejemplo es la intervención del diputado conservador por Bolívar, Hugo Carvajal, quien no escatima en utilizar como argumentos las disposiciones de las propias constituciones liberales:

[...] La Constitución de 1906, al consignar las garantías nacionales, en su artículo 18 dice: “La República no reconoce empleos hereditarios, privilegios ni fueros personales”. Y porque la Asamblea de 1946, respetuosa como la que más, para establecer el consorcio de los derechos ciudadanos no ha querido hacer labor sectaria, ha reconocido las instituciones liberales y ha reconocido los preceptos de la Constitución de 1945 y seguirá reconociendo todos los derechos de los ecuatorianos.- Continuando, el artículo 24 de la misma Constitución de 1906, que todos los gobiernos liberales y de izquierda han aceptado, determina: “No se reconoce fuero alguno para el juzgamiento de las infracciones comunes; ni se pueden imponer obligaciones que hagan a unos ciudadanos de peor o mejor condición a los demás [...] estoy porque el voto para la mujer sea facultativo y se mantenga el precepto constitucional en la forma en que los mismos juristas liberales lo han concebido”.³⁸

La segunda observación se refiere al hecho de que, tal como lo plantea Quintero, para 1929 la propuesta del voto femenino, en este caso

38 Asamblea Nacional Constituyente 1946-1947. *Diario de debates*. Intervención del Hble. Hugo Carvajal, p. 719.

obligatorio, surge de un sector de tendencia conservadora, mientras liberales y socialistas se oponen a tal obligatoriedad. Pero lo que deseamos destacar es que también hay representantes de tendencia conservadora que se oponen a esta obligatoriedad, aduciendo fundamentalmente diferencias biológicas y psicológicas entre hombre y mujer. Tal situación logra explicar por qué existiendo mayoría conservadora no se impuso el voto femenino obligatorio; el factor cultural, arriba expuesto, volvió a influir decisivamente en el proceso legislativo, alterando el juego netamente político-electoral.

Dos décadas más tarde la situación había cambiado, el período de estabilidad constitucional y el avance educativo y laboral de las mujeres, el surgimiento de organizaciones femeninas, así como la nueva correlación de fuerzas políticas determinaron el giro. La Constitución de 1967 en el artículo 70, inciso segundo, establece una importante novedad respecto al voto de la mujer: lo declara obligatorio, al igual que el del hombre. La respectiva disposición dice: “El voto es deber y derecho de los ciudadanos: por lo tanto, es obligatorio para el hombre y la mujer”. Tal obligatoriedad se establece también en los artículos 1 y 2 de la Ley de Elecciones de 1968. Sin embargo, el requisito de saber leer y escribir continuaría pesando como un factor discriminatorio contra las mujeres, puesto que entre ellas se hallaban los mayores índices de analfabetismo.

1.2. Representación de las minorías

En el siglo XIX en Ecuador, como en la gran mayoría de países del mundo, prevaleció el sistema mayoritario; cada circunscripción o colegio electoral votaba por candidatos individualmente considerados y no por listas de los movimientos o partidos políticos que los respaldaban;³⁹ resultaba elegido quien obtuviera la mayoría, relativa en unos casos y absoluta en otros; en este último caso, si ningún candidato obtenía mayoría abso-

39 En el siglo XIX no existen en Ecuador partidos políticos en el sentido moderno del término; no hay organizaciones permanentes a escala nacional sino sociedades y clubes políticos que pertenecen a una misma tendencia y que, en los casos de mayor consolidación, van progresivamente fundiéndose. Recién en 1883 se produce un primer esfuerzo realmente institucional de organización partidaria con la fundación de la Sociedad Republicana. Véase Ayala Mora, Enrique. *Lucha política y origen de los partidos en Ecuador*. Quito, Corporación Editora Nacional, 1988, p. 236.

luta en una primera vuelta, se realizaba una segunda vuelta con los candidatos que habían obtenido más altas mayorías relativas.

Sin embargo, los orígenes de la representación de las minorías se remontan al siglo XIX, cuando fue establecida en la Constitución noruega de 1814, defendida por algunos autores y practicada en varias regiones de Europa. Incluso en el Ecuador, el derecho de las minorías fue proclamado por el Partido Republicano (conservador) en 1883 y por la Sociedad Liberal Republicana en 1889.⁴⁰

Es la Constitución de 1929 en el artículo 42 la que dispone por primera vez que en la elección de diputados, la Ley de Elecciones aplique “un procedimiento que haga efectiva, en la práctica, la representación de las minorías”. Se pasaba así de un sistema mayoritario a otro minoritario, con vistas, teóricamente, a una representación parlamentaria más equitativa de las diversas fuerzas políticas, las cuales para entonces se habían reconstituido u organizado; en 1923 se había estructurado a nivel nacional el Partido Liberal Radical, en 1925 adoptaba una nueva conformación el Partido Conservador y en 1926 se había fundado el Partido Socialista.

Para dar cumplimiento a la disposición constitucional de efectivizar la representación de las minorías, la Ley de Elecciones de 1929 establece el sistema de la lista incompleta o sufragio limitado, en virtud del cual los sufragantes votaban por un número de candidatos inferior al del número total de vacantes por llenar, con el propósito de adjudicar las vacantes restantes a la primera minoría, con lo cual se excluía injustamente a las otras minorías. De esta forma, como lo anota Tobar Donoso, la Ley de Elecciones fue infiel al propósito de la Constitución.

En todo caso, pese a estos defectos y al retraso respecto a otros países,⁴¹ esta fue la primera vez que se ensayó un método de representación de las minorías y de voto por listas. ¿A qué se debió tal innovación?

En cuanto a las influencias externas hay que señalar que la Constitución de 1929 se dicta en un momento de auge de los sistemas minoritarios en otros países; la mayoría de las constituciones europeas posteriores a la Primera Guerra Mundial otorgan derechos a las minorías;

40 *Ibíd.*, pp. 285 y 317.

41 Salgado, Hernán. “La Constitución de 1929 del Estado y el Reordenamiento Jurídico”. *Revista Ruptura* (Quito), 1985.

en 1923 la Conferencia Interparlamentaria de Copenhague elabora proyectos de declaraciones de derechos de las minorías y en 1925 actúa en igual sentido el *Institut de Droit International*.⁴²

Sin embargo, la asimilación de estas influencias externas se explica por la situación interna del Ecuador en esta etapa. Como se expresó anteriormente, la Constitución de 1929 se genera a raíz de la Revolución Juliana, en un momento de aguda crisis de la legitimidad y la representatividad política, de allí que se haga cierto esfuerzo por ampliar la participación electoral e institucionalizar el sistema representativo. En efecto, la Ley de Elecciones de 1929 es la primera que menciona a los partidos políticos y además les da funciones de vigilancia mediante delegados en las juntas electorales, con el derecho de hacer observaciones y reclamos respecto a las votaciones y los escrutinios.⁴³

Es fundamentalmente el partido conservador el que con mayor decisión impulsa la representación de las minorías, cuyos derechos proclama en su Programa de 1925. Al respecto uno de sus líderes históricos, Jacinto Jijón y Caamaño, expresaba el mismo año de 1929:

[...] el conservatismo sabe muy bien que, encastillándose en el sistema de las mayorías, aun lealmente practicado, dispondría, por muchos años, de poder omnímodo; pero a él renuncia, gustoso, en bien de la Patria, de la paz y concordia entre los ecuatorianos. Conoce también que solo sometiendo sus actos a la vigilancia de los contrarios mantendrá en sus filas, la moralidad, orden, unión y disciplina, que son hoy, su timbre de orgullo. Y, al hacerlo, procede con plena conciencia de que sería a él, si es que algún día, para felicidad de la Patria le tocara regir sus destinos, a quien incumba implantar las trascendentales reformas; pues ninguna ilusión abriga de que el liberalismo, cuya

42 Linares Quintana, *op. cit.*, tomo I, pp. 66 y 70.

43 Incluso se concede a estos delegados una especie de inmunidad durante los días de elecciones, así como, durante estos mismos días, para entrar y salir libremente de las cárceles a efectos de verificar arrestos ilegales, este último derecho se otorga también a los directores de los partidos políticos (art. 39 literal c, art. 41 numeral 11, art. 42 literal e, art. 133, Ley de Elecciones, 1929). Al respecto, Alfredo Vera dice: “Muchas veces los gobiernos de la oligarquía liberal se negaron a recibir los delegados, o los delincuentes que manejaban las mesas hacían de ellos caso omiso y los atropellaban; pero algo se había ganado porque se creaba el antecedente del respeto al derecho de los partidos para intervenir legalmente en la función electoral”. Vera, Alfredo. *Anhelos y pasión de la democracia ecuatoriana*. Quito, Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1948, p. 69.

44 Jijón y Caamaño, Jacinto. *Política conservadora*. Quito, Corporación Editora Nacional / Banco Central del Ecuador, s/a, p. 135.

piedra angular es el desconocimiento del sufragio, pueda realizarlas.⁴⁴ Los móviles conservadores son entonces explícitos: acceder al poder por elecciones y consolidarse mediante una estratégica concesión a la oposición liberal, mediante la representación de minorías. A este respecto tampoco parece eventual la adopción de la lista incompleta, por medio de la cual se abrían posibilidades electorales al liberalismo pero no al naciente socialismo.

La Constitución de 1945 en el artículo 19 también garantiza la representación efectiva de las minorías; el artículo 112 de la Ley de Elecciones de 1945 establece el método del cociente electoral para todas las elecciones pluripersonales, sin embargo el artículo 115 mantiene la fórmula de la lista incompleta para la elección de consejeros parroquiales. Como vemos, en 1945 la representación de las minorías se consolida y perfecciona, más aún si se considera el fortalecimiento de los partidos políticos mediante su expreso reconocimiento constitucional (arts. 58 siguientes, Constitución política, 1945).

La Constitución de 1946 amplía la referencia a las minorías, en el artículo 21 establece que: “se garantiza la representación de las minorías en las elecciones directas, cuando se trate de elegir más de dos personas en el mismo acto. La Ley determinará la forma en que dicha representación se hará efectiva, y señalará, además, los casos en que se la haya de aplicar a las elecciones indirectas”.

La Ley de Elecciones dictada en 1947 en el artículo 105 concreta la disposición constitucional de 1946 en términos idénticos a los de la Ley de Elecciones de 1945.

La Constitución de 1967 dedica todo un capítulo a los derechos políticos; el artículo 71 garantiza la representación proporcional en las elecciones pluripersonales, mientras el artículo 74 determina que “solamente los partidos políticos reconocidos por el Tribunal Supremo Electoral podrán presentar listas para las elecciones pluripersonales”. De esta manera, se trata de evitar la proliferación de listas presentadas por movimientos políticos meramente electorales, fortaleciendo el régimen de partidos, para que sea este el que sirva de base a la representación proporcional de las diversas fuerzas políticas.

Por su parte, la Ley de Elecciones de 1968 en el artículo 70 y siguientes aplica también el método de cociente electoral para efectivizar la represen-

tación proporcional, pero introduce una serie de importantes precisiones respecto a las elecciones pluripersonales en que intervienen solo dos candidatos, y regula los casos en que quedan puestos por adjudicar, una vez asignados los que corresponden en virtud del cociente distribuidor. En definitiva, fortalece y perfecciona la representación de las minorías.

1.3. La representación funcional

En el constitucionalismo ecuatoriano de este siglo la representación funcional ocupa un lugar importante, puesto que la establecieron las Constituciones de 1929, 1945, 1946 y 1967, es decir, cuatro de las siete constituciones que han regido en el país. Aunque basada en una concepción diversa a la representación política, objeto del presente estudio, su importancia en nuestra historia constitucional y el hecho de haber coexistido con la representación política, exige por lo menos una breve aproximación a su origen y desarrollo en el Ecuador.

1.3.1. La Constitución de 1929

La Constitución de 1929 y la Ley de Elecciones del mismo año introducen por primera vez en el Derecho constitucional ecuatoriano la representación funcional; según el artículo 33 de esta Carta política el Senado se compone, a más de los senadores provinciales, de quince senadores de representación funcional y un senador para la tutela y defensa de la raza india.

Se reimplanta la elección indirecta de los senadores por provincia, pues estos son designados por los consejos provinciales que la misma Constitución crea y que son de elección popular.

La elección de los quince senadores funcionales fue regulada en la Ley de Elecciones de 1929 (arts. 81 al 93). Hernán Salgado⁴⁵ ha sintetizado los diversos procedimientos de elección a dos tipos fundamentales: (1) la

45 Salgado, Hernán. "La Constitución de 1929 del Estado y el Reordenamiento Jurídico". *Revista Ruptura* (Quito), 1985: 53.

realizada mediante voto de los delegados de instituciones o entidades (elección indirecta), quienes se reúnen de la forma prevista por la ley y designan al correspondiente senador; así se elige un senador por las universidades, otro por el profesorado secundario y especial, dos por el profesorado primario y normal, uno por el periodismo y las academias y sociedades científicas, uno por la institución militar y, con ciertas variantes, dos senadores por los obreros; (2) la elección, bajo supervigilancia de los consejos provinciales, de senadores realizada por los miembros de las asociaciones de agricultores, comerciantes, industriales y campesinos. De esta forma se designan dos senadores por la agricultura, uno por el comercio, otro por los campesinos y otro por la industria.

¿Por qué se adopta en el Ecuador de esta época la representación funcional? A este respecto se señala: “la influencia del contexto internacional, del europeo particularmente donde, en el período intermedio entre las dos guerras mundiales, se desarrollan diversas doctrinas acerca de la representación funcional”.⁴⁶

En efecto, al revisar las actas parlamentarias de 1929 se constata cómo son varios los parlamentarios que citan reiteradamente a Duguit y a Posada, tratadistas que preconizaban la adopción del sistema funcional; se constata también el impacto de nuevas prácticas políticas en otros países, especialmente en España. En todo caso, la adopción, y sobre todo extensión, de la representación funcional en el Senado, fue objeto de un largo y en ocasiones intenso debate. Hubo legisladores que propusieron el sistema funcional para la totalidad del Senado, ante lo cual se produjeron enérgicas reacciones contrarias, pese a lo cual el nuevo sistema se impuso mediante la presencia de 15 senadores funcionales.

Se llega así a una nueva interrogante: ¿por qué cuajan en el Ecuador de esa época estas influencias exógenas favorables a la representación funcional? En las actas se constata un afán de innovación y modernización del sistema político, y más específicamente: un proyecto político de incorporación limitada de sectores sociales medios al sistema representativo. Tal proyecto corresponde al Partido Conservador, pero además a raíz de la crisis de 1925, constituye una necesidad objetiva del país y en tal sentido goza de un relativo consenso. Así, por ejemplo, sobre la representa-

46 *Ibid.*

ción funcional hacía notar el diputado por Guayas, doctor Rigoberto Ortiz: “el sistema de representación ya aceptado, es una aspiración nacional; todos los partidos políticos en sus programas lo aceptan para cambiar el régimen de representación actual que es falso”.⁴⁷

En efecto, aunque en grados sumamente variables, para 1929 se había iniciado la organización de varios de los sectores sociales y económicos a los cuales se otorgaba representación funcional: surgían los primeros sindicatos, los universitarios se habían creado una Federación Nacional en 1919, los profesores crecían en presencia y organización a partir del desarrollo de los institutos normales y la educación fiscal y laica, para los años veinte de este siglo los comerciantes ya habían fundado la Cámara de Comercio de Quito, mientras el ejército había sido a partir de 1925 el principal protagonista de la actividad política.

Este propósito de organización e incorporación de diversos sectores sociales al sistema político se expresa con claridad en la Ley de Elecciones de 1929, la cual dispone para efectos de la elección de los correspondientes senadores funcionales que “los agricultores de cada cantón [...] se organicen en Sociedad Agrícola que funcionará, con carácter permanente” (artículo 86, Ley de Elecciones 1929); en cuanto a los comerciantes, estos “[...] formarán la Asociación Provincial de Comerciantes, que se organizará con carácter permanente para la defensa de sus intereses” (artículo 87, Ley de Elecciones 1929); igualmente, la ley imponía la organización permanente a nivel provincial de los industriales (artículo 88, Ley de Elecciones 1929) y a nivel parroquial de los campesinos (artículo 90, Ley de Elecciones 1929). Por lo demás, se otorga igual derecho de elegir su senador a los delegados de los gremios de obreros (artículo 89, Ley de Elecciones 1929) y de los oficiales de las unidades militares (artículo 91, Ley de Elecciones 1929).

No se trata entonces de un mero experimento, sino que detrás de esta innovación subyace la voluntad política de que distintos sectores de la sociedad civil se organicen y participen en la vida política; inquietud explicable luego de la crisis a que había conducido al país la década de

47 Asamblea Nacional de 1928-1929. *Diario de debates*. Intervención del diputado Rigoberto Ruiz, sesión del 22 de diciembre de 1928.

régimen autocrático de la plutocracia liberal.

1.3.2. La Constitución de 1945

En esta Constitución no solo que se mantienen los representantes funcionales, sino que además se aumenta su número a 25 (art. 23, numeral 2, Constitución política, 1945). En el caso de los industriales, comerciantes, campesinos y trabajadores se duplica el número de representantes que se les había asignado en 1929; se agregan además dos senadores por la educación particular.

A diferencia de lo establecido en 1929, la Ley de Elecciones del 45 establece la elección indirecta de la mayoría de los representantes funcionales, pues encarga a delegados de las asociaciones de comerciantes, agricultores, industriales y campesinos la elección de sus respectivos diputados funcionales, los cuales según la Ley de 1929 eran designados directamente por los miembros de estas asociaciones.

Otra modificación es la capacidad que se otorga a las comunas de indios y a las asociaciones indígenas para mediante sus delegados elegir su representante funcional (art. 161, Ley de Elecciones, 1945). En 1929 el senador por los indígenas era designado por el Consejo de Estado (art. 92, Ley de Elecciones, 1929). Igualmente se otorga también a las clases de las unidades militares, y no solo a los oficiales como en 1929, la facultad de participar en la elección de su representante.

Por otra parte, a diferencia de lo establecido en 1929, la elección de diputados funcionales se establecía ahora en el marco de un Congreso unicameral y del voto obligatorio; para efecto de esto último la ley establece sanciones a quienes no cumplieran con el deber de sufragio.

1.3.3. La Constitución de 1946

Disminuye, en el marco de un Congreso bicameral, el número de representantes funcionales a 12 senadores (art. 42, Constitución política, 1946). Con respecto a la Constitución de 1945, disminuye ostensiblemente los representantes de la educación pública y los trabajadores y suprime al representante de las organizaciones de indios.

La elección de los senadores funcionales según la Ley de Elecciones de

1947 es indirecta (arts. 129 ss., Ley de Elecciones, 1947).

1.3.4. La Constitución de 1967

Establece 15 senadores funcionales, dando preeminencia a los trabajadores (4 representantes) e incluyendo un nuevo senador por la Policía Civil Nacional (art. 119, Constitución política, 1967). La elección indirecta de estos senadores se halla detalladamente regulada para cada caso en la Ley de Elecciones de 1968.

2. *La Gloriosa* y la libertad electoral, 1944-1972

En 1940, luego de una etapa de aguda inestabilidad política, Arroyo del Río accede al poder mediante el fraude electoral. Este origen ilegítimo del gobierno arroyista intensifica la oposición al régimen, el cual respondió con medidas represivas; posteriormente, la pérdida de la mitad del territorio nacional a consecuencia del Protocolo de Río convirtió en insostenible la situación del gobierno; en 1944 la proclamación de un nuevo candidato oficial, Miguel Angel Albornoz, y la consiguiente preparación de un nuevo fraude, así como la prohibición de ingreso al país del candidato de oposición (Velasco Ibarra), generaron finalmente una intensa crisis política que desembocó en los acontecimientos del 28 de mayo de 1944.

El movimiento político de 1944, conocido históricamente como *La Gloriosa*, fue una movilización nacional contra el gobierno arroyista; a ella confluieron todos los partidos políticos (conservador, socialista, comunista, Vanguardia Revolucionaria Socialista, Frente Democrático, e incluso un sector disidente del liberalismo), los cuales constituyeron un frente político nacional denominado Alianza Democrática Ecuatoriana, ADE. En la movilización de mayo participaron además estudiantes, trabajadores, militares, mujeres y pobladores marginales de las ciudades; una de las principales reivindicaciones que se plantearon fue la libertad electoral.

Al igual que en 1929, la reforma electoral de 1945 implicó un conjunto articulado de innovaciones dirigidas a garantizar y ampliar el sufragio. En 1944 surge un acuerdo de diversos partidos y tendencias políticas en torno a la necesidad histórica de eliminar el fraude, crear organismos electorales independientes, perfeccionar la representación de las minorías mediante el método del cociente electoral, mantener el voto facultativo de

la mujer alfabetada, reducir la edad para la ciudadanía de 21 a 18 años, incrementar el número de representantes funcionales e impulsar el desarrollo de los partidos políticos.

La Revolución de Mayo significó un transitorio consenso no solo en torno al derrocamiento de Arroyo y la designación de Velasco Ibarra, sino además respecto a la libertad de sufragio y los instrumentos jurídicos para alcanzarla. Se trata de un nuevo esfuerzo de reconstitución del sistema representativo luego de años de fraude.

Por lo demás, resulta comprensible que fuera del interés de diversas tendencias políticas el efectivo funcionamiento del sistema electoral, mecanismo fundamental para el desarrollo y acceso al poder de los propios partidos.

Las actas de la Constituyente nos revelan que en este afán de garantizar y ampliar el sufragio se llegó a proponer y discutir extensamente el voto obligatorio y la concesión del sufragio al clero, a los militares (propuesta de socialistas y comunistas), a los analfabetos (para la elección de consejos parroquiales), a los ciudadanos españoles y de países andinos que residan en el país. Este afán de lograr un consenso para estructurar un sistema de representación política y su vínculo con la Revolución de Mayo lo dejan en claro los propios protagonistas; el diputado Manuel Elicio Flor, destacado dirigente conservador, expresaba, a nombre de su Partido:

¿Cuál es el medio esencial, lo sustancial, para que la República pueda salir del caos en que estamos? El único medio es el respeto a la libertad electoral. La misma Revolución de Mayo se hizo para que se respete la libertad electoral. Si no se hubiera sentido la necesidad, los Partidos Políticos del país no se hubieran unificado, no nos hubiéramos sublevado en masa y por eso el primer postulado de la Revolución de Mayo, es la libertad de sufragio para que sea una de las conquistas y nunca desaparezca de la nación ecuatoriana.⁴⁸

Sobre el mismo tópico un diputado de signo político contrario expresaba a nombre de su sector:

El Partido Comunista [...] cree que es necesario suprimir los vicios que más

48 Diario de Debates de la Constituyente de 1944, sesión del 6 de septiembre de 1944, t. 2, p. 494.

han enturbiado el ejercicio del sufragio, poner algunos remedios provisionales, para que el sufragio universal sea lo más puro, democrático, y libre, y exprese de la mejor manera posible, la voluntad y los intereses de las mayorías del país [...] Es indudable que el movimiento del 28 de Mayo fue una revolución que trataba de reconstruir al país en todos sus aspectos, siendo también un movimiento por el sufragio libre.⁴⁹

Pero los conflictos políticos fueron ganando espacio sobre aquel frágil y transitorio consenso, el cual se fue diluyendo en el progresivo enfrentamiento entre la Constituyente y el Ejecutivo. El presidente Velasco Ibarra se opuso radicalmente a las atribuciones de control que la nueva Constitución otorgaba al Congreso y al nuevo Tribunal de Garantías Constitucionales sobre el Ejecutivo; también se mostró contrario al carácter unicameral del Congreso y a las facultades de la Contraloría General de la Nación.

Finalmente, en marzo de 1946 Velasco declaró la dictadura. En agosto del mismo año se reunió una nueva Asamblea Constituyente en cuyas elecciones no participaron los partidos de izquierda lo cual facilitó el predominio conservador en dicha Asamblea. Lo que nos interesa destacar es el desfase entre el discurso político y normativo, por un lado, y la práctica política, por otro.

La Revolución de Mayo se había hecho, entre otros objetivos, para luchar por la libertad de sufragio, pero a los dos años, al disolver la Asamblea, Velasco desconoce los resultados del sufragio; se convoca a unas elecciones en las que la izquierda se automargina bajo el impacto de la dictadura. Luego, paradójicamente, la Constituyente conservadora de 1946 expresa continuidad en el esfuerzo por mejorar el sistema electoral, pues la Constitución de 1946 mantiene y desarrolla los nuevos organismos electorales que habían sido creados por la Constituyente izquierdista de 1945.

Pese a los conflictos políticos, la libertad electoral sigue siendo percibida como una necesidad nacional, incluso en 1947, luego de que el orden constitucional ya había sido roto. Alfredo Vera, de tendencia izquierdista, en una obra clásica de la literatura política ecuatoriana, escri-

49 *Ibid.*, p. 460.

bía interpretando la Revolución de Mayo:

El Ecuador volvió a la libertad política reconquistada en un grandioso movimiento patriótico de unidad nacional, con la sangre heroica de sus hijos. Afianzar esa libertad electoral, completando el estatuto constitucional con un sistema electoral que permita que todos los ecuatorianos y sus partidos políticos, en noble, civilizada y democrática lid, puedan aspirar a la intervención en los organismos del Estado y a participar en la solución de las angustiosas dificultades que nos ahogan, después de tantos años de opresión y de falsía, es una de las tareas ineludibles de la hora presente.⁵⁰

La Constituyente de 1946, de mayoría conservadora, establece el voto masculino obligatorio. Aunque tras esta reforma se descubren, como veremos, evidentes intereses partidarios, esta medida ampliará el electorado, lo cual tendrá importantes efectos políticos; dicha ampliación se consolida en 1968 con el voto femenino obligatorio.

Todas estas innovaciones normativas contribuyeron a la estabilidad constitucional del período 1948-1960, la cual a su vez creó el contexto en que esta legislación alcanzó mayor eficacia. Los cambios en el derecho electoral junto a complejos procesos demográficos, económicos y políticos generaron la expansión de la población votante entre 1948 y 1968:

El porcentaje de votantes que participaron en las elecciones se triplicó en 1948 (9,66 %) en comparación con 1933 (3,1 %). Entre 1948 y 1960 el porcentaje de los votantes nuevamente se duplicó. Después descendió algo en 1968, aparentemente debido a que se introdujo leyes más estrictas en el registro de votantes, para prevenir duplicaciones del voto, particularmente en las provincias de la Costa donde era común este tipo de prácticas.⁵¹

Varias investigaciones en las ciencias sociales,⁵² sobre todo relativas al velasquismo, han analizado las diversas variables que produjeron esta

50 Vera, Alfredo. *Anbelo y pasión de la democracia ecuatoriana*. Quito, Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1948.

51 Maiguashca, Juan y Liisa North. "Orígenes y significado del velasquismo: lucha de clases y participación política en el Ecuador, 1920-1972". *La cuestión regional y el poder*. Ed. Rafael Quintero. Quito, Corporación Editora Nacional, 1991, p. 132.

52 Me refiero a los trabajos ya citados de Rafael Quintero, Juan Maiguashca, Liisa North, y a la obra *El proceso de dominación política en el Ecuador*, de Agustín Cueva.

expansión electoral. Sin embargo, los cambios normativos no han sido suficientemente valorados, especialmente la constitución de organismos electorales independientes, la representación proporcional y en particular el voto obligatorio.

En cuanto a la composición del electorado, este continuó integrado fundamentalmente por sectores medios los cuales “constituían la gran mayoría del electorado en 1952 y aproximadamente la mitad en los años 1960”.⁵³ Es decir que hay una progresiva pero lenta incorporación de parte de los sectores populares, fundamentalmente campesinos, indígenas y obreros. Nuevamente, junto a otros factores, hallamos uno de carácter jurídico que fue decisivo en la limitación de la extensión del sufragio en este período: el requisito de saber leer y escribir. A continuación ampliaremos los cambios normativos de este período.

2.1. La creación de organismos electorales independientes

Como ya indicábamos, una de las principales reivindicaciones de *La Gloriosa* fue la libertad electoral, lo cual explica que este movimiento político sea el antecedente histórico inmediato de la creación, por primera vez en el Ecuador, de tribunales electorales totalmente independientes, orientados a asegurar la pureza del sufragio.

En el siglo XIX ya se había realizado uno que otro esfuerzo legislativo por asegurar una mayor independencia de las juntas electorales, como por ejemplo en la Ley de 1851 que establecía la designación de sus integrantes por sorteo; en otras leyes aumentó la presencia en tales organismos de los municipios y poderes locales y se disminuyó la injerencia del gobierno central. En igual sentido, la Ley de Elecciones de 1929 otorgaba una importante participación en las juntas electorales a los entonces recién creados consejos provinciales. También en los años treinta hubo esfuerzos de creación de organismos electorales más autónomos:⁵⁴ el Decreto

53 “Orígenes y significado del velasquismo: lucha de clases y participación política en el Ecuador, 1920-1972”. *La cuestión regional y el poder*. Ed. Rafael Quintero. Quito, Corporación Editora Nacional, 1991, p. 143.

54 Tobar Donoso, Julio. “El Sufragio en el Ecuador”. *Revista Ruptura* (Quito) 1, Asociación Escuela de Derecho (1949): 16.

Supremo de Elecciones expedido el 4 de mayo de 1937 crea un Consejo Electoral Nacional, compuesto por el Ministro Fiscal de la Corte Suprema, que lo presidía, y cuatro vocales, designados por el Ministro de Gobierno y los Concejos de Quito, Guayaquil y Cuenca, respectivamente; este organismo se mantuvo con otra composición en el Decreto Supremo del 25 de abril de 1938; posteriormente tales funciones fueron atribuidas al Consejo de Estado.

En todo caso, una de las principales deficiencias en la normatividad electoral anterior a 1945 había sido mantener la intervención de funcionarios del Ejecutivo, generalmente tenientes y jefes políticos, en la integración de las juntas electorales parroquiales y provinciales. En cuanto a los representantes de los municipios, frecuentemente el gobierno de turno controlaba las elecciones de estos gobiernos seccionales, para así ejercer dominio sobre las juntas electorales en que estos participaban mediante delegados.

Es en 1945 cuando se elimina la presencia directa del Ejecutivo en los organismos electorales, a efectos de garantizar la pureza del sufragio. Además, por primera vez se crea un organismo independiente con jurisdicción nacional (el Tribunal Superior Electoral) para dirigir en todo el país el proceso electoral.

La Constitución de 1945 en el artículo 21 introduce una innovación fundamental en materia electoral: la creación de un *Tribunal Superior Electoral* y de sus organismos auxiliares a nivel provincial, cantonal y parroquial; el objetivo principal del nuevo organismo era “dirigir el proceso electoral y garantizar su pureza”.

Este Tribunal se integraba con un Ministro de la Corte Suprema, un miembro del Tribunal de Garantías designado por este, dos ciudadanos elegidos por el Congreso y tres representantes de las tendencias políticas de derecha, centro e izquierda, uno por cada tendencia.

El artículo 22 de esta Constitución establecía entre las atribuciones y deberes del nuevo tribunal: la reglamentación, vigilancia y organización de los actos electorales; el conocimiento de quejas por incorrecciones y fraudes y la facultad de ordenar los respectivos enjuiciamientos; la realización de escrutinios y la capacidad para dictar órdenes a la Fuerza Pública para garantizar la libertad y pureza de sufragio.

La Ley de Elecciones de 1945 dedica todo su título II a los organismos

electorales; a más del Tribunal Superior Electoral establece tribunales electorales a nivel provincial, cantonal e incluso parroquial, aparte de juntas parroquiales de inscripción y juntas para recibir los votos por cada trescientos inscritos en el Registro Electoral Parroquial. El artículo 10 de la ley establece expresamente como condición para integrar los tribunales “no ser empleado de libre nombramiento y remoción del Ejecutivo”. Estos tribunales y juntas son organizados por el Tribunal Superior Electoral y en su integración se incluye a un miembro del Consejo Provincial (en el caso del Tribunal Electoral Provincial) y del Concejo Municipal (en el caso del Tribunal Electoral Cantonal).

Estos organismos asumen el control de todo el proceso electoral, incluso el juzgamiento de infracciones electorales (art. 8, literal c, Ley de Elecciones, 1945) “sin perjuicio de la competencia de los jueces comunes cuando conozcan atentados contra el derecho de sufragio” (art. 6, Ley de Elecciones, 1945).

2.2. Las constituciones posteriores

La Constitución de 1946 dedica toda la sección II del título IV a los tribunales electorales. El artículo 23 crea el Tribunal Supremo Electoral, con una composición distinta a la del establecido en 1945; dicho Tribunal se integra con tres vocales designados por el Congreso, dos por el Presidente de la República, dos por la Corte Suprema; es decir se suprimen los representantes de las tendencias políticas y del Tribunal de Garantías (que esta Constitución elimina). Por su parte la Ley de Elecciones de 1947 suprime los tribunales electorales cantonales y parroquiales creados en 1945, también precisa y fortalece las facultades jurisdiccionales de los tribunales electorales al disponer que solo ellos “conocerán de los reclamos que se interpongan respecto a cuestiones que les están atribuidas por la Constitución y esta Ley” (art. 8, Ley de Elecciones, 1947). Refiriéndose al significativo hecho de que esta Constitución mantenga y desarrolle una institución generada anteriormente en una Asamblea de signo político contrario, ha escrito Alfredo Pareja Diezcanseco, desde su perspectiva liberal:

[...] ha de reconocerse que esta Carta política afirma la vida democrática al crear de manera autónoma el Tribunal Supremo Electoral. La Asamblea Constituyente de 1946, que fue de mayoría conservadora, siguió en esto el ejemplo de la Asamblea izquierdista de 1945, cuya Constitución es la primera en instituir el Tribunal Electoral, aunque todavía sin la plena autonomía de poder y funciones que claramente se expresa en 1946.⁵⁵

La Constitución de 1967 dedica todo el título VI al *sufragio y sus órganos*; entre los cuales a más de los establecidos en 1946 (Tribunal Supremo y tribunales provinciales, juntas electorales) incluye a la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación, para el otorgamiento de cédulas y elaboración de los registros correspondientes (art. 107, Constitución Política, 1967). Esta Constitución mantiene la misma forma de integración del Tribunal Supremo Electoral, establecida en la Carta de 1946. En la Ley de Elecciones se dice que se procurará que en los organismos electorales estén representadas todas las tendencias políticas (art. 134, inciso 4, Ley de Elecciones, 1968). En la propia Constitución se regula la integración de los tribunales provinciales y las juntas parroquiales; si bien desde el punto de vista de la técnica legislativa esto parece equivocado, en cuanto son asuntos que corresponde regular a la Ley de Elecciones, constituye también una muestra de la importancia creciente que se llegó a dar a los organismos electorales para garantizar la libertad del sufragio.

Como ya indicamos, luego de los cambios al sistema representativo introducidos en las constituciones y leyes de elecciones de 1945 y 1946 “el porcentaje de votantes que participaron en las elecciones se triplicó en 1948 (9,66 %) en comparación con 1933 (3,1 %). Entre 1948 y 1960 el porcentaje de los votantes nuevamente se duplicó”.⁵⁶ Además, entre 1948 y 1960, se experimentaron tanto estabilidad política como continuidad en el régimen constitucional.

Sería del todo reduccionista atribuir este crecimiento del electorado

55 Pareja Diezcansesco, Alfredo. *Ecuador: la República de 1830 a nuestros días*. Quito, Editorial Universitaria, 1979, p. 405. De hecho la creación de juntas electorales independientes había sido uno de los puntos principales del Programa de la Asamblea Conservadora de 1925.

56 Maiguashca, Juan y Liisa North. “Orígenes y significado del Velasquismo: lucha de clases y participación política en el Ecuador, 1920-1972”. *La cuestión regional y el poder*. Ed. Rafael Quintero. Quito, Corporación Editora Nacional, 1991, p. 132.

solo a cambios jurídicos, pero estos sin duda contribuyeron, especialmente la creación de tribunales electorales que daban mayor seriedad al proceso electoral, la representación proporcional de las minorías y especialmente el voto obligatorio. A su vez, la estabilidad política, originada fundamentalmente en el auge bananero, creó condiciones favorables al desarrollo de las elecciones y a la acción de los organismos electorales.

2.3. El voto obligatorio

El voto masculino obligatorio fue adoptado por primera vez en la Constitución de 1946, cuyo artículo 22, inciso segundo, lo establece como un deber jurídico para el varón, en tanto lo mantiene como facultativo para la mujer, diferenciación que se estudió en el apartado sobre el voto femenino.

En igual sentido, la Ley de Elecciones de 1947 luego de declarar, en su primer artículo, que el sufragio es un derecho político y un deber cívico establece en el artículo 202 severas sanciones a quienes estando obligados a inscribirse y votar, no lo hicieren sin causa justa. Estas sanciones consistían en destitución, en el caso de los empleados públicos, o multa e inhabilidad para el desempeño de funciones públicas; las sanciones de destitución e inhabilidad eran acumulativas; la ley remite a las normas reglamentarias la forma y trámite de las sanciones y menciona además las causas en que se justifica el no haber votado.

Por tanto, mientras las leyes de elecciones de 1929 y 1945 se limitan a declarar al sufragio como deber cívico, la ley de 1947 lo convierte en un deber jurídico para los hombres, cuyo incumplimiento es severamente sancionado. En efecto, en todas las constituciones y leyes electorales anteriores el voto fue facultativo, en tanto se lo concebía más como un derecho que como un deber.⁵⁷

¿Por qué se introduce el voto masculino obligatorio en 1946? ¿Cuáles fueron los efectos de este cambio normativo? Al revisar las actas parlamentarias de constituyentes anteriores se descubre que la obligatoriedad

57 Con la excepción de las Leyes de Elecciones de 1830 y 1835, como lo expusimos al estudiar el período 1812-1861.

del voto fue propuesta y discutida en algunas ocasiones. Así, por ejemplo, en la Constituyente de 1944 el artículo 36 del proyecto de la Comisión de Constitución establecía que “el voto es obligatorio para todos los ciudadanos en capacidad de sufragar”, es decir no solo para el hombre, como sería aprobado en 1946, sino también para la mujer.

Los argumentos en contra del voto obligatorio afirmaban que tal obligatoriedad atentaba contra la libertad del ciudadano, se decía también que especialmente en la población campesina no existían las adecuadas condiciones educativas y culturales para concretar tal exigencia, y por tanto, para sancionar su incumplimiento; que el voto constituía más un deber cívico que jurídico y que por tanto lo que debía hacerse era educar y concienciar a la ciudadanía. Recordemos además que para la época era frecuente que un partido de oposición ordenase no votar a sus afiliados o adeptos ante la realización de un fraude electoral inminente; situación que, se afirmaba, hacía inconveniente el voto obligatorio.

Por otro lado, quienes defendían el voto obligatorio aseveraban que el sufragio constituye la base de las instituciones democráticas, una obligación moral y política que el ciudadano tiene de aportar al bien común; en tanto la posibilidad de abstención había generado en el país una *huelga cívica*, apatía e indiferencia colectiva que el voto obligatorio podía contrarrestar; los ciudadanos, se afirmaba, no solo tienen derechos, sino que estos suponen deberes. En cuanto a las dificultades del voto de los campesinos estos se irían superando en la práctica y mediante regulaciones legales y reglamentarias adecuadas. Se planteaba también que era el abstencionismo el que históricamente había facilitado el fraude electoral, dando paso a gobiernos impopulares y, de hecho, dictatoriales.

Tras estos argumentos, sin embargo, se movían definidos intereses político-partidarios. Es fundamentalmente el Partido Conservador el que propugna el voto obligatorio, incluso en su Programa de 1925, y llega a establecerlo (para los hombres) en 1946 en que tuvo mayoría parlamentaria. En tanto, la izquierda se opone.

Esta posición política resulta explicable. Recordemos que en 1944 los sectores de izquierda tuvieron un significativo avance electoral, mientras la votación conservadora había declinado; el voto obligatorio podía darle un giro a tal situación. En efecto, incluso hasta 1950 el 71,5 por ciento de los ecuatorianos habitaban en el sector rural; a su vez, del total nacio-

nal de la población, el 58 por ciento se concentraba en la sierra, región en la cual el 59,9 por ciento vivía en el campo; por tanto, la mayoría de la población se localizaba justamente en la zona de mayor influencia ideológica del Partido Conservador. Era lógico calcular que el voto obligatorio podría beneficiar a los conservadores; incluso considerando que había una gran mayoría de analfabetos, existían también semianalfabetos y analfabetos a quienes se había enseñado a dibujar sus nombres y se podía obligarlos a votar en determinado sentido. Por el contrario, liberales, socialistas y comunistas recelaban de este potencial crecimiento electoral conservador, lo cual les llevó a oponerse a la obligatoriedad del voto.

Efectivamente en 1948, dos años luego de establecido el voto obligatorio, los conservadores estuvieron a punto de acceder al poder, pues su candidato presidencial Manuel Elicio Flor perdió ante Galo Plaza apenas por 3 000 votos. Sin embargo, durante el período obtuvieron votaciones más altas que ningún otro partido, tanto en las elecciones parlamentarias como en las municipales y provinciales.⁵⁸

No obstante, la realidad demográfica y política que llevó a los conservadores a establecer y beneficiarse del voto obligatorio no permaneció estática; en los siguientes años las migraciones campo-ciudad, el crecimiento poblacional de la costa sobre la sierra, el populismo, las propias divisiones del Partido Conservador y la transformación de la clase terrateniente en burguesía agraria, entre otros factores, determinaron su progresiva declinación electoral.⁵⁹

En una perspectiva más amplia, el sentido y las implicaciones del voto obligatorio fueron mucho más allá del simple cálculo de potenciales votos a favor de uno u otro partido. La obligatoriedad del voto contribuyó a aumentar los niveles de participación política ciudadana y legitimidad del Estado. En efecto, entre 1948 y 1960 el porcentaje de votantes se duplicó y se afianzó la estabilidad política y la vigencia del régimen constitucional.

Los análisis históricos muestran que tal estabilidad se basó fundamentalmente en el auge bananero de esos años y en la nueva alianza entre bur-

58 Ayala Mora, Enrique. *Los partidos políticos en Ecuador: síntesis histórica*. Quito, Ediciones La Tierra, 1989.

59 *Ibid.* (En 1951 se fracciona el conservadurismo y se funda el Movimiento Social Cristiano. En 1956 surge otro grupo de derecha: ARNE.)

guesía, terratenientes y otros sectores, así como en complejos cambios demográficos y sociales. Sin embargo, no se ha incluido y valorado suficientemente entre todos estos factores al voto obligatorio y otras innovaciones de la normatividad electoral, especialmente la representación de las minorías y la creación de organismos electorales independientes.

En efecto, la misma investigación histórica ha demostrado estadísticamente que en la primera mitad de este siglo se produjo un alto abstencionismo y que luego de las reformas electorales, especialmente del voto obligatorio, tal abstencionismo disminuyó significativamente. Según Rafael Quintero⁶⁰ en 1933 un 74 por ciento de inscritos no votaron, en 1948 tal porcentaje se redujo al 37 por ciento; de allí que este autor determine, por ejemplo, para 1940 un coeficiente de participación electoral de 3,3 por ciento que en 1948 subió al 9,5 por ciento. Aunque estos índices bajaron y subieron en años posteriores, no volverían nunca a registrar índices de abstencionismo tan bajos como los de los años treinta.

La estabilidad política vigente entre 1948 y 1960 se perdió durante los años sesenta e inicios de los setenta. La debacle económica y la polarización de las fuerzas políticas generaron la ruptura del régimen de derecho; los conflictos y alianzas entre burguesía mercantil e industrial, terratenientes, sectores medios, militares y sectores populares generaron una dinámica política que desbordó al sistema representativo, el cual solo en 1968 con la realización de nuevas elecciones presidenciales se reactivó temporalmente.

Las causas de esta crisis económica y política fueron fundamentalmente económicas: caída de las exportaciones de banano y café, por consiguiente déficit de la balanza de pagos, inflación y devaluación. La crisis económica generó movilizaciones y protestas, clima en medio del cual en 1960 Velasco es elegido por tercera ocasión; en noviembre de 1961 al agudizarse la crisis es derrocado y asume el poder el vicepresidente

60 Quintero, Rafael. "Restricciones del régimen electoral a la participación de los sectores populares: el caso del Ecuador (1930-1978)". *Revista del IDIS* (Cuenca) 5, Universidad de Cuenca (1978): 107 y 109. En realidad, como ya lo expusimos, el voto femenino obligatorio había sido propuesto ya en 1946 especialmente por sectores de tendencia socialcristiana y discutida en el seno de la Asamblea de ese año, sin embargo en esa ocasión los representantes conservadores de mentalidad más tradicional se habían negado a aprobarla; 20 años después la progresiva incorporación social de la mujer, el avance de sus organizaciones, y los cambios culturales y políticos crearon condiciones favorables para que se establezca el voto femenino obligatorio.

Arosemena, el cual a su vez es depuesto en julio de 1963 por una Junta Militar presidida por Ramón Castro Jijón; esta dictadura llega a su fin el 29 de marzo de 1966 en que un cónclave de notables elige Presidente Interino a Clemente Yerovi, quien convoca a la Asamblea Constituyente de 1967 en la que se expide una nueva Carta política.

La Constitución de 1967 en el artículo 70, inciso segundo, establece el voto obligatorio de la mujer; igualmente la Ley de Elecciones de 1968 establece en el artículo uno que “el sufragio es derecho, deber y función de los ciudadanos ecuatorianos...”, y en el artículo dos caracteriza al voto como “acto personal y obligatorio para los ciudadanos, hombres y mujeres”.

3. Bibliografía

Albán, Ernesto. “Evolución del sistema Electoral Ecuatoriano”. *Elecciones, ideologías y problemas políticos*. Quito, Corporación Editora Nacional, 1994.

Asamblea Nacional Constituyente 1946-1947. *Diario de debates*.

Asamblea Nacional Constituyente de 1944. *Diario de debates*.

Asamblea Nacional de 1928-1929. *Diario de debates*.

Ayala Mora, Enrique. *Los partidos políticos en Ecuador: síntesis histórica*. Quito, Ediciones La Tierra, 1989.

_____. *Lucha política y origen de los partidos en Ecuador*. Quito, Corporación Editora Nacional, 1988.

Convención Nacional de 1861. *Diario de debates*.

Convención Nacional de 1883. *Diario de debates*.

Convención Nacional de 1896-1897. *Diario de debates*.

Decreto Supremo n.º 68, de 19 de diciembre de 1895.

El Comercio (Quito), 11 junio 1924.

_____. “Mensaje del Presidente Ayora a la Constituyente de 1929”, 10 octubre 1929.

El Telégrafo (Guayaquil), 2 julio 1924.

Jijón y Caamaño, Jacinto. *Política conservadora*. Quito, Corporación Editora Nacional / Banco Central del Ecuador, 1979.

Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de la Ciencia del Derecho constitucional argentino y comparado*, tomos I y VII. Buenos Aires,

- Editorial Alfa, 1953.
- Maiguashca, Juan y Liisa North. "Orígenes y significado del Velasquismo: lucha de clases y participación política en el Ecuador, 1920-1972". *La cuestión regional y el poder*. Ed. Rafael Quintero. Quito, Corporación Editora Nacional, 1991.
- Maiguashca, Juan. "La cuestión regional en la historia ecuatoriana (1830-1972)". *Ensayos generales I: espacio, población, región*. Ed. Enrique Ayala Mora. Quito, Corporación Editora Nacional, 1990.
- Mosquera, Alejandro. "Del Derecho de Sufragio". *Revista de la Sociedad Jurídico Literaria* (Quito) 2, Imprenta de la Universidad Central (1903).
- Ots y Capdequí, José María. *El Estado Español en las Indias*. México, Fondo de Cultura Económica, 1986.
- Pareja Diezcanezo, Alfredo. *Ecuador: la República de 1830 a nuestros días*. Quito, Editorial Universitaria, 1979.
- Quintero, Rafael. "Restricciones del régimen electoral a la participación de los sectores populares: el caso del Ecuador (1930-1978)". *Revista del IDIS* (Cuenca) 5, Universidad de Cuenca (1978).
- Quintero, Rafael. *El mito del populismo en el Ecuador*. Quito, Flasco, 1980.
- Romo Leroux, Ketty. *Situación jurídica y social de la mujer en el Ecuador*. Guayaquil, Departamento de Publicaciones de la Universidad de Guayaquil, 1975.
- Salgado, Hernán. "La Constitución de 1929 del Estado y el Reordenamiento Jurídico". *Revista Ruptura* (Quito) 29, Asociación Escuela de Derecho de la PUCE (1985).
- Tigar, Michael E. y Madelaine R. Levy. *El Derecho y el ascenso del capitalismo*. México, Siglo Veintiuno Editores, 1978.
- Tobar Donoso, Julio. "El Sufragio en el Ecuador". *Revista Ruptura* (Quito) 1, Asociación Escuela de Derecho (1949).
- Vera, Alfredo. *Anhelo y pasión de la democracia ecuatoriana*. Quito, Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1948.
- Warat, Luis Alberto y Antonio Anselmo Martino. *Lenguaje y definición jurídica*. Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1973.

Capítulo 3

Justicia constitucional

Evolución histórica del control constitucional en Ecuador¹

En Ecuador el control constitucional de la ley y de otras normas jurídicas ha pasado por tres etapas históricas:² 1) soberanía parlamentaria (1830-1945); 2) surgimiento y desarrollo del Tribunal Constitucional (1945-1996); 3) desafíos de institucionalización (1996 hasta el presente). Mientras que en los dos primeros períodos prevalece el control político de constitucionalidad, en el tercer período hay primeros brotes de control jurídico.

El *control jurídico* lo ejercen obligatoriamente los jueces basados en normas que dan carácter jurídico tanto a valores fundamentales como a sanciones y procedimientos específicos; jueces que están obligados en sus fallos a argumentar y fundamentar jurídicamente su sentencia. Por tanto se requiere de estos jueces la mayor independencia posible.

El *control político*, en cambio, lo realizan voluntariamente órganos políticos, como el Congreso, basados en criterios principalmente de oportunidad, conveniencia y necesidad de los actos y políticas de gobierno; el ejemplo clásico es el juicio político por parte del Congreso contra el Presidente de la República u otros altos funcionarios. A diferencia del control jurídico quienes ejercen control político tienen definidas posiciones político-parti-

- 1 El presente ensayo fue desarrollado con apoyo del Fondo de Investigaciones de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Agradezco muy especialmente a Johanna Romero que con eficiente prolijidad y agudas observaciones colaboró en la revisión del contenido y forma de este texto.
- 2 Los períodos presentados aquí se basan parcialmente en los sugeridos por Salgado, Hernán. *Manual de Justicia Constitucional*. Quito, Corporación Editora Nacional, 2004, p. 31.

darias que pueden influir de forma directa y legítima en sus decisiones.

Como veremos, el problema central del control constitucional en Ecuador es que ambos tipos de control —el jurídico y el político— no se han diferenciado suficientemente ni en términos institucionales ni tampoco en la cultura política del país. El control jurídico, pese a importantes reformas, ha funcionado muchas veces bajo la lógica del control político.

Aunque hay diferencias fundamentales entre ambos tipos de control,³ esta diferenciación no puede derivar en una separación total entre política y derecho. Ni el control jurídico se halla absolutamente aislado de la política en sentido amplio,⁴ ni el control político puede sustraerse totalmente del derecho.

Por una parte, el *control jurídico* tiene una dimensión política específica, en cuanto el juez constitucional juzga sobre temas políticos basado en normas jurídicas, y al tomar una decisión esta tiene efectos políticos. Además, en su labor específica como jurista, el juez constitucional desarrolla una compleja labor de interpretación en la cual pueden jugar un importante rol sus valores y preferencias, puesto que interpretar no es encontrar un único sentido preexistente en las normas jurídicas, sino participar activamente en la construcción de tales sentidos.⁵

Por otro lado, el *control político* está también regulado por el derecho, así por ejemplo, el juicio político implica competencias y procedimientos formalmente establecidos desde el punto de vista jurídico aunque no todos los criterios, ni las sanciones, ni los resultados están siempre y necesariamente regulados jurídicamente.

En definitiva, la separación entre control jurídico y control político, así como la separación entre derecho y política, es relativa pero existente.

3 Aragón, Manuel. *Constitución y control del poder*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, pp. 70-71. Véase también Salgado, Hernán. *Teoría y práctica del control político. Temas de Derecho Constitucional*. AA.VV. Quito, Universidad San Francisco de Quito, 2003.

4 Con excesiva frecuencia se reduce la política a la actividad de los partidos políticos y de la clase política, olvidando que esta es una de varias formas de política, la cual es mucho más amplia, pues incluye diversas actividades relativas a relaciones de poder en múltiples ámbitos.

5 La bibliografía sobre interpretación constitucional es muy amplia, pero un libro muy sugerente y polémico dado su cuestionamiento al paradigma positivista es el de Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid, Editorial Trotta, 2005. Los capítulos 6 y 7 enfatizan el tema de la interpretación jurídica. Para una visión global puede consultarse Pérez Royo, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid, Marcial Pons, 2000, pp. 131-151.

Ambos tipos de control se diferencian o deben diferenciarse, debiendo además desarrollar sus propias lógicas y ámbitos pero no por ello ser ajenos a la compleja interacción entre política y derecho.

A efectos de examinar en términos más sistemáticos la evolución histórica del control constitucional en Ecuador, es útil desagregar el control constitucional jurídico en las diversas modalidades en que el mismo puede operar. De esta manera, examinamos de forma diferenciada la evolución de cada tipo de control en cada una de las etapas históricas mencionadas anteriormente.

El control jurídico de constitucionalidad puede desarrollarse en diversas modalidades,⁶ de allí que la teoría constitucional haya desarrollado la siguiente tipología, progresivamente adoptada en las ciencias políticas:

- a) *Control a priori*: opera antes de la promulgación formal de una norma jurídica. A manera de ejemplo podemos mencionar el control que se ejerce sobre tratados internacionales, antes de que estos sean aprobados por un Estado. De esta forma se evita que los mismos sean contrarios a la Constitución de ese Estado. Otro ejemplo de control a priori es aquel por el cual el Presidente de la República objeta un proyecto de ley de la Asamblea Nacional por considerarlo inconstitucional, debiendo entonces corresponder la decisión sobre la procedencia de tal objeción a la Corte Constitucional.
- b) *Control a posteriori*: se desarrolla luego de la promulgación de una norma jurídica, es decir cuando esta ya está formalmente en vigencia. Este tipo de control, a su vez, puede ser concreto o abstracto.
- c) *Control concreto*: se lo ejerce al aplicar una norma jurídica a un caso específico, como por ejemplo cuando un juez al resolver un proceso ordinario inaplica una ley por considerarla inconstitucional, o cuando la suspende y remite la cuestión de su inconstitucionalidad en consulta al Tribunal o Corte Constitucional.

6 Para una discusión más amplia de esta tipología desde el punto de vista político en América Latina, puede examinarse: Navia, Patricio y Julio Ríos Figueroa. "The Constitutional Adjudication of Latin America". *Comparative Political Studies*, 38, 2005, pp. 189 a 217. Para una perspectiva jurídica, Pedro Sagues, Néstor. "Justicia Constitucional y control de la ley en América Latina". *La Justicia Constitucional en la actualidad*. Coord. Luis López Guerra. Quito, Corporación Editora Nacional, 2002.

- d) *Control abstracto*: se produce cuando se juzga la constitucionalidad de la norma con independencia de cualquier aplicación de la misma a un caso concreto,⁷ como con frecuencia lo hacen los tribunales constitucionales al conocer una demanda de inconstitucionalidad.
- e) *Control concentrado*: cuando el órgano de control es uno solo, generalmente un Tribunal o Corte Constitucional o la Corte Suprema.
- f) *Control difuso*: cuando el control se halla disperso entre varios órganos. Este sistema es originario de los Estados Unidos donde los jueces en general ejercen control constitucional.

En Ecuador, como en la mayoría de países de América Latina, se ha producido una combinación de estos distintos tipos de control. Así, por ejemplo, la actual Constitución establece control a priori sobre ciertos tratados, y una combinación de control a posteriori tanto concreto como abstracto, respecto de la ley y otras normas jurídicas.

A continuación se desarrolla la caracterización de cada una de las etapas de la evolución del control constitucional en Ecuador, organizando la exposición según la situación de los tipos de control en cada etapa.

1. Soberanía parlamentaria (1830 -1945)

Esta etapa se caracteriza por la dispersión del control constitucional entre el Congreso, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia. En todo caso es el Congreso el que mantiene el rol de intérprete final de la Constitución. Aunque todos los textos constitucionales incluyen alguna declaración formal —más o menos explícita— de supremacía constitucional, los medios institucionales y procesales contenidos en ellos resultan insuficientes e inadecuados para efectivizar esta supremacía.

A pesar del reconocimiento explícito de la supremacía constitucional, durante este período prevaleció sin cuestionamientos el principio de soberanía parlamentaria. Conforme a este principio, correspondía al Congreso Nacional —como supuesto depositario de la soberanía popu-

7 El contraste abstracto entre normas constitucionales e infraconstitucionales no excluye la formulación por parte del juez constitucional de hipótesis o la consideración de situaciones fácticas que le permitan evaluar la eventual violación de derechos constitucionales. Véase Blasco Soto, María del Carmen. *La sentencia en la cuestión de constitucionalidad*. Barcelona, Bosch, 1995.

lar— interpretar de forma final y obligatoria la Constitución. En consecuencia, las constituciones del período establecieron que la inconstitucionalidad de las leyes y de otras normas, conocida por el Consejo de Estado o la Corte Suprema, solo podía ser decidida de forma definitiva, con efecto *erga omnes*, por el Congreso. Esta atribución del Congreso, por tanto, volvía meramente suspensiva las decisiones sobre inconstitucionalidad del Consejo de Estado y de la Corte Suprema.

Control a priori: las primeras funciones de control constitucional de la Corte Suprema ecuatoriana corresponden a esta modalidad. Las constituciones de 1869, 1878, y 1929 establecen el control a priori de la Corte Suprema sobre proyectos de ley. Específicamente, cuando el Presidente de la República objetaba por inconstitucional un proyecto de ley remitido por ambas cámaras legislativas, la Corte Suprema decidía sobre su constitucionalidad. Este es el tipo de control que, al menos en cuanto a sus efectos jurídicos, alcanza mayor desarrollo durante este período, incluso si consideramos el largo paréntesis en que este tipo de control fue eliminado, esto es entre 1878 y 1929.⁸

La Constitución de 1929 en el artículo 67 extendió estas facultades de control previo de la Corte Suprema a los proyectos de ley o de decreto objetados por inconstitucionales sea por el ejecutivo o por el Consejo de Estado, pero que el Congreso consideraba constitucionales. En este caso la decisión final sobre su constitucionalidad era de la Corte Suprema. Por otra parte, en la Constitución de 1929 el Consejo de Estado también era partícipe del control a priori, puesto que el Presidente debía obligatoriamente oír al Consejo antes de decidir sobre la sanción de la ley (art. 119, numeral 1). Si el Consejo consideraba el proyecto de ley como inconstitucional, el Presidente estaba obligado a objetarlo, luego de lo cual se iniciaba el mecanismo ante el Congreso y la Corte Suprema descrito anteriormente (art. 67). En definitiva, en 1929 existía un control a priori anterior y posterior a la objeción presidencial, radicado el primero en el Consejo de Estado y el segundo en la Corte Suprema.

Control a posteriori abstracto: durante todo el siglo XIX solo la Constitución de 1851 se refiere en términos generales a un mecanismo

8 Salgado, Hernán. *Manual de Justicia Constitucional*. Quito, Corporación Editora Nacional, 2004, p. 38.

específico de control constitucional a posteriori, distinto al control que ejercía el propio Congreso.⁹ Esta Constitución en el artículo 82 atribuye al Consejo de Estado la facultad de “1.- Velar sobre la observancia de la Constitución y de las leyes, dirigiendo al Ejecutivo, bajo su responsabilidad, en caso de omisión, las reclamaciones correspondientes hasta por segunda vez; y dar cuenta a la Asamblea Nacional en su próxima reunión”. Nótese que la expresión “dirigiendo al Ejecutivo, bajo su responsabilidad” revela que este control se concibió exclusivamente respecto al Ejecutivo, no respecto al Congreso, pues justamente este debía conocer y resolver tales reclamaciones si el Ejecutivo no las observaba.¹⁰ La disposición es, pues, consistente con el principio de soberanía parlamentaria en materia de interpretación constitucional que esa misma Constitución establecía en el artículo 136 y por el cual solo la Asamblea Nacional podía interpretar la Constitución o resolver cualquier duda sobre el alcance de sus disposiciones. Por otra parte, tal control opera exclusivamente respecto a leyes, no se hace mención de otro tipo de normas jurídicas.

Ninguna otra constitución en el siglo XIX contiene una disposición similar. Solo a vuelta de siglo, en 1906, la Constitución de ese año vuelve a incluir una disposición de este tipo sobre control a posteriori en el artículo 98, numeral 1. A diferencia de la Constitución de 1851, en 1906 se otorga al Consejo de Estado la atribución para excitar al cumplimiento de la Constitución no solo al Ejecutivo, sino también “a los tribunales de justicia y a las demás autoridades”. Adicionalmente, el Consejo debe “proteger las garantías constitucionales”.

Conviene recordar en este punto que el Consejo de Estado en el Ecuador del siglo XIX fue fundamentalmente un órgano consultivo y asesor del Presidente de la República.¹¹ Sin embargo, algunas constituciones de la primera mitad del siglo XX ampliaron sus funciones jurisdiccionales. Así, la Constitución liberal de 1906 fortaleció las atribuciones constitucionales del Consejo al encargarle la protección de derechos fundamen-

9 Ordóñez, Hugo. *El Tribunal Constitucional Ecuatoriano*. Quito, Pudeleco, 2006.

10 Hernán Salgado, *op. cit.*, pp. 34-35.

11 Luis Fernando Torres, por ejemplo, llega a esta conclusión a partir del examen de actas del Consejo de Estado durante las dos primeras décadas del siglo XX. Véase Torres, Luis Fernando. *Legitimidad de la justicia constitucional*. Quito, Librería Jurídica Cevallos, 2003, pp. 92-93.

tales. No obstante, su poder estaba limitado a la simple excitativa a aquellos órganos que violaren estos derechos. Una debilidad de competencias que se proyectará más allá de este período en el constitucionalismo ecuatoriano.

Es la Constitución de 1929 la que fortalece las facultades de control constitucional del Consejo de Estado al darle a este la potestad no solo de velar por la observancia de la Constitución y de las leyes (art. 117, numeral 1), sino además la atribución de declarar nulos por inconstitucionales decretos y reglamentos (art. 117, numeral 2).¹² Resultan destacables en esta Constitución dos aspectos: 1) el efecto jurídico de la declaratoria del Consejo en cuanto a decretos y reglamentos, pues la posibilidad de declarar la nulidad, de los mismos representa un avance respecto a las meras excitaciones u observaciones que el Consejo podía formular según la mayoría de constituciones anteriores; 2) la amplia legitimación activa, esto es la existencia de acción popular para demandar la inconstitucionalidad de estas normas jurídicas expedidas por el Presidente.

Control a posteriori concreto: es en este tipo de control donde con mayor crudeza se evidencian los efectos que la idea de soberanía parlamentaria sostiene frente al control constitucional en el Ecuador. Si bien desde la Constitución de 1830 ya se indicó que todo funcionario público debe fidelidad ante todo a la Constitución (art. 69), fórmula reiterada de una u otra forma en todas las cartas posteriores, sin embargo, las constituciones del período no atribuyeron explícitamente a la Corte Suprema o a otros jueces la facultad de inaplicar normas inconstitucionales. Es cierto que, como anota Borja y Borja,¹³ el Congreso ejercía solo control abstracto¹⁴ y otras autoridades teóricamente hubieran podido ejercer control concreto, pues varias constituciones establecen que ciertas normas inferiores contrarias a la Constitución no debían aplicarse,¹⁵ de lo cual podía

12 Salgado, Hernán. "El control de constitucionalidad en la Carta política del Ecuador". *Una mirada a los tribunales constitucionales*. AA.VV. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1995, p. 170; Hugo Ordoñez, *El Tribunal Constitucional Ecuatoriano*, p. 46.

13 Borja y Borja, Ramiro. *Derecho Constitucional Ecuatoriano*, t. II. Quito, 1979, p. 335. Véase también Torres, Luis Fernando. *El control de la constitucionalidad en el Ecuador*. Quito, Edipuce, 1987, p. 123.

14 Es decir, interpretaba la Constitución y las leyes, pero solo de modo generalmente obligatorio, no para casos concretos.

inferirse la competencia para inaplicar estas normas. Sin embargo, esta es en todo caso una interpretación desde nuestra actual cultura constitucional, pues en este período tal atribución no estaba expresamente establecida, de tal forma que no fue asumida ni regulada y, lo que es más importante, parece haber sido ejercida muy esporádicamente. Todo ello hace difícil sostener que en el período hubo un desarrollo significativo del control concreto.

De hecho, basada en esta la falta de atribuciones constitucionales expresas y desarrollando una argumentación exactamente inversa a la de *Marbury vs. Madison*,¹⁶ la Corte Suprema en Ecuador declaró en varias ocasiones que no *podía dejar de aplicar una ley, aunque fuere inconstitucional, puesto que la Constitución no le autorizaba para ello*, y mal podía invadir el ámbito propio del legislador o desconocer su voluntad. Esta negativa a inaplicar normas inconstitucionales prevaleció incluso cuando estaban en juego derechos constitucionales; así, por ejemplo, en 1887 la Corte Suprema aplicó una ley que condenaba al acusado a la pena de muerte en un delito de sedición, lo cual estaba expresamente prohibido por la Constitución de 1884.¹⁷ Aunque durante ciertos períodos —como el que va de 1906 a 1925— la Corte Suprema emitió algunos fallos interesantes en materia de control constitucional,¹⁸ pero sin embargo el balance en general es negativo pues la gran mayoría de fallos resuelve situaciones de inconstitucionalidad formal sin mayor trascendencia.¹⁹

La más clara expresión de limitación a los jueces y de una fuerte soberanía parlamentaria en cuanto a control constitucional concreto en este período se evidencia en la Constitución de 1929, que en el artículo 162 establecía que ninguna autoridad podía “negarse a cumplir o aplicar las

15 Por ejemplo, una disposición incluida en todas las constituciones desde la de 1878 hasta la de 1929 estableció que no debían ejecutarse las ordenanzas, acuerdos o resoluciones municipales si eran contrarias a la Constitución, y que de surgir una controversia entre la municipalidad y el gobierno, decidiría la Corte Suprema. Por otra parte la Constitución de 1897, artículo 133, introdujo una norma expresa respecto a la supremacía de la Constitución por sobre cualquier otra norma jurídica, la cual se ha mantenido en todas las constituciones posteriores.

16 Agradezco a Julio César Trujillo esta observación.

17 Luis Fernando Torres, *Legitimidad de la justicia constitucional*, p. 96.

18 *Ibid.*, pp. 98-104.

19 Barragán Romero, Gil. “El control de constitucionalidad”. *Temas de Derecho Constitucional*. AA.VV. Quito, Ediciones Legales, 2003, p. 82.

leyes, invocando que son inconstitucionales”. Contradictoriamente, el mismo artículo señala que “la obligación primordial de toda autoridad, sea del orden que fuere, es ajustar sus actos a la Constitución”.

2. Surgimiento y desarrollo del Tribunal Constitucional (1945-1996)

Esta etapa se inicia con la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC) en 1945 y registra un desarrollo imbuido de avances y retrocesos en el avance del control constitucional, incluyendo incluso por varios años la eliminación del Tribunal de Garantías Constitucionales en 1946. En este período se mantiene tanto la dispersión del control que caracteriza a la etapa anterior como la noción de soberanía parlamentaria, la cual solo hacia el final de esta etapa, en 1992, comienza a cuestionarse explícitamente. En todo caso, la creación del Tribunal y su control por parte del Congreso identifica a esta etapa.

La creación del TGC en 1945 se explica por el contexto político de la época. La revolución del 28 de mayo de 1944 —denominada *La Gloriosa*— es el antecedente fundamental y directo de la Constituyente de 1945, que dio origen al primer Tribunal Constitucional en el país. La Constitución de 1945 fue una reacción institucional a las experiencias y amenazas de autoritarismo tanto nacional como internacional de esos años. En el plano nacional se había experimentado el fraude electoral, autoritarismo y corrupción en el gobierno liberal de Arroyo del Río luego de un período de extrema inestabilidad política.²⁰ La pérdida territorial legitimada por este gobierno en el Protocolo de Río fue el detonante que unificó y movilizó a la oposición a nivel nacional. En el plano internacional, el desarrollo del fascismo y el nazismo en Europa forjó en todo el mundo alianzas de fuerzas políticas dispares e incluso contrarias para oponerse a estas formas de autoritarismo. En el caso ecuatoriano, Alianza Democrática Ecuatoriana —ADE— expresa también este fenómeno.

En lo doctrinario, la Constitución ecuatoriana de 1945 acusa la influencia directa de la Constitución española de 1932. Aspectos como la

20 De 1931 a 1944 hay un promedio de un gobierno por año. Para un recuento véase Bossano, Guillermo. *Evolución del Derecho Constitucional Ecuatoriano*. Quito, Editorial Universitaria, 1985, p. 169.

ampliación de derechos individuales y sociales, el Congreso unicameral y la existencia de un Tribunal de Garantías Constitucionales son influencia directa de la Constitución de la República Española sobre los sectores de izquierda que prevalecieron en la Constituyente ecuatoriana de 1945. No obstante, a diferencia de la Constitución ecuatoriana, la Constitución española establecía más claramente la competencia del Tribunal para conocer “el recurso de inconstitucionalidad de las leyes” (art 121, literal a, Constitución española) e incluso introducía “el recurso de amparo de garantías individuales, cuando hubiere sido ineficaz la reclamación ante otras autoridades” (art. 121, literal b, Constitución española).

Otra influencia doctrinaria sobre la Constitución de 1945 proviene de la Constitución ecuatoriana de 1929. Aunque no se aprecia una influencia directa en materia de control constitucional, esta si es evidente en materia de derechos sociales. La Constitución de 1945 profundiza el proceso de ampliación de derechos sociales, económicos y culturales iniciado en Ecuador en la Constitución de 1929. En esa línea, la Constitución de 1945 (art. 160, numeral 1) establece como primera atribución del Tribunal: “Velar por el cumplimiento de la Constitución y las leyes, *en especial de las garantías constitucionales*”.

Acorde con el contexto histórico arriba descrito, la Constitución ecuatoriana de 1945 buscó un proceso de institucionalización del sistema electoral,²¹ así como de regulación y limitación del poder del Ejecutivo²² mediante mecanismos como la descentralización, la profesionalización de la burocracia y el propio control constitucional. Sobre esto último, los documentos de la época muestran que el Tribunal de Garantías Constitucionales fue concebido por la Constituyente de 1944, y específicamente por los sectores de izquierda predominantes en la Asamblea, como una institución política antes que jurisdiccional, un órgano sustitutivo del Consejo de Estado y orientado principalmente al control del Ejecutivo²³ y no del Congreso.²⁴ Por esta misma razón, tanto el presidente Velasco Ibarra como ciertos sectores conservadores se opusieron vehe-

21 En esta Constitución se crea el Tribunal Superior Electoral. Véase Grijalva, Agustín. *Elecciones y representación política*. Quito, Corporación Editora Nacional, 1998, p. 113.

22 Se eleva a nivel constitucional la existencia de instituciones como la Contraloría General de la Nación, la Procuraduría del Estado y la Superintendencia de Bancos.

mentemente a la creación del Tribunal de Garantías, pues fue percibido como una fuente de limitaciones excesivas a los poderes del Presidente.²⁵

Este fuerte desacuerdo político respecto a la creación y atribuciones del Tribunal de Garantías marcará su desarrollo institucional por décadas. En efecto, apenas un año después, en marzo de 1946, el recién creado Tribunal desapareció al declararse la dictadura de Velasco Ibarra, siendo pocos meses después —en la Constitución de 1946— sustituido por el Consejo de Estado. De esta forma, el Tribunal no pudo beneficiarse —para efectos de su consolidación— de la década de estabilidad institucional que el país vivió de 1948 a 1960. De hecho, luego de su efímera existencia en los años cuarenta tuvieron que pasar 22 años para que el Tribunal de Garantías reaparezca, aunque debilitado, en la Constitución de 1968.²⁶ En esta ocasión el Tribunal existió formalmente por unos tres años, hasta junio de 1970 en que Velasco Ibarra se declaró dictador.

De esta forma cuando, luego de la dictadura militar, la Constitución de 1978 volvió a crear el Tribunal de Garantías Constitucionales no existían sino efímeros antecedentes de esta institución, aunque el control

23 Vera, Alfredo. *Anhelo y pasión de la democracia ecuatoriana*. Guayaquil, Editorial Casa de la Cultura, 1948, pp. 83-84.

24 El artículo 165 de la Constitución de 1945 mantuvo la disposición de que solo el Congreso podía declarar una norma jurídica como inconstitucional e interpretar la Constitución de modo generalmente obligatorio.

25 Al día siguiente de dictada la Constitución de 1945, Velasco Ibarra expresaba: “El Tribunal de Garantías Constitucionales hará imposible el funcionamiento del Poder Ejecutivo. Le niega al ejecutivo toda facultad propia. Lo paraliza, lo mata [...] Toda la desconfianza sobre el ejecutivo. La infalibilidad para el TGC [...] El TGC es un superejecutivo, un superestado [...] plural, prácticamente irresponsable [...] El TGC con tres representantes de los partidos políticos, un representante de los trabajadores elegido por la Confederación de Trabajadores, un abogado designado por las facultades de Jurisprudencia, resulta una corporación especial, sin genuino carácter estadual ni político”. Mensaje de Velasco Ibarra, 6 febrero 1945, en *El 28 de Mayo. Balance de una revolución popular*. Quito, Talleres Gráficos Nacionales, 1946, citado por Vega, Silvia. *La Gloriosa*. Quito, Editorial El Conejo, 1987, p. 121. Véase también Sosa-Buchholz, Ximena. “Velasquismo: The Most Significant Movement in Modern Ecuatorian History”, M.A. Dissertation, University of New Mexico, 1990, pp. 126-127.

26 No obstante, una tarea valiosa sería la investigación histórica sobre el control constitucional ejercido por el Consejo de Estado en el período 1948-1960. Ernesto López ha observado que la composición del Consejo de Estado (11 miembros, incluyendo altos funcionarios, a los que se sumaban los ministros de Estado) seguramente volvía muy difícil que sesione y ejerza un eficiente control constitucional. Véase López, Ernesto. “Evolución del control constitucional en Ecuador”. *Derecho constitucional para fortalecer la democracia ecuatoriana*. Quito, Fundación Konrad Adenauer, 1999, p. 50.

constitucional lo había desarrollado formalmente la Corte Suprema y el Consejo de Estado durante la mayor parte de este período. Esta ausencia de experiencia con el Tribunal, contribuyó seguramente a que la Constitución de 1978 reprodujera los errores del Tribunal de Garantías de los años cuarenta y sesenta: composición política, períodos muy cortos, competencias débiles y subordinación al Congreso. Sin embargo, las reformas constitucionales de 1983 y 1992 introdujeron algunos cambios, muchos de ellos positivos tal como se reseñan a continuación al examinar los tipos de control durante este período.

Control a priori: la Constitución de 1945 transfirió las facultades de control a priori, establecidas en la Constitución de 1929,²⁷ de la Corte Suprema al recién creado Tribunal de Garantías Constitucionales. De esta forma, cuando el Presidente y el Congreso disientan en cuanto a la inconstitucionalidad de proyectos de leyes o decretos, y el primero los había objetado por tal razón, la decisión final correspondía al Tribunal (Artículo 41). Este control volvió a la Corte Suprema con la supresión del Tribunal de Garantías en la Constitución de 1946 (Art. 67). Posteriormente, aunque la Constitución de 1967 restableció el Tribunal, estas facultades se mantuvieron en la Corte Suprema. La Constitución de 1978, por su parte, eliminó el control a priori puesto que su texto hace referencia a objeciones del Presidente en general, no específicamente por inconstitucionalidad (Arts. 68 y 69). Fue solo con las reformas constitucionales de 1996 que el Tribunal Constitucional volvió a tener atribuciones para resolver objeciones presidenciales por inconstitucionalidad, como se expone más adelante.

Nótese entonces, en este período, la discontinuidad en esta forma de control que el Tribunal reasumió medio siglo luego de que fue creado. Al igual que en el control a posteriori se produce una reiterada indefinición del órgano de control, pues estas funciones de control pasan del TGC a la Corte Suprema, para luego ser eliminadas en la Constitución de 1978, y restablecidas 18 años después, en las reformas de 1996.

Control a posteriori concreto: con la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales en 1945 se adoptó una suerte de sistema mixto sui generis con elementos de control difuso y de control concentrado. Según el

27 Salgado, Hernán. *Manual de Justicia Constitucional*. Quito, Corporación Editora Nacional, 2004, p. 40.

artículo 160-4 el Tribunal de Garantías podía *suspender* leyes inconstitucionales *hasta que el Congreso dictamine* definitivamente sobre ellas,²⁸ pero el Tribunal de Garantías, a su vez, podía actuar solo *a petición de un juez o tribunal de última instancia*. Si el Tribunal de Garantías no resolvía en veinte días el juez o tribunal que hizo la petición debía aplicar la ley vigente. Como se ve, este no es propiamente un control abstracto sino más bien concreto en cuanto tiene carácter incidental dentro de un proceso judicial. No es tampoco plenamente difuso en cuanto limita la facultad de petición a *jueces y tribunales de última instancia*, mientras la suspensión misma de la norma corresponde al Tribunal y la decisión definitiva al Congreso. En otras palabras, en este sistema el juez no inaplicaba propiamente la norma sino que *suspendía su aplicación* hasta que el Tribunal de Garantías decida. El sistema tiene en todo caso elementos de control concentrado abstracto en cuanto los efectos de la suspensión de la norma una vez decidida temporalmente por el Tribunal —y luego definitivamente por el Congreso—; son *erga omnes*.

La Constitución de 1946 no incluye normativa respecto al control a posteriori concreto, salvo las referencias generales de otras constituciones a la supremacía de la Constitución y la facultad exclusiva del Congreso para ejercer control constitucional (art. 189). Posteriormente, la Constitución de 1967 (artículo 206) transfirió este poder de inaplicar preceptos legales inconstitucionales a la Corte Suprema en los casos particulares que conociera. Esta declaratoria tenía exclusivamente efecto *inter partes*, y no se indicaba expresamente qué procedimiento debía llevar adelante la Corte Suprema para que se decidiera sobre la constitucionalidad del precepto con efecto *erga omnes*.

La Constitución de 1978 (art. 138) mantuvo la atribución de inaplicabilidad en las salas de la Corte Suprema precisando que el pleno de este organismo podía luego suspender el precepto hasta que el Congreso decida definitivamente. Las reformas de 1983 otorgaron al TGC la facultad de conocer estos casos de inaplicabilidad remitidos por la Corte Suprema, suspender tales preceptos y someterlos al conocimiento del Congreso (art.

28 En la Constitución española de 1931, artículos 100 y 121, literal a, se estableció que el Tribunal suspendía el procedimiento judicial hasta que el Tribunal de Garantías resuelva sobre la inconstitucionalidad.

138). En 1992 una nueva reforma constitucional determinó que una sala constitucional de la Corte Suprema resolvería en última y definitiva instancia los informes sobre inaplicabilidad que podían presentar otras salas de la Corte u otros tribunales de última instancia.

Control a posteriori abstracto: en cuanto al control de constitucionalidad de la ley, como hemos dicho al examinar el control concreto, la Constitución de 1945 crea un sistema mixto por el cual el TGC únicamente podía llegar a la suspensión de una ley basado en la petición de un juez o tribunal de última instancia que se ve en el dilema de aplicar esta ley a un caso concreto. No obstante, solo el Congreso podía decidir sobre esta inconstitucionalidad de forma definitiva. Pese a que el Tribunal solamente podía *suspender* la ley, la innovación en 1945 radica en incluir a la ley como objeto de control constitucional puesto que el Consejo de Estado en la Constitución de 1929 no tenía estas atribuciones, pues, controlaba efectivamente solo normas inferiores a la ley (art. 117, numeral 2).

Aunque parezca paradójico, la Constitución de 1945 debilita respecto a la Constitución de 1929 el control constitucional de normas inferiores a la ley. En la Constitución de 1929 el Consejo de Estado podía “declarar, *por acción popular, la nulidad* de los Decretos o Reglamentos que dictare el Poder Ejecutivo, en contravención a la Constitución y a las leyes de la República” (art. 117, numeral 2) (las cursivas son mías). En contraste, en 1945 el Tribunal de Garantías solamente podía *formular observaciones* acerca de esta inconstitucionalidad a la autoridad que haya expedido la norma, y en caso de no ser aceptadas, publicarlas y someterlas a decisión del Congreso (art. 160, numeral 2). De la declaratoria de nulidad a la formulación de observaciones hay claramente un debilitamiento de competencias en esta materia. Nótese que en ambos casos —nulidad y observaciones— el objeto de control no era la ley, sino fundamentalmente normas inferiores a la ley expedidas por el poder ejecutivo.

La Constitución de 1946 mantiene las atribuciones otorgadas al TGC en 1945, pero en manos del Consejo de Estado. Sin embargo, despoja a este del control constitucional de la ley, y, en franca reiteración del principio de soberanía parlamentaria, establece en el artículo 189, párrafo tres, que “sólo al Congreso le corresponde declarar si una ley o Decreto Legislativo son o no inconstitucionales.”

Otra diferencia importante radica en que según el artículo 146, nume-

ral 2, las observaciones del Consejo de Estado no alcanzan los fallos emitidos por los organismos de la función judicial, una exclusión que no consta ni en la Constitución de 1945, ni en la de 1967. Por otra parte, la Constitución de 1946 en el artículo 76 introduce el control constitucional formal, pues, asigna a la Corte Suprema la atribución de *suspender una ley* por incumplir *con las formalidades* del proceso de formación de la ley. No obstante, paradójicamente, la Corte debía poner el asunto en conocimiento del propio Congreso, el que tenía la decisión final. En todo caso este es un antecedente importante de las atribuciones de control constitucional establecidas luego en la Constitución de 1967.

En esta etapa es justamente la Constitución de 1967, artículo 205, numeral 4, la que marca un hito respecto a este tipo de control al establecer por primera vez en el Ecuador que la Corte Suprema podía y debía “suspender —total o parcialmente, en cualquier tiempo, de oficio o a petición de parte— los efectos de una ley, ordenanza o decreto que fuere inconstitucional por la forma o por el fondo.” Tal medida era luego sometida a decisión del Congreso. Es decir, se trata claramente de control constitucional abstracto y a posteriori. Esta fórmula es mucho más precisa que la de constituciones anteriores en cuanto se refiere exclusivamente a inconstitucionalidad y no a ilegalidad. Recordemos además que es esta Constitución (arts. 213 y siguientes) la que crea los tribunales contencioso administrativo y fiscal, lo cual ayuda justamente a comenzar a diferenciar el control de la ley del de la Constitución.

La Constitución de 1978 prácticamente no introduce novedades respecto a lo establecido en 1967, pero al ser reformada en 1983 transfiere de la Corte Suprema al Tribunal de Garantías Constitucionales la facultad de suspender los efectos de preceptos inconstitucionales por el fondo y por la forma, para que el Congreso decida luego definitivamente (art. 141, numeral 4). Una segunda reforma, en 1992, otorgó tales funciones a una nueva sala constitucional de la Corte Suprema, mientras que las decisiones del Tribunal era una suerte de primera instancia. La reforma debilitó al TGC y lo enfrentó con la Corte. No obstante, un aporte clave de esta reforma fue la de establecer que “la resolución de la sala será definitiva y de efectos generales” (art. 146, numeral 1, Constitución de 1998 codificada en 1993); este es un precedente importante de la reforma de 1996.

3. Desafíos de institucionalización (1995 hasta la actualidad)

3.1. Las reformas de 1995 y 1996 y la Constitución de 1998

Esta etapa se inicia con las reformas constitucionales de 1995 y 1996 que declaran al Tribunal Constitucional como instancia final de decisión en materia de control constitucional y priva de este rol al Congreso. Tal competencia es ratificada por la Constitución de 1998. Estas reformas al control constitucional son las más importantes desde el retorno a la democracia en 1978; incluyen, a más del fortalecimiento del Tribunal Constitucional, el establecimiento del amparo, el hábeas data y el Defensor del Pueblo. Innovaciones todas estas que la Constituyente de 1998 simplemente ratifica.

Este período se caracteriza por un mayor desarrollo y estabilidad del carácter jurisdiccional del Tribunal Constitucional, especialmente en cuanto a sus atribuciones y composición. En contraste a las constantes reformas constitucionales y legales que modificaron las atribuciones y composición del organismo en los períodos anteriores, en esta etapa tales atribuciones se mantienen y desarrollan. Sin embargo, persiste la politización partidaria del organismo debido especialmente a la forma de nombramiento, duración del período y mecanismos de remoción de sus integrantes.

Al igual que en 1945, cuando se creó el Tribunal de Garantías Constitucionales, los años de estas reformas, 1995 y 1996, están marcados por un grave conflicto internacional, gran turbulencia social y cierto consenso político.²⁹ Si bien ya en 1994 el gobierno de Durán Ballén inicia esfuerzos de reforma constitucional, apuntalados luego mediante una consulta popular, la coyuntura en que estas reformas se aprobaron se extiende hasta 1996 y su estudio permite entender mejor su origen y desarrollo.

El gobierno de Sixto Durán Ballén (1992-1996) inició sus primeros esfuerzos de reforma constitucional en 1994, una vez que su limitado blo-

29 Centro Andino de Acción Popular. "El conflicto socio-político: febrero-mayo 1995". *Revista Ecuador Debate* (Quito): 21-27.

que de diputados quedó aún más reducido luego de las elecciones legislativas de mayo de 1994. Confrontado el Ejecutivo con un Congreso dominado por la oposición, y en el afán de impulsar su programa de privatización económica y reforma política, optó por convocar a consulta popular para el 28 de agosto de ese año.

Una de las preguntas de la consulta versaba sobre autorizar al Presidente de la República para remitir al Congreso Nacional un proyecto de reformas constitucionales para que las discuta y apruebe en 100 días. Paralelamente, el gobierno había conformado una comisión de notables para elaborar un proyecto de reformas constitucionales,³⁰ comisión que recogió además los resultados de la consulta. Es el proyecto de esta comisión el que incluyó las reformas sobre control constitucional que aquí nos interesan, las cuales fueron luego discutidas por el Congreso conforme se decidió en la consulta popular.

Entre enero y abril de 1995 se producen graves enfrentamientos armados con el Perú, lo cual genera una gran brecha fiscal que el gobierno trata de cubrir recurriendo a medidas de ajuste con altos costos sociales, entre ellas el aumento de precios e impuestos para cubrir el déficit. Estas políticas, a su vez, propician fuertes protestas especialmente de trabajadores del sector público y sectores urbano-marginales. Frente a todo ello, en medio de la movilización social y la crisis de los partidos políticos, el Congreso adopta una actitud inusualmente conciliadora frente al Ejecutivo,³¹ lo cual facilita las reformas que estamos estudiando.

Las reformas constitucionales de 1995-1996 no se limitan a fortalecer el control y las garantías constitucionales, sino que tienen un alcance mucho mayor que incluye normas sobre derechos laborales de empleados públicos, seguridad social, descentralización y regulación económica. Los cambios relativos a control y garantías constitucionales, no obstante, no pueden explicarse solo como una actualización necesaria³² para la época,

30 En 1994 el gobierno de Durán Ballén integra una comisión de 14 juristas para preparar un anteproyecto de reformas a la Constitución hasta octubre de ese año; esta propuesta es además enriquecida mediante una consulta popular. En 1995 el Congreso inicia la reforma en base a tal propuesta de reforma, y finaliza sus debates en enero de 1996. Véase Hernán Salgado, *Manual de Justicia Constitucional*, pp. 48-49.

31 Pese a lo cual en octubre de 1995 se desarrolla un juicio político contra el vicepresidente Alberto Dahik.

sino que se inscriben en un proceso político más amplio como se planteará más adelante.

Control a priori: en este período este tipo de control se fortalece en la Constitución de 1998 debido a la novedosa inclusión de ciertos instrumentos internacionales como normas objeto de control por parte del Tribunal Constitucional. Decimos *ciertos instrumentos internacionales* porque este control opera solo sobre los tratados y convenios internacionales que requieren aprobación legislativa y que son los enunciados en el artículo 161 de la Constitución política. Adicionalmente, la legitimación activa corresponde exclusivamente al Presidente de la República, conforme al artículo 277. Estas dos limitaciones —objeto y legitimación activa— en cuanto al control a priori de instrumentos internacionales ha generado diversas críticas que se resumen en la grave posibilidad de que el Presidente apruebe instrumentos internacionales inconstitucionales evadiendo tanto el control político del Congreso como el control jurídico del Tribunal Constitucional.³³ En efecto, puede decirse que la reforma de 1998 introduce un control jurídico parcial de algunos instrumentos internacionales pero debilita el control político puesto que anteriormente todos ellos debían ser aprobados por el Congreso.

Control a posteriori abstracto: las reformas constitucionales de 1995 y 1996 introducen en este período un cambio fundamental al establecer que la declaratoria de inconstitucionalidad del Tribunal causa ejecutoria y no es susceptible de recurso alguno (art. 176 de la Constitución codificada en 1997 y art. 278 de la de 1998).³⁴

El carácter definitivo de las decisiones del Tribunal en este tipo de control es un importante avance considerando lo que venimos advirtiendo de la evolución histórica de sus atribuciones. En su fase inicial en los años cuarenta y setenta del siglo XX, el Tribunal apenas puede *formular*

32 La necesidad de actualización para la época es la tesis de Milton Alava. Véase Alava, Milton. *Cuarenta años de constitucionalismo*. Quito, Editorial Voluntad, 2000, p. 545.

33 Véase, por ejemplo, Hernán Salgado, op. cit., p. 64; Oyarte Martínez, Rafael. *Curso de Derecho Constitucional*, t. II: La Función Legislativa. Quito, Fondo Editorial Andrade y Asociados, 2005. Sobre la relación entre tratados y Constitución en Ecuador, véase Larrea Holguín, Juan. “Supremacía de la Constitución y tratados internacionales”. *Foro – Revista de Derecho* (Quito) 1, Corporación Editora Nacional (2003): 239.

34 También el artículo 14 de la Ley de Control Constitucional establecía que de las resoluciones del Tribunal Constitucional no cabe recurso alguno.

observaciones a las que más adelante se trata de dar fuerza coercitiva mediante la figura del desacato, luego en los ochenta se le atribuye la facultad de suspender preceptos inconstitucionales, en todos los casos siempre hasta que el Congreso —o la Sala Constitucional en 1992— decida definitivamente.

En otras palabras, en Ecuador se ha negado reiteradamente al Tribunal el rol de intérprete final de la Constitución. Aún en la Constitución de 1998 se mantuvo cierta incoherencia e imprecisión conceptual en el artículo 276, numeral 1, cuando dispone que el efecto de la declaratoria de inconstitucionalidad es el de “suspender total o parcialmente” los efectos de preceptos inconstitucionales. En esa misma línea el artículo 284 hace referencia a interpretación legislativa obligatoria de la Constitución por parte del Congreso. En todo caso, como bien han indicado varios autores,³⁵ la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley por el Tribunal Constitucional no puede tener jurídicamente *el efecto de suspender los efectos de estas normas*, sino de declarar la *invalidéz* de las mismas, pues en este último caso quedan expulsadas del sistema jurídico de forma definitiva.

Control a posteriori concreto: las reformas de 1996 extendieron la atribución de inaplicar leyes inconstitucionales de la Corte Suprema a *todos los tribunales de última instancia*,³⁶ volviendo en parte al sistema de 1945. Pero es la Constitución de 1998 en los artículos 273 y 274 la que amplió tal facultad y obligación a *todos los jueces*. La declaración de inaplicabilidad, no obstante, tenía efectos solo para la causa en que se pronuncien, debiendo el juez respectivo presentar un informe sobre la declaratoria de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional para que este resuelva con carácter general y obligatorio. Adicionalmente, la Constitución de 1998 hacía referencia con más precisión técnica a la inaplicación de *preceptos jurídicos* y no exclusivamente de *preceptos legales* como en las reformas de 1996. En definitiva, se evoluciona de un sistema que radicaba este

35 Véase, por ejemplo, Zavala Egas, Jorge. *Derecho Constitucional*, t. 1. Guayaquil, Edino, 1999, p. 192. Ávila, Luis. *Efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad en el Ecuador*. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2004, p. 51.

36 Andrade, Santiago. “La Constitución política y la administración de justicia”. *La estructura constitucional del Estado ecuatoriano*. Eds. Santiago Andrade, Julio César Trujillo y Roberto Viciano. Quito, Corporación Editora Nacional, 2004.

tipo de control primero en la Corte Suprema, y luego en todos los tribunales de última instancia a otro que lo extiende a todos los jueces pero articulado a la decisión final del Tribunal Constitucional. Esta, sin duda, es una transformación lenta pero positiva en comparación a la situación durante el período anterior.

Pese a la existencia formal de este tipo de control, los jueces —especialmente de primer nivel y de Corte Superior— lo ejercen muy escasamente. Ello sin duda se debe a la falta de cultura constitucional de la que aún adolecen los jueces ecuatorianos, la cual a su vez es resultado del poco desarrollo de la jurisprudencia constitucional y de la falta de independencia respecto a jueces superiores.³⁷

3.2. Los tipos de control constitucional en la Constitución de 2008

Control a priori: El artículo 438 de la Constitución de Montecristi mantiene el control previo de tratados internacionales y objeciones presidenciales por inconstitucionalidad establecido en la Constitución de 1998. Sin embargo, en la Constitución de 2008 este tipo de control por parte de la Corte Constitucional se fortalece significativamente, ampliándolo a diversos ámbitos. Así, a diferencia de la Constitución de 1998, se contempla el “control previo de la constitucionalidad de las preguntas propuestas para consultas populares” de carácter nacional o a nivel de los gobiernos autónomos descentralizados (art. 104, inciso final), así como “la calificación por parte de la Corte Constitucional del procedimiento pertinente para la reforma constitucional” (art. 443).

También se requiere del dictamen previo de “admisibilidad” por parte de la Corte Constitucional para que la Asamblea Nacional pueda proceder al “enjuiciamiento político del Presidente” de la República por las causales del artículo 129, así como para su “destitución por arrogarse funciones que no le corresponden” según el artículo 130. Correlativamente, corresponde también a la Corte verificar la “constitucionalidad del decreto presidencial de disolución de la Asamblea” Nacional por parte del Presidente de la República cuando, en cambio, este considere que la

37 Alava Ormaza, Milton. *¿Necesitamos una nueva Constitución?* Quito, Editorial Voluntad, 2003, pp. 291-292.

Asamblea se ha arrogado funciones que no le competen constitucionalmente (art. 148).

Finalmente, el artículo 145 establece las “causales por las cuales el Presidente cesa en sus funciones”. Entre ellas, la establecida en el numeral cinco se refiere al “abandono del cargo”. Corresponde, en estos casos, a la Corte Constitucional comprobar tal abandono antes de que la Asamblea Nacional lo declare con los votos de las dos terceras partes de sus integrantes.

Como puede apreciarse, estas innovaciones apuntan a someter a control constitucional, tanto las reformas constitucionales como algunas decisiones políticas cruciales en los conflictos entre Legislativo y Ejecutivo. Esta canalización constitucional de los conflictos políticos es positiva en tanto en cuanto la Corte Constitucional active, efectivamente, un control jurídico independiente. Se requiere, en consecuencia, una efectiva sujeción de los actores políticos —Asamblea y Ejecutivo— a tal control.

Otro cambio en la Constitución de 2008 tiene que ver con el control previo sobre cierta normativa de los gobiernos regionales creados por esta Constitución. Corresponde a la Corte Constitucional revisar la constitucionalidad de los proyectos de estatutos de autonomía regional presentados por los gobiernos provinciales que deseen constituir una región, así como de las reformas a estos estatutos una vez aprobados (arts. 245, inciso 3, y 246). Estas funciones, por cierto, no son extrañas a las cortes constitucionales en estados federales o autonómicos como lo ejemplifican los correspondientes casos de Alemania y España.

Control a posteriori abstracto: en esta materia, el cambio esencial introducido por la Constitución de 2008 está dado por la ampliación de la legitimación activa establecida en el artículo 439. Mientras que el artículo 277 de la Constitución de 1998 lo limitaba al Presidente, el Congreso, la Corte Suprema, los gobiernos seccionales, mil ciudadanos o cualquier persona con informe favorable del Defensor del Pueblo, la Constitución de 2008 adopta el sistema de “acción popular”, de forma que la acción puede ser propuesta por “cualquier ciudadano o ciudadana individual o colectivamente” de forma directa, es decir, sin necesidad del informe positivo del Defensor del Pueblo o con mil firmas de respaldo. Este es el sistema más abierto de acceso a la justicia constitucional en esta materia, adoptado, por ejemplo, también en Colombia. Siendo el más democrático,

exigirá de la Corte Constitucional desarrollar adecuadas estructuras institucionales que permitan calificar, con criterio y agilidad, la admisibilidad de tales acciones.

Otro cambio o precisión de importancia está dado por los efectos jurídicos de las declaratorias de inconstitucionalidad de actos normativos. Mientras que los artículos 276, numeral 1, y 278 de la Constitución de 1998 establecían que se “suspenden totalmente o parcialmente los efectos de las normas declaradas inconstitucionales” por el Tribunal Constitucional, el artículo 436, numeral 2, de la Constitución de 2008 establece que la declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la “invalidez del acto normativo impugnado”. La definición adoptada por la nueva Constitución es técnicamente mucho más adecuada puesto que el control de constitucionalidad no busca ninguna “suspensión de normas”, sino su expulsión del orden jurídico una vez verificada su incompatibilidad con la Constitución.³⁸

Una novedad introducida por la Constitución de 2008 en cuanto a control abstracto es el principio de conexidad. Conforme al numeral 3 del artículo 436, la nueva Constitución establece que la Corte Constitucional podrá declarar, de oficio, la “inconstitucionalidad de normas conexas en los casos sometidos a su conocimiento”. Esta atribución permitirá a la Corte no permanecer impasible e impotente cuando detecte normas jurídicas inconstitucionales relacionadas directamente con normas jurídicas de las cuales se ha demandado su inconstitucionalidad. La actuación de oficio por un Tribunal Constitucional, como se sabe, es excepcional, pero en este caso la excepción es razonable puesto que si los jueces ordinarios pueden suspender o inaplicar una norma jurídica en una causa, con mayor razón la Corte Constitucional debe estar facultada para realizar tal control, pero con efectos definitivos dado su carácter de órgano de cierre.³⁹ En vista de la excepcionalidad de la actuación de oficio, y a efectos

38 Para comentarios doctrinales sobre esta incoherencia en la Constitución de 1998, véase Zavala Egas, Jorge. *Derecho Constitucional*, t. 1. Guayaquil, Edino, 1999, p. 192; también Ávila, Luis. *Efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad en el Ecuador*. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2004, p. 51.

39 El derecho comparado muestra el sentido lógico de esta atribución, así por ejemplo el artículo 78 del Código Procesal Constitucional del Perú establece una facultad similar cuando establece: “La sentencia que declare la ilegalidad o inconstitucionalidad de la norma impugnada declarará igualmente la de aquella otra a la que debe extenderse por conexión o consecuencia”.

de preservar la naturaleza jurisdiccional de la Corte, el ejercicio de esta competencia —en mi criterio— debe limitarse estrictamente a la conexidad en los procesos por demandas de inconstitucionalidad.

Finalmente, la adopción de la inconstitucionalidad por omisión es un importante cambio establecido por la Constitución de 2008 en los mecanismos de control abstracto, si bien la forma tan amplia como se establece en la Carta fundamental permitiría que la inconstitucionalidad por omisión opere también contra las omisiones normativas de actos de autoridad pública violatorias de derechos.

La Constitución de Montecristi establece en el artículo 436, numeral 10, la facultad de la Corte Constitucional para controlar las inconstitucionalidades por omisión. Aquí, el principio base radica en que la Constitución se puede violar no solo por lo que se hace, sino por lo que se deja de hacer. Esto sucede cuando es la propia Constitución la que incluye un mandato específico a cumplirse en un plazo determinado, como por ejemplo la obligación de dictar determinada ley en un año. Si el legislador omite hacerlo viola la Constitución. En tal situación, la Corte, según la nueva Constitución, podría dictar una normativa provisional.

También en el caso de que la norma jurídica exista pero evidencie graves deficiencias constitucionales como por ejemplo la omisión de una palabra o frase que la vuelva inconstitucional, la doctrina considera que hay *omisión relativa*, y podría iniciarse este tipo de proceso constitucional. La inconstitucionalidad por omisión ha sido reconocida y regulada vía normativa o jurisprudencial en varios países, tales como Brasil, Costa Rica, Portugal, Venezuela, Colombia, España, Italia y Alemania.⁴⁰

Control a posteriori concreto: el artículo 428 de la Constitución de 2008 otorga a la Corte la facultad de decidir sobre la constitucionalidad de normas a las que los jueces consideren inconstitucionales en el curso de un proceso, debiendo —en este caso— suspender tal proceso hasta que la Corte Constitucional resuelva de forma general. En contraste, según el artículo 274 de la Constitución de 1998, el juez inaplicaba la norma

40 Sobre el tema, puede verse Castro Patiño, Iván. “Inconstitucionalidad por omisión”. *Jornadas Internacionales de Derecho Constitucional*. Quito, Tribunal Constitucional, 2006. Así como también Parra, Diego Andrés. “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas”. *Revista Foro* (Quito) 4, Universidad Andina Simón Bolívar (2005).

inconstitucional y fallaba en la causa con independencia del criterio que ulteriormente emitiera, sobre el asunto, el Tribunal Constitucional. Se ha dicho que esta reforma eliminó el control difuso. Sin embargo, esta eliminación no es tan clara puesto que los artículos 424, 425 y 426 de la Constitución, así como el artículo 142 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional podrían ser interpretados en el sentido de que los jueces *cuando no tienen dudas sobre la inconstitucionalidad de una norma, tienen la facultad de inaplicarla*. En consecuencia, la suspensión y ulterior consulta a la Corte operaría únicamente en caso de duda por parte del juez. En todo caso esta ambigüedad resulta de las deficiencias en técnica legislativa tanto de la Constitución como de la ley, por lo cual se requiere de una adecuada interpretación al respecto de la Corte Constitucional.

4. Bibliografía

- Alava Ormazza, Milton. *¿Necesitamos una Nueva Constitución?* Quito, Editorial Voluntad, 2003.
- _____. *Cuarenta años de constitucionalismo*. Quito, Editorial Voluntad, 2000.
- Aragón, Manuel. *Constitución y control del poder*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999.
- Ávila, Luis. *Efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad en el Ecuador*. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2004.
- Barragán Romero, Gil. “El control de constitucionalidad”. *Temas de Derecho Constitucional*. AA.VV. Quito, Ediciones Legales, 2003.
- Blasco Soto, María del Carmen. *La sentencia en la cuestión de constitucionalidad*. Barcelona, Bosch, 1995.
- Borja y Borja, Ramiro. *Derecho Constitucional Ecuatoriano*, t. II. Quito, 1979.
- Bossano, Guillermo. *Evolución del Derecho Constitucional Ecuatoriano*. Quito, Editorial Universitaria, 1985.
- Castro Patiño, Iván. “Inconstitucionalidad por omisión”. *Jornadas Internacionales de Derecho Constitucional*. Quito, Tribunal Constitucional, 2006.

- Centro Andino de Acción Popular. “El conflicto socio-político: febrero-mayo 1995”. *Revista Ecuador Debate* (Quito), s/f.
- Grijalva, Agustín. *Elecciones y representación política*. Quito, Corporación Editora Nacional, 1998.
- Larrea Holguín, Juan. “Supremacía de la Constitución y tratados internacionales” *Foro – Revista de Derecho* (Quito) 1, Corporación Editora Nacional (2003).
- López, Ernesto. “Evolución del control constitucional en Ecuador”. *Derecho constitucional para fortalecer la democracia ecuatoriana*. Quito, Fundación Konrad Adenauer, 1999.
- Navia, Patricio y Julio Ríos Figueroa. “The Constitutional Adjudication of Latin America”. *Comparative Political Studies*, 38, 2005.
- Ordóñez, Hugo. *El Tribunal Constitucional Ecuatoriano*. Quito, Pudeleco, 2006.
- Oyarte Martínez, Rafael. *Curso de Derecho Constitucional, t. II: La Función Legislativa*. Quito, Fondo Editorial Andrade y Asociados, 2005.
- Parra, Diego Andrés. “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas”. *Revista Foro* (Quito) 4, Universidad Andina Simón Bolívar (2005).
- Pedro Sagues, Néstor. “Justicia Constitucional y control de la ley en América Latina”. *La Justicia Constitucional en la actualidad*. Coord. Luis López Guerra. Quito, Corporación Editora Nacional, 2002.
- Pérez Royo, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid, Marcial Pons, 2000.
- Salgado, Hernán. “El control de constitucionalidad en la Carta política del Ecuador”. *Una mirada a los tribunales constitucionales*. AA.VV. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1995.
- Salgado, Hernán. *Manual de Justicia Constitucional*. Quito, Corporación Editora Nacional, 2004.
- _____. *Teoría y práctica del control político. Temas de Derecho Constitucional*. AA.VV. Quito, Universidad San Francisco de Quito, 2003.
- Sosa-Buchholz, Ximena. “Velasquismo: The Most Significant Movement in Modern Ecuadorian History”, M.A, Dissertation, University of

New Mexico, 1990.

Torres, Luis Fernando. *El control de la constitucionalidad en el Ecuador*. Quito, Edipuce, 1987.

_____. *Legitimidad de la justicia constitucional*. Quito, Librería Jurídica Cevallos, 2003.

Vega, Silvia. *La Gloriosa*. Quito, Editorial El Conejo, 1987.

Vera, Alfredo. *Anhelo y pasión de la democracia ecuatoriana*. Guayaquil, Editorial Casa de la Cultura, 1948.

Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid, Editorial Trotta, 2005.

Zavala Egas, Jorge. *Derecho Constitucional*, t. I. Guayaquil, Edino, 1999.

Independencia, acceso y eficiencia de la justicia constitucional en Ecuador

En este artículo se examina la independencia, acceso y eficacia de la justicia constitucional, especialmente del Tribunal o Corte Constitucional,¹ como condición para la efectividad de la Constitución. En el desarrollo del análisis se revisan críticamente, aunque en forma básica, las nociones de independencia judicial, derechos constitucionales y democracia deliberativa.

En los estudios sobre políticas y reformas judiciales es frecuente hallar análisis en torno a tres variables: independencia, acceso y eficacia. La *independencia* se refiere principalmente² a la relación de la rama judicial con el Ejecutivo y el Legislativo, aunque también los grupos de poder político y económico pueden ejercer presiones indebidas sobre los jueces. El *acceso* evalúa la posibilidad real de los ciudadanos en cuanto a recurrir a los jueces para proteger sus derechos. La *eficacia* alude a la capacidad operativa de estos jueces, se refleja en indicadores cualitativos como la calidad de los fallos e indicadores cuantitativos como el volumen de causas o los tiempos para procesarlas.

- 1 Usamos aquí indistintamente los términos Tribunal o Corte Constitucional para referirnos al máximo órgano de interpretación y control constitucional en un sistema jurídico.
- 2 Decimos “principalmente” porque existe también un concepto de independencia interna a la función judicial que describe la relación entre jueces de distintos niveles. Basados en esta noción, los jueces ordinarios, por ejemplo, no pueden y no deben estar sometidos a presiones inadecuadas de jueces de cortes superiores o supremas.

Estas variables, aunque empleadas principalmente en los estudios de la jurisdicción ordinaria y la reforma judicial, son también útiles para entender otra área específica del sector justicia: la justicia constitucional.

1. Independencia

Respecto a la independencia hay tres aspectos problemáticos que aquí abordamos: 1) ¿Qué se puede entender por independencia de una Corte Constitucional? 2) La importancia política de esta independencia. 3) La compatibilidad de esta independencia con la democracia.

1.1. ¿Qué es independencia?

La noción de *independencia judicial* es siempre discutible, siempre problemática, pues cualquier concepto de independencia está ligado a la forma como veamos las relaciones entre Derecho y Política. Planteando el problema con bastante simplificación las divergencias podrían plantearse así: quienes creen que derecho y política pueden aislarse totalmente uno de otro verán la independencia judicial como una condición de autarquía o asepsia social y política de los jueces; quienes pueden y deben juzgar *estrictamente* acorde a las normas jurídicas.

Subyace aquí la visión del juez como actor pasivo, “mero aplicador de la ley”. Esta es la concepción del positivismo jurídico clásico, que es la que prevalece en la cultura jurídica ecuatoriana. Tal visión es insostenible por múltiples razones, entre ellas: supondría no una división de poderes, sino un aislamiento entre funciones del Estado, donde estas no interactúan en absoluto; implicaría una suerte de irresponsabilidad social y política por la cual el juez supuestamente puede aislarse de su contexto para decidir sobre la base de un único y exclusivo sentido puramente jurídico de la norma. Esta visión sobre el juez se opone no solo a de la moderna hermenéutica jurídica, sino también a la creciente literatura e investigación empírica proveniente de los estudios contemporáneos de políticas judiciales.

Quienes creemos que Derecho y Política son dos esferas diferenciadas y específicas, relativamente autónomas, pero estructuralmente relacionadas,

atenderemos a los términos de esta relación antes que plantear la ausencia de la misma. Desde esta perspectiva la independencia judicial se basa en la autonomía, no en la autarquía, y el juez para ser independiente requiere ejercer un poder político propio hacia los otros poderes con los que interactúa, poder que se concreta en la posibilidad real de imponer en un litigio su interpretación jurídica de la Constitución o la ley.

Desde una concepción crítica que relacione Derecho y Política, la independencia judicial de una Corte Constitucional puede ser mejor entendida como: (1) el surgimiento o presencia de un tipo diferenciado de actor político: la Corte Constitucional, actor que (2) tiene un poder propio o autónomo que le permite reducir tanto las injerencias indebidas como los costos políticos en sus procesos decisorios. Frente a la noción de independencia judicial (noción negativa) que destaca la ausencia de injerencias indebidas sean políticas, mediante corrupción u otro tipo de presiones, la concepción crítica busca integrar esta noción negativa a otra positiva que destaca también el poder propio y específico del juez constitucional.

En esta perspectiva la independencia no es dicotómica, es decir no se plantea que la Corte es totalmente independiente o no lo es en absoluto, sino que la independencia se plantea como un fenómeno gradual, de mayor o menor intensidad. Por tanto, una Corte Constitucional es *más independiente* cuando puede establecer su interpretación jurídica de la Constitución, incluso contra la posición de otras funciones del Estado, y con una baja probabilidad de drásticas retaliaciones políticas por parte del Congreso, el Presidente o los partidos políticos.

Podría parecer más que extraño que se plantee que el juez constitucional deba erigirse como un actor político cuando el drama del Ecuador es justamente la politización de la justicia. Sin embargo, cuando se dice que *el juez es un actor político*, el término “político” se refiere a la posibilidad del juez de *ser actor por sí mismo*, es decir de actuar con relativa libertad en su proceso interpretativo del Derecho, justamente sin injerencias o a pesar de las injerencias indebidas de los partidos políticos u otras fuerzas sociales.

En efecto, si algo revela hoy la hermenéutica jurídica moderna es que los jueces, y más aún los constitucionales, son actores políticos. Pero son o deben ser *políticos* en un sentido sumamente específico y diverso al que

lo son los partidos políticos, los movimientos sociales o los grupos de presión. Son políticos, primero porque ejercen poder estatal y aplican normativa jurídica, especialmente la Constitución, las cuales son expresiones de procesos políticos. Segundo, porque muchas decisiones de los jueces constitucionales suelen tener gran impacto político.³ Y tercero, porque este poder se basa en la posibilidad de seleccionar entre varias interpretaciones jurídicamente admisibles en base a un mismo texto legal. Esta discrecionalidad —que no arbitrariedad— en la interpretación es la labor específica del juez y constituye el núcleo de su independencia.⁴ Esta independencia entendida como autonomía política, sin embargo, no se justifica por y para sí misma. El juez constitucional en su labor hermenéutica tiene mandatos definidos, entre los cuales destaca la decidida protección de derechos fundamentales.

En ese sentido, el juez constitucional afirma su propio poder político mediante un rol activo y creativo, pero ciertamente profesional, en la interpretación constitucional, y en particular en la defensa de derechos fundamentales. Al juez constitucional le resulta imposible, para cumplir su función, mantenerse en el plano de mera aplicación silogística de la norma, puesto que estas normas, y en particular los derechos, son siempre amplios, abiertos a la definición de sus contenidos. El juez constitucional debe entonces esforzarse por hallar las interpretaciones que mejor sirvan a la mejor defensa de los derechos constitucionales.

Esta definición de la Corte Constitucional como actor político es imperativo reiterarlo y advertirlo, no desmerece sino que fundamenta su carácter de órgano jurisdiccional. Una Corte Constitucional requiere ser políticamente independiente para construir sus análisis jurídicos y sostener sus decisiones no arbitrariamente o por indebidas presiones sino basadas en el Derecho y, fundamentalmente, en la Constitución. La Corte antes y más que ningún otro órgano público está y debe estar posibilitada

3 Aquí puede mencionarse la posición de García de Enterría, quien reconoce que las decisiones del juez constitucional tienen impacto político, pero al tiempo plantea que debe decidirse exclusivamente y estrictamente en base a criterios jurídicos. Como venimos sosteniendo, esto no solo no es posible sino que no sería responsable. Véase García de Enterría, Eduardo. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid, Civitas, 1985, pp. 39 a 61 y 95 a 114.

4 Véase De Trazegnies, Fernando. “El rol político del abogado litigante”. *Los Abogados y la Democracia en América Latina*. AA.VV. Quito, ILSA, 1986; también véase Taruffo, Michele. “Jueces y política: de la subordinación a la dialéctica”. *Revista Isonomía*, 22 (abril 2005).

y a su vez limitada por las posibilidades interpretativas que abre el propio texto constitucional, por los derechos fundamentales, por la lógica y el lenguaje jurídico, por la cultura constitucional de los ciudadanos, por su propia jurisprudencia y un maduro sentido de prudencia política.

En consecuencia, los límites al juez constitucional surgen en un sentido objetivo de las propias posibilidades jurídicas, lógicas y lingüísticas de la interpretación constitucional, los cuales no son infinitos; y segundo, en un sentido subjetivo de una autorrestricción del Tribunal o Corte Constitucional que decide basada en este rango limitado de posibilidades hermenéuticas. Se trata entonces fundamentalmente de una libertad política para proteger y dilucidar los derechos fundamentales en el Derecho y desde el Derecho, pero sin aislarlo artificiosamente de sus complejas e intensas relaciones con la sociedad, la política y la cultura.

En Ecuador la clase política históricamente ha impedido que los jueces, y en particular el Tribunal Constitucional, se constituyan en nuevos actores políticos, realmente independientes, en el sentido que venimos planteando. Demasiadas interpretaciones del Tribunal Constitucional en casos sujetos a alta presión política se caracterizaron por su extrema deferencia al Congreso, su inconsistencia normativa y lógica, su debilidad argumentativa, su brevedad o formalismo. De hecho los medios de comunicación, al comentar las llamadas resoluciones⁵ del Tribunal Constitucional, atendían más a la correlación o distribución de “fuerzas partidarias” al interior del Tribunal y a las presiones provenientes del Congreso que al problema jurídico, la normativa aplicable, la jurisprudencia preexistente o al derecho en cuestión.

En efecto, el Tribunal Constitucional operó más como un espacio integrado por representantes o delegados de los partidos políticos y de instancias corporativas, que como una institución profesional y autónoma con poderes, políticas, estrategias y decisiones propias; es decir, como un actor político independiente de carácter judicial. En este sentido, puede plantearse la hipótesis de que en Ecuador lo que se produjo fue una politización de la justicia constitucional, mas no una judicialización de la política, puesto que esto último implica jueces constitucionales independientes y relativo acatamiento del control jurídico que estos ejerzan sobre ciertas decisiones o procesos políticos.

5 Técnicamente en realidad son sentencias.

En otros términos, lo que teníamos en el país era una suerte de instrumentalización o manipulación del Derecho y la justicia constitucional, a efectos de legitimar lo que en realidad son decisiones político-partidarias. Por supuesto, hay sentencias del Tribunal en las cuales no habiendo presión política o corrupción, se desarrollaron análisis jurídicos, algunos de ellos incluso muy interesantes; probablemente estos casos constituyen un buen número de los que resolvió el Tribunal. Pero desde el punto de vista político y cualitativo, muchos casos cruciales en que el Tribunal debió cumplir una función clave para la superación de conflictos o crisis políticas o definición de derechos, fueron sometidos a tremendas presiones que han distorsionado el proceso decisorio.

¿Por qué la clase política ha impedido el surgimiento del Tribunal Constitucional como un actor político y jurisdiccional efectivamente independiente? Una hipótesis plausible era la ausencia en Ecuador de un acuerdo o pacto político para dar lugar a un Estado de Derecho realmente regido por una Constitución y a sus correspondientes órganos de control jurídico. Es claro que estos órganos vendrían a regular y limitar la actividad política partidaria para ajustarla a los cánones constitucionales. En lugar de ello, cada partido o sector político ha pugnado por controlar a estos órganos para que legitimen sus intereses en los casos de alta relevancia política.

Una clara evidencia de este tipo de relación se halla en la que históricamente ha mantenido el Tribunal Constitucional y el Congreso. El cuadro siguiente pone en evidencia la crónica intervención del Congreso en el Tribunal a efectos de presionar a este para que resuelva en el sentido que la coalición legislativa dominante ha pretendido imponer.

Acciones de intervención política sobre el Tribunal Constitucional (TC) en Ecuador 1997-2007

AÑO	ANTECEDENTES	TIPO DE ACCIÓN
1997	Destitución del presidente de la República, Abdalá Bucaram (6 de febrero).	Destitución del TC.
1999	TC juzga constitucionalidad de Ley para las Reformas de las Finanzas Públicas.	Congreso destituye al TC.
2001	Inconstitucionalidad del aumento del Impuesto al Valor Agregado.	Presidente Gustavo Noboa plantea reemplazo del TC por sala constitucional en la Corte Suprema.
2004	Reorganización de la Corte Suprema y del Tribunal Supremo Electoral por parte del Congreso (24 de noviembre).	Congreso destituye al TC (noviembre-diciembre). Congreso designa nuevos vocales (25 de noviembre).
2005	Congreso nombra nuevo TC.	Nueva mayoría legislativa deja sin efecto nueva designación de TC. TC queda inactivo por meses.
2007	TC restituye a 50 diputados destituidos por el Tribunal Supremo Electoral.	Destitución del TC (24 de abril).

Elaboración: Agustín Grijalva Jiménez y Luis Ávila.

Fuente: Ávila Santamaría, Ramiro. "Justicia Constitucional y Derechos Humanos". *Revista Foro* (Quito) 4, Corporación Editora Nacional (2005).

1.2. Importancia política de la independencia de la Corte Constitucional

La independencia de la justicia constitucional es indispensable para la eficacia de la Constitución. Sin jueces constitucionales que bajo criterios jurídico-políticos resguarden la supremacía de la Constitución, esta queda debilitada en su eficacia jurídica y limitada a una declaración de propósitos políticos.⁶

6 A su vez, como se expuso, sin voluntad política por constituir tribunales realmente independientes y profesionales, al menos parte de la justicia constitucional funciona como mera racionalización jurídica de decisiones políticas.

Más específicamente, sin un Tribunal o Corte Constitucional independiente, la actividad de los legisladores y administradores no se ve realmente sometida a los procedimientos, valores y derechos que la Constitución establece. Son los jueces, y en particular el Tribunal o Corte Constitucional, quienes deben controlar la compatibilidad con la Constitución, tanto de la legislación como de la actividad de la administración pública. Sin tal control, en los hechos el legislador tiende a legislar sin Constitución, y el Ejecutivo a actuar al margen de esta.

Por otra parte, la debilidad del Tribunal Constitucional propicia la inestabilidad política, puesto que no permite una adecuada mediación en los conflictos entre el Presidente y el Congreso. Así, por ejemplo, si estas funciones del Estado no están de acuerdo en cuanto a la constitucionalidad de una ley como en el caso de la objeción presidencial a un proyecto de ley por inconstitucional, el Tribunal es el espacio institucional en el cual este desacuerdo debe y puede resolverse. Si el desacuerdo proviene de un sector de la sociedad civil, este también puede demandar la inconstitucionalidad de esta ley, incluso cuando ya está vigente y antes de ser aplicada a un caso concreto.

En definitiva, cuando ciertos conflictos o desacuerdos no han podido procesarse políticamente porque no han generado la deliberación y el consiguiente nivel de acuerdo subyacente a la ley, un Tribunal Constitucional puede constituir una suerte de segunda arena en que esta discusión puede volver a tener lugar en términos diversos. Estos términos son los del Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Esta segunda discusión puede originarse no solo por el contenido de la ley, sino por la falta de democracia en su aprobación. En efecto, corresponde también a la justicia constitucional verificar que se hayan cumplido los procedimientos constitucionales para la aprobación de la ley. Procedimientos que por lo general están diseñados para asegurar la interacción razonable de opiniones y argumentos, y que además regulan la toma democrática de decisiones.

Por ejemplo, si el Congreso y el Ejecutivo aprueban una ley que la minoría parlamentaria y ciertos sectores u organizaciones sociales consideran contraria a determinados derechos constitucionales, quienes disienten pueden demandar su inconstitucionalidad sea por su contenido o por

el procedimiento de su aprobación, y el Tribunal provee el foro para reiniciar la discusión. Esta nueva discusión puede derivar en la nulidad o en una reinterpretación de la ley (control constitucional abstracto). Pero incluso si esta ley llega a aplicarse a un caso concreto, un juez puede dejar de aplicarla (control constitucional concreto) y también reiniciar la discusión en el Tribunal Constitucional, al consultar a este sobre la constitucionalidad de tal ley.

En este proceso, el Tribunal contribuye también a esclarecer el alcance de los derechos humanos afectados. Puesto que tales derechos adoptan en la Constitución la forma de principios muy generales; la dilucidación de los contenidos y regulación de tales derechos se hace por dos vías: la legislativa y la jurisprudencial.

En la primera vía, el Congreso y el Ejecutivo desarrollan y regulan los derechos constitucionales mediante su actividad legislativa. En la segunda, los jueces perfeccionan, precisan, concretan, reinterpretan y controlan esta legislación para que se enmarque en los valores y derechos que la Constitución establece.

A estas dos vías se debería agregar el control ciudadano o social directo. Este control se activa fundamentalmente mediante una activa participación política, más allá de —o mejor en coordinación con— las instancias político-representativas, y en defensa de los derechos fundamentales y la supremacía constitucional. En efecto, como destacaremos más adelante al estudiar el acceso social a la justicia constitucional, la cultura constitucional de los ciudadanos es fundamental para la operación de un sistema constitucional.⁷

En consecuencia, en un sistema constitucional, legislación y control constitucional son dos procesos alternativos y a la vez complementarios. La clase política en Ecuador ha incluido formalmente algunos elementos de este diseño institucional en las constituciones, pero ha excluido otros intencionalmente tanto por la falta de acuerdo político como por la intención de evitar la disminución efectiva de su poder mediante el desarrollo de formas independientes de control jurídico.

7 Considerérese, por ejemplo, al respecto las teorías de Peter Haberle, para quien la Constitución más que un texto es un permanente proceso cultural, histórico y político en el cual participan todos los ciudadanos en una comunidad abierta y pluralista de intérpretes.

1.3. Independencia judicial y democracia

En la teoría política y en la doctrina constitucional siempre se destaca la tensión entre constitucionalismo y democracia.⁸ Los jueces constitucionales, pese a no haber sido elegidos directamente por los ciudadanos, pueden y deben con frecuencia juzgar la constitucionalidad de decisiones o normas de autoridades e instituciones popularmente electas. De esta forma, las leyes promulgadas por el Congreso Nacional, los decretos del Presidente de la República o las normas expedidas por los gobiernos locales pueden declararse jurídicamente inválidos y, por tanto, quedar materialmente insubsistentes. Surge entonces la pregunta: ¿cómo es posible que un juez o un pequeño grupo de jueces (Tribunal Constitucional) anulen lo decidido por representantes elegidos por millones de ciudadanos? Esto es lo que se ha denominado la *dificultad contramayoritaria*, la cual viciaría estructuralmente la legitimidad de la justicia constitucional.

Los constitucionalistas por su lado han esgrimido múltiples argumentos en defensa del control constitucional.⁹ Han planteado que una Constitución no solo expresa, o debe expresar, acuerdos o intereses mayoritarios, sino que implica también procedimientos y límites para esta voluntad mayoritaria. El ejemplo más claro de estos límites está dado por los derechos fundamentales, especialmente los derechos de los individuos y de las minorías, los cuales se erigen como valla infranqueable para esta voluntad mayoritaria, dando lugar a una democracia que incluye a las minorías junto a las mayorías en lugar de enfrentarlas, una democracia más basada en el consenso y la inclusión que en el número.¹⁰ Por otra parte, la propia voluntad mayoritaria, expresada supuestamente en la mayoría legislativa, mal podría viabilizarse sin procedimientos adecuados, y los principales de estos debe regularlos la Constitución.¹¹

8 Una referencia clásica a esta dificultad es el debate sobre la legitimidad del Tribunal Constitucional entre Carl Schmitt y Hans Kelsen. Para una visión general, véase García de Enterría, Eduardo. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. 1985. Para una referencia contemporánea del problema contramayoritario, véase Gargarella, Roberto. "Las amenazas del constitucionalismo: constitucionalismo, derechos y democracia". *Los derechos fundamentales*. Marcelo Alegre *et al.* Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003. Una moderna defensa del constitucionalismo se encuentra en Ferrajoli, Luigi. "La democracia constitucional". *Desde otra mirada*. Comp. Christian Courtis. Buenos Aires, Eudeba, 2001.

9 Luigi Ferrajoli, *op. cit.*

10 Lijphart, Arend. *Patterns of Democracy*. New Haven, Yale University Press, 1999.

11 Bernal Pulido, Carlos. *El derecho de los derechos*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

El debate entre demócratas y constitucionalistas no ha sido zanjado en la teoría, pero en la práctica las nuevas democracias que emergieron alrededor del mundo en los ochenta y noventa del siglo veinte establecieron tribunales constitucionales o poderes de control constitucional en sus cortes supremas.¹² Por tanto, la expansión democrática ha sido durante las últimas décadas históricamente paralela a la de la justicia constitucional.¹³ Pese a sus fuertes tensiones constitucionalismo y democracia han mostrado también una faceta complementaria.

Esta relativa complementariedad, por supuesto, no elimina las dudas sobre la mayor o menor democracia que el propio sistema de control constitucional puede articular en su dinámica interna y en su relación con la sociedad civil. Más concretamente, no todos los jueces y tribunales constitucionales son idénticos. Los hay, para ejemplificar antípodas, activos y pasivos, independientes y subordinados al Legislativo o al presidente, rigurosos en la técnica de su jurisprudencia o bastante básicos a este respecto, activos defensores de derechos o débiles en tal función. Surge entonces la pregunta: ¿qué tipo de Tribunal Constitucional es el que puede complementarse mejor con la democracia?

Como se ha dicho, se requiere un Tribunal independiente, que cumpla su función política definida. Pero se requiere además un Tribunal comunicado con la sociedad, con los ciudadanos que reclaman por sus derechos constitucionales. Esta comunicación implica condiciones institucionales muy específicas, algunas de las cuales están definidas por el nivel del acceso ciudadano a la justicia constitucional.

2. Acceso

El acceso a un Tribunal Constitucional tiene una *dimensión formal* definida por los procedimientos jurídicos que permiten poner en marcha la capacidad decisoria del Tribunal. Sin embargo, hay además una *dimensión material o social* del acceso, la cual está dada por la política judicial que el Tribunal desarrolle en su relación con la ciudadanía.

12 Ginsburg, Tom. *Judicial review in new democracies – Constitutional courts in asian cases*. Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

13 Lijphart, Arend. *Patterns of democracy*. New Haven, Yale University Press, 1999.

Incluso con una misma normativa regulando el acceso formal puede haber distintos grados de apertura o acceso social. Un Tribunal Constitucional puede estar atento, en mayor o menor grado, a la opinión pública; puede considerar con mayor o con menor fuerza la información de actores afectados e interesados, o los informes de expertos, dando lugar a un verdadero proceso deliberativo como se expone más abajo; puede incluso iniciar o no vía legislativa o jurisprudencial un proceso de reforma o reinterpretación a su normatividad interna que le permita ampliar o restringir incluso las vías de acceso formal.

Por tanto, el acceso formal o jurídico y el acceso material o socialmente considerado se hallan estructuralmente relacionados. En lo que sigue, se examina la dimensión formal y material del acceso en el caso del Tribunal Constitucional ecuatoriano.

2.1. Acceso formal. Se relaciona con la disponibilidad de lo que en el Derecho Constitucional se denominan *garantías*, esto es con la existencia de instituciones y procedimientos jurídicos que permitan resguardar la supremacía constitucional y especialmente el respeto a los derechos fundamentales. Las garantías son tan importantes como los derechos puesto que sin aquellas estos, pese a su vigencia formal, quedan en meras expectativas sin posibilidades de ejecución coercitiva ante los tribunales.¹⁴ Por tanto, si las acciones y garantías no operan adecuadamente de poco sirve una amplia y desarrollada gama de derechos constitucionales.

En Ecuador, la Constitución de 1998 ya establecía la supremacía constitucional e incluía amplias tablas de derechos. Paradójicamente, las leyes, otras normas infralegales y el formalismo predominante en la cultura jurídica nacional, regularon las acciones y garantías de forma tal que en alguna medida se favorecía luego su indebida restricción.¹⁵

El ejemplo más claro era el del amparo. Respecto a esta garantía se planteaba insistentemente que había un constante abuso. Se decía que se recurría indebidamente al amparo cuando este no era el medio jurídicamente adecuado para reclamar determinados asuntos ante los jueces. Había un grado de verdad en esta afirmación, puesto que el amparo con

14 Peña, Manuel. *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Valladolid, Editorial Trotta, 1997.

15 Estas restricciones, pese a su inconstitucionalidad, se hallan incluso reguladas en la Resolución de la Corte Suprema sobre el Amparo y la Ley de Control Constitucional.

frecuencia era utilizado como una argucia jurídica dilatoria de procesos judiciales en los que no estaban en juego derechos fundamentales. No obstante, por otro lado, con tanta o más frecuencia *los jueces negaban amparos cuando en verdad estaban siendo violados derechos constitucionales*. Estas negativas con penosa frecuencia se fundamentaban en formalismos secundarios que hacían tabla rasa del principio de que no se sacrifique la justicia por formalidades (principio *pro actione*).

En la Constitución de 2008 los derechos y garantías se amplían y fortalecen. Se busca una desformalización de las garantías y, entre ellas, de la acción de protección la cual tiene como antecedente el amparo. Sin embargo, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) inconstitucionalmente vuelve residual la acción de protección,¹⁶ pues la Constitución la concibe como una garantía directa y eficaz.¹⁷ Basándose en la LOGJCC, muchos jueces niegan acciones de protección dejando desprotegidos derechos constitucionales, en tanto progresivamente se va revelando que en la práctica de la acción de protección se vienen manteniendo muchas de las distorsiones y falencias que caracterizaron al amparo¹⁸ bajo la Constitución de 1998.

Una razón para esta restricción del amparo y actualmente de la acción de protección radica en la cultura formalista y paleo-positivista que predomina entre muchos jueces y abogados en el Ecuador. La Constitución se interpreta del mismo modo que cualquier ley, imponiéndole una hermenéutica administrativista o civilista, sin considerar que existe toda una subdisciplina que considera las particularidades de la interpretación constitucional, la cual ha desarrollado técnicas y criterios propios los cuales se complementan con los métodos de interpretación jurídica general.¹⁹ En Ecuador los derechos fundamentales tienden

16 Artículo 42, numeral 4 de la LOGJCC.

17 Artículo 88 de la Constitución del Ecuador.

18 Para un estudio de esta continuidad entre amparo y acción de protección puede revisarse los artículos de mi autoría en los Informes de Derechos Humanos del Programa Andino de Derechos Humanos de la Universidad Andina de los años 2009 y 2010. Internet. <http://repositorio.uasb.edu.ec/>.

19 Por supuesto, hay un amplio e intenso debate teórico sobre la mayor o menor intensidad en las diferencias entre métodos de interpretación constitucional y métodos jurídicos generales de interpretación. Para un acercamiento al debate, puede revisarse Carbonell, Miguel, ed. *El canon neoconstitucional*. Bogotá, Universidad Externado, 2010; también publicado en España por Editorial Trotta en el mismo año.

a ser entendidos exclusivamente como derechos individuales y subjetivos. Por tanto, la exigencia de su respeto correspondería exclusivamente al directamente afectado. Cuando alguien exige la protección de un derecho colectivo o difuso, el sistema con frecuencia no admite el reclamo basado en criterios formalistas que tienden a viabilizar y priorizar acciones individuales sobre derechos civiles.

Empero, los derechos fundamentales son hoy concebidos no simplemente como derechos subjetivos de personas individuales, sino además como verdaderas *instituciones públicas*,²⁰ y sus titulares van más allá de los individuos afectados, incluyendo a los ciudadanos en general y a los colectivos que estos forman. Así, por ejemplo, un derecho como el de libertad de opinión e información, no interesa solamente a aquel que en un conflicto específico está siendo afectado, sino a la sociedad democrática en su conjunto, puesto que el proceso deliberativo, la formación de consensos y la participación política misma dependen de este derecho. Por supuesto, lo mismo puede decirse de derechos como el de asociación, de reunión o el sufragio.

Por otro lado, hay una amplia gama de nuevos derechos constitucionales cuyos titulares no son individuos sino comunidades, pueblos o colectivos.²¹ Un ejemplo claro está dado por los pueblos indígenas, los cuales son titulares, en tanto pueblos, de derechos tales como la gestión de sus sistemas educativos, la preservación de sus idiomas, de sus conocimientos tradicionales, la posesión de sus tierras ancestrales, el ejercicio de su administración de justicia, etc. Otro ejemplo está dado por el Derecho Ambiental, donde son comunidades enteras, y no solo individuos, las que pueden ser afectadas por fenómenos como la contaminación.

Otros ejemplos de restricción del acceso formal a la justicia constitucional en Ecuador, bajo la Constitución de 1998, radicaban en la prohibición de interponer amparo contra decisiones judiciales, contra actos de

20 Para una visión general respecto de las diversas teorías sobre la naturaleza de los derechos fundamentales, véase Pérez Luño, Antonio. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid, Editorial Tecnos, 1999, especialmente el capítulo 7. Otra buena visión panorámica la provee Landa, César. *Estudios sobre Derecho Procesal Constitucional*. México, Editorial Porrúa, 2006.

21 Este es uno de los cambios estructurales en el paso del modelo de Estado Liberal al modelo de Estado Social. Véase al respecto Abramovich, Víctor y Christian Courtis. *Los Derechos Sociales*

gobierno, y contra la aplicación de normas que implique la violación de derechos constitucionales. Varias de estas restricciones fueron eliminadas con la Constitución de 2008, aunque la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional ha mantenido o creado inconstitucionalmente nuevas restricciones, como por ejemplo la de exceptuar del objeto de la acción de protección a las decisiones del Consejo Nacional Electoral y del Tribunal Contencioso Electoral.²²

Así mismo, otra garantía fundamental, la de hábeas corpus, se hallaba en la Constitución de 1998 limitadamente definida, pues no incluía múltiples formas posibles de privación de la libertad, sino que se limitaba a la que puedan ocasionar los establecimientos carcelarios. Esta limitación fue superada por la Constitución de Montecristi, la cual expandió, conforme a la jurisprudencia interamericana, el objeto del hábeas corpus a otras formas de privación de la libertad, producidas incluso por particulares.²³

2.2. Acceso material o social. Tiene relación con el proceso de democracia deliberativa que se genere en y alrededor del Tribunal Constitucional. Como sabemos, la democracia deliberativa se concibe como un proceso comunicacional en que los ciudadanos exponen y transforman sus preferencias a partir de la discusión en términos de igual participación y respeto.²⁴

En efecto, tanto en algunas corrientes de la teoría política contemporánea, marcadas especialmente por el pensamiento de Jürgen Habermas, como en la práctica judicial de algunos tribunales constitucionales, hallamos dinámicas propias de la democracia deliberativa. Esto sucede o debería suceder, por ejemplo, en la llamada acción abstracta de inconstitucionalidad cuando existe una amplia legitimación activa, es decir, un amplio acceso formal para demandar la inconstitucionalidad de una norma (legitimación popular), este es el caso del artículo 439 de la Constitución de 2008, mediante la cual cualquier ciudadano o ciudadana individual o colectivamente puede solicitar al Tribunal Constitucional que considere la constitucionalidad de una ley u otra norma jurídica.

22 Artículo 42, numeral 7 de la LOGJCC.

23 El artículo 89, primer párrafo, de la Constitución de 2008 hace referencia a la orden de autoridad pública o de cualquier persona que haya privado a otro de su libertad de forma ilegal, arbitraria o ilegítima.

24 La referencia básica a este respecto es la obra *Facticidad y validez* de Jürgen Habermas.

En este proceso constitucional pueden participar otros interesados o afectados, además de expertos, técnicos o profesionales, presentando sus argumentos, sus datos, sus valoraciones. Por supuesto, la discusión tenderá a expresarse principalmente en los términos y en la lógica del Derecho Constitucional, pero ello no impide que el debate se extienda informalmente a otros espacios de la opinión pública, a los cuales los magistrados del Tribunal o Corte Constitucional también deberían atender y de hecho atienden en los medios de comunicación.

Esta visión del proceso constitucional como un proceso deliberativo ha llevado a Robert Alexy a sostener que los jueces constitucionales ejercen, lo que él llama, una “representación argumentativa”.²⁵ Mientras que el Congreso surge de una representación basada fundamentalmente en elecciones, el Tribunal Constitucional centra su legitimidad en la corrección de sus argumentos, en la solidez de su interpretación y su discurso jurídico. En otros términos, la legitimidad de una Corte Constitucional depende fuertemente de la capacidad de argumentar su interpretación de la Constitución y apelar mediante tal interpretación a las opciones y valores de los ciudadanos. De hecho, esta necesidad de legitimación mediante el discurso es una limitación más a las posibilidades técnicamente admisibles de interpretación constitucional, una valla más que impide que la discrecionalidad del intérprete derive en arbitrariedad.

Ahora bien, para que exista deliberación constitucional no es suficiente la disponibilidad y capacidad de jueces y magistrados constitucionales. Son los ciudadanos en general los que deben apropiarse de la Constitución, conocer y exigir políticamente y jurídicamente sus derechos fundamentales, incluyendo los derechos sociales y colectivos. Son los ciudadanos los que deben demandar y argumentar contra las leyes u otras normas inconstitucionales, y desplegar este debate en los diversos espacios de la opinión pública. En este marco la Corte Constitucional es el espacio más institucionalizado del debate, pero no un espacio exclusivo ni excluyente de otros. Dicho con otras palabras, una Corte Constitucional en una democracia con ciudadanos realmente imbuidos de una cultura constitucional no puede continuar concibiéndose como una élite de jueces de

25 Alexy, Robert. *Teoría del discurso y derechos constitucionales*. México, Distribuciones Fontamara, 2005.

espaldas a estos ciudadanos. Hoy una Corte Constitucional debe ser un foro democrático donde las razones se expresen, se escuchen, se consideren.²⁶

Pero además, la Corte Constitucional no solo debe constituir ella misma un espacio de deliberación racional y razonable, sino que debe asegurar que otros espacios institucionales como, por ejemplo, el proceso legislativo y los procesos judiciales ordinarios incluyan este proceso deliberativo.²⁷

Han sido Habermas²⁸ y Ely quienes han liderado conceptualmente la valoración de una Corte Constitucional en función de su rol protectorio del proceso democrático en cuanto procedimiento. En efecto, si los derechos constitucionales para ser legítimos son siempre definidos mediante discusiones que requieren procesos democráticos, se vuelve indispensable que alguna institución resguarde estos procedimientos. En términos más específicos, este es el rol que cumple una Corte Constitucional al controlar la constitucionalidad del proceso de formación de la ley. En efecto, el propio debate parlamentario puede ser sometido a escrutinio constitucional estrictamente en relación al debido proceso legislativo, en cuanto a las condiciones de igualdad y libertad del debate y la votación, a efectos de determinar tal constitucionalidad. Este es otro ejemplo de cómo la justicia constitucional y la democracia pueden y deben complementarse.

En el caso de los procesos judiciales, la Corte Constitucional preserva la deliberación mediante la protección al derecho al debido proceso constitucional.²⁹ En efecto, el debido proceso puede ser concebido como la institución constitucional que asegura a quien se halla ante un juez la posibilidad de defenderse, de presentar sus pruebas y argumentos y conocer y controvertir los de la otra parte, para que estos sean sopesados por el juzgador antes de dictar una sentencia. En definitiva, el proceso judicial es también un proceso comunicativo en que los principios integradores del

26 Un problema complejo y crucial a este respecto es el de control constitucional y diversidad cultural.

27 Bernal Pulido, Carlos. *El derecho de los derechos*. Bogotá, 2005, especialmente el capítulo 11.

28 Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez*, capítulo sobre TC. Para una síntesis, véase Mejía Quintana, Óscar. "Tribunal Constitucional, desobediencia civil y democracia deliberativa. El paradigma discursivo-procedimental frente al dilema liberal-republicano". *Republicanismo Contemporáneo*. Comp. Hernández, Andrés. Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2002.

29 Carlos Bernal Pulido, *op. cit.*, especialmente el capítulo 11.

debido proceso preservan estrictamente las condiciones de expresión, igualdad y libertad de los interlocutores.

3. Eficiencia

La eficiencia en justicia constitucional tiene relación con la efectividad en la protección de derechos fundamentales, y en general con la efectiva preservación de la supremacía de la Constitución sobre otras normas jurídicas. Ambos procesos tienen dimensiones tanto cualitativas (como la calidad y cumplimiento de los fallos), como cuantitativas (como el número de acciones de protección o acciones de inconstitucionalidad tramitados). Por supuesto, la eficiencia está relacionada tanto con la independencia como con el acceso.

A mayor independencia uno podría esperar, al menos tendencialmente, una administración más profesional y ágil de los procesos constitucionales. En este sentido, la independencia podría ser vista como una condición o requisito estructural para que los jueces constitucionales efectivamente protejan derechos y preserven la Constitución. Por otra parte, la independencia de los jueces constitucionales se vuelve inoperativa si sus fallos no son acatados; no se trata entonces solamente de que estos puedan decidir con libertad, sino de que estas decisiones sean acatadas. En sintonía con este objetivo, el artículo 86, numeral 4 de la actual Constitución establece la destitución de las autoridades públicas que no acaten los fallos de los jueces constitucionales.

Por otra parte, a mayor acceso pueden producirse dos efectos, mutuamente opuestos, sobre la eficiencia: a) mayor protección de derechos, b) congestión de causas. Los efectos son opuestos en cuanto una creciente saturación de causas puede incidir negativamente sobre la eficiencia hasta el punto de reducir la efectividad en la protección de derechos, especialmente mediante un deterioro progresivo de la calidad de los fallos.

Esto último era justamente un problema central de la eficiencia de la justicia constitucional en Ecuador. El ejemplo más claro era nuevamente el amparo bajo la Constitución de 1998. El sistema de entonces permitía que todos los amparos respecto de los cuales una de las partes apelaban pudieran llegar al Tribunal Constitucional. Tal sistema ofrecía aparente-

mente un amplio acceso que permitiera eficiencia en la protección de derechos. Sin embargo, en la práctica, un acceso tan amplio terminaba atentando contra la efectiva protección de derechos. La razón para esto radicaba en que el constante flujo de amparos y la reiteración del mismo tipo de causas hacia el Tribunal impedían que este se concentre en los casos más complejos e importantes en términos jurisprudenciales, o que dicte jurisprudencia obligatoria sobre casos reiterados. Al tener numerosos amparos los magistrados, asesores y personal del Tribunal no estaban en condiciones de aumentar sustancialmente, aunque lo quisieren, la calidad técnica de los fallos. Esto a su vez coadyuvaba para que esta jurisprudencia tenga un impacto bajo o nulo sobre casos similares resueltos por otros jueces.

Por otra parte, la eficiencia no debe ser reducida a un alto volumen de resolución de causas en un período dado. Aunque debe atenderse a la dimensión cuantitativa, de forma que no se produzca represamiento de causas, y por esta vía desprotección de derechos, es fundamental que estas decisiones se hallen debidamente motivadas, sean tramitadas con respeto del debido proceso y determinen las reparaciones pertinentes.

Bajo estas consideraciones se incluyó en la Constitución de 2008 la competencia del Tribunal o Corte Constitucional para seleccionar los casos de amparo, actual acción de protección, a resolver, tal cual sucede en otros países como Colombia y Estados Unidos. De esta forma, aunque todos los amparos pueden ser revisados mediante una comisión de admisiones de la Corte Constitucional, esta selecciona para decisión solamente aquellos casos paradigmáticos respecto a los cuales puede establecer jurisprudencia constitucional obligatoria para casos similares. Un complemento esencial de esta propuesta fue la transferencia de la segunda instancia de los amparos o acciones de protección del Tribunal o Corte Constitucional a las cortes provinciales.

La imposibilidad de eliminar cierto grado de discrecionalidad por parte de la Corte Constitucional en la selección de los casos solamente puede ser compensada con un alto grado de profesionalismo, prudencia y un agudo sentido de trascendencia constitucional de los casos reiterados o cruciales que deben ser objeto de un detenido examen para convertirse en base de nueva jurisprudencia constitucional obligatoria.

4. Bibliografía

- Abramovich, Víctor y Christian Courtis. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid, Editorial Trotta, 2004.
- Alexy, Robert. *Teoría del discurso y derechos constitucionales*. México, Distribuciones Fontamara, 2005.
- Bernal Pulido, Carlos. *El derecho de los derechos*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- Carbonell, Miguel, ed. *El canon neoconstitucional*. Bogotá, Universidad Externado, 2010.
- Constitución de la República del Ecuador, 2008.
- De Trazegnies, Fernando. “El rol político del abogado litigante”. *Los abogados y la democracia en América Latina*. AA.VV. Quito, ILSA, 1986.
- Ferrajoli, Luigi. “La Democracia Constitucional”. *Desde otra mirada*. Comp. Christian Courtis. Buenos Aires, Eudeba, 2001.
- García de Enterría, Eduardo. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid, Civitas, 1985.
- Gargarella, Roberto. “Las amenazas del constitucionalismo: constitucionalismo, derechos y democracia”. *Los derechos fundamentales*. Marcelo Alegre et al. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003.
- Ginsburg, Tom. *Judicial review in new democracies – Constitutional courts in asian cases*. Cambridge, Cambridge University Press, 2003.
- Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez*. Editorial Trotta.
- Landa, César. *Estudios sobre Derecho Procesal Constitucional*. México, Editorial Porrúa, 2006.
- Lijphart, Arend. *Patterns of democracy*. New Haven, Yale University Press, 1999.
- Mejía Quintana, Óscar. “Tribunal Constitucional, desobediencia civil y democracia deliberativa. El paradigma discursivo-procedimental frente al dilema liberal-republicano”. *Republicanismo contemporáneo*. Comp. Andrés Hernández. Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2002.
- Peña, Manuel. *La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho*. Valladolid, Editorial Trotta, 1997.
- Pérez Luño, Antonio. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid, Editorial Tecnos, 1999.
- Taruffo, Michele. “Jueces y política: de la subordinación a la dialéctica”. *Revista Isonomía*, 22 (abril 2005).

Interpretación constitucional, jurisdicción ordinaria y Corte Constitucional

Este artículo se aproxima a algunas de las funciones de interpretación jurídica que corresponde a la Corte Constitucional. La interpretación de la Constitución no es una tarea exclusiva de la Corte Constitucional. Es un proceso ineludible de todas las autoridades y de todos los ciudadanos. Interpretar la Constitución. El ciudadano para defender sus derechos, el juez para protegerlos, el legislador para regularlos y las autoridades para omitir o realizar ciertas conductas. No obstante, la interpretación de la Corte Constitucional tiene ciertas peculiaridades cuyo contorno conviene dilucidar a efectos de que la Corte preserve su carácter jurisdiccional y colabore así con el ejercicio constitucional de competencias de los diversos órganos y funciones.

1. De la soberanía parlamentaria al control constitucional

Durante la mayor parte de la historia republicana del Ecuador, el Legislativo fue concebido como el intérprete final de la Constitución.¹ Hasta las reformas constitucionales de 1992 era el propio Congreso Nacional el que decidía de forma definitiva sobre la inconstitucionalidad

1 Ya la Constitución de 1835, en el artículo 110, establecía que “Solo el Congreso podrá resolver las dudas que ocurran sobre la inteligencia de alguno, o algunos artículos de esta Constitución”. Una idea que con otras palabras será reiterada por todas las constituciones ecuatorianas hasta 1998.

de las leyes que dictaba.² Tal sistema implicaba que la actividad legislativa del Congreso no estaba sujeta a un auténtico control abstracto de constitucionalidad. El dato va más allá de la curiosidad histórica, pues revela un fuerte arraigo de la noción de *soberanía parlamentaria* en la cultura jurídica y política ecuatoriana.

La noción del legislador soberano comenzó a diluirse, como se ha dicho, solo con las reformas constitucionales de 1992 y 1995, en las cuales se otorgó a órganos jurisdiccionales la facultad de decidir en última instancia sobre acciones de inconstitucionalidad. Este fue un cambio que la codificación de la Constitución de 1998 recogió, pero manteniendo al mismo tiempo, de forma contradictoria, la condición del legislador como único intérprete final de la Constitución.

La Constitución de 2008 concluye este proceso evolutivo en el Derecho constitucional ecuatoriano. A diferencia de todas las constituciones anteriores que de una u otra forma otorgaron al Congreso la facultad de interpretar la Constitución de forma general y obligatoria, el artículo 429 de la Constitución vigente, en línea con el constitucionalismo actual, atribuye esa función a la Corte Constitucional.

“En efecto, la Codificación de 1998 de la Constitución” establecía en el artículo 284 que “en caso de duda sobre el alcance de las normas contenidas en esta Constitución, el Congreso Nacional podrá interpretarlas de un modo generalmente obligatorio”.³ Esta disposición adolecía de dos graves falencias: 1) anacronismo, y 2) contradicción con las funciones del Tribunal Constitucional.

En cuanto a lo primero, el anacronismo radica en la idea de que el legislador es el único o el principal intérprete de la Constitución, lo que equivale a decir que es soberano, pues tal concepción ha sido claramente

2 Mediante las reformas constitucionales de 1992 se atribuyó a una sala constitucional de la Corte Suprema la competencia para decidir en última instancia sobre la constitucionalidad de leyes u otras normas jurídicas “suspendidas” por el Tribunal de Garantías Constitucionales. Posteriormente, las reformas constitucionales de 1995 y 1996 transfirieron esta atribución al Tribunal Constitucional, lo cual fue recogido por la Constitución de 1998.

3 Adicionalmente, y para aumentar la confusión, el artículo 3, literal e, de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado da también a este organismo la facultad de absolver consultas sobre interpretación constitucional, disponiendo que los dictámenes de esta institución sobre la materia consultada sean obligatorios para la administración pública.

superada en el Derecho constitucional moderno.⁴ La soberanía del legislador en realidad se trasunta a la idea de soberanía de la ley, esto es en el predominio de la ley incluso frente a la Constitución. Hoy se piensa que los legisladores representan al pueblo pero deben hacerlo en el marco que el propio pueblo en tanto constituyente le ha establecido mediante una Carta fundamental. El legislador, como cualquier autoridad pública, está sometido a la Constitución, y es por tanto necesario un órgano jurisdiccional que determine jurídicamente cuándo las leyes dictadas por el Congreso y el Ejecutivo no se ajustan formal o materialmente a la Carta fundamental; este órgano en la inmensa mayoría de sistemas jurídicos es la Corte Constitucional o la institución que cumpla estas funciones, generalmente la Corte Suprema.

Respecto a lo segundo, esto es la contradicción entre el principio de soberanía del legislador y las funciones del Tribunal Constitucional, la Constitución de 1998, al tiempo de hacer del Congreso el intérprete final de la Constitución, establecía en el artículo 278 que las declaratorias de inconstitucionalidad de la ley por parte del Tribunal Constitucional no tendrían efecto retroactivo ni serían objeto de recurso alguno, es decir serían definitivos. Empero, para llegar a tales declaratorias el Tribunal Constitucional necesariamente debía interpretar la Constitución también de forma general y obligatoria, con lo cual se producía una clara y abierta contradicción con las facultades interpretativas del Congreso.

La Constitución de 2008 supera este anacronismo y contradicción cuando en el artículo 429 establece de forma inequívoca que “la Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia”. Al mismo tiempo se elimina esta atribución de las competencias propias de la función legislativa. Paradójicamente, frente a este claro avance el artículo 427 para priorizar la voluntad ya no del legislador pero sí del constituyente enfatiza

4 Cualquier texto moderno de derecho constitucional argumenta en este sentido, pero para una ubicación del debate al respecto es ilustrativo el clásico texto de Eduardo García de Enterría. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid, Civitas, 1985. Para una explicación de esta transformación en el caso europeo véase Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid, Editorial Trotta, 2005. Respecto a Latinoamérica véase Nogueira, Humberto. *La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo XXI*. México, Editorial Porrúa, 2004.

entre los métodos para interpretar la Constitución y el método exegético, al disponer:

Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional.

Esta norma ciertamente no corresponde al desarrollo actual de la hermenéutica constitucional y al carácter fuertemente garantista de la Carta en su conjunto. Se consagra aquí un predominio de la siempre limitada interpretación literal y luego del método subjetivo de interpretación, por el cual es necesario indagar la supuesta voluntad del constituyente. Con este énfasis y en contradicción con la mención que hace el artículo del principio *pro homine*, se relega relativamente los métodos objetivos de interpretación, por los cuales las normas constitucionales deben entenderse adaptándose a las realidades sociales y culturales en las que se aplican. En todo caso, este artículo deberá interpretarse en relación con otras numerosas normas de la Constitución relativas a su interpretación. Una vez eliminada la idea de soberanía legislativa es indispensable precisar ahora en qué sentido la Corte Constitucional es el máximo órgano de interpretación constitucional. ¿Es la Corte el único intérprete? ¿Es esta facultad de la supuesta voluntad del constituyente? Con este énfasis y en contradicción con la mención que hace el artículo del principio *pro homine*, se relega relativamente los métodos objetivos de interpretación, por los cuales las normas constitucionales deben entenderse adaptándose a las realidades sociales y culturales en las que se aplican. En todo caso, este artículo deberá interpretarse con relación a otras numerosas normas de la Constitución relativas a su interpretación.

Una vez eliminada la idea de soberanía legislativa es indispensable precisar ahora en qué sentido la Corte Constitucional es el máximo órgano de interpretación constitucional. ¿Es la Corte el único intérprete? ¿Es esta facultad de interpretación una función consultiva o jurisdiccional? ¿Cuáles son, a su vez, sus límites constitucionales? ¿Cuáles sus efectos

jurídicos? ¿Cómo se relaciona tal interpretación con los derechos constitucionales y con la justicia ordinaria? La temática no tiene un interés puramente académico, pues sin un adecuado entendimiento y ejercicio de esta facultad interpretativa por parte de la Corte Constitucional, se puede producir una grave distorsión de su naturaleza jurisdiccional, que es, por cierto, lo que la Constitución de 2008 trata de fortalecer.

2. La Corte como intérprete máximo de la Constitución

Respecto a esta facultad, totalmente común, como se ha dicho, en el Derecho constitucional comparado en el país persisten graves e incluso básicos malentendidos que es preciso aclararlos. Esta confusión tiene que ver con la idea de que la Corte es no solo el máximo, sino el único intérprete de la Constitución y de que en tal virtud pueda absolver consultas. No obstante, como se analiza más adelante, que la Corte Constitucional sea el máximo intérprete jurídico de la Constitución no quiere decir que sea el único intérprete ni que pueda ejercer en cualquier momento y de cualquier forma su función interpretativa.

2.1. ¿Cuántos intérpretes tiene la Constitución?

La Corte no es el único intérprete de la Constitución, porque la propia Constitución lo establece, y por una elemental necesidad lógica y política. Cuando los artículos 429 y 436 de la Constitución de 2008 califican a la Corte como el *máximo intérprete de la Constitución*, no puede sino entenderse que es *máximo* con relación a otros intérpretes.⁵ Ningún órgano puede ser *máximo* en relación con nada o nadie. De hecho, la Constitución hace referencia a otros intérpretes, así por citar al menos dos

5 El artículo 429 dice: “La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia...” Entre tanto, el artículo 436 establece: “La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones: 1. Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante.”

ejemplos: el artículo 11, numeral 5, al consagrar el principio de efectividad establece que “en materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, *deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia*”. También el artículo 426 se refiere a la aplicación directa de la Constitución por parte de todas las personas, autoridades e instituciones, incluyendo las juezas y jueces. ¿Cómo puede aplicarse directamente la Constitución sin dilucidar su sentido, es decir sin interpretarla?

Lo que la Constitución de 2008 crea mediante la Corte Constitucional es un *intérprete jurídico máximo, no un único intérprete*. La creación —imposible por cierto—⁶ de un intérprete único significaría la muerte de la Constitución, puesto que ella constituye un marco axiológico permanente y dinámico para infinidad de actos y normas por parte de múltiples operadores jurídicos, y de los ciudadanos mismos. ¿Cómo podrían los ciudadanos exigir sus derechos constitucionales sin definir un sentido de las normas constitucionales? ¿Cómo podrían los legisladores cumplir o abstenerse de violar la Constitución si no la interpretan? ¿Y cómo podrían los jueces suspender o inaplicar una ley que consideren inconstitucionalismo atribuyendo un sentido a las normas constitucionales?

La Constitución de Montecristi, en particular, democratiza la interpretación jurídica de la Constitución al transferir del Tribunal o Corte Constitucional a las cortes provinciales el juzgamiento de apelaciones de la gran mayoría de garantías jurisdiccionales,⁷ así como al transferir de los

6 No hay aquí espacio para siquiera aproximarse al extenso y complejo tema de la interpretación jurídica y de la interpretación constitucional en particular. En todo caso, es imperativo anotar que las corrientes modernas de hermenéutica jurídica plantean que la interpretación es un proceso ineludible *para cualquiera* que se acerca a una norma jurídica, que este proceso está profundamente influido tanto por el intérprete como por el contexto en que se interpreta. Por tanto, la idea de un intérprete único o absolutamente objetivo se vuelve insostenible. La bibliografía sobre este tema es enorme, pero una introducción sintética la provee Iván Vila Casado en *Nuevo Derecho constitucional* (Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002), especialmente el capítulo nueve. Una buena compilación se encuentra en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, coord. *Interpretación constitucional*. México, Editorial Porrúa, 2005.

7 La Corte Constitucional solo conoce directamente la acción por incumplimiento y la acción extraordinaria de protección, el juzgamiento en primera y segunda instancia de todas las demás garantías (acción de protección o amparo, hábeas corpus, hábeas data y acceso a la información pública) pasa a los jueces ordinarios.

alcaldes a los jueces la competencia para resolver en primera instancia las peticiones de hábeas corpus. Por otra parte, establece acción popular para presentar demandas de inconstitucionalidad.

En base a este carácter democrático de la interpretación de la Constitución, Peter Haberle ha planteado la necesidad de una sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución, “en los procesos de interpretación constitucional están incluidos potencialmente todos los órganos del Estado, todos los poderes Públicos, todos los ciudadanos y los grupos. No hay un *numerus clausus* de intérpretes de la Constitución”.⁸ Esta concepción, por cierto, corresponde a la de una sociedad democrática en que mayorías y minorías se sujetan a los derechos y procedimientos constitucionalmente establecidos, pero permanentemente debatidos en su alcance por todos los ciudadanos. Una condición, por cierto, indispensable para que en cualquier país aflore una cultura constitucional.

En este marco, por supuesto no todas las interpretaciones tienen el mismo valor jurídico o efecto práctico. La interpretación de los jueces, y en particular la de la Corte Constitucional, tiene efectos jurídicos específicos según los procesos de que se trate. El legislador puede y debe interpretar la Constitución, tal como lo hace el juez, el funcionario público y el ciudadano. Es más, la interpretación del legislador, que es predominantemente política, es clave en cuanto de ella dependerá que, en principio, las leyes se ajusten efectivamente a la Constitución. Lo que la Constitución de 2008 establece no es que el Legislativo no pueda interpretar la Constitución, sino que no pueda dictar una *interpretación jurídica final* de la Constitución, pues esta es una actividad jurisdiccional que corresponde a la Corte Constitucional.

La atribución de tal función a la Corte es indispensable para que el legislador actúe en el marco de la Constitución, pues si el propio legislador fuera el intérprete jurídico final, sería juez y parte, podría dictar leyes y decidir al mismo tiempo mediante la interpretación jurídicamente obligatoria de la Constitución si esas leyes son o no constitucionales. En otras palabras, sería un legislador no sometido a la Constitución. Por esta razón, la fórmula de la Constitución de 2008 es normal en muchas

8 Haberle, Peter. *El Estado Constitucional*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, p. 150.

constituciones, y corrige adecuadamente el anacronismo⁹ e inexactitud del artículo 284 de la Constitución de 1998 que establecía que el legislador era quien podía interpretar de forma general y obligatoria la Constitución.

Un problema adicional planteado por el numeral uno del artículo 436 de la Constitución radica en que esta norma define a la Corte Constitucional como la *máxima instancia de interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano*. La norma es problemática porque muchos de estos mismos tratados establecen órganos consultivos o jurisdiccionales de carácter internacional a los cuales atribuyen tal facultad interpretativa. Así, por ejemplo, el artículo 62, párrafos 1 y 3 de la Convención Americana de Derechos Humanos, hace de la Corte Interamericana el máximo intérprete de la Convención.¹⁰ Será la Corte Constitucional la que eventualmente deberá, entonces, precisar el alcance de esta parte del artículo 436.

2.2. La Corte Constitucional no es órgano consultivo

El hecho de que la Corte Constitucional sea el intérprete jurídico final de la Constitución no significa que sea un órgano consultivo. La Corte no puede interpretar la Constitución en cualquier momento y de cualquier forma, como equivocadamente lo ha requerido la Comisión Legislativa y el Consejo Nacional Electoral del Tribunal Constitucional en funciones de Corte Constitucional, durante los primeros días de vigencia de la Constitución de 2008.

La interpretación de la Constitución no es una atribución específica, diferenciada y aislada de la Corte Constitucional, como sugeriría una

9 Decimos anacronismo porque la idea del legislador como máximo intérprete constitucional está directamente vinculada a las nociones jurídicas y políticas predominantes en Europa en el siglo XIX y primera mitad del XX, relativas a que el legislador es soberano en tanto representante de la voluntad popular: idea que aún muchos juristas y políticos sostienen en Ecuador.

10 Así, el artículo 62, numeral 3, de la Convención Americana establece: “La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial”.

limitada interpretación literal del artículo 436, numeral 1. Examinemos el asunto con algún detenimiento:

Primero, el artículo 436, numeral 1, dispone expresamente que la Corte desarrolle su tarea interpretativa *exclusivamente mediante sus dictámenes y sentencias*, estas a su vez se expiden estrictamente en el marco de las competencias que la Constitución otorga a la Corte, que constan predominantemente en los artículos 436 a 438, y entre las cuales ninguna se refiere a *absolver consultas* sobre la interpretación de la Constitución.

En segundo lugar, la interpretación de la Constitución es una labor permanente de la Corte en el desempeño de todas sus competencias, como bien lo define el artículo 429 cuando la describe como el máximo órgano de control e interpretación constitucional. No es que la Corte tiene, por un lado, una supuesta labor de interpretar la Constitución, y por el otro lado, otras competencias o funciones.¹¹ Por el contrario, todas estas otras funciones son posibles solo interpretando la Constitución.¹² Así, por ejemplo, simplemente no es posible controlar la inconstitucionalidad de la ley si la Corte no interpreta la Constitución, es decir, si no se le otorga un determinado sentido a la Constitución frente a la ley e incluso a la ley frente a la Constitución.

En tercer lugar, la Corte Constitucional es un *órgano jurisdiccional*, por tanto actúa solo en el marco de *procesos constitucionales* previamente establecidos y a *petición de parte*, y solo muy excepcionalmente y por expresa autorización constitucional, de forma automática.¹³ Las únicas consultas que la Corte puede absolver se producen en el curso de un proceso judicial y son las establecidas en el artículo 428 de la Constitución. Esta norma establece que cuando un juez considere inconstitucional una norma jurídica, suspenda el proceso y ponga el asunto en conocimiento de la Corte Constitucional para que esta resuelva con efectos generales.

- 11 De hecho, el artículo 436, numeral 1, es solo una repetición innecesaria de parte del artículo 429. Adicionalmente, la idea de que la Corte Constitucional absuelva consultas fue explícitamente incluida en varios proyectos de Constitución pero eliminada en el texto de Montecristi.
- 12 Aunque no hay aquí espacio para desarrollarlo, puede al menos dejarse aquí sentado que la idea de que hay normas jurídicas que no se interpretan por tener sentido evidente ha sido totalmente superada por la hermenéutica moderna.
- 13 Estos son los casos, por ejemplo, de dictámenes previos de constitucionalidad establecidos en el artículo 438.

Todas las demás funciones la Corte las realiza en el marco de *procesos constitucionales* que la propia Carta política establece y que derivan en sentencias o dictámenes. La actuación de la Corte a petición de parte, en cambio, tiene como objetivo asegurar la imparcialidad propia de cualquier órgano jurisdiccional, y es por tanto un componente estructural de su independencia.

En el caso de la Corte Constitucional, la supuesta facultad de absolver consultas previas ataca incluso las competencias auténticamente jurisdiccionales de la Corte, pues si esta se pronuncia en determinado sentido sobre una norma o un acto, mal podría hacerlo posteriormente en forma distinta cuando se demande ante ella la inconstitucionalidad de tal norma o acto. En otras palabras, las funciones consultivas, que le son impropias e inconstitucionales, inhiben sus funciones jurisdiccionales, que le son propias y atribuidas por la Constitución.¹⁴ O para formularlo como pregunta: ¿qué va a responder o decidir la Corte ante una demanda de inconstitucionalidad respecto a un problema normativo sobre el cual se ha pronunciado previamente en consulta?

Si se busca el pronunciamiento de la Corte Constitucional lo jurídico es acudir a los *procesos constitucionales específicos* diseñados para el efecto. Estos son procesos constitucionales que aseguran el debido proceso, por tanto incluyen los tipos de procedimientos, comparecencias, argumentos, responsabilidades y decisiones adecuadas. En cambio, si la propia Corte viola el debido proceso en el desempeño de sus competencias solo le espera una deslegitimación acelerada como órgano jurisdiccional.

Por otra parte, se plantea el problema del valor jurídico de estas decisiones adoptadas como resultado de consultas. Puesto que la Constitución no establece el proceso constitucional correspondiente, el valor jurídico de las respuestas a tales consultas queda en entredicho.

Finalmente, está el problema del tipo de actividad hermenéutica que supone una consulta sobre el sentido de normas constitucionales. Las cortes constitucionales son garantes fundamentalmente de tres asuntos: 1) la

14 Bajo este mismo razonamiento de que quien juzga no puede opinar primero mediante una consulta, el Tribunal Andino de Justicia ha desechado la posibilidad de absolver consultas que han llegado a ese órgano jurisdiccional. En el caso de la Comisión Interamericana, la cual emite opiniones consultivas, hay que anotar que tal función está separada de la del órgano jurisdiccional correspondiente, la Corte Interamericana.

supremacía de la Constitución; 2) el respeto a los derechos constitucionales;¹⁵ y 3) la división de poderes. En el primer caso, la Corte interpreta la Constitución pero siempre confrontándola con la ley u otras normas jurídicas, a efectos de invalidarlas o interpretarlas conforme a la Constitución. En el segundo caso, la Corte interpreta la Constitución para delimitar y concretar el contenido de los derechos constitucionales como límites y fines de la ley u otras normas jurídicas. En el tercer caso, la Corte autolimita su actividad interpretativa a efectos de no invadir o sustituir funciones constituyentes y no reemplazar totalmente las funciones legislativas, además de esclarecer las competencias constitucionales de cada órgano o función pública, o gobierno territorial.

En ninguno de estos casos una Corte Constitucional procede a una interpretación puramente abstracta de la Constitución, sin referencia a norma infraconstitucional o acto alguno de autoridad pública, como podría suceder con una consulta o en una interpretación puramente académica sobre el sentido de una norma constitucional. Hacerlo sería grave, pues la Corte fácilmente podría en tal caso invadir las competencias del legislador o del constituyente.

Es entonces urgente corregir esta deformación de las funciones de la Corte hacia tareas consultivas, puesto que el principal cambio que genera la Constitución de 2008 es el fortalecimiento del máximo órgano de control constitucional como un órgano jurisdiccional.

Por otra parte, si la Corte Constitucional debe interpretar la Constitución exclusivamente en el marco de sus competencias constitucionales, hay que destacar entre estas competencias la establecida en el artículo 436, numeral 6, que le atribuye el “expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales...” Esta norma implica que la Corte debe convertirse fundamentalmente en un *intérprete jurídico final de los derechos constitucionales*, como se analiza a continuación.

15 Véase Zagrebelsky, Gustavo. *¿Derecho procesal constitucional y otros ensayos de justicia constitucional?* México, Fundap, 2004.

3. Interpretación constitucional y derechos

En un Estado constitucional las leyes, o al menos buena parte de su contenido, deben desarrollar los derechos constitucionales. Este desarrollo puede consistir en la concreción o la regulación de tales derechos, pero nunca en su violación. En otras palabras, las leyes desarrollan los derechos, y estos a su vez limitan a aquellas. Esta relación entre ley, Constitución y derechos se produce solo cuando la Constitución tiene realmente fuerza normativa, y cuando este carácter normativo está asegurado por el control jurídico¹⁶ que realiza la Corte Constitucional.

En Ecuador la fuerza normativa de la Constitución es cuestionable. La Constitución ha tenido vigencia formal desde inicios de la República pero eficacia precaria hasta el presente. La noción de soberanía del legislador, en particular, se expresa en Ecuador en una actividad legislativa que con frecuencia viola los derechos y procedimientos constitucionales. Cuando los órganos jurisdiccionales de control constitucional, y en particular el Tribunal Constitucional, han dado visos de actuación independiente en la limitación potencial o real a la tarea del legislador, han sido removidos por el propio Legislativo violando todos los procedimientos.¹⁷

Estas violaciones a la Constitución terminan deslegitimando a muchas leyes, y por supuesto a los propios legisladores que las dictaron y a los jueces que las aplican. No puede esperarse otro destino para normas que surgen de la violación de procedimientos legislativos preestablecidos o que abiertamente violan los derechos constitucionales.

16 Hay también un *control político de constitucionalidad*, que a diferencia del control jurídico tiene parámetros más subjetivos, actúa por propia iniciativa y no a petición de parte, y es ejercido por órganos políticos. El caso paradigmático es el juicio político por violaciones a la Constitución. Para una diferenciación conceptual, véase Aragón, Manuel. “La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control constitucional”. *Interpretación constitucional*. Coord. Eduardo Ferrer Mac-Gregor. México, Editorial Porrúa, 2005, especialmente las secciones 2 y 3 del artículo. Véase también Aragón Reyes, Manuel. *Constitución y control del poder*. Bogotá, Universidad Externado, 1999.

17 Para una revisión histórica de la dependencia política del Tribunal Constitucional respecto al Congreso y al corporatismo en el Ecuador pueden verse mis artículos: Grijalva, Agustín. “Constitucionalidad, Institucionalidad y Derecho en el Ecuador”. *Ecuador Debate. Derecho, Reforma Política y Estado* (Quito), 71, CAAP (2007). Así como Grijalva, Agustín. “¿Constitución sin constitucionalismo: urgencia de un Tribunal Constitucional Independiente?”. *Foro. Revista de Derecho* (Quito) 7, Universidad Andina Simón Bolívar/Corporación Editora Nacional (2007).

Aunque hay múltiples factores políticos y sociales que dan lugar a la cultura de inconstitucionalidad que predomina en el país, es necesario ubicar qué aportes pueden generarse desde el mundo del Derecho para superar esta situación. El desarrollo de una jurisprudencia constitucional que contribuya a la definición de los derechos es sin duda uno de estos aportes.

La Corte Constitucional puede y debe, en base a la interpretación jurídica de la propia Constitución y al respeto a la libertad de configuración legislativa, marcar constantemente los parámetros normativos que el legislador debe observar para que sus leyes no violen los derechos constitucionales, y por el contrario los concreten, desarrollen y regulen, conforme lo establecen el artículo 11, numeral 8,¹⁸ y 11, numeral 1 de la Constitución.¹⁹

Este tipo de jurisprudencia constitucional es más bien escasa en el Ecuador. Las resoluciones del Tribunal Constitucional casi no abordan la delicada tarea analítica de precisar o concretar jurídicamente los contenidos esenciales de los derechos que la Constitución establece, es decir, los límites y parámetros que marcan la libertad de configuración del legislador. Tampoco se halla en esa jurisprudencia el uso de métodos modernos de interpretación constitucional, tales como la ponderación o los tests de razonabilidad y proporcionalidad, orientados a evaluar la constitucionalidad de las regulaciones a los derechos constitucionales creadas mediante ley por el legislador y el Ejecutivo.

En consecuencia, una tarea urgente y central de la nueva Corte Constitucional consiste en contribuir al desarrollo jurisprudencial del contenido de los derechos constitucionales. Aunque los contenidos esenciales de los derechos pueden hallarse en la propia Constitución y en el Derecho internacional de los derechos humanos, así siempre estos sean

18 Este artículo establece: El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.

19 Este artículo establece que “Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales”. Obviamente una interpretación literal del artículo lo volvería inefectivo, pues el legislador justamente tiene por función regular, limitar, o condicionar el ejercicio de estos derechos, como lo reconoce el artículo 11, numeral 3 inciso segundo de la misma Constitución, lo que no puede el legislador es restringir o invadir es el *contenido esencial de estos derechos*.

demasiado generales y abstractos frente a la complejidad y diversidad de la legislación y de los casos concretos a que se aplica.

La noción de contenido esencial o contenido constitucional de los derechos es compleja; solamente aproximarse a ella requeriría al menos un artículo aparte.²⁰

No obstante, puede al menos anotarse que tal contenido hace relación a aquellos elementos constitutivos de un derecho que lo hacen jurídicamente existente y reconocible, de forma que sin dicho contenido el derecho perdería entidad o se transformaría en otro derecho.²¹ Así, por ejemplo, en el contenido esencial del derecho a la huelga es claro que se halla la suspensión temporal del trabajo, aunque existan muchos otros contenidos no esenciales de este derecho, como pueden ser múltiples procedimientos. Una ley laboral, entonces, no podría prohibir la suspensión de trabajo pues violaría el contenido esencial del Derecho constitucional a la huelga, esa ley no obstante sí podría cambiar los procedimientos legales de declaración de la huelga.

El proceso por el cual se define el contenido esencial de un derecho, así como su naturaleza estática o dinámica, es objeto de debate en la doctrina y la jurisprudencia. Aquí no profundizamos en el asunto, pues solo buscamos destacar la importancia del concepto y la necesidad de que la Corte Constitucional haga respetar este contenido y a su vez lo respete para así efectivizar la supremacía de la Constitución y concretar los derechos que establece. Así, por ejemplo, cuando las reformas al Código de Procedimiento Penal introdujeron la detención en firme, estas normas legales violaron aspectos esenciales del Derecho constitucional al debido proceso tales como son la presunción de inocencia, el plazo razonable y, por otra parte, el propio derecho a la libertad.

20 Para una introducción a la noción de contenido esencial y limitación de los derechos puede verse: Nogueira Alcalá, Humberto. "Aspectos de una teoría de los derechos fundamentales: la delimitación, regulación, garantías y limitaciones de los derechos fundamentales". *Revista electrónica Ius et Praxis* (Talca), 11.2 (2005). Internet. www.scielo.cl/iusetp.htm Un análisis más complejo se halla en Prieto Sanchís, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid, Editorial Trotta, 2003, especialmente el capítulo quinto.

21 La referencia clásica a este respecto es la sentencia STC 11-81 del Tribunal Constitucional Español, publicada en López Guerra, Luis. *Las Sentencias Básicas del Tribunal Constitucional*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

En todo caso, es la Corte Constitucional la que estudiando la aplicación concreta de la ley u otras normas jurídicas, es decir, especialmente mediante la selección de las sentencias de garantías jurisdiccionales, debe esclarecer y relacionar más específicamente los contenidos constitucionales de estos derechos. Este es el sentido del artículo 436, numeral 6, de la Constitución de 2008, que establece como una función esencial de la Corte expedir jurisprudencia obligatoria en materia de garantías.²² El desarrollo jurisprudencial de los derechos tiene, justamente, como ventaja su nivel de concreción respecto a la dimensión comparativamente más abstracta y general en que opera el legislador. En términos hermenéuticos, como se sabe, incluso las dificultades y posibilidades de interpretación de las normas pueden mostrar nuevas facetas al confrontarse con los hechos y contextos de conflictos específicos.

En el caso ecuatoriano, en particular, en las resoluciones del Tribunal Constitucional predomina una suerte de anacronismo jurisprudencial y doctrinario que ha impedido una adecuada tarea de definición y, por tanto, defensa de los derechos constitucionales. Con frecuencia los derechos constitucionales son confundidos con los derechos patrimoniales,²³ los problemas de legalidad con los de constitucionalidad, mientras que los aspectos procesales son totalmente priorizados sobre los sustanciales. Así, por ejemplo, la teoría del acto ilegítimo, de clara raigambre administrativa, fue sobreutilizada para regular la admisibilidad del amparo, desatendiendo en cambio muchas veces el aspecto central de toda garantía, como es la violación de un Derecho constitucional.²⁴

Por otra parte, la nueva Corte Constitucional debe respetar los contenidos esenciales de los derechos determinados por el constituyente en la Carta fundamental. La Corte no es un órgano constituyente sino un

22 El artículo 436, numeral 6, dice textualmente: “La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones: (...) 6. Expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión”.

23 Para una diferenciación conceptual véase Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid, Editorial Trotta, 2006, especialmente el capítulo 2.

24 Por supuesto, no se pretende afirmar que el Derecho administrativo, como cualquier rama del derecho, no debe articularse al constitucional, pero en el Ecuador más bien se ha producido una superposición de aquel sobre este.

órgano constituido, y como tal no puede ni debe sustituir en sus funciones al constituyente.²⁵ Por el contrario, su rol central está en proteger estos contenidos esenciales frente al legislador, específicamente cuando este en su tarea configuradora de los derechos rebasa los límites fijados por tales contenidos, así como frente al Ejecutivo que puede violarlos mediante actos de poder público y mediante su potestad reglamentaria.

Sin embargo, esto no significa suscribir la tesis de Kelsen de la Corte Constitucional como legislador negativo. En el derecho constitucional moderno la Corte Constitucional tiene un rol más amplio y complejo que la pura función de eliminar normas inconstitucionales. A modo de ilustración podemos citar la modulación de sentencias y la inconstitucionalidad por omisión. Mediante la modulación de sus sentencias, la Corte regula los efectos de sus decisiones y por tanto puede incluso mantener vigente e intacto el texto dictado por el legislador, pero precisar la única interpretación constitucional de ese texto y por tanto excluir sus interpretaciones inconstitucionales (sentencias interpretativas).²⁶ Al otro extremo, y en un ejercicio que le exige rigor técnico y prudencia política, la Corte puede excepcionalmente y en casos extremos dictar normas jurídicas provisionales cuando el legislador violando expresos mandatos constitucionales no ha legislado en una materia específica en el plazo que la Constitución le manda, creando incluso una situación violatoria de derechos; así lo establece en el caso ecuatoriano el artículo 436, numeral 10.

4. Interpretación constitucional y justicia ordinaria

Las relaciones entre justicia ordinaria y Corte Constitucional han sido transformadas por la Constitución de Montecristi. El cambio se origina en la nueva atribución de la Corte Constitucional para dictar jurisprudencia obligatoria sobre garantías jurisdiccionales, así como en la creación del

25 Nogueira Alcalá, Humberto. "Aspectos de una teoría de los derechos fundamentales: la delimitación, regulación, garantías y limitaciones de los derechos fundamentales". *Revista Ius ed Praxis* (Talca), 11.002 (2005): 15-64.

26 Un aproximación a la modulación de sentencias en Nogueira Alcalá, Humberto. "Consideraciones sobre las sentencias de los tribunales constitucionales y sus efectos en América del Sur". *Revista Ius et Praxis* (Talca), 10.1 (2004). Internet. www.scielo.cl/iusetp.htm.

amparo contra decisiones judiciales o acción de protección. Ambas son instituciones relativamente nuevas en el Derecho ecuatoriano, y se hallan estrechamente vinculadas a las facultades interpretativas de la Corte Constitucional que venimos analizando.

4.1. Las garantías jurisdiccionales y la jurisprudencia vinculante de la Corte Constitucional

En la nueva Constitución la mayor parte de las competencias para decidir sobre garantías constitucionales jurisdiccionales,²⁷ incluyendo la apelación, corresponde a los jueces ordinarios. En esta materia, la Corte Constitucional tiene como principal rol, como hemos dicho, el desarrollo de jurisprudencia obligatoria y el conocimiento exclusivo de la acción extraordinaria de protección y de la acción de cumplimiento. En consecuencia, es claro que en balance la nueva Constitución fortalece las funciones de justicia constitucional en manos de la justicia ordinaria.

La Constitución de Montecristi modifica la importancia de la jurisprudencia constitucional en las fuentes del derecho ecuatoriano. Así como las reformas de los años noventa del siglo XXI transformaron a la Corte Suprema de una corte de instancia en básicamente una corte de casación, es decir, una corte orientada a precisar y unificar la interpretación de la ley. La Constitución de 2008 desarrolla un proceso similar pero en cuanto a la interpretación de la Constitución. La Carta de 2008 elimina la competencia del Tribunal o Corte Constitucional para conocer las apelaciones de procesos de garantías (amparo o acción de protección, hábeas corpus, hábeas data, etc.) y hace de la Corte Constitucional fundamentalmente una Corte para generar jurisprudencia obligatoria.

El artículo 436, numeral 6, de la Constitución faculta expresamente a la Corte Constitucional para expedir jurisprudencia vinculante respecto a los procesos de garantías jurisdiccionales y otros procesos constitucionales. Este es un cambio inédito en materia constitucional en el Ecuador, si bien existen antecedentes importantes en materia de control de legalidad,

27 Es decir, acción de protección o amparo, hábeas corpus, hábeas data y acceso a la información pública.

como son los fallos de triple reiteración de la Corte Suprema.²⁸ Para desarrollar esta jurisprudencia, el artículo 86, numeral, 5 dispone que todas las sentencias ejecutoriadas sobre garantías sean remitidas a la Corte Constitucional.

En el derecho ecuatoriano la jurisprudencia constitucional ha tenido un rol más bien casuístico y subsidiario. La sentencia constitucional ha sido vista como una decisión con efectos *inter partes* que atiende exclusivamente derechos subjetivos, y no como una fuente de derecho que esclarece el sentido y alcance de instituciones jurídicas objetivas y generales.²⁹ Ante cientos de casos similares o idénticos, como por ejemplo los amparos interpuestos por policías y militares por sanciones disciplinarias, los jueces y el Tribunal Constitucional han decidido en cada caso, generando fallos contradictorios o se han limitado a repetir mecánicamente reglas como las del acto ilegítimo, sin desarrollar mayor congruencia con la parte resolutive de la sentencia.

Bajo la nueva Constitución, la Corte Constitucional deberá seleccionar estos casos reiterados, fallos contradictorios y aquellos de especial trascendencia constitucional para en base a ellos dictar precedentes que tendrán carácter obligatorio. Es en la argumentación de estos precedentes, vale decir en el marco de estos procesos constitucionales, que la Corte deberá desplegar su calidad de intérprete jurídico final de la Constitución.

Este importante cambio en cuanto al rol de la jurisprudencia constitucional exige una mayor y mejor comunicación entre Corte Constitucional y la justicia ordinaria. La Corte requiere de los jueces para que su jurisprudencia sea trascendente, y los jueces requieren de la Corte para unificar fallos contradictorios, y contar con estudiados criterios en casos reiterados o difíciles. Se requiere entonces una mutua colaboración entre Corte Constitucional y jueces para avanzar en la constitucionalización de la cultura jurídica, y específicamente de la cultura judicial ecuatoriana.

De hecho, la justicia ordinaria es y deber ser también garante de la Constitución, pues como plantea la doctrina ella integra las garantías

28 Sobre este tema véase Ávila, Luis. *Jurisprudencia obligatoria: fallos de triple reiteración de la Corte Suprema de Justicia*. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2006.

29 Sobre el precedente constitucional, véase Bernal Pulido, Carlos. *El derecho de los derechos*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, especialmente el capítulo V.

jurisdiccionales ordinarias,³⁰ y debe por tanto inscribir su actuación en el marco de los derechos constitucionales y de la interpretación que de estos haga la Corte Constitucional. Las leyes son los materiales primarios del trabajo del juez ordinario, y estas normas son o deberían ser en buena parte desarrollos jurídicos de los valores y derechos constitucionales. Esto es tan claro, que cuando el juez encuentra una norma legal contraria a la Constitución en numerosos sistemas jurídicos se le pide o suspender su aplicación o inaplicarla.

El juez ordinario, en definitiva, requiere siempre de la Constitución para aplicar la ley en función de los derechos constitucionales de personas y colectivos. Sin este parámetro constitucional, el juez puede derivar en un agente legitimador de violación de estos derechos, aun actuando en el marco del principio de legalidad formal, es decir, de leyes formalmente vigentes. Solo el parámetro constitucional permite al juez interpretar y aplicar la ley en el marco de los derechos constitucionales, es decir, de lo que Ferrajoli ha llamado el principio estricto de legalidad,³¹ en otras palabras, aplicar leyes tanto formalmente vigentes como constitucionalmente válidas.

Se plantea entonces naturalmente el problema de cómo debe actuar el juez cuando existen múltiples interpretaciones, incluso contradictorias, sobre el contenido y alcance de los derechos constitucionales. ¿Debe el juez imponer su propio criterio? ¿El de la Corte Nacional? ¿El de la Corte Constitucional? ¿Cómo se unifican estas dispares interpretaciones? Como veremos, esta realidad vuelve una necesidad el amparo contra decisiones judiciales o acción extraordinaria de protección, pues mediante esta la Corte Constitucional como máximo interprete jurídico de la Constitución puede volver efectivamente obligatoria su jurisprudencia en materia de garantías.

4.2. La acción extraordinaria de protección

La Constitución de 2008 en sus artículos 94 y 437 crea un amparo contra decisiones judiciales o acción extraordinaria de protección. Esta

30 Pisarello, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías*. Madrid, Editorial Trotta, 2007, especialmente el capítulo seis.

31 Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid, Editorial Trotta, 2001, pp. 20-22.

institución fue quizás una de las que generó mayores críticas durante la Constituyente, pues se la acusó de atentar contra la cosa juzgada, la seguridad jurídica, la celeridad e independencia judicial. Aunque hemos analizado estas críticas en otros ensayos,³² es importante aclarar que esta acción por su propia naturaleza es estrictamente subsidiaria y no constituye una nueva instancia.

El artículo 94 de la Constitución establece que esta acción procede cuando mediante sentencias o autos definitivos se han violado derechos constitucionales. El artículo 437 agrega las resoluciones con fuerza de sentencia, y menciona en especial el derecho al debido proceso entre los derechos protegidos, sin excluir los demás derechos.

La subsidiariedad de la acción debe reflejarse en una estricta regulación legal y jurisprudencial de su admisibilidad. Esta debería incluir entre otros requisitos: términos perentorios para su interposición, incidencia directa del auto o resolución judicial cuestionada sobre el sentido de la sentencia, alegación oportuna de la violación constitucional en el curso del proceso, e imputabilidad directa de la violación constitucional a la actuación u omisión del juez u órgano judicial.³³ Tales condiciones han sido establecidas en otras legislaciones y han mejorado ostensiblemente el funcionamiento de la institución.

En cuanto a los efectos de la acción, lo que hace o debe hacer la Corte Constitucional al conocer esta acción es exclusivamente verificar si el juez ordinario ha violado el debido proceso u otro derecho constitucional, y si hallare tal violación deberá declarar la nulidad a partir de la actuación procesal violatoria, y devolver al juez respectivo el proceso para que actúe en el marco constitucional. La Corte no entra a conocer hechos del proceso sin relación con el problema constitucional, ni dicta sentencia en lugar del juez que conoce la causa.

Pero ¿cuándo se violan derechos constitucionales? La respuesta a esta pregunta no siempre es fácil. Como se dijo, una respuesta proviene de

32 Hemos desarrollado una respuesta a estas críticas en dos artículos de nuestra autoría: “La Corte Constitucional y el fortalecimiento de las garantías”. Quito, Ildis, 2008; así como en “Perspectivas y desafíos de la Corte Constitucional”. *Desafíos constitucionales: la Constitución del 2008 en perspectiva*. Eds. Ramiro Ávila, Agustín Grijalva y Rubén Martínez. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

33 Véase, por ejemplo, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de España, especialmente las reformas de 2007 relativas al amparo, que introducen algunos de estos criterios.

cómo la Corte va definiendo permanentemente el contenido esencial de estos derechos. En tal caso, ¿cómo puede la Corte Constitucional asegurar que la jurisprudencia en la que define estos contenidos, y en la que además unifica interpretaciones dispares sobre estos derechos, sea efectivamente aplicada por los jueces ordinarios?

El amparo contra decisiones judiciales busca sin duda ser una respuesta a este problema, puesto que en realidad la Corte lo concederá no solo contra decisiones judiciales que violen los derechos constitucionales, sino también contra decisiones judiciales que violen la interpretación que de tales derechos haga la propia Corte, asegurando así su carácter de intérprete jurídico final de la Constitución, según el artículo 429 de esta.

De esta manera, la facultad de la Corte para dictar jurisprudencia vinculante en materia de garantías (art. 436, numeral 6), y la acción extraordinaria contra sentencias, autos y resoluciones violatorias de derechos constitucionales (arts. 94 y 437), siendo dos competencias diferenciables son en realidad complementarias, en el sentido de que la acción extraordinaria es el mecanismo procesal que termina asegurando la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte. Por supuesto, ambas funciones son concreciones de la condición y facultad de la Corte como intérprete jurídico final de la Constitución.

La importancia de la unificación de fallos respecto a interpretación de derechos fundamentales es algo que prácticamente ha quedado antes argumentado. Como se ha dicho, los derechos constitucionales son el ineludible marco de actuación legítima de la justicia ordinaria y de su rol de garante de la Constitución, pero no es posible desarrollar en la práctica este marco si no existe algún sistema de unificación de fallos en la interpretación de estos derechos.³⁴

4.3. El debido proceso constitucional

El artículo 437 de la Constitución vigente enfatiza, sin excluir otros derechos, la violación del debido proceso constitucional como parte del

34 Sobre este tema en el caso colombiano, donde ha existido un prolongado debate, véase Botero, Catalina, Mauricio García y otros. "Tutela contra sentencias: documentos para el debate". Bogotá, DeJusticia, 2006, Internet. <http://dejusticia.org/>.

objeto de la acción extraordinaria de protección. El énfasis no es fortuito,³⁵ puesto que en el derecho comparado justamente este es el derecho sobre el cual los tribunales constitucionales resuelven con frecuencia al conocer amparos contra decisiones judiciales.

En efecto, el debido proceso constitucional es uno de los derechos constitucionales que evidencia con mayor claridad su naturaleza de marco de la justicia ordinaria.³⁶ El debido proceso es por sí mismo un derecho, pero a su vez es también una garantía de todos los demás derechos constitucionales y legales. Principios constitucionales integradores del debido proceso, tales como los principios de legalidad, el derecho de defensa, al juez natural, a actuar pruebas o de contradicción tienen no solo un valor propio o autónomo, sino además un valor instrumental con relación a todos los demás derechos. En otras palabras, estos otros derechos, constitucionales y legales, solo pueden ser adecuadamente ejercidos y defendidos en el marco del debido proceso. En consecuencia, para que un proceso judicial sea constitucionalmente válido, el juez ordinario y las partes procesales deben conducirlo en el marco del debido proceso.

Para el derecho procesal moderno los procedimientos deben ser siempre funcionales respecto a la protección del derecho sustancial, y en particular de los derechos constitucionales y de la justicia misma como valor constitucional. Esta constitucionalización, mediante el debido proceso de los procesos judiciales puede ser especialmente positiva en una cultura jurídica predominantemente ritualista y formalista como la ecuatoriana, en que la justicia con frecuencia se sacrifica a las formalidades. Una nueva visión del proceso judicial como una efectivización del derecho a la justicia y a los derechos, puede entonces contribuir al desarrollo y fortalecimiento de la propia justicia ordinaria.³⁷

35 El artículo 114 del proyecto de Constitución del Conesup que introdujo en el debate constituyente el amparo contra decisiones judiciales lo limitaba a la violación al debido proceso.

36 Bernal Pulido, Carlos. *El derecho de los derechos*, especialmente el capítulo undécimo. Véase también Gozáini, Osvaldo. *El debido proceso*. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, especialmente el capítulo 1.

37 Por supuesto, hay muchos otros factores necesarios en este cambio, tales como el desarrollo de normativa, instituciones y políticas eficientes de administración judicial.

Las garantías constitucionales en Ecuador: doctrina y evolución en las constituciones de 1998 y de 2008

El presente artículo plantea que las garantías de los derechos constitucionales en Ecuador han sido históricamente objeto de sistemáticas e ilegítimas restricciones, las cuales tienen que ver al menos con dos fenómenos. Primero, lo que podría denominarse una *reducción de la noción de garantía a la esfera jurisdiccional*. Es decir la adopción de una noción mínima de garantía, que desconoce la función garantista de normas y procedimientos constitucionales y de autoridades públicas distintas a los jueces. En segundo lugar, la *formalización y restricción de las garantías jurisdiccionales*, pese a su reconocimiento constitucional. Así, en un primer momento de reformas constitucionales o procesos constituyentes las garantías constitucionales jurisdiccionales (especialmente el amparo, actualmente la acción de protección) se han establecido o ampliado. En un segundo momento, en que la legislación, la jurisprudencia, y en general la cultura jurídica formalista y legalista las han regulado, han tendido a restringirlas inconstitucionalmente.

La restricción tanto de la noción de garantía constitucional en general, como de las garantías jurisdiccionales en particular, ha tenido graves efectos conceptuales y prácticos, puesto que ello ha incidido directamente sobre las posibilidades procesales, políticas y sociales en la protección de derechos constitucionales. En consecuencia, fue necesario en Ecuador un giro hacia una ampliación de la noción de garantía que identificara los múltiples medios que aseguran derechos humanos en un Estado constitucional moderno. Por otra parte, fue necesario un proceso de desformalización de

las garantías jurisdiccionales, particularmente del amparo o actual acción de protección, que permitiera su adecuado funcionamiento como medio protector de derechos.

Hay numerosas tipologías de garantías dependiendo incluso en parte de la noción de garantía que fundamente la tipología. En este ensayo utilizaremos fundamentalmente¹ la desarrollada por Gerardo Pisarello que sintetiza y enriquece las propuestas que al respecto han sido desarrolladas por Ferrajoli, Abramovich, Curtis y Añón. Se ha seleccionado esta clasificación considerando que es una propuesta clara y bastante completa de tipos y definiciones de garantías. Por otra parte, esta tipología es útil para entender el sistema de garantías de la Constitución de 2008.

El capítulo tiene tres partes. En la primera, se presenta una introducción al concepto de garantía y una síntesis de los conceptos esenciales de los distintos tipos de garantías de los derechos constitucionales en la doctrina. La segunda parte hace un análisis general de la restricción en el Ecuador del concepto de garantía de los derechos constitucionales a, exclusivamente, las garantías jurisdiccionales especializadas en materia constitucional (amparo, hábeas corpus y hábeas data). La tercera parte presenta un cuadro básico del sistema de garantías establecido en la Constitución de Montecristi y su desarrollo en la actual Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC).

1. El concepto de garantía

En el Derecho civil, observa Ferrajoli,² el concepto de *garantía* hace relación a técnicas normativas diseñadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones y la tutela de los correspondientes derechos patrimoniales. Este es el caso, por ejemplo, de la prenda y la hipoteca que mediante un bien mueble en el primer caso, e inmueble en el segundo, aseguran el cumplimiento de una obligación. Este concepto de garantía experimenta

1 Haremos, sin embargo, referencia a otras clasificaciones que incluyen nociones semejantes o agregan elementos que se consideran relevantes. Véase Pisarello, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías*. Madrid, Editorial Trotta, 2007, especialmente el capítulo seis.

2 Ferrajoli, Luigi. "Garantías constitucionales". *Revista Argentina de Derechos Constitucionales* (Buenos Aires), 1.2 (2000).

una primera extensión o transformación en el Derecho penal, al aludir a los diversos principios del debido proceso del encausado y la tutela de sus derechos a la vida, integridad y libertad frente al poder punitivo del Estado.

No obstante, la más reciente transformación del concepto de *garantía* proviene de la Teoría General del Derecho, el Derecho constitucional y el Derecho internacional de los derechos humanos. En estas áreas la noción de *garantía* ha venido vinculándose a la protección de derechos constitucionales³ o derechos humanos. En este plano, las garantías constituyen, en palabras de Peces Barba,⁴ un *conjunto coherente de mecanismos de defensa de los derechos constitucionales*. Este conjunto es a la vez amplio y complejo pues incluye principios, normas, técnicas, procedimientos e instituciones tanto sociales como estatales predispuestos para la defensa de estos derechos.⁵

Esta amplitud es apreciable en las heterogéneas tipologías de garantías desarrolladas por la doctrina, tipologías de todas formas parcialmente coincidentes en numerosos conceptos, aunque difieran en su terminología.⁶ Pese a esta dificultad de sistematización teórica, el concepto de garantía persiste como esencial en vista de su vínculo estructural con los derechos constitucionales. Hay quienes llegan a afirmar que sin garantías

3 En este trabajo usamos el término *derechos constitucionales* para referirnos a los *derechos humanos* que las constituciones ecuatorianas han reconocido. Para la mayoría de estas constituciones todos los derechos incluidos en la Constitución tienen el mismo rango y, por tanto, gozan de igual protección. Prescindimos, en cambio, del término *derecho fundamental* el cual implica en varias constituciones, como las de España y Colombia, al menos dos tipos de derechos constitucionales, jerárquicamente diferenciados por la posibilidad de exigir su protección mediante amparo o tutela.

4 Peces-Barba, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales*. Madrid, Universidad Carlos III, 1999; véase el capítulo diez.

5 Pisarello, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías*. Madrid, Editorial Trotta, 2007, especialmente el capítulo seis.

6 Un primer esfuerzo de clasificación de las garantías de Derecho Público en políticas, jurídicas y sociales fue realizada por Jellinek. Véase al respecto Ferreyra, Raúl Gustavo. "El significado de las garantías de la Constitución y su nexa con las tareas del Congreso". *Revista Argentina de Derecho Constitucional* (Buenos Aires), 2.I (2000): 72-73. En nuestro medio ha tenido alguna difusión la clasificación de Pérez Luño en garantías normativas, jurisdiccionales e institucionales. Véase Pérez Luño, Antonio. *Los derechos fundamentales*. Madrid, Editorial Tecnos, 1986, especialmente el capítulo II. Nuevas tipologías han sido desarrolladas a partir de los trabajos de Luigi Ferrajoli. Justamente en el presente trabajo recurrimos sobre todo a la tipología elaborada sobre esta base por Gerardo Pisarello.

prácticamente no hay derechos, puesto que estarían ausentes los mecanismos de exigibilidad de una conducta u omisión que tales derechos implican. Sin llegar a tal extremo, Ferrajoli ha sostenido que toda falta de garantía de un derecho implica no la inexistencia del derecho sino una laguna jurídica que debe ser obligatoriamente colmada; así por ejemplo, la falta de desarrollo de las garantías de los derechos sociales o de los derechos humanos reconocidos a escala internacional, no implican que estos derechos prácticamente no existen, sino que la falta de garantías es un vacío normativo a ser solucionado.⁷

2. Tipologías doctrinarias

2.1. Garantías según su alcance: primarias y secundarias

Es justamente Ferrajoli quien ha propuesto la clasificación de garantías de los derechos constitucionales en garantías primarias y secundarias.⁸ Esta clasificación tiene como presupuesto la noción de garantía como obligación dirigida a asegurar la efectividad de un derecho constitucional. Las *garantías primarias o sustanciales* se refieren a obligaciones o prohibiciones correspondientes a estos derechos. Mediante estas garantías tanto los poderes públicos como los particulares están obligados a realizar ciertas prestaciones y omitir ciertas conductas lesivas a efectos de que la protección de los derechos sea efectiva. En contraste, las *garantías secundarias* consisten en obligaciones específicamente de los órganos que deben sancionar o anular actos violatorios de derechos constitucionales, es decir actos contrarios a las garantías primarias, cuyo prototipo son los jueces. Así, por ejemplo, mientras la rigidez constitucional o la reserva de ley, como se verá más adelante, son *garantías primarias* en tanto obligan al Legislativo, instituciones como la acción de inconstitucionalidad o la acción de protección son *garantías secundarias* que se activan solo una vez que las garantías primarias han sido inefectivas o violadas.

7 Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid, Editorial Trotta, 2001, pp. 61-62. También, del mismo autor, *Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia*. Madrid, Editorial Trotta, 2006, pp. 78-81.

8 Ferrajoli, Luigi. "Garantías constitucionales". *Revista Argentina de Derechos Constitucionales* (Buenos Aires), 1.2 (2000).

Esta clasificación, aunque bastante amplia y abstracta, tiene la virtud de destacar el hecho de que las garantías de los derechos no obligan solamente a los jueces, sino además, e incluso en un primer momento, al Legislativo y al Ejecutivo que están compelidos por tales garantías primarias a ejecutar u omitir ciertas conductas a efectos de respetar o proteger los derechos constitucionales. Especial relevancia, por razones históricas y políticas, tiene la idea de que *el legislador está también obligado por garantías primarias de los derechos como la rigidez de la Constitución, la reserva de ley y el respeto al contenido esencial de estos derechos*. Estas razones históricas y políticas tienen que ver con la noción de *soberanía del legislador* por la cual el legislador actuaba sin restricciones o restricciones puramente formales, y su contraposición con la de *Estado constitucional* en que la legislación está sujeta formal y materialmente a los derechos y garantías que la Constitución establece.

En definitiva, si los derechos constitucionales valen ante todos los poderes públicos, las garantías no pueden ser sino un sistema complejo de técnicas que igualmente obligan a todos los órganos públicos e incluso a los particulares. Es más, en ciertos derechos, como los derechos sociales, las garantías primarias tienen prioridad sobre las jurisdiccionales, en palabras de Pisarello:

Una percepción de este tipo contribuiría, ante todo, a escapar a la tentación de reducir la cuestión de la exigibilidad de los derechos sociales a su justicia-bilidad. De lo que se trataría, por el contrario, es de señalar la existencia de múltiples órganos e instituciones que pueden y deben intervenir en su protección, con prioridad incluso sobre aquellos de tipo jurisdiccional: desde los órganos legislativos y administrativos hasta las diversas variantes de órganos externos de control, como las defensorías del pueblo o los tribunales de cuentas.⁹

2.2. Según los sujetos que las prestan: garantías institucionales y sociales

Las *garantías institucionales* corresponden a las diversas instituciones o

9 Pisarello, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías*. Madrid, Editorial Trotta, 2007, especialmente el capítulo seis.

poderes públicos, en contraste las *garantías sociales* son ejercidas por los propios titulares de los derechos ya sea mediante participación directa o indirecta. Algunos ejemplos de participación ciudadana directa en la definición y ejercicio de los derechos constitucionales son las iniciativas ciudadanas de reforma constitucional y legal, los referendos, el control ciudadano del gasto público, mecanismos de autotutela como la huelga, y en general los diversos mecanismos de democracia participativa. El ejemplo clásico de participación indirecta está dado, en cambio, por la intervención ciudadana en elecciones de representantes que son los que luego regulan los derechos constitucionales.

Entre las *garantías institucionales*, la división más importante es la de *garantías políticas y garantías jurisdiccionales*. Mientras las *garantías políticas* consisten en garantías primarias en cabeza de órganos de tipo legislativo y ejecutivo, las *garantías jurisdiccionales* están encargadas a los jueces e incluyen sanciones o reparaciones. Hay sin embargo, un tercer género de garantías semijurisdiccionales o semipolíticas consistentes en órganos de control independientes del Legislativo o del Ejecutivo, que tramitan denuncias o ejercen acciones para defender derechos constitucionales, pero no tienen poder de sanción; el ejemplo clásico es el del Defensor del Pueblo.

A continuación entre las diversas garantías institucionales atendemos a las denominadas garantías políticas, para luego aproximarnos a las garantías jurisdiccionales.

2.2.1. Las garantías políticas

Su función consiste en evitar la modificación arbitraria de los derechos constitucionales y velar por la integridad de su sentido y función. Estas garantías especifican el contenido, obligaciones y sujetos de los derechos a efectos de protegerlos frente al poder del Estado. Son garantías que, como se ha dicho, tienen una naturaleza institucional y se hallan encomendadas a los órganos estatales de tipo legislativo y ejecutivo. Este tipo de garantías es denominada por Pérez Luño¹⁰ como *garantías normativas*,

10 Pérez Luño, Antonio. *Los derechos fundamentales*. Madrid, Editorial Tecnos, 1986, pp. 65 a

que es la denominación adoptada por la Constitución de Montecristi, y a ella también hace referencia Peces-Barba con su noción de *garantías de regulación*.¹¹

Los ejemplos más claros de garantías normativas o políticas como se mencionó anteriormente son: la rigidez constitucional, la reserva de ley y la noción de contenido esencial de los derechos.

La rigidez constitucional: predomina en la doctrina constitucional la idea de que la rigidez de la Constitución es una condición necesaria de su supremacía sobre la ley y otras normas. La razón, se dice, radica en que si la reforma de la Constitución es tan fácil como la de la ley,¹² los legisladores simplemente podrían reformar la Constitución para que se ajuste a las leyes que deseen dictar. En este evento, la Constitución y sobre todo los derechos que consagra no podrían funcionar realmente como marco limitante de la legislación.

Este análisis puede, no obstante, ser objeto de crítica. Así, por ejemplo, Prieto Sanchís¹³ ha cuestionado la identificación de rigidez con supremacía, aduciendo que estas son analíticamente susceptibles de diferenciación y funcionamiento independiente. Es decir, la Constitución mantiene su supremacía independientemente de la mayor o menor rigidez que la propia Constitución establezca para su reforma. La flexibilidad es necesaria para asegurar el proceso democrático, y es solo la expresión de este en la Constitución el que le otorga legitimidad.

En todo caso, en el Ecuador se ha entendido la rigidez constitucional como un dispositivo necesario para lograr mayor estabilidad del texto constitucional. Con tal objetivo se han incluido en la Constitución requisitos y procedimientos que implican consensos políticos más amplios que legitimen políticamente dicha reforma.

Reserva de ley. La exigencia de que la regulación de los derechos constitucionales se haga mediante ley, e incluso mediante leyes superiores a otras leyes y que requieren una votación especial, constituye otro meca-

11 Peces-Barba, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales*. Madrid, Universidad Carlos III, 1999. Véase el capítulo diez.

12 Por ejemplo, si requiere iguales mayorías legislativas, y en general igual procedimiento para dictar o reformar leyes.

13 Véase Prieto Sanchís, Luis. *Justicia constitucional y derechos humanos*. Madrid, Editorial Trotta, 2003, capítulo 3.

nismo para proteger derechos constitucionales.

2.2.2. Garantías jurisdiccionales

Constituyen un segundo tipo de garantías institucionales; por su naturaleza son necesariamente garantías secundarias. Están siempre confiadas a tribunales o jueces independientes de los órganos políticos, tribunales o jueces que pueden recibir denuncias de vulneraciones a los derechos y que cuentan con capacidad de sanción. Las garantías jurisdiccionales pueden ser *ordinarias*, cuando se refieren a la justicia ordinaria, o constitucionales cuando consisten en técnicas normativas especializadas de la justicia constitucional.

3. Las garantías en la Constitución ecuatoriana de 1998

Tanto la complejidad como la amplitud del concepto de garantía de los derechos constitucionales contrastan con el carácter extremadamente acotado que se ha tendido a darle en el Derecho constitucional ecuatoriano. En nuestro país se ha entendido como garantías constitucionales exclusivamente a las llamadas *garantías jurisdiccionales especiales o constitucionales*, esto es aquellas que “suelen encomendarse a tribunales superiores o específicamente constitucionales y su objetivo, básicamente, es establecer mecanismos de control y reparación en aquellos casos en los que las garantías jurisdiccionales ordinarias han resultado insuficientes o en los que la vulneración de los derechos puede atribuirse a actuaciones u omisiones del legislador”.¹⁴ Más específicamente, se han concebido como garantías exclusivamente al amparo, al hábeas corpus, al hábeas data y la Defensoría del Pueblo.

La inclusión de la Defensoría del Pueblo entre las garantías constitucionales en la Carta de 1998 es una primera y clara demostración de la insuficiencia de una concepción puramente jurisdiccional y especializada de las garantías. En efecto, la Defensoría es una garantía puesto que coadyu-

14 Pisarello, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías*. Madrid, Editorial Trotta, 2007, especialmente el capítulo seis. Habría que matizar este concepto para el caso ecuatoriano en que garantías, como el amparo, son procesos constitucionales autónomos no residuales ni subsidiarios.

va a la defensa de derechos constitucionales pero no es un procedimiento jurisdiccional, sino una suerte de órgano de control externo que otorga visibilidad pública a las violaciones de derechos constitucionales, y eventualmente inicia acciones constitucionales, pero no juzga por sí misma, ni tiene poder propio de sanción ni de reparación. Pisarello ha clasificado a la Defensoría de Pueblo, junto con las Comisiones Anticorrupción y los Tribunales de Cuentas, entre las garantías que él denomina *garantías semijurisdiccionales*.¹⁵

Por otra parte, la Constitución de 1998 hace también referencia en el artículo 24 a las *garantías básicas del debido proceso*. El mismo artículo indica que estas *garantías* pueden ser de tipo constitucional, legal, internacional o incluso establecerse vía jurisprudencia. Es decir, que son los propios jueces los que pueden eventualmente diseñar y crear garantías para proteger ciertos derechos en el proceso.¹⁶

También el artículo 18 de la misma Constitución, en términos amplios, hace referencia a las *garantías establecidas en instrumentos internacionales vigentes*. Por tanto, a más del amparo, hábeas corpus y hábeas data reconocidos en la Constitución existen conforme a este artículo otras acciones e instituciones de nivel internacional que cumplen la función de garantías y tienen también vigencia o competencia en el Ecuador.

En el plano doctrinario nacional se ha reconocido de forma sucinta y aislada la existencia de diversas garantías, más allá de las jurisdiccionales de tipo constitucional como el amparo, hábeas corpus y hábeas data. Así, por ejemplo, Jorge Zavala¹⁷ citando a Morello expone que solo la noción estrictísima de garantía se limita a “los medios procesales existentes para la protección de derechos”, pero existen nociones estrictas, amplias y amplísimas de garantías las cuales incluyen principios, medios políticos y,

15 *Ibid.*, p. 120. Para otros autores, como Gregorio Peces-Barba, la Defensoría es parte de las llamadas *garantías de control y fiscalización*, consistentes en instrumentos y órganos que supervisan la incidencia de la actuación de los entes administrativos sobre los derechos constitucionales como por ejemplo la interpelación parlamentaria y el juicio político. Pérez Luño, en cambio, la conceptúa como una garantía institucional específica, orientada a la investigación y denuncia de violación de estos derechos. En todas estas clasificaciones lo que queda claro es una distinción cualitativa importante de la Defensoría respecto a las *garantías jurisdiccionales* como el amparo, el hábeas corpus y el hábeas data.

16 Agradezco a Julio César Trujillo esta observación.

17 Zavala Egas, Jorge. *Derecho Constitucional*, t. 2. Quito, Edino, 2002, p. 157.

en general, otros mecanismos que también garantizan derechos. Pero ha sido especialmente Julio César Trujillo quien ha precisado que las garantías jurisdiccionales son solo aquellas que forman parte del Derecho Procesal Constitucional, pero existen otras de tipo normativo e institucional, así como las garantías específicas del Derecho Internacional y el asilo.¹⁸

En todo caso, la acotada noción de garantía constitucional que prevalecía en Ecuador antes de la Constitución de 2008 presentaba la grave desventaja de sustraer a otros poderes públicos y sociales sus facultades, deberes y responsabilidades en la defensa de los derechos constitucionales. En efecto, las *garantías jurisdiccionales especiales* son incluso *garantías secundarias*, es decir garantías que se activan solo para sancionar o reparar violaciones a garantías primarias. En palabras de Ferrajoli, las *garantías secundarias* son “obligaciones a cargo de los órganos judiciales encargados de aplicar las sanciones o de declarar la anulación, ya se trate en el primer caso de actos ilícitos o en el segundo de actos inválidos que violan los derechos subjetivos y con ello, lo relativo a las garantías primarias”.¹⁹ Las *garantías primarias o sustanciales* consisten en obligaciones (de prestación) o prohibiciones (de lesión) a los que los poderes públicos o los particulares están jurídicamente obligados a efectos de proteger los derechos constitucionales. Así, por ejemplo, el hábeas corpus es una *garantía secundaria* que procede solo una vez que la *garantía primaria* u obligación del Estado de no detener a nadie ni ilegal ni arbitrariamente no se ha cumplido. Ambas garantías, la primaria y la secundaria protegen el derecho a la libertad. A su vez, es necesario distinguir ambas garantías del derecho mismo a la libertad.

En el caso ecuatoriano se asumía que solo existían garantías secundarias de tipo jurisdiccional especial o constitucional, es decir, que un derecho como el de la libertad estaba garantizado exclusivamente por los jueces

18 Trujillo, Julio César. *Teoría del Estado en el Ecuador*. Quito, Corporación Editora Nacional, 2006, pp. 247-248, pp. 282-287. Una noción amplia de garantía puede hallarse también en Inredh. *Garantías constitucionales – Manual técnico*. Quito, Inredh, 2006, pp. 26-30.

19 Ferrajoli, Luigi. “Garantías constitucionales”. *Revista Argentina de Derechos Constitucionales* (Buenos Aires), 1.2 (2000).

20 En la Constitución de 1998 esta función de juez constitucional con relación al hábeas corpus la desempeña primariamente el alcalde.

constitucionales mediante el hábeas corpus.²⁰ En realidad la primera garantía o garantía primaria corresponde al Ejecutivo que, como titular de la fuerza pública, está obligado a seguir ciertos procedimientos y a omitir otros en toda detención. Por su parte, los jueces comunes, en particular los jueces penales, también deben respetar el derecho a la libertad siguiendo todas las normas del debido proceso. Adicionalmente, el Legislativo no puede regular estas materias sino por ley (reserva de ley), y no puede reformar las normas constitucionales sobre el derecho a la libertad y otros derechos constitucionales, sino en base al procedimiento de reforma constitucional (rigidez constitucional); estas serían *garantías normativas* del derecho a la libertad. Como se aprecia en este ejemplo, son múltiples funciones y poderes públicos los que mediante específicos deberes jurídicos garantizan la libertad, y no solo las autoridades que conceden el hábeas corpus.

Las diferencias entre una noción amplia de garantía y otra restringida no son inocuas ni puramente conceptuales. Así, por ejemplo, principios tan importantes como los de rigidez constitucional, reserva de ley, división de poderes, contenido esencial o legalidad han sido considerados constitutivos de las llamadas *garantías políticas o normativas*, esto es garantías primarias encomendadas a órganos de tipo legislativo y ejecutivo. Debe entonces quedar claro que el legislador también está obligado a garantizar derechos constitucionales cuando la Constitución le manda regularlos solo por ley o sin atentar contra su contenido esencial. Solo cuando el legislador incumple, procede recurrir a una garantía secundaria y jurisdiccional como lo es la acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

Pero además, como ha notado Gerardo Pisarello, las garantías jurisdiccionales no agotan el universo de las garantías secundarias. En otros términos, hay también *garantías secundarias legislativas y administrativas*, esto es sanciones y reparaciones adoptadas por órganos legislativos, como en el caso del juicio político, o por órganos administrativos, como en las actividades de inspección o supervisión por ejemplo de orden tributario, sanitario o educativo. Las sanciones y reparaciones decididas por estos órganos no judiciales, sin duda, cumplen también una función crucial en la protección de derechos constitucionales.

Adicionalmente, una noción reduccionista de garantía no clarifica

suficientemente el rol garantista que deben cumplir los jueces ordinarios. En efecto, como se expuso, la doctrina realiza una distinción al interior mismo de las garantías jurisdiccionales, diferenciando las *garantías jurisdiccionales especiales* como el amparo o el hábeas corpus, y las *garantías jurisdiccionales ordinarias*, entendiéndose por tales las confiadas a tribunales ordinarios con capacidad para prevenir, controlar o sancionar vulneraciones de derechos. Es decir, que la justicia ordinaria está obligada a preservar los derechos constitucionales, y en algunos sistemas es cuando ello no ocurre que entran a actuar las garantías jurisdiccionales de tipo constitucional.

De hecho, en la Constitución de 1998 el juez ordinario tenía la facultad de inaplicar, en el curso de un proceso judicial bajo su conocimiento, una norma que consideraba inconstitucional. Si la norma violaba un derecho inconstitucional y el juez la inaplicaba era claro que el juez estaba defendiendo tal derecho, es decir, está garantizándolo. Esta actividad, por tanto, es también parte de las *garantías jurisdiccionales ordinarias* de los derechos constitucionales.

Las garantías jurisdiccionales no solo que incluyen tanto a la jurisdicción ordinaria como a la constitucional, sino que además funcionan a *escala infraestatal y supraestatal*. Así, por ejemplo, en los estados federales pueden operar a niveles locales cuando un estado miembro de la federación cuenta con sus propios tribunales estatales. Además, pueden operar y de hecho operan en el caso ecuatoriano a nivel supraestatal cuando la violación de derechos constitucionales es conocida por tribunales internacionales, como en el caso del sistema interamericano de derechos humanos.

Por otra parte, no solo son los órganos estatales los que deben actuar para garantizar un derecho, los ciudadanos ya sea mediante el sistema representativo o mediante su participación política directa inciden y deben incidir constantemente en el reconocimiento, definición y regulación de derechos. Solo desde una visión puramente normativista, que Ferrajoli ha llamado *falacia garantista*, puede concebirse que las garantías consisten solo en técnicas normativas por sí mismas suficientes para proteger derechos. En un estado democrático, son los ciudadanos los que proponen, definen y demandan por la efectivización de sus derechos. Estos mecanismos de participación política, tales como el voto, la consulta popular, o la iniciativa legislativa popular configuran las *garantías socia-*

les de los derechos.

La reducción de las garantías de los derechos, exclusivamente a las de tipo jurisdiccional constitucional, tiene además incidencia sobre la forma como estas últimas se conciben. Bajo una noción tan reducida, amparo, hábeas corpus y hábeas data tendían a verse como medios procesales únicos antes que integrados a un sistema complejo de defensa de derechos.

Como se indicó anteriormente, en el Ecuador una primera reducción de las garantías consistió en limitarlas a las de tipo jurisdiccional constitucional. Una segunda reducción se produjo con relación al alcance y funcionamiento de una de ellas: el amparo. A continuación se desarrolla un estudio crítico sobre estas restricciones a esta acción constitucional en Ecuador, la garantía jurisdiccional especial de más amplio espectro, en cuanto el amparo protege el mayor número de derechos constitucionales.

4. Las garantías en la Constitución de 2008

La Constitución de 2008 fortalece las garantías constitucionales. Esta consolidación está dada tanto por la ampliación del tipo de garantías, como por el desarrollo de las garantías jurisdiccionales incluidas en la Constitución de 1998.

Las nuevas garantías, según la Constitución de Montecristi, son las de carácter normativo, las políticas públicas y las garantías políticas o de participación ciudadana. El principio central que guía su inclusión es el de que existen múltiples mecanismos, a más de las garantías jurisdiccionales, que obligan a las instituciones y autoridades estatales a respetar y desarrollar los derechos humanos. Así, por ejemplo, las garantías normativas (art. 85) establecen la obligación de los legisladores de regular los derechos fundamentales exclusivamente mediante ley (reserva de ley), y la de no atentar contra el núcleo de tales derechos (art. 11, numeral 4). Por otra parte, las políticas públicas (art. 86) son concebidas también como medios o garantías de los derechos fundamentales. Finalmente, las garantías políticas destacan la participación ciudadana como un mecanismo de exigibilidad de estos derechos.

Esta ampliación de la noción de garantía constitucional subraya el hecho de que son todas las funciones del Estado, todas las autoridades

públicas y en ocasiones los particulares, y no solo los jueces, los obligados a respetar y hacer respetar los derechos fundamentales que establece la Constitución. Constituye por tanto una visión del poder estatal a su vez limitado por y al servicio de estos derechos.

En relación con las garantías jurisdiccionales también hay importantes avances respecto al texto de 1998. La Constitución de 2008 en unos casos des-formaliza estas garantías, en otros las constitucionaliza o amplía su objeto, así como las posibilidades de quienes pueden ejercerlas. Por ejemplo, en los casos de la acción de protección y del hábeas corpus hay una desformalización y una ampliación tanto de la legitimación activa como del objeto de cada garantía. En el caso del hábeas data hay una ampliación, o al menos una descripción más detallada del objeto de la garantía, mientras que la acción de acceso a la información pública se constitucionaliza, pues antes había sido establecida y regulada solo al nivel de la ley.

La mayoría de garantías, especialmente jurisdiccionales, ya constaban en la Constitución de 1998, pero fueron objeto —especialmente en el caso del amparo— de una serie de restricciones formalistas que desnaturalizaron su función de acciones sencillas, ágiles, sumarias y eficaces para la protección de derechos.

A fin de ir superando este problema la Constitución desarrolla una sección común de principios de las garantías normativas, a partir del artículo 86, así como una serie de principios de aplicación de los derechos a partir del artículo 11, todo lo cual sirve de contención normativa a las tendencias formalistas y restrictivas de la cultura jurídica tradicional, dominante en el país. Por supuesto, ello no significa que estas acciones no deban ser reguladas mediante la Constitución y la ley, pero esta regulación no debe ser tal que resulte en una restricción indebida de la función principal de estas garantías: la efectiva protección de los derechos constitucionales.

Los principios comunes a las garantías del artículo 86 hacen relación a quienes pueden ejercerlas, la competencia de los jueces que conocen estas acciones, los procedimientos pertinentes incluyendo medidas cautelares, audiencia, pruebas, sentencia y apelación, así como la ejecución de las sentencias, las sanciones por su incumplimiento y su eventual revisión por parte de la Corte Constitucional. En este marco se ha dado especial atención a la reparación integral que tiene que dar lugar una sentencia

derivada de una acción constitucional cuando se ha violado un derecho establecido en la Carta fundamental.

Otro cambio crucial viene dado por el carácter obligatorio de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de garantías (art. 436, numeral 6). Es ineficiente que una Corte decida cientos de veces lo mismo en casos similares (por ejemplo, los casos de amparo por parte de policías y militares a quienes se ha dado de baja). Es necesario seleccionar casos tipo y casos difíciles para que las sentencias de la Corte Constitucional, dictadas en tales casos, sirvan de jurisprudencia constitucional obligatoria para los demás jueces que resuelven garantías y unifiquen la interpretación de derechos fundamentales en todo el sistema judicial.

Realicemos un breve examen de cada una de las principales garantías jurisdiccionales, tal como se establecen a nivel constitucional:

El amparo o acción de protección: en general, se trata de superar las inconstitucionales restricciones al amparo que habían sido introducidas los últimos años mediante resoluciones de la Corte Suprema, así como mediante reglamentos y jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional.²¹

Se establecen dos tipos de amparos: (1) la acción ordinaria de protección, y (2) la acción extraordinaria de protección.

Respecto a la acción ordinaria, que es la acción de amparo que establece la Constitución de 1998, se amplía su objeto a situaciones en que el agraviado se halla en estado de subordinación, indefensión o discriminación, así como a casos en que la violación del derecho resulta de una inadecuada prestación de los servicios públicos. Se ratifica que el amparo procede contra cualquier autoridad pública, exceptuando los jueces contra cuyas decisiones procede la acción extraordinaria de protección. Todos estos cambios buscan que la acción de protección proteja efectivamente los derechos de los ciudadanos o sus colectivos contra cualquier acto de violación de sus derechos, sean actos de autoridad pública o decisiones judiciales.

21 La nueva Constitución cambia el nombre del “amparo” al de “acción de protección”, pero en cuanto a su contenido se trata de la misma garantía constitucional, aunque pueden establecerse algunas diferencias importantes.

Respecto a la acción extraordinaria de protección, en total contraste con la Constitución de 1998, se crea esta suerte de amparo contra decisiones judiciales, eliminando así la exclusión que del control constitucional especializado hacía respecto a estas decisiones de autoridad pública la Constitución anterior. Los artículos 94 y 437 de la Constitución establecen disposiciones respecto al objeto de la garantía y otros requisitos que estudiamos en el capítulo relativo a esta institución que aparece en este libro.

El hábeas corpus: en relación con esta acción el cambio fundamental respecto a la Constitución de 1998 está dado también por la ampliación de su objeto. La Constitución de 2008 —acorde con la jurisprudencia interamericana de derechos humanos— amplía el hábeas corpus de aquellas situaciones de detención arbitraria por parte de autoridades públicas, a toda forma arbitraria de privación de la libertad. En efecto, esta privación arbitraria puede ser también causada por un particular como, por ejemplo, en el caso de enfermos internados en hospitales, públicos o privados, a quienes los directivos de esos establecimientos arbitrariamente les privan de su libertad u otras situaciones análogas. Esta ampliación del objeto de la acción destaca además que el hábeas corpus protege la vida e integridad física de quienes están privados de su libertad; estableciéndose al efecto un detallado procedimiento que incluye el inicio de acciones penales a quienes ejecutan actos de tortura, trato cruel, inhumano o degradante. Al constitucionalizar el Hábeas Corpus Judicial la propuesta permite interponer la acción incluso si la privación arbitraria de la libertad ha sido dispuesta en el curso de un proceso penal.

El hábeas data: se completa y perfecciona el procedimiento de la acción de hábeas data establecido de forma más general en la Constitución de 1998. De esta forma se busca una protección más efectiva. Para este efecto, se incluye como objeto del hábeas data los datos genéticos y los archivos de datos personales; se aclara que la acción puede interponerse sin importar si la información se halla en forma electrónica o manual. El titular tiene derecho a conocer la finalidad, propósito, origen y destino de su información personal. Si los datos son sensibles, el titular podrá pedir que se adopten medidas de seguridad adecuadas.

El acceso a la información pública: puesto que el derecho a la información se prevé como un derecho constitucional, su garantía se incluye

directamente en la Constitución de 2008. Ese derecho constaba en la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública (Lotaip), bajo la denominación de “recurso de acceso a la información pública”. La constitucionalización de ese derecho tiene la ventaja de integrar esta acción al sistema general de garantías constitucionales, sujetándola a sus principios procesales generales y protegiéndola de tendencias restrictivas de tipo legal, reglamentario y jurisprudencial.

Acción de incumplimiento: a fin de asegurar el cumplimiento de las normas jurídicas y de las sentencias se establece esta nueva acción presente en otros ordenamientos jurídicos. Esta figura es una respuesta al hecho de que con frecuencia las decisiones judiciales no son acatadas por autoridades, funcionarios administrativos o particulares. Para el efecto se precisan los requisitos que debe cumplir un mandato legal o judicial para ser objeto de la acción.

5. Un primer balance de las garantías jurisdiccionales

La expedición de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) en el año 2009 constituyó un hito fundamental para la justicia constitucional en Ecuador. La anterior Ley Orgánica de Control Constitucional fue expedida en 1997 y reguló la justicia constitucional en el período de vigencia de la Constitución de 1998. Una situación evidentemente anómala puesto que al ser aquella ley anterior a la Constitución no se ajustaba claramente a la Carta fundamental.

Esta situación ha sido corregida, al menos en lo formal, con la expedición de la LOGJCC. En realidad, la nueva ley resultaba indispensable puesto que, como se expuso anteriormente, la Constitución de 2008 incluye nuevas instituciones como, por ejemplo, la acción extraordinaria de protección (amparo contra decisiones judiciales), la acción de incumplimiento, la inconstitucionalidad por omisión, y la creación de una nueva institución, la Corte Constitucional, con nueva integración y algunas competencias novedosas.

En el presente balance se destacan algunos aspectos claves de la nueva ley, especialmente los relacionados al fortalecimiento o debilitamiento de las garantías constitucionales. La LOGJCC, como se demostrará, expresa

en su articulado dos concepciones jurídicas antagónicas. Una de corte garantista, acorde con la Constitución, que busca desarrollar las garantías e instituciones constitucionales. Otra, restrictiva de las garantías, anclada en el formalismo y legalismo, que se expresa en disposiciones de la misma ley de dudosa constitucionalidad.

En efecto, aunque se trata de una misma ley, es posible identificar a lo largo de estas disposiciones que claramente apuntan en el sentido garantista o en el restrictivo. A su vez, una comparación de estos aspectos con la Ley de Control Constitucional vigente antes del 2008, permite también evaluar avances y retrocesos en materia de justicia constitucional.

La Constitución de 2008 busca fortalecer las garantías mediante procesos constitucionales no formalistas que constituyan efectivos mecanismos de protección de derechos constitucionales. Esta finalidad, como ya destacamos, es evidente de la lectura del artículo 86, numeral 2, que establece como normas de procedimiento la sencillez, rapidez, eficacia, la naturaleza oral de estos procesos, la posibilidad de interponerlos cualquier día y hora, sin necesidad de formalidades ni de patrocinio de un abogado, la informalidad en las notificaciones, y en general la inaplicabilidad de normas procesales que tiendan a retardar su ágil despacho.

El fortalecimiento y desformalización de las garantías se aprecia también en el numeral tres del mismo artículo constitucional, que permite interponer pruebas en cualquier momento del proceso, el sentido integral de la reparación y las sanciones a quienes incumplan las sentencias constitucionales.

La LOGJCC es un texto normativo cuyo enfoque general se inscribe en estas modernas tendencias del constitucionalismo pero no deja de incluir normas aisladas contrarias a su orientación general. Esta ley introduce modernos conceptos constitucionales y actuales métodos de interpretación²² que bien pueden contribuir a una importante renovación de la cultura constitucional en el país. Paradójicamente, pese a la clara dirección

22 Véanse, como ilustración, los artículos 2 al 5 de la LOGJCC que contienen en su mayoría modernos principios e instituciones del Derecho Constitucional contemporáneo; no obstante, marcando un agudo contraste el artículo 3, literal 7, prioriza la interpretación literal al modo como lo hizo el Código Civil en el siglo XIX. Para una visión panorámica de estas nuevas instituciones véase Escudero, Jhoel. "El cambio de cultura jurídica en la interpretación constitucional". *Nuevas instituciones del derecho constitucional ecuatoriano*. AA.VV. Quito, Inredh, 2009.

garantista de la Constitución, la LOGJCC introduce también una serie de restricciones puntuales que apuntan en una dirección contraria, restringiendo inconstitucionalmente en la práctica el ejercicio de algunas garantías.

A continuación se evalúan sintéticamente algunas de las principales garantías reguladas por la LOGJCC, para finalizar con una breve reflexión sobre la cultura constitucional en Ecuador.

5.1. La acción de protección

El problema central respecto a la forma como la LOGJCC regula esta garantía es su residualización. Una garantía es residual cuando la acción ante los jueces solo puede ejercerse al no existir otras acciones legales alternativas. En la Constitución de 1998 el amparo o actual acción de protección era autónomo, es decir, podía ejercerse con independencia de que para un caso existieran posibilidades procesales alternativas.

La Constitución de 2008 mantiene ese carácter autónomo de la acción de protección, pues no incluye ninguna restricción o requisito respecto a acciones legales alternativas, y por el contrario, según el artículo 88 se busca una protección directa y eficaz de los derechos constitucionales.

Cuando la Constitución dice en este artículo que la acción de protección proveerá un “amparo directo” debe entenderse que al existir violación o riesgo de violación de un derecho constitucional no puede interponerse ni exigirse ninguna acción procesal adicional entre tal derecho constitucional y la acción de protección. El nexo entre garantía y derecho es inmediato justamente para ser eficaz, aunque tal eficacia no se agote en la inmediatez de la acción. En efecto, la gravedad y daño que implica la violación real o potencial de un derecho constitucional implica que la garantía opere de manera efectiva con urgencia, por ello la Constitución desformaliza radicalmente las garantías, para que la justicia proteja inmediatamente el derecho, sin sacrificarlo a formalidades.

Sin embargo, la LOGJCC en contraposición a la Constitución, incluye en el artículo 40, numeral 3, como requisito para presentar una acción de protección el que no exista otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado. En la práctica, esta

disposición está sirviendo de argumento a jueces y cortes provinciales para negar sistemáticamente acciones de protección. De esta forma, paradójicamente, bajo una Constitución más garantista que la de 1998, como lo es la del 2008, los jueces ordinarios han disminuido en la práctica los estándares de protección de derechos constitucionales de los ciudadanos. ¿Cómo explicar esta paradoja?

No existen estudios empíricos que nos permitan explicar el fenómeno pero pueden formularse hipótesis plausibles. Una de ellas es que muchos jueces utilizan ampliamente la restricción de la LOGJCC para disminuir su carga de trabajo, desembarazándose de las acciones de protección. Ciertamente hay juzgados con un excesivo número de causas, pero este no es un problema de la acción de protección sino de una deficiente administración judicial por parte del Consejo de la Judicatura. Otra posible explicación, no necesariamente excluyente de la primera, se refiere a la cultura constitucional formalista y legalista prevaleciente en Ecuador, para la cual los derechos constitucionales son fácilmente sacrificados a formalidades secundarias, y a veces las formalidades sustanciales, cuya función es proteger derechos, son inobservadas.

Esta situación se agrava por el hecho de que la Constitución de 2008 y la LOGJCC atribuyen ya no al Tribunal o Corte Constitucional, sino a las cortes provinciales la competencia para conocer apelaciones de las acciones de protección. Esta reforma tenía originalmente como objetivo acercar a los ciudadanos y a los jueces constitucionales pues según estudios estadísticos del período 1997-2004, la apelación de amparos estaba concentrada en Quito y Guayaquil, es decir los ciudadanos de otras provincias apelaban las decisiones de amparo mucho menos que los de aquellas ciudades posiblemente debido a costos y dificultades de acceso.²³

23 “[D]e las 22 provincias, el 80 % de los casos pertenecen a Pichincha, Guayas, Manabí, El Oro, Loja y Azuay; mientras que las restantes 16 provincias llegan al 20 % de los casos apelados ante el Tribunal Constitucional, pese a que estas provincias representan más del 35 % de la población según datos oficiales del INEC. Es también llamativo que Pichincha por si sola concentre casi el 40 % del total de apelaciones, cuando según el censo del 2001 representaba solo el 19,62 % de la población nacional. En definitiva, hay un relativo centralismo, o al menos una parcial marginación de varias provincias en el procesamiento de apelación de los amparos, seguramente por sus mayores dificultades de acceso al organismo en la ciudad de Quito”. Véase Grijalva, Agustín y Alex Valle. *Diagnóstico sobre la Ley Orgánica de Control Constitucional*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

En la práctica, como se observó anteriormente, muchas cortes provinciales están negando apelaciones de acciones de protección de amparos en base a las restricciones establecidas inconstitucionalmente en la LOGJCC. En otros casos, la cultura legalista y formalista prevaleciente coadyuva a esta desprotección de derechos. Adicionalmente, la Corte Constitucional de transición no ha iniciado aún los procesos de selección de acciones de protección que pudieran llevar a su revisión y a sentar jurisprudencia obligatoria que oriente el análisis de estos jueces.

5.2. La acción extraordinaria de protección

Esta acción, como se dijo, constituye un verdadero amparo contra decisiones judiciales, es decir, una garantía constitucional contra sentencias, autos y resoluciones violatorias del debido proceso y otros derechos constitucionales. La posibilidad de reclamar por estas violaciones estaba expresamente prohibida por el artículo 276 de la Constitución de 1998; en cambio, la Constitución de 2008 en sus artículos 94 y 437 incluye explícitamente esta posibilidad.

Actualmente la acción extraordinaria de protección va alcanzando algún desarrollo tanto por la expedición de la LOGJCC, como por el trámite de este tipo de causas ante la Corte Constitucional para el Período de Transición.

En el plano normativo, la LOGJCC evidencia también dos tendencias contrapuestas: una garantista y otra restrictiva.²⁴ La tendencia garantista busca regular la acción sin restringirla, de forma que siendo los jueces ordinarios los garantes primarios de la Constitución, la Corte Constitucional actúe subsidiariamente cuando los jueces ordinarios mediante sus decisiones han violado derechos constitucionales. Este enfoque se evidencia en una parte de los requisitos de la demanda y de las condiciones de admisibilidad de la acción, establecidos en los artículos 61 y 62, requisitos que son jurídicamente razonables, y corresponden a lo que

24 Para un estudio más detallado de esta garantía puede verse Grijalva, Agustín. “La acción extraordinaria de protección” publicado en el capítulo 3 de este libro.

se encuentra comúnmente en el Derecho y la Jurisprudencia constitucional comparados. Se trata en general de requisitos orientados a evitar que la acción se convierta en una nueva instancia, tales como plazos para accionar el requisito de haber agotado otros recursos, y la identificación clara del derecho constitucional violado.

En cuanto a la tendencia restrictiva esta se evidencia en otros artículos de la LOGJCC que apuntan no a una regulación legal necesaria para permitir a los ciudadanos ejercer adecuadamente la acción, sino a una restricción de este ejercicio que viene incluso a ser inconstitucional. El ejemplo más claro es el del numeral 8 del artículo 62 que requiere que se trate de un asunto de “relevancia y trascendencia nacional”. En esa misma línea restrictiva se ubica el numeral 7 que excluye de la acción de protección, las decisiones del Tribunal Contencioso Electoral, una exclusión que la Constitución no hace en ningún lado. Es igualmente restrictiva la prohibición de interponer medidas cautelares contenida en el artículo 27, tercer párrafo, de la LOGJCC, puesto que estas medidas han sido establecidas por la propia Constitución y pueden ser indispensables cuando el daño grave e inminente que implica la violación de un derecho constitucional proviene de una decisión judicial.

Pero no solo a nivel normativo, sino también en la práctica los resultados de la acción extraordinaria de protección han sido desiguales e incluso contradictorios. En algunos casos conocidos por la Corte Constitucional, esta acción ha cumplido adecuadamente su función de resguardar los derechos constitucionales contra decisiones judiciales arbitrarias.²⁵ En otros casos, no obstante, la violación del derecho constitucional no ha sido claramente identificada, de forma que la actuación de la Corte ha sido criticada como injerencia indebida en la justicia ordinaria.

También por parte de algunos abogados hay incompreensión o mal uso de la institución, pues se pretende recurrir a ella no como la revisión constitucional y extraordinaria de aspectos específicos del proceso judicial, sino como una nueva instancia o una técnica dilatoria. Por otra parte, algunos jueces incluso en la Corte Nacional, en lugar de cuidar más el

25 Para el estudio de varios de estos casos, véase Estrella, Carmen. “La acción extraordinaria de protección”. Tesis de maestría en Derecho Constitucional. Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2010.

debido proceso constitucional, se niegan a resolver las causas o lo hacen con criterios aun más formalistas, creyendo de esta manera defenderse contra la acción extraordinaria.

En definitiva, es necesario adoptar las correcciones adecuadas para que esta acción contribuya a una mayor constitucionalización de la justicia ordinaria, evitando que sea tergiversada al convertirla en una oportunidad para retardar o manipular los procesos judiciales.

5.3. El hábeas corpus

La principal reforma que trae la Constitución de 2008 en cuanto a hábeas corpus consiste en que este ya no se presenta ante los alcaldes, sino ante los jueces ordinarios, y su apelación no se interpone ante la Corte Constitucional sino ante las cortes provinciales, en un esfuerzo por acercar la justicia constitucional a los ciudadanos. También aquí había buenos motivos para la reforma, pues algunos alcaldes no prestaban mayor atención a esta función permitiendo que muchas detenciones ilegales se prolongarían mucho más allá de los plazos constitucionales. En cuanto a las apelaciones ante el antiguo Tribunal Constitucional, al igual que en el caso del amparo, estas se dificultaban por distancias, tiempos y costos cuando quienes apelaban viven en provincias.²⁶

Otra innovación importante viene dada por la ampliación del objeto del hábeas corpus. La Constitución —acorde con la jurisprudencia interamericana de derechos humanos— amplía el hábeas corpus de aquellas situaciones de detención arbitraria por parte de autoridades públicas, a toda forma arbitraria de privación de libertad, como por ejemplo la causada por un particular en el caso de hospitales públicos o privados. Se destaca además que el hábeas corpus protege la vida e integridad física de quienes están

26 “Guayas, Manabí y Pichincha representan un 84 % del total de apelaciones de hábeas corpus a nivel nacional, mientras que el resto de provincias (19) tan sólo llegan a un 16 %. Estas diferencias se explican por desigualdad en el acceso al Tribunal y no solamente en la población, así por ejemplo, Pichincha en el 2001 tenía alrededor del 20 % de la población nacional, pero como podemos observar un 68 % de las apelaciones de hábeas corpus provenían de esta provincia. Si siete de cada diez apelaciones vienen solo de esta provincia, es claro que la segunda instancia de esta garantía no funcionaba adecuadamente.” Grijalva, Agustín y Alex Valle. *Diagnóstico sobre la Ley Orgánica de Control Constitucional*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

privados de su libertad. Son necesarios estudios empíricos que nos revelen si este cambio en la normativa ha tenido efectos positivos en la forma de decidir de los jueces al conocer peticiones de hábeas corpus.

De todos modos, la reforma ha tenido también sus tropiezos. Las razones nuevamente tienen que ver con la inadecuada administración judicial, que no coadyuva a una distribución equilibrada de causas entre los jueces, lo cual lleva a que algunos soporten cargas procesales excesivas, a las cuales se suman ahora las garantías. Por otro lado, está la mencionada mentalidad predominantemente formalista y legalista de muchos de estos jueces, que no terminan de asumirse a sí mismos como garantes de la Constitución.

5.4. La acción de incumplimiento

Esta es una institución nueva en la justicia constitucional ecuatoriana; la forma excesivamente amplia en que consta en la Carta fundamental y en la LOGJCC ha traído y traerá confusión, puesto que puede ejercerse contra el incumplimiento de cualquier norma jurídica. El problema de tal amplitud en el diseño normativo es que puede generar una yuxtaposición con otras instituciones jurídicas como, por ejemplo, la inconstitucionalidad por omisión y la acción extraordinaria de protección.

En todo caso, la incorporación constitucional de la acción de incumplimiento responde al espíritu garantista que marcó a la Constituyente de Montecristi; expresa el énfasis y la preocupación no solo por fortalecer y ampliar los derechos constitucionales, sino además por desarrollar los medios jurídicos de exigencia de los mismos.

Este tipo de procesos son más bien escasos pero plantearon problemas jurídicos importantes, tales como el alcance de la acción, su relación con el principio de conexidad, entre otros.²⁷ En todo caso, puesto que Constitución y LOGJCC establecen esta garantía en términos tan amplios, la Corte Constitucional deberá perfilar de mejor forma la institución mediante su jurisprudencia, de forma que sin caer en restricciones inconstitucionales cumpla su función de coadyuvar al respeto de los derechos constitucionales.

27 Un caso ilustrativo a este respecto es la sentencia de acción de incumplimiento n.º 002-09-SAN-CC.

5.5. Acceso a la información pública

También en esta materia la principal novedad deriva de la constitucionalización que de esta acción realiza la Carta fundamental del 2008, puesto que esta acción fue creada antes de la Constitución de 2008, mediante la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública. El destacar el nivel constitucional de la acción y su regulación en la LOGJCC es ciertamente positivo en cuanto consolida el derecho a ser informados e integra esta garantía al conjunto de las establecidas en la Constitución, sujetándola a sus principios procesales. No obstante, es necesario que esta consolidación normativa se traduzca en una mayor efectividad de las normas en cuanto a su aplicación práctica. En realidad, lo normal debería ser que las autoridades e instituciones públicas entreguen la información pública, y la excepción el tener que recurrir a esta acción constitucional para recabarla.

5.6. Hábeas data

La Constitución de 2008, como se expuso, completó y perfeccionó el procedimiento establecido para esta garantía en la Constitución de 1998. Para este efecto, se incluye como objeto del hábeas data los datos genéticos y los archivos de datos personales; se aclara que la acción puede interponerse sin importar si la información se halla en forma electrónica o manual. El titular tiene derecho a conocer la finalidad, propósito, origen y destino de su información personal. Si los datos son sensibles, el titular podrá pedir que se adopten medidas de seguridad adecuadas. También en esta materia se requiere investigación empírica sobre la aplicación de la garantía y su evolución de un año a otro.

6. Cambios en la cultura constitucional

En Ecuador en el ámbito de la justicia constitucional se viene produciendo una mayor difusión y discusión de nuevos conceptos, métodos de interpretación, y estilos de argumentación jurídica. La recepción de

tendencias neoconstitucionalistas y garantistas en la Carta fundamental, su aprobación mediante referéndum, así como parte de la nueva legislación y varios fallos de la Corte Constitucional constituyen importantes impulsos a este proceso.

El debate sobre las nuevas instituciones no ha sido sistemático ni necesariamente informado. El parcial aislamiento de la cultura jurídica ecuatoriana respecto al desarrollo reciente de la teoría jurídica a nivel internacional ha dado lugar a equívocos, estereotipos y generalizaciones. No obstante, algunos esfuerzos de difusión como los de la Serie Justicia y Derechos Humanos, publicada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y Cultos,²⁸ han permitido una aproximación más documentada y crítica a ciertas nociones.

En cuanto a cultura de derechos y cultura constitucional el país evidencia aún graves deficiencias y afronta grandes desafíos. Muchos jueces y cortes continúan sacrificando la justicia y los derechos a formalismos o inobservando los principios constitucionales del debido proceso, continúan imponiendo la ley a la Constitución, y el reglamento a la ley. Los medios de comunicación no siempre hacen de la Constitución el marco en el que deben discutirse los proyectos de ley que cursan en la Asamblea Nacional. Tampoco en las organizaciones políticas y en los líderes políticos de las diversas tendencias se percibe un compromiso serio y firme de respeto a la Constitución y a los órganos jurisdiccionales que deben resguardarla.

Dentro de este proceso otra institución que debe profundizar su rol es la Defensoría del Pueblo. Es necesario que la Defensoría investigue sistemáticamente la situación de derechos específicos en el país. Esta labor investigativa y su difusión en la opinión pública debe ser una guía fundamental en el diseño de políticas públicas, jurisprudencia constitucional y reformas normativas orientadas a aumentar los estándares de protección de derechos.

28 Esta serie editorial incluye algo más de quince volúmenes sobre diversas temáticas constitucionales y de derechos humanos; predomina el enfoque crítico y no dejan de incluirse trabajos interdisciplinarios. Su distribución gratuita ha facilitado el acceso a la obra de estudiantes y docentes universitarios. Esta es sin duda la serie editorial más importante en materia constitucional publicada en Ecuador desde la edición de la Serie Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en Ecuador (12 tomos) que se publicó entre 2003 y 2005.

Pese a todas estas graves limitaciones hay un lento pero sostenido avance en la formación de una cultura constitucional. Instituciones donde los derechos constitucionales eran abiertamente inobservados están considerándolos en mayor grado. Tal es el caso de la Policía, las Fuerzas Armadas, las cárceles o ciertos establecimientos de educación. En las facultades de Derecho, el Derecho constitucional y los Derechos Humanos ocupan hoy un lugar mucho más importante, pues incluso van desarrollándose estudios de posgrado en la materia. Los derechos constitucionales concitan hoy más interés en la capacitación de instituciones públicas y privadas. Incluso, la planificación pública, como es el caso del Plan Nacional para el Buen Vivir va asumiendo un enfoque de derechos.

El sistema de garantías y la justicia constitucional en general está marcada por fuertes paradojas en materia de justicia constitucional. Por un lado, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional continúa el desarrollo de las garantías establecidas en la Constitución de 2008; por otra parte, esta misma ley introduce disposiciones aisladas pero fuertemente restrictivas de derechos y garantías, estas restricciones combinadas con la cultura formalista y legalista de la mayoría de jueces debilita significativamente la protección de derechos constitucionales en el país. Pese a ello, la cultura constitucional ecuatoriana, sea en las universidades, en ciertos fallos de jueces y de la Corte Constitucional, en el conocimiento y valores de los ciudadanos, en la producción doctrinaria y en el debate en la opinión pública, no deja de desarrollarse lentamente. Un desarrollo ciertamente con profundas contradicciones y hasta retrocesos, pero que se produce o debe producirse pese a ello.

Finalmente, para que el avance de la cultura constitucional se vuelva más sólido y coherente es necesario impulsar la independencia de la justicia constitucional, desarrollar programas nacionales de capacitación constitucional para jueces y otros operadores jurídicos, generar una jurisprudencia constitucional que efectivamente oriente el rol de garantes de los jueces ordinarios, asumir en fin la Constitución en la cultura jurídica y política ecuatoriana.

Bibliografía

- Ávila Santamaría, Ramiro. “Los problemas de la protección de los derechos humanos en el derecho procesal constitucional ecuatoriano”. *Un cambio ineludible: la Corte Constitucional*. AA.VV. Quito, Tribunal Constitucional del Ecuador, 2007.
- Benalcázar Guerrón, Juan Carlos. *Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano*. Quito, Fundación Andrade y Asociados.
- Bernal Pulido, Carlos. *El derecho de los derechos*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- Comisión Andina de Juristas. *Los procesos de amparo y hábeas corpus: un análisis comparado*. Lima, 2000.
- Diez, Manuel María. *Derecho administrativo*, t. II. Buenos Aires, Editores Libreros, 1965.
- Escobar, Claudia. “Prácticas constitucionales y discrecionalidad Judicial”. *Revista Foro* (Quito) 6, Corporación Editora Nacional (segundo semestre 2006).
- Ferrajoli, Luigi. *Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia*. Madrid, Editorial Trotta, 2006.
- Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid, Editorial Trotta, 2001.
- Ferrajoli, Luigi. *Pasado y futuro del Estado de Derecho. Estado de Derecho: concepto, fundamentos y democratización en América Latina*. Coords. Miguel Carbonell y otros. México, Siglo XXI, 2002.
- Ferrajoli, Luigi. “Garantías constitucionales”. *Revista Argentina de Derechos Constitucionales* (Buenos Aires), 1.2 (2000).
- Ferreira, Raúl Gustavo. “El significado de las garantías de la Constitución y su nexos con las tareas del Congreso”. *Revista Argentina de Derecho Constitucional* (Buenos Aires), 2.I (2000).
- García de Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*, I. Madrid, Editorial Civitas.
- García Villegas, Mauricio. *Justicia constitucional y acción de tutela*. Bogotá, Universidad de los Andes, 1996.
- Gil Domínguez, Andrés. “Derechos colectivos y amparo colectivo”. *Un cambio ineludible: la Corte Constitucional*. AA.VV. Quito, Tribunal Constitucional del Ecuador, 2008.

- Inredh. *Garantías constitucionales – Manual técnico*. Quito, Inredh, 2006.
- Larrea Holguín, Juan. *Derecho constitucional*, t. 2. Loja, Universidad Técnica Particular de Loja.
- Ordoñez, Hugo. *Hacia el amparo constitucional en Ecuador*. Quito, Pudeleco Editores, 1995.
- Oyarte, Rafael. *La acción de amparo constitucional*. Quito, Andrade y Asociados, 2006.
- Pérez Luño, Antonio. *Los derechos fundamentales*. Madrid, Editorial Tecnos, 1986.
- Peces-Barba, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales*. Madrid, Universidad Carlos III, 1999.
- Peña, Antonio Manuel. *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Madrid, Editorial Trotta, 1997.
- Pisarello, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías*. Madrid, Editorial Trotta, 2007.
- Prieto Sanchís, Luis. *Justicia constitucional y derechos humanos*. Madrid, Editorial Trotta, 2003.
- Pólit, Berenice. *El amparo constitucional – Su aplicación y límites*. Quito, Corporación Editora Nacional, 2002.
- Torres, Luis Fernando. *Legitimidad de la justicia constitucional*. Quito, Librería Jurídica Cevallos, 2003.
- Trujillo, Julio César. *Teoría del Estado en el Ecuador*. Quito, Corporación Editora Nacional, 2006.
- Zavala Egas, Jorge. *Derecho Constitucional*, t. 2. Quito, Edino, 2002.
- Zaldívar, Arturo. “El juicio de amparo y la defensa de la Constitución”. *La defensa de la Constitución*. Comps. José Ramón Cossío y Luis Pérez. México, Fontanamara, 2006.

La acción extraordinaria de protección *

1. Antecedentes históricos y proceso constituyente

En Ecuador la Constitución de 1998 en el artículo 95 establecía que no eran susceptibles de acción de amparo¹ las decisiones judiciales adoptadas en un proceso. En el mismo sentido, el artículo 276 de la misma Constitución establecía que las providencias de la Función Judicial no eran susceptibles de control por parte del Tribunal Constitucional. Esta prohibición fue recogida tanto por la resolución de la Corte Suprema² del 2001 reformada en el 2002, como por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. A dicha prohibición el Tribunal Constitucional le dio incluso una interpretación más bien amplia al considerar un acto como la coactiva tiene naturaleza jurisdiccional, y por tanto no era susceptible de amparo.³ ¿Cuál fue la lógica de una prescripción de este tipo?

* Este texto se basa parcialmente en la investigación “Tribunal Constitucional, Garantías y Derechos”, financiado por el Fondo de Investigaciones de la Universidad Andina Simón Bolívar.

1 En este artículo se utiliza de manera indistinta la denominación amparo o acción extraordinaria de protección.

2 Esta resolución agrega al texto constitucional lo siguiente: “Art. 2.- Particularmente la acción de amparo no procede y se la rechazará de plano cuando se la interponga respecto de c) Las decisiones judiciales adoptadas en un proceso, *inclusive las emitidas por órganos de la administración que actualmente ejercen funciones jurisdiccionales y que deban incorporarse a la Función Judicial en virtud del precepto constitucional de la unidad jurisdiccional*” (Las cursivas son mías).

3 Véase Oyarte, Rafael. *La acción de amparo constitucional*. Quito, Andrade y Asociados, 2006, p. 140.

Considerando la realidad ecuatoriana, mediante esta restricción al amparo, actualmente denominado acción de protección, se pretendió preservar la independencia de los jueces ordinarios durante los procesos judiciales, evitando injerencias de la justicia constitucional que compliquen las causas, prolongándolas en el tiempo o incluso someténdolas a la politización que ha caracterizado al Tribunal Constitucional. Se planteaba que un amparo contra sentencias u otras decisiones judiciales prácticamente significaría una tercera instancia que transformaría al amparo de acción en recurso, y que el principio de jerarquía en la Función judicial, y especialmente la supremacía de la Corte Suprema se verían afectados, puesto que jueces de menor jerarquía mediante la concesión de amparo podrían cuestionar las decisiones de jueces de nivel jerárquico superior. A estas críticas se sumaban otras respecto a los riesgos que el amparo entrañaría para la cosa juzgada y la seguridad jurídica en general. Todas estas críticas, como veremos, aunque razonables son relativas y conducen no a la prohibición del amparo contra decisiones judiciales, sino a su estricta regulación.

Desde el punto de vista doctrinario y del Derecho comparado la prohibición absoluta de amparo contra sentencias u otros autos judiciales conllevaba graves problemas. En un Estado regido por una Constitución son todas las autoridades públicas las sometidas a ella, y los jueces son no solo los primeros obligados por sus prescripciones sino, además, quienes actúan como sus garantes. La Constitución es la fuente primaria de validez jurídica y de legitimidad de las normas que el juez aplica y de su propia actividad.

Constituye entonces un profundo error concebir al juez o al tribunal de la justicia ordinaria como opuesto o separado al de la justicia constitucional, desvinculado de la Constitución,⁴ como alguien que aplica mecánicamente normas aisladas del sistema jurídico, sistema cuyo fundamento y unidad reside en la Constitución. En un Estado Constitucional, justicia ordinaria y justicia constitucional son complementarias y guardan permanente comunicación.

4 Por esta razón me he opuesto sistemáticamente a la propuesta de crear jueces constitucionales especializados de instancia para conocer amparos, hábeas corpus y hábeas data. Esta propuesta, aunque bien intencionada, parte del supuesto de que es posible y conveniente separar totalmente la justicia constitucional y la justicia ordinaria.

Aunque algunas competencias son privativas de cada una,⁵ otras competencias, como por ejemplo el conocimiento de la acción de amparo o protección, son necesariamente complementarias, hasta el punto que los jueces ordinarios deben actuar en ocasiones como jueces constitucionales, mientras que los Tribunales Constitucionales bregan por influir con su jurisprudencia sobre la interpretación constitucional de la justicia ordinaria.

Justamente por esta vinculación estructural, los jueces ordinarios están obligados a inaplicar o a suspender la aplicación de normas jurídicas que consideran inconstitucionales, y a interpretar y aplicar la ley en el sentido que resulte conforme con la Constitución. Es también en función de esta dimensión constitucional que el juez ordinario conoce, mediante la acción de amparo, conflictos en que uno o varios de los derechos en juego son de rango constitucional, y debe entonces proteger estos derechos.⁶ Por tanto, al concebir al juez ordinario como sujeto a la Constitución y a su vez garante de la misma resulta perfectamente lógica la existencia de amparo contra decisiones judiciales o acción extraordinaria de protección. Es natural que los actos del juez en un proceso judicial, como todo acto de autoridad pública, estén sujetos al control constitucional de un órgano superior que asegure el respeto de derechos constitucionales, y en particular del debido proceso. Esta revisión, por cierto, puede recaer, como en Ecuador, directamente sobre la Corte Constitucional, o en primer lugar, como en otros sistemas, sobre jueces superiores dentro la justicia ordinaria, como la Corte Suprema. En todo caso la decisión final corresponde al máximo contralor en la materia: la Corte Constitucional.

De hecho, conforme a una noción amplia de garantía constitucional, los jueces de la justicia ordinaria integran las denominadas *garantías jurisdiccionales ordinarias* de la Constitución. Cuando estas garantías no operan adecuadamente es indispensable que se activen las garantías jurisdiccionales especiales o constitucionales como la acción extraordinaria de protección. De esta forma, la justicia ordinaria y la constitucional deben coordinar y complementarse entre ellas a efectos de asegurar los derechos y la supremacía de la Constitución.

5 Como son la acción de inconstitucionalidad en el caso de la justicia constitucional, o el conocimiento de problemas meramente legales en el caso de la justicia ordinaria.

6 Peña, Antonio Manuel. *La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho*. Madrid, Editorial Trotta, 1997, pp. 227-262. Bajo esta lógica el juez ordinario también puede y debe conocer otras acciones constitucionales como el hábeas corpus, hábeas data y acción a la información pública.

Son entonces primeramente los propios jueces de la justicia ordinaria los que deben enmarcar sus actuaciones en la Constitución, pero si esto no sucede, si una decisión judicial viola un derecho constitucional, o si las interpretaciones constitucionales de los jueces ordinarios son divergentes entre sí ¿cómo se preservan estos derechos o se unifican estas interpretaciones? Los problemas centrales que trata de resolver la acción extraordinaria de protección tienen que ver justamente con la necesidad objetiva de hacer una unificación de jurisprudencia basada en la interpretación de la Corte Constitucional,⁷ así como atender al riesgo cierto de violación de estos derechos mediante estas decisiones judiciales, especialmente del derecho al debido proceso.

En síntesis, la necesidad de ejercer control constitucional sobre decisiones judiciales proviene de la propia naturaleza de la actividad judicial.⁸ El juez está sometido antes y primero a la Constitución que a la ley, pues esta misma deriva su legitimidad solo de aquella. Para cumplir su función, el juez debe interpretar la ley conforme a la Constitución y la jurisprudencia constitucional,⁹ y eventualmente incluso suspender la aplicación de la ley que considere inconstitucional, pero puede suceder que no haga ni lo uno ni lo otro, o que lo haga inadecuadamente, y entonces viole derechos constitucionales mediante sus decisiones judiciales. En consecuencia, es necesario que los ciudadanos cuenten con una acción por la cual otro juez pueda revisar la corrección constitucional de lo actuado. En ausencia de esta acción nos veríamos avocados a la grave situación de que la Constitución se viola mediante un proceso judicial, lo cual deslegitima a la propia justicia ordinaria.

La dificultad que estos problemas implican es tan o más grave que cualquiera de los que eventualmente pueden surgir de la acción extraordinaria de protección contra sentencias u otras decisiones judiciales, pues consiste en poner en entredicho la supremacía y fuerza normativa de la

7 García Villegas, Mauricio. *Justicia constitucional y acción de tutela*. Bogotá, Universidad de los Andes, 1996.

8 Para una ampliación sobre este tema puede consultarse Peña Freire, Antonio Manuel. *La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho*. Madrid, Editorial Trotta, 1997, especialmente el capítulo octavo. Véase también Ferrajoli, Luigi. "Pasado y futuro del Estado de Derecho". *Estado de Derecho: concepto, fundamentos y democratización en América Latina*. Coords. Miguel Carbonell y otros. México, Siglo XXI, 2002, pp. 187-204.

9 Además, conforme a los tratados, convenios e instrumentos internacionales sobre derechos humanos vigentes en el Ecuador según la Constitución ecuatoriana de 1998.

Constitución misma. La violación del derecho constitucional al debido proceso y sus principios, en particular, representa una situación en extremo grave, puesto que representa una violación constitucional doble.¹⁰ El efecto de la violación del derecho al debido proceso no siempre se agota en sí mismo. El debido proceso como derecho tiene dos dimensiones. Una dimensión autónoma como derecho en sí mismo, y una dimensión como garantía de todos los demás derechos constitucionales.

La solución frecuente a estos graves problemas en muchos países consiste en permitir el amparo contra decisiones judiciales, si bien bajo una estricta regulación.¹¹ Tal es el caso de sistemas como los de España, Alemania, Colombia o Bolivia, por citar algunos; la prohibición absoluta que consagraba el Ecuador es más bien excepcional.¹² Así, en el caso del Perú la Constitución en el artículo 200, inciso tercero, prohíbe el amparo contra “resoluciones judiciales emanadas de un proceso regular”. La *regularidad* consiste en la observación de los elementos esenciales del debido proceso; por tanto, el amparo procede cuando se han producido violaciones a este que la Constitución garantiza. Una solución similar ha sido adoptada por la Corte Constitucional de Colombia, la cual ha definido en su jurisprudencia como vías de hecho a las decisiones judiciales violatorias del debido proceso y en general de los derechos fundamentales.¹³ Igualmente en los casos de Bolivia¹⁴ y Chile¹⁵ se admite el amparo contra decisiones judiciales cuando no existen otros recursos procesales que viabilicen la protección de derechos constitucionales. Por su parte, la

10 Bernal Pulido, Carlos. *El derecho de los derechos*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp 337-338.

11 García Villegas, Mauricio y Rodrigo Uprimny Yepes. “La reforma a la tutela: ¿ajuste o desmonte?” *Revista de Derecho Público* (Bogotá) 15, Ediciones Uniandes (diciembre 2002): 245-286.

12 “De los países de la región, Ecuador es el único que contiene una restricción absoluta a la posibilidad de iniciar un proceso de amparo contra una resolución judicial”. Véase Comisión Andina de Juristas. *Los procesos de amparo y hábeas corpus: un análisis comparado*. Lima, 2000.

13 Para una ampliación del caso colombiano y una comparación con el de Ecuador, véase Escobar, Claudia. “Prácticas constitucionales y discrecionalidad judicial”. *Revista Foro* (Quito) 6, Corporación Editora Nacional (II semestre 2006).

14 Véase Rivera, José Antonio. “El amparo constitucional contra sentencias judiciales con autoridad de cosa juzgada. Una perspectiva del tema en Bolivia”. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 6, 2002.

15 Aunque en el caso chileno las restricciones a su admisión son sumamente estrictas. Véase Vélaz, Diego Palomo. “Violaciones de derechos fundamentales por los tribunales de justicia: recurso de protección y de amparo español. Un análisis comparado”. *Revista Ius et Praxis*, 9, 2, 2003.

Constitución venezolana en el artículo cuatro permite el amparo contra decisiones judiciales adoptadas por tribunales que actuando fuera de su competencia han violado derechos fundamentales. En conclusión, si observamos el Derecho comparado a nivel latinoamericano constatamos que en general el amparo contra decisiones judiciales es aceptado; si bien en varios países hay estrictas regulaciones para evitar que derive en una nueva instancia o en general en un factor atentatorio contra la independencia y en general el funcionamiento adecuado de la justicia ordinaria.

En efecto, los riesgos de indebida injerencia en el proceso judicial y de su dilación temporal pueden solucionarse mediante una adecuada regulación legal y reglamentaria, y una prudente autolimitación de la Corte Constitucional. Por ejemplo, mediante el establecimiento de requisitos y plazos para interponer en estos casos la acción de amparo. En cuanto a la seguridad jurídica, el amparo contra decisiones es —o debería ser— un mecanismo para preservarla, antes que un medio de su violación, pues resguarda los derechos constitucionales de los ciudadanos y la legitimidad constitucional de las decisiones judiciales. Respecto a los riesgos de injerencia política, estos derivan no del amparo en sí mismo sino de la politización partidista del Tribunal Constitucional ecuatoriano o de la manipulación política de los jueces de instancia. En realidad cualquier acción o recurso, y no solo el amparo, está sujeto a deformación bajo estas indebidas injerencias político-partidistas. Por tanto, una vez superados o limitados estos problemas mediante el fortalecimiento de la independencia judicial se superarían en buen grado también estas dificultades para el amparo.

Por eso la mayoría de proyectos de Constitución durante la fase constituyente incluyeron la posibilidad de interponer amparo contra decisiones judiciales. La propuesta fue mal recibida por la entonces Corte Suprema, que vio tal posibilidad como un cuestionamiento de su poder y su jerarquía. Esta actitud no es compatible con un Estado constitucional, en el cual un tribunal de casación como la Corte Suprema es efectivamente el órgano de cierre del sistema jurisdiccional en materia de legalidad, pero a su vez debe someterse al máximo órgano de interpretación constitucional, como lo es la Corte o Tribunal Constitucional. En este sentido el proyecto del Conesup en el artículo 114 establecía al respecto:

1. Cuando exista violación de las garantías del debido proceso, la parte afectada podrá interponer, para ante la Corte Constitucional, el recurso extraordinario de amparo en contra de sentencias firmes dictadas por cualquier juez, corte o tribunal de la justicia ordinaria respecto de las cuales no quepa ningún recurso judicial.
2. Esta acción extraordinaria de amparo es improcedente cuando el agraviado dejó consentir la resolución que dice afectarlo.
3. Si la acción extraordinaria de amparo fuere presentada para obstaculizar la justicia o retardar la sustanciación de la causa, el juez constitucional deberá rechazar el recurso y, si es el caso, sancionar al infractor de conformidad con la ley.

Como puede apreciarse, el proyecto del Conesup planteó ya una serie de requisitos para la procedencia del amparo contra decisiones judiciales, tales como su restricción a violaciones al derecho constitucional al debido proceso, su procedencia solo respecto a sentencias firmes, que no sean susceptibles de ningún otro recurso procesal, ni haya evidencia de que el agraviado haya consentido en la decisión. Estas regulaciones apuntan justamente a evitar un uso desorbitado del amparo contra decisiones judiciales que pudiera significar una injerencia indebida o superposición más que coordinación de la justicia constitucional respecto a la ordinaria. En caso de que la acción proceda, el efecto sería la nulidad del proceso, según lo establece el artículo 194 del proyecto, al determinar las atribuciones de la Corte Constitucional:

7. Conocer el recurso extraordinario de amparo contra autos o sentencias judiciales finales y definitivas exclusivamente en lo relativo a las violaciones de las garantías constitucionales del debido proceso. De proceder el recurso se declarará la nulidad que corresponda y se devolverá a la Función Judicial para los efectos de ley.

Hay que notar que en esta disposición el proyecto hace referencia no solo a sentencias judiciales, sino además a autos finales o definitivos. Esta ampliación es justificable puesto que en el curso del proceso, antes de la sentencia, el juez puede tomar decisiones cruciales que violan el debido proceso y necesariamente distorsionan el resultado final expresado en la sentencia.

2. La Constitución de 2008

La Constitución de 2008 en los artículos 94 y 437 crea un amparo contra decisiones judiciales o acción extraordinaria de protección. Esta institución fue quizás una de las que generó mayores críticas durante la Constituyente, pues se la acusó de atentar contra la cosa juzgada, la seguridad jurídica, la celeridad e independencia judicial. Aunque he analizado estas críticas en otros ensayos,¹⁶ es importante aclarar que esta acción por su propia naturaleza es estrictamente subsidiaria y no constituye una nueva instancia.

El artículo 94 de la Constitución establece que esta acción procede cuando mediante sentencias o autos definitivos se han violado derechos constitucionales. El artículo 437 agrega las resoluciones con fuerza de sentencia, y hace mención especial del derecho al debido proceso entre los derechos protegidos, sin excluir los demás derechos.

La subsidiariedad de la acción debe reflejarse en una estricta regulación legal y jurisprudencial de su admisibilidad. Esta debe incluir, como de hecho en parte incluye la nueva Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, entre otros requisitos: términos perentorios para su interposición, incidencia directa del auto o resolución judicial cuestionada sobre el sentido de la sentencia, alegación oportuna de la violación constitucional en el curso del proceso, e imputabilidad directa de la violación constitucional a la actuación u omisión del juez u órgano judicial.¹⁷ Tales condiciones han sido establecidas en otras legislaciones y han mejorado ostensiblemente el funcionamiento de la institución.

En cuanto a los efectos de la acción, lo que hace o debe hacer la Corte Constitucional al conocerla es exclusivamente verificar si el juez ordinario ha violado el debido proceso u otro derecho constitucional, y si hallare tal violación deberá declarar la nulidad a partir de la actuación procesal violatoria, y devolver al juez el respectivo proceso para que actúe en el marco

16 He desarrollado una respuesta a estas críticas en mis artículos “La Corte Constitucional y el fortalecimiento de las garantías” (Quito, Ildis, 2008), así como “Perspectivas y desafíos de la Corte Constitucional”, en R. Ávila, A. Grijalva y R. Martínez (eds.), *Desafíos constitucionales: la Constitución del 2008 en perspectiva* (Quito, Ministerio de Justicia, 2008).

17 Véase por ejemplo la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de España, y especialmente las reformas del 2007 relativas a amparo, que introducen algunos de estos criterios.

constitucional. La Corte no entra a conocer hechos del proceso sin relación con el problema constitucional, ni dicta sentencia en lugar del juez que conoce la causa.

¿Pero cuándo se violan derechos constitucionales? La respuesta a esta pregunta no siempre es fácil. Como se dijo, una respuesta proviene de cómo la Corte va definiendo permanentemente el contenido esencial de estos derechos. En tal caso, ¿cómo puede la Corte Constitucional asegurar que la jurisprudencia en la que define estos contenidos, y en la que además unifica interpretaciones dispares sobre estos derechos, sea efectivamente aplicada por los jueces ordinarios?

El amparo contra decisiones judiciales o acción extraordinaria de protección busca sin duda ser una respuesta a este problema, puesto que en realidad la Corte lo concederá no solo contra decisiones judiciales que violen los derechos constitucionales, sino también contra decisiones judiciales que violen la interpretación que de tales derechos haga la propia Corte, asegurando así su carácter de intérprete jurídico final de la Constitución, según el artículo 429 de la Constitución.

De esta manera, la facultad de la Corte para dictar jurisprudencia vinculante en materia de garantías (art. 436, numeral 6), y la acción extraordinaria contra sentencias, autos y resoluciones violatorias de derechos constitucionales (arts. 94 y 437), siendo dos competencias diferenciables son en realidad complementarias, en el sentido de que la acción extraordinaria es el mecanismo procesal que termina asegurando la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte. Por supuesto, ambas funciones son concreciones de la condición y facultad de la Corte como intérprete jurídico final de la Constitución.

La importancia de la unificación de fallos respecto a interpretación de derechos fundamentales es algo que prácticamente ha quedado antes argumentado. Como se ha dicho, los derechos constitucionales son el ineludible marco de actuación legítima de la justicia ordinaria y de su rol de garante de la Constitución, pero no es posible desarrollar en la práctica este marco si no existe algún sistema de unificación de fallos en la interpretación de estos derechos.¹⁸

18 Sobre este tema en el caso colombiano, donde ha existido un prolongado debate véase Botero, Catalina, Mauricio García y otros. *Tutela contra sentencias: documentos para el debate*. Bogotá, De Justicia, 2006. Disponible en internet: <http://dejusticia.org>.

3. El debido proceso constitucional

El artículo 437 de la Constitución vigente enfatiza, sin excluir otros derechos, la violación del debido proceso constitucional como parte del objeto de la acción extraordinaria de protección. El énfasis no es fortuito¹⁹ puesto que en el Derecho comparado justamente el debido proceso es el derecho sobre el cual los tribunales constitucionales resuelven con frecuencia al conocer amparos contra decisiones judiciales.

En efecto, el debido proceso constitucional es uno de los derechos constitucionales que evidencia con mayor claridad su naturaleza de marco de la justicia ordinaria.²⁰ El debido proceso es por sí mismo un derecho, pero a su vez es también una garantía de todos los demás derechos constitucionales y legales. Principios constitucionales integradores del debido proceso, tales como los principios de legalidad, el derecho de defensa, al juez natural, a actuar pruebas o de contradicción tienen no solo un valor propio o autónomo, sino además un valor instrumental con relación a todos los demás derechos. En otras palabras, estos otros derechos, constitucionales y legales, solo pueden ser adecuadamente ejercidos y defendidos en el marco del debido proceso. En consecuencia, para que un proceso judicial sea constitucionalmente válido, el juez ordinario y las partes procesales deben conducirlo en el marco del debido proceso.

Para el Derecho procesal moderno los procedimientos deben ser siempre funcionales respecto de la protección del derecho sustancial, y en particular de los derechos constitucionales y de la justicia misma como valor constitucional. Esta constitucionalización de los procesos judiciales, mediante el debido proceso, puede ser especialmente positiva en una cultura jurídica predominantemente ritualista y formalista como la ecuatoriana, en que la justicia con frecuencia se sacrifica a las formalidades. Una nueva visión del proceso judicial como una efectivización del derecho a la justicia y a los derechos, puede entonces contribuir al desarrollo y fortalecimiento de la propia justicia ordinaria.²¹

19 El artículo 114 del proyecto de Constitución del Conesup que introdujo en el debate constituyente el amparo contra decisiones judiciales lo limitaba a la violación al debido proceso.

20 Bernal Pulido, Carlos. *El derecho de los derechos*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, especialmente el capítulo undécimo. Véase también Gozaíni, Osvaldo. *El debido proceso*. Santa Fe-Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, especialmente el capítulo 1.

21 Por supuesto hay muchos otros factores necesarios en este cambio, tales como el desarrollo de normativa, instituciones y políticas eficientes de administración judicial.

4. Las relaciones entre casación y control constitucional

Entre estas dos instituciones hay sin duda similitudes, diferencias y relaciones. El examen de las mismas permite aclarar la forma como la Corte de Casación —en Ecuador la actual Corte Nacional de Justicia— y la Corte Constitucional deben coordinar sus respectivas competencias.

Respecto a las similitudes, como ha indicado Rosario Serra Cristóbal, destacan inmediatamente el carácter interpretativo y de unificación de jurisprudencia tanto de la casación como del control constitucional. La casación apunta a la adecuada interpretación de la ley, mientras que el control constitucional se concentra en la interpretación de la Constitución.

Esta diferenciación, sin embargo, no excluye cierta yuxtaposición de competencias, la cual se produce cuando ambas —Corte de Casación y Corte Constitucional— interpretan de forma distinta y desde su propia perspectiva constitucional las mismas normas legales. Esta yuxtaposición puede derivar en diferencias, tensiones e incluso conflictos, pero existen una serie de principios, regulaciones y políticas que posibilitan la reducción de tales tensiones con miras a la coordinación o, al menos, comunicación entre ambas jurisdicciones.

Un primer principio de coordinación es el llamado principio de subsidiariedad, mediante el cual la Corte Constitucional se abstiene de conocer mediante acción extraordinaria de protección la violación de derechos constitucionales en cualquier proceso judicial que se halle aún en curso, es decir, respecto del cual existen pendientes recursos u acciones procesales propias de la justicia ordinaria. A este principio subyace la concepción de que los jueces ordinarios son los garantes primarios de la Constitución, mientras que el Tribunal Constitucional constituye un garante extraordinario o secundario. Es necesario entonces para accionar ante la Corte Constitucional, que primero se agoten todas las posibilidades procesales que provee la propia justicia ordinaria para proteger los derechos constitucionales.

La Constitución de 2008 incluye el principio de subsidiariedad en los artículos 94 y 438 cuando califica a la acción de protección o amparo como extraordinario,²² y exige como requisito para su presentación que

22 Así mismo el artículo 88, que regula la acción ordinaria de protección, excluye explícitamente los actos u omisiones de autoridades judiciales.

las sentencias, autos y resoluciones sean firmes o ejecutoriados. El artículo 94 indica expresamente:

el recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado.

El requisito del carácter final o definitivo de estas decisiones judiciales busca entonces el agotamiento de las posibilidades procesales de defensa de los derechos constitucionales del accionante en el seno de la propia justicia ordinaria que, como se ha dicho, es el garante ordinario de los derechos constitucionales.

5. La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC)

Esta ley regula en nuestro derecho la acción extraordinaria de protección. En principio es positivo que, a diferencia de lo sucedido con la Constitución de 1998, el constituyente haya previsto disposiciones y plazos para que se dicte una nueva ley de justicia constitucional que regule adecuadamente los procesos constitucionales conforme a la Constitución vigente.²³ Específicamente, en cuanto a la acción extraordinaria de protección esta normativa resultaba indispensable dada la novedad de esta garantía en nuestro sistema.

Los artículos 61 y 62 de la LOGJCC regulan los requisitos de la demanda y la admisibilidad de la acción. En general puede apreciarse que estas condiciones tienden a una regulación estricta que evite el abuso de la acción extraordinaria deformándola hasta convertirla en una nueva instancia. El artículo 64 llega incluso a establecer procedimientos sancionatorios contra los abogados que interpusieren la acción sin fundamento alguno.

23 Recordemos que la anterior Ley Orgánica de Control Constitucional fue dictada en 1997, es decir, antes de la Constitución de 1998 cuyos procesos constitucionales, sin embargo, reguló durante diez años.

5.1. Requisitos de la demanda

En cuanto a estos requisitos, establecidos en el artículo 61, tenemos:

- a) *Establecer la calidad en que comparece la persona accionante.* Esta calidad según el artículo 59 de la misma ley no puede ser sino: 1) la de haber sido efectivamente parte en un proceso judicial; 2) la de haber tenido que ser, sin haberlo sido efectivamente, parte en un proceso judicial. Nótese que en este segundo caso se da la posibilidad de accionar a terceros que han sido indebidamente afectados por y excluidos de un proceso judicial en el cual por su interés o derechos tenían legitimidad procesal. En todo caso el tercero excluido debe ser titular de un derecho constitucional violado, pues este es en todos los casos el objeto de la acción según el artículo 58. También se admite en el artículo 59 que comparezca, a nombre de estas personas, un procurador judicial.
- b) *Constancia de que la sentencia o auto está ejecutoriada.* Este requisito proviene en realidad del artículo 437, numeral 1 de la propia Constitución. El requisito tiene pleno sentido pues si hay un recurso legal pendiente contra la sentencia o auto, o si el término previsto para interponerlo no ha vencido, mal podría presentarse la acción extraordinaria pues la violación del derecho constitucional se consume solo mediante sentencia o auto ejecutoriada. Así, por ejemplo, si una de las partes ha pedido aclaración o ampliación de la sentencia, esta no es firme, y el juez puede aun precisarla o completarla, con lo cual la violación constitucional puede eventualmente subsanarse. En general este requisito se vincula con la subsidiariedad propia de esta acción, comentada en el siguiente literal.
- c) *Demostración de haber agotado los recursos ordinarios y extraordinarios, salvo que sean ineficaces o inadecuados o que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia del titular del derecho constitucional vulnerado.* Este literal establece radicalmente la subsidiariedad de la acción, pues son los propios jueces y tribunales, como hemos dicho, los garantes ordinarios del debido proceso y otros derechos constitucionales. Así, por ejemplo, bien puede el accionante mediante la casación ante la Corte Nacional, hallar una interpretación de la ley conforme a la Constitución.

Solo una vez que el titular del derecho violado ha agotado todas las posibilidades procesales ante estos jueces, puede la violación del derecho llegar a conocimiento de la Corte Constitucional, que es un órgano jurisdiccional especializado. Que los recursos sean eficaces y adecuados implica que estos tengan la capacidad de evitar o resarcir la violación del derecho constitucional. Así, por ejemplo, mediante la casación se puede corregir la interpretación de la ley para que sea conforme a la Constitución y los derechos que consagra. Mediante la nulidad se puede dejar sin efecto jurídico la decisión judicial o el proceso violatorio del derecho constitucional.

- d) *Señalamiento de la judicatura, sala o tribunal del que emana la decisión violatoria del derecho constitucional.* Este requisito confirma que la acción extraordinaria de protección procede solo contra decisiones de autoridad judicial. Hay sin embargo algunas situaciones que ameritan cierta discusión. Por ejemplo, debería también proceder la acción en el caso de medidas cautelares, puesto que estas son también decisiones judiciales y en la justicia ordinaria se vinculan al proceso tratando de asegurar la eficacia de la sentencia.

El artículo 65 de la ley incluye también la acción extraordinaria de protección contra decisiones de las autoridades indígenas, lo cual es adecuado considerando que acorde al artículo 171 de la Constitución tales decisiones resultan también de funciones jurisdiccionales constitucionalmente reconocidas, pero que se hallan también bajo control constitucional. Hay que precisar, sin embargo, que la acción extraordinaria de protección no debe convertirse en un medio institucionalizado de violación de la autonomía que la propia Constitución reconoce la justicia indígena.

En el caso de las decisiones arbitrales habrá que distinguir si la decisión fue tomada por un árbitro arbitrador o un árbitro en derecho. La acción procedería solo contra el segundo, puesto que el primero es solo un amigable componedor que falla basado en su prudencia y equidad, mientras el árbitro en derecho falla con sujeción a la ley, y la aplicación de la ley, si viola derechos, está sujeta a control constitucional.

En cuanto a las decisiones en procesos coactivos, puesto que estos no son decisiones judiciales sino actos administrativos, no procedería contra ellos la acción extraordinaria de protección.

- e) *Identificación precisa del derecho violado en la decisión judicial.* Cabe aquí destacar que se trata de la violación de un derecho constitucional y no de cualquier derecho. No es suficiente la mera enunciación de uno o varios derechos constitucionales, sino la explicación clara de cómo este o estos fueron violados en el caso concreto, tal como lo aclara el primer requisito de admisibilidad contenido en el artículo 162 de la LOGJCC.
- f) *Si la violación ocurrió durante el proceso, la indicación del momento que se alegó la violación ante la jueza o juez que conoce la causa.* Este requisito implica que es necesario alegar la violación del derecho constitucional oportunamente y formalmente ante el propio juez de la causa. El momento más oportuno sería el inmediato posterior a la decisión judicial cuestionada. No cabría por tanto alegar la violación del derecho recién al momento de interponer la acción extraordinaria de protección. En otras palabras, la ley exige no solo del juez sino del accionante que haya estado atento al respeto a los derechos constitucionales durante el proceso. Tal exigencia es razonable pues puede dar también al juez la posibilidad de corregir la decisión violatoria cuando oportunamente se le reclama, mientras evita que el accionante convierta a la acción de protección en mera estrategia dilatoria de las decisiones judiciales.

5.2. Admisibilidad

El artículo 62 de la LOGJCC establece que la Sala de Admisión de la Corte Constitucional debe decidir sobre la admisibilidad de la acción en un plazo de diez días contados a partir de la recepción del expediente completo. Para el efecto, la Corte verificará lo siguiente:

1. *Que exista un argumento claro sobre el derecho violado y la relación directa e inmediata, por acción u omisión de la autoridad judicial, con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso.* El argumento claro que la ley requiere implica, como antes dijimos, que no es suficiente la identificación del derecho del artículo 61, numeral 4, sino además una explicación clara del contenido constitucional del derecho o derechos

violados y de la forma cómo la acción u omisión del juez lo violó. No se trata por tanto de argumentar o analizar principalmente los aspectos fácticos del proceso. En otras palabras, es necesario desarrollar una interpretación y argumentación propiamente constitucional y no meramente legal. La simple afirmación de la violación de un derecho constitucional es claramente insuficiente, pues no constituye por sí sola un argumento constitucional.

2. *Que el recurrente justifique argumentadamente la relevancia constitucional del problema jurídico y de la pretensión.* En otras palabras, no es suficiente que la decisión del juez o tribunal afecte derechos subjetivos del accionante sino que, además, tal violación debe tener una trascendencia constitucional objetiva, es decir, debe ser relevante para defender los derechos constitucionales en cuanto instituciones objetivas y generales del sistema jurídico. Así, por ejemplo, el derecho a la defensa como componente constitutivo del debido proceso, no interesa solo a una parte en un proceso específico, sino que constituye una institución objetiva, general y esencial para la realización de la justicia en todos los procesos judiciales.
3. *Que el fundamento de la acción no se agote solamente en la consideración de lo injusto o equivocado de la sentencia.* Aunque la justicia debe ser el objetivo del proceso, es necesario fundamentar la acción en el derecho positivo a efectos de que el juez puede tener elementos normativos suficientes para dar legitimidad a su decisión más allá de lo meramente razonable o equitativo.
4. *Que el fundamento de la acción no se sustente en la falta de aplicación o errónea aplicación de la ley.* Este criterio de admisibilidad diferencia la acción extraordinaria de protección del recurso de casación. Como sabemos, este último se refiere a la inadecuada aplicación o interpretación de la ley. En contraste, el núcleo de la acción de protección es la violación de un derecho constitucional.
5. *Que el fundamento de la acción no se refiera a la apreciación de la prueba por parte de la jueza o juez.* La acción extraordinaria se circunscribe estrictamente a la violación de un derecho constitucional. Si el problema tiene que ver con la mera apreciación judicial de la prueba, es decir, con la convicción a la que el juez llega actuando dentro de las reglas de valoración que la ley le impone, ello tiene relación con las

competencias propias de los jueces y por tanto no procede la acción. Es solo cuando el juez viola estas reglas legales y constitucionales de valoración la prueba, por ejemplo, sentenciando en base a una prueba nula, en que la justicia constitucional debe actuar.

6. *Que la acción se haya presentado dentro del término establecido en el artículo 60 de esta ley.* El artículo 60 establece un plazo de 20 días contados desde la notificación de la decisión judicial para quien fue parte y desde que tuvo conocimiento para quien debió serla. Esta exigencia preserva la seguridad jurídica y la cosa juzgada, puesto que sin un plazo las decisiones judiciales podrían ser cuestionadas en cualquier momento, despojándolas de autoridad y al final de eficacia.
7. *Que la decisión no se plantee contra decisiones del Tribunal Contencioso Electoral durante procesos electorales.* Esta restricción a la admisibilidad resulta constitucionalmente cuestionable puesto que la Constitución no establece en ningún lugar dicha excepción. El hecho de que la fase de procesos electorales constituye un período especial en que hay precautelar también el proceso democrático, mal puede justificar el excluir a la justicia electoral del control constitucional. La realización de elecciones es una situación que debe tomarse en cuenta para el control constitucional de la justicia electoral, pero no para excluir a esta de aquel. Una medida más razonable hubiera sido dar preferencia mediante plazos más cortos a las decisiones de la Corte Constitucional en esta materia durante procesos electorales.
8. *Que el admitir una acción extraordinaria de protección permita solventar una violación grave de derechos, establecer precedentes judiciales, corregir la inobservancia de precedentes establecidos por la Corte Constitucional y sentenciar sobre asuntos de relevancia y trascendencia nacional.* La primera parte de esta condición de admisibilidad es innecesariamente reiterativa, puesto que la alusión a los derechos se incluyó ya en el numeral dos del artículo 62, mientras que lo relativo a los precedentes está implícito en la relevancia constitucional mencionada en el numeral dos. Además la exigencia de establecer precedentes no puede ser lógicamente absoluta, puesto que cuando se produce un caso nuevo este no tiene precedentes, y si siempre se exigiera precedentes nunca habría un caso nuevo.

La parte final del numeral ocho por el cual se requiere *que el asunto sea de relevancia y trascendencia nacional* es francamente desproporcionado. Esta condición es tan vaga y amplia que puede permitir a la Corte Constitucional convertir su discrecionalidad en arbitrariedad y rechazar acciones extraordinarias de protección que a su juicio no tengan tal importancia nacional.

6. Medidas cautelares

Según el artículo 27, tercer párrafo, de la LOGJCC no proceden medidas cautelares cuando se interpone la acción extraordinaria de protección.

Esta norma entendida de forma absoluta es inconstitucional. El artículo 87 de la Constitución establece que “se podrán ordenar medidas cautelares conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer evitar la violación o amenaza de violación de un derecho”. Esta norma está incorporada en las disposiciones comunes a todas las garantías constitucionales incluidas a partir del artículo 85 de la Constitución. La Constitución no incluye aquí ninguna exclusión de la acción de protección, como si la ha hecho el legislador.

Las medidas cautelares son medidas urgentes y provisionales orientadas a evitar o cesar el daño resultante de la violación de un derecho constitucional. Justamente porque este daño puede provenir de la aplicación de una decisión judicial, la Constitución de 2008 introduce la acción extraordinaria de protección. El daño producido por una decisión judicial puede también ser inminente y grave como lo requiere el artículo 27, primer párrafo, de la LOGJCC para la concesión de medidas cautelares. No obstante este mismo artículo en el tercer párrafo excluye las medidas cautelares “cuando se trate de ejecución de órdenes judiciales o cuando se interpongan en la acción extraordinaria de protección de derechos”.

Si la Constitución establece la acción extraordinaria de protección y las medidas cautelares para evitar o cesar el daño por la violación de derechos constitucionales mediante decisiones judiciales, ¿qué sentido tiene prohibir en la ley estas medidas cautelares, como inconstitucionalmente lo hace el artículo 27 de la LOGJCC? Esta exclusión resulta lógica cuando

la decisión judicial se halla no solo ejecutoriada, sino ejecutada y por tanto sus efectos se han consumado. Solo en esta situación las medidas cautelares se vuelven inaplicables pues el daño se ha producido y no cabe ya evitarlo o suspenderlo, que es lo que hacen las medidas cautelares, sino exclusivamente repararlo mediante la acción extraordinaria de protección.

Por supuesto, las medidas cautelares aplicadas a decisiones judiciales requerirían una regulación legal ad hoc, tales como plazos más cortos y perentorios, puesto que tales medidas operan sobre fases procesales que no pueden quedar indefinidamente suspendidas. Pero esta regulación ad hoc es distinta de la exclusión generalizada que de tales medidas hace el artículo 27 de la LOGJCC.

7. Efectos sobre autos y sentencias

El artículo 62 de la LOGJCC establece que la admisión de la acción extraordinaria de protección “no suspende los efectos del auto o sentencia objeto de la acción”. Esta norma es claramente contraria a los artículos 94 y 437 de la Constitución en los que se establece que la acción procede justamente contra sentencias, autos y resoluciones violatorios de derechos constitucionales, es decir, contra los actos mismos y por supuesto contra sus efectos dañinos sobre los derechos. Así, por poner un ejemplo, si mediante una orden judicial violatoria del debido proceso constitucional se ordena la demolición de un inmueble, la interposición de la acción extraordinaria de protección no suspendería los efectos, tampoco podría interponerse ninguna medida cautelar, según el artículo 27 de la LOGJCC. El inmueble igual sería demolido, cumpliendo la orden judicial y lo único que podría esperarse supuestamente, si la Corte Constitucional concede la acción extraordinaria es, según el artículo 63 de la misma LOGJCC, la reparación integral. Hay entonces una contradicción estructural entre la no suspensión de los efectos y la propia definición constitucional y naturaleza jurídica de la acción extraordinaria de protección.

Por otra parte, no quedan claros en la LOGJCC los efectos de la sentencia de la acción extraordinaria de protección. El artículo 63 determina que si se declara la violación, la Corte ordenará la reparación integral al

afectado, y el artículo 18 de la LOGJCC define lo que debe entenderse por reparación integral. Sin embargo, a más de la reparación la ley debería también aclarar que las actuaciones procesales realizadas a partir de la violación del derecho constitucional son nulas, por tanto carecen de efecto jurídico. Entonces, la Corte Constitucional debería devolver el respectivo expediente al juez correspondiente ordenándole corregir estas actuaciones sobre la base del marco de la Constitución.

8. Conclusiones

He defendido anteriormente la posibilidad de que el amparo contra decisiones judiciales o acción extraordinaria de protección contribuya a una mayor protección de derechos constitucionales, como lo atestigua su aplicación en el derecho comparado y lo justifica la propia lógica de un Estado constitucional.

No obstante, también he insistido en que el adecuado funcionamiento de esta garantía requiere de una estricta y adecuada regulación legal y de una Corte Constitucional profesional e independiente. La LOGJCC contiene sin duda algunos criterios y elementos acertados en este sentido, pero al mismo tiempo introduce otros que a su vez restringen inconstitucionalmente la garantía, restándole eficacia.

Crear nuevas instituciones constitucionales, como la acción extraordinaria de protección, para restarles radicalmente eficacia mediante la ley solo introduce incoherencia y confusión en el sistema jurídico. Aun más grave, un proceso así apunta no al desarrollo de la Constitución sino a persistir en su violación sistemática y por tanto en la desconstitucionalización y la violación de derechos constitucionales que predomina en el país. Es entonces urgente desarrollar la jurisprudencia constitucional que corrija e interprete la normativa legal en dirección al horizonte trazado por la Constitución.

9. Bibliografía

Bernal Pulido, Carlos. *El derecho de los derechos*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

- Botero, Catalina, Mauricio García y otros. *Tutela contra sentencias: documentos para el debate*. Bogotá, DeJusticia, 2006. Internet: <http://dejusticia.org>.
- Comisión Andina de Juristas. *Los procesos de amparo y hábeas corpus: un análisis comparado*. Lima, 2000.
- Escobar, Claudia. “Prácticas constitucionales y discrecionalidad judicial”. *Revista Foro* (Quito) 6, Corporación Editora Nacional (II semestre 2006).
- Ferrajoli, Luigi. “Pasado y futuro del Estado de Derecho”. *Estado de Derecho: concepto, fundamentos y democratización en América Latina*. Coords. Miguel Carbonell y otros. México, Siglo XXI, 2002.
- García Villegas, Mauricio y Rodrigo Uprimny Yepes. “La reforma a la tutela: ¿ajuste o desmonte? *Revista de Derecho Público* (Bogotá) 15, Ediciones Uniandes (diciembre 2002).
- García Villegas, Mauricio. *Justicia constitucional y acción de tutela*. Bogotá, Universidad de los Andes, 1996.
- Gozáini, Osvaldo. *El debido proceso*. Santa Fe-Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.
- Grijalva, Agustín. “La Corte Constitucional y el fortalecimiento de las garantías”. Quito, Ildis, 2008.
- . “Perspectivas y desafíos de la Corte Constitucional”. *Desafíos constitucionales: la Constitución del 2008 en perspectiva*. Eds. R. Ávila, A. Grijalva y R. Martínez. Quito, Ministerio de Justicia, 2008).
- Oyarte, Rafael. *La acción de amparo constitucional*. Quito, Andrade y Asociados, 2006.
- Peña, Antonio Manuel. *La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho*. Madrid, Editorial Trotta, 1997.
- Rivera, José Antonio. “El amparo constitucional contra sentencias judiciales con autoridad de cosa juzgada. Una perspectiva del tema en Bolivia”. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 6, 2002.
- Vélez, Diego Palomo. “Violaciones de derechos fundamentales por los tribunales de justicia: recurso de protección y de amparo español. Un análisis comparado”. *Revista Ius et Praxis*, 9, 2, 2003.

Fuentes de los ensayos

Los capítulos panorámicos sobre la “Constitución ecuatoriana” fueron publicados el primero como artículo en línea en el 2009 por el Instituto Francés para la Investigación y el Debate sobre la Gobernanza, el segundo, en coautoría con Julio César Trujillo, por la Revista *La Tendencia* en su número 10 del 2010.

El artículo sobre “Derechos humanos y democracia” consta en el libro *Derechos humanos y democracia* (Universidad Andina Simón Bolívar / Abya Yala, 2009). El ensayo sobre “Régimen constitucional de la biodiversidad” fue publicado en el libro *Desafíos del Derecho Ambiental Ecuatoriano frente a la Constitución vigente* (CEDA, 2010).

El ensayo sobre “Estado plurinacional e intercultural” fue publicado en la *Revista Ecuador Debate*, 75, del 2008.

El artículo sobre “Familia transnacional” apareció en la obra de Nicole Pérez y Alex Valle, eds. *Los derechos en la movilidad humana: del control a la protección* (Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009).

El escrito sobre “Voto de la mujer y extensión del sufragio” constituye un capítulo revisado de mi obra *Elecciones y representación política* (Premio José Mejía Lequerica), Corporación Editora, 1998.

El texto sobre “Evolución histórica del control constitucional en Ecuador” es inédito y fue financiado por el Fondo de Investigaciones de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, al igual que el relativo al “Control Constitucional en Ecuador y Colombia”.

El ensayo sobre “Independencia, acceso y eficiencia de la Justicia Constitucional” fue publicado en “Un cambio ineludible: la Corte Constitucional” (Quito: Tribunal Constitucional, 2008) y fue actualizado y editado para esta publicación.

El capítulo sobre “Interpretación constitucional, jurisdicción ordinaria y Corte Constitucional” apareció en el libro editado por Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini. *La Nueva Constitución del Ecuador* (Primera mención del Premio José María Velasco Ibarra), CEN / UASB, 2009.

“Las garantías constitucionales en Ecuador: doctrina y evolución en las constituciones 1998 y de 2008” se actualizó y editó para esta publicación.

Finalmente, el capítulo sobre “Acción extraordinaria de protección” apareció en *Teoría y Práctica de la Justicia Constitucional*, editado por Claudia Escobar (Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010).

ISBN: 978-9942-07-050-0



9 789942 070500

