

El contenido de esta obra es una contribución del autor al repositorio digital de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, por tanto el autor tiene exclusiva responsabilidad sobre el mismo y no necesariamente refleja los puntos de vista de la UASB.

Este trabajo se almacena bajo una licencia de distribución no exclusiva otorgada por el autor al repositorio, y con licencia Creative Commons – Reconocimiento de créditos-No comercial-Sin obras derivadas 3.0 Ecuador



**El desarrollo normativo como garantía de derechos. Balance de la producción
legislativa de la Asamblea Nacional**

**Ramiro Avila Santamaría
Gina Benavides Llerena**

marzo 2012

El desarrollo normativo como garantía de derechos. Balance de la producción legislativa de la Asamblea Nacional¹

Ramiro Ávila Santamaría²
Gina Benavides Llerena³

Introducción

Las normas jurídicas no deben ser un impedimento o un obstáculo para la realización de derechos fundamentales, sino más bien una de las formas de promover su respeto y ejercicio. La Constitución de la República del Ecuador concibe al desarrollo normativo como una garantía de los derechos y determina un amplio campo para su cumplimiento, cuando determina que “todo órgano con potestad normativa debe adecuar formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos”.⁴

De esta forma, el desarrollo normativo, con distintos alcances, lo hacen todas las funciones de estado. Este desarrollo es cotidiano, permanente y complejo. Analizar toda la producción normativa del estado es una tarea compleja y larga. Por cuestiones de tiempo y espacio, nos restringiremos a la producción legislativa con particular énfasis en la de los años 2010 y 2011.

La mirada que nos interesa es la de los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva analizaremos si es que los derechos inspiraron la producción normativa y si es el parlamento fue realmente garante de los derechos y cumplió la misión establecida por la Constitución de Montecristi. El análisis es descriptivo, no aborda las causas, ni explica las motivaciones políticas y hace un abordaje crítico desde los derechos fundamentales. Su principal fuente es la información proporcionada y generada por la Asamblea Nacional del Ecuador sobre proyectos de ley y leyes aprobadas⁵, la cual fue procesada en una base de seguimiento al desarrollo normativo.

Este ensayo está dividido en seis partes. En la primera se hará una reflexión entre los derechos, las garantías y la producción normativa, para enfatizar la importancia del trabajo legislativo en un estado constitucional de derechos y justicia. En una segunda sección, haremos un análisis sobre los aspectos generales de la producción normativa parlamentaria. En la tercera parte de este ensayo analizaremos la iniciativa legislativa y los derechos fundamentales. En la cuarta parte haremos breves comentarios sobre algunas leyes publicadas y algunos proyectos de ley en relación a los derechos fundamentales. En

¹ El presente estudio fue financiado por el Fondo de Investigaciones de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador

² Doctor en jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE), Master en Derecho de Columbia University (New York), docente de planta del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador (UASB-E) y profesor de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE. Es autor y editor de varias publicaciones, entre otra *Neoconstitucionalismo Transformador* (Quito, 2011). ravila@uasb.edu.ec

³ Doctora en jurisprudencia por la PUCE, Master en Derechos Humanos y Democracia en América Latina y Especialista en Derechos Humanos por la UASB-E, Coordinadora del Programa Andino de Derechos Humanos (PADH) y Docente de la UASB-E. Es autora de varias publicaciones, entre otras, *Población colombiana en el Ecuador aportes para su comprensión* (junto con Gardenia Chávez, Quito, 2009). gibenavidez@uasb.edu.ec

⁴ Constitución de la República del Ecuador, Título III, “Garantías Constitucionales”, Capítulo primero, “Garantías normativas”, Art. 84.

⁵ Oficio SAN-2011-1246, de 16 de diciembre de 2011, suscrito por Andrés Segovia, Secretario General de la Asamblea Nacional del Ecuador, en respuesta a petición de información del Programa Andino de Derechos Humanos; y web de la Asamblea Nacional, Proceso Legislativo, en <<http://www.asambleanacional.gov.ec>>. Fuentes procesadas en Base Desarrollo Normativo PADH.

una penúltima sección haremos breves comentarios a los procesos legislativos. Finalmente, a manera de síntesis, recogemos las conclusiones que se derivan de nuestra investigación.

I. El estado garantista y el desarrollo normativo de la Asamblea Nacional

La Constitución del 2008 de forma clara y determinante vinculó a todo el estado a la promoción y respeto de los derechos (Art. 3.1 y 11.9). Esta obligación se especifica para todos y cada una de las funciones del estado y para los servidores públicos que la conforman (Art. 426). Las funciones y los funcionarios de estado se manifiestan mediante distintos actos jurídicos. Así, en términos generales, la función ejecutiva debe elaborar políticas públicas, reglamentos y actos administrativos; la función judicial expide autos y sentencias; la función legislativa produce leyes; la función de transparencia y control social produce actos administrativos; y la función electoral también participa de la expedición de actos administrativos y hasta de sentencias. Si todas estas manifestaciones son respetuosas de los derechos, se cumple con las garantías que se conocen en la doctrina como primarias.⁶ Esto es, el estado y sus funcionarios acatan los mandatos constitucionales y promueven mediante sus actos los derechos fundamentales.

Cualquiera que fuera la forma de manifestación del poder, si no se encuadra dentro del marco de los derechos, puede ser impugnada. Por ejemplo, si las emanaciones del poder violan derechos y producen daño concreto, tenemos la acción de protección; si las leyes violan la constitución, tenemos la acción de inconstitucionalidad; si las sentencias o autos definitivos violan derechos, tenemos la acción extraordinaria de protección.

Por estas relaciones y vinculaciones entre el estado y los derechos es que la Constitución puede ser calificada como garantista. Nos interesa centrar la atención en las garantías normativas, que es una de las novedades en el constitucionalismo ecuatoriano y latinoamericano. La Constitución, en su artículo 84, textualmente dispone:

“La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad... En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.”

Brevemente analicemos esta disposición constitucional. En primer lugar, la norma va dirigida a toda autoridad que tiene la competencia constitucional o legal para dictar normas. Así, las leyes las expide la Asamblea, los reglamentos el Presidente, las ordenanzas los consejos municipales, los acuerdos ministeriales los ministros. Todos ellos tienen la obligación, previo a expedir una norma, de observar los derechos y expedir normas que los respeten o desarrollen.

La fuente de los derechos que las autoridades deben observar previamente son la Constitución, los tratados y los demás instrumentos jurídicos que contengan derechos, como por ejemplo declaraciones internacionales, normas secundarias (como leyes). Si no hay esa observancia previa a lo desarrollado nacional o internacionalmente se corre el riesgo de hacer una ley incompleta o contraria a los derechos.

La adecuación formal quiere decir que hay que respetar las normas que garantizan un debate deliberativo. Esto, en particular con los órganos colegiados, quiere decir que tiene que existir información previa, varias reuniones, consulta previa cuando fuere el caso. La adecuación material tiene relación con la observancia estricta a los derechos. No se los

⁶ Véase Ferrajoli Luigi, “Derechos Fundamentales y garantías”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Editorial Trotta, España, 2001, pp. 45-56.

puede violar, restringir, limitar sino, al contrario, expandir, desarrollar, respetar, proteger, promover.

La relación entre derechos y normas jurídicas es estrecha. En muchos derechos, tales como la propiedad, los derechos de participación y las libertades, la Constitución hace referencia a posteriores desarrollos legislativos. Por ejemplo, el derecho a transitar libremente por el territorio nacional “cuyo ejercicio se regulará de acuerdo con la ley”.⁷ En otros tantos, como en los derechos del buen vivir, el enunciado del derecho es bastante general y ambiguo. Por ejemplo, que significa el derecho a un hábitat “seguro y saludable”⁸. En ambos casos, el desarrollo normativo mediante un proceso legislativo podría mejorar la comprensión, el ejercicio y la exigibilidad de los derechos. Sin que esta afirmación signifique que los derechos dejen de ser directamente aplicables.⁹ Pero expliquemos un poco más éstas afirmaciones.

Por un lado, no se requiere desarrollo normativo para exigir derechos. Si alguien considera que su derecho a la propiedad o su derecho al hábitat han sido vulnerados, tiene todo el poder que le otorga la Constitución para poder comparecer ante una autoridad pública o ante el juez y demandar su cumplimiento, haya o no se haya expedido una ley. En algunos casos, dependiendo de la violación y del caso concreto, la autoridad competente otorgará el derecho y configurará su contenido en el caso concreto. En otros casos, por ejemplo en aquellos que se requieren políticas públicas, pensemos en la necesidad de un plan de vivienda para un sector de la población que lo necesita, la autoridad diseñará u ordenará que expida una política pública para reparar la violación. En suma, todo derecho tiene dimensión de exigibilidad, cuando el daño es concreto, debe haber reparación individual; cuando el daño es abstracto o generalizado, debe haber una política pública para abordar el problema. En ambos casos no se requiere de una ley y la Constitución es directamente aplicable.

Por otro lado, el desarrollo normativo puede ayudar significativamente para precisar el contenido de los derechos, aclarar los mecanismos de cumplimiento, especificar las condiciones de plena satisfacción, destinar recursos progresivamente para su cabal disfrute, establecer normas procedimentales para garantizar su ejercicio. Por ejemplo, en relación a la alimentación adecuada, una ley puede designar la autoridad encargada de velar por el cumplimiento del derecho, puede precisar un contenido nutritivo a nivel escolar, pre escolar o maternal, puede establecer mecanismos administrativos para corregir las deficiencias en la ejecución de las políticas públicas. En este sentido, la ley ayuda al ejercicio de derechos y aclara el contenido de los mismos. Exigirlos ante un juzgador puede ser más fácil y el mismo juzgador tendrá parámetros más objetivos para resolver el asunto.

Legislar sobre derechos fundamentales significa desarrollar “de manera progresiva” el contenido de los derechos.¹⁰ Si el legislador, en cambio, restringe los derechos, estaría violando la norma suprema. De ahí, que la Constitución considere que “será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de derechos”.¹¹ Conviene, por tanto, distinguir entre “regulación” y “restricción”. Cuando la ley promueve el ejercicio de derechos, esta actividad pública es de “regulación” y absolutamente válida y necesaria. Si es que la ley obstaculizaría o reduciría el contenido de derechos fundamentales, esta actividad es de “restricción” y por lo tanto está prohibida constitucionalmente.

⁷ Constitución de la República del Ecuador (CRE), art. 66 (14).

⁸ CRE, art. 30.

⁹ CRE, art. 11 (3).

¹⁰ CRE, art. 11 (8).

¹¹ *Ibíd.*

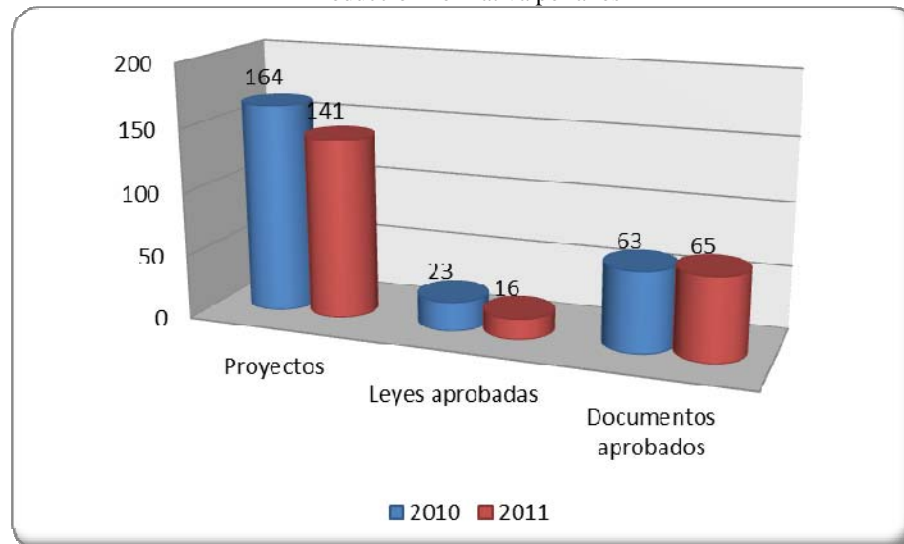
En este sentido de regulación es que las normas de carácter legislativo se constituyen en una garantía para el ejercicio de derechos. De ahí que la Constitución de la República del Ecuador conciba al desarrollo normativo como una garantía fundamental. En un Estado verdaderamente constitucional de derechos y justicia¹², los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, deberían ser una fuente de inspiración para la actuación. No podría, al menos en teoría, existir otra motivación que no sea el desarrollo de los derechos fundamentales.

II. La producción normativa parlamentaria

La Asamblea Nacional, entre enero y diciembre de 2011, recibió 141 proyectos de ley, expidió 16 leyes y emitió 65 documentos (aprobaciones, declaraciones, exhortaciones). Lo que significa que cubrió apenas el 11,34% de la iniciativa generada en el año, con un promedio de 1.6 leyes por mes.

Para valorar numéricamente la producción normativa y saber si ha sido aceptable, conviene compararla con su año inmediato anterior.

Gráfico 1
Producción normativa por años



Fuente: Base Desarrollo Normativo, PADH. Asamblea Nacional del Ecuador,
Elaborado por: Gina Benavides Llerena, PADH – 2012.

Si se toma en cuenta que entre enero de 2010 y diciembre de 2011, la Asamblea Nacional aprobó 39 normas, la producción del 2011, representa el 41,02%, evidenciándose un descenso de 7 leyes en comparación con el 2010. Si dividimos el número de leyes por el número de asambleístas, resulta que cada asambleísta elaboró en 2010, 0,14% de leyes en el año y en el 2011, 0,09%, hecho que evidencia que en general la producción legislativa es baja y mantiene un ritmo de descenso.

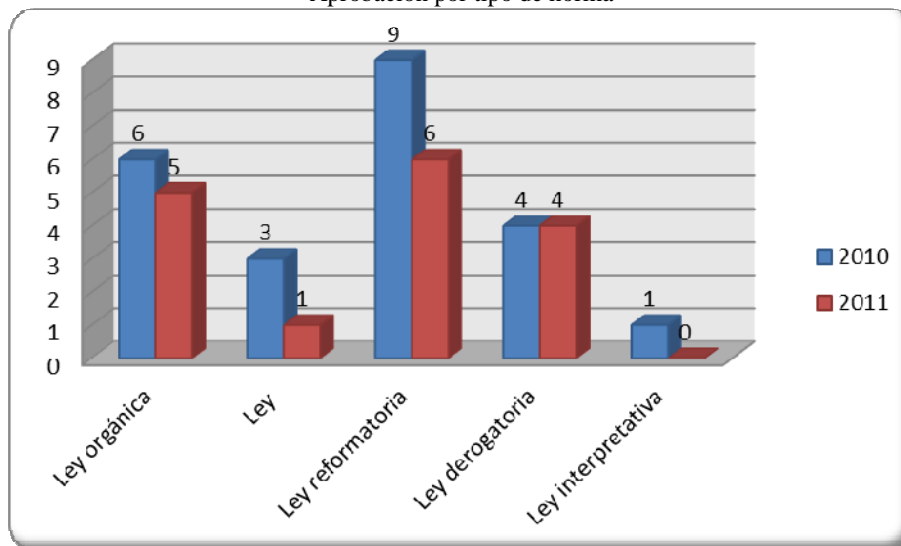
1. Tipología y extensión de las normas

En cuanto a la tipología y extensión de las normas, éstas varían considerablemente y éstos son factores que deben ser tomados en cuenta para dimensionar la labor legislativa. Como se puede apreciar en el siguiente gráfico, de las 16 leyes aprobadas en 2010, 4 fueron

¹² CRE, art. 1.

derogatorias, 6 reformatorias y 6 leyes nuevas (5 orgánicas y 1 ordinaria). Se registra en comparación con 2010, una reducción de 4 leyes nuevas y 3 leyes reformatorias y se confirma la tendencia de que las normas reformatorias y derogatorias son las que tienen preminencia en la producción legislativa. Lo cual determina que el 59% de las normas aprobadas en los dos años correspondan a legislación secundaria.

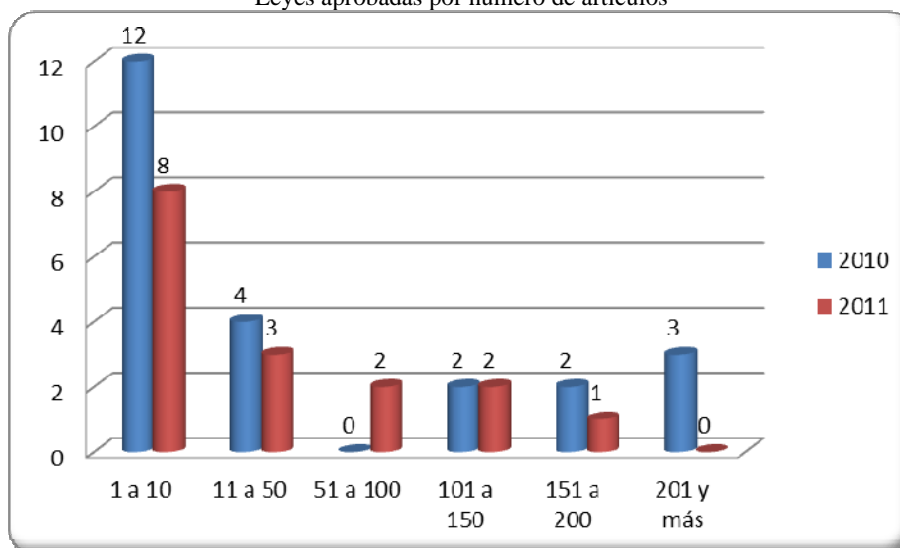
Gráfico 2
Aprobación por tipo de norma



Fuente: Base Desarrollo Normativo, PADH. Asamblea Nacional del Ecuador, Elaborado por: Gina Benavides Llerena, PADH – 2012

En cuanto a la extensión, el 74,36% de las normas aprobadas en los dos años, corresponden a leyes cuya extensión va de 1 a 99 artículos, con la mayor concentración en las normas de 1 a 10 artículos. En general, las leyes derogatorias, que tienen dos artículos cada una y las leyes reformatorias, con un promedio ocho artículos, ocupan la gran mayoría de la producción normativa (51,28%).

Gráfico 3
Leyes aprobadas por número de artículos



Fuente: Base Desarrollo Normativo, PADH. Asamblea Nacional del Ecuador, Elaborado por: Gina Benavides Llerena, PADH – 2012

Las leyes que realmente reflejarían un esfuerzo de sistematización y de regulación importante son las leyes orgánicas y ordinarias que, en promedio, tienen más de 100 artículos¹³. Estas leyes son minoritarias (10 en el período). Hay que suponer que estas leyes exigen mayor capacidad legislativa, mayor investigación y mayor sistematización, y de ahí que no existan muchas. Sin embargo, estas leyes son precisamente las que marcan la tendencia normativa. Si pensamos que hay muchos derechos que requieren regulación más detallada, como la educación, la vivienda, la salud, la soberanía alimentaria (exige más que una ley marco), entonces el parlamento está en deuda. En general, la producción legislativa, una vez más, puede considerarse baja

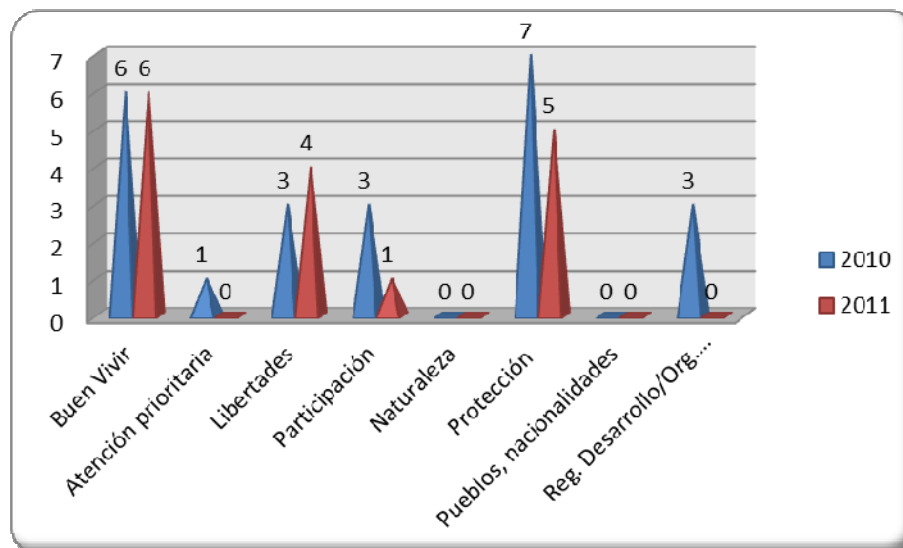
2. Relación de las leyes con los derechos fundamentales

Tanto en 2010 como en 2011, todas las leyes aprobadas tuvieron relación con los derechos. Estas categorizaciones de las leyes por derechos no significan necesariamente que la Asamblea Nacional se inspiró en los derechos -como debería suceder en un Estado de Derechos- para elaborar la legislación ni tampoco que sean consistentes con el contenido de los mismos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos. En algunas leyes, como es el caso de la ley relacionada a la educación intercultural, efectivamente se desarrolla el derecho a la educación. Pero pueden existir normas, dentro de este cuerpo normativo, que puedan ser cuestionadas constitucionalmente, como por ejemplo la obligación que tienen los estudiantes de “fundamentar debidamente” sus opiniones (art. 8.g de la ley), que sugiere que no existe el derecho a la opinión si es que no está fundamentada la opinión. Entonces, la relación con los derechos no significa necesariamente que, por la sustancia o por el fondo, la leyes sean *per se* constitucionales por respetar o desarrollar adecuadamente los derechos. Simplemente, se ha hecho un esfuerzo por mirar el objeto de regulación en función de los derechos constitucionales.

Si apreciamos los derechos regulados en función de los bloques constitucionales de derechos que contempla la Constitución de 2008, tenemos que la mayor concentración se encuentra en los derechos de protección, seguido por los del buen vivir, libertades y participación. En 2011, hubo una reducción de legislación sobre el bloque de grupos de atención prioritaria y estructuración del estado, y se mantuvo el déficit registrado en 2010, en derechos de la naturaleza y de comunidades, pueblos y nacionalidades.

Gráfico 4
Normas aprobadas por bloques de derechos

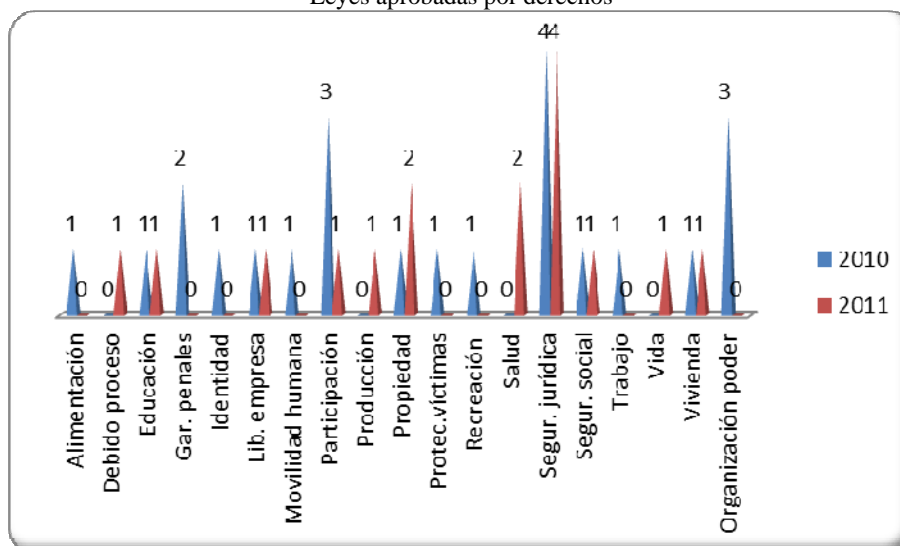
¹³ En 2010, la ley con mayor extensión fue el Código Orgánico de Organización Territorial con 598 artículos, y en 2011, la Ley Orgánica de Economía Solidaria, con 179 artículos.



Fuente: Base Desarrollo Normativo, PADH, Asamblea Nacional del Ecuador.
Elaborado por: Gina Benavides Llerena, PADH – 2012

Y en cuanto a los derechos que se regulan, como se puede apreciar en el siguiente gráfico, entre 2010 y 2011, se legisló sobre 19 derechos, de los muchos reconocidos en la Constitución de Montecristi, que superan la centena. Los derechos con mayor generación normativa fueron los de seguridad jurídica (8), básicamente concentrado en la derogación de legislación secundaria. Los otros derechos sobre los que se legisló fueron participación (4), propiedad (3), salud, educación, seguridad social, vivienda (2 normas en cada una). Evidenciándose una tendencia a privilegiar los derechos civiles y políticos por sobre los derechos económicos, sociales y culturales; y los derechos individuales por sobre los colectivos. En esta proporción, podríamos afirmar que los derechos fundamentales contemplados en la Constitución requieren de una labor legislativa mucho más igualitaria e integral.

Gráfico 5
Leyes aprobadas por derechos



Fuente: Base Desarrollo Normativo, PADH, Asamblea Nacional del Ecuador.
Elaborado por: Gina Benavides Llerena, PADH – 2012

III. La iniciativa legislativa y los derechos fundamentales

La Constitución de Montecristi ha ampliado el contenido de los derechos que tradicionalmente se han considerado como políticos. Esta ampliación se evidencia en el enunciado y en los contenidos de los derechos de participación. La diferencia básica entre derechos políticos y participación está en la ampliación de los espacios de participación. Los derechos políticos se restringen a la relación Estado-ciudadanía y los derechos de participación a la relación lo público-personas/pueblos/colectividades/nacionalidades. Por ejemplo, cuando la Constitución establece que se tiene el derecho a participar en los asuntos de interés público¹⁴, lo público hay que entenderlo incluso en las relaciones privadas.

Tan importante, de acuerdo a la Constitución, es el derecho a la participación, que el Título IV de la Carta Magna se denomina “Participación y Organización del poder”, y se establece un artículo poderoso, que da inicio al capítulo y que complementa la idea de participación:

Las ciudadanas y ciudadanos, en forma individual y colectiva, participarán de manera protagónica en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos, y en el control popular de las instituciones del Estado y la sociedad, y de sus representantes, en un proceso permanente de construcción del poder ciudadano. La participación se orientará por los principios de igualdad, autonomía, deliberación pública, respeto a la diferencia, control popular, solidaridad e interculturalidad.

La participación de la ciudadanía en todos los asuntos de interés público es un derecho, que se ejercerá a través de los mecanismos de la democracia representativa, directa y comunitaria.¹⁵

Uno de los derechos de participación que tiene relevancia con el desarrollo normativo es el derecho a “presentar proyectos de iniciativa popular normativa”¹⁶, que es considerado como un mecanismo de democracia directa y se regula en la parte orgánica de la Constitución:

La iniciativa popular normativa se ejercerá para proponer la creación, reforma, derogatoria de normas jurídicas ante la Función Legislativa o cualquier otro órgano con competencia normativa...¹⁷

Entonces, la iniciativa normativa tiene estrecha relación con los derechos fundamentales y con la democracia. Se la puede ejercer de forma directa o mediante la intervención de los representantes parlamentarios. La iniciativa normativa, en cualquier caso, permite valorar el ejercicio de los derechos de participación y también el trabajo efectivo de la Asamblea, en términos cuantitativos y cualitativos.

1. La iniciativa legislativa en cifras

En el año 2011, se presentaron 141 proyectos de ley, de los cuales el 60,28% fueron calificados por el Consejo de Administración Legislativa (CAL); el 20,57%, no calificaron; y, 19,15%, permanecieron sin calificación.

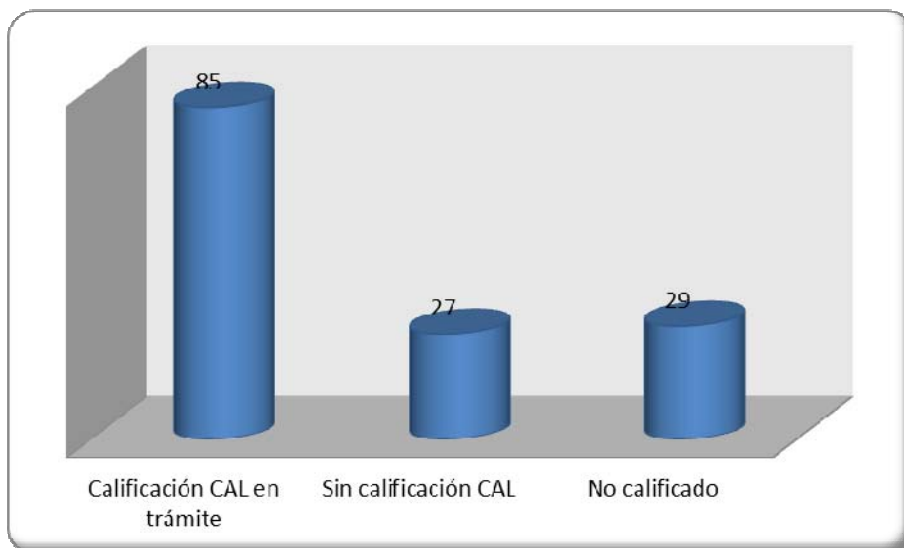
Gráfico 6
Proyectos de ley por calificación

¹⁴ CRE, Art. 61 (2).

¹⁵ CRE, Art. 95.

¹⁶ CRE, Art. 61 (3).

¹⁷ CRE, Art. 103.

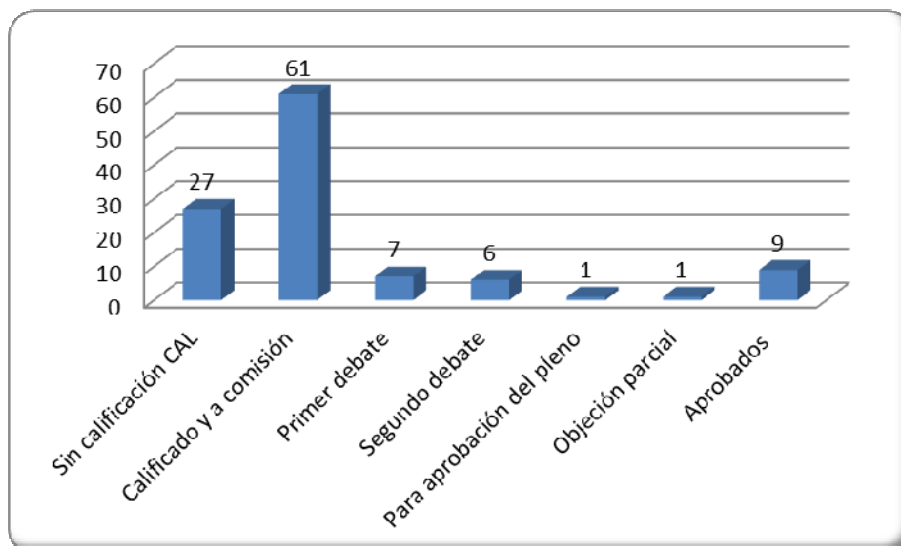


Fuente: Base Desarrollo Normativo, PADH, Asamblea Nacional del Ecuador.
Elaborado por: Gina Benavides Llerena, PADH – 2012

De esta forma, casi el 40% de la iniciativa legislativa no fue tomada en cuenta. Varias hipótesis podríamos barajar sobre esta cifra. Una de ellas, es que estos proyectos no tienen interés político; y otra es que son proyectos que tienen baja calidad y que no merecen ser considerados. Lo cierto es que este gran número de proyectos refleja que no hay una clara agenda legislativa. Las iniciativas no se estructuran dentro de un plan global sino que dependen de la labor individual de los miembros de la Asamblea. En una Asamblea con agenda normativa a largo plazo, no deberían existir tantos proyectos no considerados. Al fin de cuentas, cada proyecto normativo no considerado o descalificado, significa trabajo que ha sido improductivo.

En el siguiente cuadro se puede apreciar gráficamente el trámite legislativo y los cuellos de botella que tiene la Asamblea Nacional. Las leyes aprobadas son pocas, la mayoría de proyectos han sido calificados y pasan a conocimiento de las comisiones donde no reciben un ágil tratamiento, el primer y segundo debate se concentra en muy pocas leyes calificadas, esto seguramente por intereses de carácter político.

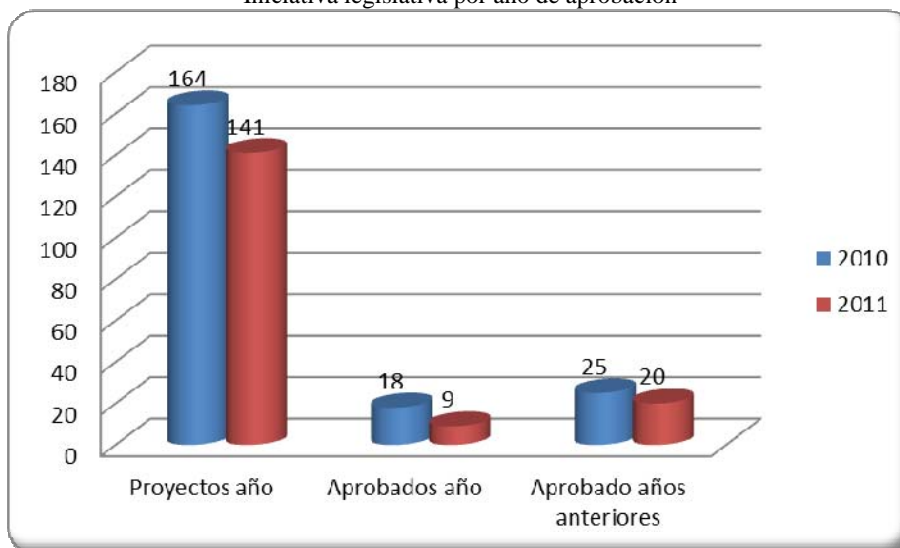
Gráfico 7
Proyectos de ley por estado de trámite



Fuente: Base Desarrollo Normativo, PADH. Asamblea Nacional del Ecuador.
Elaborado por: Gina Benavides Llerena, PADH – 2012

Además, para agravar el panorama, si se toma en cuenta que, para el proceso de aprobación 2011, se retomaron 20 proyectos presentados en años anteriores (12 de 2009 y 8 de 2010), se determina que la Asamblea en 2011, cubrió apenas el 10,5% de la iniciativa calificada del año (85) y el 15,23% de la iniciativa acumulada (105).

Gráfico 8
Iniciativa legislativa por año de aprobación



Fuente: Base Desarrollo Normativo, PADH. Asamblea Nacional del Ecuador.
Elaborado por: Gina Benavides Llerena, PADH – 2012

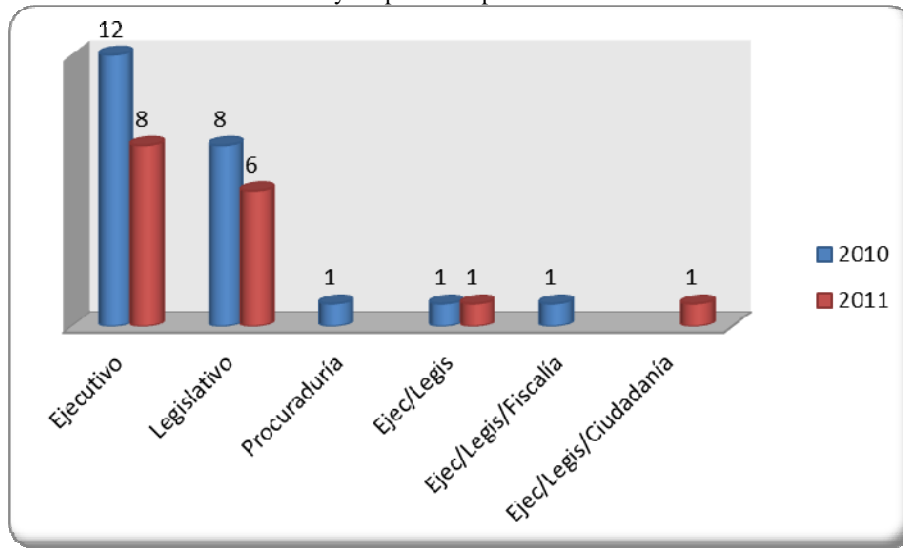
Un hecho preocupante, es que los 141 proyectos presentados en 2011, corresponden a la iniciativa de 61 de los 124 asambleístas en funciones, lo que evidencia que 63 asambleístas; es decir, más de la mitad de los miembros de la Asamblea Nacional, no presentaron ni siquiera un proyecto en el año.

2. La iniciativa legislativa y la democracia participativa

La iniciativa legislativa puede ser un indicador de la democracia participativa, en el sentido de mostrar si es que existe pluralidad en las propuestas que son sometidas al parlamento o si es que existe una tendencia dominante, que sería el reflejo típico de un sistema presidencialista fuerte.

Como se puede apreciar en el siguiente gráfico, de las 39 leyes aprobadas entre 2010 y 2011, 20 fueron tratadas por iniciativa presidencial (51,3%), 14 por iniciativa legislativa, 1 de la Procuraduría y 4 por iniciativas combinadas entre ejecutivo, legislativo y ciudadanía.

Gráfico 9
Leyes aprobadas por iniciativa



Fuente: Base Desarrollo Normativo, PADH. Asamblea Nacional del Ecuador.
Elaborado por: Gina Benavides Llerena, PADH – 2012

Para ver la influencia del movimiento político gobernante en la labor legislativa, conviene sumar las iniciativas del ejecutivo con las del bloque de Alianza País. En este sentido, de las normas que tuvieron iniciativa legislativa, 6 tuvieron relación directa con el Movimiento País (37.5%). Si sumamos las iniciativas del ejecutivo con el bloque gobiernista; tenemos que, un 87.5% de las leyes aprobadas tienen relación con las propuestas gubernamentales.

Tabla 1
Normas aprobadas por origen partidario

Movimiento político	Número de leyes	Porcentaje
Alianza País	14	87.5
Otros	2	12.5
Total	16	100

Fuente: Base Desarrollo Normativo, PADH. Asamblea Nacional del Ecuador.
Elaborado por: Ramiro Ávila Santamaría, 2012.

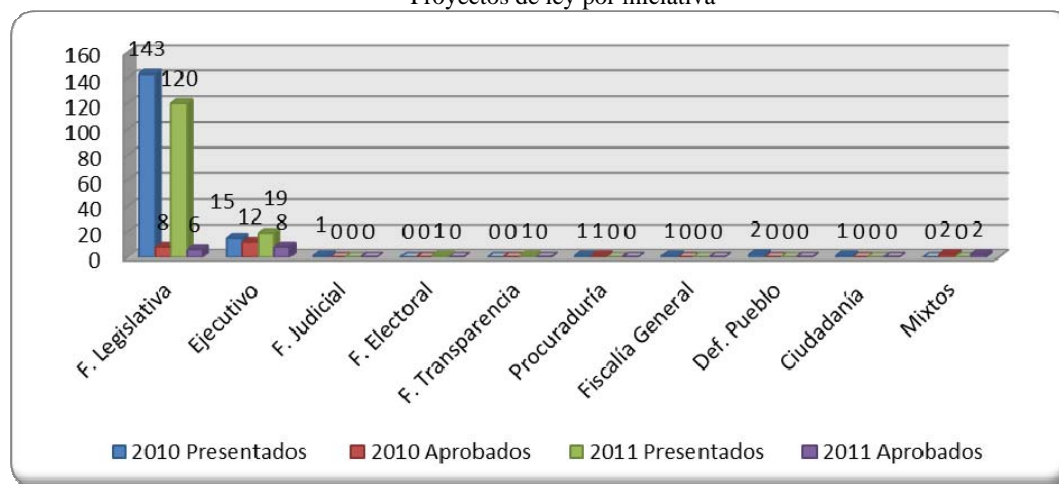
Esto datos nos puede indicar tres hipótesis. La una que sólo el gobierno está impulsando el desarrollo normativo; la otra, que las iniciativas no gubernamentales no tienen posibilidad de ser desarrolladas; finalmente, que la oposición no tiene iniciativa para contribuir al desarrollo normativo del país. Apenas dos leyes de las aprobadas no tienen relación con la bancada legislativa afín al gobierno (una de ellas fue de una asambleísta ex miembro de Alianza País).

Un hecho que llama atención, es la baja iniciativa de la ciudadanía, entre 2009 y 2011, este sector ha presentado apenas 3 proyectos de ley, y tan sólo uno de ellos fue aprobado en 2011, pese a que fue presentado en 2009.

En general, es evidente que el Estado tiene el liderazgo en la producción normativa y que la ciudadanía, al menos en el desarrollo normativo, no ha sido proactiva y no ha tenido la posibilidad de intervenir directamente en las labores parlamentarias. Es decir, los derechos de participación ciudadana no se están ejerciendo en esta área.

Ahora miremos, la iniciativa en la generación de proyectos de ley y la iniciativa por función de Estado durante 2010 y 2011.

Gráfico 10
Proyectos de ley por iniciativa



Fuente: Base Desarrollo Normativo, PADH. Asamblea Nacional del Ecuador.
Elaborado por: Gina Benavides Llerena, PADH – 2012

En este cuadro se puede apreciar que el Ejecutivo no es la función que ha presentado la mayoría de proyectos (apenas 34 de los 305 que se presentaron entre los dos años lo que equivale al 11,14%), sin embargo, el 59% de sus proyectos fueron aprobados y en relación al total general representaron 51,28%. Si contrastamos esta cifra con los proyectos aprobados, podemos constatar que simplemente cuando el ejecutivo no tiene interés en otros proyectos, simplemente éstos no se tramitan. Es decir, las leyes se aprueban sólo si hay apoyo gubernamental.

Por su parte, la Función Legislativa si bien ha canalizado el 86,22% de la iniciativa de proyectos, su tasa de aprobación apenas cubre el 5,32% de su iniciativa, y en relación al total general, representan el 35,89%.

El gráfico 11, evidencia además como otras funciones y espacios del Estado a los que Constitución de la República ha reconocido la capacidad de generar iniciativa legislativa hacen uso de la misma de manera marginal, y en casos, como los de la Defensoría Pública y la Corte Constitucional es inexistente.

En cuanto al ámbito geográfico, es interesante constatar que la gran mayoría de iniciativas legislativas provienen de asambleístas provinciales (71,23%). Esto quiere decir que estos representantes, hacen un esfuerzo por cumplir con su mandato de legislar. Encontramos, aún minoritariamente, pero altamente importante por ser la primera vez que participan en un parlamento a representantes de los migrantes en el exterior, sin embargo, llama la atención que apenas uno de los seis asambleístas de este sector, presentó en 2011,

un proyecto específico para la protección de los derechos de las personas que viven en el extranjero¹⁸.

Tabla 2
Proyectos de ley por ámbito geográfico en 2011

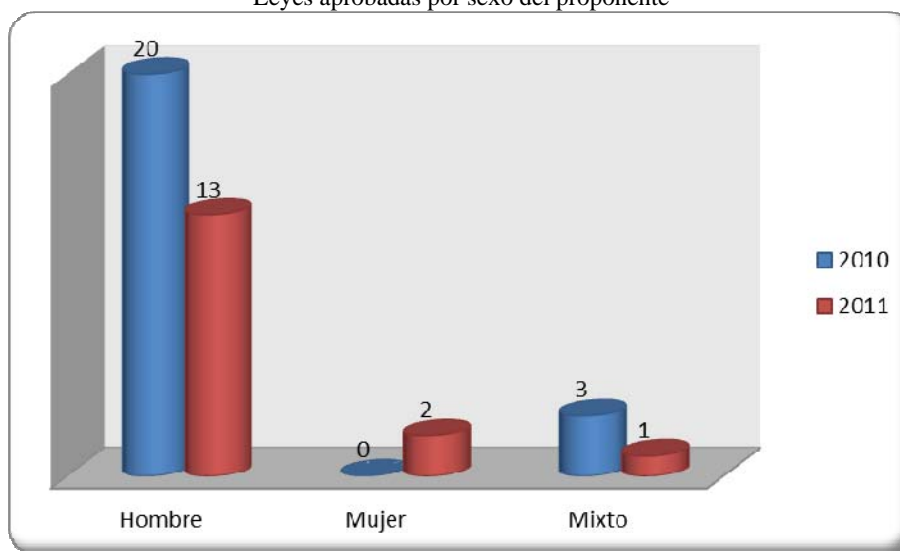
Proyectos por ámbito geográfico	Número de proyectos	Porcentaje
Nacional	37 (19 Presidente)	26.24
Provincial	101	71.63
Exterior	3	2.12
Total	141	100

Fuente: Base Desarrollo Normativo, PADH. Asamblea Nacional del Ecuador.
Elaborado por: Ramiro Ávila Santamaría, 2012.

3. Análisis de género en la iniciativa legislativa

En cuanto al género de las personas que propusieron leyes que fueron aprobadas entre 2010 y 2011, apenas dos leyes aprobadas provinieron de la iniciativa de 3 mujeres asambleístas¹⁹ (5,13%), 33 provinieron de la iniciativa de hombres (84,62%) y cuatro correspondieron a iniciativas mixtas.²⁰ De las 16 normas aprobadas, 4 incorporaron disposiciones sobre equidad de género.

Gráfico 11
Leyes aprobadas por sexo del proponente



Fuente: Base Desarrollo Normativo, PADH. Asamblea Nacional del Ecuador.
Elaborado por: Gina Benavides Llerena, PADH – 2012

¹⁸ Proyecto de Ley Orgánica de los derechos de los migrantes ecuatorianos residentes en el exterior y sus familiares, Proyectos 2011-013 y 2011-114, presentado por el Asambleísta Washington Cruz, Asambleísta del Exterior por Europa, Asia y Oceanía.

¹⁹ Proyecto 2010-121, Reforma a la Ley de Propiedad Horizontal presentado por María Paula Romo; y Proyectos 2011-03 y 2011-04, Reformatoria a la Ley Orgánica Electoral, Código de la Democracia y a la Ley Orgánica de Participación, presentados por Nivea Vélez y Rocío Valarezo

²⁰ En 2010, las leyes reformativas al Código Penal y Código de Procedimiento Penal; Ley de Seguridad Social y Código de la Democracia, aglutinaron la iniciativa de 18 hombres y 4 mujeres asambleístas (Cynthia Viteri, María Paula Romo, Nivea Vélez, y Rocío Valarezo); y en 2011, la ley reformativa a la ley de legalización de tierras, aglutinó los proyectos 2010-94 y 2010-102, provenientes de un hombre y una mujer asambleísta (Rocío Valarezo).

En 2011, en relación a las propuestas de ley (contando proyectos que no fueron aprobados), que en total son 141, 40 correspondieron a 17 mujeres asambleístas (28,37%), pero de ellos apenas 2 (10%) fueron aprobados por la Asamblea. Sólo uno de los 40 proyectos de ley presentados por mujeres en este año, estuvo orientado a promover los derechos de la mujer.²¹ Durante este año se discutió el proyecto de ley sobre jubilación especial anticipada de la mujer, presentado por una asambleísta en 2009, pero no fue aprobado por inviabilidad económica. Una mujer fue la asambleísta con el mayor número de propuestas formuladas en el 2011, sin embargo, tan sólo 1 de sus 7 proyectos fue aprobado.

Tabla 3
Proyectos de ley por sexo del proponente

Proponentes por género	Número de proyectos	Porcentaje
Hombres	101	71.7
Mujeres	40	28.3
Total	141	100

Fuente: Base Desarrollo Normativo, PADH. Asamblea Nacional del Ecuador.

Elaborado por: Ramiro Ávila Santamaría, 2012

Aunque podrían hacerse otras constataciones, tenemos sin duda un indicio de que la Asamblea Nacional es un espacio patriarcal. Las iniciativas de las mujeres no tienen impacto (no son leyes que se aprueban), muy pocas de estas iniciativas se han orientado específicamente a promover los derechos la mujer y la mayoría de las iniciativas son producidas por hombres.

IV. Las leyes publicadas, los proyectos de ley y los derechos fundamentales

1. Las leyes publicadas

a. Las reformas penales

Podemos clasificar, para tener criterios valorativos, dos tipos de reformas penales. Una que es respetuosa de los derechos humanos, que se puede denominar garantista, y que basa sus postulados en el respeto a los derechos de la Constitución, en particular el derecho a la libertad personal y al debido proceso. Desde esta perspectiva, el derecho penal es de “acto”, que es el más consecuente con el principio de igualdad y dignidad, y lo que se juzga y condena son hechos y no a personas: las personas entran dentro de la esfera penal por lo que hacen no por lo que son. En cambio, existe un derecho penal asociado con formas autoritarias de ejercicio de poder, que tiene que ver con la flexibilización de las garantías penales, con la maximización del poder punitivo y con el derecho penal de “actor”. Desde estas reformas, no importa lo que hagan las personas, que por ser peligrosas deben estar bajo el control del sistema penal.

Desde la mirada de los derechos humanos, resulta importante centrar la atención en la reforma penal porque se trata del derecho que se relaciona con el poder más violento que ejerce el estado. En la aplicación del derecho penal se puede vulnerar el derecho a la vida, la libertad, el debido proceso, los derechos sociales y, en suma, la dignidad.

²¹ Asamblea Nacional Ecuador, Proyecto 2011-132, Ley orgánica contra el discrimen, el acoso y la violencia política en razón del género.

Se hicieron cuatro reformas: al Código Penal, al Código de Procedimiento Penal, a la legislación penal militar y policial y una puntual sobre las personas migrantes haitianas. Comentaremos las dos primeras.

La Reforma al Código Penal²² tiene cuatro artículos, todos ellos encaminados a expandir el poder punitivo: (1) La reincidencia: la reincidencia en la contravención será considerada delito. Es decir, una falta leve, por cometerla dos veces, se considera como grave, de una pena de hasta siete días pasa a ser sancionado con una pena de hasta cinco años. La reincidencia es una institución propia del derecho penal de “autor”. La persona recibe una pena grave, bajo la premisa de que se le considera “peligrosa”. Esta institución atenta contra el “ne bis in idem”, por el que se prohíbe juzgar dos veces a una persona por el mismo hecho. (2) Ocultación de cosas robadas: el tipo penal multiplica el verbo rector. La técnica usada en este tipo es la típica de legislaciones autoritarias, que pretenden abarcar con la multiplicación de los tipos penales cualquier tipo de conducta, produzca daño o no. Se pretende combatir lo que se conoce como “cachinerías” (mercados de bienes sustraídos). Lo malo es que, con este tipo penal, pueden caer todos los comerciantes informales y todas las personas que no logren demostrar la procedencia legal de lo que tienen. (3) Aumento de penas: las penas, en varios delitos, se aumentan. Se cree, ingenuamente, que el derecho penal puede resolver los problemas sociales.

El Código de Procedimiento Penal también fue reformado²³ y en este se introdujeron normas de carácter represivo, tales como el registro de detenciones, que obligan al fiscal a presentar el registro de detenciones en la fundamentación de la instrucción fiscal. Las detenciones anteriores son impertinentes en un proceso que juzga actos, que es propio de un régimen constitucional. Esta norma es un acercamiento al concepto de peligrosidad y al derecho penal de autor. La disposición, en la práctica, se junta con aquella que prohíbe la sustitución de la prisión preventiva y convierte a la prisión preventiva en regla. De este modo, la privación de la libertad, conforme a la Constitución, deja de ser excepcional.

b. Ley Orgánica de Participación Ciudadana²⁴

La Constitución reconoce el derecho a la participación (Art. 61) de forma amplia, no sólo restringido a la relación de las personas a lo estatal sino a lo público. De ahí que la participación ocupe un lugar privilegiado y previo a la organización del poder (Título IV, Art. 95 en adelante). En el ejercicio del derecho a participar, las personas pueden ejercer sus libertades de expresión y acceso a la información, ocupar funciones públicas, votar, organizarse, formar parte de agrupaciones políticas, demandar al estado y fiscalizar a los órganos del poder público. En este marco, la Ley Orgánica de Participación Ciudadana cobra particular importancia al regular uno de los derechos fundamentales para la organización del estado, limitación del poder y para la realización de la democracia.

En general, la ley desarrolla el derecho a la participación, pero lo hace de una forma tímida y ambigua, de tal forma que la ley se convierte en un marco referencial. La regulación explícita, que debe determinar autoridades, procedimientos, representación y consecuencias, se deriva a otras leyes o a reglamentaciones. Esto puede ser un defecto que podría permitir que la participación efectivamente no se pueda ejercer. Sin embargo, los principios y los espacios creados son importantes y pueden fundamentar una acción de

²² Registro Oficial N. 160, 29 de marzo del 2010, pp. 2-3.

²³ Registro Oficial N. 160, 29 de marzo del 2010, pp. 3-4.

²⁴ Registro Oficial N. 175, 20 de abril del 2010, pp. 3-16.

incumplimiento si es que no hay la regulación a la que se remite o una acción de inconstitucionalidad si es que la normativa atenta contra el derecho a la participación.

2. Los proyectos de ley en trámite

En relación a derechos humanos, de las 141 propuestas en 2011, aproximadamente 35 (24,82%) tienen implicaciones en esta área, sin embargo, aunque en su mayoría fueron calificadas, no avanzaron en el trámite.

Tabla 4
Proyectos por relación con DDDF

Proyectos	Número	Porcentaje
Relación con DDDF	35	24.82
No relación con DDDF	110	75,18

Fuente: Base Desarrollo Normativo, PADH. Asamblea Nacional del Ecuador.

Elaborado por: Ramiro Ávila Santamaría, 2012.

Estas cifras nos demuestran con claridad dos hechos. El uno es que en su gran mayoría (75.18%), los derechos fundamentales no inspiran la labor legislativa, tal como prescribe el artículo 84 de la Constitución, que ordena al Parlamento a desarrollar el contenido de los derechos fundamentales. El otro hecho, es que el trabajo legislativo no está orientado de forma adecuada a cumplir el máximo deber del Estado, que es “respetar y hacer respetar la los derechos garantizados por la Constitución”.²⁵

En materia de derechos de grupos específicos preocupa que el único proyecto de ley presentado para promover los derechos colectivos del pueblo afrodescendiente, no fue calificado, pese a que Naciones Unidas declaró al 2011 como el año de este grupo de población.

El proyecto presentado para viabilizar el mecanismo nacional de prevención de la tortura, tampoco fue calificado, y esto es muy preocupante porque la obligación del Estado para prevenir y para sancionar los delitos de tortura está establecida en múltiples documentos internacionales, tales como la Convención de la Tortura, el Estatuto de Roma y las mismas Convención Americana de Derechos Humanos y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su protocolo adicional. En todos estos instrumentos el Ecuador es Estado Parte y ha ratificado estos tratados. Esto quiere decir, que el Ecuador está en mora frente a la comunidad internacional por incumplir una obligación que se comprometió para con sus habitantes.

La propuesta de igualdad de hombres y mujeres, que determina el funcionamiento de la institucionalidad de género, presentada en 2010, por iniciativa de una mujer asambleísta pero que fue elaborada por la Comisión de Transición hacia el, Consejo de Igualdad de Género, no fue calificada, pese a que el derecho a la igualdad y a la no discriminación y el Consejo de Igualdad están establecidos en la Constitución y no han podido ser operativizados de forma adecuada, y se puede constatar científicamente que existen aún desigualdades enormes entre hombres y mujeres.

El proyecto contra el discrimen, acoso y violencia política en función del género, presentado por una mujer asambleísta recogiendo la iniciativa de la Asociación de Mujeres Municipalistas, y que devela la alta incidencia del acoso político como límite al ejercicio efectivo de la participación de la mujer, no avanzó en el trámite.

El proyecto de jubilación anticipada de la mujer fue sometido a un amplio debate, en el que se reprodujeron visiones patriarcales sobre el rol de la mujer (jubilación anticipada para que regrese al hogar y no profundización en el triple rol que ella juega y su

²⁵ CRE, Art. 3 (1) y Art. 11 (9).

rol en el campo productivo) no se lo aprobó por inviabilidad económica, pese a que existían criterios que demostraban su procedencia.

De igual forma, aunque se presentaron proyectos para la protección de adultos mayores, niñez y adolescencia, juventud, personas con capacidades especiales o enfermedades peligrosas, no llegaron a ser aprobados.

Los únicos proyectos sobre derechos de la naturaleza que fueron presentados (biodiversidad, protección del manglar, protección del cóndor ecuatoriano) tampoco fueron aprobados.

Además, durante este año quedaron pendientes de aprobación el proyecto de reparación a las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos y delitos de lesa humanidad incluidos en el informe de la Comisión de la Verdad, presentado por la Defensoría del Pueblo en 2010. Igual suerte corrió el proyecto de ley de repetición, que tiene que ver con las obligaciones personales que tienen quienes han provocado la responsabilidad del Estado cuando este ha reparado económicamente a las víctimas de violación de derechos humanos; este proyecto tiene un grave defecto: garantiza la impunidad de los asambleístas y del presidente de la República cuando han provocado la violación de derechos humanos y esto es inaceptable; no hay razón para justificar a una alta autoridad y tampoco para que el estado pague en su nombre por su responsabilidad.

El proyecto de compatibilización y coordinación entre la justicia ordinaria y la justicia indígena, presentada en el 2010, por iniciativa de una asambleísta indígena, y que desarrolla en términos de administración de justicia una parte importante de la plurinacionalidad del Ecuador, tampoco ha sido aprobada.

3. Tratados internacionales ratificados

En un estado garantista, los instrumentos internacionales son una fuente importante de incorporación de derechos al sistema jurídico ecuatoriano. La Asamblea ha aprobado algunos instrumentos internacionales y esto merece destacarse: el Protocolo Facultativo a la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, que establece una garantía adicional a la establecida en el Convenio, y consiste en la posibilidad de que el Comité contra la Tortura pueda visitar lugares de privación de libertad sin previo aviso.²⁶ El Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), que permite por fin la posibilidad de presentar demandas contra el estado por violaciones al protocolo.²⁷ Y la Convención sobre Municiones en Racimo, que sigue limitando los medios de guerra que se consideran inhumanos.²⁸

VI. Breve análisis de los procesos legislativos

Si uno compara entre la producción legislativa posterior a la Constitución del año 1998 y la de la Constitución del año 2008, sin duda, encontrará una diferencia notable. La Asamblea Nacional está realizando un proceso de cambio legal con el pretexto de la nueva Constitución. Esto no significa, y se evidencia por ejemplo en muchas reformas penales, que se esté cumpliendo con la garantía primaria de expedir normas que respeten y desarrollen los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Las leyes deben ser formal y materialmente adecuadas a la Constitución. En lo formal existe un déficit democrático. Por un lado, las leyes deben ser el resultado de un proceso democrático deliberativo, que reflejen los intereses y derechos en particular de las

²⁶ Decreto Ejecutivo 309, Registro Oficial 175, 20 de abril 2010.

²⁷ RO 022, 25 de junio 2010.

²⁸ RO 218, 21 de junio 2010.

personas involucradas. Hay proyectos de leyes cuya discusión no contó con la participación activa de los involucrados. Quizá el ejemplo más representativo sea la discusión de la ley de agua, que provocó más de una protesta; de igual modo, la ley de educación superior, que no consultó, por ejemplo, a estudiantes y profesores universitarios. Si una ley no toma en cuenta a las personas a quienes regulará, lo más seguro es que se opongan a su aplicación. Esto ya ha sucedido, por ejemplo, con la Ley Orgánica de la Función Judicial y también con la ley que regula el Servicio Público.

Por otro lado, materialmente, las leyes deben expandir el umbral de ejercicio, respeto y protección de los derechos. Este principio parece que no siempre se cumple. Las reformas penales son un ejemplo evidente del alejamiento del programa constitucional por parte de la regulación legal. No sólo que los derechos no inspiran la reforma sino que francamente se los viola.

La garantías secundarias, que refuerzan el mandato de normar de acuerdo con los derechos, son aquellas encomendadas a los jueces y juezas, que tienen el deber de corregir los defectos legislativos en los casos que conocen o, como sucede con la Corte Constitucional, en términos generales y abstractos.

El hecho de que la Asamblea Nacional incumpla con sus obligaciones constitucionales es grave. Pero más grave aún es cuando los jueces y juezas no asumen sus responsabilidades de forma adecuada y conciente.

Finalmente estamos las personas, destinatarias de las leyes, que tenemos todo el derecho para impugnarlas y, en el peor de los casos, cuando francamente violan derechos, para inobservarlas.

VI. Conclusiones

1. El desarrollo normativo de la Constitución es una garantía importante para el ejercicio de los derechos fundamentales.
2. La producción normativa tiende a disminuir en contenido sustancial y se puede considerar baja. La gran mayoría de la producción normativa es derogatoria o reformatoria.
3. Hay algunas pocas leyes en las que efectivamente hay un esfuerzo enorme de adecuación normativa con los postulados de la Constitución, como la ley sobre donación y transplante de órganos y la ley sobre educación intercultural.
4. Si uno compara el programa legislativo en función de la parte dogmática de la Constitución, la Asamblea Nacional sin duda alguna está en deuda con el Ecuador. Aún están pendiente tres leyes que, según mandato Constitucional, debieron haber sido aprobadas después del primer año de expedida la Carta Magna: Ley de Comunicación, Ley de Aguas y Ley de Cultura.
5. Los derechos de participación política, para hacer, opinar o proponer, no están siendo ejercidos.
6. El gobierno nacional ha copado la agenda legislativa. Se aprueban leyes que tienen su apoyo; de lo contrario algunas ni siquiera son tramitadas y otras no son aprobadas.
7. La Asamblea Nacional es un espacio patriarcal. Las iniciativas de las mujeres asambleístas no tienen resonancia en las leyes aprobadas. Tampoco existen muchos proyectos, comparados con los presentados por hombres, que provengan de las mujeres.
8. En materia de derechos específicos y de grupos y personas de atención prioritaria, la Asamblea no ha dado prioridad y en muchos casos ni siquiera trámite a muchas propuestas normativas encaminadas a desarrollar legislativamente estos derechos.

9. Los derechos fundamentales no están guiando el quehacer parlamentario.

Conviene seguir recordando que las garantías normativas son muy importantes para los derechos, porque pueden facilitar su ejercicio o entorpecerlo, al establecer mandatos, prohibiciones o permisiones. Sin embargo, estas garantías se complementan con las garantías de políticas públicas y las jurisdiccionales. Cuando el sistema legislativo falla, la competencia constitucional de los jueces tiene que ser ejercida para corregir, ampliar o eliminar los defectos legislativos en los casos concretos o, cuando se trata de la Corte Constitucional, en los casos que deban ser generalizables.