

Evolución de los derechos fundamentales en el constitucionalismo ecuatoriano¹

Ramiro Avila Santamaría²

Resumen ejecutivo

La evolución de los derechos fundamentales en el constitucionalismo ecuatoriano se puede apreciar desde distintas perspectivas. Una de ellas desde el carácter ideológico, que está vinculado a las luchas y reivindicaciones sociales, y otra desde la estructura del Estado, que tiene relación con el tratamiento de los derechos y la organización política. Desde la primera perspectiva, podemos encontrar una tendencia liberal-conservadora, durante todo el siglo XIX, que reconoció básicamente los derechos de libertad y los derechos políticos desde una perspectiva extremadamente restringida. Desde la Constitución de 1929 hasta la de 1967 encontramos una segunda tendencia, influenciada por el movimiento obrero y por los partidos y movimientos vinculados al socialismo, en la que se reconocen los derechos sociales, labores, económicos y culturales. Finalmente, tenemos una tendencia, que comienza con la constitución de 1998 y se refuerza con la Constitución del 2008, en la que es notable el reconocimiento de la diversidad cultural y reconocimiento de la colonialidad. Desde la segunda perspectiva, el Estado ha ido reconociendo progresivamente garantías. Sin embargo, la práctica y la estructura del Estado, basada en un sistema presidencialista, sigue siendo un obstáculo para su efectiva vigencia.

Palabras clave

Evolución. Derechos fundamentales. Periodización. Garantías. Luchas sociales.

Tabla de contenidos

Introducción. I. Periodización de la evolución de los derechos en el constitucionalismo ecuatoriano. II. Los derechos en el constitucionalismo pre-moderno: la Constitución de 1812. III. Los derechos en el constitucionalismo moderno-estado legal: desde la Constitución de 1830 hasta la de 1998. 1. Constitucionalismo conservador: desde la Constitución de 1830 hasta la de 1883. 2. Constitucionalismo liberal-laico: Constituciones de 1897 y de 1906. 3. Constitucionalismo social: desde la Constitución de 1929 hasta la de 1979. 4. Constitucionalismo neoliberal: Constitución de 1998. IV. Los derechos en el constitucionalismo postmoderno-estado constitucional: Constitución de 2008. V. Reflexiones finales sobre la evolución de los derechos fundamentales en el constitucionalismo ecuatoriano. 1. La evolución progresiva de los derechos. 2. La clasificación de los derechos. 3. La teoría general de los derechos fundamentales. 4. Las garantías. 5. La ciudadanía. 6. La relación derechos con movimientos y luchas sociales. Bibliografía.

¹ Este ensayo fue presentado como ponencia el Congreso Ecuatoriano de Historia 2012 (Montecristi), dentro del Simposio Principal sobre Historia Constitucional, y fue realizado gracias al apoyo del Comité de Investigaciones de la Universidad Andina Simón Bolívar-Ecuador.

² Doctor en jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE), Master en Derecho de Columbia University (New York). Actualmente se desempeña como docente de planta del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador. ravila@uasb.edu.ec

Introducción

Ecuador ha tenido veinte constituciones, sin contar la primera expedida en 1812 (que no fundó propiamente al Ecuador como República, que hasta puede discutirse si realmente fue un documento constitutivo de un estado y que, más bien, fue un acto de respaldo a la Corona Española que había sido temporalmente desplazada por Francia). Ecuador, como sostiene el historiador ecuatoriano Enrique Ayala Mora (y que resume nuestro proceso constitucional):

Tiene un record en la adopción de nuevas constituciones. Pero esto no se debe fundamentalmente a la necesidad de cambios sino, más bien, a la inestabilidad política, que ha traído consigo dictaduras frecuentes. En medio del enfrentamiento político se han establecido gobiernos de hecho y se ha roto o derogado la Constitución vigente. Al cabo de un tiempo de régimen dictatorial, se ha vuelto al régimen jurídico mediante la emisión de una nueva Constitución que, por lo general, ha entrado en vigencia con un nuevo gobierno electo.³

Efectivamente, en la gran mayoría de constituciones, al final, en las disposiciones transitorias, encontramos la clave del cambio constitucional: “Por esta vez nombrará la presente Convención el Presidente...” y seguía una lista de altos funcionarios de estado. En esta lógica, no hay que tener mayores expectativas de encontrar cambios sustanciales en materias como las de derechos fundamentales o la organización del poder. Como bien anota Wray: “las modificaciones entre una carta política y la siguiente, son generalmente poco significativas en lo atinente al reconocimiento de garantías ciudadanas y a los principios fundamentales llamados a regir las relaciones sociales.”⁴

Por esta razón podemos encontrar grandes tendencias, que tienen relación con el pensamiento jurídico dominante y también con las demandas sociales, y que no necesariamente coinciden con una nueva constitución, que, enfatizamos, “ha servido más como símbolo de legitimidad política para el poder, que como norma fundante de las demás en el ordenamiento jurídico.”⁵

En este ensayo haremos, en primer lugar, una periodización que recoja estas grandes tendencias de pensamiento y de luchas sociales que tuvieron impacto en los derechos fundamentales. En un segundo momento, a la luz de esta periodización analizaremos las constituciones expedidas a lo largo de la historia republicana ecuatoriana. Finalmente, haremos un balance de la evolución de los derechos desde una perspectiva jurídica y en lo posible histórica-social.

Hay que reconocer, como advertencia metodológica, que la realidad ni las constituciones se ajustan perfectamente al modelo teórico y que, por consiguiente, podríamos encontrar aspectos de ciertas constituciones que encuadran dentro de otras clasificaciones. Así, por ejemplo, la Constitución de 2008, que proclama que el estado es plurinacional y que por tanto se rompe con la lógica del estado nacional moderno, es propia de un derecho y un estado postmoderno; sin embargo, en la misma constitución, por el hiperpresidencialismo, encontramos también la posibilidad de construcción de un fuerte estado nacional, centralizado, vertical, monolegal. De igual modo, en el constitucionalismo conservador encontramos como nota característica la invocación a dios en los Preámbulos, pero eso no quita que Constituciones producidas en siglo XX, como la de 1946, invoquen a dios y por eso se conviertan en conservadoras. La

3 Enrique Ayala Mora, *Ecuador patria de todos*, Universidad Andina Simón Bolívar – Corporación Editora Nacional, 2da Edición, Quito, 2004, p. 190.

4 Alberto Wray Espinosa, “El sistema jurídico ecuatoriano”, en Enrique Ayala Mora (editor), *Nueva Historia del Ecuador. Volumen 13: Ensayos generales II*, Quito, CEN, 1996, p. 185.

5 *Ibidem*, p. 186.

periodización, por tanto, simplemente nos ayuda a entender los fenómenos sociales con relevancia jurídica y pretenden ayudar a la comprensión de la evolución de los derechos.

Por otro lado, el reconocimiento formal de ninguna manera significa que, en la práctica, los derechos se cumplan o sean efectivos. El divorcio entre norma jurídica y realidad social siempre, a lo largo del constitucionalismo ecuatoriano, ha sido un hecho. Por ello, si bien podríamos clasificar a algunas constituciones como sociales o igualitaristas, no significa que los obreros, campesinos, mujeres, niñas, indígenas hayan podido gozar efectivamente de sus derechos o que la exclusión en el Ecuador haya desaparecido. Más bien, los derechos, de acuerdo con la época, nos ayudan a valorar la realidad social como violaciones o respeto de los derechos y, por tanto, a considerar si un gobierno es o no ilegítimo.

Hemos intentado evitar hacer un análisis exegético y formal, descontextualizado históricamente, que haga cuenta solo de un avance numérico de derechos. Intentaremos demostrar que cada conquista normativa tiene una explicación. Temas tan profundos, como el de los derechos fundamentales, no pueden ni deben analizarse fuera de la perspectiva para la que fueron creados: limitar o legitimar el poder.

I. Periodización de la evolución de los derechos en el constitucionalismo ecuatoriano⁶

Muchos criterios podríamos utilizar para analizar la evolución de los derechos fundamentales en el constitucionalismo ecuatoriano. Uno de ellos, el más clásico, sería simplemente analizar el texto de la Constitución y hacer una enumeración de derechos conforme aparecen cronológicamente en la Constitución y hasta usando la trillada teoría occidental de las generaciones de derechos (primera, segunda y tercera).⁷ Este análisis formal sería ajeno al proceso social que siempre, cualquier derecho reconocido constitucionalmente, debe dar cuenta. Otro análisis, también clásico, sería asociar las Constituciones a los períodos de influencia política de los presidentes, que sería una aproximación episódica propia de la historiografía descriptiva, que tampoco da cuenta de los procesos sociales ni de la relación entre los reconocimientos de derechos con las luchas por su reconocimiento.⁸ Periodizar en base al constitucionalismo del siglo XIX, XX y XXI, que efectivamente con este criterio podríamos encontrar características distintas, tampoco ofrecería mayores luces al análisis. Quizá estos criterios hay que desecharlos porque se trata de “una visión histórica que seguía la trayectoria de las estructuras de poder y sus agentes, así como disimulaba las profundas fracturas sociales... Los excluidos de esas narrativas (mujeres, indios, negros, plebe), tuvieron que esperar décadas para ingresar en el universo del relato histórico pues simplemente se consideraba que no encarnaban la nación.”⁹

⁶ En esta parte se sigue el esquema, se amplía y se corrige el contenido de la propuesta planteada en Ramiro Avila Santamaría, *Neoconstitucionalismo transformador. El estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Quito, Abya Yala-UASB, 2011, pp. 83-99.

⁷ Véase, por ejemplo, Galo Chiriboga Zambrano y Hernán Salgado Pesantez, *Derechos fundamentales en la Constitución Ecuatoriana*, Quito, ILDIS, 1995. También Judith Salgado, *Son nuestros derechos. Derechos humanos y garantías constitucionales*, Quito, INREDH, 2000.

⁸ Jaime Breilh Paz y Miño y Fanny Herrera, *El proceso juliano. Pensamiento, utopía y militares solidarios*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar-Ecuador-Corporación Editora Nacional, 2011, p. 14.

⁹ Guillermo Bustos Lozano, “El Bicentenario: legados y nuevas perspectivas”, en El Comercio, *La Revolución de Quito 1809-1812*, Corporación Editora Nacional-Universidad Andina Simón Bolívar-Ecuador, 2012, p. 3.

Una periodización de la historia, que se acerca a nuestra pretensión de comprender los avances de los derechos con los procesos sociales, lo encontramos en la propuesta de Enrique Ayala Mora, que divide a la época republicana en tres grandes períodos: el proyecto nacional criollo (1830-hasta finales del siglo XIX), proyecto nacional mestizo (principios del siglo XX hasta los años sesenta), proyecto nacional de la diversidad (años sesenta hasta la actualidad).¹⁰ Si bien utilizaremos como referencia las caracterizaciones de estas épocas, intentaremos explicar el fenómeno jurídico y social a partir de las constituciones. De ahí que utilizaremos otras categorías ligeramente diferentes.

Para realizar un análisis que tome en cuenta tanto la teoría del derecho como la teoría social, utilizaremos tres criterios, que creemos pueden ayudar a caracterizar la evolución de los derechos en el constitucionalismo: (1) el uno tiene relación con la modernidad. Esta clasificación, sugerida por Santos, divide al constitucionalismo en tres tipos¹¹: (i) el antiguo o premoderno, que existió hasta antes de la independencia de la corona española, que era flexible e informal, autoritario y vertical, y que podríamos considerar que corresponde a nuestro período colonial-hispánico; (ii) el moderno, que comienza con la independencia de la colonia española y corresponde al estado nacional, es un constitucionalismo reduccionista, monocultural, jurídicamente monista, centralizado, en el que la constitución en la práctica no tiene fuerza vinculante, y está estrechamente relacionado con la economía capitalista; y (iii) el postmoderno, que rescata el constitucionalismo oculto, practicado por otras nacionalidades, en particular las indígenas, es plurinacional y correspondería a un modelo distribuidor, reconocedor y demo-diverso, que camina hacia un modelo económico post-capitalista.

(2) El segundo criterio es de carácter ideológico, que está en función de las ideologías predominantes. Las dos grandes tendencias serían las libertarias y las igualitaristas, entendiendo por las primeras aquellas que ponen al centro a un ser humano libre, racional, individual, agente económico y centrado en la titularidad de la propiedad; en esta tendencia, a la que podemos llamar propiamente como “liberal”, el estado es el mínimo necesario para poder garantizar las transacciones comerciales. La tendencia igualitarista, en cambio, pone el acento en un ser humano colectivo y solidario, titular de múltiples derechos necesarios para vivir individual y socialmente, en particular los derechos económicos y sociales; esta tendencia se aproxima al comunismo y en este modelo el estado es fuerte y radicalmente democrático. Desde esta lógica, distinguiríamos cinco períodos: (i) conservador, estrechamente vinculado con la religión católica, que se basa en la desconfianza de la democracia, en la acumulación de riqueza, en la restricción de la ciudadanía y en el reconocimiento de derechos sólo para sectores privilegiados de la sociedad; (ii) liberal-laico, relacionado con la separación de la religión del estado, con el auge de la ideología liberal, la modernización del estado para garantizar el libre flujo de bienes en el mercado, con el surgimiento del sujeto burgués en el escenario político, que compartirá el poder con el terrateniente, y con la garantía del derecho a la propiedad; (iii) social, que sin duda tiene relación con las ideas socialistas del siglo XIX y las revoluciones mexicana y rusa de principios de siglo, con el surgimiento del actor obrero-campesino, y con el reconocimiento de los derechos sociales y económicos; (iv) neoliberal, en la que se proclama la ideología liberal en un contexto global, caracterizada por la prevalencia del interés privado, de un estado

¹⁰ Enrique Ayala Mora, “Periodización de la historia del Ecuador”, en Enrique Ayala Mora (editor), *Nueva Historia del Ecuador. Volumen 13: Ensayos generales II*, Quito, CEN, 1996, pp. 240-250.

¹¹ Boaventura de Sousa Santos, “El Estado Plurinacional, puerta para una sociedad democrática”, en Alberto Acosta y Esperanza Martínez, compiladores, *Plurinacionalidad. Democracia en la diversidad*, Abya Yala, 2009, p. 31-37.

defensor de de las empresas y del capital, y del reconocimiento de derechos sin vigencia real; (v) igualitarista, que tiene relación con el reconocimiento profundo de las diversidades, con la emergencia de movimientos sociales que lograron influir en la definición de ciertos aspectos de la Constitución, con la promoción de la igualdad material, con la aspiración radical de distribución de riqueza y de los bienes sociales, con el reconocimiento del saber indígena y una propuesta utópica no occidental, también relacionada con el reconocimiento de la *Pachamama* (los derechos de la naturaleza) y el *Sumak Kawsay* (el buen vivir).

El último criterio, más normativo, tiene relación con el modelo de estado en función del valor de las normas de derechos fundamentales y de sus garantías. En esta clasificación distinguimos: (i) estado absoluto, que es un modelo en el que la autoridad está sobre la ley y la diseña en función de sus intereses; (ii) estado legal de derecho, que se caracteriza por la capacidad del parlamento para ser el órgano de cierre en relación a la interpretación y aplicación de la Constitución, con garantías jurisdiccionales de derechos restrictivas, bajo la premisa que el espectro de actuación política debe ser amplio; y (iii) estado constitucional de derechos, en el que la Constitución y los derechos fundamentales que contiene, determinan el fin del estado, someten al parlamento, y se cuentan con garantías reforzadas para la reivindicación de derechos. En este modelo podemos encontrar dos vertientes; la una en la que el órgano de interpretación auténtica y última es jurisdiccional (corte o tribunal constitucional); la otra en la que todas las personas, las titulares de la soberanía y de los derechos se les reconoce la capacidad de interpretar la constitución.

Desde estos parámetros, tendríamos la siguiente periodización, que ilustraremos a lo largo del ensayo:

- I. Constitucionalismo premoderno-estado absoluto: Constitución de 1812.
- II. Constitucionalismo moderno-estado legal: desde la Constitución de 1830 hasta la de 1998.
 - a. Conservador: desde la Constitución de 1830 hasta la de 1897.
 - b. Laico: Constitución de 1906.
 - c. Social: desde Constitución 1929 hasta la de 1967.
 - d. Neoliberal-estado constitucional: desde Constitución de 1978 hasta la de 1998.
- III. Constitucionalismo postmoderno-estado constitucional
 - f. Igualitarismo: Constitución de 2008.

II. Los derechos en el constitucionalismo pre-moderno: la Constitución de 1812

Una de las consecuencias de la Revolución Francesa (1789), quizá no pensada por sus actores, fue dar inicio a un período de numerosas guerras en Europa. En este contexto, Napoleón intervino militarmente en España en el año 1808 y eligió a su hermano mayor, José Bonaparte, como rey de España. Esta invasión originó la crisis de la monarquía española y forzó a las colonias a caminar hacia la independencia.¹²

La coyuntura española generó un vacío de poder en las colonias, que fue aprovechada por las élites criollas y alentó los deseos de autonomía que se había venido desarrollando años atrás. El primer esfuerzo de gobierno criollo tuvo lugar en el año 1809, que fracasó por las pugnas entre las élites de Guayaquil, Cuenca, Pasto y Popayán que impidieron que las de Quito se impusieran, y terminó con el encierro y la muerte de

¹² Carlos Landázuri Camacho, “Crisis del antiguo régimen e invasión napoleónica a España”, en *El Comercio, op. cit.*, pp. 27-29.

estos primeros próceres de la independencia.¹³ En un ambiente tenso y de violencia, se formó una segunda junta que contó ya con una fuerza armada y que tuvo capacidad para enfrentar a las fuerzas realistas. Sin embargo, los patriotas se dividieron (moderados y radicales) en relación a la independencia de España y al carácter del nuevo Estado. La ambigüedad frente a estos temas se reflejó en la Constitución de 1812. La división fue tan grande que olvidaron el enemigo común y se enfrentaron entre sí. Al final, debilitados ya por las pugnas internas, el ejército realista los venció con facilidad.¹⁴

La sociedad de aquella época estaba marcadamente estratificada, como sucedería a lo largo del siglo XIX y cuyas huellas sentimos aún en nuestros tiempos: en la cúspide encontramos a los españoles, que eran los burócratas y los religiosos; le siguen los criollos, hijos de españoles nacidos en América, y que eran grandes hacendados; en tercer lugar encontramos a las mestizos (mezcla de blancos, afros e indios); en el penúltimo peldaño estaban los indígenas; finalmente, las personas esclavas, afrodescendientes, que trabajaban en las minas y en las plantaciones.¹⁵ Este sistema era por definición racista y la baja jerarquía justificaría la dominación y la explotación.¹⁶

Los actores políticos protagónicos, que pugnan por el ejercicio del poder, son los españoles y los criollos. “La igualdad tan anhelada por parte de los criollos americanos respecto de quienes consideraban sus pares peninsulares, no tenía cabida en el seno del proyecto de monarquismo constitucional y peor aún en la respuesta que trajo el absolutismo restaurado.”¹⁷ Los criollos querían ser tratados como iguales pero al mismo tiempo marcando la diferencia con el resto de clases sociales. Los indígenas y la “plebe urbana” eran una amenaza por las sublevaciones de los primeros y por la emergencia de los segundos.¹⁸

Los indígenas en las luchas de independencia, a pesar de ser considerados de conducta altiva, peligrosos, rústicos, feroces e ignorantes, “fueron fundamentalmente acarreados por los bandos en pugna, sea con la ayuda de los curas y religiosos, por la fuerza o por el ascendiente que sobre ellos tenían las élites locales.”¹⁹ Con esta lógica, no será difícil entender que su participación, en los espacios de poder, será absolutamente vedada. De igual modo, la exclusión sucedería con los afrodescendientes y las mujeres.

Los criollos fueron personas que recibieron la influencia de la ilustración francesa. De ahí que podemos encontrar algunas ideas de la Revolución francesa, como el pacto social, las libertades, los derechos, el bien común, la división de poderes. De esta afirmación dan fe los escritos de personas como Eugenio Espejo, que se creía criollo y que había recibido formación universitaria.²⁰

Con estos antecedentes, podemos entrar a analizar y entender la Constitución de 1812. La teoría jurídica que sustenta los derechos es la iusnaturalista-teológica: “Dios mismo como autor de la naturaleza ha concedido a los hombres para conservar su libertad, y proveer cuanto sea conveniente a la seguridad y prosperidad de todos, y cada

¹³ Alonzo Valencia Llano, “El movimiento del 10 de agosto de 1809”, en *El Comercio*, *op. cit.*, pp. 36-39.

¹⁴ Carlos Landázuri Camacho, “La segunda Junta Quiteña, 1810-1812”, en *El Comercio*, *op. cit.*, pp. 41-47.

¹⁵ Rosemarie Terán Najas, “Panorama social y político de la Audiencia de Quito, en el S. XVIII”, en *El Comercio*, *op. cit.*, p. 12.

¹⁶ Rocío Rueda Novoa, “Los afrodescendientes en la Independencia”, en *El Comercio*, *op. cit.*, p. 90.

¹⁷ Guillermo Bustos Lozano, *op. cit.*, p. 5.

¹⁸ *Ibidem*, p. 6.

¹⁹ Pablo Ospina Peralta, “Los indígenas y la insurgencia quiteña (1809-1814)”, en *El Comercio*, *op. cit.*, p. 83

²⁰ Carlos Freile, “Los hermanos Espejo, sabios y mártires”, en *El Comercio*, *op. cit.*, pp. 18-19.

uno en particular”. Más adelante, en el mismo Preámbulo, se establece que “el fin de toda asociación política es la conservación de los sagrados derechos del hombre...”

Estrechamente vinculado con esta fundamentación, encontramos la invocación, la defensa y la conservación de la religión católica (Preámbulo, Art. 4, Art. 20), al punto de no tolerar otro tipo de religión o creencia, por lo que podría ser cuestionable la idea de que se reconocía una verdadera libertad de conciencia. De hecho, “el patriotismo criollo estuvo marcado por la religión: se luchaba por la religión y por la patria.”²¹

Por primera vez, y de ahí en adelante, se invocará la teoría del contrato social, que es una de las teorías liberales más influyentes en el constitucionalismo moderno. En esta constitución se determina que se hace un “pacto solemne, y recíproco convenio de todos sus Diputados...” En el artículo primero encontramos una clara referencia a la teoría hobbesiana que justifica al estado, puesto que evita el estado de naturaleza en la que unos son amenazas para los otros: “luego que hayan recobrado la libertad civil de que se hallan privadas al presente por la opresión y la violencia, las cuales deberán ratificar estos artículos sancionados para su beneficio y utilidad común”.

La marca del colonialismo lo encontramos no sólo en la religión sino también en el reconocimiento de la dependencia con España:

En prueba de su antiguo amor, y fidelidad constante a las personas de sus pasados Reyes; protesta este Estado que reconoce y reconocerá por su Monarca al señor don Fernando Séptimo, siempre que libre de la dominación francesa y seguro de cualquier influjo de amistad, o parentesco con el Tirano de la Europa pueda reinar, sin perjuicio de esta Constitución.²²

En cuanto a los derechos, la noción de libertad es notable y aparece reiteradamente (preámbulo, Art. 1, Art. 6, Art. 14, Art. 20, Art. 34)

Los derechos políticos aluden exclusivamente a los Diputados Representantes de sus Provincias libres (Art. 7). Pero...¿Quiénes pueden ser diputados? Algunas normas más adelante se consagran un principio de exclusión, amplio e interpretable que, con algunas variaciones y precisiones, será la tónica de todo el siglo. En otras palabras, el principio de igualdad formal no sólo que no aparece sino que se establece una norma de exclusión expresa: “los sospechosos en materia de religión, los enemigos de la causa común, los neutrales, mientras no se decidan por hechos positivos, los deudores del Fisco, los que no son naturales de estos países, ni tienen carta de naturaleza librada por alguno de los Gobiernos libres de América, los menores de veinticinco años, y todos los demás comprendidos en la exclusión de las Leyes, quedan excluidos de tener parte en el Congreso y en los demás cuerpos de la Representación Nacional” (Art. 16).

La Constitución de 1812 no tiene un catálogo de derechos. Apenas encontramos, aparte de los enunciados relacionados con la libertad, dos artículos, el 20 y el 21, en el que el gobierno se obliga a todos los habitantes y les

asegura que serán inviolables sus derechos, su religión, sus propiedades y su libertad natural, y civil: y en consecuencia declara que todo vecino y habitante en el de cualquier estado, condición, y calidad que sea, puede libre y francamente exponer sus sentimientos, y sus dictámenes por escrito, o de palabra, no siendo en materia de Religión, o contra las buenas costumbres, y levantar sus quejas, y representaciones al Gobierno guardando sólo la moderación que es necesaria para la conservación del buen orden.

En suma, se reconocen los siguientes derechos, que se desprenden del texto:

- Libertad de exponer sentimientos, por escrito o palabra.
- Profesar la religión católica.

²¹ Jorge Moreno Egas, “El clero en la Independencia”, en *El Comercio*, *op. cit.*, p. 80.

²² Federico Trabucco, *Constituciones de la República del Ecuador*, Quito, Editorial Universitaria, 1975, p. 14.

- Queja.
- Empleo público.
- Legalidad de los tributos (Art. 35).

Encontramos ya la idea republicana de división de poderes: Presidente del Estado, Legislativo y Poder Judicial (Art. 9, Art. 22, Art. 34, Art. 45). No hay norma alguna sobre garantías constitucionales.

Que la Constitución de 1812 es un primer esfuerzo y grande, que logra captar el pensamiento liberal francés, con una matriz colonial y religiosa al parecer inevitable, nadie lo puede negar. Sin embargo, al mismo tiempo, inauguraré la tónica de la tradición decimonónica: un constitucionalismo de élite profundamente desconfiado y temeroso de los mestizos, los indígenas, los afrodescendientes y de las mujeres. En suma, un constitucionalismo tacaño en derechos y restringido en participación política.

III. Los derechos en el constitucionalismo moderno-estado legal: desde la Constitución de 1830 hasta la de 1998

Desde el punto de vista jurídico, el constitucionalismo moderno comprende desde la primera constitución republicana de 1830 y se caracteriza por seguir siendo colonialista en tanto las formas de dominaciones (económicas, sociales, políticas y culturales), que en esencia no cambiaron en absoluto después de la independencia. Este período, desde una perspectiva formal (hago énfasis en la idea de lo formal, puesto que desde la realidad, más allá de lo que establezcan los textos jurídicos, seguimos viviendo un sistema colonial), se prolonga hasta la expedición de la Constitución de Montecristi en 2008. El constitucionalismo moderno se identifica con el modelo legal-liberal.

El modelo legal tiene relación con el principio de legalidad, por el que todo poder público está sometido a la ley y la ley es elaborada por un grupo humano pequeño y privilegiado, que tenía la calidad de ciudadano. En este modelo, la constitución puede ser reformada de manera semejante a la reforma de una ley, con algunos requisitos formales adicionales, de tal forma que el parlamento es el órgano de cierre en cuanto a definición e interpretación del sistema jurídico y tiene un gran poder para definir el modelo de estado y sociedad. En la práctica constitucional ecuatoriana, como se demostrará, no hizo falta seguir la constitución para cambiar su normativa, simplemente se cambió por un acto de poder la Constitución, prescindiendo de sus prescripciones normativas para su transformación.

El modelo liberal, por su parte, se basa en el ejercicio de las libertades individuales. En este modelo, el Estado tiene que ser mínimo, lo suficiente para garantizar la seguridad de los contratos, la propiedad y el monopolio de la fuerza para reprimir delitos. Cualquier exceso estatal se considera abusivo y una extralimitación intolerable. Por ejemplo, el sacrificio de la propiedad, vía tributos, con el pretexto de redistribución no se puede considerar legítimo.²³ En el modelo liberal, como consecuencia, tenemos el predominio económico y político de grupos humanos identificables, que tienen mayores capacidades para ejercer sus libertades y predomina el individualismo como forma de vida y modelo económico.

1. Constitucionalismo conservador: desde la Constitución de 1830 hasta la de 1883

Este período corresponde al primero republicano, denominado por Ayala Mora como “proyecto nacional criollo”, que va desde la fundación de la República hasta la

²³ Véase Robert Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, Basic Books, USA, 1974, p. 26.

revolución liberal. “Se caracteriza por la vigencia de una sociedad tradicional de raíz colonial; la profundización del hecho regional; el esfuerzo de establecer y mantener un Estado-nación, que surgió débil y diseminado en instancias centrales, regionales y locales; por el predominio latifundista, y por una escasa vinculación al sistema económico internacional”.²⁴

La sociedad, a pesar de las proclamas de igualdad, que evidentemente eran formales, mantuvo una estructura fuertemente jerarquizada. Los criollos no compartieron sus privilegios ni el poder un ápice con los indígenas, los afrodescendientes y las mujeres. El contraste entre la vida europea que los criollos querían reproducir con el mundo andino era abismal. Los criollos se creían blancos, puros de sangre y superiores. Por su parte, la dominación a los indígenas se dio mediante el concertaje (trabajo en una hacienda por un salario que nunca se pagaba por el cobro de deudas), dominación a los afrodescendientes mediante el esclavismo, y a las mujeres mediante el concepto de incapacidad civil.²⁵

El derecho constitucional decimonónico, que es propiamente liberal-conservador, tuvo una estrecha relación con la religión católica, asoció riqueza con poder político y el estado no reguló en absoluto la economía; podría afirmarse, en términos contemporáneos, que el libre mercado y el sector económico privado caracterizaban el espacio público. En cuanto a los derechos, los reconocidos son exclusivamente los individuales, de carácter civil y político. El debate giró alrededor de la política; en esta línea, las normas constitucionales establecieron el requisito fundamental para ejercer la libertad en el ámbito público: la ciudadanía.

Fueron ciudadanas las personas mayores de edad, hombres, propietarios que no trabajaban en relación de dependencia y educados, y en una de las constituciones hasta católicas²⁶. Por supuesto que tales requisitos sólo tuvo un actor fundamental, después de la independencia de la colonia española: la clase criolla, conformada por propietarios de hacienda, ricos comerciantes importadores y exportadores, banqueros y, a finales del siglo XIX, manufactureros e industriales.²⁷ Éstos accedieron a cargos de representación, ejercieron la soberanía popular y expresaron, mediante leyes, la voluntad general. Este fenómeno fue común en Francia, Inglaterra²⁸ y también, por supuesto, en toda Latinoamérica. En nuestro continente, se entendía como “pueblo” “exclusivamente como el cuerpo civil de criollos ilustrados y poderosos, y excluía de la soberanía popular al pueblo ínfimo, criollos e indios iletrados.”²⁹ “Las masas indígenas, los antiguos esclavos africanos, los mulatos y los zambos, los mestizos y los inmigrantes empobrecidos constituirán un pueblo de pobres excluidos de la ciudadanía real”³⁰. En Ecuador, las doce primeras constituciones tienen estas características. De hecho, apenas sólo el 0.3% de la población reunía los requisitos de ciudadanía. El estado es, como lo

²⁴ Enrique Ayala Mora, *Manual de Historia del Ecuador II*, op. cit., p. 10.

²⁵ Enrique Ayala Mora, *Manual de Historia del Ecuador II*, op. cit., p. 14 y 17.

²⁶ Constitución de 1869, que fue conocida en Ecuador como la “Carta Negra” del presidente García Moreno.

²⁷ Juan J. Paz y Miño Cepeda y Diego Pazmiño, “El proceso constituyente desde una perspectiva histórica” en *Nueva Constitución*, Revista La Tendencia, Gráficas Araujo, Quito, 2008, p. 28.

²⁸ En Inglaterra, el enunciado de igualdad será “efectivo exclusivamente para los hombres varones que son propietarios virtuosos (excluyendo así a las mujeres, a los esclavos africanos, a los indios americanos y a los asiáticos, a los trabajadores ingleses asalariados)” Véase Enrique Dussel, *Política de la liberación, historia mundial y crítica*, Madrid, Editorial Trotta, 2007, p.271.

²⁹ Enrique Dussel, op. cit. p. 417.

³⁰ Enrique Dussel, op. cit., p. 422.

califica Ayala Mora, “oligárquico terrateniente”, que mantuvo las diferencias profundas socioeconómicas, étnicas y regionales. La ruptura entre estado y pueblo era evidente.³¹

Constitución de 1830

La Constitución de 1830 es fundacional. Con la mirada de una persona del siglo XXI, es difícil imaginar cómo sería afirmar que existe un Estado, cuando el Ecuador no tenía límites claros, existía la amenaza de guerras, los indígenas en su mayoría ni se enteraban, el país era más rural que urbano, no existían carreteras ni formas efectivas de comunicación masiva (como la radio o la televisión), nadie se identificaba con la bandera, la moneda, el himno o la selección de fútbol, que no existían o eran literalmente desconocidas. Por eso, el Estado central, que nació débil, tenía muchos retos por delante.

Quienes redactaron la Constitución fueron un grupo pequeño de notables quiteños, entendiendo por “notables” la clase privilegiada de la época: criollos, militares y religiosos. Sus perspectivas y necesidades se reflejan en la Constitución: la religión, la propiedad, la ciudadanía restringida. Nada raro que el primer presidente haya sido precisamente un militar.

De acuerdo con la Constitución, Dios es el autor y legislador de la sociedad. La religión católica es la religión del estado y éste tiene el deber de protegerla con exclusión de cualquier otra religión (Art. 8). Los miembros de la iglesia, como los curas párrocos, incluso son parte de la estructura del estado, al ser miembros del Consejo de Estado (Art. 42) y de las asambleas parroquiales (Art. 14).

La ciudadanía es restringida y terriblemente excluyente: ser casado, tener 21 años, ser propietario (300 pesos al menos), ser trabajador autónomo y saber leer y escribir (Art. 12). Para ser diputado, además, se requería tener 30 años y tener al menos 4000 pesos. Encontramos, entonces, adultos, hombres, ricos y alfabetos. ¿Cuántas personas tenían estas características?

Los deberes anteceden a los derechos y son: obedecer las leyes y a las autoridades, servir y defender la patria y ser “moderados y hospitalarios”. (Art. 10)

El catálogo de derechos se amplía considerablemente, si se la compara con la de 1812 (Art. 11 y el Título VIII):

- Igualdad ante la ley.
- Opción igual para elegir y ser elegidos.
- Aparece un primer esbozo del debido proceso para funcionarios públicos (Art. 57.1), el derecho al juez natural.
- La libertad de movimiento con una primera aproximación a la garantía del hábeas corpus (Art. 59).
- La incoercibilidad personal (no jurar contra así mismo o pariente cercano, Art. 60).
- Sobre la pena, no puede trascender sino solo al culpado y queda abolida la confiscación (Art. 61).
- La propiedad no puede ser privada salvo uso público con consentimiento y compensación (Art. 62).
- Libertad de expresión e imprenta, respetando la moral pública. (Art. 64)
- El derecho de queja. (Art. 66).
- No alojar militares.
- El no allanamiento del domicilio (Art. 65).

³¹ Enrique Ayala Mora, *Manual de Historia del Ecuador II*, op. cit., p. 19.

- Legalidad de impuestos (Art. 26.2).
- Educación pública (aunque no se encuentra como un derecho sino como una obligación del Congreso, Art. 26.7).

Existe una norma infeliz, el Art. 68, que merece ser destacada, y refleja la percepción de los ciudadanos de la época sobre los indígenas, y también confirma la tendencia colonizadora de la época republicana:

Este Congreso constituyente nombra a los venerables curas párrocos por tutores y padres naturales de los indígenas, excitando su ministerio de caridad en favor de esta clase inocente, abyecta y miserable.³²

En cuanto a las garantías, encontramos la que podríamos denominar “normativa”, que establece la obligación de respeto y fidelidad a la Constitución y las leyes (Art. 69), y la reforma reforzada de la Constitución (Art. 72).

Constitución de 1835

El antecedente a la Asamblea que dictaría la segunda Constitución, es un estado en permanente guerra: la guerra de Pasto, la de los Chihuahuas y la de Miñarica. En aquella época la oposición se hacía no solo mediante discursos, sino también mediante las armas.

En la Constitución, Dios sigue siendo el “creador y supremo legislador del universo”. La religión católica es oficial y excluyente en el Ecuador y “los poderes políticos están obligados a protegerla y hacerla respetar” (Art. 13).

La ciudadanía sigue siendo excluyente. Los requisitos son semejantes con dos notables diferencias: el valor de la propiedad disminuye de 300 a 200 pesos, y la edad de 21 a 18 años (Art. 9). Hay que entender como una ligera ampliación de la ciudadanía estas disminuciones en la edad. La tendencia peligrósista, dominante en la época, se manifiesta en la Constitución: la ciudadanía se suspende por ser vago, ebrio, deudor, inepto física y mentalmente (Art. 12). En cuanto a los extranjeros, gozan de derechos si es que respetan las leyes de la República (Art. 107).

Los deberes siguen antecediendo a los derechos. Además de los establecidos en la anterior constitución, se tiene el deber de “contribuir a los gastos públicos... y velar sobre la conservación de las libertades públicas” (Art. 7).

La idea del estado legal, en la que el parlamento define y decide los derechos, lo encontramos expresamente en las atribuciones del Congreso: “establecer derechos e impuestos” (Art. 43.2)

Los derechos tienen su título, “De las garantías” y a los ya reconocidos se añaden los siguientes:

- Independencia judicial y responsabilidad pública (Art. 90).
- Ser funcionario público, sólo para ecuatorianos (Art. 91).
- Juez natural, desaparece constitucionalmente el fuero eclesiástico, militar y de comercio (Art. 92).
- Libertad de movimiento y el castigo al alcalde que no reclame la orden de privación de libertad (esbozo de hábeas corpus) (Art. 93).
- Limitación de la prisión a casos de penas reprimidos con pena corporal (Art. 94).
- La propiedad, que puede tener uso público si hay calificación de la ley (no se requiere ya consentimiento del propietario) y compensación. (Art. 97).

³² Federico Trabucco, *op. cit.*, p. 45.

- Libertad de comercio y prohibición de prestar servicios no prescritos en la ley (Art. 98).
- La propiedad intelectual aparece por primera vez (Art. 99).
- Prohibición de mayorazgos (Art. 100).
- Libertad de expresión respetando la moral pública (Art. 103).
- Derecho de petición (Art. 104).
- Inviolabilidad de la correspondencia (Art. 106).
- La educación, que aparece otra vez no como un derecho sino como una atribución del Congreso, que debe “promover y fomentar la educación pública, y el progreso de las ciencias y de las artes” (Art. 43.8).

En las garantías, aparece por primera vez el que la Fuerza Armada debe “sostener la observancia de la Constitución y las leyes” (Art. 88), el Congreso es el interprete auténtico de la Constitución (Art. 110), se establece el principio de jerarquía por el que no tienen “fuerza y vigor todas las leyes y decretos que rigen al presente, en cuanto no se opongan a esta Constitución” (Art. 112).

Constitución de 1843

El período de Vicente Rocafuerte terminaba y había ejercido el poder con mano dura. Los conflictos armados continuaban. Ecuador no pudo anexar a Pasto a su territorio. Juan José Flores quería seguir manteniendo el poder. El pretexto para nombrar una asamblea constituyente fue la dificultad de convocar al Congreso, que antiguamente no era permanente. El deseo de mantenerse en el poder, se plasmó en la constitución (ocho años duraba el mandato y el congreso se reunía cada cuatro años), por ello la constitución fue conocida como “carta de Esclavitud”;³³ en el resto, no hay mayores novedades que destacar.

La Convención Nacional no invoca a dios, pero establece la religión católica con exclusión de otro culto público, con el mandato de respetar y hacerla respetar a los poderes públicos (Art. 6).

Los deberes siguen antecediendo a los derechos y son las de “vivir sometidos a las Constitución, y a las leyes; respetar, y obedecer a las autoridades, que son sus órganos; contribuir a los gastos públicos, y servir, y defender a la Patria” (Art. 8)

Los requisitos de ciudadanía son los mismos que en la de 1835 (Art. 9), con las mismas causales peligrosistas de suspensión (Art. 12.4 y 5). Los extranjeros gozan de derechos siempre que respeten las leyes (Art. 102)

El Congreso tiene potestad para establecer derechos e impuestos (Art. 37.2)

Los derechos tienen su título, “De los derechos y garantías de los ecuatorianos” (excluye extranjeros), y se añaden los siguientes:

- Libertad de escribir, imprimir y publicar pensamientos y opiniones, sin censura y sin restricción a la moral pública (Art. 87).
- Igualdad ante la ley (Art. 88), prohibición de crearse títulos de nobleza, distinciones o empleos hereditarios (Art. 89).
- No privación arbitraria de la vida, bienes y libertad (Art. 90).
- Principio de legalidad de las penas (Art. 90).
- Libertad de movimiento y detención solo en flagrancia (Art. 92).
- Prohibición del apoderamiento injusto de papeles (Art. 101).

Las fuerzas armadas no aparecen como garantes de la Constitución.

³³ Enrique Ayala Mora, *Manual de Historia del Ecuador II*, op. cit., p. 27.

No se encuentra en esta constitución la independencia judicial y responsabilidad pública, el esbozo de hábeas corpus, la incoercibilidad del acusado, la propiedad intelectual

En las garantías, aparece la garantía normativa de sostener y defender la constitución (Art. 105), el Congreso es el interprete auténtico de la Constitución (Art. 106), se establece el principio de jerarquía por el que no tienen valor las normas que la contradigan (Art. 111).

Constitución de 1845

La Constitución de 1845 nace en un momento de crisis, que se conoce como “revolución marcista” (nada que ver con Marx, sino con el mes de marzo). En Guayaquil, en el mes de marzo, se designa un gobierno provisorio y los notables porteños intentan tomar el poder. Existe, pues, un enfrentamiento entre élites dominantes, que contaron con la participación de ciertos grupos populares que lucharon contra la opresión extranjera (Flores). En la Constitución se restaron poderes al ejecutivo y se aumentaron algunos derechos. Con la nominación de Vicente Ramón Roca como presidente, se inicia un ciclo de gobiernos civilistas.³⁴

Vuelve la invocación al legislador divino y el deber de protección exclusiva a la religión católica (Art. 13). Aparece por primera vez la invocación al pueblo, como soberano, y no a la nación (Art. 2).

Los requisitos de ciudadanía, siguen siendo excluyentes y semejantes a las anteriores (Art. 9). Los extranjeros gozan de derechos siempre que respeten y obedezcan la Constitución (Art. 131)

A los deberes, que siguen antecediendo a los derechos, se añade el de respeto a la religión (Art. 7).

Los derechos tienen su título, “De las garantías”, y se añaden los siguientes:

- Nadie nace esclavo ni puede ser introducido al Ecuador como tal (Art. 108).
- Libertad de residencia, para salir y entrar al país (Art. 109).
- Derecho a ser juzgado en no más de tres instancias (Art. 112).
- Presunción de inocencia por primera vez (Art. 116).
- Garantía de establecimiento de piedad y de beneficencia (Art. 119), que es el primer esfuerzo de institucionalidad, bajo una lógica paternal, para garantizar derechos sociales.
- Prohibición reclutamiento forzado (Art. 128).
- Los jueces no pueden ser juzgados ni suspendidos, salvo causales predeterminadas, que es una garantía de independencia judicial (Art. 96).
- La motivación de la sentencia aparece por primera vez (Art. 95).

Algunos derechos dejan de aparecer en el catálogo, tales como la prohibición de privación arbitraria de la vida, bienes y libertad, la prohibición de trascendencia de la pena y la libertad de comercio

En cuanto a las garantías, se establece una especie de *actio popularis*: “todo ciudadano puede reclamar ante el Congreso, o Poder Ejecutivo, las infracciones de la Constitución y de las leyes” (Art. 126).

Constitución de 1850

³⁴ Enrique Ayala Mora, *Manual de Historia del Ecuador II, op. cit.*, p. 28.

La asamblea constituyente se reúne después de otra crisis: el general José María Urbina da un golpe de Estado y se proclama jefe civil y militar; los notables de Guayaquil nombran, por su lado, a Elizalde; Cuenca desconoce al que era presidente, Manuel Ascáubi; y por poco estalla una nueva guerra civil. La constituyente nombró a Diego Noboa como presidente, que desterró a muchos líderes.³⁵ Lo importante de esta constitución, como de la gran mayoría de constituciones, no radica en el texto sino en la transitoria que nombra al presidente.

Abre la constitución la norma de dios supremo legislador y se reitera la protección y exclusividad de la religión católica (Art. 11). Desaparece la invocación al pueblo y vuelve la noción de nación (Art. 1). La ciudadanía se mantiene en los mismos términos.

A los deberes se enuncian de la misma manera que la anterior constitución. (Art. 7). Los derechos son establecidos por el Congreso (Art. 31.3).

Los derechos tienen su título, “De las garantías”, y se añaden al catálogo los siguientes:

- Libertad de trabajo e industria (Art. 116).
- Separación autoridad civil y militar (Art. 118).
- Abolición pena de muerte para delitos políticos (Art. 121).

No se enuncian el derecho a ser juzgado en no más de tres instancias, la presunción de inocencia, la propiedad intelectual, la garantía de establecimiento de piedad y de beneficencia, la inviolabilidad de la correspondencia, la independencia judicial, la motivación de la sentencia, la educación como atribución del Congreso.

En cuanto a las garantías, el Consejo de Estado se establece como un órgano encargado de “velar sobre la observancia de la Constitución y de las leyes”, que es el primer esbozo de órgano especializado de control constitucional (Art. 82.1). De igual modo se establece la norma que faculta a todo ciudadano para “reclamar ante el Congreso, o Poder Ejecutivo, las infracciones de la Constitución y de las leyes” (Art. 107). Se establece la garantía normativa de observancia de la Constitución por parte de funcionarios públicos (Art. 134) y el principio de jerarquía normativa (Art. 135). La asamblea es el intérprete auténtico de la Constitución (Art. 136).

Constitución de 1852

Dos años más tarde, los conflictos políticos continúan. Flores sigue intentando invadir, esta vez con apoyo peruano. La constituyente nombró como presidente a José María Urbina, que tendría influencia durante toda la década de los cincuenta. Aunque no aparece explícitamente en el texto constitucional, como muchas reformas efectivas que se hicieron mediante leyes o reglamentos, se suprimieron las protectorías indígenas y se prohibió el cobro anticipado de tributos indígenas.³⁶

La abolición de la esclavitud es el hito jurídico más importante de esta época. La discusión en la asamblea constituyente no fue fácil. Por un lado, se argumentaba que en la república los hombres son libres y que es un contrasentido mantener la esclavitud; también se afirmó que la esclavitud es un ataque a la religión, la moral y la civilización. Por otro lado, se sostuvo que se estaba atentando contra el derecho de propiedad.³⁷

La Constitución se la hace a nombre dios y la religión católica, como en las anteriores constituciones, es la oficial del Estado, excluyente y es protegida por todos

³⁵ Enrique Ayala Mora, *Manual de Historia del Ecuador II*, op. cit., p. 29.

³⁶ Enrique Ayala Mora, *Manual de Historia del Ecuador II*, op. cit., p. 29.

³⁷ Enrique Ayala Mora, *Manual de Historia del Ecuador II*, op. cit., p. 30.

los poderes políticos (Art. 13). Incluso uno de los deberes de lo ecuatorianos es respetar la religión (Art. 7), a parte de los ya enunciados en otras constituciones.

Los requisitos excluyentes para ser ciudadanos siguen siendo los mismos (Art. 9) y de igual manera se mantienen las causales peligrosistas de suspensión de la ciudadanía (Art. 12. 6 y 7). Los extranjeros gozan de sus derechos siempre que respeten y obedezcan la Constitución (Art. 131).

Los derechos tienen su título, “De las garantías”, y se establece expresamente, como novedad, que “Nadie nace esclavo en la República, ni puede ser introducidos en ella en tal condición, sin quedar libre” (Art. 107).

En las garantías, vuelve a mencionarse que las Fuerzas Armadas tienen el deber de “sostener la observancia de la Constitución” (Art. 104) Por otro lado, sigue la acción popular para reclamar ante el Congreso o el Poder Ejecutivo las infracciones a la Constitución (Art. 125). En la garantía normativa, todo funcionario tiene el deber de sostener y defender la Constitución (Art. 135). El órgano de cierre es el Congreso (Art. 140).

Constitución de 1861

Desde los años sesenta, la presencia de García Moreno será importante. El estado oligárquico terrateniente se fortalece y al mismo tiempo la lucha y el pensamiento liberal comienza a sentirse. Si bien la aristocracia de la sierra gobierna, lo hace favoreciendo el latifundismo y el comercio con la costa. La tónica para mantener el orden será la represión, al punto de denominar a esta época como “alianza terrorista”. Para lo único que sirvió la constitución fue para nombrar a García Moreno como presidente. Éste afirmaría que la constitución no le permite gobernar, suprimiría las garantías constitucionales y fusilaría por delitos políticos.³⁸

La constitución no se invoca a dios en el preámbulo, pero se mantienen las normas sobre oficialidad de la religión católica (Art. 12).

En la ciudadanía se elimina el requisito de tener propiedad, se sube la edad a veintidós años y se mantiene el requisito de leer y escribir (Art. 8), aunque se mantienen los requisitos para ser elegido miembro del Senado o de la Cámara de Diputados (Art. 20 y 15 respectivamente). Se mantiene la condición de reconocer derechos a extranjeros, siempre que respeten la Constitución (Art. 124).

Por primera vez se elige directamente al presidente de la República (Art. 15 y 58).

Hay un título sobre derechos, “De las garantías”, en el que se enumeran los mismos derechos anteriores, con el siguiente añadido: se refuerza la garantía de la propiedad y se afirma que si los funcionarios atentaren contra la propiedad particular, serán responsables con su persona y bienes a la indemnización que ocasionare (Art. 114).

En las garantías, los funcionarios se comprometen a sostener y defender la Constitución (Art. 127), el Congreso tiene la facultad de interpretar de forma exclusiva la Constitución (Art. 130) y se mantiene la facultad de todo ecuatoriano para reclamar por la violación de la Constitución (Art. 119).

Constitución de 1869

³⁸ Enrique Ayala Mora, *Manual de Historia del Ecuador II*, op. cit., p. 34.

Con el pretexto de la amenaza anarquista, a la que denominaba “el peligro de los rojos”, con el objeto de “poner en armonía nuestras instituciones políticas con nuestras creencias religiosas; y el segundo, investir a la autoridad pública de la fuerza suficiente para resistir los embates de la anarquía... entre el pueblo arrodillado al pie del altar de Dios verdadero y los enemigos de la Religión que profesamos, es necesario levantar un muro de defensa, y esto es lo que me he propuesto”³⁹, se expidió una nueva constitución. Más allá del ejercicio autoritario de gobierno y de la denominación a la constitución como “Carta Negra”, y de alguna modificación, la Constitución no se aleja de lo que venía siendo ya una tradición restringida de reconocimientos de ciudadanía y de derechos.

A la invocación tradicional a dios como legislador, la constitución añade que es “uno y trino autor, legislador y conservador del Universo”. Se conserva la declaración de la religión católica como religión de la República, exclusiva y protegida por todo el poder público (Art. 9).

Se añade a los requisitos para la ciudadanía ser católico (Art. 10), y desaparece definitivamente el requisito de poseer propiedad incluso para ser miembro del parlamento.

Los deberes de los ciudadanos son los mismos (Art. 7).

Los derechos también son los mismos y se enumeran bajo el acápite “de las garantías” (Art. 8, 87-110). El nuevo derecho que aparece es el de reunión: “los ecuatorianos tienen el derecho a asociarse sin armas, con tal que respeten la religión, la moral y el orden público. Estas asociaciones estarán bajo vigilancia del Gobierno” (Art. 109).

Aparece una vez más la figura del Consejo de Estado, pero sin atribuciones para hacer control de constitucionalidad. Se mantiene la facultad a todo ecuatoriano para reclamar ante el Congreso por las infracciones a la Constitución (Art. 104). Permanece la garantía normativa de que todo funcionario tiene el deber de “sostener y defender la Constitución” (Art. 112). El Congreso es el intérprete auténtico de la Constitución (Art. 115).

Constitución 1878

En esta época, el Ecuador se convierte en el principal productor y exportador de cacao. Este hecho hace que emerja una nueva clase social: la burguesía comercial y bancaria, que acrecentará la contradicción entre poder económico de la costa y poder político de la sierra. Al mismo tiempo, se produce un reagrupamiento de los sectores populares urbanos, los campesinos de la sierra resisten a la servidumbre y se produce una emigración a la costa. El clero sigue teniendo mucha fuerza (al punto de expulsarse a un diputado por habersele excomulgado). Ignacio de Veintimilla será el nuevo gobernante influyente, al que se le denominará “dictador”, que sería nombrado presidente en la asamblea de 1878 que se reunió en Ambato.⁴⁰

La Asamblea expide la constitución a nombre del pueblo ecuatoriano, pero se mantiene la religión católica en los mismos términos que las anteriores (Art. 20).

Los requisitos para ser ciudadano son tres: casado, más de veintiún años y saber leer y escribir (Art. 12). Vuelve el requisito de tener renta anual determinada para ser miembro del senado y de la cámara de diputados (Art. 27.3 y 32.3)

En cuanto a los deberes, no se enumeran como en las cartas anteriores (Art. 10).

³⁹ Gabriel García Moreno, “Mensaje a la convención de 1969, citado por Enrique Ayala Mora, *Manual de Historia del Ecuador II, op. cit.*, p. 35.

⁴⁰ Enrique Ayala Mora, *Manual de Historia del Ecuador II, op. cit.*, pp.- 40-47

En los derechos, aparecen otra vez y bajo el título “De las garantías”, después de la Constitución 1843, antecedendo a la parte orgánica y a la estructura del Estado. Se reconoce que los derechos son la base y el objeto de las instituciones sociales (Art. 16). Sin duda esta constitución contiene la mejor sistematización sobre los derechos fundamentales de todo el siglo pasado.

Se reconoce la inviolabilidad de la vida y queda abolida la pena de muerte incluso para los delitos comunes, salvo para el parricidio (Art. 17.1). Aparte de agrupar los derechos en categorías y subcategorías (por ejemplo, bajo el derecho a la seguridad individual, se regula las restricciones a la libertad de movimiento y el debido proceso; bajo el derecho a la propiedad, se regula las formas de limitación por utilidad pública).

Aparece, por primera vez como derecho, la enseñanza primaria, obligatoria y gratuita, y la libertad para fundar establecimientos de enseñanza privada (Art. 17.12). Aparentemente con normas como estas puede entenderse que hay una ampliación del electorado. Sin embargo, si uno compara la población total con el número de estudiantes, podrá constatar que la ciudadanía sigue siendo extremadamente restringida. En efecto, la población total era de 1.272.862 habitantes y el número de estudiantes de 54.894 (421 universitarios y 1646 secundarios)⁴¹, que representa apenas el 4.3% de la población.

Aparece también por primera vez la prohibición de tortura: Nadie puede ser “atormentado con barra, grillos u otra clase de tortura” (Art. 17.6.4). También aparece el derecho de defensa (Art. 17.6.3). No consta el derecho de petición.

Al final del acápite dedicado a los derechos, como garantía, se establece que los empleados públicos serán responsables con sus bienes por los crímenes y delitos cometidos contra los derechos. Aparece la imprescriptibilidad de estos delitos, que será una constante en el Constitucionalismo ecuatoriano (Art. 19).

El estado de excepción se regula con particular detalle, estableciendo límites y competencias (Art. 80).

En las garantías, desaparece el derecho de queja por violaciones a la Constitución. Encontramos una norma interesante, que tiene que ver con el deber de “obediencia debida”, por la que se establece que las autoridades militares no deben obedecer órdenes superiores “que sean manifiestamente contrarias a la Constitución” (Art. 109). Persiste la garantía normativa que dispone la obligación de respetar la Constitución (Art. 114). Sólo el Congreso tiene la competencia de interpretar las dudas en relación a la Constitución (art. 122).

Constitución de 1883

Para variar previo a la Constitución de 1883, tenemos crisis y grave. Al terminar el período constitucional Veintimilla en lugar de convocar a elecciones, se proclama dictador. Se forman tres gobiernos, uno en Guayaquil dirigido por Veintimilla, otro en Quito que es un pentavirato y otro en Esmeraldas liderado por Eloy Alfaro. Hay guerra civil. Los tres gobiernos convocan a un constituyente en el año 83 y designan como presidente a un latifundista costeño María Plácido Caamaño, que inaugurará un período conocido en la historia tradicional como “el progresismo”, que se caracteriza por existir tolerancia y respeto a la libertad e imprenta y expresión.⁴²

La Constitución se la hace a nombre de dios y la religión oficial es la católica (Art. 13).

⁴¹ Enrique Ayala Mora, *Manual de Historia del Ecuador II*, op. cit., p. 43 y 128.

⁴² Enrique Ayala Mora, *Manual de Historia del Ecuador II*, op. cit., p. 48-49.

La idea de estado legal y nacional, bajo una misma ley, que desconoce otros sistemas jurídicos, lo encontramos de entrada en el Art. 1: “la Nación Ecuatoriana se compone de todos los ecuatorianos reunidos bajo el imperio de unas mismas leyes”.

A los requisitos tradicionales de ciudadanía, se explicita que tienen que ser varones (Art. 9). No se exigen requisitos adicionales, como la condición de propietario, ni siquiera para ser parlamentario (Art. 43 y 48). La condición para los extranjeros de respetar la Constitución desaparece, pero se remite a una ley especial sus derechos y deberes (Art. 8).

Además de los derechos reconocidos en la anterior constitución, se reconoce otra vez el derecho de petición (Art. 20) y el derecho de reunión ya no condicionado a la religión ni al control estatal, sino solo a los fines lícitos (Art. 19).

Encontramos la garantía normativa de respeto y responsabilidad personas por violación a la Constitución, con la calificación de imprescriptibilidad de estos delitos (Art. 37).

Con esta constitución termina el período conservador, en el contexto de una pugna entre liberales y clericales, y el detonante fue el escándalo que se conoció como “la venta de la bandera”. El presidente, Luis Cordero, renunció y con este hecho comenzó la “Revolución Liberal”.⁴³

2. Constitucionalismo liberal-laico: Constituciones de 1897 y de 1906

El constitucionalismo ecuatoriano liberal-laico, que corresponde a lo que Ayala Mora ubica como el comienzo del Segundo período republicano, denominado “proyecto nacional mestizo”, se caracteriza “por la vigencia de una sociedad que cambia bajo el predominio de la burguesía, por la presencia de nuevos actores sociales como los trabajadores y grupos medios, la conflictiva vigencia del Estado Laico, la persistencia de la regionalización y la inserción definitiva en un sistema mundial dominado por el capitalismo”.⁴⁴

En lo social, los grupos más numerosos de trabajadores que se van organizando y reivindicando derechos son los agrícolas, los artesanos, obreros y otros trabajadores urbanos. Así, por ejemplo, en 1896 los carpinteros reclamaron mejores salarios y posteriormente siguieron las acciones de reclamos por parte de tipógrafos, cacahueros, panaderos, y ferroviarios. En la primera década del siglo XX se establecieron las primeras organizaciones obreras y hasta el primer congreso obrero nacional (1909).⁴⁵

En lo político, sin duda, el actor protagónico es el burgués, que es el gran beneficiario de la Revolución Liberal, y que lograría controlar la economía del país y continuar su vinculación con el latifundismo. “En vez de una vía democrática de constitución de la sociedad moderna, en Ecuador se dio una lenta transformación y permanente compromiso con los grupos tradicionales.”⁴⁶

En lo jurídico, el gran avance es el tránsito hacia un Estado laico que se lo hace no sólo mediante algunos principios constitucionales, como la consagración de la soberanía popular y la libertad de conciencia, sino también mediante leyes y decretos, como el que estableció el Registro Civil y la secularización de los cementerios. Sin embargo, los alcances de la igualdad serán relativos porque la ciudadanía sigue siendo excluyente, aunque se nota ciertas mejoras como la inclusión de la mujer en la

⁴³ Enrique Ayala Mora, *Manual de Historia del Ecuador II*, op. cit., p. 50.

⁴⁴ Enrique Ayala Mora, *Manual de Historia del Ecuador II*, op. cit., p. 52.

⁴⁵ Enrique Ayala Mora, *Manual de Historia del Ecuador II*, op. cit., p. 57.

⁴⁶ Enrique Ayala Mora, *Manual de Historia del Ecuador II*, op. cit., p. 58.

burocracia.⁴⁷ El Estado ha tenido ciertas características liberales antes de este período, como la división de poderes, la democracia representativa y la regulación de la vida privada, centrada en la propiedad, mediante el Código Civil. Pero, como lo afirma Wray, “el derecho, aunque se presente bajo los moldes formales del modelo jurídico liberal, tiene a consolidar una estructura social rígidamente estratificada.”⁴⁸ De todos modos, a finales del siglo XVIII se consolida el derecho liberal, entrará en crisis en el año 1925, para luego readecuarse hasta la segunda mitad del siglo XX.⁴⁹

Constitución de 1897

Previo a la expedición de la Constitución de 1897, podemos encontrar ya la presión popular y la lucha de los campesinos costeños que pelearon por la tierra, y que de hecho presionaron para que se proclame a Eloy Alfaro como jefe supremo. La tensión existente no se eliminó con su nombramiento y con la designación de un gabinete que incluía a los liberales “moderados” y “radicales”. Incluso siguieron conflictos armados con conservadores (“Restauración católica”), que Alfaro reprimió con fuerza.⁵⁰

En 1896 se reunió la asamblea constituyente en Guayaquil que, como toda asamblea anterior, legitimó al gobernante de turno. En esta constitución no encontramos mayores avances, a parte de la expansión de algunas libertades que beneficiaron a los burgueses.

La Constitución se expide a nombre y por autoridad del pueblo ecuatoriano, pero se sigue protegiendo exclusivamente a la religión católica (Art. 12).

Los requisitos para la ciudadanía son dos: dieciocho años y leer y escribir. A los extranjeros se les garantiza derechos si respetan la Constitución; además, se prohíbe a los eclesiásticos extranjeros ejercer prelación ni administrar bienes (Art. 37).

El catálogo de derechos, denominado “De las garantías”, comienza reconociendo el respeto a las creencias religiosas (Art. 13), queda abolida la pena de muerte en todo caso (Art. 14). Se establece que la enseñanza será libre y que cualquiera puede fundar establecimientos de instrucción (Art. 36) y se añade, a la educación gratuita, el derecho de los padres a escoger la educación de sus hijos (Art. 36).

Se mantiene la norma de responsabilidad personal por violaciones a la Constitución y la imprescriptibilidad de ciertos delitos (Art. 39). También consta el principio de jerarquía constitucional y la declaración de invalidez de las normas que se opongan (Art. 132). Existe una norma especial en relación a los indígenas: “los poderes públicos deben protección a la raza india, en orden a su mejoramiento en la vida nacional” (Art. 138).

Constitución de 1906

Leonidas Plaza sucedió a Alfaro. A pesar de ser del ala más moderada del liberalismo y de haber estado opuesto a Alfaro, “realizó las reformas más radicales del Estado Laico”, tales como la concreción de la ruptura entre estado e iglesia. Las

⁴⁷ Enrique Ayala Mora, *Manual de Historia del Ecuador II, op. cit.*, p. 61.

⁴⁸ Alberto Wray Espinosa, “El sistema jurídico ecuatoriano”, en Enrique Ayala Mora (editor), *Nueva Historia del Ecuador. Volumen 13: Ensayos generales II*, Quito, CEN, 1996, p. 201.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 202.

⁵⁰ Enrique Ayala Mora, *Manual de Historia del Ecuador II, op. cit.*, p. 62.

anheladas reformas sociales, como la garantía de la libertad de asociación y la reforma agraria, nunca tuvieron lugar.⁵¹

Las tensiones armadas, las amenazas de invasión y los derrocamientos continuaron. Alfaro derrocó a Lizardo García y se proclamó dictador. Ambiente propicio, una vez más, para una asamblea constituyente que legitime el poder. Efectivamente, se expidió la Constitución de 1906, y se designó, mediante la norma transitoria correspondiente, a Eloy Alfaro como presidente

La Constitución la expide la Asamblea Nacional “en nombre y por autoridad del pueblo”. Obviamente desaparece, por primera vez, la declaración de que la religión católica es la oficial del Estado, aunque el Estado no llega a declararse como laico (Art. 4).

En los requisitos de ciudadanía, se mantiene el requisito de edad y el de saber leer y escribir, aunque la edad aumenta de 18 a 21 años (Art. 13). Los extranjeros tienen derechos siempre que respeten la Constitución (Art. 28)

Los derechos, por primera vez, tienen dos títulos dentro de la Constitución: “de las garantías nacionales” y “de las garantías individuales y políticas”. En las primeras se establece la enseñanza es “esencialmente seglar y laica”, además de gratuita y obligatoria (Art. 16). En el segundo acápite, además de los ya tradicionales derechos reconocidos en el siglo XIX, encontramos también “la libertad de trabajo”.

La garantía normativa de los derechos corresponde al segundo título (en las anteriores constituciones corresponde a los últimos articulados). Se establece el principio de jerarquía, la interpretación auténtica por parte del Congreso y también se reconoce su competencia para realizar control constitucional: “sólo al Congreso le corresponde declarar si una ley o Decreto Legislativo es o no inconstitucional” (Art. 7) y también interpretarla de forma auténtica (Art. 54.1). Se retoma la potestad pública e “acusar o denunciar las infracciones de la Constitución, sea ante el Congreso, el Poder Ejecutivo, o cualquiera otra autoridad competente, según los casos” (Art. 21). También se declara la imprescriptibilidad de los delitos contra la Constitución (Art. 25.3). En otra norma, de forma explícita, se determina que el Presidente no puede violar las garantías declaradas en la Constitución, atentar contra la independencia de los jueces, coartar las elecciones o disolver el Parlamento (Art. 81), bajo la amenaza de ser declarado traidor a la patria (Art. 82).

Dentro del capítulo del Poder Judicial se reconoce el principio de publicidad en los juicios, el deber de motivar (Art. 106), y el derecho a las tres instancias (Art. 108).

Vuelve la competencia, por segunda vez en nuestro constitucionalismo, de otorgar al Consejo de Estado el rol de “velar por la observancia de la Constitución y las leyes, y proteger las garantías constitucionales, excitando para su respeto e inviolabilidad al Poder Ejecutivo, a los Tribunales de Justicia y a las demás autoridades que corresponda” (Art. 98.1).

En cuanto a los indígenas, se reitera la norma que apareció en la Constitución anterior sobre el deber de los poderes públicos para proteger a la raza india, “en orden a su mejoramiento, en la vida social; y tomarán especialmente las medidas más eficaces y conducentes para impedir los abusos del concertaje (Art. 128).

Después de la expedición de la Constitución de 1906, las ansiadas reformas sociales tampoco llegaron y el apoyo a Eloy Alfaro se fue perdiendo. Hubo represión y componendas políticas. También una crisis de poder, que incluyó guerras y la muerte violenta del propio Alfaro. Sucedió una época de predominio plutocrático, que Ayala

⁵¹ Enrique Ayala Mora, *Manual de Historia del Ecuador II*, op. cit., p. 63.

denomina “Estado oligárquico liberal”, que no pudo nunca romper las formas productivas latifundistas de la sierra ni la influencia de la iglesia.⁵²

c. Constitucionalismo social: desde Constitución 1929 hasta la de 1967

Aunque puede sonar contraproducente, en esta época se combinan las características de un estado liberal y de uno social: es liberal en tanto es un modelo económico individual, privado, de un estado mínimo, con ciudadanía restringida y, en lo jurídico, marcado por la prevalencia del derecho privado, que se manifiesta en la organización de la administración de justicia estatal, que se encarga de proteger los derechos de propiedad mediante el Código Civil y el Código Penal. En cuanto a la teoría del derecho, pregonada en las universidades, desarrollada por tratadistas y aplicadas por la administración de justicia, de igual manera, gira alrededor del Código Civil y de la protección de los intereses de los propietarios. Es social en tanto se reconoce derechos sociales, económicos y culturales, el Estado asume ligeramente un rol más activo en la economía (se crea, por ejemplo, el Banco Central y la Contraloría del estado), se esboza una reforma agraria (1963) y se reconoce la responsabilidad social de la propiedad, subordinándola incluso al interés del país. A pesar del apareamiento del derecho social, este no logra desplazar al derecho civil y su enseñanza y aplicación es marginal y como una derivación de las categorías del derecho privado.

Nuevos actores aparecen en la arena pública, especialmente los trabajadores y los partidos de izquierda (socialista y comunista). A finales de los años sesenta y hasta los años ochenta tendremos, con una influencia norteamericana marcada en la lucha contra la izquierda y en la doctrina del “enemigo interno”, regímenes militares anticomunistas y autoritarios. En esta época los intereses privados vuelven a tomar fuerza (Constitución de 1967) y se visibilizan clases sociales con privilegios, cuestión que se acentúa con el “desarrollo” provocado por la explotación del petróleo, que se convertiría en “un momento excepcional para el crecimiento empresarial en el Ecuador, que definitivamente consolidó el sistema capitalista.”⁵³

A la fase comprendida entre 1963 y 1979, Alberto Wray la denomina “el desarrollismo militar”, caracterizándolo por la presencia de la planificación, la relación entre las normas jurídicas y los incentivos a la producción y, en general, a la legislación económica. En esta época, la burocracia crece, se crean jurisdicciones especiales dependientes del Ejecutivo, la profesión jurídica se diversifica y especializa, aumenta la conflictividad social, el aparato judicial se torna ineficaz y, sin embargo, no existe un replanteamiento teórico del derecho.⁵⁴

Constitución de 1929

La organización y la insurrección social previa a la expedición de la Constitución son notables. “A partir de la crisis que estalló en 1920, los trabajadores junto a grupos medios radicalizados irrumpieron violentamente en la escena social y política.”⁵⁵ Hechos como el Segundo Congreso Obrero (1920), la formación de centros anarquistas, la aparición de periódicos insurgentes, el nacimiento del movimiento

⁵² Enrique Ayala Mora, *Manual de Historia del Ecuador II*, op. cit., p. 69.

⁵³ Juan J. Paz y Miño Cepeda y Diego Pazmiño, op. cit., p. 36.

⁵⁴ Alberto Wray Espinosa, “El sistema jurídico ecuatoriano”, en Enrique Ayala Mora (editor), *Nueva Historia del Ecuador. Volumen 13: Ensayos generales II*, Quito, CEN, 1996, p. 203.

⁵⁵ Enrique Ayala Mora, *Manual de Historia del Ecuador II*, op. cit., p. 71.

socialista, dan cuenta de la influencia de los trabajadores como un actor social importante. Esta influencia se verá reflejada en la Constitución de 1929.

Cuatro años antes de la Constitución, se dio un golpe de estado por un grupo de militares, que tenían retórica social, y que pretendieron proteger al proletariado. A esta época se la denominó “Revolución juliana”. La tensión existente, en medio de una crisis económica, complicó la acción de la Junta Central Militar. Los militares escogieron a Isidro Ayora como presidente provisional (1926). En 1929 se reunió la asamblea constituyente que redactó una constitución a la altura de la época, influenciada ya por las reformas socialistas rusa y mexicana, y acabó, para variar, confirmando el mando del presidente Ayora.⁵⁶

La constitución se inserta en estado legal de derecho, cuando, en el Art. 1, determina que “la Nación Ecuatoriana se compone de los ecuatorianos reunidos bajo el imperio de la Ley”.

En la ciudadanía, por primera vez, aparece la mujer: “es ciudadano todo ecuatoriano, hombre o mujer, mayor de veintiún años, que sepa leer y escribir.” (Art. 13).

Se reitera la prohibición expresa al presidente de violar las garantías (Art. 84), bajo amenaza de ser considerada traición a la patria. (Art. 85)

El Consejo de Estado tiene la potestad de “declarar, por acción popular, la nulidad de los Decretos o Reglamentos que dictare el Poder Ejecutivo, en contravención a la Constitución y a las leyes de la República” (Art. 117.2). El Consejo de Estado tiene la potestad de “declarar, por acción popular, la nulidad de los Decretos o Reglamentos que dictare el Poder Ejecutivo, en contravención a la Constitución y a las leyes de la República” (Art. 117.2) Sin embargo, el Congreso tiene facultad exclusiva para interpretar la Constitución de modo generalmente obligatorio y ser el intérprete auténtico (Art. 163).

El acápite de derechos se denomina “De las garantías fundamentales”, y aparecen las siguientes novedades:

- El fin de la pena es rehabilitar (Art. 151. y Art. 132).
- La intangibilidad de los derechos: “No tendrá valor alguno cualquier contrato, pacto o convenio que importe la pérdida de la libertad del individuo o la renuncia de sus derechos inalienables” (Art. 151.4).
- El principio pro reo: “en concurrencia de dos leyes penales, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando fuere posterior” (Art. 151.7).
- El derecho de Habeas Corpus, con absoluta claridad (Art. 151.8).
- El derecho a la tierra y al agua: “los pueblos y caseríos que carezcan de tierras o aguas o sólo dispongan en cantidad insuficiente para satisfacer las primordiales necesidades domésticas e higiénicas, tendrán derecho a que se les dote de ellas, tomándolas de las propiedades inmediatas, armonizando los mutuos intereses de la población y de los propietarios.” (Art. 158.)
- El Estado se apropia de las mineras y recursos naturales que están bajo tierra: “corresponde al Estado el dominio de todos los minerales o sustancias que, en vetas, mantos o yacimientos, constituyan depósitos cuya naturaleza sea distinta de los

⁵⁶ Enrique Ayala Mora, *Manual de Historia del Ecuador II*, op. cit., p. 82.

componentes de los terrenos. El dominio del Estado es inalienable e imprescriptible.”

- Se prohíben los monopolios que no estén expresamente autorizados por Ley general o especial.
- La libertad de ejercer profesiones. La Ley determinará aquellas que requieran título para su ejercicio, las condiciones para obtenerlo y las autoridades que hayan de expedirlo (Art. 151.16) .
- Se prohíbe la usura y son nulos los contratos que en cualquier forma la contengan. El Estado favorecerá el establecimiento y desarrollo de montes de piedad y cajas de ahorro. (Art. 151.18).
- La protección del trabajo y su libertad (Art. 151.19).
- “El Estado protegerá, especialmente, al obrero y al campesino, y legislará para que los principios de justicia se realicen en el orden de la vida económica, asegurado a todos un mínimo de bienestar, compatible con la dignidad humana.”
- “La ley fijará la jornada máxima de trabajo y la formal determinar los salarios mínimos, en relación, especialmente, con el coste de las subsistencias y con las condiciones y necesidades de las diversas regiones del país. También fijará el descanso semanal obligatorio y establecerá seguros sociales.”
- “La Ley reglamentará las condiciones de salubridad y seguridad que deben reunir los establecimientos industriales.”
- “Es obligatoria la indemnización de los accidentes del trabajo y se hará efectiva en la forma que las leyes determinen.”
- “El salario mínimo quedará exceptuado de embargo, compensación o descuento.”
- “La Ley regulará, especialmente, todo lo relativo al trabajo de las mujeres y de los niños.”
- La protección del matrimonio, la de la familia y la del haber familiar.
- La Ley reglará la protección de la maternidad y de la infancia. En el Presupuesto de cada año, se hará constar una partida especial para la protección del niño en la forma más eficaz.
- Los hijos ilegítimos tienen también derecho a ser criados y educados por sus padres, y a heredarles en la proporción que determine la Ley.
- El derecho de testar y el de herencia, conforme a las leyes.
- La libertad de educación, de enseñanza; y la de propaganda.
- La asistencia, higiene y salubridad públicas, especialmente en lo que respecta a los trabajadores obreros y campesinos, en cuyo mejoramiento y beneficio procurará el Estado, directamente o por medio de empresas, la construcción de casas baratas. Atenderá, preferentemente, al saneamiento de las poblaciones y a proporcionarles agua potable.
- La libertad de asociación y agremiación. El Estado cuidará de estimular y desarrollar la cooperación social. Tanto los obreros como los patronos o empresarios tendrán derecho para asociarse en pro de sus respectivos intereses, formando sindicatos o asociaciones profesionales.

- Para la solución de los conflictos del capital y el trabajo, se constituirán tribunales de conciliación y arbitraje.
- El derecho de acusar o denunciar las infracciones de la Constitución y las leyes, ante el Congreso, el Poder Ejecutivo o cualquiera otra autoridad competente.

Aparece, por primera vez, una cláusula abierta en relación a los derechos: “la enumeración de garantías y derechos determinados por la Constitución no limita ni excluye otros que son inherentes a la personalidad humana o que se derivan del principio de la soberanía y de la forma republicana de gobierno.” (Art. 158)

Los funcionarios tienen responsabilidad por violar las garantías de la constitución y sus delitos no son prescriptibles (Art. 159). Existe el principio de jerarquía (Art. 161) y la función fundamental de toda autoridad es ajustar sus actos a la Constitución (Art. 162). La interpretación auténtica de la Constitución la tiene el Congreso (Art. 163).

Los indígenas tienen el derecho a protección especial: “los Poderes Públicos deben protección a la raza india, en orden a su mejoramiento en la vida social, muy especialmente en lo relativo a su educación y condición económica” (Art. 167). De igual modo la mujer: “el Estado tiene obligación de dispensar a la mujer atención preferente, tendiendo a su liberación económica. En consecuencia, velará, de modo especial, por su educación profesional técnica, capacitándola, entre otras posibilidades, para que pueda tomar parte activa en la Administración Pública.”

Se determina una obligación presupuestaria para la educación: “Cada año, en el Presupuesto, se incrementará la partida destinada al Ramo de Educación Pública, hasta que llegue a emplearse en este servicio el veinte por ciento, por lo menos, de las rentas del Estado, dentro de cinco años.” (Art. 169).

Constitución de 1945

A la Constitución de 1945 le precedieron años de profunda inestabilidad, agitación y crisis económica, social y política. Una guerra nacional (la de los cuatro días en 1932) y una internacional (1941), múltiples presidentes, un nuevo caudillo (Velasco Ibarra) y nuevas alianzas oligárquicas serían la tónica. También encontramos a un presidente que hará irreversible el avance de los derechos sociales, el general Alberto Enríquez Gallo emitió el Código de Trabajo y promovió la organización gremial. Hubo una asamblea constituyente, en 1938, que expidió una Constitución que nunca entró en vigencia.

La movilización popular con el respaldo militar sacó a Carlos Arroyo del Río del poder y apoyó lo que sería el segundo velasquismo. En esta época tenemos importantes movimientos sociales: trabajadores (Confederación de Trabajadores del Ecuador), estudiantes (Federación de Estudiantes Universitarios del Ecuador), políticos izquierdistas (partido socialista y comunista). La influencia de estos movimientos fue notable en la Constitución de 1945, que tendría corta vigencia porque Velasco Ibarra consideró que era un proyecto de extrema izquierda. Al año siguiente se proclamaría dictador. Al mismo tiempo, Velasco reprimió a los movimientos sociales, persiguió a sus líderes y clausuró medios de comunicación.⁵⁷

La Constitución se expide a nombre del pueblo.

⁵⁷ Enrique Ayala Mora, *Manual de Historia del Ecuador II*, op. cit., p. 86.

Se mantienen los requisitos de ciudadanía, pero se baja la edad a 18 años y se sigue especificando a la mujer como ciudadana (Art. 15).

Se establece la garantía para la representación efectiva de minorías (Art. 19) y se crea el Tribunal Superior Electoral (Art. 21).

El Congreso Nacional se conforma por diputados funcionales y tienen una representación los indígenas (Art. 23.2.1).

El Congreso tiene la facultad de interpretar de manera auténtica la Constitución (Art. 34.1).

Se crea el Tribunal de Garantías Constitucionales (Art. 159), que vela por el cumplimiento de la Constitución, formula observaciones, pero debe presentarlas al congreso para que resuelva definitivamente sobre la inconstitucionalidad (Art. 160.2), y conoce quejas formuladas por cualquier persona por quebrantamiento de la Constitución (Art. 160.5).

El presidente tiene responsabilidad por infringir la Constitución (Art. 67.2.).

Aparece la fuerza pública, compuesta por las Fuerzas Armadas y la Policía, con la misión de garantía del cumplimiento de la Constitución y las leyes (Art. 113).

Se establece la obligación de invertir al menos el veinte por ciento del presupuesto en educación (Art. 125).

Se constitucionaliza el Ministerio Público, conformado por el Procurador y fiscales de los tribunales de justicia (Art. 134).

Los derechos tienen un título, “De las garantías fundamentales” subdividido en varias secciones: de los derechos individuales, de la familia, de la educación y de la cultura, de la economía, del trabajo y de la previsión social.

Entre los derechos nuevos encontramos:

- Se añade la reeducación a la rehabilitación como finalidad de la pena (Art. 141.1).
- Se declara punible toda discriminación (Art. 141.2).
- Se prohíbe la prisión por deudas (Art. 141.4).
- Se determina la competencia para resolver el Hábeas Corpus al alcalde (Art. 141.5).
- Se regula el ejercicio de periodismo y se deriva a una ley su reglamentación, y la prohibición de clausurar periódicos (Art. 141.10).
- El derecho a la libertad de conciencia y el reconocimiento de que el Estado no tiene religión oficial (Art. 141.11).
- La proporcionalidad de los impuestos (Art. 141.16).
- El derecho a la familia, matrimonio y maternidad (Art. 142).
- La garantía de la defensa de la salud física, mental y moral de la infancia (Art. 142).
- El derecho a usar, en zonas de predominante población india, el quechua o la lengua aborígen respectiva (Art. 143).
- La libertad de cátedra (Art. 143) y libertad para organización de profesores.
- Protección de riqueza artística, histórica y natural (Art. 145).
- “El régimen de la vida económica debe responder a principios de justicia social y tender a liberar de la miseria a todos los ecuatorianos, proporcionándoles una existencia digna” (Art. 146).
- Derecho a dotar de tierras a quienes carezcan (Art. 146).
- Derechos laborales, entre otros, contrato colectivo, salario igual, sindical, madre trabajadora, huelga, trabajo infantil, regulación especial al trabajo de los indios.
- La previsión social y asistencia: seguro social, salud, asistencia pública, edificación de viviendas (Art. 149).
- Obligación de disminuir la mortalidad infantil (Art. 150).

Hay cláusula abierta de derechos en función de los inherentes a la personalidad humana (Art. 157).

Constitución de 1946

Velasco Ibarra es dictador y, como hemos dicho, reprimió a toda manifestación izquierdista. De hecho, al convocar a la nueva asamblea constituyente, la gran mayoría de sus miembros fueron conservadores y de derecha⁵⁸, de ahí la vuelta a la invocación a dios en el preámbulo de la Constitución, junto con el pueblo de Ecuador.

Según la Constitución, los ecuatorianos se asocian “bajo el imperio de unas mismas leyes y costumbres” (Art. 1), que confirma la idea de una nación que oculta otras culturas y hasta una tendencia a la homologación cultural.

Hombre o mujer, 18 años y leer y escribir son los requisitos de ciudadanía (Art. 17). Se establece con propiedad que los extranjeros tienen todos los derechos, salvo los políticos (Art. 180). En los senadores funcionales dejan de tener representación los indígenas (Art. 42).

La segunda parte de la Constitución, que se denomina “normas de acción”, tiene dos títulos que tratan sobre los derechos fundamentales. El primero se refiere a los “preceptos fundamentales” y el segundo, “de las garantías”, a los derechos, que se subdividen en “garantías generales”, “garantías individuales comunes” y “garantías especiales para los ecuatorianos”. Entre otros, algunas novedades:

- Se establece como referencia a la dignidad para valorar las leyes y contratos (Art. 161).
- Se condiciona la libertad de conciencia a la no oposición a la moral (Art. 168).
- Se garantiza el trabajo, y cuando enumera los derechos se establece un “etc.” (Art. 170), que debe leerse a la luz del Art. 185.
- El Estado tiene la obligación de “propender eficazmente a la cultura del indígena y del campesino” (Art. 174.c).
- El derecho de proporcionar “a los inválidos medios de subsistencia, siempre que carecieren de ellos, mientras estén incapacitados de obtenerlos por su trabajo” (Art. 188.3).
- Se prohíbe el destierro, la extradición y se establece la asistencia consular para ecuatorianos (Art. 189.5).

El Consejo de Estado tiene la atribución de “velar por la observancia de la Constitución” (Art. 146.1) y formular observaciones acerca de normas “que se hubieren dictado o se dictaren con violación manifiesta de la Constitución” (Art. 146.2), pero si éstas no fueren aceptadas, tiene que recurrir al Congreso para que las declare (Art. 146.2), que tiene la interpretación auténtica de la Constitución (Art. 189). Los funcionarios tienen responsabilidad personal por la violación de la Constitución y sus delitos no prescriben (Art. 178).

Constitución de 1967

Años de estabilidad económica y política preceden a la Constitución de 1967. El banano se torna en el principal producto de exportación ecuatoriana, se robustecen los

⁵⁸ Enrique Ayala Mora, *Manual de Historia del Ecuador II*, op. cit., p. 86.

grupos terratenientes, la burguesía comercial y la burocracia estatal. La clase media deja de ser contestataria y pasa a consolidar el sistema. Los indígenas dejaron de ser huasipungueros para ser peones, al mismo tiempo se agudizan sus problemas de tierras a causa de la colonización de sus espacios y de la emigración interna. El movimiento laboral y estudiantil fortalece su organización y se mantuvieron activos, y fueron en su momento reprimidos. La teoría económica que predomina es el desarrollismo y el estado tiene un rol planificador.⁵⁹

La revolución cubana incide en la política latinoamericana, decididamente influenciada por los Estados Unidos. Como en toda la región, se estableció una junta militar de gobierno y se reprimió a dirigentes y organizaciones populares. En 1966 se reunió la asamblea constituyente y se expidió en mayo de 1967 una nueva constitución, que confirmaría a Otto Arosemena como presidente y tendría una vigencia muy corta.⁶⁰

En el preámbulo de la Constitución aparece la primera invocación a “las normas fundamentales que amparan a sus habitantes y garantizan su libre convivencia, bajo un régimen de fraternidad y justicia social”, e invoca la protección de dios y “declara inalienables los fueros de la persona humana y condena toda forma de despotismo individual o colectivo.”

El lenguaje de derechos no es explícito. El deber del Estado se manifiesta de la siguiente forma: “es función primordial del Estado establecer las condiciones sociales en que los integrantes de la comunidad puedan disfrutar de los medios necesarios a la realización de sus fines” (Art. 10). En la ciudadanía se quita la especificación de la mujer, y sigue siendo 18 años y saber leer y escribir (Art. 21).

El título IV, que se denomina “De los derechos, deberes y garantías”, se divide en varios capítulos, el primero, “Disposiciones generales”, trata de la teoría general de los derechos y encontramos normas como las siguientes:

- Reconocimientos de los derechos del “hombre” como individuo y miembro de la familia” (Art. 23).
- “El Estado garantiza a los habitantes el libre acceso a la cultura y al mejoramiento social y económico, y a los ciudadanos ecuatorianos, la efectiva participación en la actividad política. La ley eliminará los obstáculos que impidan o limiten a determinados sectores de la población nacional el ejercicio de estos derechos” (Art. 24).
- No se hará discriminación alguna basada en motivos tales como raza, sexo, filiación, idioma, religión, opinión política, posición económica o social. (Art. 25).
- “Serán nulas las disposiciones legales, administrativas o de cualquier orden que menoscaben el ejercicio de los derechos garantizados por esta Constitución.” (Art. 26).
- La obligación de indemnizar por servicios público o actos de funcionarios en el desempeño de su cargo (Art. 27).

El capítulo dos, “De los derechos de la persona”, reconoce algunas novedades:

- La dimensión del derecho a la vida asociada con “los medios necesarios para una existencia digna”.

⁵⁹ Enrique Ayala Mora, *Manual de Historia del Ecuador II*, op. cit., p. 88-94.

⁶⁰ Enrique Ayala Mora, *Manual de Historia del Ecuador II*, op. cit., p. 111.

- La libre participación en la vida cultural de la comunidad y en la investigación científica.
- El derecho a la información y el libre acceso a sus fuentes, sin más limitaciones que la seguridad nacional del Estado y la vida privada de las personas.
- La libertad de creencia religiosa y de culto, individual o colectivo, en público o en privado.
- El desempeño de oficios y profesiones, de la agricultura, el comercio y la industria, con arreglo a la ley.
- El derecho a demandar el amparo jurisdiccional contra cualquier violación de las garantías constitucionales, sin perjuicio del deber que incumbe al Poder Público de velar por la observancia de la Constitución y las leyes.
- La reserva del ciudadano sobre sus convicciones políticas y religiosas; la autoridad no puede obligarlo a declarar sobre ellas ni causarle molestia, salvo los casos previstos en la Constitución y las leyes.
- Se establece que “las penas no lesionarán la dignidad humana, antes deben propender a la reeducación del condenado. No se emplearán tratos humillantes para investigar una infracción”.

El capítulo tercero, “De la familia”, protege a la familia, matrimonio y a la maternidad (Art. 29). Se establece que los hijos fuera del matrimonio tendrán los mismos derechos. Se reconocen los derechos de los niños desde la concepción y el deber del estado de velar por su salud física, mental y moral.

El capítulo cuarto, “De la educación”, establece los fines para la educación, el contenido, los responsables, “la libertad de educación dentro de la moral y de las instituciones democráticas y republicanas. La educación oficial es laica, o sea que el Estado, como tal, no enseña ni impugna religión alguna.” (Art. 35). “En las escuelas establecidas en las zonas de predominante población indígena se usará de ser necesario además del español, el quichua o la lengua aborígen respectiva, para que el educando conciba en su propio idioma la cultura nacional y practique luego el castellano.” (Art. 38)

El capítulo quinto, “De la propiedad”, reconoce la propiedad con función social, y se reiteran normas de las otras constituciones: no confiscación y las condiciones de expropiación. Una norma interesante, que tiene relación con la reforma agraria, es la del Art. 51: “El Estado tiene el deber de corregir los defectos de la estructura agraria, a fin de lograr la justa distribución de la tierra, la más eficaz utilización del suelo, la expansión de la economía nacional y el mejoramiento de nivel de vida del campesino. Con tal objeto promoverá y ejecutará planes de reforma agraria; estos conciliarán los intereses de la justicia social y el desarrollo económico del país, y eliminarán las formas precarias de tenencia de la tierra.” Se determina al Estado como dueños de ciertas tierras (Art. 55) y se “reserva el derecho a explotar determinadas actividades económicas para suplir, fomentar y complementar la iniciativa privadas” (Art. 59).

El capítulo sexto, “Del trabajo y de la seguridad social”, reconoce el derecho al trabajo, su función social, la intangibilidad de los derechos, el *in dubio pro operario*, el salario, las jornadas, la contratación colectiva, la forma de resolver conflictos individuales y colectivos, la huelga, la seguridad social, la salud, la protección de los niños.

El capítulo siete, “De los derechos políticos”, reconoce el derecho de participación en la vida política, el derecho al voto que es obligatorio, mecanismos de participación directa, derecho a fundar y participar en partidos políticos, la carrera administrativa, el derecho al asilo político.

El capítulo octavo, “De la situación de los extranjeros”, se determina que gozarán de los mismos derechos que los ecuatorianos, pero “se exceptúan las garantías constitucionales y los derechos políticos establecidos exclusivamente en favor de los ecuatorianos.”

El Tribunal de Garantías Constitucionales, conformado por nueve representantes funcionales, tiene como atribución “velar por la observancia de la Constitución y las leyes, especialmente de las garantías constitucionales, para lo cual excitará al Presidente de la República y demás funcionarios del Gobierno y la Administración; formular observaciones acerca de los decretos, acuerdos, reglamentos y resoluciones dictados con violación de la Constitución o las leyes, lo cual se hará después de escuchar a la autoridad u organismo responsable; conocer de las quejas que por quebrantamiento de la Constitución o de las leyes formule cualquier persona natural o jurídica...” (Art. 220). El órgano de cierre, sin embargo, es el Congreso: “sólo el Congreso tiene facultad de interpretar la Constitución de un modo generalmente obligatorio, y de resolver las dudas que se suscitaren sobre la inteligencia de sus preceptos.” (Art. 257).

La Fuerza Pública está encargada de “garantizar el orden constitucional” (Art. 248)

Constitución de 1979

Los años setenta se caracterizan por la transformación del Ecuador a causa de la exportación del petróleo, que modernizó y agrandó considerablemente al estado. La inestabilidad política se provocó por el rompimiento del orden constitucional una vez más. Primero fue Velasco Ibarra que el año setenta se proclamó dictador. Le siguió el gobierno nacionalista revolucionario de Rodríguez Lara y finalmente el triunvirato de 1976. Este último planteó un retorno controlado al régimen constitucional. Se prepararon dos proyectos de constitución, que se sometieron a consulta popular. Ganó ampliamente la que se consideró más progresista.

En la Constitución se establece que el fin primordial del Estado es “asegurar la vigencia de los derechos fundamentales del hombre y promover el progreso económico, social y cultural de sus habitantes” (Art. 2), y que el “el Estado ecuatoriano condena toda forma de colonialismo, neocolonialismo y de discriminación o segregación racial. Reconoce el derecho de los pueblos a liberarse de estos sistemas opresivos.” (Art. 4)

En la ciudadanía, por primera vez, se saca el requisito de saber leer y escribir, y queda solo ser ecuatoriano y tener 18 años (Art. 12). Quitar el requisito de leer y escribir no es un avance menor. No hay que olvidar en el acceso a la educación comenzó siendo un privilegio solo de “criollos” y que la gran mayoría de la población, durante gran parte de la república, fue analfabeta y a lo sumo recibía entrenamiento para ejercer sus labores.⁶¹

El título segundo, “de los derechos, deberes y garantías”, aborda el tema de los derechos en varias secciones:

Sección primera, “de los derechos de la persona”, en el que además de los derechos ya reconocidos (los derechos civiles), se menciona expresamente la igualdad

⁶¹ Enrique Ayala Mora, *Manual de Historia del Ecuador II*, op. cit., p. 22.

de la mujer (Art. 19.4). La sección segunda, “de la familia”, reitera los derechos ya reconocidos. La sección tercera, “de la educación y cultura”, desarrolla el derecho a la educación. La sección tercera “de la seguridad social y la promoción popular”, en la que consta el derecho a la previsión social, la salud, el saneamiento ambiental, la organización y promoción de sectores populares (Art. 30), el servicio social y civil de la mujer. La sección quinta desarrolla el derecho al trabajo. La sección sexta los derechos políticos son enumerados y desarrollados, destacándose el voto universal. Y concluye el acápite con una regla general, en el que se reconoce la titularidad de derechos: “el Estado garantiza a todos los individuos, hombres o mujeres que se hallen sujetos a su jurisdicción, el libre y eficaz ejercicio y goce de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, enunciados en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes” (Art. 44). El derecho a la propiedad tiene su sección (la tercera) e incluye el derecho a la vivienda (Art. 50) y la propiedad de la tierra (Art. 51).

En la función judicial se establece la oralidad, la responsabilidad, la independencia judicial, la gratuidad y la publicidad (Art. 92-97).

Se reconoce la jerarquía constitucional y la carencia de valor jurídico de normas que se opongan (Art. 137). La Corte Suprema de Justicia ejerce control constitucional (Art. 138), pero somete su resolución al parlamento, que además resuelve en caso de duda sobre la Constitución (Art. 139). Se establece el Tribunal de Garantías Constitucionales, que tiene la facultad de “velar por la ejecución de la Constitución, para lo cual excita a las autoridades y demás funcionarios de la administración pública; y de formular observaciones acerca de decretos, acuerdos, reglamentos o resoluciones dictados con violación de la Constitución o las leyes, luego de oír a la autoridad u organismos que los hubieren pronunciado”. (Art. 141 2. y 3.)

4. Constitucionalismo neoliberal: Constitución de 1998

Esta fase, que Enrique Ayala Mora denomina “Proyecto nacional de la diversidad”⁶², en términos de derechos se amplían los catálogos de derechos, se amplía el ámbito de la ciudadanía y se caracteriza por la presencia de nuevos actores en la esfera pública, en particular el movimiento indígena. Sin embargo, como dice Paz y Miño, “la balanza se inclinó a favor de los grupos de poder, con alto perjuicio para la sociedad ecuatoriana”.⁶³ En esta época, que coincide con el famoso “consenso de Washington” al que Ecuador se suscribe –y que “avanzó a pesar y en contra de la mayoría del pueblo ecuatoriano”⁶⁴– el país privatiza muchos servicios públicos, desregula la economía y se flexibilizan las relaciones laborales.

Constitución 1998

⁶² Enrique Ayala Mora, *Manual de Historia del Ecuador II*, op. cit., p. 97. El historiador Ayala Mora ubica este período desde los inicios de los años sesenta y lo extiende hasta la actualidad. Efectivamente hay una emergencia de los movimientos sociales en esta época, sin embargo el impacto jurídico de la influencia del movimiento indígena, feminista, de la niñez y adolescencia y ecologista tiene recién impacto en la Constitución de 1998. Por esta razón, las características del “Proyecto nacional de la diversidad” lo ubicamos a partir de la Constitución de 1998.

⁶³ Juan J. Paz y Miño Cepeda y Diego Pazmiño, op. cit., p. 37.

⁶⁴ Franklin Ramírez Gallegos, “Proceso constituyente y tránsito hegemónico”, en *Nueva Constitución*, Revista La Tendencia, Gráficas Araujo, Quito, 2008, p. 58.

La destitución de un presidente, Abdalá Bucarám, y la designación de un presidente interino, en medio de enfrentamientos entre movimientos sociales y sectores empresariales que acusaron de corrupción al mandatario democráticamente electo, son los antecedentes directos a la convocatoria de la asamblea constituyente. La consulta que decidió la convocatoria a la asamblea también ratificó a Alarcón en el poder, por lo que ésta no tuvo la ingrata tarea de nombrarlo presidente. La asamblea tuvo una composición mayoritariamente de derecha.⁶⁵

En 1998 se expide la última constitución del siglo pasado, aprobada por una Asamblea Nacional, que fue “hegemonizada por los intereses y conceptos de las élites del poder”⁶⁶ y aprobada en un cuartel militar. Aunque, hay que afirmarlo, hubo importantes avances en materia de derechos, tales como el reconocimiento de los derechos de los indígenas, de los niños y niñas, de las mujeres, de las personas con discapacidad, entre otros, determinó que el estado es social de derecho, estableció un Tribunal Constitucional, instituyó el amparo como garantía judicial y continuó un sistema de reforma constitucional rígido (la institución se la conoció como candado constitucional), por lo que podría considerarse un primer estado constitucional de derecho de la historia del país.

Sin embargo, todos los reconocimientos en derechos, que se consideraron un avance importante y el reconocimiento de la diversidad en el Ecuador, no tuvieron su contraparte institucional. Al decir de Echeverría, “una Constitución avanzada desde la perspectiva de los derechos expresada en su parte dogmática, pero retrasada en su parte orgánica o sea en aquella que define los mecanismos concretos de realización de los derechos bajo forma de decisiones políticas, o de políticas públicas.”⁶⁷ Además, “la Constitución de 1998 legitimó una economía excluyente... en función de la liberalización de la economía, armonizándola con la globalización de la economía mundial, para atraer y captar inversión extranjera.”⁶⁸ El estado mínimo junto con crecientes demandas sociales, agravadas por una crisis bancaria en el año de 1999, hicieron que las promesas de los derechos de esta Constitución se incumplieran y que las garantías también fueran ineficaces. El Tribunal Constitucional, al final, no fue el tan deseado árbitro de la constitucionalidad y más bien, como ha sido tradición en el Ecuador, se sucedieron varios golpes de estado y los militares resolvieron las crisis políticas.

En la Constitución de 1998 encontramos ya fuertes rasgos del neoconstitucionalismo europeo y latinoamericano: la constitución tiene un juez especializado de última instancia, encontramos un gran desarrollo de derechos, algunos avances en garantías, la dificultad de reformar la constitución por parte de parlamentarios y por vías ordinarias (la rigidez y el candado), la introducción del sistema internacional de derechos humanos. Sin embargo, el régimen económico y la parte orgánica mantuvo el modelo liberal y tradicional, por lo que la economía podía seguir sin problema alguno el “Consenso de Washington”.

En efecto, uno de los rasgos más importantes y característicos de esta constitución es que define el sistema económico como “social de mercado”. “A pretexto de tal economía, se ha instaurado en el Ecuador un *sui generis* régimen fundamentado en los principios de empresa privada y mercado libre “absolutos”... de este modo, la

⁶⁵ Enrique Ayala Mora, *Manual de Historia del Ecuador II*, op. cit., p. 120.

⁶⁶ Juan J. Paz y Miño Cepeda y Diego Pazmiño, op. cit., p. 38.

⁶⁷ Julio Echeverría, “Plenos poderes y democracia en el proceso constituyente ecuatoriano”, en Julio Echeverría y César Montúfar (editores), *Plenos poderes y transformación constitucional*, Abya Yala, Quito, 2008, p. 33.

⁶⁸ Juan J. Paz y Miño Cepeda y Diego Pazmiño, op. cit., p. 38.

Constitución de 1998 se puso a tono con la época: privatizaciones y retiro del Estado”.⁶⁹ Según la Constitución, el estado abandona el concepto de áreas de explotación reservadas al estado, por lo que el sector privado podía explotar los recursos naturales y los servicios tradicionalmente considerados como públicos. Se establece que estas áreas deberán ser explotadas en función del interés nacional y por empresas públicas, mixtas o privadas (Art. 247). Incluso el medio ambiente y la diversidad biológica puede involucrar a la iniciativa privada (Art. 248). La participación del sector privado incluía agua potable, riego, saneamiento, viabilidad, fuerza eléctrica, telecomunicaciones, facilidades portuarias (Art. 249) y hasta la seguridad social (Art. 55). A este modelo, Paz y Miño lo denominó “modelo oligárquico–empresarial”⁷⁰. La Constitución invoca la “historia milenaria, en el recuerdo de sus héroes y en el trabajo de hombres y mujeres que, con su sacrificio, forjaron la patria; fiel a los ideales de libertad, igualdad, justicia, progreso, solidaridad, equidad y paz que han guiado sus pasos desde los albores de la vida republicana, proclama su voluntad de consolidar la unidad de la nación ecuatoriana en el reconocimiento de la diversidad de sus regiones, pueblos, etnias y culturas, invoca la protección de Dios, y en ejercicio de su soberanía, establece en esta Constitución las normas fundamentales que amparan los derechos y libertades...”

El Ecuador se declara, por primera vez, como un “estado social de derecho” (Art. 1). Se establece que “el quichua, el shuar y los demás idiomas ancestrales son de uso oficial para los pueblos indígenas” (Art. 1).

Se determina que es deber primordial del Estado “Asegurar la vigencia de los derechos humanos, las libertades fundamentales de mujeres y hombres, y la seguridad social” (Art. 3.3).

En la ciudadanía, confundiendo un concepto social con el jurídico que establece la titularidad de los derechos políticos, se establece que “todos los ecuatorianos son ciudadanos y, como tales, gozan de los derechos establecidos en esta constitución” (Art. 6). “Los extranjeros gozarán de los mismos derechos que los ecuatorianos, con las limitaciones establecidas en la Constitución y la ley” (Art. 14).

El título tercero se dedica a los derechos y se denomina “De los derechos, garantías y deberes”, y comienza con un primer capítulo “Principios generales”, en el que se reitera el deber del estado frente a los derechos como el más alto e importante (Art. 16), la no discriminación, la aplicación directa de los derechos, la interpretación más favorable, la prohibición de restringir derechos, las fuentes de los derechos (instrumentos internacionales de derechos humanos y los que deriven de la naturaleza humana): “no excluyen otros que se deriven de la naturaleza de la persona y que son necesarios para su pleno desenvolvimiento moral y material” (Art. 19), la responsabilidad objetiva del Estado, el deber de repetición, la indemnización por error judicial y por revisión.

El capítulo segundo, “De los derechos civiles”, reconoce algunas novedades:

- Se prohíbe la aplicación y utilización indebida de material genético humano.
- El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar, en especial, la violencia contra los niños, adolescentes, las mujeres y personas de la tercera edad.

⁶⁹ Juan J. Paz y Miño Cepeda (editor), *Asamblea constituyente y economía. Constituciones en Ecuador*, Quito, Abya Yala-Taller de Historia Económica, 2007, p. 42-43.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 20.

- Las acciones y penas por genocidio, tortura, desaparición forzada de personas, secuestro y homicidio por razones políticas o de conciencia, serán imprescriptibles. Estos delitos no serán susceptibles de indulto o amnistía. En estos casos, la obediencia a órdenes superiores no eximirá de responsabilidad.
- El derecho a desarrollar libremente su personalidad, sin más limitaciones que las impuestas por el orden jurídico y los derechos de los demás.
- El derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado y libre de contaminación. La ley establecerá las restricciones al ejercicio de determinados derechos y libertades, para proteger el medio ambiente.
- El derecho a disponer de bienes y servicios, públicos y privados, de óptima calidad; a elegirlos con libertad, así como a recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características.
- El derecho a la comunicación y a fundar medios de comunicación social y a acceder, en igualdad de condiciones, a frecuencias de radio y televisión.
- El derecho a una calidad de vida que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, saneamiento ambiental; educación, trabajo, empleo, recreación.
- El derecho a tomar decisiones libres y responsables sobre su vida sexual.
- Se detalla el derecho al debido proceso.
- La prisión preventiva no podrá exceder de seis meses, en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año, en delitos sancionados con reclusión. Si se excedieren esos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto, bajo la responsabilidad del juez que conoce la causa.
- Toda persona tendrá derecho a acceder a los órganos judiciales y a obtener de ellos la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, sin que en caso alguno quede en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.
- No extradición de un ecuatoriano.

Capítulo tercero, “De los derechos políticos”.

Capítulo cuarto, “De los derechos económicos, sociales y culturales”, en el que consta el derecho a la propiedad, vivienda, acceso de recursos para la producción, el trabajo, la incorporación de las mujeres al trabajo (Art. 36), el trabajo de la mujer en el hogar.

Capítulo quinto, “De los derechos económicos, sociales y culturales”, en el que encontramos normas con perspectiva de género, tales como “el Estado propiciará la incorporación de las mujeres al trabajo remunerado, en igualdad de derechos y oportunidades, garantizándole idéntica remuneración por trabajo de igual valor.” El respeto al derecho al trabajo y derechos reproductivos.

En la sección tercera, “De la familia”, se reconoce “la unión estable y monogámica de un hombre y una mujer, libres de vínculo matrimonial con otra persona, que formen un hogar de hecho”, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio, inclusive en lo relativo a la presunción legal de paternidad, y a la sociedad conyugal.”

En la sección cuarta, “De la salud”, en el que constan el derecho a “seguridad alimentaria, la provisión de agua potable y saneamiento básico, el fomento de ambientes saludables en lo familiar, laboral y comunitario, y la posibilidad de acceso permanente e ininterrumpido a servicios de salud, conforme a los principios de equidad, universalidad, solidaridad, calidad y eficiencia” (Art. 42).

En la sección quinta, “De los grupos vulnerables”, se establece que “en el ámbito público y privado recibirán atención prioritaria, preferente y especializada los niños y adolescentes, las mujeres embarazadas, las personas con discapacidad, las que adolecen de enfermedades catastróficas de alta complejidad y las de la tercera edad. Del mismo modo, se atenderá a las personas en situación de riesgo y víctimas de violencia doméstica, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos” (Art. 47). Se desarrollan, entre otros, los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

En la sección sexta se desarrollan los derechos de la Seguridad Social. Se reconoce el seguro social campesino.

En la sección séptima, se desarrolla los derechos de la cultura.

En la sección octava se enuncia el derecho a la educación, que incluye, la educación intercultural bilingüe y también encontramos la asignación presupuestaria de treinta por ciento de los ingresos corrientes totales.

También tienen su sección la ciencia y tecnología, la comunicación y los deportes (novena, décima y undécima).

Merece especial atención los derechos colectivos, que tienen un catálogo considerable de los derechos de los pueblos indígenas, reconocidos en el Convenio N. 169 de la OIT. Aunque la clasificación tiene un error conceptual, que confunde criterios temáticos con titulares de derechos. Esto querría decir que todo derecho indígena tiene dimensión colectiva y esto es relativamente cierto, pues hay derechos, como la identidad personal, que pueden ser reivindicados de forma individual.

Además de los derechos de los pueblos indígenas, se reconocen los mismos derechos cuando fueren aplicables a los afrodescendientes, el derecho humano al medio ambiente y los derechos de los consumidores.

En relación a las garantías, la Constitución del año 1998 reconoce varias garantías para proteger todos los derechos, algunas de ellas con requisitos y procedimientos específicos. La garantía genérica, el amparo, es sólo cautelar y opera cuando hay una violación grave e inminente. Se crea la garantía del hábeas data para información personal y se mantiene el hábeas corpus para proteger la libertad de movimiento. Estas garantías son conocidas por cualquier juez y tienen todas al Tribunal Constitucional como órgano de cierre. De igual modo, tenemos como garantía la Defensoría del Pueblo, que tiene como misión velar por el respeto y la promoción de los derechos humanos.

La Constitución, como es tradición ya en el constitucionalismo ecuatoriano, reconoce la supremacía (Art. 272), la aplicación directa, el control difuso (Art. 274), se establece el Tribunal Constitucional, con capacidad e suspender total o parcialmente todo acto normativo por considerárselo inconstitucional.

IV. Constitucionalismo postmoderno-estado constitucional de derechos: igualitarismo en la Constitución de 2008

Por un modelo post-moderno entendemos un constitucionalismo que sea (1) descolonizador, (2) igualitarista-distribuidor, (3) que contenga en sí mismo todas las posibilidades de luchas emancipadoras y (4) que tenga como centro la protección de los más expuestos a los abusos tradicionales del poder: los seres humanos y la naturaleza.

Precisamente estas características las encontramos tanto en el Preámbulo como en el texto de la Constitución.

(1) La Constitución de 2008 es “impensable sin el acumulado histórico de las luchas de los pueblos de América Latina”.⁷¹ De ahí que el Preámbulo sea un reconocimiento a esa resistencia en unos casos pasiva y otras activa: “Nosotras y nosotros, el pueblo soberano del Ecuador... apelando a la sabiduría de todas las culturas que nos enriquecen como sociedad... como herederos de las luchas sociales de liberación frente a todas formas de dominación y colonialismo...”⁷²; invocación ésta a continuar las luchas para la construcción de una organización social libre de todo poder que coloniza en todas las dimensiones.

Luego tenemos, encabezando la Constitución, la declaración de que el Ecuador es un estado plurinacional, intercultural⁷³ y, a reglón seguido, diverso.⁷⁴

Explícitamente la Constitución determina que los pueblos tienen derecho a su autodeterminación, reconoce los derechos de los distintos pueblos que coexisten dentro de los estados y la promoción de mecanismos que promuevan y protejan la diversidad, propugna el principio de ciudadanía universal que implica la progresiva eliminación de las fronteras nacionales y la relativización de la soberanía nacional como poder que oprime, controla y clasifica, condena toda forma de imperialismo, colonialismo, neocolonialismo y reconoce el derecho de los pueblos a la resistencia y liberación de toda forma de opresión, promueve la conformación de un orden global multipolar y democrático y el fortalecimiento de relaciones horizontales para construir un mundo justo, democrático, solidario, diverso e intercultural...⁷⁵

Las reivindicaciones promovidas por los pueblos indígenas son descolonizadoras y además poscapitalistas. El estado plurinacional enfrenta al estado nacional homogeneizante (de ninguna manera debe entenderse como la pulverización del estado, sino como la unidad en la diversidad: un Ecuador y varias nacionalidades); el estado intercultural a la propuesta monocultural dominante que promueve el capitalismo al considerar al ser humano como un sujeto individual y consumista; la democracia comunitaria que se complementa con la democracia representativa y participativa, construida desde “abajo” y profundamente radical; la justicia indígena que reconoce la pluralidad jurídica en lugar de un sistema jurídico centralizado, jerarquizado, burocrático e inquisitivo; la *Pachamama*, que promueve el reconocimiento y el respeto de la naturaleza como sujeto de derechos y por el cual no cabe valor de cambio en relación a los recursos naturales, esto es, en pocas palabras una economía postcapitalista (que se vasa en el valor de cambio de la naturaleza, en la acumulación y en extractivismo); el *sumak kawsay* que promueve relaciones horizontales y armónicas, en lugar de un sistema vertical, patriarcal y violento; finalmente, la ciudadanía universal, que promueve la idea de un ser humano cosmopolita, no sujeto a la protección exclusiva de un estado nacional que, a su vez, excluye y discrimina al extranjero, al migrante, al

⁷¹ Alberto Acosta, “Cualquier restricción a la crítica es el fin del debate público”, en Miriam Lang y Alejandra Santillana (compiladoras), *Democracia, participación y socialismo. Bolivia-Ecuador-Venezuela*, Fundación Rosa Luxemburgo, Hominen, Quito, 2010, p. 179.

⁷² Constitución, Preámbulo.

⁷³ Constitución, Art. 1.

⁷⁴ Constitución, Art. 3 (2).

⁷⁵ Constitución, Art. 416 (1), (5), (8), (10)

refugiado y al apátrida. Todas estas instituciones, sin duda alguna, son descolonizadoras.

(2) Entendemos como un modelo igualitarista-distribuidor, tal como lo describe Pablo Andrade, desde una posición filosófica política:

“...una posición igualitaria apoya la idea de que la voluntad ciudadana debe tener un amplio espacio en las instituciones que gobiernan la vida política... una concepción igualitaria toma en serio la necesidad de garantizar a todos los miembros de la sociedad (colectiva e individualmente) su pleno desarrollo y autonomía (esto es, no habría tal cosa como una ciudadanía política que no pueda ejercerse por falta de recursos económicos, acceso a la educación y otros servicios básicos). Finalmente, el igualitarismo es antagónico con la pretensión mayoritaria de imponer un solo modo de vida como deseable o adecuado, dejando a la decisión individual esta elección.”⁷⁶

Un modelo igualitarista no podría existir sin serias y comprometidas políticas de distribución. Sin duda alguna, como intentamos demostrar cuando desarrollamos la idea de “estado de justicia”⁷⁷, la Constitución ecuatoriana inaugura una nueva forma de concebir la constitucionalidad, los derechos, las garantías, la organización del Estado y la misma supremacía constitucional desde un modelo igualitarista, que no proscribió ni posterga las conquistas liberales en materia de derechos humanos, aunque condiciona algunos derechos como la propiedad privada y la libre empresa.

(3) Conviene aclarar que el constitucionalismo post-moderno no se centra ni se agota con las demandas de distribución de riqueza y chances sociales. Sino que, además, se complementa con las demandas de reconocimiento, lo que implicaría el respeto y la promoción de la diferencia; por tanto, igualitarista jamás debería leerse como homogeneizador o asimilacionista. De igual modo, el modelo al que le hemos llamado “igualitarista”, quizá de modo impreciso, también implica la respuesta a las demandas de representación; por tanto se excluye cualquier forma de estado que se parezca a la experiencia fallida totalitaria de los socialismos del siglo XX, que lograron la distribución a costa y en desmedro de las libertades. El estado, como explícitamente lo demuestra Fraser, debe desarrollar estar tres dimensiones –representación, distribución y reconocimiento- que deben ser adecuadamente balanceadas e integradas.⁷⁸

Todo movimiento que luche contra la hegemonía, el control, la opresión, la inequidad, la exclusión, el desconocimiento o invisibilización, tiene armas o artificios, como llamaba Nino a los derechos⁷⁹, para defenderse de los abusos de poder.

Los movimientos que luchan por la distribución, como los sindicalistas, indígenas y afro descendientes, tienen los derechos del buen vivir y los capítulos que tratan sobre el régimen del buen vivir y el régimen de desarrollo. Los movimientos que luchan por el reconocimiento, tienen en el artículo 11 (2) todas las posibilidades para comprender la igualdad y el combate a la discriminación, identificando más de veinte identidades por las que no se pueden distinguir o privar de derechos; de igual modo encontrarán derechos específicos para personas y grupos de atención prioritaria y para pueblos, como los indígenas, afro descendientes y montubios; no menos destacable, las

76 Pablo Andrade, “Prólogo”, en Luis Verdesoto Custode, *Procesos constituyentes y reforma institucional*, Flacso-Abya Yala, Quito, 2007, p. 12

77 Véase Ramiro Avila Santamaría, *Neoconstitucionalismo transformador...*, op. cit., pp. 149-166.

78 Nancy Fraser, *Scales of Justice. Reimagining Political Space in a Globalizing World*, New Directions in critical theory, Columbia University Press, New York, 2010, p. 115.

79 Véase Carlos Santiago Nino, “Introducción”, en *Ética y derechos humanos*, Editorial Astrea, 2da. Edición, Argentina, 2005, pp 1-7.

feministas ya no tienen que invisibilizarse lingüísticamente ante la categorización de lo masculino como universal⁸⁰. Los movimientos que luchan por la protección, como los garantistas o los movimientos de derechos de los niños, niñas y adolescentes tienen todo un cúmulo de derechos denominados precisamente de protección. Los movimientos que luchan por la representación tienen un capítulo completo sobre derechos de participación, que no se restringe a los derechos políticos. Los movimientos antiglobalización también tienen principios, como los establecidos en el capítulo sobre las relaciones internacionales, para fundamentar su lucha. Los movimientos “libertarios” e incluso los neoliberales tienen todo un capítulo sobre las libertades, que reconocen las conquistas tradicionales del movimiento liberal del siglo XVIII. Todo movimiento, insistimos, que encuentre en las relaciones sociales y políticas formas de violación a sus derechos como individuos, colectividades, pueblos o nacionalidades, tienen los “artificios” para revertir su realidad y emanciparse.

Pero la Constitución de Montecristi no se queda, como las que le preceden, en enunciar derechos sino que reconoce toda una gama de garantías por las que no existe acto público o emanación de poder, que no pueda ser prevenido, impedido o, cuando cause daño, reparado.

(4) La protección de los derechos consta como fin primordial del estado y es el eje constitutivo de la Constitución, que limita y vincula todo poder. Este aspecto central de la Constitución se manifiesta en las siguientes novedades:

- El estado es constitucional de derechos⁸¹ (Art. 1).
- Garantizar los derechos es fin primordial del estado (Art. 3.1).
- Confunde ciudadanía con titularidad de derechos, pero existe la intención de universalizar la titularidad de derechos (Art. 6).
- Existe un capítulo sobre los derechos, que recogen los principales principios de la teoría de los derechos fundamentales (estructura del derecho, titularidad y obligados, expande la titularidad a sujetos colectivos, el principio de igualdad sin discriminación, la justiciabilidad, las características de los derechos, el principio de progresividad y no regresividad, la interpretación, las fuentes, la responsabilidad estatal, la reparación, la repetición).
- Se hace una innovadora clasificación de los derechos, rompiendo con la tradición europea de considerar las generaciones de derechos o la división en función de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, que es la división que recoge la anterior constitución.⁸²
- Se divide el reconocimiento de derechos y la garantía, que estaban unidas en la Constitución. El derecho consta en la parte dogmática, y la garantía, en general de política pública, en el régimen del buen vivir.
- En los derechos del buen vivir, encontramos el agua, la alimentación, el ambiente sano, la comunicación e información, la cultura y la ciencia, la educación, el hábitat y la vivienda, la salud, el trabajo y la seguridad social.
- En el capítulo de los derechos de las personas y grupos de atención prioritaria, se enumeran los derechos de las personas adultas mayores, niñas, niños y

⁸⁰ La utilización del género masculino y femenino a lo largo del texto constitucional ha sido ridiculizada por algunas personas, lingüistas y por supuesto juristas, por considerar que el texto es cargado, difícil de leer, redundante y porque el Código Civil establece que cuando aparezca la palabra en masculino se entenderá todo el género humano. El lenguaje crea realidades. Visibilizar desde el texto el género femenino implica reconocer jurídicamente la existencia de más de la mitad de habitantes de este país.

⁸¹ Véase Ramiro Avila Santamaría, *Neoconstitucionalismo transformador...*, op. cit., pp. 121-148.

⁸² Ramiro Avila Santamaría, “La clasificación de los derechos”, en *Los derechos y sus garantías. Ensayos críticos*, Quito, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012.

adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos.

- El capítulo cuarto reconoce los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades.
- En el capítulo quinto se reconocen los derechos de participación, que es más genérico y comprensivo que los derechos políticos.
- En el capítulo sexto tenemos los derechos de libertad, en 28 numerales. Incluye la familia y los derechos de sus miembros.
- La innovación más destacable lo encontramos en el capítulo séptimo, que reconoce los derechos de la naturaleza.⁸³
- En el capítulo octavo se enumeran los derechos de protección, entre los que encontramos el acceso a la justicia, la tutela efectiva, el debido proceso en general y el específico en los juicios penales, los derechos de las víctimas de delitos, la protección a los ecuatorianos para no ser extraditados, la imprescriptibilidad de los delitos de genocidio, lesa humanidad, agresión y crímenes de guerra.
- Se establece un capítulo dedicado exclusivamente a las responsabilidades.

En cuanto a las garantías⁸⁴, se establecen varios niveles. Uno estatal y otro por funciones. A nivel estatal todo el estado se considera garante de los derechos; por funciones, las que tengan competencias normativas tienen que garantizar los derechos, de igual modo sucede con las de políticas públicas y en último término las garantías jurisdiccionales. En estas últimas, se mantienen las garantías de 1998, constitucionalizándose la acción de acceso a la información y pasando la competencia del hábeas corpus a la función judicial. En estricto sentido, al tener el mismo juez, los mismos procedimientos y el mismo resultado (la reparación integral), no tenía sentido dividir las acciones en función del derecho violado. Por otro lado, se distinguen con absoluta claridad las acciones de conocimientos de las cautelares (en las primeras hay juicio, pruebas, sentencias y reparación integral; en las segundas no hay juicio, no hay pruebas, hay resolución y hay suspensión del acto).

Las garantías a la constitución (supremacía, control constitucional jurisdiccional, candado) se mantienen y se expanden en tanto se puede hacer control también de las sentencias mediante acción extraordinaria de protección.

V. Reflexiones finales sobre la evolución de los derechos fundamentales en el constitucionalismo ecuatoriano

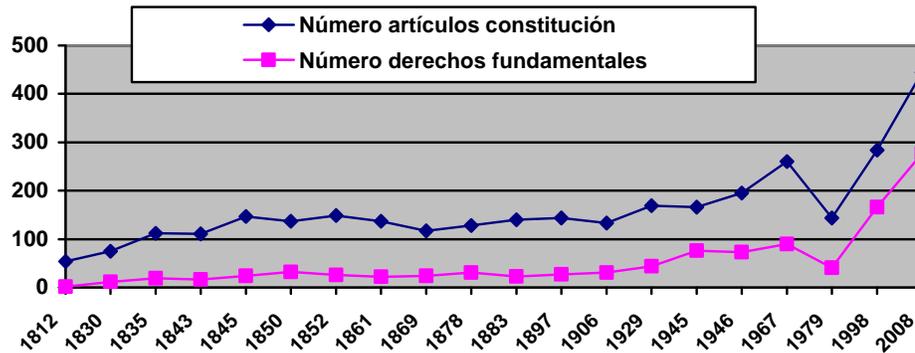
1. La evolución progresiva de los derechos

Si uno mira en perspectiva histórica, sin duda puede apreciar que progresivamente los derechos van incrementándose en número y en contenido. Desde dos artículos, más retóricos y enunciativos, y con un espacio marginal, en la Constitución de 1812; hasta complejos y múltiples enunciados, que ocupan gran espacio

⁸³ Véase Ramiro Avila Santamaría, “El derecho de la naturaleza: fundamentos”, en Alberto Acosta y Esperanza Martínez, *La Naturaleza con Derechos. De la filosofía a la política*, Abya Yala, Quito, 2011.

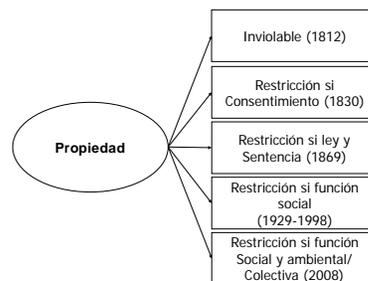
⁸⁴ Véase Ramiro Avila Santamaría, “Las garantías constitucionales: perspectiva andina”, en Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano*, N. 25, Año IV, México, 2010.

y privilegiado en el texto constitucional, como sucede en la Constitución de Montecristi. Esta observación se puede constatar en el siguiente cuadro:



En este cuadro se toman en cuenta las normas (artículos, numerales o literales) que enuncian derechos. En general la evolución es ascendente con algunas excepciones (1869 y 1979). Hay una constatación, que es una virtud en el constitucionalismo contemporáneo: una vez reconocido un derecho, se lo ha mantenido. Hay algunos derechos que, como suele suceder con otras normas, pierden sentido cuando el contexto histórico cambia. Un buen ejemplo es el derecho a que los militares no puedan ser alojados en casa de ecuatorianos sin consentimiento de sus dueños, que aparece en casi todas las constituciones del siglo XIX.

Hay derechos que comienzan con un simple enunciado, y se van agregando adjetivos, titulares y contenidos. Quizá el mejor ejemplo es el derecho a la propiedad. En 1812, la propiedad es inviolable y no hay hipótesis de restricción. En 1830 la propiedad tiene un valor absoluto pero puede ser restringida con una condición: consentimiento del dueño, sin el cual no puede haber uso público (Art. 62). En 1835 la propiedad puede ser restringida si hay calificación en la ley (Art. 97). En 1869 se requiere, además de la calificación de la ley, sentencia ejecutoriada para restringir la propiedad en casos utilidad pública (Art. 16). En la de 1929 se establece que “el derecho de propiedad, con las restricciones que exijan las necesidades y el progreso sociales. En tal sentido, corresponde a la Ley determinar las obligaciones, limitaciones y servidumbres en favor de los intereses generales del Estado, del desenvolvimiento económico nacional y del bienestar y salubridad públicos” (Art. 151.14). En la Constitución de 1998 tiene toda una sección, con cinco artículos, y establece que la propiedad tiene que tener función social (Art. 30). Finalmente, en la Constitución de 2008, la propiedad aparece en múltiples artículos y acepciones: la propiedad imprescriptible de los territorios ancestrales, la propiedad colectiva, la propiedad con función social y ambiental, la propiedad en sus formas pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa y mixta.



En cuanto al derecho de los extranjeros, es interesante constatar que, durante todo el siglo XIX, se reconoce sus derechos siempre y cuando respeten la Constitución. A partir de 1906 se reconocen sus derechos civiles y la ciudadanía es restringida. En la Constitución del año 2008 se les reconocerá algunos derechos políticos. En suma, los extranjeros llegan a tener todos los derechos fundamentales, salvo los derechos políticos

y también el derecho a adquirir propiedad en determinados lugares (en la frontera por ejemplo).

Hay un par de normas que me han llamado la atención y que uno pensaría que son avances del siglo XX, relacionados con el derecho penal internacional, el derecho internacional humanitario y más en concreto con el estatuto de Roma. Me refiero a la obediencia debida y a la imprescriptibilidad de derechos. La obediencia debida aparece por primera vez en la Constitución de 1878, Art. 109: “Las autoridades militares no deben obedecer las órdenes superiores que tengan por objeto atentar contra los altos poderes nacionales, o que sean manifiestamente contrarias a la Constitución o las leyes.”

En relación a la imprescriptibilidad de los delitos relacionados a la violación de la Constitución, la primera norma que aparece la encontramos en la de 1883, Art. 37, en la que además se establece que no habrá amnistía ni indulto. De esta en adelante, la norma vuelve a aparecer. En el año 1998 se precisa que los delitos imprescriptibles son genocidio, tortura, desaparición forzada de personas, secuestro, homicidio por razones políticas o de conciencia (Art. 23.2), los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito (Art. 121). La Constitución del año 2008 precisa, con adecuación al estatuto de Roma, que son imprescriptibles los delitos de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas o crímenes de agresión a un Estado (Art. 80); y se mantienen los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito (Art. 233), que tienen que ver con la crisis bancaria de finales del siglo XX.

2. La clasificación de derechos

La forma de clasificar los derechos también refleja la evolución en su concepción y descripción, y va de lo simple a lo más complejo. En 1812, no hay clasificación, sino dos artículos que se describen como obligaciones del estado más que como derechos. Desde 1830 en adelante tendremos un capítulo o título de la Constitución dedicada a los derechos.

- De los derechos civiles y garantías (1830)
- De las garantías (1835, 1845, 1850, 1852, 1878, 1897)
- De los derechos y garantías de los ecuatorianos (1843).

Desde 1906 los derechos tienen ya dos títulos o un título y varias secciones, complejizando de este modo su sistematización (salvo la de 1929):

- De las garantías nacionales y De las garantías individuales y políticas (1906).
- De las garantías fundamentales (1929)
- De las garantías individuales, subdivido en derechos individuales, familia, educación, cultura economía, trabajo y previsión social (1945).
- La parte de la constitución dedicada a los derechos se denomina “normas de acción”, que tiene dos títulos. El primero se refiere a los “preceptos fundamentales” y el segundo, “de las garantías”, a los derechos, que se subdividen en “garantías generales”, “garantías individuales comunes” y “garantías especiales para los ecuatorianos” (1946).
- Título “De los Derechos, deberes y garantías”, dividido en disposiciones generales, de la familia, De la educación, De la propiedad, Del trabajo y

seguridad social, De los derechos políticos, De la situación del extranjero (1967).

- Título “De los derechos, deberes y garantías”, dividido en De los derechos de la persona, De la familia, De la educación y cultura, De la seguridad social y promoción cultural, Del derecho al trabajo, De los derechos políticos, Regla general (1979).

Las constituciones de 1998 y 2008, las que reconocen más derechos, tienen dos formas de clasificación. La de 1998 se guía por una forma tradicional occidental de clasificación, de acuerdo con las generaciones, que ha sido harto criticado por la doctrina y por la jurisprudencia.⁸⁵ La de 2008 tiene una versión original y única, que trata de ser una ruptura con la forma tradicional de clasificar derechos. En el siguiente cuadro se puede apreciar las diferencias y también las correspondencias de derechos entre las tres últimas constituciones. Al mismo tiempo, se puede apreciar la evolución en los criterios de clasificación.

Cuadro comparativo de clasificación derechos Constitución siglo XIX, 1979-1998-2008

Constituciones XIX	Constitución 1979	Constitución 1998	Constitución 2008
	De la familia. De la educación y cultura De la seguridad social y promoción cultural Del trabajo	Derechos económicos, sociales y culturales <ul style="list-style-type: none"> • Propiedad • Trabajo • Familia • Salud • Seguridad social Cultura • Educación • Ciencia y tecnología Comunicación • Deportes 	Derechos del buen vivir <ul style="list-style-type: none"> • Agua y alimentación • Ambiente sano • Comunicación e información • Cultura y ciencia • Educación • Hábitat y vivienda • Salud • Trabajo y seguridad social
Garantías individuales	De los derechos políticos	Derechos políticos	Derechos de participación
	De los derechos de la persona	Derechos civiles	Derechos de libertad
		Grupos vulnerables <ul style="list-style-type: none"> • niños, • mujeres embarazadas, • personas con discapacidad, • enfermedades catastróficas, • tercera edad 	Personas y grupos de atención prioritaria <ul style="list-style-type: none"> • Adultas y adultos mayores • Jóvenes • Movilidad humana • Mujeres embarazadas • Niñas, niños y adolescentes • Personas con discapacidad • Enfermedades catastróficas • Privadas de libertad • Usuarías y consumidoras

⁸⁵ Véase, por ejemplo, Ligia Bolívar, “Derechos económicos, sociales y culturales: derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes”, en IIDH, *Estudios básicos de derechos humanos*, Vol. V, San José, IIDH, 1996; Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.

		Derechos colectivos <ul style="list-style-type: none"> • Pueblos indígenas y afroecuatorianos Medio ambiente • Consumidores 	Derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades
			Derechos de protección
			Derechos de la naturaleza

En el primer recuadro, que agrupa a los derechos en el constitucionalismo del siglo XIX, se utiliza la palabra “garantías”, que corresponden a los derechos civiles y políticos, individuales. Actualmente la palabra garantía no puede considerarse un derecho. La garantía es el mecanismo mediante el cual se reclama un derecho; el derecho es el atributo que tiene un sujeto que merece respeto y puede ser ejercido por el titular. Se podría pensar en aquella época que el mero enunciado normativo era una garantía en contra del poder. Recién en 1967 se utiliza con propiedad el término derecho, aunque existe sólo una garantía: el hábeas corpus. Con cada criterio de clasificación, se añaden derechos. Lo que quiere decir que a menos derechos, menos necesidad de clasificarlos, y a más derechos, más compleja la clasificación.

3. La teoría general de los derechos fundamentales

La teoría general de los derechos humanos contiene normas que son aplicables a todos los derechos sin distinción. Estas normas ayudan a resolver los problemas de contenido y aplicación de los derechos. Entre estas normas están: los titulares de los derechos, los principios generales, las fuentes, la interpretación, los obligados.

El primer esbozo de teoría general lo encontramos en la Constitución de 1946, que establece un título que se denomina “principios generales”. Salvo algunas normas, este acápite enuncia derechos específicos, como el trabajo, la libertad de conciencia y la familia. En la constitución de 1967, bajo la denominación de “Disposiciones generales”, tenemos ya principios generales aplicables a cualquier derecho: la obligación del Estado (Art. 23), la no discriminación (Art. 25), el valor de las normas inconstitucionales (Art. 26) y la consecuencia de las violaciones a los derechos (Art. 27). La constitución de 1979 no contempla norma alguna sobre principios generales. En cambio, en las constituciones de 1998 y 2008 tenemos una panorámica completa sobre la teoría general de los derechos humanos, como se puede apreciar en el cuadro siguiente:

Cuadro comparativo principios generales 1998-2008

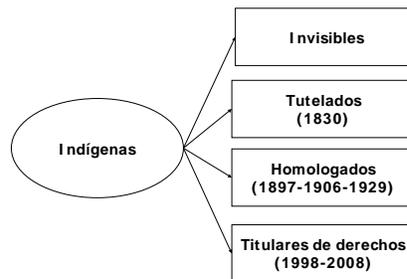
Principios y derechos	Constitución 1998	Constitución 2008
Titularidad de derechos		Art. 10
Formas de ejercicio		Art. 11.1
Igualdad formal	Art. 23.3	Art. 11.2
Igualdad material		Art. 11.2
Acción afirmativa		Art. 11.2
Deber general Estado respetar y hacer respetar	Art. 16	Art. 11.9
No discriminación	Art. 17	Art. 11.2
Aplicación directa	Art. 18	Art. 11.3
Justiciabilidad		Art. 11.3

Interpretación favorable DDHH	Art. 18	
Prohibición de restricción de derechos	Art. 18	Art. 11.4
Progresividad de los derechos		Art. 11.8
Cláusula abierta	Art. 19 derivados naturaleza humana	Art. 11.7 derivados dignidad
Reconocimiento DIDH	Art. 19	Art. 11.7
Responsabilidad estatal	Art. 20	Art. 11.9
Repetición	Art. 20	Art. 11.9
Indemnización por error judicial/revisión	Art. 21	Art. 11.9
Reparación		Art.11.9

En la titularidad de derechos resulta interesante mirar la forma como los indígenas van apareciendo. En general son invisibles y aparecen episódicamente, hasta finalmente reconocer sus derechos de forma expresa. En un primer momento, 1830, aparecen absolutamente estigmatizados y sujetos a tutela de la iglesia:

Este Congreso constituyente nombra a los venerables curas párrocos por tutores y padres naturales de los indígenas, excitando su ministerio de caridad en favor de esta clase inocente, abyecta y miserable.⁸⁶

En la constitución de 1897 existe una norma especial: “los poderes públicos deben protección a la raza india, en orden a su mejoramiento en la vida nacional” (Art. 138), que tiene un claro sesgo homologante, que se repite en la constitución de 1906. En la de 1929 se agrega “en orden a su mejoramiento en la vida social, muy especialmente en lo relativo a su educación y condición económica” (Art. 167). En la Constitución de 1945 por primera vez tienen participación expresa en la estructura del estado: el Congreso Nacional se conforma por diputados funcionales y tienen una representación los indígenas (Art. 23.2.1). Esta norma no va a volver a aparecer en el constitucionalismo. En la constitución de 1998 tienen ya un listado de derechos, bajo el acápite parcialmente erróneo de derechos colectivos, y se les reconoce los idiomas ancestrales; además el estado se declara pluricultural y multiétnico (Art. 1).



En la constitución de 2008 el estado es “plurinacional e intercultural” (Art. 1), los derechos se desarrollan notablemente y pueden ser ejercidos de forma individual y colectiva, la titularidad es de las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos (Art. 10), se reconoce la democracia comunitaria (Art. 95), se establece como una nota importante, que cruza toda la constitución, el *sumak kawsay* y la *pachamama*. Sin duda, la titularidad es plena y tiene relación con el estado en su totalidad; sin embargo, lamentablemente, la parte orgánica no tomó en serio las implicaciones de un estado plurinacional e intercultural, y se mantuvo en la tradición liberal de estado, basado en la ciudadanía, la división de poderes, la representación, la democracia representativa y el presidencialismo acentuado.

⁸⁶ Federico Trabucco, *op. cit.*, p. 45.

4. Las garantías

Las garantías, como hemos dicho, son herramientas o mecanismos que pretenden prevenir potenciales violaciones a los derechos y reparar aquellas que ya han ocurrido. Entre las garantías preventivas encontramos las normativas, las políticas públicas y las medidas cautelares. Entre las garantías reparadoras encontramos a la acción de protección de derechos.

El sistema de garantías ideal debe establecer mecanismos que comprenden a todos los poderes públicos y privados como potenciales violadores de derechos y que comprenden a todos los derechos fundamentales. El primer nivel de garantías se llaman *normativas*, y que consisten en el deber que tienen todos los órganos con competencias regulatorias, en particular el parlamento, para adecuar el sistema normativo a los derechos; el segundo nivel de garantías se denominan de *políticas*, por las que todo órgano público, con capacidad de disponer de recursos públicos, tiene la obligación de desarrollar y promover el ejercicio de los derechos constitucional; finalmente, las garantías *jurisdiccionales*, que son aquellas que descansan en la intervención jurisdiccional cuando las políticas o las normas no cumplen con sus objetivos o violan derechos.

En el constitucionalismo ecuatoriano encontramos a lo largo de todas las constituciones, las garantías normativas desde la lógica del texto constitucional y del juramento que debían prestar las autoridades públicas al asumir un cargo. El deber de adecuación normativa aparece exclusivamente en la Constitución de 2008.

Las garantías de políticas públicas aparecen como obligaciones del Congreso y del Ejecutivo. La más notoria, en el siglo XIX, es la cláusula que obliga al Congreso para promover la educación, que desde 1929 se convierte en un derecho fundamental. En la Constitución de 1998 ya encontramos una norma relacionada con las políticas públicas: Art. 17: “El Estado adoptará, mediante planes y programas permanentes y periódicos, medidas para el efectivo goce de estos derechos”. La de 2008 tiene un capítulo y un artículo que reza:

Art. 85.- La formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos que garanticen los derechos reconocidos por la Constitución, se regularán de acuerdo con las siguientes disposiciones: 1. Las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos, y se formularán a partir del principio de solidaridad. 2. Sin perjuicio de la prevalencia del interés general sobre el interés particular, cuando los efectos de la ejecución de las políticas públicas o prestación de bienes o servicios públicos vulneren o amenacen con vulnerar derechos constitucionales, la política o prestación deberá reformularse o se adoptarán medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto. 3. El Estado garantizará la distribución equitativa y solidaria del presupuesto para la ejecución de las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos. En la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos se garantizará la participación de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades.

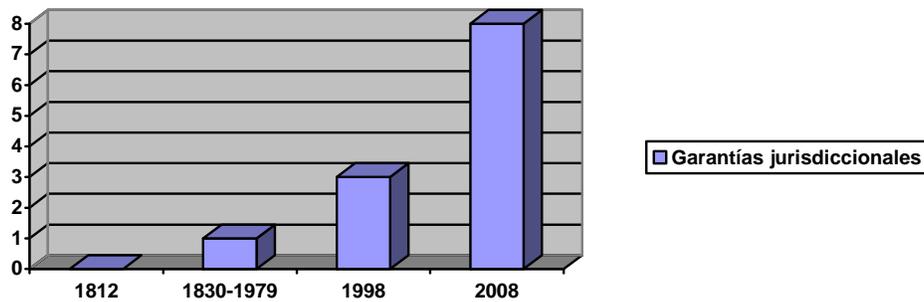
En las garantías jurisdiccionales, tenemos tradicionalmente el hábeas corpus, que se enuncia en las constituciones del siglo XIX, pero que se regula en la Constitución de 1929 y será exclusivamente la única garantía jurisdiccional (aunque por tradición lo resolvía el alcalde). En 1998 tenemos ya varias garantías. Y en la de 2008, la constitución ecuatoriana ha reconocido múltiples garantías jurisdiccionales: habeas data, habeas corpus, acción de protección, medidas cautelares, acceso a la información

pública, extraordinarias de protección, que no las vamos a describir por razones de espacio. En el siguiente cuadro se puede comparar la evolución de las garantías. Se podría decir, con propiedad, en el primer casillero, que corresponde a todas las constituciones desde 1830 hasta 1979.

Garantías en las constituciones de 1979, 1998 y 2008

Constitución 1979	Constitución 1998	Constitución 2008
Hábeas corpus	Hábeas corpus	Hábeas corpus
	Hábeas data	Hábeas data
	Amparo	Acción de protección
		Garantías normativas
		Garantías políticas públicas
		Acceso a la información
		Acción de incumplimiento
		Acción extraordinaria de protección

En el siguiente cuadro se puede apreciar gráficamente la evolución de las garantías jurisdiccionales, comenzando por la de 1812, que no tiene garantía alguna, pasando por las de 1830 a 1979 que, con variaciones de regulación, reconoce el hábeas corpus, y finalmente las dos últimas constituciones. El avance, sin duda, es notable.



En la garantía es importante analizar cuál es el órgano de cierre, entendiendo por tal el último intérprete de la constitución. Es decir, quién dice con autoridad en último término cuál es el contenido y el alcance de la constitución. La respuesta a esta pregunta determina si el estado es legal o constitucional. Es legal si es que el órgano de cierre es el parlamentario y es constitucional si es una corte de justicia. En el estado legal, además, el parlamento crea derechos, como se establecía textualmente en la gran mayoría de constituciones del siglo XIX. El antecedente de lo que actualmente conocemos como Corte Constitucional, que es el signo de pasar de un estado legal a uno constitucional, lo podemos rastrear desde la creación del Consejo de Gobierno en la Constitución de 1843, que era un órgano auxiliar del ejecutivo en relación a la administración pública; el Consejo de Estado en la constitución de 1878, que ya tenía atribuciones relacionadas a la declaración de los estados de excepción; en la Constitución de 1906 tenemos ya una función clara de control constitucional: “Velar por la observancia de la Constitución y las leyes, y proteger las garantías constitucionales, excitando para su respeto e inviolabilidad al Poder Ejecutivo, a los Tribunales de Justicia y a las demás autoridades a quienes corresponda.” Este órgano

vuelve a aparecer bajo el nombre de Tribunal de Garantías Constitucionales en 1945, que también velaba por el cumplimiento de la Constitución. En la de 1946, vuelve el Consejo de Estado con semejante atribución constitucional de control. En 1967, por primera vez, se torna jurisdiccional el control constitucional y convive con el Tribunal de Garantías Jurisdiccionales. Sin embargo, en todos los casos, el parlamento tiene la última palabra y decide sobre la constitucionalidad definitiva, con carácter general y obligatorio.

En el año 1998 hay un avance significativo. Todos los jueces pueden conocer sobre violaciones a la Constitución e inaplicar normas inconstitucionales, lo que se conoce como control difuso de constitucionalidad. También se crea el Tribunal Constitucional con competencia para conocer demandas de inconstitucionalidad de normas y suspenderlas total o parcialmente (Art. 276.1). Sin embargo, el Congreso Nacional mantiene la competencia para reformar e interpretar la Constitución de manera generalmente obligatoria (Art. 130.4).

En el año 2008 tenemos ya una norma clara de competencia exclusiva de la Corte Constitucional en relación a ser el órgano de cierre: “Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante” (Art. 436.1). Se establece además el control difuso (Art. 426), aunque hay una norma que puede ser entendida como que existe control concentrado (Art. 428). Esta aparente contradicción ha sido resuelta ya por la ley que regula la función judicial y la ley que regula las garantías jurisdiccionales: sólo hay concentrado cuando no existe certeza sobre la inconstitucionalidad de la ley; es decir, cuando la inconstitucionalidad de la norma es clara, el juzgador debe inaplicar esa norma. Volviendo al tema del estado constitucional, en estricto sentido sólo la constitución del año 2008 cumple cabalmente con el requisito de que el órgano de cierre no es el parlamentario sino el jurisdiccional.

5. La ciudadanía

La ciudadanía tiene relación exclusiva hasta el año 1998 con el ejercicio de derechos políticos. Después del año 1998 se confunde ciudadanía con titularidad de derechos y esta confusión no es sana, porque las diferencias son necesarias para determinar el alcance de los derechos. La titularidad de derechos siempre es universal una vez que se reconoce la categoría jurídica. La ciudadanía, hasta que los extranjeros sean definitivamente incluidos sin distinción, será siempre excluyente, y lo ha sido a lo largo del constitucionalismo ecuatoriano. Pero la ciudadanía tiene relación en general con el derecho de participación política en el estado y en lo público. Por ello, mirar cómo ha sido regulado, da cuenta de los mecanismos de inclusión y exclusión en un Estado.

En un primero momento, durante todo el siglo XIX hasta la Constitución de 1929, el titular de la ciudadanía era exclusivamente el hombre, propietario rico, católico, letrado y adulto. Estas características las poseían solo el 0.3% de la población. ¿Cómo calificar este sistema brutal de exclusión, en el que más del 99%



de la población no tiene posibilidades de ser un actor social? Por un lado, es un sistema racista y, por otro, profundamente desconfiado del pueblo y de la democracia. A pesar de haber abolido la esclavitud (1852), esto no significó la integración de otros grupos poblacionales.

En 1861 se abolió el requisito de tener propiedad, pero se mantuvo el de saber leer y escribir, que siguió siendo un sistema tremendamente excluyente. El hecho de haber introducido, en 1869, el ser católico, me parece que nada quitó ni añadió a la población ciudadana. En 1878 aparece por primera vez el derecho a la educación, por lo que podría entenderse que hay una intención de expandir el derecho a la participación política. Aún en estos casos, apenas el 4.3% de la población es alfabeta; es decir aproximadamente el 96% de la población fue excluida. En 1883 es claro que se trata de varones, aunque no había duda en la práctica. En la revolución liberal no he notado particular intención de aumentar la población ciudadana y el patrón del siglo XIX sigue vigente.

En 1929 se incluye a la mujer, pero con los mismos adjetivos anteriores. Hay que pensar que desde esta constitución en adelante, la población ciudadana ha aumentado, quizá evidentemente la clase media burocrática y eventualmente algunos obreros.

En 1979 al quitar el requisito de saber leer y escribir, realmente se aumenta el espectro de la ciudadanía, que realmente se torna universal (excluyendo niñez, adolescencia y extranjeros), cuando se hace obligatorio el voto. En la Constitución de 2008 incluso se incluye cierta población adolescente y con algunas restricciones a los extranjeros.

Inclusión

Siglo XIX	1861	1929	1979	1998	2008
Ecuatoriano Adulto Letrado Hombre Propietario	Ecuatoriano Adulto Letrado Hombre	Ecuatoriano Adulto Letrado	Ecuatoriano Adulto	Ecuatoriano Adulto	Ecuatoriano Adolescente mayor 18

Exclusión

Siglo XIX	1861	1929	1979	1998	2008
Extranjero Adolescente Analfabeto Mujer Pobre	Extranjero Adolescente Analfabeto Mujer	Extranjero Adolescente Analfabeto	Extranjero Adolescente	Extranjero Adolescente	Extranjero (en elección nacional)

La proporción es: a mayor requisitos de ciudadanía, mayor exclusión social; inversamente, a menor requisitos de ciudadanía, más inclusión social. Esta tendencia es evidente en el constitucionalismo ecuatoriano. Aún está por resolver la situación de los extranjeros y de los menores de 16 años. En el primer caso, se trata de geo política y de persistencia de la noción tradicional de estado nacional. Mientras existan fronteras, la ciudadanía será excluyente. En la edad, mientras exista la idea de que los niños son incapaces, serán excluidos. La Constitución de 2008, al establecer el principio de “ciudadanía universal” (pero no en el capítulo de derechos sino en el de política internacional), ha dado un primer paso en contra de la exclusión, al menos en términos jurídicos. En la práctica este principio se tornó inaplicable por la presión de sectores reaccionarios que vieron la política de apertura de fronteras como una amenaza y no como una oportunidad.

6. La relación derechos con movimientos y luchas sociales

Las grandes luchas sociales, que en la historia se han conocido como revoluciones, tienen repercusión en la evolución de los derechos. Es fácil notar que la Revolución Francesa, que estatuyó los derechos de propiedad, igualdad formal y libertad, y que fue protagonizada por el actor burgués-comerciante, se ven reflejadas en las Constituciones del siglo XIX hasta la de 1929.

La Revolución Rusa y la Revolución Mexicana (1917 y 1919) también tienen eco en las constituciones ecuatorianas. Los actores, que son los obreros y campesinos, apoyados por el pensamiento y el movimiento socialista y comunista, tienen resonancia en las constituciones a partir de la de 1929 en adelante.

La Segunda Guerra Mundial y la proclamación de derechos universales, tienen influencia en la constitución de 1945 en adelante, y se refleja en la estructuración de los derechos y en la introducción de elementos de teoría general de derechos humanos.

La emergencia de los movimientos sociales a finales del siglo XX, en franca resistencia contra la globalización hegemónica, en particular el movimiento feminista, ecologista, indígena, ven reflejadas sus reivindicaciones en la Constitución de 1998 y en la de 2008.

La evolución de los derechos fundamentales en el Ecuador ha sido producto de los avances del pensamiento y de las luchas sociales, sin duda alguna. Cuando uno se pregunta por la introducción del derecho a la asociación, al trabajo, a los derechos reproductivos, es difícil ubicar al actor o persona que lo introdujo. Lo cierto es que ese actor o persona recogía el saber de una época y la lucha de algún movimiento.

Un paréntesis en relación a las revoluciones que aparecen en la historia nacional. Cada caudillo intentó denominar a su gobierno como revolucionario. Tenemos, por ejemplo, la revolución alfarista, juliana, gloriosa, nacionalista y ciudadana. Si uno entiende a la revolución como un cambio profundo y radical de un modelo de sociedad y estado a otro, tendría que conceder que nunca ha habido revolución alguna. Todas las revoluciones, a pesar de los discursos y la retórica, siempre acabaron manteniendo el *status quo*. La evolución de los derechos no es notable en relación a las llamadas revoluciones. La revolución liberal, salvo la discusión sobre dios y la religión, que no afectó en absoluto la vida miserable de la gran mayoría de la población, no trajo cambios sustanciales en términos de distribución de la riqueza o igualdad. Lo mismo podríamos predicar de la revolución ciudadana, en la que “pocas veces antes los grupos económicos poderosos estuvieron mejor, el modelo empresarial de desarrollo goza de buena salud, no hay cambios estructurales en la producción, no hay afectaciones en la tenencia de la propiedad, en la distribución de la tierra y el agua, el empleo y la dignificación del empleo siguen siendo tareas pendientes, las deficiencias cuantitativas y cualitativas en salud aún se mantienen, la educación muestra unos rasgos conservadores y autoritarios propios del autoritarismo presidencial.”⁸⁷ Más allá de las “revoluciones”,

DDFF y movimientos sociales

1812-1906	1929	1945	1998-2008
Rev. Francesa	Rev. Rusa Mexicana	II guerra Mundial	Rev. Cultural Antiglobaliza
BURGUÉS	OBRERO	UNIVERSALIDAD	DIVERSIDAD

⁸⁷ Alberto Acosta, “El retorno del Estado. Primeros pasos postneoliberales, más no postcapitalistas”, en La Tendencia. Revista de Análisis Político, *Movimiento sociales, mujeres, gobierno*, Quito, ILDIS, abril y mayo 2012, p.71.

los avances de las constituciones en materia de derechos dependen más de las luchas sociales que de los supuestos revolucionarios en el poder.

Todo hace pensar que las conquistas jurídicas en derechos fundamentales difícilmente pueden ser desconocidas en el futuro y no pueden entenderse sin las luchas de los movimientos sociales.

El reto actual, como manifestaba enfáticamente Norberto Bobbio⁸⁸, no está tanto en los derechos sino en las garantías. Pero las garantías, como se ha demostrado algunos años después de la Constitución de Montecristi⁸⁹, no son suficientes. Parecería que hay que pensar en los mecanismos de poder para poder establecer formas efectivas para respetar y garantizar los derechos. Es decir, la parte orgánica de la Constitución no debe ser visto como algo ajena a los derechos sino como algo intrínsecamente vinculado. Los derechos, cuando más numerosos y complejos, más demandan una estructura de poder más democrática y más respetuosa de las normas. En este sentido, el presidencialismo es exactamente lo contrario: no es democrático y tiende a la concentración de poder, que es exactamente lo que evita los derechos. Ese es el reto, la garantía, la parte orgánica de la constitución adecuada y funcional a los derechos y, en suma, el respeto y promoción de los derechos de las personas, colectividades, pueblos y nacionalidades.

Bibliografía

- Acosta, Alberto, “El retorno del Estado. Primeros pasos postneoliberales, más no postcapitalistas”, en *La Tendencia. Revista de Análisis Político, Movimiento sociales, mujeres, gobierno*, Quito, ILDIS, abril y mayo 2012.
- _____, “Cualquier restricción a la crítica es el fin del debate público”, en Miriam Lang y Alejandra Santillana (compiladoras), *Democracia, participación y socialismo. Bolivia-Ecuador-Venezuela*, Quito, Fundación Rosa Luxemburgo, Hominen, 2010.
- Andrade, Pablo “Prólogo”, en Luis Verdesoto Custode, *Procesos constituyentes y reforma institucional*, Quito, Flacso-Abya Yala, 2007.
- Ávila Santamaría, Ramiro, “La clasificación de los derechos”, en *Los derechos y sus garantías. Ensayos críticos*, Quito, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012.
- _____, *Neoconstitucionalismo transformador. El estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Quito, Abya Yala-UASB, 2011.
- _____, “El derecho de la naturaleza: fundamentos”, en Alberto Acosta y Esperanza Martínez, *La Naturaleza con Derechos. De la filosofía a la política*, Abya Yala, Quito, 2011.
- _____, “Las garantías constitucionales: perspectiva andina”, en *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, El nuevo constitucionalismo latinoamericano*, N. 25, Año IV, México, 2010.
- Ayala Mora, Enrique, *Manual de Historia del Ecuador II. Época Republicana*, Universidad Andina Simón Bolívar-Ecuador-Corporación Editora Nacional, 2008.
- _____, *Ecuador patria de todos*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar – Corporación Editora Nacional, 2da Edición, 2004.

⁸⁸ Véase Norberto Bobbio, “El futuro de los derechos humanos”, en *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Madrid, Gedisa, 1981.

⁸⁹ Véase Agustín Grijalva, “Las garantías de los derechos en 2010”, en PADH, *Develando el desencanto. Informe sobre Derechos Humanos Ecuador 2010*, Quito, UASB-Abya Yala, 2011; y Agustín Grijalva, “Las garantías de los derechos en 2011”, en PADH, *Informe sobre Derechos Humanos Ecuador 2010*, Quito, UASB, 2012.

- _____, “Periodización de la historia del Ecuador”, en Enrique Ayala Mora (editor), *Nueva Historia del Ecuador. Volumen 13: Ensayos generales II*, Quito, CEN, 1996.
- Bobbio, Norberto, “El futuro de los derechos humanos”, en *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Madrid, Gedisa, 1981.
- Breilh Paz y Miño, Jaime y Fanny Herrera, *El proceso juliano. Pensamiento, utopía y militares solidarios*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar-Ecuador-Corporación Editora Nacional, 2011.
- Bustos Lozano, Guillermo, “El Bicentenario: legados y nuevas perspectivas”, en El Comercio, *La Revolución de Quito 1809-1812*, Corporación Editora Nacional-Universidad Andina Simón Bolívar-Ecuador, 2012.
- Chiriboga Zambrano, Galo y Hernán Salgado Pesantez, *Derechos fundamentales en la Constitución Ecuatoriana*, Quito, ILDIS, 1995.
- Dussel, Enrique, *Política de la liberación, historia mundial y crítica*, Madrid, Editorial Trotta, 2007.
- Echeverría, Julio, “Plenos poderes y democracia en el proceso constituyente ecuatoriano”, en Julio Echeverría y César Montúfar (editores), *Plenos poderes y transformación constitucional*, Abya Yala, Quito, 2008.
- Fraser, Nancy, *Scales of Justice. Reimagining Political Space in a Globalizing World*, New Directions in critical theory, New York, Columbia University Press, 2010.
- Freile, Carlos, “Los hermanos Espejo, sabios y mártires”, en El Comercio, *La Revolución de Quito 1809-1812*, Corporación Editora Nacional-Universidad Andina Simón Bolívar-Ecuador, 2012.
- Grijalva, Agustín, “Las garantías de los derechos en 2010”, en PADH, *Develando el desencanto. Informe sobre Derechos Humanos Ecuador 2010*, Quito, UASB-Abya Yala, 2011.
- _____, “Las garantías de los derechos en 2011”, en PADH, *Informe sobre Derechos Humanos Ecuador 2010*, Quito, UASB, 2012.
- Landázuri Camacho, Carlos, “La segunda Junta Quiteña, 1810-1812”, en El Comercio, *La Revolución de Quito 1809-1812*, Corporación Editora Nacional-Universidad Andina Simón Bolívar-Ecuador, 2012.
- _____, “Crisis del antiguo régimen e invasión napoleónica a España”, en El Comercio, *La Revolución de Quito 1809-1812*, Corporación Editora Nacional-Universidad Andina Simón Bolívar-Ecuador, 2012. .
- Moreno Egas, Jorge, “El clero en la Independencia”, en El Comercio, *La Revolución de Quito 1809-1812*, Corporación Editora Nacional-Universidad Andina Simón Bolívar-Ecuador, 2012.
- Nino, Carlos Santiago, “Introducción”, en *Ética y derechos humanos*, Argentina, Editorial Astrea, 2da. Edición, 2005.
- Nozick, Robert *Anarchy, State, and Utopia*, Basic Books, USA, 1974.
- Ospina Peralta, Pablo, “Los indígenas y la insurgencia quiteña (1809-1814)”, en El Comercio, *La Revolución de Quito 1809-1812*, Corporación Editora Nacional-Universidad Andina Simón Bolívar-Ecuador, 2012.
- Paz y Miño Cepeda, Juan J. y Diego Pazmiño, “El proceso constituyente desde una perspectiva histórica” en *Nueva Constitución*, Quito, Revista La Tendencia, 2008.
- _____, *Asamblea constituyente y economía. Constituciones en Ecuador*, Quito, Abya Yala-Taller de Historia Económica, 2007
- Ramírez Gallegos, Franklin, “Proceso constituyente y tránsito hegemónico”, en *Nueva Constitución*, Quito, Revista La Tendencia, 2008.

- Rueda Novoa, Rocío, “Los afrodescendientes en la Independencia”, en El Comercio, *La Revolución de Quito 1809-1812*, Corporación Editora Nacional-Universidad Andina Simón Bolívar-Ecuador, 2012.
- Salgado, Judith, *Son nuestros derechos. Derechos humanos y garantías constitucionales*, Quito, INREDH, 2000.
- Santos, Boaventura de Sousa, “El Estado Plurinacional, puerta para una sociedad democrática”, en Alberto Acosta y Esperanza Martínez, compiladores, *Plurinacionalidad. Democracia en la diversidad*, Abya Yala, 2009.
- Terán Najas, Rosemarie, “Panorama social y político de la Audiencia de Quito, en el S. XVIII”, en El Comercio, *La Revolución de Quito 1809-1812*, Corporación Editora Nacional-Universidad Andina Simón Bolívar-Ecuador, 2012.
- Trabucco, Federico, *Constituciones de la República del Ecuador*, Quito, Editorial Universitaria, 1975.
- Valencia Llano, Alonzo, “El movimiento del 10 de agosto de 1809”, en El Comercio, *La Revolución de Quito 1809-1812*, Corporación Editora Nacional-Universidad Andina Simón Bolívar-Ecuador, 2012.
- Wray Espinosa, Alberto, “El sistema jurídico ecuatoriano”, en Enrique Ayala Mora (editor), *Nueva Historia del Ecuador. Volumen 13: Ensayos generales II*, Quito, CEN, 1996.