

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR  
SEDE ECUADOR

ÁREA DE DERECHO

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO INTERNACIONAL

MENCIÓN DERECHO CONSTITUCIONAL

PARTICIPACIÓN SOCIAL EN EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO  
Y CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD DE PROYECTOS  
DE LEY

SILVANA SÁNCHEZ PINTO

2010

*Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.*

*Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.*

*Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autora, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.*

.....  
*Silvana Sánchez Pinto*

*14 de diciembre de 2010*

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR  
SEDE ECUADOR

ÁREA DE DERECHO

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO INTERNACIONAL

MENCIÓN DERECHO CONSTITUCIONAL

PARTICIPACIÓN SOCIAL EN EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO  
Y CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD DE PROYECTOS  
DE LEY

SILVANA SÁNCHEZ PINTO

TUTOR: DR. AGUSTÍN GRIJALVA

Quito, 2010

## **Abstract**

El propósito de esta tesis es aportar elementos para perfeccionar el ejercicio del derecho a la participación social en el procedimiento legislativo, como un mecanismo para que el contenido material de los proyectos de ley esté adecuado a los valores, principios y derechos fundamentales previstos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos.

Esta adecuación constituirá una evidencia de la realización de la justicia a través de la creación del Derecho y de la vigencia de una democracia sustancial.

En el caso de que el derecho a la participación en el procedimiento legislativo no sea respetado, ni garantizado por el Estado, es necesario institucionalizar un nuevo mecanismo de control constitucional, como el control previo de constitucionalidad de los proyectos de ley, a fin de que sea la Justicia Constitucional la encargada de dar cumplimiento a la obligación estatal de prevenir violaciones a derechos humanos que pueden derivarse de la expedición de leyes inconstitucionales.

Para perfeccionar el ejercicio del derecho a la participación social en el procedimiento legislativo he ubicado diversos elementos histórico-políticos, entre los que destaco los elementos de la democracia de la comunidad originaria, de los Estudios Decoloniales, de los modelos de democracia diseñados por la Teoría Política, que permiten establecer criterios para reformular el marco normativo vigente.

Realizo el análisis del caso del procedimiento legislativo que dio origen a la Ley de Minería, estableciendo las limitaciones que determinaron su impugnación por inconstitucionalidad; y el rol de la Corte Constitucional al resolver sobre el tema.

Finalmente, establezco los criterios para el diseño de la institución del control previo de constitucionalidad de proyectos de ley.

*A Emma Angélica, mi madre.*

*Es como intentar, a partir de nuestros sueños, re-conectar con lo que era/es nuestro y  
de todos.*

## **Agradecimientos**

Quiero expresar mi agradecimiento a Rosa Cabrera, de la comunidad indígena La Toglla, por compartir conmigo su sabiduría.

A Catherine Walsh, por abrirme a los mundos de la Interculturalidad.

A Agustín Grijalva, por su tutoría exigente y abierta al diálogo de saberes.

A Claudia Storini, por vislumbrar posibilidades para el desarrollo del tema.

A Gardenia Chávez, por iniciarme en la búsqueda del señorío norandino.

A Raúl Llásag, por posibilitar mis diálogos con Rosa Cabrera.

A Judith Salgado y Ramiro Ávila por su atenta lectura del texto final de la tesis y por brindarme sus valiosos aportes.

Igualmente, mi agradecimiento a Rosemarie Terán, Diana Atamaint, Pablo Ospina y César Montúfar, por compartir sus conocimientos en las entrevistas mantenidas.

## TABLA DE CONTENIDOS

### **Introducción / 10**

#### *Capítulo I*

### **Antecedentes histórico-políticos del derecho a la participación social en el procedimiento legislativo / 18**

1. Comunidad originaria, ancestral / 19
2. Grecia / 19
3. Roma / 21
4. Pensamiento medieval / 22
5. Modernidad/Colonialidad / 23
  - 5.1. Francia antes de la Revolución / 26
  - 5.2. Revolución Norteamericana / 27
  - 5.3. Revolución Francesa / 28
6. Teorías contemporáneas / 31

#### *Capítulo II.*

### **Planteamientos para superar las limitaciones de la participación social en el procedimiento legislativo / 34**

1. Proceso de decolonialidad del ser / 35
2. Democracia participativa / 37
3. Democracia deliberativa / 39
  - 3.1. Condiciones para la democracia deliberativa /44
4. Democracia radical y plural / 46
5. Democracia intercultural / 48

#### *Capítulo III*

### **Democracia en la comunidad territorial ancestral autónoma de La Toglla / 49**

1. Antecedentes históricos del señorío norandino / 49
2. Comunidad La Toglla / 51



*Capítulo IV.*

**Derecho a la participación en el procedimiento legislativo y control previo de constitucionalidad de proyectos de ley / 56**

1. Marco normativo que regula el derecho a la participación en el procedimiento legislativo / 56
2. Evaluación del marco normativo de regulación de la participación social en el procedimiento legislativo / 64
3. Procedimiento legislativo del proyecto de Ley de Minería y acción de inconstitucionalidad contra la Ley de Minería / 65
  - 3.1. Demanda de inconstitucionalidad de la Ley de Minería / 69
  - 3.2. Sentencia de la Corte Constitucional / 70
  - 3.3. Análisis del caso / 75
4. Control previo de constitucionalidad de proyectos de ley / 76
5. Control previo de constitucionalidad en el Derecho Comparado / 82
6. Criterios para la institucionalización de la acción de control previo de constitucionalidad de proyectos de ley / 82

**Conclusiones / 86**

**Bibliografía / 92**

**Anexo No. 1 / 99**

## Introducción.

Me he propuesto investigar sobre el tema del derecho a la participación social en el procedimiento legislativo<sup>1</sup> en la determinación del contenido material de la legislación y la propuesta de control previo de constitucionalidad de proyectos de ley, como una aproximación que permita brindar elementos de reflexión para construir respuestas ante la situación actual del país; en la cual, la creación de nueva legislación, con limitaciones en su adecuación a los valores, principios y derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos y estándares internacionales de protección de derechos humanos, conduce a permanente debate y conflictividad por la exigencia de derechos.

Para desarrollar el tema, he procurado establecer un diálogo de saberes entre los conocimientos de la comunidad indígena y los conocimientos occidentales del Derecho y la Política; partícipes de este diálogo o polílogo son también los conocimientos de los Estudios Decoloniales<sup>2</sup>, que cuestionan el conocimiento exclusivamente occidental y proponen el proyecto político de la interculturalidad.<sup>3</sup>

Boaventura de Sousa Santos alienta a realizar este diálogo, partiendo del reconocimiento de la existencia y el valor de los conocimientos indígenas que tienen cosmovisiones diferentes desde las concepciones de Filosofía Andina, y propone la ecología de saberes, en la que se da una traducción intercultural entre los mismos, que son visiones inconmensurables,<sup>4</sup> con el objetivo de identificar preocupaciones isomórficas entre ellas y las diferentes respuestas que proporcionan.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> Es una de las formas de ejercer el derecho a la participación, que está previsto en los Arts. 95 y 137 de la Constitución de la República del Ecuador de 2008.

<sup>2</sup> Catherine Walsh aclara que la palabra decolonial es un posicionamiento que no pretende simplemente deshacer lo colonial sino que denota un camino de lucha continuo en el cual podemos identificar construcciones alternativas, en “Interculturalidad, plurinacionalidad y razón decolonial: refundares político-epistémicos en marcha,” en Catherine Walsh, *Desde: ... Abya Yala, Temas de interculturalidad crítica*, Chiapas, 2009, p. 59. Los estudios decoloniales por oposición a los estudios postcoloniales, porque lo post, es lo posterior y hacia el futuro de lo colonial.

<sup>3</sup> La interculturalidad tiene diversos enfoques, el enfoque adoptado en esta tesis es el enfoque crítico-transformador que: parte del problema estructural-colonial-racial [...] de un reconocimiento que la diferencia se construye dentro de una estructura y matriz colonial de poder racializado y jerarquizado; [...] desde esta perspectiva, la interculturalidad se entiende como una herramienta para la “construcción de un proyecto político, social, epistémico y ético de transformación de las estructuras de la sociedad. Catherine Walsh, *Apuntes de la clase de Interculturalidad y Políticas Culturales en América Andina*, enero 2010. Al usarla como herramienta, como perspectiva, no como algo dado, ni como punto de llegada, implica interculturalizar las nociones que ponen en escena las lógicas distintas, sin dar un rol hegemónico a una, sino reconocer la pluralidad actual y repensarlas. Catherine Walsh, tutoría, diciembre de 2010.

<sup>4</sup> Boaventura de Sousa Santos, Presentación de su libro *Refundación del Estado en América Latina, perspectivas desde una epistemología del Sur*, Universidad de Los Andes, Bogotá, 1 de septiembre de 2010, revisado en <http://www.expresa.la>.

<sup>5</sup> Boaventura de Sousa Santos, *Refundación del Estado en América Latina, perspectivas desde una epistemología del Sur*, Quito, Abya Yala, 2010, pp. 63 y 64.

La tesis de la inconmensurabilidad de los paradigmas<sup>6</sup> describe la dificultad de la comunicación epistemológica entre teorías o paradigmas contrapuestos<sup>7</sup> para describir la realidad. Minor Salas plantea que “si la Ciencia Jurídica quiere utilizar los conocimientos de algunas de las Ciencias Sociales, tiene que proceder, en un primer momento, a un acto de *traducción* del lenguaje de aquellas al lenguaje del Derecho”.<sup>8</sup>

Del lado de los juristas occidentales, representantes del constitucionalismo contemporáneo,<sup>9</sup> como Luigi Ferrajoli, se reconoce también la importancia del diálogo intercultural y la tarea de traducción entre las diferentes culturas jurídicas y las diferentes experiencias políticas;<sup>10</sup> de su parte Gustavo Zagrebelsky reconoce que “el Derecho no puede separarse del ambiente cultural en que se halla inmerso y erigirse como sistema normativo independiente y autosuficiente; sino que es una parte, aunque importante, pero sólo una parte, nunca el todo;”<sup>11</sup> evidencio, entonces, un punto de intersección entre los paradigmas del constitucionalismo contemporáneo y los estudios decoloniales, al reconocer ambos la necesidad del diálogo intercultural.

El haberme propuesto llevar adelante este polílogo de saberes constituyó un verdadero desafío, en cuyo abordaje evidencié diversas tensiones, que quedan planteadas en la tesis como tales.

Desarrollando el diálogo de saberes, presento el patrón de poder colonial<sup>12</sup> como el contexto político, social, cultural en el que se inscribe el derecho a la participación social en el procedimiento legislativo y el control previo de constitucionalidad de proyectos de ley.

La finalidad de presentar el patrón de poder colonial como contexto es evidenciar, como señala Aníbal Quijano, que este patrón actúa para impedir la vigencia de los procesos de participación democrática, a fin de garantizar su dominación. La actuación de la colonialidad del poder se materializa cuando, desde el Estado, no se garantizan las condiciones objetivas para

---

<sup>6</sup> Desarrollada por Thomas Kuhn y Paul Feyerabend.

<sup>7</sup> Minor Salas, *Interdisciplinariedad de las Ciencias Sociales y Jurídicas: ¿impostura intelectual o aspiración científica?*, Revista Ciencias Sociales, Universidad de Costa Rica, 113-114: 55-69 / 2006 (III-IV) ISSN: 0482-5276, p. 58.

<sup>8</sup> Minor Salas, *Interdisciplinariedad ...* op. cit., p. 58.

<sup>9</sup> Que no tiene una vertiente unívoca y que desde América Latina también se está trabajando en una conceptualización propia y en un nuevo tipo de constitucionalismo. Luis Ávila, tutoría, diciembre de 2010.

<sup>10</sup> Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Editorial Trotta, 2001, p. 370.

<sup>11</sup> Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, Madrid, Editorial Trotta, 1997, p. 138.

<sup>12</sup> El patrón de poder colonial tiene cuatro ejes entrelazados: la colonialidad del poder, con el establecimiento de un sistema de clasificación social basada en la categoría de “raza” como criterio para la distribución, dominación y explotación de la población mundial; la colonialidad del saber, que es posicionar al eurocentrismo como perspectiva única del conocimiento, que descarta y descalifica la existencia de otras racionalidades epistémicas y otros conocimientos; la colonialidad del ser, que es la interiorización, subalternización y la deshumanización; y el de la colonialidad cosmogónica de la madre naturaleza. Catherine Walsh, “Interculturalidad, plurinacionalidad y razón decolonial: refundares político-epistémicos en marcha,” en Catherine Walsh, *Desde: ... Abya Yala, Temas de interculturalidad crítica*, Chiapas, 2009, pp.64-68.

lograr la vigencia del derecho a la participación en la deliberación del contenido material de los proyectos de ley.

El horizonte axiológico de esta tesis es la búsqueda de la justicia en la determinación del contenido de los proyectos de ley. Adscribo a la definición de justicia, como lo plantea Abbagnano como “instrumento de reivindicación y de liberación”<sup>13</sup>, demandada por las personas u organizaciones sociales, luego de que han realizado “el ejercicio del juicio riguroso [...] acerca del orden normativo”<sup>14</sup>; esto es, luego de que han comparado el contenido del proyecto de ley con los valores, principios y derechos fundamentales de la Constitución y de los instrumentos y estándares internacionales de protección de derechos humanos, y lo han considerado y experimentado injusto.

Debido a las dificultades de la Filosofía del Derecho para definir unívocamente a la justicia, Zagrebelsky propone encontrarla desde su opuesto: la injusticia; y, para ello, plantea la “experiencia personal: la experiencia [...] de la aspiración a la justicia”<sup>15</sup>, que nace de la experiencia de la injusticia y del dolor que de ella deriva”<sup>16</sup>, lo que recuerda el proceso de decolonialidad del ser; en el cual, precisamente la experiencia de la negación furiosa del colonizador hace surgir en el colonizado el pensamiento otro, aquel que le permite ser, constituirse en sujeto de derechos.

Las personas y grupos sociales, afectados por el contenido de un proyecto de ley, contrario a la Constitución, no solo por realizar un juicio riguroso, en el sentido planteado por Abbagnano, sino por experimentar directamente la injusticia, al participar en el procedimiento legislativo demandando justicia, la utilizan como instrumento de lucha<sup>17</sup> y de reivindicación de sus derechos, como instrumento emancipatorio y de liberación; y, al hacerlo, completan el proceso de decolonialidad del ser.

Esta demanda de reivindicación y de liberación<sup>18</sup> es la que ha permitido, a través de luchas y revoluciones populares a lo largo de la Historia, que los poderes públicos vayan

---

<sup>13</sup> Nicola Abbagnano, *Diccionario de Filosofía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1963, pp. 716, 717.

<sup>14</sup> Nicola Abbagnano, *Diccionario ...*, op. cit., pp. 716, 717.

<sup>15</sup> La evidencia de ese sentido de justicia del que todo nace y que es percibido por cada uno de nosotros como valor absoluto, no negociable, un valor [...] que tiene un espesor “metafísico” [...] válido siempre y en todo tiempo. Martini en Gustavo Zagrebelsky, *La exigencia de la justicia*, Madrid, Editorial Trotta, 2006, p. 6.

<sup>16</sup> Gustavo Zagrebelsky, *La exigencia ...* op. cit., p. 26.

<sup>17</sup> “Es precisamente en la capacidad de cambiar o de influenciar la legislación [...] en lo que consiste la fuerza y el éxito de una lucha social”. Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, Madrid, Editorial Trotta, 2001, p. 946.

<sup>18</sup> Nicola Abbagnano, *Diccionario ...*, op. cit., p. 716, 717. Y también Luigi Ferrajoli quien al establecer el fundamento axiológico de los derechos fundamentales en valores y necesidades vitales afirmadas históricamente a través de luchas y revoluciones reivindicatorias. Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos ...*, op. cit., p. 372.

reconociendo, positivizando y garantizando las demandas populares como derechos fundamentales.<sup>19</sup>

Me quiero detener en la idea de justicia como liberación porque permite establecer un puente entre constitucionalismo y democracia; si la democracia es “libertad frente a la dominación”;<sup>20</sup> entonces, como Susana Pozzolo plantea: “en este escenario, el constitucionalismo no puede ser sino una técnica de limitación de la democracia”.<sup>21</sup> Considero que lo es para los poderes legislativo y ejecutivo, mas no para la participación social que, en su demanda de justicia, siempre puede redefinir los derechos, respetando el principio de progresividad y no regresividad, como explicito *infra*.

Considero que Pozzolo establece, en los que denomina datos de valor específicos, esto es, en la justicia, un *topoi*<sup>22</sup> común al constitucionalismo contemporáneo y a la democracia, definidos de manera sustantiva en la teoría de Ferrajoli,<sup>23</sup> a efectos de lograr el “efectivo ejercicio de derechos”.<sup>24</sup>

Al participar, desde la exigencia de justicia como reivindicación de sus derechos, en el procedimiento legislativo, las personas y organizaciones sociales le recuerdan al legislador que “la justicia pertenece a un momento precedente y fundante de toda política”;<sup>25</sup> y que, por lo tanto, el legislador debe reconducir el contenido material del proyecto de ley hasta que sea conforme con los valores, principios y derechos previstos en la Constitución y en los instrumentos y estándares internacionales de protección de derechos humanos.

Ya Platón y Aristóteles señalaron que “todo gobierno debe estar sujeto a la ley y toda ley a un principio superior.”<sup>26</sup> Este principio superior es la justicia; así como los principios de libertad y dignidad humana<sup>27</sup>.

Siguiendo la línea de los filósofos griegos, Nino establece que toda norma jurídica tiene, como uno de sus elementos, la valoración de la justicia<sup>28</sup>. Ramiro Ávila señala que “al aplicar el

---

<sup>19</sup> Adscribo a la definición de Luigi Ferrajoli sobre derechos fundamentales, los derechos subjetivos que las normas de un determinado ordenamiento jurídico atribuyen universalmente a todos en tanto personas, ciudadanos y/o personas capaces de obrar. Entendiendo por derechos subjetivos cualquier expectativa de actos jurídicos, trátase de una expectativa positiva o de prestaciones o de una expectativa negativa de no lesiones. Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos ...*, op. cit., p. 291.

<sup>20</sup> Susana Pozzolo, “Breves reflexiones al margen del constitucionalismo democrático de Luigi Ferrajoli, en Miguel Carbonell y otro, editores, *Garantismo, estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Editorial Trotta, 2005, p. 405

<sup>21</sup> Susana Pozzolo, “Breves ... op. cit., p. 405.

<sup>22</sup> Lugar común, punto de intersección entre paradigmas, puente entre conceptos.

<sup>23</sup> Susana Pozzolo, “Breves ... op. cit., p. 405.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 412.

<sup>25</sup> Gustavo Zagrebelsky, *La exigencia ... op. cit.*, p. 27.

<sup>26</sup> Vladimiro Naranjo Mesa, *Teoría Constitucional e instituciones políticas*, Bogotá, Editorial Temis, 1990, pp. 22 y 23.

<sup>27</sup> Judith Salgado, tutoría, diciembre de 2010.

<sup>28</sup> Carlos S. Nino, en Ramiro Ávila, “Ecuador, estado constitucional de derechos y justicia”, en Ramiro Ávila, *Constitución del 2008 en el contexto andino*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 24.

derecho, el resultado debe ser la realización de la justicia”,<sup>29</sup> con lo que estoy de acuerdo; sin embargo, el tema no es solo de aplicación, sino que el requisito establecido por Nino debe cumplirse desde el momento mismo de creación de la norma jurídica; es decir, el diseño y la deliberación del contenido material del proyecto de ley debe considerar la valoración de la justicia.

Con base en este posicionamiento político y axiológico, presento los aportes de la Filosofía y Política Andinas para lograr la vigencia del derecho a la participación social en el procedimiento legislativo. Así, profundizando en el diálogo de saberes, y al haberse reconocido constitucionalmente el Ecuador como un Estado plurinacional e intercultural<sup>30</sup> y reconocido, en consecuencia, el mecanismo de la democracia comunitaria<sup>31</sup>, doy a conocer los valores, principios y procedimientos de la democracia comunitaria aprendidos de Rosa Cabrera, mujer líder indígena, dedicada a la defensa de los derechos colectivos de su comunidad ancestral La Toglla.<sup>32</sup>

Al mismo tiempo, reconozco el aporte al tema por parte de exponentes del constitucionalismo contemporáneo<sup>33</sup> que determina el nuevo paradigma del Estado de Derecho constitucional, basado en la centralidad de la Constitución, con el reconocimiento de su supremacía y fuerza normativa, que devela el verdadero carácter y naturaleza de la ley.

Recordemos la centralidad de la ley en el Estado de Derecho legal, definida como un acto normativo supremo e irresistible al que no era oponible ningún derecho más fuerte<sup>34</sup> y sea cual fuera su contenido, era considerada la fuente suprema e ilimitada del derecho.<sup>35</sup>

Por el contrario, para el constitucionalismo contemporáneo, la ley es:

[...]manifestación e instrumento de competición y enfrentamiento social; no es el final, sino la continuación de un conflicto [...] es un acto personalizado (en el sentido de que proviene de grupos identificables de personas y está dirigido a otros grupos igualmente identificables) que persiguen intereses particulares.<sup>36</sup>

Zagrebelsky explicita la naturaleza de la ley como fruto de la permanente disputa de poder que se da en la sociedad; en la ley, finalmente, se expresan e identifican los resultados de ese enfrentamiento, quedan develados los intereses del grupo o los grupos de poder que han

---

<sup>29</sup> Ramiro Ávila, “Ecuador ...”, op. cit. p. 25.

<sup>30</sup> Art. 1 de la Constitución de la República del Ecuador, 2008.

<sup>31</sup> Art. 95 de la Constitución de la República del Ecuador, 2008.

<sup>32</sup> De nacionalidad Kichwa, que pertenece al pueblo Kitu-Kara, en la jurisdicción de la parroquia de Guangopolo, cantón Quito, provincia de Pichincha, es una comunidad de raíces ancestrales que durante más de 513 años viene en posesión de sus tierras.

<sup>33</sup> Que surge de la reflexión de filósofos del derecho sobre el papel del Estado de Derecho y la democracia, luego de la Segunda Guerra Mundial, ante la evidencia de que el modelo del Estado legal de Derecho era insostenible, al no haber logrado ser el dique a la arbitrariedad del ejercicio del poder.

<sup>34</sup> Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho ...* op. cit., p. 24.

<sup>35</sup> Luigi Ferrajoli, *Democracia y garantismo*, Madrid, Editorial Trotta, 2008, p. 29.

<sup>36</sup> Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho ...* op. cit., p. 38.

triunfado; al menos, los que transitoriamente han triunfado, hasta que nuevos conflictos se produzcan.

El constitucionalismo contemporáneo también aporta el desarrollo de la teoría sobre las garantías extrainstitucionales o sociales,<sup>37</sup> y de las garantías sociales indirectas, que son las garantías de participación en el proceso legislativo como verdaderas audiencias públicas previas a la adopción de normas por parte de los parlamentos, que permite que las personas y grupos sociales hagan sentir su voz en el proceso de construcción del derecho.<sup>38</sup>

Por ello, el mecanismo participativo tiene especial relevancia para la “supervisión de la observancia por parte de los órganos políticos del contenido esencial de los derechos y de las obligaciones de no discriminación, no regresividad y progresividad”.<sup>39</sup>

Ciertamente, la finalidad de la participación ciudadana en el proceso de formación de las leyes es la de coadyuvar a promover la supremacía y la fuerza normativa de la Constitución, al exigir que los proyectos de ley se formulen, y se deliberen de conformidad con los valores, principios y reglas constitucionales; así como, con los estándares de protección internacional de los derechos humanos, a fin de ser el resultado de una adecuación y subordinación a un derecho más alto y lograr el *gobierno de las leyes*, en lugar del *gobierno de los hombres*.<sup>40</sup>

Entonces, una democracia sustancial se concreta en la medida en que el legislador, en el procedimiento y en la decisión sobre el contenido de la ley, se ciña estrictamente a los valores, principios<sup>41</sup> y derechos fundamentales constitucionalizados y a aquellos previstos en los instrumentos y estándares internacionales de protección de derechos humanos; es decir, siguiendo a Ferrajoli, a lo *que puede* ser decidido y a lo *que no puede* ser decidido.<sup>42</sup>

Ferrajoli establece a los derechos fundamentales como un límite a lo que puede y no puede ser decidido, con lo que estoy de acuerdo, mas considero que no son límites rígidos, ya que la definición y desarrollo de los derechos, por su mismo carácter de progresivos, son

---

<sup>37</sup> Las garantías extrainstitucionales o sociales son aquellos instrumentos de tutela o de defensa de los derechos que [...] dependen fundamentalmente de la actuación de sus propios titulares [...] consisten en el ejercicio de derechos [...] de participación dirigidos a reclamar la satisfacción de aquellas necesidades e intereses básicos tutelados por los derechos [...] Gerardo Pisarello, “Los Derechos sociales y sus garantías: por una reconstrucción democrática, participativa y multinivel,” en *Los Derechos Sociales y sus garantías, elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007, p. 123.

<sup>38</sup> Gerardo Pisarello, “Los Derechos ... op. cit., p. 124.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 124.

<sup>40</sup> Gustavo Zagrebelsky, *El derecho ... op. cit.*, p. 34.

<sup>41</sup> “Tales principios representan [...] el mayor rasgo de orgullo del derecho positivo, por cuanto constituyen el intento de “positivizar” lo que durante siglos se había considerado prerrogativa del derecho natural, a saber: la determinación de la justicia y los derechos humanos”. Gustavo Zagrebelsky, *El derecho ...*, op. cit., p. 114. Agustín Grijalva establece que “todo principio constitucional bien entendido, no debe ser una mera declaración retórica sino una directriz jurídica efectiva para la legislación”. Agustín Grijalva, “Régimen constitucional de biodiversidad, patrimonio natural y ecosistemas frágiles; y, recursos naturales renovables”, en *Desafíos del derecho ambiental ecuatoriano frente a la Constitución vigente*, Quito, CEDA, 2010.

<sup>42</sup> Luigi Ferrajoli, “La democracia constitucional”, en Christian Courtis, *Desde otra mirada, textos de teoría crítica del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, p. 262.

siempre perfectibles, sobre todo, cuando se evidencia en la práctica, en el nivel de la facticidad, que su vigencia se torna difícil, cuando no imposible de alcanzar, esta labor de perfeccionamiento de los derechos humanos solo puede darse con la participación y la deliberación social.

Así lo corrobora, desde la teoría de la democracia como derechos humanos, Michael Goodhart quien señala que se requiere la participación social en la definición de los derechos<sup>43</sup>.

En este sentido, resignifico la noción de los derechos fundamentales: constituyen un límite al ejercicio arbitrario del poder y son un límite a la participación social, cuando el poder y la participación social desconocen el principio de no regresividad en materia de derechos humanos; y dejan de serlo cuando la participación social se propone darles contenidos que signifiquen cumplimiento del principio de progresividad de los derechos.

Los derechos fundamentales tienen, entonces, una doble naturaleza: como límite indisponible<sup>44</sup> y como frontera abierta. Límite indisponible y rígido para los mandatarios del pueblo para que no amenacen, ni violen derechos; pero frontera abierta para los mandatarios, por el mandato de optimización, y para los mandantes, cuando perfeccionan el contenido de los valores, principios y derechos, las veces que sean necesarias, ya que el consenso constitucional dura un momento, siempre es desafiado por las condiciones económicas, políticas, sociales y culturales cambiantes.

Para investigar el marco teórico de esta tesis, me he formulado las siguientes preguntas: ¿Cuál es el origen de la institución democrática de la participación social en el procedimiento legislativo? ¿El modelo de democracia representativa garantiza la participación social en el procedimiento legislativo? ¿Es posible lograr la justicia, como reivindicación, a través de la vigencia del derecho a la participación en el procedimiento legislativo? ¿Se puede establecer un diálogo entre los diferentes modelos de democracia: comunitaria, participativa, deliberativa, radical, intercultural para identificar elementos que propicien el perfeccionamiento del derecho a la participación social en el procedimiento legislativo? ¿Cómo implementar un modelo de democracia sustancial en el contexto del modelo económico capitalista que determina desigualdad y del patrón de colonialidad del poder que determina exclusión y discriminación? ¿El marco normativo que regula el derecho a la participación en el momento legislativo es suficiente para garantizar la vigencia del derecho? ¿Es la acción previa de inconstitucionalidad de proyectos de ley una garantía eficaz del derecho a la participación social en el procedimiento legislativo?

Para procurar dar respuesta a estos interrogantes, he desarrollado la investigación en cuatro capítulos. En el primero, abordo el desarrollo histórico del derecho a la participación

---

<sup>43</sup> Michael Goodhart, *Democracy as human rights: freedom and equality in the age of globalization*, New York, Routledge, p. 140.

<sup>44</sup> O vínculo para el legislador, cuando debe cumplir expectativas positivas. Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos ...*, op. cit., p. 339.



social en el momento legislativo, empezando por la organización político democrática de la comunidad originaria ancestral y el desenvolvimiento del concepto y la práctica de la democracia occidental en Grecia y Roma; en el pensamiento medieval; la Modernidad/Colonialidad,<sup>45</sup> la Francia pre revolucionaria, las Revoluciones francesa y norteamericana, hasta llegar a las teorías contemporáneas.

Del análisis histórico evidencio las limitaciones de la democracia liberal representativa para garantizar la vigencia del derecho a la participación en el procedimiento legislativo; por lo que, en el segundo capítulo, presento los desarrollos de la Teoría Política, que ha planteado alternativas a este modelo; así, la democracia participativa, deliberativa, radical e intercultural. A partir de estos modelos, construyo un marco de análisis a fin de ubicar los elementos pertinentes para lograr la vigencia del derecho a la participación social en el procedimiento legislativo.

En el tercer capítulo, abordo el tema de la participación, deliberación y decisión políticas de la Democracia comunitaria indígena, tomando como eje central el estudio de caso de la comunidad indígena ancestral de La Toglla.

En el capítulo final, analizo los alcances y limitaciones del marco constitucional, legal y reglamentario del derecho a la participación en el procedimiento legislativo. Con la finalidad de analizar empíricamente la aplicación de este derecho, presento el análisis del procedimiento legislativo del proyecto de Ley de Minería<sup>46</sup>, su expedición como ley, la impugnación de su constitucionalidad ante la Corte Constitucional y su sentencia.

Finalmente, planteo la necesidad de instituir una nueva modalidad de control de constitucionalidad, como es el control previo de constitucionalidad de proyectos de ley en el cual tengan legitimación activa las personas y grupos sociales.

Las fuentes de investigación han sido los estudios doctrinarios del Derecho, la Historia y la Filosofía Políticas, los Estudios Decoloniales, la Historia de los señoríos andinos, entrevistas a actores clave, la normativa constitucional vigente, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, y el Derecho comparado sobre el control previo constitucional de proyectos de ley.

En las conclusiones, presento las aproximaciones a las respuestas a las preguntas formuladas para esta investigación.

---

<sup>45</sup> Que continúa hasta el momento presente, al no haberse superado el patrón de poder colonial.

<sup>46</sup> Que fue tramitado en el marco del Mandato Constituyente No. 23 en el Régimen de Transición de la Constitución.

## Capítulo I

### **Antecedentes histórico-políticos del derecho a la participación social en el procedimiento legislativo.**

Considero importante presentar los antecedentes histórico-políticos del derecho a la participación social en el procedimiento legislativo, porque aportan elementos para darle contenido formal y sustancial a este derecho.

Un elemento importante es el principio de soberanía del pueblo, entendido como la voluntad popular soberana originaria, cuya finalidad es buscar lo más sentido y lo más razonable para lograr el bien común, que está íntimamente vinculado a la noción de justicia.

De esta manera, se puede identificar a la participación social en el procedimiento legislativo, que tenga como objetivo la definición del contenido material de las leyes en donde se respeten valores, principios y derechos fundamentales, como ejercicio directo de soberanía popular originaria, orientada a la búsqueda de la justicia, entendida como reivindicación, como emancipación, como liberación.

Considero que no puede entenderse de otra manera el hecho de demandar contenidos materiales justos en una ley.

Los antecedentes histórico-políticos los contextualizo utilizando el marco del paradigma de la democracia sustancial que me permitirá leer y analizar tales aportes.

La democracia, entendida en su sentido sustancial, se vincula directamente con el principio de justicia que se materializa con la vigencia de los derechos fundamentales<sup>47</sup>; en ese sentido, si la participación social en el momento legislativo se orienta a la realización de la justicia, se logrará controlar que se dicte una legislación acorde con los derechos fundamentales, que materialice el principio de justicia y la democracia sustancial.

En ese sentido se pronuncia Oscar Mejía: “La pretensión de validez de las leyes debe entenderse como la pretensión de conjugar el bien común con los intereses y con los principios universales de justicia”.<sup>48</sup>

Con estos antecedentes, presento el hilo conductor en la historia de la Humanidad, que permitió el establecimiento, bien sea a nivel formal normativo o en la práctica de vivencia

---

<sup>47</sup> Los derechos humanos [se han convertido] en la plasmación elemental de la idea de justicia, en el conjunto de aspiraciones básicas a las que debe tender toda sociedad y en el criterio de legitimación más importante de cualquier forma de poder con vocación de reconocimiento. Andrés García, “Derechos humanos, movimientos sociales y ONG”, en José Martínez y otro, coord., *Derechos fundamentales, movimientos sociales y participación, aportaciones al debate sobre la ciudadanía*, Madrid, Editorial Dykinson, 2003, p. 89.

<sup>48</sup> Oscar Mejía, “Tribunal constitucional, desobediencia civil y democracia deliberativa: el paradigma discursivo-procedimental frente al dilema liberal-republicano”, en Andrés Hernández, *Republicanismo contemporáneo: igualdad, democracia deliberativa y ciudadanía*, Bogotá, Siglo del Hombre, CIDER, 2002, p. 120.

cotidiana, de la democracia en este significado sustancial, en la que la participación social en el procedimiento legislativo como expresión de la soberanía del pueblo, es central.

Ese significado sustancial permitirá, además, que la democracia deje de ser un concepto universal de “significante vacío” o un “enunciado desde un sesgo particular [el liberalismo]” como señala Ricardo Sanín.<sup>49</sup>

## **1. Comunidad originaria, ancestral.**

Siguiendo a Quijano, el linaje histórico de la democracia, “sin duda más universal y más profundo”<sup>50</sup> es “la comunidad como estructura de autoridad; esto es, el control directo e inmediato de la autoridad colectiva por los pobladores de un espacio social determinado”, en esta tesis quiero recuperar los antecedentes histórico-políticos no eurocéntricos de la noción y de la práctica de la democracia; por ello, presento el caso de los señoríos étnicos norandinos de la Sierra ecuatoriana, constituidos como unidad sociopolítica en la que la sociedad controlaba al poder, éste no estaba separado ni por encima de la sociedad, y primaba el principio de la reciprocidad<sup>51</sup>.

Considero que no eran, por tanto, sociedades estratificadas, ni jerarquizadas ya que la sociedad controlaba al poder,<sup>52</sup> y que si la comunidad tiene “control directo e inmediato de la autoridad”,<sup>53</sup> sin duda lo hace a través de un ejercicio de participación, que en las comunidades originarias sería de carácter directo. Entonces, es una apropiación eurocéntrica de la noción del control social al poder.

Retomo el tema de la comunidad originaria en el capítulo tercero de esta tesis.

## **2. Grecia.**

Habiendo aclarado que la noción y la práctica democráticas tienen un linaje universal que podría ser rastreado, como en el caso ecuatoriano, en las distintas comunidades originarias, presento la tradicional idea eurocéntrica<sup>54</sup> de sus antecedentes griegos, de la cual recupero los

---

<sup>49</sup> Ricardo Sanín Restrepo, *Teoría Crítica Constitucional, rescatando la democracia del liberalismo*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibáñez, 2009, pp. 37 y 39.

<sup>50</sup> Que el de la “teoría eurocéntrica sobre la democracia [que] coloca los arreglos de autoridad entre los señores esclavistas de la polis ateniense del siglo V a.c. como el momento de origen del linaje europeo occidental de la democracia” [...] señalando que lo hace “no por casualidad, sino porque permite perpetuar el mito del individuo aislado, concentrado en sí mismo y contrapuesto a lo social. Aníbal Quijano, *Colonialidad del poder, globalización y democracia*, s.c., s. e., s. f., p. 21.

<sup>51</sup> Galo Ramón, *El poder y los norandinos. La historia en las sociedades norandinas del siglo XVI*, Quito, UASB, Corporación Editora Nacional, 2006, p. 43.

<sup>52</sup> Como se puede evidenciar con el estudio de caso de la comunidad originaria ancestral de La Toglla, que realizo en el tercer capítulo de esta tesis.

<sup>53</sup> Aníbal Quijano, *Colonialidad del poder, globalización y democracia*, s.c., s. e., s. f., p. 21.

<sup>54</sup> El Eurocentrismo significa que “Europa se hizo el centro de la elaboración intelectual de la experiencia colonial/moderna del conjunto del capitalismo [...] una perspectiva de conocimiento tributaria por igual de las necesidades capitalistas de desmistificación del pensamiento sobre el universo y de las necesidades del blanco de legitimar y perpetuar su dominación/explotación como superioridad natural. Eso incluía la

elementos claves para el tema del derecho a la participación social en el procedimiento legislativo entendida como ejercicio del principio de la soberanía del pueblo.

En Grecia surge la palabra *démokratia*, cuyas raíces etimológicas son *demos* (pueblo) y *kratos* (poder); es decir, ciertamente, significa el poder del pueblo; que, además, según la interpretación de la *cracia* de democracia que realiza I. Wall, significa “poder ilimitado, fundante (no fundado) y siempre presente”.<sup>55</sup>

Con Aristóteles, ya tenemos los primeros elementos de lo que actualmente se denomina Estado de derecho y democracia sustanciales; así, el filósofo griego evidencia el principio de las leyes fundadas en el libre consenso y la rendición de cuentas del poder:

para solucionar la cuestión del sentido y de la calidad de vida en comunidad [...] [se debe] establecer, como principio de su funcionamiento, leyes fundadas en la razón del ser humano y hechas en un libre consenso de seres libres, y se ponía a su cabeza un poder elegido que también estaba sujeto a esas leyes o que por lo menos debía dar cuenta de sus acciones.<sup>56</sup>

Surge también la noción de la necesidad de sustituir el *gobierno de los hombres* por el *gobierno por las leyes*, cuando Aristóteles, en la *Ética a Nicómaco* establece el corolario del *gobierno sujeto a las leyes* formuladas en un diálogo racional:

la ciudad [...] existe para que sus ciudadanos vivan bien. Vivir bien<sup>57</sup> consiste exactamente en la realización de la razón en su más alto grado [...] para esto se necesita vivir según reglas y virtudes que son recibidas de los más sabios [...] o formuladas en diálogo racional y libre (leyes). Con la razón se distingue lo bueno y lo malo, y con el lenguaje se lo comunica a los demás.<sup>58</sup>

En ese sentido, David Held establece que “la idea de participación era central [...] para los demócratas atenienses, para quienes la virtud política equivalía en parte al derecho a participar en las decisiones finales de la política en la ciudad-estado”.<sup>59</sup>

Para la participación efectiva se desarrolla la noción de la *isegoría*, es decir el derecho igual a hablar en la Asamblea del que eran titulares los ciudadanos comunes, aunque no fueran poderosos, ni ricos.<sup>60</sup> Al decir de Javier Peña: “la asamblea es el lugar de todos los ciudadanos, era el centro real de deliberación y decisión política”.<sup>61</sup>

---

apropiación de las conquistas intelectuales y tecnológicas de los pueblos colonizados. Pero, sobre todo, un modo de imponer sobre ellos un distorsionante espejo que les obligara a verse con el ojo del dominador. Aníbal Quijano, *El fantasma del desarrollo en América*, Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales, 2000, Vol. 6, No. 2 (mayo-agosto), p. 82. en <http://red.pucp.edu.pe/ridei/buscador/files>, revisado 31 de enero de 2010.

<sup>55</sup> I. Wall, en Ricardo Sanín, *Teoría crítica ...*, op. cit., p. 136.

<sup>56</sup> Matthias Vollet, “Vestigios protodemocráticos en la Edad Media tardía: Marsilio de Padua, Nicolás de Cusa”, en Rodolfo Arango, *Filosofía de la democracia, fundamentos conceptuales*, Bogotá, Siglo del Hombre editores, 2007, pp. 26 y 27.

<sup>57</sup> Es interesante ubicar que la noción eurocéntrica del vivir bien surge en Grecia con Aristóteles y se identifica con el vivir según reglas y virtudes que son recibidas de los más sabios.

<sup>58</sup> Aristóteles, citado por Matthias Vollet, “Vestigios ... op. cit., p. 27.

<sup>59</sup> David Held, *Modelos de democracia*, Madrid, Alianza Editorial, 1996, p. 350.

<sup>60</sup> Javier Peña, “La democracia en su historia”, en *El saber del ciudadano, las nociones capitales de la democracia*, Madrid, Alianza Editorial, S.A., 2008, p. 63.

<sup>61</sup> Javier Peña, “La democracia ...”, op.cit., p. 63.

Central es la institución griega de la *graphē paranómōn*, que “bloquea cualquier proposición que contravenga una ley vigente o que haya sido aprobada por un procedimiento irregular”.<sup>62</sup>

Esta institución, que aparece en Atenas, en el régimen democrático, en el año 415 antes de nuestra era, consistía en:

El juicio contra decretos, leyes o proyectos de ley contrario a las leyes [...] el juicio podía interponerse (por una persona que prestaba juramento y quedaba sujeta a una pena de multa si su reclamación no prosperaba) contra leyes o decretos ya sancionados; o antes, cuando son meros proyectos. Cuando una persona anunciaba bajo juramento que intentaba presentar la demanda, la legislación en cuestión se suspendía hasta que el asunto fuera resuelto. El argumento era que, como no había un mecanismo en Atenas para deshacer la ley, cualquier nueva ley no debería estar en contradicción con las leyes ya existentes.<sup>63</sup>

El juicio de la *graphē paranómōn* era seguido contra la persona que había propuesto la moción del proyecto de ley a la asamblea: se consideraba que esta persona había dirigido mal al pueblo y corrompido las leyes del Estado; ya que la asamblea, en sí misma, no rendía cuentas a nadie y por una clase de ficción estructural, no podía hacer daño. Después de un año, la ley en sí misma todavía podía ser atacada y rescindida, pero el proponente no sufriría ninguna pena. Después de cinco años, la ley misma ya no estaba sujeta al juicio.

De esta manera, ya en Grecia, se había creado una institución y un procedimiento por el cual, cualquier persona tenía derecho para suspender el trámite de un proyecto de ley que era contrario a las demás leyes. La *graphē paranómōn* es el antecedente histórico del control previo de constitucionalidad actual; en ese entonces, al no haber una constitución, se realizaba la verificación de la compatibilidad del proyecto de ley con el conjunto de leyes ya en vigencia.

### **3. Roma.**

En Roma, Cicerón reconoce que la República no puede existir sin la participación de los ciudadanos libres e iguales<sup>64</sup>. Y se retoma la importancia de la participación del pueblo en la creación de la ley: se establece que “La ley, que no sea a su vez un mandato arbitrario, depende de la participación del *populus* en su creación, y de los controles y garantías para su correcta aplicación”.<sup>65</sup> Es central que el Derecho romano retome el principio republicano de la participación del pueblo en el proceso legislativo, que representa una expresión de incipiente soberanía popular.

---

<sup>62</sup> *Ibidem*, p. 65.

<sup>63</sup> [http://en.wikipedia.org/wiki/ Graphē paranómōn](http://en.wikipedia.org/wiki/Graphē_paranómōn), revisado, 23.08.10.

<sup>64</sup> Cicerón, citado por Javier Peña, “La democracia ...”, *op.cit.*, p. 68.

<sup>65</sup> Javier Peña, “La democracia ...”, *op.cit.*, pp. 68, 69.

Gayo afirma, en el siglo II de nuestra era, que “ley es lo que el pueblo manda y decide”,<sup>66</sup> reconociendo el poder soberano del pueblo.

#### 4. Pensamiento medieval.

Felipe Castañeda y Matthias Vollet establecen la influencia del pensamiento de Aristóteles en Marsilio de Padua. Las reflexiones de Marsilio de Padua retoman el hilo conductor de la filosofía política griega y romana, respecto de la necesidad de la participación social en el procedimiento legislativo, cuando señala: “el conjunto de los ciudadanos, entendido como pueblo, debería concebirse como el legislador en sentido propio”.<sup>67</sup>

Marsilio hace depender el valor, en sí, del Estado sólo cuando éste “responde a las necesidades naturales del hombre”<sup>68</sup>; es decir, cuando “la meta del Estado es el vivir y el vivir bien [...]”,<sup>69</sup> en ese sentido, “como la ciudad se ha compuesto para obtener el bien y la existencia suficiente de cada uno, es preciso que cada uno tome parte en la legislación”.<sup>70</sup> Entonces Marsilio ya reconoce como finalidad de la participación en la creación de la ley, la búsqueda del vivir bien, que puede traducirse como la búsqueda del bien común, de la justicia.

Marsilio establece el ejercicio de control social de las leyes al decir: “aunque no pueda cualquiera ni la mayor parte de los ciudadanos inventar las leyes, puede, sin embargo cualquiera juzgar de las inventadas y de las propuestas a él por otro, discernir si algo hay que añadir, quitar o cambiar”.<sup>71</sup>

Aparecen en la reflexión de Marsilio los argumentos a favor de la democracia directa y de la participación social en la elaboración de la ley, incluso de quienes se podrían considerar sin los conocimientos especializados para crearla.

Es importante rescatar de la Edad Media también la noción de la *sanior pars* desarrollada por el sector eclesiástico, según la cual el procedimiento para adoptar decisiones se lo hacía en base a la parte más sana, a la de mejor consejo, aunque fuera la voluntad de una minoría muy pequeña.<sup>72</sup>

La decisión adoptada por la *sanior pars* está vinculada necesariamente al diálogo aristotélico, fundado en la razón y en la libertad.

---

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 69.

<sup>67</sup> Felipe Castañeda, “Pueblo intonso, pueblo asnal”: la democracia directa desde Marsilio de Padua, en Rodolfo Arango, *Filosofía de la democracia, fundamentos conceptuales*, Bogotá, Siglo del Hombre editores, 2007, p. 50.

<sup>68</sup> Felipe Castañeda, “Pueblo ... op. cit., p. 31.

<sup>69</sup> *Ibidem*, pp. 32, 33.

<sup>70</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>71</sup> Matthias Vollet, “Vestigios ...”, op.cit., p. 34.

<sup>72</sup> Patrice Gueniffey, *La revolución francesa y las elecciones: democracia y representación a fines del siglo XVIII*, México, Fondo de cultura económica, 2001, p. 519.

En consecuencia, en la Edad Media, el sector eclesiástico seguía una línea de pensamiento aristotélico en cuanto a la necesidad de que las decisiones sean el fruto de la razón, de la *sanior pars*, que se logra en un diálogo racional y libre a fin de lograr el vivir bien.

Sin embargo, esta línea de privilegiar la *sanior pars* no prosperó, “debido a la dificultad práctica, casi insuperable [...] de identificar esta *sanior pars*, por lo que el sector eclesiástico acabó, después de siglos de interrogaciones y debates, por adoptar la regla mayoritaria, la *major pars*, que legó a la democracia moderna”.<sup>73</sup>

Respecto de la regla de la mayoría, Patrice Guennifey establece que “las comunidades medievales adoptaron con frecuencia más temprano, y sobre todo más fácilmente, la regla mayoritaria”.<sup>74</sup>

Otro antecedente histórico de la deliberación para adoptar decisiones y crear legislación en la Edad Media, es ubicado por Quijano “en el [...] siglo XIII, [en el año 1291], cuando las comunidades campesinas del área helvética, mediante el Pacto Federal Suizo,<sup>75</sup> se reunieron y acordaron asociarse, como comunidades en la Confederación Helvética, para defenderse conjuntamente del despotismo feudal y del despotismo imperial.”<sup>76</sup>

El antecedente para el Pacto fue el temor de los pueblos del centro de la actual Suiza de ser invadidos por los Habsburgos.<sup>77</sup>

En el Pacto se establece textualmente: “igualmente, después de común deliberación y de un acuerdo unánime, hemos jurado estatuir y decidir las diferentes normas y acuerdos”<sup>78</sup>. Con lo cual se evidencia la existencia de un proceso de participación y deliberación de los partícipes del Pacto.

## 5. Modernidad/Colonialidad.

Es importante situar el origen de la modernidad en la invasión, conquista y colonización de América Latina por parte de España desde 1492 y Portugal desde 1530, que permitió la acumulación originaria del capital producto del saqueo de los recursos naturales de las colonias y la explotación y esclavitud de sus pueblos. E igualmente es importante establecer que la colonialidad, como proyecto político de dominación, a través de la colonialidad del poder, tampoco ha concluido, sino que continúa implementándose hasta la actualidad.

---

<sup>73</sup> *Ibidem*, p. 519.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 518.

<sup>75</sup> Que sería un pacto de rebelión, porque en su texto aparece la palabra “conspiradores” y no “confederados”, en *El pacto de 1291 bajo el análisis de los historiadores*, <http://www.swissinfo.ch>, entrevista a Georges Andrey, revisado 6 de septiembre de 2010.

<sup>76</sup> Aníbal Quijano, *Colonialidad del poder, globalización y democracia*, s.c., s.e., s.f., p. 21.

<sup>77</sup> *History of Switzerland. The Old Swiss Confederacy*. <http://www.history-switzerland.geschichte.schweiz.ch>, revisado, 6 de septiembre de 2010.

<sup>78</sup> Wikisource, la bibliothéque libre, <http://wikisource.org/wiki/Pacte>, revisado 6 de septiembre de 2010.

Para Quijano, la modernidad y la colonialidad son dos caras de una misma mano, se afectan la una a la otra,<sup>79</sup> la colonialidad se funda en la imposición de una clasificación racial/étnica de la población del mundo.<sup>80</sup> Dicha clasificación se impuso a raíz de la invasión y conquista de Europa en América Latina.

El filósofo argentino Enrique Dussel, desde los estudios decoloniales, cataloga a la modernidad como “un fenómeno europeo<sup>81</sup>, pero [...] constituido por una relación dialéctica con una alteridad no-europea que es su contenido último. La modernidad aparece cuando Europa se autoafirma como el “centro” de una historia mundial que ella inaugura; la “periferia” que circunda este centro es, en consecuencia, parte de su autodefinition<sup>82</sup>. La periferia es la América Latina conquistada y colonizada que fue víctima de genocidio y etnocidio<sup>83</sup>.

Mientras desarrollaba el proyecto conquistador y colonizador, Europa fue consolidando sus estados continentales modernos, regidos por el absolutismo monárquico, en los cuales el rey era el que detentaba el poder absoluto, *rex facit legem*; en tales circunstancias, las propuestas de la filosofía política de Marsilio de Padua no podían tener acogida.

Sin embargo, podremos constatar indicios de reflexión sobre la democracia incluso en este estado absolutista; así, en este período, se puede rescatar el aporte del republicanismo democrático de Baruch Spinoza para quien la democracia es la forma política más justa donde prima el bienestar de la comunidad<sup>84</sup>; y la filosofía política contractualista de Jean Jacques Rousseau, que establecen el fundamento del poder en el pueblo:

todas las teorías del contrato social, sean cuales sean las conclusiones que sostengan, afirman que el origen y fundamento del poder está en el pueblo, no ya como organismo colectivo, sino como conjunto de individuos inicialmente libres e iguales, que se asocian y confían el poder a uno o a un grupo de ellos.<sup>85</sup>

Es importante, en este punto, citar la reflexión contemporánea de Boaventura de Sousa Santos quien establece la diferencia del contrato social de Rousseau con respecto al contrato

---

<sup>79</sup> Aníbal Quijano, Conferencia *La crisis de la colonialidad del poder*, Quito, UASB, 26 de agosto de 2010.

<sup>80</sup> Aníbal Quijano, *Colonialidad del poder y clasificación social*, en New York, Binghamton University, Journal of World Systems research, VI, 2, Summer-Fall, 2000 <http://www.cisoupr.net/documents/jwsr>, revisado 31 de enero de 2010.

<sup>81</sup> El concepto eurocéntrico de modernidad establece como acontecimientos históricos claves de la Modernidad a la Reforma, la Ilustración y la Revolución francesa, que se desarrollan en el siglo XVIII. Enrique Dussel, “Europa, modernidad y eurocentrismo”, en Edgar Lander, *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales, perspectivas latinoamericanas*, Caracas, UNESCO, 2000, p. 65.

<sup>82</sup> Walter Mignolo, *Herencias coloniales y teorías postcoloniales*, Biblioteca Virtual de Ciencias Sociales, pdf, p. 14, <http://www.cholonautas.edu.pe>, revisado 31 de enero de 2010.

<sup>83</sup> Del exterminio físico, en poco más de tres décadas, las primeras del siglo XVI, de más de la mitad de la población de esas sociedades, cuyo total inmediatamente antes de su destrucción es estimado en más de 100 millones de personas. Aníbal Quijano, *Don Quijote y los molinos de viento en América Latina*, p. 6, en [www.oieperu.org/documentos/ClavesQuijano.pdf](http://www.oieperu.org/documentos/ClavesQuijano.pdf), revisado 31 de enero de 2010.

<sup>84</sup> Ricardo Hurtado, Tres visiones sobre la democracia: Spinoza, Rousseau y Tocqueville, A parte rei, Revista de Filosofía 56, marzo 2008, en <http://serbal.pntic.mec.es>, revisado 4 de noviembre de 2010.

<sup>85</sup> Javier Peña, “La democracia ...”, op. cit., p. 73.



social liberal y destaca la importancia de construir la voluntad general por medio de la participación social:

la voluntad general debe ser construida con la participación efectiva de los ciudadanos de modo autónomo y solidario, sin delegaciones que le quiten transparencia a la relación entre “soberanía” y “gobierno”. Por esta razón, el contrato social se basa, no en una obligación política vertical ciudadano-Estado, como sucede en el modelo liberal, sino en una obligación política horizontal ciudadano-ciudadano en cuya base es posible fundar una asociación política participativa. Y para eso, la igualdad formal entre los ciudadanos no se consigue, es necesaria la igualdad substantiva, lo que implica una crítica de la propiedad privada.<sup>86</sup>

Boaventura de Sousa también describe [el principio de] comunidad rousseauiana como:

[basado] en la obligación política horizontal entre individuos o grupos sociales y en la solidaridad resultante de ella, una solidaridad participativa y concreta, es decir, socialmente contextualizada<sup>87</sup>. [...] [y en la] idea de la participación y de la solidaridad concretas en la formulación de la voluntad general [...] [y en la] vida [...] colectiva basadas en la autonomía y en el autogobierno, en la descentralización y en la producción socialmente útil.<sup>88</sup>

Al leer estos elementos del principio de comunidad me remito inmediatamente a la comunidad originaria ancestral de los señoríos norandinos, descritos *supra*: la obligación política horizontal que en el señorío se expresa en que la sociedad controlaba al poder; la solidaridad entre miembros de la comunidad y en la participación para organizarse y adoptar decisiones, que fue posible porque el señorío norandino se basó en el auto sustento productivo<sup>89</sup>, que les permitió autonomía y la posibilidad de autogobierno.

Por lo que planteo que en la definición comunitaria de Rousseau se evidencia la apropiación eurocéntrica<sup>90</sup> del modelo de comunidad que los imperios europeos iban encontrando en sus procesos de invasión, conquista y colonización de los pueblos de América Latina.

En la Inglaterra de 1689, Zagrebelsky identifica, en el sistema del *rule of law*, el mismo hilo conductor aristotélico del *gobierno de las leyes* en lugar del *gobierno de los hombres*:

“En el sistema inglés, la ley se concebía [...] “como producto de justicia” mas que voluntad política soberana”.<sup>91</sup> Por ello, “como límite a la omnipotencia desordenada e irracional del legislador, estaban los principios del *common law*, la ley de la razón, la equidad.”<sup>92</sup> De esta manera, en Inglaterra se establece al aporte de que el objetivo de las leyes era lograr la justicia.

---

<sup>86</sup> Boaventura de Sousa Santos, *De la mano de Alicia*, Bogotá, Siglo del Hombre editores, 1995, p. 290.

<sup>87</sup> Boaventura de Sousa Santos, *De la mano ...*, op. cit., p. 297

<sup>88</sup> *Ibidem*, p. 322.

<sup>89</sup> Rosemarie Terán, docente del Área de Historia de la Universidad Andina Simón Bolívar, entrevista realizada por Silvana Sánchez, en la UASB Quito, el 7 de octubre de 2010.

<sup>90</sup> Aníbal Quijano, *El fantasma del desarrollo en América Latina*, Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales, 2000, Volumen 6, No. 2 (mayo-agosto), pdf, p. 82., revisado 31 de enero de 2010.

<sup>91</sup> Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho...* op. cit., p. 25.

<sup>92</sup> Gustavo Zagrebelsky, *El derecho ...* op. cit., p. 57.

Para que la ley llegue a ser ese producto de justicia, se escuchaba a todas las partes, se daba un debate y deliberación en el Parlamento, que se constituía en “el órgano tutelar de los derechos contra el absolutismo regio”.<sup>93</sup>

El parlamento inglés tiene su origen en los consejos que el rey consultaba para mejorar el derecho existente [...] la consulta [...] venía determinada por los malos resultados del *common law* en los casos concretos. Según las categorías actuales, podría hablarse de una función entre la normación y el juicio. El parlamento podría considerarse, al estilo medieval, un Tribunal de justicia. El procedimiento parlamentario no se encontraba en las antípodas del modelo judicial: en ambos casos regía la exigencia del *due process*, que implicaba la garantía para todas las partes y para todas las posiciones poder hacer valer las propias razones (*audiatur et altera pars*)<sup>94</sup> en procedimientos imparciales. Por su parte, la función legislativa se concebía como perfeccionamiento, al margen de intereses de parte, del derecho existente.<sup>95</sup>

Es importante el que el mismo principio del debido proceso del modelo judicial rijan para el procedimiento parlamentario, en el sentido de garantizar a todos los participantes el derecho de hacerse escuchar, alternadamente, para argumentar sus razones.

Sin embargo, en 1774, Edmund Burke, a pesar de señalar que “el Parlamento es la asamblea deliberativa de una nación, con un único interés [...] el bien común que resulta de la razón general del conjunto”,<sup>96</sup> niega la participación popular en la formación de la decisión política, de la que solo pueden participar los representantes, con lo cual Inglaterra se adhiere al modelo de democracia representativa.

### 5.1. Francia antes de la Revolución.

Los procedimientos de la participación en el caso de la comunidad rural francesa, y en los Estados Generales, anteriores a la Revolución, consistían en que los sectores sociales se reunían en asamblea y deliberaban para adoptar decisiones a ser presentadas al rey, quien finalmente decidía. Guennifey establece “la existencia de una especie de “democracia” local primitiva en la comunidad rural francesa”.<sup>97</sup>

Esta comunidad tenía como características mecanismos de participación y deliberación; que, pese a limitaciones, como la permanente coacción de la voluntad de quienes estaban ubicados en las escalas inferiores de la jerarquía social, constituyeron un ejercicio interesante de la participación social en la toma de decisiones políticas; sobre todo, porque la decisión final expresaba un voto, por esencia unánime, de la comunidad y no la suma de votos individuales.<sup>98</sup>

---

<sup>93</sup> *Ibíd.*, p. 25.

<sup>94</sup> Escuchar a la otra parte. El principio de *audiatur et altera pars* consiste en que todas las premisas de un argumento debería ser anunciadas explícitamente. En: comunidad ateísmo.ws en <http://ateismo.ws>, revisado 4 de noviembre de 2010.

<sup>95</sup> Gustavo Zagrebelsky, *El derecho ... op. cit.*, p. 26.

<sup>96</sup> María Luisa Rodríguez, *Minorías, acción pública de inconstitucionalidad y democracia deliberativa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 49, 50.

<sup>97</sup> Patrice Gueniffey, *La revolución...*, *op. cit.*, p. 241.

<sup>98</sup> *Ibíd.*, pp. 325, 326.

Después de 1789, se cambia el voto unánime comunitario por la regla de la mayoría: “la función de las asambleas ya no fue deliberar, sino tomar una decisión por mayoría de votos, sin el marco orgánico de las comunidades tradicionales”.<sup>99</sup>

A medida que van desapareciendo las comunidades, hacia 1789, van dejando sus “demandas particulares y prepolíticas” en los denominados libros de reclamaciones de 1789.<sup>100</sup> La existencia de este archivo de demandas, revela una modalidad, si bien escasamente efectiva, de participación de la comunidad ante el monarca.

## 5.2. Revolución Norteamericana.

En Estados Unidos de Norteamérica, Pedro Salazar ubica que, hasta la Declaración de Derechos de Massachusetts de 1780, se daban asambleas legislativas con un espíritu netamente democrático según lo estatuido en las Declaraciones de Derechos de Virginia y Maryland de 1776.<sup>101</sup>

En las siguientes disposiciones de las Declaraciones norteamericanas se encuentran plasmados los fundamentos de la democracia, entendida como poder del pueblo, el principio de soberanía popular y el objetivo del bien común.

El Art. 2 de la Declaración de Virginia, establecía que todo poder reside en el pueblo; y, en consecuencia, deriva de él. El Art. 3 establecía que todo gobierno debe ser instituido para el bien común y el Art. 6 establecía que [...] los hombres [...] no estaban obligados por ninguna ley que ellos, de la misma manera, no hayan aprobado en aras del bien común.<sup>102</sup> El Art. 1 de la Declaración de Maryland establece que “todo gobierno de derecho se origina en el pueblo y es instituido para su bien”.<sup>103</sup>

Zagrebelsky establece que las Declaraciones norteamericanas fundamentan los derechos en una esfera jurídica que precede al derecho<sup>104</sup>; que es el bien común, fin para el cual se instituye el gobierno. En consecuencia, la búsqueda del bien común es el límite para el legislador.

Sin embargo, estas disposiciones no lograron trascender su validez formal, al adoptarse finalmente en Estados Unidos de Norteamérica, el modelo de democracia representativa propuesta en *El Federalista No. 10* como una estrategia para neutralizar la amenaza que

---

<sup>99</sup> *Ibidem*, pp. 182 y 297.

<sup>100</sup> *Ibidem*, pp. 245, 246.

<sup>101</sup> Pedro Salazar, *La democracia constitucional, una radiografía teórica*, México, D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2006, p. 120.

<sup>102</sup> Declaración de Derechos de Virginia del 12 de julio de 1776, Argentina, <http://www.fmmeducación.com.ar/Historia/documentoshist/>, revisado 22 de septiembre de 2010.

<sup>103</sup> Constitution of Maryland, <http://www.lonang.com/exlibris/organic>, revisado 22 de septiembre de 2010.

<sup>104</sup> Gustavo Zagrebelsky, *El derecho ...*, op. cit., p. 54.

planteaba la mayoría compuesta de “deudores que, durante la década de 1780 a 1790, amenazaba con apoderarse de los parlamentos democráticos para impulsar sus demandas”.<sup>105</sup>

### 5.3. Revolución Francesa.

En los primeros años de la Revolución Francesa, la participación social en el procedimiento legislativo no se concretó; pese a que, a nivel formal, algunas de las disposiciones de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, establecieron los principios y fundamentos para garantizar esta participación.

Es así como, en el preámbulo de esta Declaración, se establece que los actos del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo deben siempre estar acordes con la finalidad de la institución política; finalidad que, según el Art. 2 de la misma Declaración, es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre.

El Art. 6 de la Declaración establece que la ley es la expresión de la voluntad general y que todos los ciudadanos tienen derecho a contribuir a su elaboración, personalmente o por medio de sus representantes; sin embargo, pese a la redacción dicotómica, se privilegió la actuación de los representantes.

Pese a estas disposiciones de la Declaración de Derechos, se adopta el modelo de la democracia representativa. Cabe preguntarse respecto de las razones por las cuales se desconocieron los principios que auspiciaban la participación social. Puedo afirmar que esto se dio porque la clase que asume el poder, la burguesía liberal<sup>106</sup>, para consolidarse en el poder, no podía permitir que se mantuviera un espacio en el que la sociedad, la comunidad, el pueblo mismo, pudiera hacerse escuchar de manera directa; por lo que se abandonó la teoría de la voluntad general de Rousseau, por la cual, las leyes debían encarnar la voluntad real del pueblo<sup>107</sup>, dejando a la soberanía popular como una mera ficción<sup>108</sup>.

---

<sup>105</sup> Roberto Gargarella, en Pedro Salazar, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 120, 121.

<sup>106</sup> Al respecto, Zagrebelsky señala que “la voluntad positiva del legislador se enderezaba a la realización de un proyecto jurídico basado en la razón, la razón de la burguesía liberal”. Gustavo Zagrebelsky, *El derecho ...* op. cit., pp. 31, 32.

<sup>107</sup> Luis Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Editorial Trotta, 2003, p. 145.

<sup>108</sup> Para Antonio Pérez Luño, el principio democrático expresado en la idea de la soberanía popular lejos de ser una categoría abstracta o puramente retórica entraña una respuesta normativa al problema de la legitimación política en el plano material y formal. En el primero porque condiciona la legitimación constitucional del poder a la participación política de los ciudadanos, al respeto de sus derechos fundamentales y al reconocimiento del pluralismo de iniciativas y alternativas sociales. En el segundo porque representa simultáneamente una fórmula de racionalización del proceso político y una forma de limitación del poder estatal. La actuación normativa del principio de la soberanía popular es una condición para la democratización efectiva de los distintos procesos e instituciones del orden estatal. Se dirige a garantizar que cualquier ejercicio del poder por parte de los órganos del Estado se hará en virtud

Así lo señala Pérez Luño, contemporáneamente, pero en una afirmación que se aplica a lo que aconteció en los primeros años de la Revolución francesa: “el concepto de soberanía popular se va vaciando de contenido, cuando no sirve de pantalla bajo la que se oculta la existencia de una clase dominante o grupo dirigente [...] en el funcionamiento de cualquier estado”.<sup>109</sup>

De esta manera, se creó esta mediación de los denominados representantes del pueblo,<sup>110</sup> cuando en realidad eran los representantes de la élite burguesa, como lo corroboran Burke, “la representación nacional no era verdaderamente elegida por el pueblo (sino por sus delegados en segundo grado<sup>111</sup> y entre los ciudadanos del marco de plata)”<sup>112</sup>; y Guyomar, los representantes no eran “los elegidos del pueblo” sino “los delegados de los cuerpos electorales”.<sup>113</sup>

Si bien la noción de ciudadanía representa un avance para el desarrollo formal normativo de los derechos del hombre y del ciudadano y para el desarrollo del principio de igualdad formal, se plantea la cuestión de los motivos por los cuales la Revolución no permitió mantener, al mismo tiempo que el sujeto individual, al sujeto colectivo de derechos: la corporación, la comunidad, y reconocer los aportes que este sujeto colectivo puede brindar a la democracia desde el mecanismo de participación y deliberación, que se había venido practicando, tradicionalmente, en las comunidades y en los Estados Generales.

El cuestionamiento surge sobre la manera en que se produce esta escisión total entre representados y representantes, cuando inmediatamente antes de la Revolución, subsistían, con

---

de su previa legitimación popular y en interés del pueblo. Pérez Luño, *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, Madrid, Editorial Tecnos, 1999, pp. 204 y 205.

Prieto Sanchís adscribe a dejar a la soberanía como tal mera ficción, al señalar que la soberanía popular es un principio legitimador, es una ficción necesaria si se desea mantener la fuerza irresistible de la Constitución. Luis Prieto Sanchís, *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Editorial Trotta, 2003, p. 144.

Agustín Grijalva establece que el titular de la soberanía es el Estado, y más exactamente el pueblo [...], 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 mediante los cuales ésta es ejercida [...] los ciudadanos [...] no renuncian totalmente a la soberanía al nombrar a sus representantes, primero porque [...] 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. Agustín Grijalva, “Régimen constitucional ...op. cit., p. 19.

<sup>109</sup> Antonio Pérez Luño, *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, Madrid, Editorial Tecnos, 1999, p. 198.

<sup>110</sup> Nueva ficción necesaria para mantener la fuerza normativa de la Constitución. Prieto Sanchís. *Justicia Constitucional, op. cit., p...*

<sup>111</sup> Las asambleas de segundo grado reúnen a los únicos verdaderos actores y beneficiarios del sistema instaurado en 1789, aquellos cuya nominación por las asambleas primarias consistía ... en una autoelección adquirida gracias a la habilidad, a la influencia y, en todo caso, a la capacidad para obtener el consentimiento por lo menos pasivo de votantes [...] Los 43.000 electores seleccionados en una escala departamental forman, por oposición al país legal constituido por el conjunto de los ciudadanos admitidos a votar, el país político real. Patrice Gueniffey, *La revolución ...*, op. cit., p. 454.

<sup>112</sup> Patrice Gueniffey, *La revolución ...*, op.cit. p. 95.

<sup>113</sup> *Ibidem*, p. 487.

todas las limitaciones señaladas, las prácticas comunitarias de las asambleas deliberativas en las que se expresaba el voto unánime, o las quejas y reclamaciones plasmadas en los libros pertinentes.

Otra pregunta que cabe es respecto de los mecanismos por los que se forjó la idea de que los electores, los representados, quedaron súbitamente privados de las capacidades de razonamiento, de expresión del pensamiento, de la capacidad de diálogo, debate, deliberación, que hasta el día anterior les eran propias cuando presentaban sus reclamaciones en asambleas, “y que incluso se atribuyen al momento de votar (elector racional)”<sup>114</sup>.

Considero que la respuesta debe encontrarse en la creación de toda una ideología de la representación que se fundamenta en la *capitis diminutio* del elector y del representado, ahora constituido como ser individual, aislado de sus anteriores pertenencias a comunidad o estamento, a quien de manera repentina se le desconoce sus anteriores capacidades, negándoseles su ejercicio.

Así, pese a que se proclama formalmente que “en el gobierno representativo, nada se decide ni se hace sin el consentimiento del pueblo”; en lo concreto, se afirma de manera contradictoria, que “este jamás quiere ni actúa directamente,<sup>115</sup> no sólo porque no puede, sino porque no debe”.<sup>116</sup>

Entonces, el pueblo, tradicionalmente entendido como “el que legitima el poder, el titular de la soberanía”<sup>117</sup>, esa noción colectiva, es utilizada para legitimar un estado de cosas; y es, a la vez, al que se le priva, a cada uno de los integrantes de esa noción, de capacidades reales de presentar reclamaciones, a fin de influir en las decisiones.

Los diputados electos no podían recibir mandatos, quejas u observaciones de parte de sus electores,<sup>118</sup> quedaban aislados completamente de éstos; a pesar de que, paradójicamente, ostentaban la representación de la nación.

En ese contexto, y con base en las reflexiones del racionalismo filosófico, Marie Jean Antoine de Caritat, marqués de Condorcet, presentó a la Convención un proyecto de Constitución, en 1793, en el cual se incluía una propuesta para que:

cuando un ciudadano crea útil o necesario ejercitar la vigilancia de los representantes del pueblo sobre los actos [...] de legislación [...], de provocar la reforma de una ley existente o promover

---

<sup>114</sup> Agustín Grijalva, tutoría de tesis, septiembre de 2010.

<sup>115</sup> Al respecto, considerar lo dispuesto en el Art. 1, inciso segundo, de la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998: “la soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es la base de la autoridad, que ejerce a través de los órganos del poder público y de los medios democráticos previstos en esta Constitución”. Redacción que mantiene la Constitución de la República del Ecuador, en su Art. 1, inciso segundo, cambiando “base” por “fundamento” y la parte final: “que se ejerce... y de las formas de participación directa previstas en la Constitución”.

<sup>116</sup> Patrice Gueniffey, *La revolución ...* op. cit., p. 148.

<sup>117</sup> Francois-Xavier Guerra, “El pueblo soberano: fundamento y lógica de una ficción, países hispánicos del siglo XIX”, en Fernando Calderón, (comp.), *Socialismo, autoritarismo y democracia*, Lima, Instituto de Estudios Peruanos, IEP, CLACSO, 1989, p. 137.

<sup>118</sup> *Ibidem*, p. 38.

la promulgación de una nueva ley, tendrá el derecho de requerir a la oficina de su asamblea primaria para que convoque el día domingo más próximo, para deliberar sobre su proposición.<sup>119</sup>

Y el Art. 27 del mismo proyecto establecía: “estarán sometidas al ejercicio del derecho de censura todas las leyes, y generalmente todos los actos de la legislación que sean contrarios a la Constitución”.<sup>120</sup> Es otro antecedente del control previo de constitucionalidad de las leyes.

Condorcet reconocía, a cada ciudadano, la doble posibilidad de recurrir al pueblo contra la ley que consideraba atentaba contra la Constitución, y de iniciar proyectos de leyes ante el cuerpo legislativo.<sup>121</sup> Como respuesta, la Convención de 1793, rechazó el proyecto, mientras su proponente fue apresado y ejecutado.

La situación descrita, en la que se privilegió el modelo de democracia representativa por sobre las formas comunitarias de participación popular, determinó el fracaso de la institución democrática de la representación, desde 1789 a 1795; es decir, durante los primeros años de la Revolución Francesa, expresada en “los rápidos avances de la abstención [que] [...] dan testimonio del alcance de la decepción; algunos meses después de las grandes ilusiones de 1789.”<sup>122</sup>

Se debe señalar que:

tan solo entre 1795 y 1797, la elección dejó de ser solo una técnica de selección y un procedimiento de legitimación; permitió [...] a cada ciudadano expresar una opinión, efectuar una elección entre las opciones que se le presentaban y contribuir así, con su voto, a la definición de las grandes orientaciones [...] el país vivió por primera vez la experiencia del gobierno representativo.<sup>123</sup>

El modelo de democracia representativa que se instaura en la Francia de los primeros años de la Revolución, traiciona sus propios principios establecidos en la Constitución. Y solamente, por el breve lapso de dos años, de 1795 a 1797, al reconocerse el derecho de participación social, se puede afirmar que el modelo se materializó en la práctica.

Luigi Ferrajoli critica este modelo de democracia representativa, imperante en Europa, desde la Revolución francesa hasta la Segunda Guerra Mundial, a la que denomina democracia “liberal”, impuesta por el liberalismo económico, y que está basada en “el modelo de democracia mayoritaria o plebiscitaria [...]”<sup>124</sup> y la identifica con el *gobierno de los hombres* y no con el *gobierno de las leyes*.<sup>125</sup>

---

<sup>119</sup> Art. 1 del Título VIII, De la Censura del Pueblo sobre los actos de la Representación Nacional, y el derecho de petición, Proyecto de Constitución Girondina, 1793, en <http://commons.wikimedia.org/http://mjp.univ-perp.fr/france/co1793pr.htm>, revisado, 23.08.10.

<sup>120</sup> Art. 27 del Título VIII, <http://commons.wikimedia.org/http://mjp.univ-perp.fr/france/co1793pr.htm>, revisado, 23.08.10.

<sup>121</sup> Patrice Gueniffey, *La revolución ...*, op.cit., p. 96.

<sup>122</sup> *Ibidem*, p. 253.

<sup>123</sup> *Ibidem*, pp. 536, 537.

<sup>124</sup> Luigi Ferrajoli, “La democracia constitucional,” en Christian Courtis (comp.) *Desde otra mirada, textos de teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2001, p. 255.

<sup>125</sup> Luigi Ferrajoli, “La democracia ...”, op.cit., p. 256.

Ferrajoli establece el carácter absolutista de esta concepción de democracia, entendida “como omnipotencia de la mayoría”; pero el sistema económico capitalista, precisamente, requiere de este modelo de democracia con la finalidad de que el capital y la empresa puedan desarrollarse sin “reglas ni límites”.<sup>126</sup>

## **6. Teorías contemporáneas.**

La teoría crítica constitucional, ante el abandono del liberalismo del contenido sustancial de la democracia, plantea tomar a la democracia literalmente, a fin de recuperar al autor del orden normativo, el pueblo, reabriendo el espacio político/jurídico para los sujetos políticos.<sup>127</sup>

La teoría crítica constitucional retoma la definición original de democracia para tomarla en serio, en su valor constitutivo y fundamental, como poder del pueblo “la democracia es el gobierno del pueblo [...] todo el poder político proviene del pueblo”<sup>128</sup>.

Entonces, solo volviendo al concepto sustancial de democracia, como gobierno del pueblo, se reabre el espacio para su participación. Si los proyectos de ley van a ser legítimos, en un sentido sustancial, será cuando se respete la participación social, de tal manera que el contenido material de los proyectos legales acoja las voces, argumentos y razones del pueblo, que buscan la consecución de la justicia.

Este es el desafío para superar el hecho de que el liberalismo haya convertido al concepto de democracia en un universal vaciado de su verdadero contenido.

Otro aporte contemporáneo es el de la teoría de la democracia como derechos humanos, que define a la democracia como “el compromiso político con la emancipación universal, a través de asegurar el goce igual de los derechos fundamentales para todos”.<sup>129</sup>

Michael Goodhart establece que se acepta la democracia porque se la ve como el sistema más justo y que su fortaleza deriva del atractivo de sus principios, las promesas de libertad e igualdad para todos, creando una sociedad más justa, en el marco del proyecto político de la emancipación, en donde se eliminen las estructuras de opresión y exclusión.

Si la finalidad es el goce igual de los derechos, uno de los mecanismos para lograrlo, es el respeto del derecho a la participación social en el procedimiento legislativo, que es en donde se definen los derechos, sus formas de ejercicio y sus garantías.

Ronald Dworkin propone una teoría de la democracia comunitaria<sup>130</sup> integrada<sup>131</sup> que aporta elementos para resolver el dilema constitución-democracia, señala que “la intención de dicha formulación es recordarnos la voluntad general de Rousseau”<sup>132</sup>.

---

<sup>126</sup> *Ibidem*, p. 256.

<sup>127</sup> Ricardo Sanín, *Teoría crítica ...*, op. cit., p. 89.

<sup>128</sup> *Ibidem*, pp. 68 y 69.

<sup>129</sup> Michael Goodhart, *Democracy as human rights: freedom and equality in the age of globalization*, New York, Taylor and Francis Group, 2005, p. 135.



La concepción comunitaria de la democracia permite interpretar las cláusulas constitucionales, denominadas restrictivas<sup>133</sup>: (libertad de expresión, debido proceso, igual protección de la ley), como expresiones de principios políticos y morales que protegen a la democracia y por lo tanto las cláusulas restrictivas serían estructurales<sup>134</sup>.

Lo que Dworkin recomienda es interpretar las cláusulas restrictivas, con sentido democrático, por los principios conductores de la concepción comunitaria, como el principio de participación<sup>135</sup>, el principio de interés<sup>136</sup> y el principio de independencia<sup>137</sup>.

Respecto de cada disposición constitucional restrictiva, hay que decidir cuánto menoscaba los principios de interés, independencia, participación; si los menoscaba, entonces son “inconsistentes con una democracia comunitaria”<sup>138</sup> y por lo tanto van contra la moralidad política contenida en esos principios; y además considero, contrariamente a Dworkin, que son inconstitucionales, porque la constitución recoge esos principios, al haberlos positivizado.

---

<sup>130</sup> Es colectiva en el más profundo sentido en que se requiere de los individuos que asumen la existencia de un grupo como entidad o fenómeno por sí mismo. Ronald Dworkin, “Igualdad, democracia y constitución, nosotros, el pueblo, en los tribunales”, en Miguel Carbonell y otro, editores, *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 119.

<sup>131</sup> Donde la responsabilidad es colectiva y la unidad de juicio es individual, Ronald Dworkin, “Igualdad ... op. cit., p. 128. Se opone a la monolítica en donde el juicio es colectivo y puede dar paso a totalitarismo.

<sup>132</sup> Ronald Dworkin, “Igualdad ... op. cit., p. 120.

<sup>133</sup> Establecen límites al poder de que dispone la mayoría según las disposiciones explícitas. Ronald Dworkin, “Igualdad ...”, p. 115.

<sup>134</sup> No pueden ser cambiadas por el mero voto mayoritario. Ronald Dworkin, “Igualdad ...”, p. 114.

<sup>135</sup> A cada persona debe ofrecérsele un rol que le permita marcar una diferencia en el carácter de las decisiones políticas y la fuerza de ese rol no debe estar limitada por suposiciones acerca de su valía, talento o habilidades. La genuina posibilidad de marcar una diferencia es darle a la persona tanto voz como voto. Ronald Dworkin, “Igualdad ...”, pp. 131, 132.

<sup>136</sup> Las decisiones colectivas deben reflejar igual consideración por los intereses de todos sus miembros. Ronald Dworkin, “Igualdad ...”, p. 133.

<sup>137</sup> Los ciudadanos deben ser alentados a considerar que el juicio moral y ético es responsabilidad propia en lugar de responsabilidad de la unidad colectiva. Ronald Dworkin, “Igualdad ...”, p. 134.

<sup>138</sup> Ronald Dworkin, “Igualdad ...”, pp. 143, 144.

## Capítulo II.

### Planteamientos para superar las limitaciones de la participación social en el procedimiento legislativo.

Las limitaciones reales al ejercicio del derecho a la participación social, que se presentan en el modelo democrático representativo, expresión de la democracia liberal; particularmente, las limitaciones en el momento del proceso de creación y determinación de contenidos legislativos: lo *que puede* y lo *que no puede* decidirse, al decir de Luigi Ferrajoli, plantean la pregunta respecto del modelo democrático que permita tener siempre un *gobierno de las leyes*, que se entiende, en el nuevo paradigma constitucional,<sup>139</sup> como un *gobierno de la constitución*, superando el *gobierno de los hombres*, para así garantizar la consecución de la justicia.

En la búsqueda de un modelo de democracia en el que la justicia prime, tomo los aportes de propuestas y prácticas contrahegemónicas<sup>140</sup>; como los de los estudios decoloniales, que buscan resignificar la democracia; y de los modelos de democracia participativa, deliberativa y radical. El objetivo es reunir los mejores aportes de cada modelo para garantizar la participación social en todas las etapas de formación de la ley; para que, en ella, teniendo por finalidad la consecución de la justicia, se concreten los derechos fundamentales, y se puedan corregir, oportuna y eficazmente, posibles violaciones de estos derechos.

Se debe tener siempre en consideración el *para qué* de la participación social en el procedimiento legislativo, y la respuesta solo puede establecerse en relación con la búsqueda de la justicia en la convivencia social y con la vigencia de los derechos fundamentales. Al respecto, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, IIDH, establece que:

La participación ciudadana [...] significa involucrarse de manera activa y consciente en la eliminación de los obstáculos a la igualdad, en la tarea de garantizar la plena vigencia y protección de los derechos humanos y la vida en democracia, así como en la construcción de la igualdad real para todas las personas que integran la sociedad.<sup>141</sup>

El IIDH identifica como finalidad de la participación social, el garantizar los derechos humanos y la igualdad real; por tanto, el modelo de democracia debe estar acorde con esa finalidad. Con este parámetro, se analizará los aportes que, a la participación social en el procedimiento legislativo, pueden brindar los modelos participativo y deliberativo de democracia; posteriormente, en el capítulo tercero, se analiza el aporte del modelo de

---

<sup>139</sup> Pisarello establece que el paradigma constitucional debe ser entendido como “el sistema de vínculos y controles a los poderes públicos y privados en beneficio de los derechos de las personas.” Gerardo Pisarello, “Globalización, Constitucionalismo y derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico,” en Miguel Carbonell, *Estado constitucional y globalización*, México, Editorial Porrúa, 2003, p. 239.

<sup>140</sup> Boaventura de Sousa Santos, Presentación ... op. cit., <http://www.expresa.la>.

<sup>141</sup> Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Participación ciudadana*, San José, Costa Rica, IIDH, 1997, p. 13.

democracia practicado ancestralmente por las comunidades indígenas, a la luz del proyecto político de la interculturalidad.

### **1. Proceso de decolonialidad del ser.**

Reconociendo que “el concepto de democracia tiene un pasado colonial y moderno occidental,”<sup>142</sup> y que “la democracia ha estado ligada al ejercicio del poder social, cultural y político y al mantenimiento de un sistema regido por el capitalismo y el mercado,”<sup>143</sup> los estudios decoloniales plantean darle un nuevo contenido y resignificar el concepto de democracia, en el marco del proceso de la decolonialidad del poder y del Estado en su conjunto.

Para esta tesis, me centro en el análisis del proceso de la decolonialidad del ser, como paso previo para la tarea de construcción de sujetos de derecho<sup>144</sup> y para que los seres humanos puedan participar en los procesos políticos de organización y exigibilidad por derechos.

La decolonialidad del ser se da, a partir de una toma de conciencia del ser sobre su propia situación, a fin de convertirse en actor social capaz de demandar espacios de participación; y, de actuar, desde otra perspectiva, en los espacios que el poder ha abierto, asumiéndose como sujeto de derecho, como actor que demanda la redistribución de recursos para lograr la equidad, y con capacidades de incidencia real en la adopción de decisiones.

El proceso de toma de conciencia del ser se da por el mismo hecho colonial. La colonización logra que el ser colonizado, al estar “negado sistemáticamente y con determinación furiosa” por el colonizador, se vea obligado a preguntarse “en realidad, ¿quién soy?”<sup>145</sup> y es precisamente en este momento, que surge la conciencia de sí, el que le devuelve a sus ojos la respuesta de que es un ser humano “con todos los atributos de humanidad;”<sup>146</sup> y, sin embargo, es el ser a quien tales atributos le son negados.

Esta toma de conciencia del ser, reconociéndose a sí mismo como ser humano, que al mismo tiempo se ve despojado de humanidad, o a “quien se le exige que pierda la médula de su alteridad,”<sup>147</sup> es un proceso interno de dolor del ser, al reconocerse colonizado; pero es precisamente a partir “del desfallecimiento y el sufrimiento,”<sup>148</sup> que el ser es compelido, como

---

<sup>142</sup> Luis Macas, en Catherine Walsh “Democracia, Interculturalidad y ciudadanía: reflexiones críticas,” en *Una experiencia de participación para la decisión, Diez años del sistema distrital de cultura*, Bogotá, Alcaldía Mayor de Bogotá, Instituto Distrital Cultura y Turismo, 2005, p. 20.

<sup>143</sup> Catherine Walsh, “Democracia ...”, op.cit. p. 22.

<sup>144</sup> Judith Salgado, tutoría, diciembre de 2010.

<sup>145</sup> Franz Fanon, en Walsh, “(Re) pensamiento crítico y (de) colonialidad,” en *Pensamiento crítico y matriz (de) colonial, reflexiones latinoamericanas*, Quito, UASB-Abya Yala, 2005, p. 22.

<sup>146</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>147</sup> Slavoj Zizek, “A propósito de Lenin. Política y subjetividad en el capitalismo tardío,” en Díaz-Polanco *Elogio de la Diversidad, globalización, multiculturalismo y etnofagia*, México, Siglo XXI Editores, 2006, p. 182.

<sup>148</sup> Abdelkebir Khatibi, en Walsh, “(Re) pensamiento...”, op.cit., p. 22.

dice Khatibi, a través de un “pensamiento otro,”<sup>149</sup> a un lugar otro, que le permite dar pasos hacia la liberación, hacia la descolonización del ser.

Al respecto, Walter Mignolo señala:

De modo que el *habitar* la frontera, el sentir a distinta escala la herida colonial, esto es, la humillación de ser inferior, lleva a la negación que afirma, como teoriza Kusch. La negación que niega y cierra el espejismo de la totalidad imperial, revela un mundo-otro que se convierte en la morada de un ser que es donde piensa [...] y ello lleva a otra opción de pensamiento y de acción que es la opción de-colonial.<sup>150</sup>

Por ello, un requisito indispensable para la participación es que los seres humanos hayan tomado conciencia de su ser colonizado y hayan llevado adelante una “estrategia otra,”<sup>151</sup> creado un pensamiento otro, para descolonizar su ser, y a partir de ahí, resignificar la participación.

Como señala Catherine Walsh:

La decolonialidad encuentra su razón en los esfuerzos de confrontar desde “lo propio” y desde lógicas-otras y pensamientos-otros a la deshumanización, el racismo y la racialización [...] por eso su meta no es la incorporación o superación (tampoco simplemente la resistencia), sino la reconstrucción radical de seres, del poder y saber, [...] la creación de condiciones radicalmente diferentes de existencia, conocimiento y del poder que podrían contribuir a la fabricación de sociedades distintas.<sup>152</sup>

El proceso de toma de conciencia de sí como ser colonizado que mueve a la creación del pensamiento otro para descolonizar-se, lo identifico con la teoría contrahegemónica de la democracia, descrita por Boaventura de Sousa Santos, que se da en las experiencias de democracia participativa, por la cual “los actores [ponen] a discusión una identidad que les fue atribuida externamente por un Estado colonial o por un Estado autoritario y discriminador. Reivindicar derechos [...] implica cuestionar una gramática social y estatal de exclusión y proponer como alternativa, otra más inclusiva”.<sup>153</sup>

El proceso de decolonialidad del ser es indispensable hacerlo desde “el proyecto de la interculturalidad [que] no desconoce la problemática del poder sino la enfrenta, [a fin de] construir nuevas condiciones sociales del poder, saber y ser, a partir de la diferencia,”<sup>154</sup> [...] “pensando en la justicia social.”<sup>155</sup>

El proceso de participación se complementa luego de la construcción de sujeto, cuando se pasa al proceso de construcción de una relación otra con el otro. Siguiendo a Castro-Gómez:

La relación sujeto-objeto, pensada de una manera dialéctica y contradictoria; es decir, marcada por la mirada del sujeto cognoscente, por sus intereses y perspectivas de clase, que hacen del

---

<sup>149</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>150</sup> Walter Mignolo, entrevista realizada por Nelson Maldonado, en [www.ucentral.edu.co/NOMADAS/nunme-ante/26-30/26.htm](http://www.ucentral.edu.co/NOMADAS/nunme-ante/26-30/26.htm), revisado 31 de enero de 2010.

<sup>151</sup> Abdelkebir Khatibi, en Walsh, “(Re) pensamiento...” op. cit., p. 22.

<sup>152</sup> Catherine Walsh, “(Re) pensamiento...” op. cit., p. 24.

<sup>153</sup> Boaventura de Sousa Santos, *Democratizar la democracia, los caminos de la democracia participativa*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2004, pp. 51, 52.

<sup>154</sup> Catherine Walsh, “Democracia ...”, op.cit., p. 30.

<sup>155</sup> Julio César Tavares, en Walsh, “Democracia ...”, op. cit., p. 30.

acto de conocer al otro un acto lleno de contradicciones, ya que tanto el sujeto como el objeto se modifican y afectan con la sola presencia del otro, hay una mutua interafectabilidad.<sup>156</sup>

Mientras el sujeto no realice el proceso de descolonización de su ser y supere las contradicciones internas, no podrá mirar al otro sino como objeto y no podrá establecer relaciones humanas.

Será únicamente cuando, descolonizado el ser mismo, y una vez que se sitúe en su espacio y tiempo, en su lugar de enunciación, lugar “que determina la manera en que vivimos y concebimos las relaciones de dominación”<sup>157</sup> y que resuelva sus contradicciones internas, cuando pueda ver al otro como sujeto, que podrá iniciarse relaciones distintas, lejos de los intereses de clase, de las contradicciones, de los prejuicios, reconociendo al otro como un ser humano, como un sujeto y no como un objeto.

Entonces, la relación de mutua interafectabilidad será entre sujetos que se reconocen seres humanos con dignidad y derechos. La participación de seres humanos descolonizados, situados, permitirá demandar no solo “el reconocimiento sino la redistribución, denunciado la desigualdad.”<sup>158</sup>

Realizados estos procesos de decolonialidad del ser y de construcción de una relación otra con el otro, se puede pensar en la organización social y en la articulación entre organizaciones y movimientos sociales que parta del reconocimiento y respeto del otro. En esas condiciones, puede reconocerse lo que Boaventura de Sousa denomina el potencial contra hegemónico de los movimientos sociales, que reside precisamente en esta capacidad de articulación con otros movimientos<sup>159</sup>.

## **2. Democracia participativa.**

Una vez que, a través de la puesta en marcha de procesos de decolonialidad del ser, de constitución de sujetos de derechos y actores sociales, que posibilitan el establecimiento de relaciones distintas entre seres humanos, para propender a la organización y articulación sociales, contamos con condiciones subjetivas para la democracia participativa. Son condiciones que pasan por la responsabilidad subjetiva, pero que también demandan del Estado el respeto y

---

<sup>156</sup> Santiago Castro-Gómez, en Fernando Garcés, “De la interculturalidad como armónica relación de diversos a una interculturalidad politizada,” en Jorge Viaña, *Interculturalidad crítica y descolonización, fundamentos para el debate*, Convenio Andrés Bello, Instituto Nacional de Integración, La Paz, 2009, p. 26.

<sup>157</sup> Chandra Mohanty, en Rosalva Hernández, “Feminismos Decoloniales: reflexiones desde el sur del Río Bravo,” en Liliana Suárez y otra, *Descolonizando el feminismo. Teorías y prácticas desde los márgenes*, Madrid, Ediciones Cátedra, 2008, p. 79.

<sup>158</sup> Héctor Díaz-Polanco, *Elogio de la Diversidad, globalización, multiculturalismo y etnofagia*, México, Siglo XXI Editores, 2006, p. 174.

<sup>159</sup> Boaventura de Sousa Santos, *Refundación del Estado en América Latina, perspectivas desde una epistemología del Sur*, Quito, Abya Yala, 2010, p. 68.

garantía de la vigencia de los derechos fundamentales, particularmente de los derechos económicos, sociales y culturales, que vienen a ser las condiciones objetivas de la participación

Boaventura de Sousa establece, como clave de la democracia participativa, el hecho de la participación directa de los ciudadanos en la adopción de las decisiones políticas<sup>160</sup>; ampliando el concepto de de Sousa, la clave es la participación directa del pueblo, buscando lo que más siente y valora como justicia. La pregunta que surge es si, efectivamente, la participación democrática logra dar al pueblo “la capacidad real de decidir sobre los asuntos públicos.”<sup>161</sup>

Si la finalidad de la participación democrática es la consecución de la justicia, entendida como lo más sentido y valorado por el pueblo como justicia; y si, en teoría, en la ley se plasma la voluntad popular y el pueblo no puede decidir en contra de sí mismo,<sup>162</sup> se entendería entonces; que, de respetarse la voluntad del pueblo, todas las leyes son justas y salvaguardan los derechos humanos y los principios constitucionales.

Bajo estas premisas, el modelo de democracia participativa se vería como un camino para la consecución de la justicia en la elaboración de las leyes.

La capacidad real de decisión es aquella que permite, finalmente, que se respete la voluntad del pueblo, no solo como una formalidad procedimental, sino como una realidad que se materialice en que la participación pueda conllevar la adopción de decisiones respecto del contenido material de las leyes, de modo que sean justas.

Esto implica que los participantes del procedimiento legislativo tengan acceso a la formación e información suficientes para poder argumentar razonadamente respecto de sus valoraciones de justicia en el tratamiento de una ley; y que el legislativo, correlativamente, cumpla la obligación de escuchar, no solo aquellos argumentos especializados y técnicos, sino también aquellas expresiones de la voluntad popular manifestadas a través de un lenguaje menos elaborado,<sup>163</sup> que tiene que ver con los sentires y pareceres de las personas. Lo contrario sería negar la participación del pueblo en la elaboración de la ley. Sin desconocer que en dicha elaboración no se puede dejar de lado “las consideraciones de técnica legislativa que deben ser conciliadas respecto de los planteamientos de los ciudadanos”.<sup>164</sup>

---

<sup>160</sup> Boaventura de Sousa Santos, *Democracia y participación, el ejemplo del presupuesto participativo*, España, Ediciones El Viejo Topo, 2003, p. 8.

<sup>161</sup> Heinz Steffan, *Bases de la democracia participativa*, Editorial 21, Buenos Aires, 2001, p. 136.

<sup>162</sup> “A este respecto no es posible otra voluntad que la de todo el pueblo (pues todos deciden sobre todos, y, por tanto, cada uno sobre sí mismo): pues sólo a sí mismo no puede nadie hacerse injusticia”. I. Kant, en Jürgen Habermas, *Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Editorial Trotta, 1998, p. 159.

<sup>163</sup> Ricardo Sanín señala acertadamente que “la lucha por la política es la lucha por la enunciación del lenguaje” Ricardo Sanín, *Teoría crítica constitucional, rescatando la democracia del liberalismo*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Grupo Editorial Ibáñez, 2009, p. 135.

<sup>164</sup> Agustín Grijalva, tutoría de tesis, 18 de octubre de 2010.

El procedimiento legislativo se legitima cuando las condiciones subjetivas y objetivas de participación social descritas se cumplen de manera permanente en todo el trámite de formación de la ley.

En ese sentido, la democracia participativa supone un avance cualitativo respecto de la democracia representativa, ya que “la participación de los interesados aporta el conocimiento directo de los problemas, más información, más formación y más control, lo que permitirá mejores decisiones”<sup>165</sup>.

La capacidad de decisión en materia legislativa es una manifestación de un nivel de ejercicio de poder, desde el pueblo, una forma de acceder al poder, o de “incidir en el poder institucional”<sup>166</sup>, cuyo ciclo se cumplirá si, y solo si, este poder institucional respeta y garantiza las condiciones subjetivas y objetivas de participación del pueblo, que está orientado a la consecución de lo que concibe como justicia; y, por lo tanto, el poder acogerá las propuestas, planteamientos y aportes que el pueblo realice.

Precisamente porque este modelo de democracia es el más acorde con el ejercicio del poder por parte del pueblo en la determinación del contenido material de la ley y por estar orientado a la búsqueda de la justicia, enfrenta múltiples amenazas y limitaciones, tales como “el boicot de que es objeto desde el poder hegemónico a fin de desmovilizar a la sociedad, bien sea a través del combate directo o por medio de mecanismos de descaracterización por vía de cooptación o de integración.”<sup>167</sup>

Los mecanismos de combate directo al modelo de democracia participativa son la criminalización y persecución a los líderes y miembros de la organización social, dedicados a la defensa de derechos humanos. Los medios de combate indirecto constituyen la “aparición de élites ocultas, vanguardias, grupos poderosos de interés, líderes o intermediarios de la opinión y mediaciones, [...] no controlables”.<sup>168</sup>

El desafío es mantener la capacidad de construir procesos de decolonialidad del ser, de organización y de participación social, a pesar de; y, sobre todo, en medio de condiciones adversas.

### **3. Democracia deliberativa.**

La democracia deliberativa se relaciona con la democracia participativa, ya que se da cuando los grupos sociales se reúnen para ejercer su derecho a la participación en la adopción de decisiones, mediante el diálogo, el debate y la deliberación, en la que cada participante presenta

---

<sup>165</sup> Ramón Maíz, *¿Más allá de la democracia representativa?* Madrid, II Jornadas de Sociología Política, USC, borrador de discusión, 2003, p. 10.

<sup>166</sup> María Teresa Uribe, “Las promesas incumplidas de la democracia participativa”, en *Diez años de la Constitución colombiana*, Bogotá, ILSA, 2001, 151

<sup>167</sup> Boaventura de Sousa Santos, *Democratizar...* op.cit., p. 54.

<sup>168</sup> Ramón Maíz, *¿Más allá ...?*, op.cit., p. 11.

sus argumentos, se da un proceso de reflexión colectiva sobre éstos y se va identificando aquellos que son más razonables y se enmarcan en la consecución de la justicia, para llegar a una decisión. En este diálogo y deliberación debe primar el respeto y la atenta escucha a las opiniones y argumentos de todas las partes involucradas.

En el proceso de deliberación, los participantes están conscientes de que pueden o deberán tener una actitud flexible, a fin de poder modificar sus opiniones y puntos de vista, en la medida en que las opiniones, justificaciones y argumentos de los otros participantes puedan ser más razonables y permitan llegar a adoptar la mejor decisión que tenga por finalidad la consecución de la justicia.

El modelo de la democracia deliberativa, como he explicitado, de respetarse las condiciones objetivas y subjetivas para una deliberación en igualdad, al crear el espacio participativo y deliberativo para exponer las distintas posiciones y realizar conjuntamente el juicio de justicia del proyecto de ley, puede lograr lo que Iris Young denomina “la conexión democracia y justicia”, para lograr “el cambio de las condiciones de injusticia y promover la justicia”<sup>169</sup>.

Young considera que “la estructura y normas de la democracia deliberativa ideales [...] proveen las condiciones epistémicas para el conocimiento colectivo de aquellas propuestas que más probablemente en realidad van a promover resultados que sean sabios y justos”<sup>170</sup>. Esta es la aspiración, la esperanza de justicia irrenunciable, como señala Zagrebelsky<sup>171</sup>.

Como se ha establecido que la finalidad de la participación social en el procedimiento legislativo es la consecución de la justicia, analizo el tratamiento que de este tema ha realizado Jürgen Habermas, en su teoría de la democracia como deliberación.

A pesar de establecer que “el derecho solo mantiene fuerza legitimante mientras pueda actuar como fuente de justicia”<sup>172</sup>, y, que: “la justicia legitima el derecho mismo”<sup>173</sup>; el filósofo alemán, contradictoriamente, establece que “el principio democrático [...] no debe quedar subordinado al principio moral”<sup>174</sup>, y se decanta por una legitimación procedimentalista de la producción de normas, señalando que “la fuente de toda legitimidad radica en el proceso democrático de producción del derecho; y ese proceso apela a su vez al principio de soberanía popular”.<sup>175</sup>

Habermas “entrelaza el principio del discurso con la forma jurídica”<sup>176</sup> y lo aparta de la moral; es decir, lo aparta del valor de la justicia; y, pese a reconocer que el elemento teleológico

---

<sup>169</sup> Iris Young, *Inclusion and democracy*, New York, Oxford University Press, 2000, p. 17.

<sup>170</sup> Iris Young, *Inclusion ...*, op. cit., p. 30.

<sup>171</sup> Gustavo Zagrebelsky, *La exigencia ...*, op. cit., p. 67.

<sup>172</sup> Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, Madrid, Editorial Trotta, S. A., 1998, p. 212.

<sup>173</sup> Jürgen Habermas, *Facticidad ...* op. cit., p. 214.

<sup>174</sup> *Ibidem*, p. 149.

<sup>175</sup> *Ibidem*, pp. 154, 155.

<sup>176</sup> *Ibidem*, p. 187.



“no solo se impone en el contenido de las leyes, sino también en las contingencias del proceso de producción legislativa”; concluye, finalmente, que la fundamentación de normas jurídicas sirve a un *convenio* racionalmente motivado.<sup>177</sup>

Agustín Grijalva también evidencia que “la justicia, en la teoría habermasiana, ha quedado reducida a algo muy cercano a una mera condición formal del proceso deliberativo”,<sup>178</sup> así se puede evidenciar de la siguiente cita: “lo que asegura la justicia de la ley es su génesis democrática y no principios jurídicos *a priori* a los que la ley hubiera de corresponder y acomodarse”<sup>179</sup>: “la justicia de la ley viene garantizada por el peculiar procedimiento de su producción”<sup>180</sup>.

Otro déficit de la teoría habermasiana es que, a pesar de reconocer los que establece como principios co-origenarios de la democracia: el de soberanía popular por el cual todo poder del Estado procede del pueblo, y el de derechos humanos: que son *gobernados por la ley* y no por los hombres<sup>181</sup>, establece la imposibilidad de que todos los ciudadanos puedan unirse en la práctica deliberativa para la formación de las leyes y ubica la salida del *principio parlamentario* de la representación política.<sup>182</sup> Es decir, convalida el vaciamiento del contenido sustancial de la democracia.

Al respecto, Pérez Luño señala que precisamente el valor de la soberanía popular como criterio de legitimación democrática del poder, estriba en que el consenso racional solo puede conseguirse donde se dé una forma de vida caracterizada por los valores de verdad, libertad y justicia; y, donde, en suma, se haya producido una completa emancipación humana.<sup>183</sup>

Habermas establece la conexión interna entre los dos principios co-origenarios, señalando que los derechos humanos establecen [...] las condiciones bajo las que las diversas formas de comunicación necesarias para la elaboración de la ley [...] pueden institucionalizarse legalmente [...] [y que] estas condiciones son posibilitadoras del ejercicio de la soberanía popular.<sup>184</sup> Al respecto, Grijalva señala que esta concepción habermasiana reduce a los derechos humanos a meros instrumentos de la deliberación, negándoles su carácter sustancial.<sup>185</sup>

---

<sup>177</sup> *Ibidem*, p. 224.

<sup>178</sup> Agustín Grijalva, *Human Rights and deliberative democracy in Habermas's "Between Facts and Norms"*, Final Paper, Political Science, p. 4.

<sup>179</sup> Jürgen Habermas, *Facticidad ... op.cit.*, p. 358.

<sup>180</sup> Ingeborg Maus, en Jürgen Habermas, *Facticidad ... op.cit.*, p. 358.

<sup>181</sup> Jürgen Habermas, “Democracia deliberativa. Derechos humanos y soberanía popular. Las versiones liberal y republicana”, en Rafael del Águila, *La democracia en sus textos*, Madrid, Alianza Editorial, 1998, p. 267.

<sup>182</sup> Jürgen Habermas, *Facticidad... op. cit.*, p. 239.

<sup>183</sup> Habermas, en Antonio Pérez Luño, *Derechos Humanos, estado de derecho y constitución*, Madrid, Editorial Tecnos, p. 201.

<sup>184</sup> Jürgen Habermas, “Democracia... op. cit.”, p. 279.

<sup>185</sup> Agustín Grijalva, *Human Rights and deliberative democracy in Habermas's "Between facts and norms"*, Final Paper Political Science, 2010.

Establecidas estas limitaciones en la teoría habermasiana, planteo elementos de la misma que aún pueden ser útiles para el tema de la participación social en el procedimiento legislativo.

Un aporte es el “*principio de discurso*: válidas son aquellas normas (y solo aquellas normas) a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales”<sup>186</sup>. Habermas entiende por “discurso racional”:

*toda tentativa de entendimiento acerca de pretensiones de validez que se hayan vuelto problemáticas en la medida en que esa tentativa tenga lugar bajo condiciones de comunicación que dentro de un ámbito público constituido y estructurado por deberes ilocucionarios posibiliten el libre procesamiento de temas y contribuciones, de informaciones y razones.*<sup>187</sup>

Considero que esta idea, así como la de que “las leyes únicamente se consideran legítimas si sus *destinatarios* pueden verse a sí mismos conjuntamente como sus *autores*”<sup>188</sup>, son claves para la consecución del procedimiento legislativo realmente participativo y deliberativo; así, se asigna validez solo a las normas en cuya producción se ha respetado el derecho de todas las personas que pudieran verse afectadas de expresar con libertad sus argumentos sobre el grado y forma de afectación que sufrirían.

Con base en esta idea, propongo que el procedimiento legislativo legítimo es aquel en el cual se cuenta con el asentimiento; o, mejor aún, con el consentimiento de los afectados, que solo puede darse cuando el texto definitivo de las normas está en conformidad con los valores, principios y derechos constitucionales.

Pese a establecer como condición para la validez de las normas el que se de el asentimiento de los afectados, Habermas restringe la aplicación del principio democrático, al señalar que éste “tiene el sentido *cognitivo* de filtrar de tal suerte contribuciones y temas, razones e informaciones, que los resultados alcanzados tengan a su favor la presunción de aceptabilidad racional”<sup>189</sup>; con ello, está restringiendo la participación de todas las personas, al establecerse este *filtro cognitivo*; por el cual, a criterio de Habermas, solo los argumentos racionales serían aceptables, descartando otros aportes como las manifestaciones de experiencias o saberes no técnicos.

La evaluación de la calidad de la discusión y de la argumentación democráticas<sup>190</sup>, debe matizarse, estableciendo que la calidad no puede referirse a aspectos de argumentación especializada o técnica, sino que serán considerados de más alta calidad los argumentos que propendan a salvaguardar los valores y principios constitucionales.

---

<sup>186</sup> Jürgen Habermas, *Facticidad ...* op. cit., p. 172.

<sup>187</sup> *Ibidem*, pp. 172, 173.

<sup>188</sup> *Ibidem*, p. 277.

<sup>189</sup> *Ibidem*, p. 218.

<sup>190</sup> Oscar Mejía, “Tribunal...”, op. cit., p. 111.

Otro de los juristas que defiende el modelo de democracia deliberativa es Carlos Santiago Nino; de quien destaco el aporte que hace en torno a la asignación de valor a “la discusión colectiva y de la decisión mayoritaria para detectar soluciones moralmente correctas”.<sup>191</sup> Entonces, se puede afirmar que Nino tiene una concepción de democracia deliberativa basada en principios como el de la justicia, pese a que se adscribe a la regla de la mayoría.

Es relevante también su aporte respecto de las condiciones necesarias para la discusión colectiva:

Que todas las partes interesadas participen en la discusión y decisión; que participen de una base razonable de igualdad y sin ninguna coerción; que puedan expresar sus intereses y justificarlos con argumentos genuinos; que el grupo tenga una dimensión apropiada que maximice la probabilidad de un resultado correcto, que no haya ninguna minoría aislada, pero que la composición de las mayorías y minorías cambie con las diferentes materias; que los individuos no se encuentren sujetos a emociones extraordinarias.<sup>192</sup>

Además, en su teoría se encuentra el requisito de que “todo participante justifique sus propuestas frente a los demás”,<sup>193</sup> lo que permite “detectar errores de hecho y errores lógicos.”<sup>194</sup>

Si bien Nino se refiere a las decisiones mayoritarias<sup>195</sup>, el ideal es que este proceso de diálogo informe la adopción de toda decisión política; en este caso, de todo proyecto de ley, el proceso de diálogo se realiza con la finalidad de lograr la consecución de la justicia, entendida como la vigencia de los derechos fundamentales; principalmente, como señala Roberto Gargarella, “de quienes pueden resultar afectados por esas decisiones.”<sup>196</sup>

Nino establece que la deliberación democrática provee el mejor principio para la armonización de intereses, mediante un proceso en el cual se van develando los intereses de los participantes, y se van realizando juicios sobre la manera de compatibilizar estos intereses con los de los demás.<sup>197</sup> Considero que si la finalidad última de la participación y la deliberación concuerda con lo que prescriben principios morales válidos, como la justicia, esta finalidad también permitirá que se vayan armonizando los intereses en la definición del contenido material de un proyecto de ley.

---

<sup>191</sup> Carlos Santiago Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa Editorial, 1997, p. 180.

<sup>192</sup> Carlos Santiago Nino, *La constitución ... op. cit.* p. 180.

<sup>193</sup> *Ibidem*, p. 171.

<sup>194</sup> *Ibidem*, p. 174.

<sup>195</sup> *Ibidem*, p. 180.

<sup>196</sup> Roberto Gargarella, “¿Judicialización de los derechos sociales?” en Marcelo Alegre y Roberto Gargarella, *El Derecho a la Igualdad, aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, LexisNexis Argentina S.A., 2007, p. 131.

<sup>197</sup> Rosenkrantz, Carlos, “La teoría epistémica de la democracia revisitada,” en Harold Hongju Ko y otro (compiladores), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Barcelona, Editorial Gedisa, 2004, p. 282.

Archon Fung también concibe una deliberación fundada en valores, al señalar que la deliberación es el “método político institucional deseable porque permite el logro de otros valores políticos, comúnmente acordados”,<sup>198</sup> entre los que reconoce a la justicia.

Fung también establece que los objetivos de la deliberación; esto es, lograr un acuerdo razonado eligiendo la propuesta que encaja mejor con el interés común, solo se da cuando existen condiciones políticas, sociales y económicas más igualitarias. En esa misma línea, Iris Young<sup>199</sup> establece que la teoría de la democracia deliberativa debe exponer críticamente las exclusiones y restricciones que se dan en los procesos de toma de decisiones.<sup>200</sup>

### 3.1. Condiciones para la democracia deliberativa

La realidad social, económica, cultural y política plantea limitaciones para implementar la democracia deliberativa, ya que no existen condiciones subjetivas, ya he explicado la situación de colonialidad del ser y el proceso de decolonialidad del ser y construcción de sujetos de derecho al que obliga; de otra parte, la ausencia de condiciones objetivas se evidencia en las graves limitaciones a la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales.

Las causas estructurales de la situación descrita tienen su origen en el modelo económico del capitalismo, basado en la propiedad privada de los medios de producción, que actualmente se encuentra en su fase de globalización, modelo que ha determinado la desigualdad económica y exacerba la pobreza y la pobreza extremas; a nivel social y cultural, la colonialidad del ser determina procesos de exclusión y discriminación de quienes no responden al modelo occidental del sujeto de derechos.<sup>201</sup>

Entonces la pregunta que se plantea es ¿cómo implementar la democracia deliberativa en el contexto del modelo económico capitalista que determina desigualdad y exclusión?

Considero que la propuesta de la democracia deliberativa debe partir del reconocimiento de esta desigualdad y de la exclusión y de la denuncia de su origen en el modelo económico capitalista, para empezar a trabajar por procesos de emancipación, de decolonialidad del ser y construcción de sujetos de derechos y de procesos de exigibilidad por el reconocimiento, respeto y garantía de los derechos; de lo contrario, la propuesta de deliberación se vacía de contenido al no considerar las reales condiciones en las que se ha desenvuelto nuestra sociedad y que

---

<sup>198</sup> Archon Fung, *Deliberation before the revolution, toward an Ethics of deliberative democracy in an unjust world*, Harvard University, Political Theory, Vol. 33, No. 2, 2005, p. 401.

<sup>199</sup> Young también adscribe a la idea de democracia deliberativa para la consecución de la justicia, al señalar: “la democracia deliberativa exhorta a los participantes a preocuparse no solo de sus intereses particulares sino a escuchar y considerar los intereses de los otros, en la medida en que éstos sean compatibles con la justicia”. Iris Marion Young, *Activist challenges to deliberative democracy*, JStor Political Theory Vol. 29, No. 5, 2001, p. 672., en <http://www.jstor.org>

<sup>200</sup> Iris Marion Young, *Activist...* op. cit. p. 688.

<sup>201</sup> Hombre, propietario, de raza blanca, joven, heterosexual.

inevitablemente van a repetirse en el escenario de la deliberación, pues como señala Pierre Bourdieu “la deliberación y la democracia participativa reproducen las jerarquías”.<sup>202</sup>

Estas inequidades estructurales, estas “diferencias de poder”<sup>203</sup> deben ser reconocidas y atendidas, mediante mecanismos que, en la deliberación, den garantías a quienes tienen menor poder de que podrán hacer oír su voz, de que serán escuchados y respetados y de que sus propuestas serán valoradas de la misma manera que la de los participantes con mayor poder, empezando desde el respeto al lenguaje utilizado,<sup>204</sup> de lo contrario, como señala Bohman, “las desigualdades estructurales operan efectivamente para bloquear la influencia política de algunos en tanto que magnifican la de otros”.<sup>205</sup>

Este reconocimiento de las relaciones de poder en la participación y deliberación conlleva una tarea para los grupos sociales, definida por Catherine Walsh de la siguiente manera:

El problema de la participación está en relación directa con el problema estructural del poder;<sup>206</sup> por ello, los grupos sociales diversos deben asumir que su participación involucra una lucha de poder y cuestionar que desde el poder se pretenda integrarlos a la economía política [...] y a la sociedad sin transformar esta economía ni esta sociedad.<sup>207</sup>

Esta tarea de transformar las estructuras es importante para evitar los procesos de cooptación de las personas y grupos sociales.

Es importante establecer las condiciones en las que se va a dar el diálogo, pues “la oferta de diálogo si no va acompañada de la voluntad para socavar los marcos de referencia dominantes acaba por no ser más que un ejercicio de poder.”<sup>208</sup>

De esta manera, se propicia que las voces de los silenciados, de los otros, de las otras culturas, de todas las culturas, puedan articularse y puedan ser oídas y escuchadas, y entendidas y apreciadas por los otros, por las otras culturas y por todas las culturas, permitirá que las concepciones de dignidad y de derechos de cada una, de cada uno, de cada cultura y de todas las culturas puedan ser conocidas, a fin de construir un concepto en el que todas aporten y del que todas se apropien, y con el cual se identifiquen y lo hagan suyo como fundamento para argumentar sobre los contenidos de los proyectos de ley.

---

<sup>202</sup> Pierre Bourdieu, en *Democracia en Profundidad*, s/c, Universidad Nacional de Colombia, 2003, p. 101.

<sup>203</sup> Archong Fung, “Experimentos en democracia deliberativa, una introducción”, en Andrés Hernández, *Republicanismo contemporáneo: igualdad, democracia deliberativa y ciudadanía*, Bogotá, Siglo del Hombre, CIDER, 2002, p. 424.

<sup>204</sup> “Los usos lingüísticos por parte de los hablantes son siempre expresiones de las relaciones de poder entre ellos”. Gianpaolo Baiocchi, “Participación, activismo y política: el experimento de Porto Alegre”, en *Democracia en Profundidad*, s/c, Universidad Nacional de Colombia, 2003, p. 101.

<sup>205</sup> James Bohman, en Iris Marion Young, *Activist ...*, op. cit., p. 686.

<sup>206</sup> Catherine Walsh, “Democracia ...,” op.cit., p. 27.

<sup>207</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>208</sup> Lawrence Venuti, en Antonio Sousa Ribeiro, *La traducción como metáfora de la contemporaneidad. Pos colonialismo, fronteras e identidades*, s/p., [http://www.eurozine.com/articles/article\\_2005-07-18-ribeiro-pt-html](http://www.eurozine.com/articles/article_2005-07-18-ribeiro-pt-html), visitado 30 de marzo de 2010.

La otra pregunta se plantea en relación a los sujetos que participan, es importante la concurrencia de la sociedad civil organizada; sin embargo, queda pendiente el reto de la participación de quienes no han sido integrados o no se han integrado a las organizaciones y movimientos. Siempre se ha discutido el alejamiento de “las bases” por parte de algunas organizaciones. Son interrogantes que deben ser planteadas y analizadas de manera crítica, si el modelo de democracia participativa y deliberativa quiere implementarse.

#### **4. Democracia radical y plural.**

Mucho se ha escrito sobre el fin último de la deliberación en democracia, llegar al consenso, a la solución unánime, desconociendo que el consenso es un objetivo casi irrealizable en “una sociedad heterogénea y con diferentes intereses”,<sup>209</sup> como la descrita, en donde las profundas desigualdades y la exclusión son su característica; y, por lo tanto, motivo de gran conflictividad.

Los autores que defienden este modelo de democracia, como Chantal Mouffe,<sup>210</sup> están en desacuerdo con que se pueda llegar a un consenso estable en democracia, como lo propugna la democracia liberal representativa.

Los aportes de esta versión de democracia son importantes para el tema de la participación en el procedimiento legislativo, por cuanto permiten reconocer la realidad de una sociedad desigual, inequitativa, excluyente, en la que la búsqueda del consenso es una tarea permanente, en la que se expresan relaciones de poder y jerarquías, lo que convierte a la deliberación en un espacio de disputa y controversia, y en donde los acuerdos a los que puede llegarse son siempre momentáneos, circunstanciales, inestables, precisamente porque la sociedad y sus conflictos están en permanente cambio.

A través de la historia, luego de los procesos de conflicto, de lucha social y de revolución, la sociedad ha ido establecido acuerdos mínimos sobre normas de convivencia social y derechos de las personas que se han plasmado en las constituciones. Los partidarios de la democracia radical evidencian que el hecho de arribar a un acuerdo es un momento breve de la historia, que queda plasmado en el texto constitucional,<sup>211</sup> pero que siempre puede ser modificado, transformado, así como la realidad social se modifica y se transforma para demandar la vigencia de derechos.

---

<sup>209</sup> Pablo Ospina, docente del Área de Gestión de la Universidad Andina Simón Bolívar, realizada por Silvana Sánchez, Quito, UASB, 7 de septiembre de 2010.

<sup>210</sup> Seyla Benhabib, “The democratic moment and the problem of difference”, en Seyla Benhabib, editora, *Democracy and difference, contesting the boundaries of the political*, New Jersey, Princeton University Press, 1996, p. 7.

<sup>211</sup> Para Sheldon Wolin, “la Constitución es el antídoto contra las revoluciones democráticas, la institucionalización marca la atenuación de la democracia, entonces la democracia se vuelve un momento antes que una forma, un momento que vuelve en tiempos de revolución, por eso la constitución está diseñada para poner barreras al poder democrático”. Sheldon Wolin “Fugitive democracy” en Seyla Benhabib, editora, *Democracy ... op. cit.*, p. 41.

En ese sentido, Chantal Mouffe plantea un modelo de democracia radical y plural, modelo para el cual, la idea del consenso racional universal, propuesto por la democracia liberal representativa, es la amenaza real, ya que borra las relaciones de poder y admite una ilusión de pluralismo sin antagonismo.<sup>212</sup>

Considero que, efectivamente, el consenso racional universal propuesto por la democracia liberal representativa vacía de contenido lo político de las relaciones de poder, y despoja al pueblo de su condición de creador de voluntad soberana originaria; la noción del consenso es una amenaza porque pretende congelar el consenso al que se arriba, después de dictarse una constitución o después de las elecciones, haciendo infranqueable para el pueblo y sus demandas legítimas toda transformación de un consenso que ya no los representa más.

De otra parte, si bien el objetivo de la participación en el procedimiento legislativo es la búsqueda de una legislación justa, estoy de acuerdo con Mouffe en que “no pueda haber una solución racional definitiva a la pregunta de la justicia en una sociedad democrática”,<sup>213</sup> esta solución siempre será momentánea, porque la realidad y las necesidades e intereses de las personas y los grupos siempre cambian y lo que fue justo en un momento dado o para un grupo determinado, puede dejar de serlo.

La medida de la justicia es que se logre la vigencia de los derechos fundamentales, pero es posible que el contenido mínimo de estos derechos deba ser redefinido para mejorarlo, y entonces dicho contenido mínimo ya no expresa la justicia, y por lo tanto es necesario volver a buscarla, porque el conflicto político es permanente y así hay que reconocerlo, porque en nuestra sociedad capitalista, colonial, patriarcal hay diferentes fuerzas y diferentes poderes, unas que excluyen, discriminan y explotan a otras.

En cada consenso legítimo que se establece, al plasmarse en una constitución o ley, se realiza la democracia: la expresión del poder del pueblo en defensa de sí mismo, de sus derechos. Considero que esto tiene su explicación en el ejercicio de la soberanía popular; que, en ejercicio del poder soberano y originario del pueblo, siempre puede cambiar los consensos, por considerar que ya no representan más su voluntad por haber dejado de responder al bien, a la justicia, a los valores y principios que llevaron a ese acuerdo momentáneo.

Siendo el valor de la justicia un valor superior sobre el que existe un consenso social, suficientemente amplio, pero que siempre está sujeto a transformaciones, de acuerdo a la evolución del pensamiento y el sentir sociales, puede posibilitar una “convergencia general”<sup>214</sup> en la definición del contenido material de la ley más apegada a la justicia.

Grijalva señala que sólo procesos democráticos de decisión pueden legitimar políticamente los derechos humanos que surgirían de la deliberación y el consenso de los

---

<sup>212</sup> Chantal Mouffe, “Democracy, power and the political”, en Seyla Benhabib, editor, *Democracy ... op. cit.*, p. 247.

<sup>213</sup> Chantal Mouffe, “Democracy ...”, *op. cit.*, p. 253.

<sup>214</sup> *Ibidem*, p. 40.

afectados e interesados,<sup>215</sup> parafraseando a Grijalva, solo procesos democráticos de decisión pueden legitimar políticamente los proyectos de ley y las leyes por ser el resultado de esa convergencia general momentánea.

## **5. Democracia intercultural.**

Boaventura de Sousa Santos plasma su propuesta de una democracia intercultural para la refundación del Estado, entendida como coexistencia de diferentes formas de deliberación democrática, diferentes criterios de representación democrática, reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos, reconocimiento de nuevos derechos fundamentales y una educación orientada hacia formas de sociabilidad y de subjetividad asentadas en la reciprocidad cultural<sup>216</sup> y para ella establece, como presupuestos, una educación pública adecuada que legitime y valore el debate; forme a los participantes en el debate; prepare a la clase política para que pueda perder el control del debate.<sup>217</sup>

Es importante considerar que la noción de democracia intercultural, así como el diálogo intercultural, y el proyecto político de la interculturalidad son procesos en construcción, en continuo progreso, no acabados; precisamente, por estar inmersos en el contexto del sistema económico capitalista y del patrón global de poder, que determinan que las condiciones de diálogo entre iguales no se cumplan en la realidad y por lo tanto requieren poner en escena las lógicas distintas de la democracia comunitaria y de la democracia occidental; a fin de, con los elementos distintos de la democracia comunitaria, poder cuestionar las nociones occidentales dominantes.<sup>218</sup>

Precisamente para profundizar en el acercamiento a la democracia intercultural, en el siguiente capítulo, presento el estudio de caso de la comunidad indígena de La Toglla, a fin de aprender de los principios y procedimientos distintos por los que se organizan y participan en la toma de decisiones.

---

<sup>215</sup> Grijalva, Agustín, “Derechos Humanos y democracia: complementariedades y tensiones”, en PADH, *Derechos Humanos, democracia y emancipación*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Ediciones Abya Yala, 2009, p. 17.

<sup>216</sup> Boaventura de Sousa Santos, *Refundación del Estado, perspectivas desde una epistemología del Sur*, Quito, Abya Yala, 2010, pp. 149, 150.

<sup>217</sup> Boaventura de Sousa Santos, *Refundación ...*, op. cit., p. 167.

<sup>218</sup> Catherine Walsh, tutoría, diciembre de 2010.



### Capítulo III

#### Democracia en la comunidad indígena La Toglla.

Con la finalidad de profundizar en el conocimiento de los elementos de la democracia practicada en la comunidad originaria, presento el estudio de caso de la comunidad indígena La Toglla.

Considerando que el Estado debe propiciar el reconocimiento, no meramente formal, de que la construcción del Derecho debe responder al ambiente o ambientes culturales en el que se encuentra, para ello propongo que el Estado respete y garantice el principio constitucional de interculturalidad,<sup>219</sup> y propicie la apertura al diálogo intercultural con otra forma de democracia que se practica legítimamente en las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador, la democracia comunitaria.<sup>220</sup>

Esta forma de democracia debe respetarse, considerando además los valores reconocidos en la Constitución en su Preámbulo: “apelar a la sabiduría de todas las culturas que nos enriquecen como sociedad” y el “reconocimiento de nuestras raíces milenarias, forjadas por mujeres y hombres de distintos pueblos”.

Conocer, reconocer y aprender de la realidad de los mecanismos de participación comunitaria, de democracia comunitaria, que opera bajo lógicas distintas<sup>221</sup> a la democracia occidental, nos dará aportes para mejorar el modelo de democracia vigente en el país, a fin de lograr la participación de todos los sectores, garantizando y concretando el principio de interculturalidad en el procedimiento legislativo. Tomando así con seriedad “las propuestas y el pensar de los movimientos, los pueblos y las comunidades ancestrales, buscando que ellas ayuden a la construcción de una nueva articulación y convergencia de sociedad y Estado para todos.”<sup>222</sup>

#### 1. Antecedentes histórico-políticos del señorío norandino.

Como antecedente para el estudio de caso, es necesario ubicar históricamente a los pueblos norandinos, que antes de la invasión Inca, construyeron señoríos étnicos como unidades sociopolíticas en las que la sociedad controlaba al poder, [éste] no estaba separado ni por encima de la sociedad, y primaba el principio de la reciprocidad.<sup>223</sup>

Al respecto, Rosemarie Terán señala:

---

<sup>219</sup> Constitución de la República del Ecuador de 2008, Art. 1.

<sup>220</sup> Constitución de la República del Ecuador de 2008, Art. 95.

<sup>221</sup> Catherine Walsh, tutoría, diciembre de 2010.

<sup>222</sup> Catherine Walsh, “Interculturalidad, plurinacionalidad y razón decolonial: refundares político-epistémicos en marcha,” en Albagli, Sarita, y otras, (edits). *Conocimiento, capital y desarrollo: dialécticas contemporáneas*, Buenos Aires, Editora La Crujía, 2010, p. 11.

<sup>223</sup> Galo Ramón, *El poder ...*, op. cit., p. 43.

en la comunidad norandina no se necesitaba constituir un poder político ya que los cacicazgos tienen un modelo democrático, en el sentido de que el gobernante no se separa de la comunidad y ésta domina en los aspectos políticos porque las familias tienen acceso [...] para su subsistencia económica y entonces tienen un rol y tienen poder. Las familias eran autosustentables por tener acceso a la diversidad de alimentos que les proporcionaba el vivir en un territorio rico en diferentes nichos ecológicos y por la relación cercana con el Oriente y la Costa, eso les permitió mantener pautas culturales, productivas y organizativas.<sup>224</sup>

La condición de auto sustentabilidad les permitió, a estos pueblos, construir un modelo de organización social y política distinto, en donde se originó un modelo de adopción de decisiones, de democracia, también distinto, que pasaba por el diálogo y la deliberación conjunta, sin creación de, ni sometimiento a, un poder superior a la comunidad.

La importancia de este modelo es que permite construir la política y las normas de convivencia de una manera distinta, haciendo de la política comunitaria “una obra colectiva [...] cuya matriz [...] [son] las redes de solidaridad que se habilitan desde la auto-organización y la autogestión”.<sup>225</sup>

Según el historiador Galo Ramón, esta situación de los señoríos norandinos permaneció hasta la invasión Inca; ya durante ésta, la relación entre la sociedad y el Estado incaico fue mediada por el señorío y se permitió la conservación de las organizaciones tradicionales. “El incario utilizó “cambios culturales e ideológicos muy tolerantes [...] sobre la base de la matriz andina de reciprocidad asimétrica, como esquema estatal aceptado por las partes.”<sup>226</sup>

Durante la colonia española, Ramón establece que se mantuvieron:

formas propias de organización interna [...] [a través de] redes sociales que funcionaban en el espacio de cada señorío, que aunque muy debilitado en la estructura cacical, en sus instituciones de redistribución, de control del espacio, conservaba fuertes lazos de parentesco, de relaciones interfamiliares, de unidades culturales. La Sierra Norte funcionó como una zona étnica.<sup>227</sup>

En el proceso de Independencia, Ramón establece una diferenciación entre los indígenas que pasaron a formar parte de las haciendas y los indígenas de las comunidades que lograron mantener su independencia para quienes se mantuvo vigente la noción del señorío.<sup>228</sup>

Con estos antecedentes, me aproximo a los principios ancestrales que fundamentan el diálogo y la toma de decisiones en la comunidad indígena, sin asumir una posición esencialista, de plantear que tales comunidades fueron y son ideales y sin relaciones de poder en su interior, sobre todo la relaciones de subordinación de mujeres y de niñas y niños; ni tampoco que sean estáticas, aisladas, y sin cambios, tal comunidad no existe. “No se trata de un regreso del

---

<sup>224</sup> Rosemarie Terán, docente del Área de Historia de la Universidad Andina Simón Bolívar, entrevista realizada por Silvana Sánchez, Quito, UASB, el 7 de octubre de 2010.

<sup>225</sup> Ricardo Sanín Restrepo, *Teoría crítica constitucional, rescatando la democracia del liberalismo*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibáñez, 2009, pp. 99, 100.

<sup>226</sup> Galo Ramón, *El poder ...* op. cit., p. 117.

<sup>227</sup> *Ibidem*, p. 428.

<sup>228</sup> Heraclio Bonilla, “Estructura y articulación política de las comunidades indígenas de los Andes centrales con sus estados nacionales” en Guido Barona y otro, editores, *Memorias primer seminario internacional de etnohistoria del norte de Ecuador y sur de Colombia*, Cali, Universidad del Valle, 1995, p. 310

pasado, es lo más nuevo que hay, hay un reaprendizaje de todo, no se trata de restauración”,<sup>229</sup> y en esa línea, lo que intento es reconocer la existencia de esa comunidad originaria, ancestral y de sus principios y valores para aprender o re aprender de ella, no para restaurarla, sino para crear otra comunidad, de todos.

## 2. Comunidad La Toglla.

La comunidad<sup>230</sup> territorial ancestral autónoma La Toglla,<sup>231</sup> de nacionalidad Kichwa, que pertenece al pueblo Kitu-Kara,<sup>232</sup> en la jurisdicción de la parroquia de Guangopolo, cantón Quito, provincia de Pichincha, es una comunidad de raíces ancestrales, que durante más de 513 años viene en posesión de sus tierras.

La comunidad tiene una población de aproximadamente 2.000 habitantes en 551 hectáreas de tierra y es un territorio<sup>233</sup> con recursos ya que dispone de minerales y aguas termales.

En la comunidad La Toglla entrevisté a Rosa Cabrera, mujer líder indígena, defensora de los derechos colectivos de su comunidad, y por lo tanto fuente autorizada y legítima. Rosa Cabrera ha sido víctima de violaciones a sus derechos, a la integridad física, y a su libertad y seguridad personales por sus actividades como defensora de derechos.

Rosa Cabrera afirma que la comunidad no fue invadida por los Incas, señala: “la historia que cuentan los mayores de la comunidad dice que el San Pedro era un río grande, que solo se podía cruzar por una tarabita construida por los sabios, por lo que la comunidad nunca fue invadida por los Incas, ya que los sabios de la comunidad cortaban la tarabita y el Ilaló les tragaba a los extraños.”<sup>234</sup>

En cuanto al tema de auto sustentabilidad, Rosa Cabrera manifiesta que, si bien la comunidad se dedicaba a la agricultura, su principal actividad económica fue el comercio del cedazo, un invento hecho con fibras naturales de los árboles. El cedazo se elaboraba en minga,

---

<sup>229</sup> Anibal Quijano, Conferencia *La crisis de la colonialidad del poder*, Quito, UASB, 26 de agosto de 2010.

<sup>230</sup> La comunidad indígena “es una forma nuclear de organización sociopolítica tradicional de las nacionalidades y pueblos indígenas [...] en donde se ejerce el gobierno comunitario a través de asambleas generales.” Raúl Llásag, “La jurisdicción indígena,” en *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*, Serie Estudios Jurídicos, Quito, Corporación Editora Nacional, UASB, 2009, p. 188.

<sup>231</sup> Legalizada mediante Acuerdo Ministerial No. 113 del Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador, CODENPE, Registro Oficial No. 212 de 17 de febrero de 2006.

<sup>232</sup> Integrante de la Federación de Pueblos Indígenas de Pichincha y filial de la Confederación de Pueblos de la Nacionalidad Kichwa del Ecuador, ECUARUNARI, <http://ecuador.indymedia.org> revisado 15 de octubre de 2010.

<sup>233</sup> Sus límites son, al Norte colinda con Playas de Patojoto, Pucará, Misloma, Yumbobailán y Huaca, lugar sagrado; al Sur con Chunchis, Zorialoma, La Portada, Pintag Loma, Trigo Loma, Singafilo y Sufilo; al Oriente, la Cima del Ilaló, en partes con Tumbaco y La Merced y La Providencia; al Occidente con el río San Pedro.

<sup>234</sup> Rosa Cabrera, mujer líder de la comunidad La Toglla, entrevista realizada por Silvana Sánchez, en La Toglla, el 24 de octubre de 2010.

los integrantes de la comunidad hacían viajes a otros lugares para comercializar los cedazos y también para traer personas de otros lugares para elaborarlos.

La producción del cedazo y la agricultura propició el intercambio y la autosustentación, según el testimonio de Rosa Cabrera; por lo cual, puedo evidenciar algunos elementos que permitirían afirmar que la comunidad La Toglla es uno de los señoríos norandinos que no necesitó constituir un poder político separado del pueblo, sino que mantuvo un sistema democrático precisamente por ser autónomos.

De otra parte, Rosa Cabrera manifiesta que la comunidad La Toglla nunca formó parte de la hacienda, con lo cual se refuerza la idea de que no perdió su forma de organización y toma de decisiones propia. “No fuimos de hacienda, fuimos libres”,<sup>235</sup> dice Rosa.

En lo relativo a la conflictividad, la realidad de la comunidad La Toglla dista mucho de ser un espacio y lugar libre de conflictos; por el contrario, sus integrantes enfrentan diversas situaciones que atentan contra el desenvolvimiento pacífico de sus actividades y proyectos de vida.

El principal conflicto que afrontan es el derivado de las invasiones a su territorio comunitario motivado por los intereses de los representantes de sectores extractivistas de los recursos minerales ubicados en el territorio comunitario, que han violado la integridad física de los integrantes de la comunidad, han determinado procesos de criminalización de la defensa de derechos que dichos integrantes realizan y han propiciado procesos de división al interior de la comunidad.

Con estos antecedentes y en este contexto, Rosa Cabrera recuerda como principios de la comunidad, las palabras más antiguas de los mayores:

la obediencia, el hacer caso, se dice *uyachin*, oírás, entenderás, es un don, el oír, es entender todo el detalle, bien claro, para transmitir, oír bien y entender bien, es una responsabilidad, debe ir igualito, sin fallar, ni menorar, para hacer caso y obedecer. Entender, estar bien entendido, es una ley, es la palabra, no falsear la palabra, el oído, la razón.<sup>236</sup>

Al respecto, José Estermann señala que el hombre [andino] es escuchador, en el sentido de observador y obediente al orden cósmico y universal, repite simbólicamente lo que en lo grande garantiza el orden cósmico. El hombre es el símbolo por excelencia en el que se concentra, en forma muy densa e intensiva, el misterio de la vida y del orden universal.<sup>237</sup>

Como complemento del escuchar bien, del *uyachin*, Rosa Cabrera destaca la comunicación, que solo puede ser de “la verdad, que es lo hecho, lo visto, lo calculado por nuestro propio ojo, a fin de llegar a conocer la verdad, por más dura y difícil que sea.”<sup>238</sup>

---

<sup>235</sup> Rosa Cabrera, entrevista realizada el 24 de octubre de 2010.

<sup>236</sup> Rosa Cabrera, entrevista realizada el 12 de junio de 2010.

<sup>237</sup> José Estermann, *Filosofía andina, estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina*, Quito, Abya Yala, 1ª Edición, 1998, pp. 199, 200

<sup>238</sup> Rosa Cabrera entrevista realizada el 12 de junio de 2010.

Igualmente, destaca el valor de mantener la vida comunitaria, como razón y justificación de las decisiones que se adoptan.

El mantener la vida comunitaria se relaciona con uno de los principios de la filosofía indígena, el de relacionalidad u holístico,<sup>239</sup> *Kushikuy Kawsay*, que significa armonía del ser humano, de la familia, de la comunidad con la naturaleza y el cosmos. Si todo está relacionado con el todo, el conflicto no es individual, ni la responsabilidad es individual, por eso el *Sumak Kawsay*, así enfocado, es un modelo diferente de sociedad.

Estermann señala que para “la filosofía andina [...] el verdadero sujeto humano es el ayllu, la colectividad organizada”.<sup>240</sup>

La concepción del diálogo en la filosofía indígena, como nos transmite Rosa Cabrera, se relaciona con que el eje de la vida, es “estar de acuerdo para toda decisión;”<sup>241</sup> con lo cual, se evidencia el carácter relacional de los integrantes de la comunidad y la centralidad de la comunidad, se explicita el carácter colectivo del sujeto humano, como dice Estermann.

Para estar de acuerdo en toda decisión, se necesita la participación de todos y de todas las personas de la comunidad, que buscan llegar a participar, debatir y consensuar, cuando se logra el consenso para una decisión en la que participa toda la comunidad, se da un proceso de autoridad compartida, como lo establece Boaventura de Sousa Santos, cuando se refiere al proceso de democratización, “que consiste en la transformación de las relaciones de poder en relaciones de autoridad compartida.”<sup>242</sup>

En lo que respecta a los procedimientos de consenso y adopción de decisiones en la comunidad indígena, Rosa Cabrera nos explica que, ante una situación problemática que enfrenta la comunidad, para decidir “se ve primero el sentido”<sup>243</sup> que tiene la decisión para la comunidad, se toma consejo de los mayores, “los que pueden ayudar a pensar.”<sup>244</sup> Los mayores son personas que administran justicia en la comunidad, son “mediadores, consejeros, sabios, valerosos, amables, con una actitud y un carisma especiales.”<sup>245</sup>

Para la adopción de la decisión, luego de “avisar a los mayores, se reúne un grupo de tres o cuatro personas,” [...] “un grupo sostenible y conocido”<sup>246</sup> que dialogan previamente a la realización de la asamblea; Rosa Cabrera pone el ejemplo de la preparación de una fiesta en la

---

<sup>239</sup> Raúl Llásag, *Apuntes de la clase de Justicia Indígena*, junio de 2010.

<sup>240</sup> José Estermann, *Filosofía andina: estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina*, Quito, Abya Yala, 1998, p. 205.

<sup>241</sup> Rosa Cabrera, entrevista realizada por Silvana Sánchez, el 12 de junio de 2010.

<sup>242</sup> Boaventura de Sousa Santos, “Pluralidad de los campos jurídicos,” en *La globalización del derecho, los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, traducido por César Rodríguez, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1998, p. 34

<sup>243</sup> Lo que me recuerda a la primera tarea del ejercicio de la interpretación constitucional, establecer primero el sentido de la decisión.

<sup>244</sup> Rosa Cabrera, entrevista realizada por Silvana Sánchez, el 12 de junio de 2010.

<sup>245</sup> *Ibidem*.

<sup>246</sup> *Ibidem*.

comunidad, en la que este grupo selecciona las personas que pueden colaborar de manera segura para el éxito de la reunión:

Ven a los que hacen con voluntad y colaboran, se hace una lista para tomar en cuenta, se ve que la persona tenga posibilidades económicas, que tenga salud, estar segura de la otra persona y se asigna responsabilidades, se pone de acuerdo, se pregunta si la persona puede responder a la tarea, se asegura con la palabra de todos que sí responderá y no falla.<sup>247</sup>

Entonces hay un grupo, asesorado por los mayores, que explora previamente las líneas que pueden seguirse en la asamblea comunitaria, es el sentido de lo público<sup>248</sup> el que se busca.

Se convoca a la asamblea de la comunidad, con la participación de todos, hombres, mujeres, niños. Rosa Cabrera señala: “en la asamblea, cuando se es dirigente, se ocupa la tarima y desde arriba se ve a todos, se ve los gestos, el procedimiento de todos.”<sup>249</sup> Rosa nos trasmite un momento trascendental del proceso, con estas palabras:

El mayor de la comunidad toma la palabra, informa lo que son los valores de la comunidad [que se van a defender en la situación que se ha presentado]. La persona mayor que toma la palabra es la que tiene el sentimiento más puro y noble, y esto se siente en la voz, en el tono de su voz, que habla con sencillez, con valor, se siente la trasmisión; y, entonces, todos los demás sienten que no ha hablado de gana, y que se le debe corresponder con la práctica de lo que ha aconsejado.<sup>250</sup>

Se decide por aplausos, dicen “sí, está bueno”. Los líderes comunitarios que dirigen la asamblea van calificando por los “gestos y actitudes” si los participantes de la asamblea están de acuerdo con la decisión.<sup>251</sup> Una vez que se la adopta, todos y todas se “apegan a lo decidido,”<sup>252</sup> y la directiva y el grupo más allegado se encargan de los detalles para cumplir la decisión.

En lo relativo a los procedimientos de la comunidad para crear sus normas propias, que se plasmen en estatutos o reglamentos, Rosa Cabrera nos indica que no tienen normas escritas, más que las actas que elaboran y conservan en cada reunión. Siempre hay un secretario que toma nota, y se detallan las actividades que se van a realizar y los responsables. Lo más importante es la palabra, lo que se hace valer es la palabra dada.

Es una tarea pendiente buscar en la Historia y en los relatos de los y las adultos mayores de las comunidades indígenas las evidencias de las formas de organización y adopción de decisión políticas que tienen por finalidad el bien para la comunidad.

Con este propósito, es importante considerar el reconocimiento que hace Quijano a la comunidad como la estructura más idónea para la adopción de decisiones:

la estructura institucional de autoridad pública [...] con el potencial de llegar a ser [...] el marco institucional más apto para la democracia en las relaciones cotidianas entre las gentes [...].

---

<sup>247</sup> *Ibidem*.

<sup>248</sup> Agustín Grijalva, tutoría de tesis, 15 de octubre de 2010.

<sup>249</sup> Rosa Cabrera, entrevista realizada por Silvana Sánchez, el 12 de junio de 2010.

<sup>250</sup> *Ibidem*.

<sup>251</sup> Judith Salgado al respecto observa que este procedimiento de toma de decisiones puede inhibir a determinados participantes a expresarse y a que no puedan expresar su disidencia. Judith Salgado, tutoría, diciembre de 2010. Ramiro Ávila comparte esta observación, sobre todo, en lo relativo a la posibilidad de expresión de las mujeres en las asambleas de toda la comunidad. Ramiro Ávila, tutoría, diciembre de 2010.

<sup>252</sup> *Ibidem*.

estructuras más eficaces y mas fuertes que el Estado para el debate, la decisión, la planificación, la ejecución y la defensa de los intereses, necesidades y trabajos y obras de vasto aliento de la población del mundo.<sup>253</sup>

El estudio de caso de la Toglla así como los diversos modelos de democracia expuestos en el capítulo segundo, me permite ubicar nuevos elementos para el diseño del marco analítico<sup>254</sup> del modelo de participación democrática, que será utilizado para analizar el marco normativo del derecho a la participación, la génesis de la Ley de Minería y la decisión de la Corte Constitucional en torno a la demanda de inconstitucionalidad de la ley mencionada, que presento en el siguiente capítulo.

---

<sup>253</sup> Aníbal Quijano, *Colonialidad del poder, globalización y democracia*, s.c., s.e., s.f., p. 14.

<sup>254</sup> Ramiro Ávila, tutoría, diciembre de 2010.

## **Capítulo IV.**

### **Derecho a la participación en el procedimiento legislativo y control previo de constitucionalidad de proyectos de ley.**

#### **1. Marco normativo del Derecho a la participación en el procedimiento legislativo en Ecuador.**

Presento el marco normativo que regula el derecho a la participación en el procedimiento legislativo, a nivel constitucional, legal y reglamentario, con la finalidad de analizar los alcances y limitaciones de los mecanismos jurídicos previstos para el ejercicio de este derecho con base en el marco analítico del modelo de participación democrática, construido en base a los siguientes elementos:

Los elementos que aporta la comunidad originaria, que opera con una lógica distinta a la occidental, son: el control directo e inmediato de la autoridad colectiva por los pobladores; de la comunidad indígena de La Toggla, la escucha atenta, el entender bien, la comunicación de la verdad, el ponerse de acuerdo para toda decisión, el ver el sentido de la decisión, tomar el consejo de los mayores la participación de todos en asamblea, ver los gestos y actitudes de los participantes, la decisión por aplausos y el cumplimiento de las decisiones.

Los elementos que aportan los modelos de democracia occidentales comprenden los siguientes: de Grecia, las leyes fruto del libre consenso, del diálogo racional y libre; de Inglaterra, escuchar a todas las partes en la deliberación, respetando las reglas del debido proceso y la alternabilidad; de la democracia deliberativa, de Habermas, el que se cuente con el asentimiento de quienes pueden verse afectados, en condiciones de comunicación estructuradas por deberes ilocucionarios que posibiliten el libre procesamiento de temas y contribuciones, informaciones y razones; de Nino, que todas las partes interesadas participen en la discusión y decisión; que participen de una base razonable de igualdad y sin ninguna coerción; que puedan expresar sus intereses y justificarlos con argumentos genuinos; que el grupo tenga una dimensión apropiada que maximice la probabilidad de un resultado correcto, que no haya ninguna minoría aislada, pero que la composición de las mayorías y minorías cambie con las diferentes materias; que los individuos no se encuentren sujetos a emociones extraordinarias; de la democracia intercultural propuesta por Boaventura de Sousa, el deber de reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos, reconocimiento de nuevos derechos fundamentales y una educación orientada hacia formas de sociabilidad y de subjetividad asentadas en la reciprocidad cultural con una educación pública adecuada que legitime y valore el debate; forme a los participantes en el debate; prepare a la clase política para que pueda perder el control del debate; de Arrieta, el deber de oír directamente a las personas que se verían directamente afectadas por las medidas que se están debatiendo.



## **1.1. Participación en el procedimiento legislativo en la Constitución de la República del Ecuador de 2008.**

En el Estado constitucional de derechos y de justicia<sup>255</sup>, como se define el Ecuador, se contempla, como las primeras garantías de los derechos, a las garantías normativas; en el Art. 84 de la Constitución de la República del Ecuador de 2008, se establece:

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 del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. 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.

La misma Constitución, a partir del Art. 132,<sup>256</sup> establece el procedimiento legislativo, como atribución de la Asamblea Nacional, de aprobar leyes como normas generales de interés común; los proyectos de ley pueden ser presentados por iniciativa de los asambleístas, del presidente, de otras funciones e instituciones del Estado en ámbitos de su competencia; y, de los ciudadanos y organizaciones sociales.

El Art. 95 de la Constitución establece los principios para el ejercicio del derecho a la participación en democracia, principios que son aplicables a la participación en el procedimiento legislativo. Esta disposición constitucional establece que:

las ciudadanas y ciudadanos, en forma individual o 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.

Señala también dicha disposición que 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<sup>257</sup> y comunitaria.

Este último inciso de la disposición constitucional es central para el tema de tesis ya que reconoce otros modelos más allá del de la democracia representativa, referidos a la democracia directa; es decir, aquella por la cual la voluntad del pueblo puede expresarse sin intermediarios;

---

<sup>255</sup> Art. 1 de la Constitución de la República del Ecuador.

<sup>256</sup> Constitución de la República del Ecuador, Arts. 132 a 140.

<sup>257</sup> El Art. 103, en la sección correspondiente a la democracia directa, establece, como una expresión de ésta, que la iniciativa popular normativa se ejercerá para proponer la creación, reforma o derogatoria de normas jurídicas ante la función legislativa [...]. Para ello, deberá contar con el respaldo de un número no inferior al cero punto veinte y cinco por ciento de las personas inscritas en el registro electoral de la jurisdicción correspondiente. Quienes propongan la iniciativa popular participarán, mediante representantes, en el debate del proyecto en el órgano correspondiente, que tendrá un plazo de ciento ochenta días para tratar la propuesta; si no lo hace, la propuesta entrará en vigencia. Cuando se trate de un proyecto de ley, la presidenta o presidente de la República podrá enmendar el proyecto pero no vetarlo totalmente. El Art. 134, inciso final, de la misma Constitución establece que quienes presenten proyectos de ley podrán participar en su debate, personalmente o por medio de sus delegados.

y a la democracia comunitaria, que tiene sus propios mecanismos de participación y toma de decisiones, como se analizó en el capítulo sobre el estudio de caso de la comunidad La Toglla.

En todas las disposiciones constitucionales relativas a la participación en el procedimiento legislativo se restringe dicha participación a quienes son ciudadanos ecuatorianos; sin embargo, por el principio de igualdad constitucional<sup>258</sup> entre ecuatorianos y extranjeros, éstos pueden ejercer también el derecho a participar en el procedimiento.

Si la interpretación es más favorable a la vigencia del ejercicio del derecho, entonces se reafirmará la evidencia de que la ciudadanía es el “último factor de exclusión y discriminación, el último privilegio de *status*”<sup>259</sup> lo que permitirá que las otras personas habitantes del Ecuador puedan participar en el procedimiento legislativo, cuando su situación o sus intereses puedan estar siendo debatidos y decididos.

En cuanto al procedimiento para la aprobación de un proyecto de ley, la Constitución establece que éste debe ser sometido a dos debates; para lo cual, el proyecto debe ser distribuido a los miembros de la Asamblea Nacional y su extracto difundido públicamente,<sup>260</sup> enviándose luego a la comisión correspondiente para su conocimiento y trámite.

Si bien actualmente la Asamblea ha logrado mantener en su sitio *web* los textos de los proyectos de ley, en donde se va incorporando la evolución de su tramitación, cabe preguntarse si este medio, que se mantiene como vía privilegiada de difusión, es suficientemente accesible para la mayoría de la población, la respuesta es evidentemente negativa, ya que el porcentaje de personas que acceden a Internet es limitado, por lo que el poder legislativo aún no da cumplimiento cabal a su obligación constitucional de difusión más amplia.

En el Art. 137, inciso segundo, de la Constitución, se señala que las ciudadanas y ciudadanos que tengan interés en la aprobación del proyecto de ley, o que consideren que sus derechos pueden ser afectados por su expedición, podrán “acudir ante la comisión y exponer sus argumentos.”<sup>261</sup>

En esta disposición se consagra el derecho a la participación en el procedimiento legislativo, es un derecho expresado en el modo facultativo y no obligatorio. Si bien los niveles de organización y participación social en el país vienen mejorando paulatinamente, sería procedente considerar que se lo estableciera de manera obligatoria, como se lo hace en el caso de la consulta pre legislativa a pueblos indígenas<sup>262</sup> a fin de garantizar que quienes pudieran ser

---

<sup>258</sup> Art. 11, numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador.

<sup>259</sup> Luigi Ferrajoli, “La democracia constitucional”, en Christian Courtis, *Desde otra mirada, textos de teoría crítica del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2001, p. 269.

<sup>260</sup> Los proyectos de ley presentados se difunden de manera íntegra en la página electrónica de la Asamblea Nacional.

<sup>261</sup> Art. 137, inciso 2, de la Constitución de la República del Ecuador de 2008.

<sup>262</sup> De conformidad con el Art. 57, numerales 17 de la Constitución de la República del Ecuador de 2008. Y que la Corte Constitucional ha interpretado también para pueblos afroecuatorianos y pueblos montubios, Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 001-10-SIN-CC, caso No. 008-09-IN y 011-09-IN, pp. 39 y 40.

afectados, no solamente en el caso de los pueblos indígenas, afroecuatorianos y montubios, con la expedición de una ley, participen en el procedimiento.

De otra parte, debe considerarse una reforma a la Ley Orgánica de la Función Legislativa, LOFL, en el sentido de que el poder legislativo tenga la obligación de convocar a las personas, organizaciones, asociaciones, movimientos sociales, cuyos derechos pudieran ser afectados por el proyecto de ley, notificando a sus representantes con el texto del proyecto de ley inicial y garantizando su presencia durante el trámite del mismo.

Como puede evidenciarse, el derecho de participación en el procedimiento legislativo se agota con la participación ante la comisión respectiva y se restringe a la exposición de argumentos, sin que se establezca la obligación correlativa del legislativo de tomarlos en consideración, valorando cada uno de ellos, y motivando, en un informe que presente al momento de redactar la versión definitiva de la ley, las razones por las cuales los acoge o los descarta.

Aplicando el marco analítico construido en base a los aportes de las distintas vertientes de democracia, la regulación constitucional del derecho a la participación en el procedimiento legislativo presenta evidentes limitaciones para lograr el control directo e inmediato de las actuaciones de la autoridad legislativa por parte de las personas y grupos sociales.

Esto se evidencia ante la ausencia de un diálogo racional y libre que permita contar con el asentimiento de quienes pueden verse afectados, el respeto de las condiciones de comunicación para el libre procesamiento de temas y contribuciones, informaciones y razones no se cumple; así como tampoco una base razonable de igualdad, a fin de que los participantes puedan expresar sus verdades, sus intereses y justificarlos con argumentos genuinos.

Al no respetarse las condiciones para un real ejercicio del derecho a la participación en el procedimiento legislativo, el objetivo de que primen aquellos argumentos presentados por los participantes, que tengan por finalidad la consecución de la justicia, entendida como reivindicación de derechos fundamentales, y que tales argumentos tengan una naturaleza vinculante para el legislador, es aún más difícil de lograr.

## **1.2. Participación en el procedimiento legislativo en la Ley Orgánica de la Función Legislativa, LOFL.**

La Ley Orgánica de la Función Legislativa, LOFL, establece el procedimiento legislativo de la siguiente manera:

En el Art. 9, numeral 6, de la LOFL se establece que la Asamblea Nacional cumplirá, entre otras, la atribución de expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio.

En el Capítulo V, correspondiente al Procedimiento Legislativo, sección I, en lo relativo al trámite de aprobación de leyes, el Art. 52 de la LOFL establece que la Asamblea Nacional aprobará como leyes las normas generales de interés común.

En el Art. 54 de la LOFL se establece que:

la iniciativa para presentar proyectos de ley corresponde, a las ciudadanas y los ciudadanos que estén en goce de los derechos políticos y a las organizaciones sociales que cuenten con el respaldo de, por lo menos, el cero punto veinticinco por ciento de las ciudadanas y ciudadanos inscritos en el padrón electoral nacional. Quienes presenten proyectos de ley de acuerdo con estas disposiciones podrán participar en su debate, personalmente o por medio de sus delegados, previa solicitud y autorización del presidente de la Asamblea Nacional.

En este caso, se evidencia que la ley hace depender la participación de una solicitud previa y de la autorización del presidente de la Asamblea Nacional; quien, eventualmente, puede negarla.

En el Art. 57 de la LOFL se establece que, a partir de la fecha de inicio del tratamiento del proyecto de ley, dispuesta por el Consejo de Administración Legislativa, el presidente de la comisión especializada ordenará se ponga inmediatamente en conocimiento de todos las y los integrantes de la misma, de la ciudadanía y de las organizaciones registradas para el efecto, el inicio de dicho trámite y el proyecto de ley, a través del portal *web* oficial de la Asamblea Nacional.

La LOFL privilegia un único medio de difusión, que, como se ha señalado, tiene serias limitaciones al no ser accesible para la mayoría de la población; debería reformarse la LOFL en el sentido de obligar a la publicación de todo proyecto de ley en los diarios de mayor circulación a nivel nacional el primer día domingo siguiente al de la presentación del proyecto de ley; e, igualmente, la publicación obligatoria del proyecto de ley a debatir en primer y segundo debates, el día domingo anterior a los mismos.

Igualmente, se obligará a transmitir en los espacios televisivos y radiales gratuitos que tiene la Asamblea Nacional los extractos de los proyectos de ley presentados y para debate; así como su texto íntegro en programas especiales en los canales de televisión y de radio estatales. Al ser Ecuador un país plurinacional, la Asamblea se obligará igualmente a realizar esta difusión en los idiomas ancestrales de los pueblos indígenas.

De esta manera, se utiliza otros medios masivos de comunicación y en todos los idiomas del país, incluyendo el idioma para personas que no pueden escuchar, a efectos de informar a la población sobre los contenidos materiales de los proyectos de ley y de las observaciones que se formulen a los mismos, previo a su debate, de tal manera que quienes puedan sentirse o ser afectados puedan participar oportunamente en el procedimiento legislativo, como lo establece la siguiente disposición:

En el Art. 58 de la LOFL se establece que:

las comisiones especializadas, dentro del plazo máximo de cuarenta y cinco días contados a partir de la fecha de inicio del tratamiento del proyecto de ley, presentarán al presidente de la

Asamblea Nacional sus informes, con las observaciones que juzguen necesarias introducir. Dentro del referido plazo, se deberá considerar un tiempo no menor a los quince primeros días,<sup>263</sup> para que las ciudadanas y los ciudadanos que tengan interés en la aprobación del proyecto de ley, o que consideren que sus derechos puedan ser afectados por su expedición, puedan acudir ante la comisión especializada y exponer sus argumentos. En ningún caso, la comisión especializada podrá emitir su informe en un plazo menor a quince días.

En esta disposición se garantiza el derecho de los ciudadanos que consideren que sus derechos puedan ser afectados por su expedición, de acudir facultativamente “ante la comisión especializada y exponer sus argumentos”, en el exiguo plazo de 15 días.

Como puede evidenciarse, el procedimiento no está reglado de manera detallada, lo que da paso a la discrecionalidad de quien ejerce la presidencia de la comisión especializada.<sup>264</sup>

Considero importante que la Asamblea Nacional incluya el análisis y la valoración de los pronunciamientos sociales que sobre el proyecto de ley en trámite, se hagan por parte de la Academia y Colegios de Profesionales, tales como publicaciones, informes, investigaciones, foros; y en los medios de comunicación, tales como editoriales de prensa, entrevistas, debates; para lo cual, la Unidad de Participación Ciudadana de la Asamblea deberá hacer un seguimiento y sistematización de tales aportes.<sup>265</sup>

De otra parte, la LOFL tampoco establece la obligatoriedad de la comisión especializada legislativa de que en el informe sobre el proyecto, valore los argumentos presentados, motivando las razones por las cuales los incorpora o no; mucho menos establece que se de un carácter vinculante a los argumentos razonados y de justicia que presente la ciudadanía.

Lo que se ratifica con la redacción del Art. 61 de la LOFL que, al regular el procedimiento en el segundo debate, establece que la comisión especializada analizará y “de ser el caso recogerá las observaciones efectuadas al proyecto de Ley.” Se debe considerar que, en el segundo inciso del Art. 28 del Mandato Constituyente No. 23, de conformación de la Comisión Legislativa y de Fiscalización para el período de Transición, se establecía que, transcurrido el plazo de siete días, contado a partir del cierre de la sesión del Pleno, la Comisión Especializada debía presentar al presidente de la Comisión Legislativa y de Fiscalización el informe para segundo debate, “al que deberá adjuntar la sistematización de todas las observaciones presentadas”.

---

<sup>263</sup> Se amplió el plazo de 10 días previsto en el Art. 26 del Mandato Constituyente No. 23, de conformación de la Comisión Legislativa y de Fiscalización.

<sup>264</sup> César Montúfar, asambleísta por la provincia de Pichincha, por Concertación Nacional Democrática, entrevista realizada por Silvana Sánchez, Quito, 27 de septiembre de 2010.

<sup>265</sup> Al efecto, deberá reformarse el Art. 24 del Reglamento Orgánico Funcional de la Asamblea Nacional, incorporando esta nueva atribución a la Unidad de Participación Ciudadana.

El que se haya eliminado la obligación de adjuntar la sistematización de las observaciones constituye una violación al principio de no regresividad y progresividad en materia de derechos humanos.<sup>266</sup>

El mismo Art. 61 de la LOFL, amplía el plazo de siete días previsto por el Mandato No. 23, a cuarenta y cinco días, contado a partir del cierre de la sesión del Pleno, y establece:

la comisión especializada deberá presentar al presidente de la Asamblea Nacional el informe para segundo debate. La comisión especializada podrá pedir justificadamente al presidente de la Asamblea Nacional la prórroga que considere necesaria<sup>267</sup> para presentar el informe correspondiente. El presidente determinará si concede o no la prórroga, así como el plazo de la misma. El presidente recibido el informe para segundo debate ordenará por Secretaría la distribución del informe a los asambleístas. El segundo debate se desarrollará, previa convocatoria del presidente de la Asamblea Nacional, en una sola sesión. Durante el segundo debate el o la ponente podrá incorporar cambios al proyecto de ley que sean sugeridos en el Pleno. En caso de negarse el informe de mayoría, el Pleno de la Asamblea por decisión de la mayoría absoluta de sus integrantes, podrá decidir el conocimiento y votación del o los informes de minoría. Se podrá mocionar la aprobación del texto íntegro de la ley, o por títulos, capítulos, secciones o artículos.<sup>268</sup> Asimismo, por decisión del pleno de la Asamblea Nacional, se podrá archivar un proyecto de ley.

Debe reformarse esta disposición de la LOFL en el sentido de que la aprobación debe realizarse debatiendo artículo por artículo del proyecto de ley, con la finalidad de que los asambleístas razonen y argumenten a favor o en contra de cada disposición; a la par, considero importante que los debates de los proyectos de ley sean transmitidos de manera íntegra por el canal y la radio oficiales del Estado, con la finalidad de que la población pueda conocer el avance del procedimiento legislativo y el posicionamiento de cada asambleísta, a efectos de coadyuvar a una mayor responsabilidad política.

El capítulo XVII, relativo a la participación ciudadana en la gestión legislativa, en el Art. 157 de la LOFL, establece que la Asamblea Nacional promoverá la participación efectiva en las diferentes etapas de formación de las leyes, a través de mecanismos tales como la recepción de sugerencias y observaciones, foros de consulta, mesas itinerantes a diversos lugares del territorio nacional, entre otros. Los aportes recibidos por parte de los diferentes sectores, organizaciones o personas se procesarán a través de las comisiones especializadas correspondientes. Igualmente, dispone que se establezcan mecanismos que promuevan el acercamiento e interrelación de la sociedad civil con las y los asambleístas y las comisiones especializadas.

En esta disposición se detallan mecanismos para posibilitar la participación calificando de “sugerencias” los aportes ciudadanos. Una sugerencia es “hacer entrar o despertar en el ánimo de uno una idea, pensamiento, actitud, ya insinuándosela, ya inspirándosela”.<sup>269</sup> Los

---

<sup>266</sup> Art. 11, numeral 8 de la Constitución de la República del Ecuador.

<sup>267</sup> En el Mandato No. 23, se establecía un plazo de 7 días para la prórroga para presentar el informe.

<sup>268</sup> El Mandato No. 23, establecía que la votación en segundo debate se realizaba sobre el texto completo de la ley, en caso de no ser aprobada por la mayoría absoluta del Pleno, podrá aprobarse y votarse artículo por artículo.

<sup>269</sup> Salvat, *La Enciclopedia*, Madrid, Salvat Editores, 2004, tomo 19.

aportes ciudadanos de ninguna manera pueden ser catalogados de esta manera, ya que expresan el ejercicio de un derecho a exigir derechos; son, por lo tanto, argumentos y así deben ser calificados.

La disposición establece que se procesarán las “sugerencias”, observaciones y aportes formulados, sin detallar los procedimientos específicos de ese procesamiento, que debería establecer la obligatoriedad de grabar todas las intervenciones de las personas y grupos sociales y dar lectura a los textos finales de los artículos que se vayan redactando;<sup>270</sup> receptor e incorporar todos los aportes en una base de datos creada para el efecto; estudiarlos, sistematizarlos y analizarlos, individualizadamente, a fin de seleccionar aquellos que representen defensa de derechos fundamentales y estén orientados a la consecución del principio de justicia, a efectos de darles un carácter vinculante para el poder legislativo.

### **1.3. Participación en el procedimiento legislativo en el Reglamento Orgánico Funcional de la Función Legislativa.<sup>271</sup>**

El Art. 23 establece como misión de la Unidad de Participación Ciudadana de la Asamblea Nacional, unidad dependiente de la presidencia de la Asamblea Nacional, el generar estrategias que faciliten la participación de las personas, comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades en la formulación de leyes.

El Art. 24 establece como funciones de la unidad las de:

promover la participación efectiva de la ciudadanía en las diferentes etapas de elaboración de las leyes, a través de los mecanismos previstos en la ley; establecer los mecanismos para la recepción de sugerencias y observaciones; establecer los mecanismos y coordinar con las comisiones especializadas permanentes y ocasionales, para promover el acercamiento, la participación e interrelación de la sociedad civil con los asambleístas e informar a la ciudadanía sobre lo realizado; procesos que deben construirse considerando los ejes<sup>272</sup> transversales de género, generacional, territorialidad e interculturalidad; coordinar foros de consulta, mesas itinerantes a diversos lugares del territorio nacional; y las demás dispuestas por el presidente de la Asamblea.

Es importante el que esta unidad administrativa deba cumplir su misión, considerando la interculturalidad como perspectiva, que significa, como Catherine Walsh señala, interculturalizar las nociones que ponen en escena las lógicas distintas de los distintos actores, sin dar un rol hegemónico a uno, sino reconociendo la pluralidad actual.<sup>273</sup> De hacerlo, la Función Legislativa respetará y garantizará el derecho a la participación y el diálogo intercultural entre todos los sectores sociales en condiciones de igualdad material.

---

<sup>270</sup> Diana Atamaint, asambleísta por la provincia de Morona Santiago del partido Pachakutik, entrevista realizada por Silvana Sánchez, Quito, 20 de septiembre de 2010.

<sup>271</sup> Publicado en el R.O. No. 182 de 29 de abril de 2010.

<sup>272</sup> No se incluye como eje transversal el de diversidades.

<sup>273</sup> Catherine Walsh, tutoría, diciembre de 2010.

## 2. Evaluación del marco normativo de la participación social en el procedimiento legislativo.

Para evaluar el marco normativo descrito es importante revisar las posiciones doctrinarias sobre la importancia de la participación social en el momento legislativo para verificar y exigir que los contenidos materiales de la ley se basen rigurosamente en los valores, principios y derechos fundamentales y en su perfeccionamiento y progresividad, lo que le da verdadera esencia a la democracia, al materializar la colaboración participativa de todos los ciudadanos en la formación de la voluntad estatal<sup>274</sup>.

Esto es así si se quiere devolver el sentido a la fuerza de la voluntad general del pueblo, planteada por Rousseau; por el cual, las leyes deben encarnar efectivamente la voluntad real del pueblo.<sup>275</sup>

Para lograr que la soberanía del pueblo se exprese en la legislación, Aquiles Arrieta establece que “[...] debería hacer parte del procedimiento legislativo el deber de oír, directamente, a aquellas personas o grupos de personas que se verían directamente afectadas por las medidas que se están debatiendo [...]”<sup>276</sup>.

En el mismo sentido va el aporte de Nicola Abbagnano, quien señala que “la libertad y el bienestar de los ciudadanos [...] depende [...] de la parte que los gobiernos otorgan a los ciudadanos en la formación de la voluntad estatal [...]”<sup>277</sup>. Con la aclaración de que no se trata de una concesión que el gobierno otorga, la concepción del filósofo italiano es valiosa porque determina que la formación de la voluntad estatal; en este caso, de la ley, debe ser compartida por los ciudadanos.

Del análisis realizado al marco normativo ecuatoriano y de su contraste con el marco analítico, se evidencia sus limitaciones, siendo la principal la relativa a que en el caso de presentarse un proyecto de ley inconstitucional, la persona o el grupo social cuyo patrimonio jurídico está directamente amenazado puede participar ante la comisión respectiva, única y exclusivamente, para expresar sus argumentos.

Este nivel de participación es manifiestamente insuficiente, ya que no se regula detalladamente el procedimiento que la legislatura debe dar a las opiniones y aportes, los mecanismos específicos para su procesamiento, sistematización, análisis y estudio, y no se establece la obligatoriedad de que el legislador motive debidamente sus decisiones de incorporar o no las observaciones, opiniones y aportes de la sociedad.

---

<sup>274</sup> Helmut Simon citado por Hans Schneider, *Democracia y Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 250.

<sup>275</sup> Luis Prieto Sanchís, *Constitución y Democracia, Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid, Editorial Trotta, 2003, p. 145.

<sup>276</sup> Aquiles Arrieta, “Vicisitudes reformistas, aportes republicanos al caso colombiano”, en Andrés Hernández, (comp.) *Republicanismo contemporáneo, igualdad, democracia deliberativa y ciudadanía*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2002, p. 525.

<sup>277</sup> Nicola Abbagnano, *Diccionario ... op. cit.*, p. 592.



Ante esta situación, considero necesario que las observaciones y aportes sociales, debidamente fundamentados en valores, principios y derechos constitucionales, y en los instrumentos y estándares internacionales de protección de derechos humanos, tengan carácter vinculante para la Función Legislativa; exigencia que se basa en la garantía constitucional normativa de que la Asamblea Nacional tiene la obligación de adecuar la creación de la nueva legislación a tales estándares<sup>278</sup>.

De esta manera, la participación social en el procedimiento legislativo se convierte en un mecanismo de control social del cumplimiento de la garantía normativa, a efectos de prevenir la expedición de legislación contraria a la Constitución y a los instrumentos y estándares internacionales de protección de derechos humanos.

Por lo que debe estudiarse la posibilidad de una reforma, a fin de perfeccionar la normativa referida al ejercicio del derecho a la participación social en el procedimiento legislativo, en el sentido de que el mecanismo prevea mayores responsabilidades para la Asamblea Nacional con relación a la participación durante todas las etapas de formación de la ley; garantizando, efectivamente, la existencia de condiciones para implementar los mejores elementos de los modelos de la democracia comunitaria, participativa, deliberativa, radical e intercultural, que permitan elaborar proyectos de ley apegados a los valores, principios y derechos fundamentales de la Constitución.

### **3. Procedimiento legislativo del proyecto de Ley de Minería y acción de inconstitucionalidad contra la Ley de Minería.**

El marco normativo que reguló el procedimiento legislativo para la tramitación de la Ley de Minería fue el Mandato Constituyente No. 23, de Conformación de la Comisión Legislativa y de Fiscalización, CLF, expedido por el Pleno de la Asamblea Nacional Constituyente, que consideró a la Ley Orgánica de la Función Legislativa contraria a la nueva Constitución de 2008, por lo que la derogó<sup>279</sup>. Dicho mandato estuvo en vigencia hasta la elección y posesión de los asambleístas, de conformidad con el Art. 17 del Régimen de Transición de la Constitución y sus Órganos.

El Art. 18, numeral 2, del Mandato 23, establece las competencias de las comisiones especializadas. El Art. 22, numeral 5, del Mandato No. 23, establece los derechos a la iniciativa popular legislativa y a participar en el debate.

Los Arts. 23 a 28 del Mandato No. 23, establecen el procedimiento que no varía sustancialmente del que se plasma en la LOFL, salvo lo relativo a plazos internos de tramitación y la modalidad de aprobación de los proyectos de ley.

---

<sup>278</sup> Art. 84 de la Constitución de la República de 2008.

<sup>279</sup> Según la disposición derogatoria de la Constitución de la República del Ecuador, que establece la derogatoria de la Constitución de 1998, y de toda norma contraria a la Constitución de 2008, y que el resto del ordenamiento jurídico permanecerá vigente en cuanto no sea contrario a la Constitución.

El proyecto de Ley de Minería, de iniciativa presidencial, fue tramitado por la Comisión de Desarrollo Económico y Producción, CDEP, de la Comisión de Legislación y Fiscalización, CLF; la CDEP emitió un informe de mayoría entregado a la presidencia de la CLF, el 12 de diciembre de 2008.

Para esta tesis, me centro en el análisis de la vigencia del derecho a la participación en el procedimiento legislativo en el trámite de la Ley de Minería.

En el informe de la CDEP, en lo relativo a la participación en el procedimiento legislativo, se señala que:

la Comisión procedió a estudiarlo y a enriquecerlo [al proyecto de ley] con los aportes y propuestas de los asambleístas, actores sociales involucrados (*sic*) en el sector de la minería, cámaras de producción, organizaciones sociales, indígenas, ecologistas, universidades, empresas mineras, mineros artesanales, pequeños mineros, ciudadanos en general.<sup>280</sup>

Sobre la participación ciudadana en el debate de este proyecto de ley, el informe de mayoría de la CDEP refiere que “los diversos actores sociales fueron recibidos en Comisión General, cuyos debates constan en actas de los archivos de la comisión, antes del primer debate del proyecto”.<sup>281</sup>

El contenido de las actas de los debates no es explicitado en el informe, lo que constituye una primera evidencia de la ausencia de análisis y valoración de las observaciones y propuestas de los actores que habían asistido a la comisión general mencionada.

En los antecedentes del informe de mayoría de la CDEP, se menciona el “intenso trabajo de socialización”<sup>282</sup> del proyecto de nueva Ley de Minería, realizado desde el Estado, en el que se señala la participación de organizaciones indígenas, colegios de profesionales, universidades, alcaldes, juntas parroquiales.

Sobre los aportes recogidos se establece: “los diálogos mineros cumplidos en la ciudad de Quito, evidencian la necesidad de una Ley de Minería, cuyas principales actividades sean motivadas por el Estado, de mecanismos de regulación equitativos y el establecimiento de sanciones a quienes no cumplen con los requisitos establecidos”.<sup>283</sup>

En su informe, la CDEP señala que consideró los aportes, que “fueron analizados en su pertinencia jurídica, los mismos que debidamente sistematizados se incorporaron al proyecto”<sup>284</sup>.

Nuevamente, la CDEP omite detallar el contenido de los aportes, y el análisis de pertinencia que se afirma haber realizado; señala que dichos aportes fueron incorporados al proyecto, lo que evidencia que los aportes de las organizaciones sociales que presentaron

---

<sup>280</sup> Oficio No. 57-CEDEP, de 12 de diciembre de 2008, suscrito por Irina Cabezas, presidenta de la Comisión de Desarrollo Económico y Producción de la Comisión de Legislación y Fiscalización, p. 6.

<sup>281</sup> Oficio No. 57-CEDEP, de 12 de diciembre de 2008, p. 2.

<sup>282</sup> *Ibidem*.

<sup>283</sup> Oficio No. 57-CEDEP, de 12 de diciembre de 2008, p. 5.

<sup>284</sup> *Ibidem*.

argumentos opuestos al texto del proyecto no fueron considerados, y no se presenta en el informe el análisis respecto de la falta de “pertinencia jurídica” de los mismos y las razones por las cuales no se los ha incorporado.

En cuanto a la referencia que hace la CDEP respecto a foros ciudadanos realizados en las provincias de Azuay, El Oro y Zamora Chinchipe, se señala que “las observaciones y propuestas planteadas fueron conocidas, analizadas y sistematizadas en el seno de la Comisión, organismo que estudió todas las propuestas y consideró su factibilidad en texto (*sic*) del proyecto de ley.”<sup>285</sup>

Si bien se hace mención de la realización de diálogos mineros y foros ciudadanos, la CDEP no explicita detalladamente el contenido de las observaciones y propuestas planteadas por los actores sociales en tales diálogos; en el informe solo consta la afirmación de que las propuestas fueron “analizadas y sistematizadas”, sin que se aporte prueba alguna que permita comprobar los resultados de tal análisis, a través de documentación que permita verificar las valoraciones pertinentes que los integrantes de la comisión hicieron de los aportes de los participantes en los mencionados diálogos, ni los debates mantenidos al interior de la comisión sobre las observaciones y propuestas de las personas y organizaciones.

En el informe de mayoría de la CDEP, se señala que “la comisión ha considerado la necesidad de introducir algunas modificaciones al texto del proyecto de ley, de modo que se fortalezcan los criterios, considerando comentarios y observaciones y más aportes que estudió la comisión”<sup>286</sup>. Sin embargo, de la revisión del informe, no se especifica, ni detalla, los aportes que fueron acogidos, ni se realiza el análisis correspondiente previo a su admisión.

Como puede evidenciarse, los elementos claves de los modelos de democracia participativa y deliberativa no se encuentran presentes en este espacio legislativo, ya que, si bien en el informe de la CDEP se hace constar los nombres de las organizaciones que habían participado en el proceso de “socialización” previo del proyecto de ley, como insisto, sus observaciones y argumentos quedan invisibilizados, no se puede conocer, entonces, su contenido y menos aún el contenido del análisis, del debate, de la deliberación realizada al interior de la comisión respecto de los aportes sociales.

Uno de los elementos claves de la democracia deliberativa es el de contar con el asentimiento de quienes pueden verse afectados por el contenido de las decisiones,<sup>287</sup> lo que coincide con lo dispuesto en el Art. 6 del Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas respecto de la consulta para lograr el consentimiento.

En el caso del proyecto de Ley Minera, las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianos y montubios son quienes, como han demostrado con

---

<sup>285</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>286</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>287</sup> Jürgen Habermas, *Facticidad ...*, op. cit., p. 172.

sus argumentos, están directamente afectados por el contenido del proyecto de ley, ahora Ley Minera.

Las organizaciones representativas de los pueblos y nacionalidades indígenas participaron expresando y fundamentando sus argumentos en la demostración del impacto y los daños que sufrirían de aprobarse el proyecto de ley, cuyo contenido denunciaron, en sede legislativa, como inconstitucional, por contravenir los derechos colectivos de los pueblos indígenas y los derechos de la Naturaleza.

Ni la CDEP, en su informe sobre el proyecto, ni la Asamblea Nacional en el proceso ante la Corte Constitucional que se instauró por la demanda de inconstitucionalidad, presentan el análisis que se hubiere realizado de los argumentos presentados por las organizaciones de pueblos indígenas, dicho análisis debió constar en las actas de debates al interior de la comisión especializada y en los debates de la Función Legislativa. El hecho de que no se presentara esta prueba, en sede constitucional, permite evidenciar la ausencia de deliberación razonada sobre los argumentos presentados por las organizaciones directamente afectadas por el contenido del proyecto de ley.

En consecuencia, ante la omisión de uno de los elementos claves de la democracia deliberativa, cual es la deliberación misma sobre los aportes, que permita analizarlos, en una relación de intercambio de argumentos que vaya construyendo una decisión, en base a la valoración de cada uno de ellos, la Función Legislativa podía siquiera intentar plantearse el requisito de contar con el asentimiento de los afectados por el proyecto.

Lo actuado por la CDEP y luego por el Pleno de la Asamblea Nacional, constituye, además de un uso arbitrario de poder, que ha reproducido las jerarquías,<sup>288</sup> y las desigualdades estructurales,<sup>289</sup> una violación al derecho a la participación en el procedimiento legislativo, por la ausencia de los elementos centrales del marco analítico; esto es, en la tramitación del proyecto de Ley de Minería no se ha logrado realizar un diálogo racional y libre que permita contar con el asentimiento de quienes pueden verse afectados, el respeto de las condiciones de comunicación para el libre procesamiento de temas y contribuciones, informaciones y razones; y una base razonable de igualdad, libre de coerción, a fin de que puedan expresar sus verdades, sus intereses y justificarlos con argumentos genuinos.

No se puede hablar, entonces, de una verdadera deliberación por no haber garantizado las condiciones de una participación respetuosa del principio de igualdad constitucional, a fin de que todos los participantes presentaran sus argumentos y éstos fueran analizados en condiciones de igualdad, para que puedan incidir de manera real en la decisión final.

---

<sup>288</sup> Pierre Bourdieu, en *Democracia en Profundidad*, s/c, Universidad Nacional de Colombia, 2003, p. 101.

<sup>289</sup> James Bohman, en Iris Marion Young, *Activist ...*, op. cit., p. 686.

En el procedimiento de participación en el trámite del proyecto de Ley de Minería se evidencia el problema estructural del poder<sup>290</sup>, las diferencias de poder de los grupos y movimientos sociales frente al poder del Estado, por ello es indispensable reformar el marco normativo que regula el derecho a la participación social en sede legislativa, porque, de la manera en la que se encuentra diseñado actualmente, es solo una expresión de que el poder pretende legitimar la integración de los grupos sociales al proceso,<sup>291</sup> cuando, tanto a nivel normativo, como en la realidad, los invisibiliza y desconoce.

### **3.1. Demanda de inconstitucionalidad de la Ley de Minería**

Por cuanto no consta el análisis, ni la valoración que se dio a los aportes de las organizaciones sociales por parte de la CDEP, se ha violado el derecho a la participación en el procedimiento legislativo, al no haberse propiciado un espacio de real deliberación y debate de los argumentos y propuestas.

La violación del derecho a la participación efectiva en el procedimiento incidió de manera directa y determinó un contenido material de la Ley de Minería<sup>292</sup> violatorio de valores, principios y derechos fundamentales previstos en la Constitución, por lo que la CONAIE y la Presidencia de los Sistemas Comunitarios de Agua de las parroquias Tarqui, Victoria del Portete y otras comunidades de la provincia del Azuay demandaron su inconstitucionalidad por la forma y el fondo, ante la Corte Constitucional<sup>293</sup> por violación del derecho a la consulta previa pre legislativa a pueblos indígenas y nacionalidades, al principio de división en la jerarquía de leyes, del derecho al territorio de las nacionalidades indígenas, del derecho a la consulta previa, y al principio de excepcionalidad de la actividad privada en sectores estratégicos y violación a los derechos de la Naturaleza.

En la contestación a la demanda de la Procuraduría General del Estado se manifiesta, en lo relativo al derecho a la participación en el procedimiento legislativo, que “la CDEP [de la Asamblea Nacional] realizó talleres de consulta en varias ciudades del país, en donde participó la CONAIE [...] por lo que, si la ley fue fruto de un acuerdo, reflejaría los puntos de vista y no violaría la norma constitucional ni los convenios internacionales a los que hace referencia la demanda”.<sup>294</sup>

En igual sentido, la contestación de la Presidencia de la República señala que “consta en los archivos legislativos que la Comisión de Legislación y Fiscalización recibió muchos argumentos por parte de ciudadanos, entre ellos la propia CONAIE”.<sup>295</sup>

---

<sup>290</sup> Catherine Walsh, “Democracia ...,” op.cit., p. 27.

<sup>291</sup> Catherine Walsh, “Democracia ...,” op.cit., p. 27.

<sup>292</sup> Ley de Minería publicada en el R.O.S. No. 517 de 29 de enero de 2009.

<sup>293</sup> El 17 y 31 de marzo de 2009.

<sup>294</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 001-10-SIN-CC, p. 13.

<sup>295</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 001-10-SIN-CC, p. 16.

El hecho de presentar observaciones y argumentos ante la comisión especializada de la Asamblea Nacional constituye, como he señalado, el ejercicio del derecho a participar en el procedimiento legislativo; tales aportes no significan, en modo alguno, realización de la consulta pre-legislativa, ni menos pueden significar una legitimación del texto definitivo del proyecto de Ley de Minería, como los demandados pretendían.

El derecho a la participación en el procedimiento legislativo y el derecho colectivo de consulta pre-legislativa a pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianos y montubios son, como de su sola enunciación se colige, dos derechos distintos, previstos por la Constitución en disposiciones distintas.

El primero, está previsto en el segundo inciso del Art. 137 de la Sección III, relativa al procedimiento legislativo, del Capítulo II, relativo a la Función Legislativa, de la Constitución; el segundo derecho está previsto en el Art. 57, numeral 17, del Capítulo IV, relativo a los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, del Título II, relativo a los Derechos.

También están previstos para momentos distintos del procedimiento legislativo. El derecho de participación en el procedimiento legislativo ha sido desarrollado en esta tesis, corresponde a toda persona, organización o movimiento social que aporta en la construcción de una ley y se lo ejerce en el momento en que el proyecto de ley está en discusión ante la comisión especializada; mientras que la consulta pre-legislativa es uno de los derechos colectivos de los pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianos y montubios, cuyo procedimiento aún no está regulado por la ley.

En ejercicio del primer derecho mencionado, la CONAIE y otras organizaciones sociales presentaron ante el poder legislativo los argumentos de inconstitucionalidad del proyecto de Ley de Minería, solicitando que se lo archive<sup>296</sup>, petición que, como he analizado, no fue analizada ni valorada, expidiéndose la Ley de Minería con un contenido material inconstitucional.

### **3.2. Sentencia de la Corte Constitucional.**

La Corte Constitucional para resolver, en lo relativo al tema de la participación en el procedimiento legislativo, señala: “corresponde a esta Corte efectuar la valoración constitucional de la participación de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades y su aporte de observaciones al proyecto de Ley de Minería”<sup>297</sup>.

Si la Corte se proponía valorar la participación social y su aporte de observaciones al mencionado proyecto de ley, debió tomar como referencia la disposición que regula este derecho de participación; es decir, el inciso segundo del Art. 137 de la Constitución y analizar

---

<sup>296</sup> Comunicación de 2 de diciembre de 2008, de la CONAIE y otras organizaciones sociales a la presidenta de la Comisión de Desarrollo y Producción Económica.

<sup>297</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 001-10-SIN-CC, p. 33.

tanto la participación social como la actuación de la comisión especializada, CDEP, y de la Función Legislativa en el análisis y valoración de dicha participación.

Por el contrario, la Corte desconoce por completo la disposición constitucional pertinente para el caso, y en su lugar, la sustituye por la disposición que regula el derecho colectivo a la consulta prelegislativa. Establece que, en ausencia de legislación que regule el procedimiento de consulta prelegislativa, analizará si existió “aplicación directa e inmediata del precepto constitucional del Art. 57, numeral 17, de la Constitución, en el caso de la discusión de la Ley de Minería”; al efecto, la Corte requirió información a la CDEP sobre dicho procedimiento.

La CDEP solo podía darle información relativa a la disposición del inciso segundo del Art. 137; es decir, al derecho de participación en el procedimiento legislativo, más no de un procedimiento de consulta pre-legislativa que jamás tuvo lugar.

Sin embargo, la Corte procede a realizar un análisis de lo inexistente, de la siguiente manera: de la información remitida por la Comisión, la Corte constata que fue el Ministerio de Minas y Petróleos la institución que, en base a un oficio circular, puso en conocimiento de otras instituciones y de organizaciones sociales, como la CONAIE, el texto del proyecto de ley de iniciativa presidencial, e invitó a enviar observaciones y comentarios al mismo.

La Corte señala que, al no haber sido la Asamblea Nacional, en su calidad de institución estatal que puede adoptar medidas legislativas, la que realizara la difusión del proyecto de ley, la Corte establece que “no se dio cumplimiento al Art. 57, numeral 17 de la Constitución”; sin embargo, la Corte afirma que se dio cumplimiento al Art. 6 del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo, OIT, sobre Pueblos Indígenas y Tribales.

Al respecto, es necesario considerar que la normativa internacional, citada por la Corte, se refiere al derecho de consulta previa libre e informada a pueblos indígenas respecto de toda medida, incluidas las de carácter legislativo, que pudiera afectarles directamente.

Hay que considerar que, en nuestra Constitución, se establece una diferenciación respecto de la consulta previa sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en tierras de los pueblos y nacionalidades indígenas<sup>298</sup>; y, la consulta antes de la adopción de una medida legislativa que pudiera afectar cualquiera de sus derechos colectivos<sup>299</sup>.

Puedo afirmar, entonces, que el derecho a la consulta previsto en el Convenio 169 de la OIT comprende las dos situaciones previstas en nuestra Constitución. Si este es el caso, entonces, la Corte, al constatar que no se ha cumplido con la consulta pre legislativa prevista en el Art. 57, numeral 17 de la Constitución, no puede afirmar que se ha dado cumplimiento al Art. 6 del mencionado convenio internacional.

---

<sup>298</sup> Art. 57, numeral 7, de la Constitución de la República del Ecuador.

<sup>299</sup> Art. 57, numeral 17, de la Constitución de la República del Ecuador.

Además, la misma disposición del Convenio 169 de la OIT, establece claramente que el gobierno debe consultar, mediante procedimientos apropiados y a través de instituciones representativas, de buena fe y de manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas, lo que no se ha cumplido en el caso de la Ley de Minería, por lo que la Corte no podía afirmar que se lo había hecho.

El que la Corte únicamente haya transcrito la primera parte del Art. 6 del Convenio 169 de la OIT, sin referirse a éste como el derecho de consulta previa que debe realizarse en las condiciones apropiadas hasta llegar al consentimiento de los pueblos indígenas, desnaturaliza el contenido material del estándar internacional del derecho de consulta, en un esfuerzo de “adecuación” a la finalidad de justificar la actuación estatal, pretendiendo que el solo hecho de haber oficiado a la CONAIE por parte de Ministerio de Minas y Petróleos constituía, en sí mismo, el cumplimiento de la normativa internacional de consulta previa.

De otra parte, la Corte establece que el proceso realizado por el Ministerio de Minas y Petróleos “guardó plena conformidad con el proceso previsto en el Art. 398 de la Constitución”, disposición relativa a la consulta previa que debe realizar el Estado a la comunidad sobre toda decisión que pueda afectar al ambiente. La disposición citada por la Corte se refiere a decisiones o autorizaciones estatales en materia ambiental que se rigen por el ámbito del Derecho Administrativo, que obligan al Estado, en este caso, al Ministerio de Minas y Petróleos, a consultar a la comunidad en general y valorar la opinión de la comunidad, al no existir la ley de consulta previa, según los instrumentos internacionales de derechos humanos; disposición que tampoco ha cumplido el mencionado Ministerio.

La Corte, sin embargo da por cumplido el procedimiento previsto en la disposición del Art. 398 y además lo hace extensivo al cumplimiento del Art. 57, numeral 17 de la Constitución, al afirmar que “no cabe duda de que, en cierta forma, el hecho de solicitar la participación de un sector de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, denota también una aplicación directa del Art. 57, numeral 17 de la Constitución”.<sup>300</sup> No puede la Corte pretender que un procedimiento administrativo de consulta ambiental, que no se ha realizado, sea equiparable a la consulta pre-legislativa a pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianos y montubios.

Se debe tomar en consideración que la propia Corte está admitiendo que se ha solicitado la participación de “un sector” de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, con lo cual la Corte nos da otro argumento para afirmar que no se ha dado cumplimiento al Art. 6 del Convenio 169 de la OIT, que manda que la consulta se haga a los pueblos interesados, no a un sector de ellos.

---

<sup>300</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 001-10-SIN-CC, p. 35.



La Corte se refiere a la comunicación de varias organizaciones sociales dirigida a la presidenta de la CDEP de la CLF, en la que los representantes de estas organizaciones manifiestan los argumentos por los cuales consideran que el proyecto de Ley de Minería es inconstitucional; y, por lo tanto, solicitan su archivo.

La Corte destaca que fueron los “propios” representantes de los [...] pueblos indígenas quienes decidieron participar y exponer sus argumentos”, esta forma de redactar de la Corte hace aparecer como un hecho inusual el que tales organizaciones ejercieran el derecho a la participación en el procedimiento legislativo, y asume que “dicho proceder” -así califica la Corte al ejercicio de un derecho- resulta ser una clara muestra de un proceso de información y participación de varios representantes de las comunidades; establece la Corte que esto constituye, nuevamente, aplicación directa del precepto constitucional que regula y garantiza la consulta previa prelegislativa en tanto derecho colectivo, cuando, como he señalado, constituye el ejercicio del derecho a la participación en el procedimiento legislativo previsto en el inciso segundo del Art. 137 de la Constitución.

Por cuanto la Función Legislativa no analizó, ni valoró los argumentos de inconstitucionalidad que las organizaciones presentaron a la comisión especializada, se violó el derecho a la participación en el procedimiento legislativo. La participación implica, como he analizado en el capítulo segundo de esta tesis, el intercambio de argumentos en un diálogo razonado, en el que se valoren y analicen los aportes, de todo lo cual debe quedar constancia en las actas y archivos de la asamblea, lo que no ha sido justificado en sede constitucional y por ello únicamente se presenta prueba documental consistente en los oficios cursados por el Ministerio de Minas y Petróleos y las organizaciones, mas no los documentos de los que se pueda evidenciar que se realizó dicho análisis y valoración.

Participación no significa presentar un oficio sino la posibilidad de ser escuchado y que se genere un foro en el que se de intercambio de información.

En su voto salvado, la doctora Nina Pacari establece que, para que exista participación en el procedimiento legislativo, ésta debe ser de carácter permanente a lo largo de las distintas fases de la producción normativa; y que, por el principio de buena fe previsto en el Art. 6 del Convenio 169 de la OIT, los pueblos indígenas deben conservar un grado de incidencia adecuado y suficiente en la determinación del contenido material de la medida legislativa que les afecta directamente para lograr la eficacia material de la consulta.

En su sentencia la Corte determina que:

en el proceso de aprobación de la Ley de Minería y ante la ausencia de una regulación infraconstitucional previa que establezca el procedimiento de la consulta pre legislativa, en el proceso de promulgación de la ley se implementaron mecanismos de información, participación y recepción de criterios “a un segmento” de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas representados por sus máximos dirigentes, aspecto que confirma la aplicación directa de la Constitución; si bien estos mecanismos no se equiparan a un proceso de consulta pre legislativa, contienen elementos sustanciales del mismo y así lo declara.

De esta manera, la Corte avala la pretensión de los demandados, Presidencia de la República y Procuraduría General del Estado y considera al aporte de observaciones de las organizaciones sociales al proyecto de ley como “una aplicación directa del precepto constitucional que regula y garantiza la consulta previa prelegislativa en tanto derecho colectivo”<sup>301</sup>.

La Corte confunde el derecho a la participación en el procedimiento legislativo con el derecho colectivo de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianos y montubios, a la consulta pre-legislativa; señala, contradictoriamente, que: “los mecanismos de información, participación y recepción de criterios [...] no se equiparan integralmente a un proceso de consulta prelegislativa, contienen elementos sustanciales del mismo, y así lo declara esta Corte”<sup>302</sup>.

Se debe señalar que la Corte, con fundamento en el Art. 86, numeral 3 de la Constitución, requirió criterios de diferentes entidades, organizaciones y personas, durante el proceso; entre las respuestas, que la sentencia de mayoría menciona, constan los pronunciamientos de organizaciones sociales, en los cuales se aportan informes sobre la situación de los derechos colectivos de los pueblos indígenas y de la Naturaleza que estarían directamente afectados por la expedición de la Ley de Minería.

Sin embargo, la Corte, en su sentencia, no hace referencia a ninguno de estos pronunciamientos coadyuvantes, menos aún considera los argumentos de estas organizaciones en su resolución, y tampoco motiva las razones por las cuales los rechaza.

Finalmente, la Corte, hasta que el Legislativo emita la ley correspondiente, establece las reglas y procedimientos mínimos que, a su criterio, debe contener la consulta pre legislativa, prevista en el numeral 17 del Art. 57 de la Constitución, y dispone que deberán aplicarse para todos los casos similares que se encuentren en relación con el ejercicio de derechos colectivos de comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades, entiéndase indígenas, afroecuatorianos y montubios.

La Corte se fundamenta en la doctrina sobre las sentencias atípicas modulatorias para emitir una sentencia interpretativa por la cual declara constitucionales las normas de la Ley de Minería, referidas a la declaratoria de utilidad pública, libertad de prospección, servidumbre de tránsito generadas a partir de un título de concesión minera siempre y cuando no se apliquen los territorios de las comunidades, pueblos y nacionalidades.

Y en la sentencia decide:

declarar que ante la ausencia de un cuerpo normativo que regule los parámetros de la consulta pre legislativa, el proceso de información y participación implementado previo a la expedición de la Ley de Minería se ha desarrollado en aplicación directa de la Constitución; en

---

<sup>301</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 001-10-SIN-CC, p. 37.

<sup>302</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 001-10-SIN-CC, p. 38.

consecuencia, se desecha la impugnación de inconstitucionalidad por la forma, de la Ley de Minería.<sup>303</sup>

El pronunciamiento de la Corte debió ser en el sentido de declarar, en lo relativo al procedimiento legislativo, la inconstitucionalidad por la forma de la Ley de Minería, al no haberse garantizado el derecho a la participación en el procedimiento legislativo y no haberse cumplido la obligación de realizar la consulta pre legislativa en su trámite; así como la inconstitucionalidad por el fondo, al ser una ley que viola los derechos colectivos de los pueblos indígenas y los derechos de la Naturaleza.

El 20 de mayo de 2010, el Movimiento de Unidad Plurinacional Pachakutik-Nuevo País presentó el proyecto de Ley reformativa a la Ley de Minería, en el que se plantean ciertos correctivos para garantizar la vigencia de algunos de los derechos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, como el derecho de consulta cuyo resultado será de consideración obligatoria.

### **3.3. Análisis del caso.**

De la situación descrita en el caso del trámite del proyecto de Ley de Minería, puede evidenciarse que el marco jurídico que regula el derecho a la participación social en el procedimiento legislativo, en la práctica, enfrenta serias limitaciones y es insuficiente para exigir el respeto y garantía cuando el “patrimonio jurídico”<sup>304</sup> de los posibles afectados está directamente amenazado, como en el presente caso lo son las comunas, comunidades pueblos y nacionalidades indígenas y la Naturaleza.

En un caso como éste, al presentarse un proyecto de ley manifiestamente inconstitucional, los pueblos y nacionalidades cuyo patrimonio jurídico está directamente amenazado pueden participar –de conformidad con la Constitución vigente- ante la comisión respectiva únicamente para expresar sus opiniones.

Este nivel de participación es manifiestamente insuficiente; ya que, como se ha visto en el trámite del proyecto de Ley de Minería, dichas opiniones no vinculan a la Función Legislativa; y, al concretarse el proyecto en una ley, se están cometiendo violaciones de los derechos colectivos de los pueblos indígenas y de los derechos de la Naturaleza; violaciones que precisamente una participación ciudadana eficaz en el procedimiento legislativo hubiera podido prevenir.

Ante esta situación, en la que se ha demostrado que el marco normativo y la realidad hacen que el ejercicio del derecho a la participación en el procedimiento legislativo no sea respetado ni garantizado por el Estado, considero necesario ampliar la legitimación activa del

---

<sup>303</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 001-10-SIN-CC, p. 59. La sentencia fue aprobada por el Pleno de la Corte, con ocho votos a favor y el voto salvado de Nina Pacari Vega, el 18 de marzo de 2010.

<sup>304</sup> Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho...*, op.cit., p. 51.

control previo de constitucionalidad de proyectos de ley para que las personas y grupos sociales puedan iniciarlo. Se debe recordar que el ordenamiento jurídico ecuatoriano ha previsto el control previo de constitucionalidad únicamente para el Ejecutivo.<sup>305</sup>

Al efecto, desarrollo a continuación los fundamentos doctrinarios y de derecho comparado para establecer los criterios para ampliar esta garantía constitucional.

#### **4. Control previo de constitucionalidad de proyectos de ley.**

Es necesario recordar que los principios surgen de un acuerdo social ético y político y, al estar positivizados en la Constitución, como señala Ferrajoli, “cesan [...] de ser sólo principios ético-políticos para convertirse en normas de derecho positivo que obligan al sistema político a su respeto y tutela”<sup>306</sup>. En este sentido, no puede un proyecto de ley desconocer las obligaciones que dimanen de esos principios constitucionalizados que reflejan ese acuerdo social.

Un proyecto de ley, contrario a los principios constitucionales, no puede ser calificado, ni defendido, como la voluntad general soberana del pueblo, ni de su mayoría; es todo lo contrario, representa el fruto de una decisión política que atenta contra dicha voluntad soberana; por consiguiente, la actuación del juez constitucional, en ejercicio del control previo de constitucionalidad de tal proyecto, al declararlo inconstitucional, no va contra esa voluntad soberana sino más bien la respeta y garantiza de manera efectiva.

Se debe recordar que “el pueblo no puede decidir en contra de sí mismo”<sup>307</sup> y por tanto se justifica plenamente el control previo de constitucionalidad de una decisión de un grupo de personas que dejan de ser legítimos representantes del pueblo, al tomar decisiones contra el pueblo.

Cuando la justicia constitucional, al ejercer el control previo de constitucionalidad de un proyecto de ley, actúa previniendo que tal decisión política, contraria a los intereses del pueblo, nazca a la vida jurídica, está garantizando, directamente, la consecución de la justicia al ir en la misma línea de lo más sentido y querido por el pueblo, recapturando así la voluntad general soberana del pueblo.

Si los jueces toman el papel del pueblo, siguen sus valores y principios fundantes, se puede dar respuesta a la objeción contramayoritaria<sup>308</sup>, sobre todo si se considera que quienes plantean la acción previa de inconstitucionalidad de un proyecto de ley, son los mismos

---

<sup>305</sup> Art. 139 de la Constitución de la República del Ecuador de 2008.

<sup>306</sup> Luigi Ferrajoli, “La democracia constitucional”, en Christian Courtis (comp.) *Desde otra mirada*, Buenos Aires, Eudeba, 2001, p. 260.

<sup>307</sup> I. Kant, en Jürgen Habermas, *Facticidad y validez: sobre el derecho ...*, op. cit., p. 159.

<sup>308</sup> Que establece la falta de legitimidad democrática de los jueces, que no han sido elegidos, para imponer su decisión sobre la del legislador, legítimamente elegido.

integrantes del pueblo que analizan, desde su perspectiva, que tal proyecto les afecta y que no es válido, porque va en contra de la Constitución.

Así lo considera Gabriel Bouzat:

Si ya no es el pueblo mismo el que decide, sino sus representantes, y lo hacen contrariando las razones por las cuales se les dio la representación, entonces el proyecto de ley ya no representa la decisión soberana del pueblo, sino la decisión de un grupo de personas que ya no representan los intereses y derechos de sus representados, del pueblo en definitiva. Entonces, ya la objeción contramayoritaria se queda sin fundamento, ya que no es el pueblo, ni su mayoría la que adopta la decisión en la formulación del proyecto de ley, sino que es ese reducido número de legisladores que no representan ni la mayoría, ni menos, al pueblo.<sup>309</sup>

A partir del concepto rousseauiano de la voluntad general soberana del pueblo, se encuentra un fundamento basado en razones democráticas, la principal razón democrática, para legitimar el control previo de constitucionalidad, que permite, al decir de Bouzat, “invalidar aquellas decisiones mayoritarias que contradicen la fuente misma de su propia legitimidad democrática”; es decir, de la soberanía popular. “Cuando ello ocurre se debe entender que el procedimiento democrático no ha funcionado correctamente y que la tarea del juez ha sido de corrección y ampliación de los procedimientos democráticos”.<sup>310</sup>

En ese sentido, sobre la voluntad popular, ya se pronunciaron Hamilton y Marshall, cuando establecieron:

los jueces cuando cumplen con su tarea controladora, no desafían sino que simplemente permiten que prevalezca la voluntad democrática del pueblo [...] al invalidar una ley los jueces no socavan de ningún modo la autoridad democrática del pueblo, sino que reafirman dicha autoridad, porque al hacer que prevalezca, en definitiva, la “verdadera” o más alta expresión de la voluntad popular, que es la que está encerrada en la Constitución.<sup>311</sup>

Ricardo Sanín establece que “Los jueces deben ejercer la revisión judicial no porque ello sea algo exclusivo y excluyente de la actividad judicial; sino porque, al hacerlo, obran como agentes del pueblo, la revisión judicial debe y tiene que ser, entonces, no un acto ordinario de interpretación legal, sino otra de las instancias de resistencia popular”.<sup>312</sup>

La propuesta de Sanín es que las decisiones judiciales no se limiten a adoptar decisiones circunscritas al ámbito jurídico, sino que reflejen el sentir del pueblo.

Para ello es necesario reconceptualizar la justicia constitucional, a fin de recuperarla para el pueblo y hacer justicia recuperando el poder para el pueblo. Considerando a la justicia en su sentido de reivindicación, como señala Abbagnano.<sup>313</sup>

---

<sup>309</sup> Gabriel Bouzat, *La argumentación jurídica en el control constitucional, una comparación entre la judicial review y el control preventivo y abstracto de constitucionalidad*, Seminario La jurisdicción constitucional, Universidad Diego Portales, Chile, 1995, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo.

<sup>310</sup> Gabriel Bouzat, *La argumentación* op. cit.,

<sup>311</sup> Roberto Gargarella, *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Tomo I, Democracia, Buenos Aires, Abeledo Perrot S. A., 2009, p. 154.

<sup>312</sup> Ricardo Sanín, *Teoría crítica constitucional, rescatando la democracia del liberalismo*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Grupo Editorial Ibáñez, 2009, p.120.

<sup>313</sup> Nicola Abbagnano, *Diccionario ...* op. cit., p. 592.

Las preguntas que surgen son ¿cómo lograrlo? ¿Cuál será la respuesta de la justicia constitucional a la demanda “no queremos derecho, queremos justicia”<sup>314</sup>?

Una respuesta surge de la reconceptualización y recuperación para que la justicia constitucional no sea el cierre<sup>315</sup> de lo político, sino el corrector de lo político; la que devuelva “lo político” a la Constitución, y a la Constitución a su creador, el pueblo, para que sea una verdadera justicia constitucional.

Esto se logra cuando los jueces constitucionales actúan de acuerdo a los valores, que, al decir de Luis Prieto Sanchís, “le proporcionan la solución justa más allá de la ley e incluso contra la ley<sup>316</sup>”; y cuando motivan sus decisiones, haciendo “explícitas las opciones interpretativas y de política jurídica [...] explican y justifican la adopción de una decisión y no de otra”.<sup>317</sup>

Una verdadera justicia constitucional, como la que propongo, es aquella que controla al legislador cuando éste va en contra de la voluntad soberana del pueblo al elaborar proyectos de ley contrarios a la Constitución y a sus valores y principios. De esta manera, la justicia constitucional se convierte en el último refugio que tiene el pueblo cuando no es debidamente representado.

La justicia constitucional se da, además, cuando los jueces crean un espacio de participación social en el que escuchan y deliberan con el pueblo, dando paso a una audiencia pública obligatoria,<sup>318</sup> y para tomar su decisión se basan en las opiniones, saberes y argumentos del pueblo, si los jueces constitucionales toman el papel del pueblo, si se convierten en la boca del pueblo, actuarán siguiendo el principio democrático de que “la última palabra sólo puede ser del creador”<sup>319</sup>. Entonces lo jurídico (la justicia constitucional) acoge a lo político (voluntad soberana del pueblo), y el control constitucional se vuelve control popular, como debió ser y debe ser.

En ese espacio deliberativo en sede de la justicia constitucional tiene lugar un debate abierto no al consenso, sino al “más difundido disenso popular”<sup>320</sup> y es que no puede ser de otra

---

<sup>314</sup> Dudley en Ricardo Sanín, *Teoría crítica ... op. cit.*, p. 124.

<sup>315</sup> El no ser el órgano de cierre implica que su decisión sea siempre una sentencia modulada, que entre en diálogo con el legislador estableciendo las condiciones del pueblo para determinar el contenido material del proyecto de ley. La crítica que se formula a esta proposición es que atenta contra los valores de certeza, orden y previsibilidad, Ricardo Sanín, *Teoría crítica ... op. cit.*, p. 119. Establece que estos son valores disciplinares, empíricos y de menor peso que el constitucionalismo popular que es el valor político original.

<sup>316</sup> Luis Prieto Sanchís, *Interpretación jurídica y creación judicial del Derecho*, Lima, Palestra Editores, 2007, p. 247.

<sup>317</sup> Luis Prieto Sanchís, *Interpretación ...*, op. cit., p. 240.

<sup>318</sup> La Corte Constitucional ecuatoriana actualmente tiene la facultad discrecional de convocar a audiencia, a pedido de las partes, antes de resolver las causas. Esta situación debe ser corregida y establecerse, a través de una reforma a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la obligatoriedad de celebrar audiencia.

<sup>319</sup> Ricardo Sanín, *Teoría crítica ...*, op. cit., p. 105.

<sup>320</sup> *Ibidem*, p. 109.

manera, es el disenso del pueblo con el *statu quo* el que se expresa ante la justicia constitucional; y, por tanto, busca que se le haga justicia, en el sentido de reivindicación, como el único fin posible de articular el disenso.

Los jueces constitucionales están en la obligación de referirse a las observaciones, aportes, y argumentos presentados por las personas y grupos sociales, motivando debidamente en la sentencia sus decisiones de aceptar o rechazar tales aportes.

El control previo de constitucionalidad de proyectos de ley propuesto tendría las siguientes características: es un control previo de carácter socio jurisdiccional, por cuanto el órgano ante el cual se interpone es la Corte Constitucional en el que da cabida a la participación social para el debate y deliberación sobre la constitucionalidad del proyecto de ley y por la materia que conoce.

Es un control previo de carácter socio jurisdiccional porque el Órgano de control constitucional no debe mantenerse aislado de la sociedad en el proceso de la adopción de su decisión, sino que debe generar un espacio de debate y deliberación en el que garantice la participación social en condiciones de libertad e igualdad, antes de adoptarla. Atendiendo a una crítica de Jeremy Waldron, es importante que se transforme en un foro deliberativo, respetuoso del desacuerdo y en donde todas las voces sean escuchadas<sup>321</sup>.

La acción previa de inconstitucionalidad de proyectos de ley ejercida por las personas o grupos sociales, cuyos derechos se ven amenazados, se constituye en una forma de participación ciudadana en la producción de Derecho,<sup>322</sup> como lo establece Luis Prieto Sanchís, y en la depuración del Derecho, al impedir que nazca al mundo jurídico una ley violatoria de la Constitución y derechos fundamentales.

Son innegables las ventajas que ofrece la deliberación de los jueces constitucionales sobre el Parlamento, ya que se produce un nuevo debate al ya realizado al interior del legislativo, y por lo tanto, es una deliberación que busca corregir, mejorar y enmendar un trabajo previo.<sup>323</sup>

María Luisa Rodríguez enumera las ventajas comparativas de la deliberación en sede constitucional:

la infraestructura del órgano de control constitucional está diseñada para brindar las máximas garantías a la discusión; es un cuerpo deliberativo por excelencia, la presentación de la ponencia y discusión hace que el ponente se esfuerce en recoger el máximo de opiniones fruto del debate; es un tribunal que juzga en derecho y bajo la forma argumentativa toma una decisión que resuelve conflictos entre principios, derechos y preceptos; excluyen las opiniones no fundamentadas o basadas en preferencias personales transitorias y es un lugar en donde se dan suficientes garantías para expresar libremente su opinión; puede solicitar información

---

<sup>321</sup> Jeremy Waldron en Roberto Gargarella, *Teoría y crítica ...* op. cit., p. 142.

<sup>322</sup> Luis Prieto Sanchís, *Interpretación*, op. cit., p. 244.

<sup>323</sup> María Luisa Rodríguez, *Minorías, acción pública de inconstitucionalidad y democracia deliberativa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 166.

privilegiada, requerir la intervención de personas que puedan aportar; y resuelven luego de conocer toda la información.<sup>324</sup>

Por ser la Corte la única institución estatal que lo conoce, es un control concentrado que resuelve con efectos *erga omnes*. Es un control de carácter declarativo, porque declara que las disposiciones contenidas en el proyecto de ley no son válidas, al contravenir la normativa constitucional. El carácter abstracto se da porque la inconstitucionalidad se establece respecto de un proyecto de ley que aún no se ha aplicado, ni ha producido efectos en un caso concreto.<sup>325</sup>

El control previo se activa ante el incumplimiento de los requisitos procedimentales en la tramitación del proyecto de ley que tienen relación con que no se hubiere permitido que las personas o grupos sociales ejerzan su derecho a participar; no hubiere respetado su autonomía en la designación de sus legítimos representantes; no se hubiere escuchado, ni tomado en consideración los aportes sociales para la determinación de los contenidos materiales de la ley, sin motivar debidamente las razones por las cuales no se las ha considerado; cuando no existe evidencia de una deliberación previa y continuada<sup>326</sup> a la formulación del proyecto de ley; cuando se desconocen las razones que justifican las decisiones, cuando los assembleístas desconocen el contenido de lo que votan y las consecuencias de lo que votan; cuando se desconoce las razones para el cambio de opinión de un assembleísta.<sup>327</sup> Se reconoce así, a este control previo, la calidad de garantía de cumplimiento<sup>328</sup> de todo el proceso participativo y deliberativo que demanda la implementación de mejores elementos de los modelos de democracia comunitaria, participativa, deliberativa y radical.

Tanto Habermas, como Nino, asignan a la justicia constitucional la misión de garantizar las condiciones procedimentales de la génesis democrática de las leyes<sup>329</sup> y la verificación de la existencia de una amplia, libre, igual participación en la deliberación<sup>330</sup>.

Se reconoce así, a este control previo, la calidad de garantía de cumplimiento<sup>331</sup> de todo el proceso participativo que demanda la implementación de los mejores elementos de los modelos de democracia comunitaria, deliberativa, participativa y agonista radical en la

---

<sup>324</sup> María Luisa Rodríguez, *Minorías*,... op. cit., pp. 166, 167.

<sup>325</sup> Miguel Ángel Alegre, *El resurgimiento del debate sobre el control previo de constitucionalidad en España, experiencias y perspectivas*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, www.juridicas.unam.mx, pp. 10, 11, revisado 27 de septiembre de 2010.

<sup>326</sup> María Luisa Rodríguez, *Minorías*, ... op. cit., p. 139.

<sup>327</sup> Roberto Gargarella, *Teoría y crítica* ... op. cit., p. 172.

<sup>328</sup> Claudia Storini, tutoría de 9 de abril de 2010.

<sup>329</sup> Jürgen Habermas, en Luis Prieto Sanchís, *Constitución y Democracia, Justicia Constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Editorial Trotta, 2003, p. 160.

<sup>330</sup> Carlos Santiago Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa Editorial, p. 274.

<sup>331</sup> Claudia Storini, tutoría de 9 de abril de 2010.



formación de las leyes. De esta manera, la Corte Constitucional cumple “el papel de defender la democracia deliberativa.”<sup>332</sup>

A la par, este nuevo tipo de control constitucional será un nuevo mecanismo para dar cumplimiento a una de las obligaciones internacionales del Estado ecuatoriano,<sup>333</sup> cual es la de prevenir la comisión de violaciones a derechos fundamentales que se producirían ante la emisión de una ley inconstitucional, al exigir ante la justicia constitucional el respeto del “patrimonio jurídico”<sup>334</sup> cuando está directamente amenazado por el contenido del proyecto, antes de que nazca al mundo jurídico.

La doctrina reconoce el rol de garantía que cumple la Función Jurisdiccional cuando los mecanismos de participación ciudadana ante el legislativo han resultado ineficaces. Así, Pisarello señala que:

los espacios jurisdiccionales pueden concebirse como canales de crítica y disputa de actuaciones públicas y privadas vulneradoras de derechos; [...] sobre todo, cuando las sedes políticas ordinarias se encuentran bloqueadas y no ofrecen respuestas adecuadas para las minorías vulnerables, o para los grupos en situación de mayor urgencia.<sup>335</sup>

Antonio Peña Freire comparte esta posición al señalar a “la función de tutela judicial efectiva como un mecanismo para la defensa de los individuos [...] y de sus derechos frente a la acción política mayoritaria, y para la expresión política de derechos e intereses olvidados por el legislador en sus valoraciones políticas.”<sup>336</sup>

El control previo de constitucionalidad de los proyectos de ley por parte de la justicia constitucional cumple la misión de abrir un nuevo espacio de participación y deliberación a las organizaciones sociales para que puedan expresar o volver plantear sus argumentos, esta vez ante el órgano de control constitucional.

Ciertamente, la función de la justicia constitucional no se limita a la verificación del cumplimiento de requisitos procedimentales de la participación, sino que debe velar porque el contenido material de los proyectos de ley no sea contrario a la Constitución.

El control previo de constitucionalidad de proyectos de ley debe ser ejercido como *ultima ratio*<sup>337</sup> por parte de los grupos sociales, estricta y únicamente cuando el Legislativo no ha respetado las condiciones descritas en el acápite anterior; de lo contrario, se puede abrir un

---

<sup>332</sup> Oscar Mejía, “Tribunal constitucional, desobediencia civil y democracia deliberativa: el paradigma discursivo procedimental frente al dilema liberal-republicano” en Andrés Hernández, *Republicanism contemporáneo: igualdad, democracia deliberativa y ciudadanía*, Bogotá, Siglo del Hombre, CIDER, 2002, p. 118.

<sup>333</sup> La responsabilidad del Estado se concreta en sus obligaciones de respetar y garantizar la vigencia de derechos humanos. La obligación de garantizar comprende las de prevenir, investigar, sancionar y reparar integralmente violaciones a derechos humanos.

<sup>334</sup> Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho...*, op.cit., p. 51.

<sup>335</sup> Gerardo Pisarello, “Los derechos ...,” op.cit., p. 125.

<sup>336</sup> Antonio Peña Freire, “La garantía en los procesos jurídicos, la garantía en el momento judicial del Estado,” en *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Madrid, Trotta, 1997, p. 241.

<sup>337</sup> Claudia Storini, tutoría, 9 de abril de 2010.

espacio para que otros grupos la utilicen con la finalidad de impedir la expedición de leyes, incluso cuando en su tramitación se ha cumplido con los requisitos de participación ciudadana y cuando el contenido material del proyecto es constitucional.

Con la ampliación de la legitimación activa del control previo de constitucionalidad se pretende, además, satisfacer la exigencia de justicia sustantiva a fin de que las normas legales tengan un carácter razonable y no arbitrario, lo que lleva a la equidad y la justicia.<sup>338</sup>

La justicia constitucional será, entonces, la que consiga el objetivo de inclusión de la sociedad a la que no se le ha respetado su derecho de participación en el procedimiento legislativo, siempre y cuando, su decisión acoja los aportes ciudadanos que velan por la constitucionalidad del proyecto de ley.

#### **4.3. Control previo de constitucionalidad en el Derecho Comparado.**<sup>339</sup>

De la revisión del Derecho comparado, se evidencia que la legitimación activa de acción de control previo de constitucional está restringida, como en el caso ecuatoriano, a las máximas autoridades estatales, presidente de la República, o presidente de la Función Legislativa, o un número de legisladores, o el presidente de la Función Judicial en el caso de proyectos de ley en materia judicial, o el Tribunal Electoral o Contraloría General; igualmente, en el caso de proyectos de ley que les sean atinentes.

Se evidencia, entonces, a nivel comparado que existe una restricción total a la posibilidad de que el control previo de constitucionalidad sea atribuido a las personas, grupos de personas y organizaciones sociales que tengan interés directo en promover la supremacía constitucional.

El objeto de control son las leyes orgánicas y reglamentos de asambleas parlamentarias antes de su puesta en vigencia; los proyectos de ley; los proyectos de ley estatutaria; proyectos de ley de reformas constitucionales, decretos.

En la mayoría de sistemas los plazos para resolver son breves, siendo el plazo más extenso el de treinta días y el menor de ocho días, en casos de urgencia.

#### **5. Criterios para la institucionalización de la acción de control previo de constitucionalidad de proyectos de ley.**

Para adjudicar la legitimación activa del control previo analizo dos posiciones; la primera, la atribuye a todas las personas habitantes en el país; y la segunda, que los legitimados activos sean las personas o grupos que demuestren una afectación directa a sus derechos.

---

<sup>338</sup> Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho ...*, op.cit., p. 148.

<sup>339</sup> Ver Anexo 1.

La legitimación de la acción de inconstitucionalidad de un proyecto de ley puede ser atribuida a todas las personas habitantes en el país, de manera amplia, esta posición se defiende atendiendo al principio de soberanía popular; por el cual, si cada persona es titular de una porción de soberanía, tiene derecho a ejercerla de manera directa.<sup>340</sup>

Esta primera posición también se fundamenta en la disposición constitucional de que cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución.<sup>341</sup>

Igualmente, al ser uno de los mecanismos de control de constitucionalidad; y, por lo tanto, una de las garantías constitucionales que permite la defensa de la supremacía de la Constitución, debe gozar de esta legitimación amplia para ser interpuesta.

La legitimidad activa de cualquier persona también se sustenta en el presupuesto de la interpretación constitucional abierta a la sociedad que puede hacerlo de manera válida.<sup>342</sup>

María Luisa Rodríguez establece, refiriéndose a una modalidad de control *a posteriori* como es la acción pública de inconstitucionalidad colombiana, que esta legitimación activa abierta tiene como resultado:

la falta de interés directo sobre la norma puede contribuir a que el debate supere el mero interés egoísta y moralmente estratégico, para convertirse en un mecanismo de preservación del bien común, entendiendo que el orden constitucional es pieza fundamental del mismo y que al eximirle de probar el grado de afectación que sufre para interponer la acción, le dignifica; de otra parte, incentiva la solidaridad ciudadana en la defensa de los derechos y garantías constitucionales de otras personas; amplía la extensión del debate, con altos estándares de información aportada desde la diversidad de participantes.<sup>343</sup>

Un solo requisito es necesario para depurar esta primera opción, y es que en la demanda se evidencien argumentos que, inequívocamente, defiendan la progresividad de los derechos y la vigencia de principios y valores constitucionales. No se admitirá, por tanto, una demanda que pretenda regresión en dicha materia. Siguiendo a María Luisa Rodríguez, deberá establecerse un “filtro intenso” al respecto.<sup>344</sup>

La segunda posición, más restrictiva, para atribuir la legitimación activa de la acción de control previo de constitucionalidad es entregarla a la persona, o grupo social<sup>345</sup> que se encuentre directamente amenazado de sufrir violaciones a sus derechos fundamentales por el contenido del proyecto de ley. Al efecto, el o los demandantes deben demostrar el nivel de afectación que pueden sufrir en caso de aprobarse el proyecto de ley.

---

<sup>340</sup> María Luisa Rodríguez, *Minorías ... op. cit.*, pp. 118, 119.

<sup>341</sup> Art. 86, numeral 1, de la Constitución de la República del Ecuador, 2008.

<sup>342</sup> Peter Häberle citado por María Luisa Rodríguez, *Minorías ... op. cit.*, pp. 117, 118.

<sup>343</sup> María Luisa Rodríguez, *Minorías ... op. cit.*, pp. 186-190.

<sup>344</sup> *Ibidem*, p. 304.

<sup>345</sup> El grupo social ha sido definido como el que consta de un determinado número de miembros, quienes, para alcanzar un objetivo común (objetivo de grupo), se inscriben durante un período de tiempo prolongado en un proceso relativamente continuo de comunicación e interacción y desarrollan un sentimiento de solidaridad (sentimiento de nosotros). Bernhard Shafers, citado por María Luisa Rodríguez, *Minorías ... op. cit.*, p. 313.

Como requisito se establecerá que debe tratarse de una persona o colectivo que hubiere participado activamente en el procedimiento legislativo con sus argumentos y propuestas, demostrando la manera en que éstas no fueron adecuadamente receptadas por el poder legislativo.

Luego de explicitadas las dos posibilidades, me pronuncio a favor de la primera, por estar más acorde al marco constitucional y legal que prevé la legitimación para accionar garantías constitucionales para todas las personas.

El objeto de la demanda de inconstitucionalidad de un proyecto de ley es el texto definitivo del proyecto, no un borrador.

El momento para demandar es el término de 3 días a la finalización de la redacción del texto definitivo, luego de su tramitación en dos debates; y, en el caso de haberse emitido veto presidencial, después de que la Asamblea se ha pronunciado sobre éste, como lo certificará el secretario de la Asamblea Nacional, sin que pueda enviarse en ese término a su publicación en el Registro Oficial.

La interposición de la demanda de inconstitucionalidad suspenderá automáticamente la tramitación del proyecto y el transcurso de los plazos.

El inicio de la acción debe ser lo más ágil posible, con el fin de actuar con oportunidad antes de su aprobación.

Calificada la demanda, la Corte Constitucional correrá traslado al presidente de la Asamblea Nacional, al Presidente de la República y al Procurador General del Estado para la contestación.

En la etapa de prueba, el legitimado activo presentará las evidencias respecto de la forma en que se ha violado en el procedimiento legislativo el derecho a la participación social y la manera en que esta situación ha determinado que en el proyecto de ley no se incluyan los argumentos y propuestas presentados. Igualmente, demostrará el modo en el que el contenido material del proyecto de ley vulnera valores, principios y/o derechos fundamentales previstos en la Constitución o en instrumentos y estándares internacionales de derechos humanos.

En la etapa de prueba, la Asamblea Nacional enviará copia certificada de las actas de debate del proyecto de ley realizado en la comisión respectiva y del realizado en el Pleno de la Asamblea, así como de los videos, grabaciones, fotografías y demás documentos que se hayan producido durante el procedimiento legislativo demandado.

La Corte convocará a una audiencia pública en la que los legitimados y demandados, así como expertos, peritos y académicos puedan concurrir, con la finalidad de establecer un foro deliberativo en el que se presenten las argumentaciones de las partes; garantizando, por parte de los jueces constitucionales, condiciones reales de igualdad en la participación social en sede constitucional.

Se debe propender a lograr un “punto de equilibrio en el diálogo: a la Corte la impele a despojarse de buena parte de la jerga jurídica en beneficio de un lenguaje claro y abarcativo pero de calidad, y a los ciudadanos los anima a esforzarse en revestir sus solicitudes en el lenguaje de los derechos”.<sup>346</sup>

La Corte Constitucional debe dirigir el debate orientándolo a la salvaguarda de los principios y derechos fundamentales previstos en la Constitución, garantizando el derecho a la libertad de expresión de los participantes, a fin de que todos los argumentos queden presentados.

Luego de la audiencia, los magistrados de la Corte Constitucional deliberan considerando la información, argumentos y propuestas expuestos en la audiencia pública. En la parte motiva de la sentencia que se emita, deben quedar evidenciados estos aportes, con su respectivo análisis y valoración.

La decisión final que adopte la Corte debe garantizar la intangibilidad de los valores, principios y derechos fundamentales, debe ser la expresión de la justicia.

Con la finalidad de que la decisión judicial sea oportuna, el plazo para que la Corte Constitucional emita su sentencia debe ser de no mayor de 30 días.

Cuando el pronunciamiento del Tribunal declare la inexistencia de la inconstitucionalidad alegada, seguirá su curso el correspondiente procedimiento. Si declara la inconstitucionalidad del proyecto de ley, deberá concretar ésta, y las disposiciones constitucionales infringidas. En este supuesto, la tramitación no podrá proseguir sin que tales preceptos hayan sido suprimidos, o modificados por la Asamblea Nacional.<sup>347</sup>

En el caso de encontrar que se ha violado el procedimiento legislativo en la tramitación del proyecto de ley, y que tal violación ha sido determinante para que el contenido material del proyecto sea inconstitucional por el fondo, declarará la inconstitucionalidad del proyecto.

En la sentencia, la Corte establecerá la prohibición de que se puedan presentar nuevos proyectos de ley con el mismo contenido inconstitucional.

La sentencia de la Corte Constitucional debe ser vinculante para la Asamblea Nacional y el Presidente de la República.

---

<sup>346</sup> María Luisa Rodríguez, *Minorías ...* op. cit., pp. 193, 194.

<sup>347</sup> Roberto Gargarella argumenta a favor de que la decisión de la justicia constitucional permita corregir la decisión política del legislativo, en el sentido de modificar de conformidad con la Constitución el contenido material del proyecto de ley, y esto se logrará a través de las denominadas sentencias moduladas en las que establezca con claridad los correctivos que el legislador debe adoptar, adicionando o retirando normas del proyecto de ley. Roberto Gargarella, *Teoría y crítica ...* op. cit., p. 145

## Conclusiones.

De la revisión histórica sobre la institución democrática de la participación social en el procedimiento legislativo, establezco que, si bien la palabra *demokratia* es de origen griego, la investigación realizada en fuentes bibliográficas históricas de los señoríos norandinos ecuatorianos, anteriores a las conquistas Inca y española, y mis visitas de campo a la comunidad indígena La Toglla, me permiten afirmar que la noción que designa la palabra *demokratia* tiene un origen anterior en las comunidades originarias, en donde la sociedad controlaba al poder a través de la participación directa en la toma de decisiones.

En la comunidad originaria que visité se ejerce actualmente un poder horizontal y compartido, que replica las características históricas del señorío norandino, descritas por el historiador ecuatoriano, Galo Ramón, respecto del ejercicio de poder comunitario. Considero que el principio rousseauiano de comunidad fue una apropiación eurocéntrica de la organización comunitaria originaria de los pueblos conquistados y colonizados en América Latina.

En las reflexiones de los griegos encontramos ya la necesidad de que las leyes sean el producto de la participación igual para llegar al libre consenso de seres libres para vivir bien y la institucionalización de una medida para evitar que leyes que vayan en contra de otras leyes puedan entrar en vigencia.

Los romanos conservan la idea de la importancia de la participación del pueblo en la creación de la ley, que se mantiene en el filósofo medieval Marsilio de Padua. En la Edad Media se practicaba el procedimiento para adoptar decisiones denominado *sanior pars*; esto es, la parte de mejor consejo, al que se arriba luego de la deliberación; lamentablemente, este método no tuvo continuidad y se lo sustituyó por el de la *major pars*, la decisión basada en la mayoría.

En Inglaterra, se establece que las leyes deben ser productos de justicia, para lo cual se establecía un proceso de deliberación de todas las partes en el Parlamento, pero finalmente se adopta el modelo de democracia representativo.

En la Modernidad/Colonialidad de los estados continentales europeos, se ejerció el poder absoluto del monarca, mientras filósofos como Rousseau y Spinoza desarrollaban los conceptos de la soberanía del pueblo y de la democracia como mecanismo para lograr el bienestar de la comunidad.

Rousseau recupera la definición originaria de democracia como poder del pueblo y establece el principio de comunidad, que es una apropiación eurocéntrica de los procedimientos de democracia de las comunidades originarias ancestrales.

En Francia pre revolucionaria, las comunidades mantenían procedimientos de participación y deliberación para adoptar decisiones a ser presentadas a la decisión final del rey, y sus demandas eran recogidas en los libros de reclamaciones.

Estos procedimientos, incipientemente democráticos, fueron desconocidos por la Revolución francesa, pese al reconocimiento formal en la Declaración de que la ley es expresión de la voluntad general para el bien común, finalmente terminó siendo la expresión de los representantes, abandonando la tesis rousseauiana de la soberanía del pueblo.

Condorcet presenta un proyecto de Constitución en 1793, en el cual se contempla la vigilancia popular de los actos de legislación y establece la censura de todos los actos legales contrarios a la Constitución, proyecto que recrea la figura de la *graphe paranomon* griega, y constituyen el antecedente del control previo de constitucionalidad de proyectos de ley.

En Estados Unidos de Norteamérica se realizaban asambleas democráticas y en la Declaración de Derechos de 1776, se establece que todo poder reside en el pueblo y que la finalidad del gobierno es lograr el bien del pueblo, sin embargo finalmente se adoptó el modelo representativo.

Entonces, el modelo de la democracia representativa se consolidó, lo que conllevó el abandono del significado y la práctica originales de la democracia; y, por lo tanto, se alejó cada vez más al pueblo de las decisiones legislativas, a la par que se desconocía la finalidad de la organización social que había sido identificada, a lo largo de la Historia, como la consecución del vivir bien, del bien común, del bienestar, de la justicia.

El modelo representativo de democracia imperante limita la participación del pueblo al momento electoral y basa sus decisiones en la voluntad de la mayoría, para lo cual restringe el ejercicio del derecho a la participación en el procedimiento legislativo.

En la época contemporánea, que no deja de ser, a la vez colonial, al no haberse superado el patrón de poder colonial, destaco los aportes de tres teorías: la teoría crítica constitucional, que reconoce la necesidad de recuperar la definición original de democracia, entendida como el poder del pueblo, estableciendo la importancia de reabrir el espacio para la participación del pueblo en la producción de proyectos de ley sustancialmente legítimos; la teoría de la democracia comunitaria integrada, que se fundamenta en la voluntad general de Rousseau, y tiene como uno de sus principios al de participación por el cual a cada persona se le da un rol en las decisiones políticas; y la teoría de la democracia como derechos humanos, que define a la democracia como el compromiso político con la emancipación universal en la que se asegure el goce igual de los derechos fundamentales para todos.

Es decir, estas teorías contemporáneas recuperan la noción inicial de democracia como participación y su finalidad de lograr la emancipación; con lo cual, en lo teórico, se ha operado un retorno en espiral a los orígenes históricos de la democracia, esto es a la democracia comunitaria.

Entonces, las teorías políticas y críticas del Derecho contemporáneas han reconocido los principios y procedimientos de la organización política de la comunidad originaria ancestral en donde toda la comunidad participa para adoptar decisiones que representen lo mejor para la comunidad. Se ha producido la commensurabilidad de los paradigmas, al haberse encontrado los elementos comunes de la democracia comunitaria ancestral y de lo que precisa la democracia actual para volver a ser una institución legítima.

Es importante, entonces, aproximarse a conocer la realidad de la organización política de la comunidad indígena originaria, y para ello investigué en fuentes bibliográficas sobre el tema; y, dadas las limitaciones de tiempo para la investigación,<sup>348</sup> tan solo pude concretar visitas a la comunidad indígena ancestral de La Toglla, una comunidad que no habría sido invadida por los Incas, ni por los españoles, pero que ahora mismo está bajo la amenaza de invasión de los representantes de intereses mineros.

En la comunidad La Toglla mantuve diálogos con Rosa Cabrera, una de las mujeres líderes de la comunidad; quien, generosamente, me permitió aprender, de manera directa, de la Filosofía ancestral indígena, sus valores y principios que orientan los mecanismos de participación, diálogo y adopción de decisiones en la comunidad indígena.

Estos conocimientos ancestrales me permiten resignificar los conceptos de participación y de diálogo, dotándoles de un valor vivencial fundamental, ya que han sido uno de los elementos centrales que han permitido la conservación y la permanencia de comunidades y pueblos indígenas, a lo largo de la Historia.

Mi propósito, al aproximarme a los saberes indígenas ancestrales, es el de sentar las bases para el diálogo intercultural, en el cual se escuche, con respeto, y se aprenda los aportes valiosos que pueden darnos para lograr la vigencia del derecho a la participación social en el procedimiento legislativo.

El diálogo, en el mundo comunitario indígena, tiene los siguientes principios: empieza por saber escuchar, *uyachin*, que obedece al principio de escuchar el orden cósmico, y va paralelo al deber de obedecer y al deber de comunicar sólo la verdad, la conjunción de estos deberes permite mantener la vida comunitaria.

Es importante continuar investigando en ésta y otras comunidades indígenas ancestrales sobre los principios y procedimientos de su organización social y participación para la adopción de decisiones, así como sobre sus conocimientos sobre el vivir bien, el buen vivir, el *Sumak Kawsay*, a efectos de ponerlos en diálogo con la concepción eurocéntrica de Aristóteles y Marsilio de Padua del vivir bien, a fin de evidenciar sus lógicas distintas, pero buscando puntos

---

<sup>348</sup> Tres meses. Por lo que considero importante, en futuros trabajos, profundizar la investigación en la misma comunidad de La Toglla, entrevistando a otras personas que forman parte de la comunidad; y ampliar la investigación a otras comunidades representantes de los señoríos norandinos.



de intersección que puedan ser útiles para aproximarse a una conceptualización de este principio, desde distintos aportes.

Otros aportes valiosos, identificados en la investigación, fueron los de los Estudios Decoloniales, que plantean resignificar la democracia y la necesidad de realizar el proceso de decolonialidad del ser, que es la toma de conciencia de la situación de ser colonizado que obliga a construir maneras distintas para pensarse a sí mismo como un ser humano con todos los atributos y todos los derechos.

A partir del proceso de decolonialidad del ser, se puede avanzar en el proceso de construcción de sujetos de derechos; la suma de estos procesos permite la construcción de relaciones distintas con los otros y lleva a la organización social y a ejercer el derecho de participación como emancipación, como reivindicación, como liberación.

De los modelos de democracia alternativos al representativo, destaco los elementos claves que permiten perfeccionar el derecho a la participación social en el momento legislativo.

De la democracia participativa, el hecho de que propende a recuperar el fundamento de la democracia, al fijar la necesidad de participación social directa en la adopción de decisiones políticas. De la democracia deliberativa, el establecer que, para la adopción de decisiones, se precisa el debate y la deliberación, en un procedimiento que recuerda y recrea, en cierta medida, al del logro de la *sanior pars* medieval; para lo cual, se requiere contar con la participación y el consentimiento de quienes pueden verse afectados con el contenido de las decisiones, a fin de lograr una decisión que sea expresión de la justicia.

Para superar la dificultad de la implementación del modelo deliberativo, propongo reconocer y denunciar las causas estructurales de esta dificultad, derivadas del modelo económico del capitalismo, que determina la desigualdad económica; y del patrón de poder colonial, que determina exclusión y discriminación y relaciones de poder inequitativas.

Igualmente, es necesario demandar del Estado el cumplimiento de sus obligaciones para crear condiciones objetivas a fin de que en el espacio del procedimiento legislativo, las personas y grupos sociales, puedan participar en condiciones de igualdad, y que los participantes de la sociedad lo recuperen como un espacio de deliberación real y no se convierta en un mero formalismo procedimental. Al respecto, es necesario profundizar la reflexión sobre los elementos de la teoría habermasiana de la democracia como deliberación.

Del modelo de democracia radical el elemento clave que destaco es considerar que la finalidad del diálogo democrático no puede ser el establecimiento de un consenso estable, que niegue la posibilidad, siempre presente, de que la participación social promueva cambios de un consenso cuando éste ya no los representa.

Con los aportes de la Filosofía y democracia indígenas, de los estudios decoloniales y de los modelos de democracia participativa, deliberativa, radical e intercultural, al tema de la participación social en el procedimiento legislativo, puedo perfilar un modelo de democracia en

donde son centrales el valor de la justicia, el reconocimiento de los sujetos de derecho como actores sociales participantes; el saber escuchar, obedecer y decir la verdad; el pedir el consejo de las personas de mayor experiencia; y la exigencia del cumplimiento de las condiciones objetivas de igualdad en la participación, que den legitimidad al proceso y permitan un verdadero respeto por los argumentos de los participantes, reconociendo que los consensos a los que puede arribarse son momentáneos y siempre objeto de transformación, en tanto representen progresividad y no regresividad en materia de derechos fundamentales y de principios.

Sólo de esta manera puede establecerse un diálogo que permita llegar a la decisión que sea la expresión de la justicia y del bien común, la decisión más sentida y querida por las personas y grupos sociales en un momento dado.

Bajo estos parámetros, el interlocutor estatal; que, en el caso de los proyectos de ley, son los asambleístas y el Presidente, debe escuchar, reconocer y respetar todas las voces, los argumentos y las propuestas de los participantes, a fin de llegar a establecer a través del debate los mejores argumentos y las propuestas legítimas y justificadas, identificados con los valores y principios constitucionales, fundamentalmente, con la justicia, y plasmarlos en los proyectos de ley.

La vigencia del derecho a la participación social en el momento de creación de las leyes es importante, porque permitirá la expresión de los elementos del marco analítico, referidos a lograr el control directo e inmediato de las actuaciones de la autoridad legislativa por parte de las personas y grupos sociales, el diálogo racional y libre que permita contar con el asentimiento de quienes pueden verse afectados, el respeto de las condiciones de comunicación para el libre procesamiento de temas y contribuciones, informaciones y razones; y una base razonable de igualdad, libre de coerción, a fin de que puedan expresar sus verdades, sus intereses y justificarlos con argumentos genuinos, y lograr establecer un control social sobre el contenido material de los proyectos de ley y el procedimiento para su elaboración.

El marco del proyecto político de la interculturalidad permite construir procesos de participación democrática, resignificados desde las diferentes filosofías y culturas; que, al confluir en el procedimiento legislativo, puedan hacer escuchar diferentes voces al momento de decidir el contenido material de una ley.

El desafío es imaginar, buscar, proponer maneras para crear y fortalecer las alianzas y articulaciones entre los distintos grupos y movimientos sociales para establecer una estrategia común de organización y realización de procesos de exigibilidad ante el poder frente a proyectos de ley inconstitucionales que amenazan violar los derechos fundamentales.

Luego del análisis del procedimiento legislativo adoptado para la expedición del proyecto de ley de Minería, establezco la violación al derecho a la participación social, por lo que considero indispensable ampliar la legitimidad activa del control previo de constitucionalidad de proyectos de ley como instrumento eficaz y oportuno para prevenir la

violación de derechos fundamentales, que corrija la actuación del poder legislativo y evite la expedición de normativa contraria a los valores y principios constitucionales.

Es importante que el proceso en sede constitucional se convierta en un espacio de participación social y de deliberación, a fin de que las decisiones de la Justicia Constitucional respeten la voluntad soberana originaria del pueblo, que no puede admitir la expedición de leyes contrarias a la Constitución.

## BIBLIOGRAFÍA

- Abbagnano, Nicola, *Diccionario de Filosofía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1963.
- Arrieta, Aquiles, “Vicisitudes reformistas, aportes republicanos al caso colombiano”, en Andrés Hernández, compilador, *Republicanismo contemporáneo, igualdad, democracia deliberativa y ciudadanía*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2002.
- Ávila, Ramiro, “Ecuador, estado constitucional de derechos y justicia”, en Ramiro Ávila, *Constitución del 2008 en el contexto andino*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Alegre, Miguel Ángel, *El resurgimiento del debate sobre el control previo de constitucionalidad en España, experiencias y perspectivas*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx), visitado 27 de septiembre de 2010.
- Baiocchi, Gianpaolo, “Participación, activismo y política: el experimento de Puerto Alegre”, en *Democracia en profundidad, s/c*, Universidad Nacional de Colombia, 2003.
- Barona, Guido y otro, editores, *Memorias primer seminario internacional de etnohistoria del norte de Ecuador y sur de Colombia*, Cali, Universidad del Valle, 1995.
- Bouzat, Gabriel, *La argumentación jurídica en el control constitucional, una comparación entre la judicial review y el control preventivo y abstracto de constitucionalidad*, Seminario La jurisdicción constitucional, Universidad Diego Portales de Chile, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, 1995.
- Castro Gómez, Santiago, en Fernando Garcés, “De la interculturalidad como armónica relación de diversos a una interculturalidad politizada”, en Jorge Viaña, *Interculturalidad crítica y descolonización, fundamentos para el debate*, La Paz, Convenio Andrés Bello, Instituto Nacional de Integración, 2009.
- De Sousa Santos, Boaventura, *De la mano de Alicia*, Bogotá, Siglo del Hombre editores, 1995.
- De Sousa Santos, Boaventura *Democratizar la democracia, los caminos de la democracia participativa*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2004.
- De Sousa Santos, Boaventura *Democracia y participación, el ejemplo del presupuesto participativo*, España, Ediciones El Viejo Topo, 2003.
- De Sousa Santos, Boaventura, “Pluralidad de los campos jurídicos”, en *La globalización del derecho, los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, traducido por César Rodríguez, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1998.
- De Sousa Santos, Boaventura, *Refundación del Estado en América Latina, perspectivas desde una epistemología del Sur*, Quito, Abya Yala, 2010.
- Díaz Polanco, Héctor, *Elogio de la diversidad, globalización, multiculturalismo y etnofagia*, México, Siglo XXI Editores, 2006.
- Castañeda, Felipe, “Pueblo intonso, pueblo asnal”: la democracia directa desde Marsilio de Padua, en Rodolfo Arango, *Filosofía de la democracia, fundamentos conceptuales*, Bogotá, Siglo del Hombre editores, 2007.

- Dworkin, Ronald, “Igualdad, democracia y constitución, nosotros, el pueblo, en los tribunales”, en Miguel Carbonell y otro, editores, *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.
- Estermann, José, *Filosofía andina: estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina*, Quito, Abya Yala, 1998.
- Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo*, Madrid, Editorial Trotta, 2008.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, Madrid, Editorial Trotta, 2001.
- Ferrajoli, Luigi, “La democracia constitucional”, en Christian Courtis, *Desde otra mirada, textos de teoría crítica del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2001.
- Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Editorial Trotta, 2001.
- Fung, Archon, *Deliberation before the revolution, toward an Ethics of deliberative democracy in an unjust world*, Harvard University, Political Theory, Vol. 33, No. 2, 2005.
- Fung, Archon, “Experimentos en democracia deliberativa, una introducción”, en Andrés Hernández, *Republicanism contemporáneo: igualdad, democracia deliberativa y ciudadanía*, Bogotá, Siglo del Hombre, CIDER, 2002.
- Gargarella, Roberto, “¿Judicialización de los derechos sociales?” en Marcelo Alegre y Roberto Gargarella, *El Derecho a la Igualdad, aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, LexisNexis Argentina S.A., 2007.
- Gargarella, Roberto, *Teoría y crítica del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.
- Goodhart, Michael, *Democracy as human rights: freedom and equality in the age of globalization*, New York, Taylor and Francis Group, 2005.
- Grijalva, Agustín, “Derechos Humanos y democracia: complementariedades y tensiones”, en PADH, *Derechos Humanos, democracia y emancipación*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Ediciones Abya Yala, 2009.
- Grijalva, Agustín, *Human Rights and deliberative democracy in Habermas’s “Between Facts and Norms”*, Final Paper, Political Science, University of Pittsburgh, 2010.
- Grijalva, Agustín, “Régimen constitucional de biodiversidad, patrimonio natural y ecosistemas frágiles; y, recursos naturales renovables”, en *Desafíos del derecho ambiental ecuatoriano frente a la Constitución vigente*, Quito, CEDA, 2010.
- Gueniffey, Patrice, *La revolución francesa y las elecciones: democracia y representación a fines del siglo XVIII*, México, Fondo de cultura económica, 2001.
- Guerra, Francois-Xavier, “El pueblo soberano: fundamento y lógica de una ficción, países hispánicos del siglo XIX”, en Fernando Calderón, (comp.) *Socialismo, autoritarismo y democracia*, Lima, Instituto de Estudios Peruanos, IEP, CLACSO, 1989.

Habermas, Jürgen, “Democracia deliberativa. Derechos humanos y soberanía popular. Las versiones liberal y republicana”, en Rafael del Águila, *La democracia en sus textos*, Madrid, Alianza Editorial, 1998.

Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Editorial Trotta, S. A., 1998.

Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Editorial Trotta, 1998.

Held, David, *Modelos de democracia*, Madrid, Alianza Editorial, 1996.

Hurtado, Ricardo, *Tres visiones sobre la democracia: Spinoza, Rousseau y Tocqueville*, A parte rei, Revista de Filosofía 56, marzo 2008, en <http://serbal.pntic.mec.es>

Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Participación ciudadana*, San José, Costa Rica, IIDH, 1997.

Llásag, Raúl, “La jurisdicción indígena,” en *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*, Serie Estudios Jurídicos, Quito, Corporación Editora Nacional, UASB, 2009.

Maíz, Ramón, *¿Más allá de la democracia representativa?* Madrid, II Jornadas de Sociología Política, USC, borrador de discusión, 2003.

Martínez, José, y otro, coord., *Derechos fundamentales, movimientos sociales y participación, aportaciones al debate sobre la ciudadanía*, Madrid, Editorial Dykinson, 2003.

Mejía, Oscar, “Tribunal Constitucional, desobediencia civil y democracia deliberativa: el paradigma discursivo procedimental frente al dilema liberal-republicano,” en Andrés Hernández, comp., *Republicanismo contemporáneo: igualdad, democracia deliberativa y ciudadanía*, Bogotá, Siglo del Hombre, CIDER, 2002.

Mignolo, Walter, *Herencias coloniales y teorías postcoloniales*, Biblioteca Virtual de Ciencias Sociales, pdf, en <http://www.cholonautas.edu.pe>, revisado 31 de enero de 2010.

Mohanty, Chandra, en Rosalva Hernández, “Feminismos decoloniales: reflexiones desde el sur del Río Bravo”, en Liliana Suárez y otra, *Descolonizando el feminismo. Teorías y prácticas desde los márgenes*, Madrid, Ediciones Cátedra, 2008.

Mouffe, Chantal, “Democracy, power and the political”, en Seyla Benhabib, editora, *Democracy and difference, contesting the boundaries of the political*, New Jersey, Princeton University Press, 1996.

Naranjo Mesa, Vladimiro, *Teoría constitucional e instituciones políticas*, Bogotá, Editorial Temis, 1990.

Nino, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa Editorial, 1997.

Peña, Javier “La democracia en su historia”, en *El saber del ciudadano, las nociones capitales de la democracia*, Madrid, Alianza Editorial, S.A., 2008.

Peña Freire, Antonio “La garantía en los procesos jurídicos, la garantía en el momento judicial del Estado,” en *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Madrid, Trotta, 1997.

- Pérez Luño, Antonio, *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, Madrid, Editorial Tecnos, 1999.
- Pisarello, Gerardo “Globalización, Constitucionalismo y derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico,” en Miguel Carbonell, *Estado constitucional y globalización*, México, Editorial Porrúa, 2003.
- Pisarello, Gerardo, *Los Derechos Sociales y sus garantías, elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007.
- Pozzolo, Susana, “Breves reflexiones al margen del constitucionalismo democrático de Luigi Ferrajoli, en Miguel Carbonell y otro, editores, *Garantismo, estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Editorial Trotta, 2005.
- Prieto Sanchís, Luis, *Constitución y Democracia, Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid, Editorial Trotta, 2003.
- Prieto Sanchís, Luis, *Interpretación jurídica y creación judicial del Derecho*, Lima, Palestra Editores, 2007.
- Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Editorial Trotta, 2003.
- Quijano, Aníbal, *Colonialidad del poder, globalización y democracia*, s.c., s. e., s. f.
- Quijano, Aníbal, *Don Quijote y los molinos de viento en América Latina*, en [www.oieperu.org/documentos/ClavesQuijano.pdf](http://www.oieperu.org/documentos/ClavesQuijano.pdf), revisado 31 de enero de 2010.
- Quijano, Aníbal, *El fantasma del desarrollo en América*, Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales, 2000, Vol. 6, No. 2 (mayo-agosto), en <http://red.pucp.edu.pe/ridei/buscador/files>, revisado 31 de enero de 2010.
- Ramón, Galo, *El poder y los norandinos. La historia en las sociedades norandinas del siglo XVI*, Quito, UASB, Corporación Editora Nacional, 2006.
- Rodríguez, María Luisa, *Minorías, acción pública de inconstitucionalidad y democracia deliberativa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- Rosenkrantz, Carlos, “La teoría epistémica de la democracia revisitada,” en Harold Hongju Ko y otro, compiladores, *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Barcelona, Editorial Gedisa, 2004.
- Salas, Minor, *Interdisciplinariedad de las Ciencias Sociales y Jurídicas: ¿impostura intelectual o aspiración científica?*, Revista Ciencias Sociales, Universidad de Costa Rica, 113-114: 55-69 / 2006 (III-IV) ISSN: 0482-5276.
- Salazar, Pedro, *La democracia constitucional, una radiografía teórica*, México, D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2006.
- Salvat, *La Enciclopedia*, Madrid, Salvat Editores, tomo 19, 2004.
- Sanín, Ricardo, *Teoría crítica constitucional, rescatando la democracia del liberalismo*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas: Grupo Editorial Ibáñez, 2009.

Steffan, Heinz, *Bases de la democracia participativa*, Editorial 21, Buenos Aires, 2001.

Venutti, Lawrence, en Antonio Sousa Ribeiro, *La traducción como metáfora de la contemporaneidad. Pos colonialismo, fronteras e identidades*, s/p., [http://www.eurozine.com/articles/article\\_2005-07-18-ribeiro-pt-html](http://www.eurozine.com/articles/article_2005-07-18-ribeiro-pt-html)

Vollet, Matthias, “Vestigios protodemocráticos en la Edad Media tardía: Marsilio de Padua, Nicolás de Cusa”, en Rodolfo Arango, *Filosofía de la democracia, fundamentos conceptuales*, Bogotá, Siglo del Hombre editores, 2007.

Walsh, Catherine, “Democracia, Interculturalidad y ciudadanía: reflexiones críticas”, en *Una experiencia de participación para la decisión, Diez años del sistema distrital de cultura*, Bogotá, Alcaldía Mayor de Bogotá, Instituto Distrital de Cultura y Turismo, 2005.

Walsh, Catherine, “Interculturalidad, plurinacionalidad y razón decolonial: refundares político-epistémicos en marcha,” en Albagli, Sarita, y otras, (edits). *Conocimiento, capital y desarrollo: dialécticas contemporáneas*, Buenos Aires, Editora La Crujía, 2010.

Walsh, Catherine, “Interculturalidad, plurinacionalidad y razón decolonial: refundares político-epistémicos en marcha,” en Catherine Walsh, *Desde: ... Abya Yala, Temas de interculturalidad crítica*, Chiapas, 2009.

Walsh, Catherine, “(Re) pensamiento crítico y (de) colonialidad,” en *Pensamiento crítico y matriz (de) colonial, reflexiones latinoamericanas*, Quito, UASB-Abya Yala, 2005.

Wolin, Sheldon, “Fugitive democracy” en Seyla Benhabib, editor, *Democracy and difference, contesting the boundaries of the political*, New Jersey, Princeton University Press, 1996.

Young, Iris, *Inclusion and democracy*, New York, Oxford University Press, 2000.

Zagrebelsky, Gustavo, *La exigencia de la justicia*, Madrid, Editorial Trotta, 2006.

Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Editorial Trotta, 1997.

Zizek, Slavoj, “A propósito de Lenin. Política y subjetividad en el capitalismo tardío”, en Díaz-Polanco, *Elogio de la diversidad, globalización, multiculturalismo y etnofagia*, México, Siglo XXI Editores, 2006.

## **Entrevistas**

Diana Atamaint, asambleísta de Pachakutik, realizada en su despacho de la Asamblea Nacional, Quito, 20 de septiembre de 2010.

Rosa Cabrera, mujer líder indígena de la comunidad La Toglla, realizadas el 12 de junio y el 24 de octubre de 2010.

Raúl Llásag, docente del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, realizada en la visita a la comunidad La Toglla, el 24 de octubre de 2010.

César Montúfar, asambleísta por la provincia de Pichincha, realizada en su despacho de la Asamblea Nacional, Quito, 27 de septiembre de 2010.

Pablo Ospina, docente del Área de Gestión de la Universidad Andina Simón Bolívar, en la UASB, Quito, 7 de septiembre de 2010.



Rosemarie Terán, docente del Área de Historia de la Universidad Andina Simón Bolívar, en la UASB, Quito, el 7 de octubre de 2010.

### **Marco normativo ecuatoriano**

Constitución de la República del Ecuador de 2008.

Ley Orgánica de la Función Legislativa.

Mandato Constituyente No. 23, de conformación de la Comisión Legislativa y de Fiscalización.

Reglamento Orgánico Funcional de la Asamblea Nacional.

Ley de Minería publicada en el R.O.S. No. 517 de 29 de enero de 2009.

### **Documentos oficiales**

Oficio No. 57-CEDEP, de 12 de diciembre de 2008, suscrito por Irina Cabezas, presidenta de la Comisión de Desarrollo Económico y Producción de la Comisión de Legislación y Fiscalización.

### **Jurisprudencia**

Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 001-10-SIN-CC, caso No. 008-09-IN y 011-09-IN.

### **Derecho Comparado**

Constitución de Colombia, en <http://www.procuraduria.gov.co/guiamp>, revisado 4 de noviembre de 2010.

Constitución de la República Francesa, en <http://www.solon.org/Constitutions/France>

*Constitution of Maryland*, <http://www.lonang.com/exlibris/organic>, revisado 22 de septiembre de 2010.

Constitución Política de la República de Chile, en Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, <http://www.leychile.cl/navegar>, revisado 4 de noviembre de 2010.

Declaración de Derechos de Virginia del 12 de julio de 1776, Argentina, <http://www.fmmeducación.com.ar/Historia/documentoshist/>, revisado 22 de septiembre de 2010.

Ley de Justicia Constitucional del Estado de Coahuila, en <http://sgob.sfpcoahuila.gob.mx/admin/uploads>, revisado 27 de septiembre de 2010.

Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica de 1989, en <http://www.enj.org/portal/biblioteca>, revisado 27 de septiembre de 2010.

Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, de 6 de julio de 2010.

*Proyecto de Constitución Girondina*, 1793. <http://commons.wikimedia.org> <http://mjp.univ-perp.fr/france/co1793pr.htm>, revisado, 23.08.10.

### **Internet**

<http://commons.wikimedia.org> <http://mjp.univ-perp.fr/france/co1793pr.htm>, revisado, 23.08.10.

<http://ecuador.indymedia.org> revisado 15 de octubre de 2010.

[http://en.wikipedia.org/wiki/ Graphē paranómōn](http://en.wikipedia.org/wiki/Graph%C3%A9_paran%C3%B4m%C3%B4n), revisado, 23.08.10.

## **Anexo 1.**

El control previo de constitucionalidad es una de las modalidades del control de constitucionalidad y ha sido implementado en algunos países de América Latina, siguiendo el modelo francés de control de constitucionalidad.

### **Francia.**

En el Art. 61 de la Constitución francesa de 1958,<sup>349</sup> se establece que las leyes orgánicas y reglamentos de las asambleas parlamentarias, antes de su puesta en aplicación, deben ser puestas a consideración del Consejo Constitucional, CC, para que se pronuncie sobre su conformidad con la Constitución. La legitimidad para someter las leyes al CC, antes de su promulgación, corresponde al Presidente de la República, al Primer Ministro o al Presidente de la Asamblea Nacional, al Presidente del Senado, o a un número de 60 diputados o 60 senadores. En los casos previstos, el CC debe resolver en el término de un mes. En casos de urgencia y ante la petición del gobierno, el plazo se restringe a 8 días. En los mismos casos, cuando el CC avoca conocimiento, suspende el plazo de promulgación.

El Art. 62 de la Constitución francesa establece que una disposición declarada inconstitucional no puede ser promulgada ni puesta en aplicación. Las decisiones del CC no son susceptibles de ningún recurso, se imponen a los poderes públicos y a todas las autoridades administrativas o jurisdiccionales.

Esta situación, como advierte Julian LaFerriere, puede conllevar a la ausencia de control previo de constitucionalidad de las leyes, cuando las diversas funciones del Estado conciertan para dejar de ejercerlo, por lo que propone que este control sea de carácter obligatorio.<sup>350</sup>

Las modalidades que puede adoptar la sentencia de control previo son la interpretación conforme o condicionada<sup>351</sup> o a través de indicaciones sobre la manera en que debe ser completada por el legislador.<sup>352</sup>

---

<sup>349</sup> Constitución de la República Francesa, en <http://www.solon.org/Constitutions/France>

<sup>350</sup> Mario Alberto Becerra, *El control constitucional previo o preventivo de las leyes tributarias como medio complementario al juicio de amparo fiscal*, en [www.tuobra.unam.mx](http://www.tuobra.unam.mx), revisado 27 de septiembre de 2010.

<sup>351</sup> Considerándolas conformes con ciertas cautelas; esta técnica admite cuatro variantes: a) Considerar a la norma conforme a la Constitución, a condición de que no sea interpretada de una determinada manera, de acuerdo con la cual sí sería inconstitucional; b) Completar la ley, realizándose una labor de integración, en casos en que el legislador haya omitido un extremo fundamental para su constitucionalidad; c) Establecer en la decisión directivas dirigidas a los operadores políticos, indicando la manera en que la ley deberá ser aplicada para que pueda ser considerada constitucional; y d) Neutralizar la ley, o sea no la declara inconstitucional, pero la priva de efectos jurídicos.

<sup>352</sup> Mario Alberto Becerra, *El control ... op. cit.*

### **Chile.**

El Art. 93, numeral 3, de la Constitución de Chile<sup>353</sup> establece que el Tribunal Constitucional, TC, tiene atribución para resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley. El TC solo podrá conocer de la materia a juicio del presidente de la república, de cualquiera de las cámaras o de una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, siempre que sea formulado antes de la promulgación de la ley [...] y en caso alguno después del quinto día del despacho del proyecto.

El TC deberá resolver dentro del plazo de 10 días contado desde que reciba el requerimiento, a menos que decida prorrogarlo hasta por otros 10 días por motivos graves y calificados. El requerimiento no suspenderá la tramitación del proyecto, pero la parte impugnada de éste no podrá ser promulgada hasta la expiración del plazo referido, salvo que se trate del proyecto de ley de presupuestos o del proyecto relativo a la declaración de guerra propuesta por el Presidente de la República.

El Art. 94, inciso 2 de la Constitución chilena establece que las disposiciones que el Tribunal declare inconstitucionales no podrán convertirse en ley en el proyecto o decreto con fuerza de ley de que se trate.

### **Colombia.**

El Art. 241, numeral 8, de la Constitución de Colombia<sup>354</sup> establece que la Corte de Constitucionalidad cumplirá la función de decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material, como por vicios de procedimiento en su formación.

En el sistema colombiano el control previo de constitucionalidad está previsto para los proyectos de leyes estatutarias, que es incoado por el presidente de la República<sup>355</sup> o por el presidente del Congreso, respectivamente; en este último caso, la Corte Constitucional puede conocer de oficio sobre la constitucionalidad del proyecto.

### **Bolivia.**

En el sistema boliviano se admite la consulta de constitucionalidad de proyectos de ley, para la cual están legitimados exclusivamente, el presidente del Estado, cuando se trate de proyectos de ley de iniciativa del Órgano Ejecutivo; el presidente de la Asamblea Legislativa, tratándose de proyectos de ley, cuando la consulta fuere aprobada por Resolución del Pleno de

---

<sup>353</sup> Constitución Política de la República de Chile, en Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, <http://www.leychile.cl/navegar>, revisado 4 de noviembre de 2010.

<sup>354</sup> Constitución de Colombia, en <http://www.procuraduria.gov.co/guiamp>, revisado 4 de noviembre de 2010.

<sup>355</sup> Art. 241, numeral 8 de la Constitución de Colombia.

la Asamblea Legislativa o por una de sus Cámaras y el presidente del Tribunal Supremo de Justicia o del Tribunal Agroambiental, previa aprobación de Sala Plena, en caso de proyectos de ley en materia judicial y reforma de los Códigos.<sup>356</sup>

### **México.**

El Art. 90 de la Ley de Justicia Constitucional del Estado de Coahuila<sup>357</sup> establece que el gobernador del Estado puede solicitar la opinión del Pleno del Tribunal Superior de Justicia del Estado sobre el proyecto de ley vetado, el Congreso podrá suspender, por mayoría, el procedimiento legislativo en espera de dicha opinión. En el caso de declarar el Tribunal la inconstitucionalidad del proyecto, será vinculante para el Poder Legislativo.

Cuando el Poder Legislativo, por mayoría absoluta, decida no suspender el procedimiento legislativo, lo hará saber al Poder Ejecutivo y al Tribunal Superior de Justicia del Estado, quien declara sin materia la solicitud de opinión. Antes esta última hipótesis, lo mismo que en la que haya sido aprobado el texto original del proyecto por la dos terceras partes de los votos de los legisladores, podrá interponerse la acción de inconstitucionalidad, tras la entrada en vigor del texto de la ley impugnada en vía previa.

### **Costa Rica.**

El Art. 96 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica<sup>358</sup> establece que por la vía de la consulta de constitucionalidad, la jurisdicción constitucional ejercerá la opinión consultiva previa sobre proyectos legislativos de reformas constitucionales, o de reformas a la Ley de la Jurisdicción Constitucional, de los tendientes a la aprobación de tratados internacionales; b) otros proyectos de ley.

El control se activa a solicitud de la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Supremo de Elecciones o la Contraloría General de la República, o el Defensor de los Habitantes.

---

<sup>356</sup> Art. 134 de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, de 6 de julio de 2010.

<sup>357</sup> Ley de Justicia Constitucional del Estado de Coahuila, en <http://sgob.sfpcihuahua.gob.mx/admin/uploads>, revisado 27 de septiembre de 2010.

<sup>358</sup> Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica de 1989, en <http://www.enj.org/portal/biblioteca>, revisado 27 de septiembre de 2010.