

**UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
SEDE ECUADOR**

COMITÉ DE INVESTIGACIONES

INFORME DE INVESTIGACIÓN

RÉGIMEN DE TRANSICIÓN Y EXCEPCIONALIDAD POLÍTICA

Aproximación al Tránsito Político - Constitucional post 2008

César Montúfar Mancheno

Quito – Ecuador

2010



Trabajo almacenado en el Repositorio Institucional UASB-DIGITAL con licencia Creative Commons 3.0 Ecuador		
	Reconocimiento de créditos de la obra	
	No comercial	
	Sin obras derivadas	
Para usar esta obra, deben respetarse los términos de esta licencia		

TABLA DE CONTENIDO

1. INTRODUCCIÓN: LA TRANSICIÓN COMO PROBLEMA.....	4
2. BREVE ANÁLISIS DE LAS DISPOSICIONES TRANSITORIAS Y EL REGÍMEN DE TRANSICIÓN.....	14
3. LA TRANSICIÓN INSTITUCIONAL.....	17
4. LA TRANSICIÓN NORMATIVA.....	37
5. FINAL.....	64
6. ANEXOS.....	78

RÉGIMEN DE TRANSICIÓN Y EXCEPCIONALIDAD POLÍTICA

Aproximación al tránsito político - constitucional post 2008¹

RESUMEN: La curiosidad académica y la preocupación política que guía esta investigación se resume en la siguiente pregunta: ¿Cuál es el modelo de Estado y proyecto político al que apunta el proceso de transición, iniciado luego de la aprobación de la Constitución 2008? Esta pregunta presupone que la transición no necesariamente traerá como resultado la concreción del Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, proclamado constitucionalmente. Para responder esta pregunta, esta investigación analiza la transición, entendida como momento refundacional, tanto en términos institucionales como normativos, circunscribiéndola al período que se inicia con la aprobación de la nueva Constitución (septiembre de 2008) y que se cierra con la integración definitiva del CPPCS (marzo 2010). El ensayo concluye que las decisiones excepcionales que se tomaron en los momentos críticos del proceso de transición, lejos de responder a una aplicación directa de los principios y normas de la Constitución 2008, respondieron conscientemente a la lógica de los plenos poderes que asumió la Asamblea Constituyente. Este es, sin duda, un mal síntoma y un enorme riesgo. Si bien no determina inexorablemente el resultado final del proceso, sí indica claramente que la transición estuvo desde el inicio marcada por una lógica de excepcionalidad política; hecho que institucionaliza dicha excepcionalidad y pone en riesgo todo el andamiaje constitucional. En suma, este texto demuestra que en la fase inicial de la transición avanzó hacia desbancar los rasgos liberales del Estado social de derecho anterior, sin quedar aún del todo claro que éste será reemplazado por un Estado constitucional de derechos y justicia. Evidentemente, aquello va más allá de lo que dice el texto constitucional y solamente se expresa, como lo ha dicho Carl Schmitt, cuando se hace necesario tomar decisiones excepcionales.

PALABRAS CLAVE: Constitución, Estado social de derecho, Estado constitucional de derechos y justicia, transición, excepcionalidad política.

CÉSAR MONTÚFAR: Ph. D. Ciencias Política; Profesor de la Universidad Andina Simón Bolívar, Área de Estudios Sociales y Globales; y Asambleísta de la República.

FECHA DE PRESENTACIÓN DEL INFORME FINAL: 31 de agosto de 2010.

¹ El investigador agradece la asistencia de investigación de Gabriel Hidalgo Andrade.

INTRODUCCIÓN: LA TRANSICIÓN COMO PROBLEMA.-

Sería, más o menos, a mediados de septiembre de 2008, unas semanas antes del Referendo aprobatorio de la Constitución preparada en Montecristi, cuando un atento observador chileno, miembro de la *Concertación* de ese país, me alertó que las constituciones había que leerlas de atrás hacia adelante. Recordó que, cuando a principios de los años ochenta, se discutía en Chile sobre la Constitución propuesta por Pinochet, los demócratas de ese país habían detectado que el texto constitucional no presentaba mayores problemas sino que era en las transitorias en donde se encontraba lo problemático. Allí estaba la “carne” –me dijo; en las transitorias se encontraba el proyecto político del pinochetismo.

Aquella voz de alerta causó mucha impresión en mi, sobre todo porque en el Ecuador estábamos en la víspera de un Referendo, que desde su propio nombre, Referendo aprobatorio, no dejaba duda de cuál iba a ser su resultado. Empecé, por tanto a leer la Constitución de Montecristi de atrás hacia adelante y pronto me percaté que, al igual que una novela de misterio, el desenlace, el crimen si se quiere, estaba en las últimas páginas, en los 60 artículos que conforman las Disposiciones Transitorias y el documento llamado Régimen de Transición que cierran el texto constitucional aprobada; que la trama de 444 artículos que son el cuerpo principal de la Constitución nos llevaban hacia un verdadero plan de captación completa de la institucionalidad del Estado, de control total del poder, por parte del grupo político que había controlado la Asamblea Constituyente, liderado por y conducido desde el Ejecutivo. Aquello me llevó, en un trabajo anterior, a describir este proceso como un golpe de Estado plebiscitario; golpe de Estado en el sentido de que, por una vía excepcional, un grupo en control de una parte el Estado, logró instaurar un nuevo régimen político de hecho y, a través de este acto, generó las condiciones para imponer su propia legalidad. Y ello, más allá de que todo este proceso haya sido avalado en las urnas y haya adquirido connotaciones plebiscitarias.²

Es así como llegué a interesarme por la transición; por esa fase y momento crítico en que el grupo en el poder prevé atravesar para lograr el paso, institucional y político, del antiguo al nuevo régimen. De ahí su triple importancia: histórica, conceptual y política. La

² Ver César Montúfar, “La Constitución ecuatoriana 2008 y su base de legitimación plebiscitaria”, Comité de Investigaciones, Universidad Andina Simón Bolívar, febrero 2009, pp. 19 – 20. El segundo capítulo de este ensayo constituye la base que desarrolla este trabajo de investigación.

transición debe conceptualizarse como un momento de excepcionalidad política, en que aún no rige plenamente la normativa aprobada pero tampoco está completamente vigente la anterior. De alguna manera, se trata de un momento en que no se vive ni el antiguo ni el nuevo régimen y en que el grupo en el poder, por fuera de la ley, asume con legitimidad la posibilidad de tomar, por sí y ante sí, las decisiones estratégicas necesarias que le permitan llevar a cabo su proyecto de cambio institucional y reemplazo político. Así, por definición y en términos prácticos, la transición debe entenderse como una situación de emergencia, como un Estado de excepción desde la definición desarrollada por Carl Schmitt; como un momento, en que de forma plena y desnuda, se manifiesta la voluntad política del grupo que controla los hilos del poder. Aún más, si profundizamos en el análisis desde una perspectiva schmittiana, durante la transición se puede apreciar quién o quiénes son los verdaderos depositarios de la soberanía, es decir, quién decide, en caso de conflicto; quién es el actor en capacidad de decidir qué es el interés colectivo o estatal, la seguridad y el orden públicos.³ Desde esta situación, y como sujetos reales de la soberanía, este grupo asume atribuciones políticamente extraordinarias para redefinir de manera radical el orden político y señalar al camino a seguir, ignorando o contraviniendo, en muchos casos o, moldeando arbitrariamente en otros, las normas anteriores o las recientes que ellos mismos han diseñado. Esa es la característica principal de lo que Schmitt denomina los Estados de excepción, los mismos que no deben confundirse con decretos de emergencia o estados de sitio, sino con las situaciones en que el soberano, el soberano en términos prácticos, está en condiciones y asume la necesidad de suspender el orden jurídico en su totalidad. No es que el orden deja de existir; de hecho, el Estado sigue existiendo, pero el derecho pasa a segundo término y las decisiones estratégicas quedan en manos de quien decide y gobierna.⁴

El uso en este trabajo del andamiaje conceptual y metodológico schmittiano, posiblemente, pueda sorprender al lector, de ahí que requiera de una justificación adicional.

³ Para Carl Schmitt, el estado de excepción es aquel que no estando descrito en el orden jurídico, debe definirse como un caso de necesidad extrema, de peligro para el Estado o algo semejante. Lo crítico de estas circunstancias es que solo en ellas cobra importancia la pregunta acerca del sujeto de la soberanía, entendida como autoridad suprema que no deriva de ninguna otra. Ver Carl Schmitt, "Teología política I. Cuatro capítulos sobre la teoría de la soberanía" en Héctor Orestes Aguilar, selección de textos, *Carl Schmitt, teólogo de la política*. México, Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 23.

⁴ De hecho, para Schmitt, el Estado de excepción es distinto al caos o la anarquía, pues subsiste el orden, aunque no se trate de un orden jurídico. *Ibid.*, p. 27.

¿Qué puede contribuir al estudio del proceso de institucionalización de un Estado constitucional, el pensamiento de este pensador alemán, cuestionado por su vinculación con el régimen nacional socialista? Asiento mi respuesta en tres razones, que se encuentran directamente relacionadas. En primer lugar, el pensamiento de Carl Schmitt se sitúa en una reflexión constitucional y jurídica acerca del derrumbe de un orden político y la emergencia de otro. Su teoría de la soberanía y las decisiones políticas, el llamado *decisionismo* de Schmitt, que da lugar a su concepción del Estado de excepción o de excepcionalidad política, hace referencia, precisamente, a aquellos momentos en que la normalidad se altera, cuando el orden constitucional se suspende y se vive un momento en que la voluntad de un grupo o, incluso, de una persona asume el papel de actuar y decidir el curso de la historia. Esta es, podríamos decir, una metodología, una razón política que es inextricable de todo proceso de construcción de la realidad no solo política sino constitucional y legal y que nos conduce a la definición real del problema de quién o quiénes ejercen la soberanía, que no es otra cosa que quién tiene la atribución de decidir sobre el Estado de excepción.

Segundo, el énfasis schmittiano en los casos excepcionales responde a una decisión de método, que igualmente guiará este trabajo. Para este autor, la realidad política se presenta mejor al observador no en sus momentos o procesos de normalidad, no en la rutina, sino en las situaciones emergentes, en los casos de excepción. Esta es una característica constitutiva de lo político, el expresarse en las decisiones políticas extremas, en las situaciones de conflictividad límite, en el caso crítico, en la posibilidad extrema, en la oposición última amigo-enemigo. Metodológicamente, interpretar lo político desde la normalidad nos vaciaría de su contenido esencial y obscurecería la perspectiva de análisis y comprensión. Como lo expresa en su célebre texto sobre “El concepto de lo político”: “Se puede decir que en éste (el caso crítico), como también en otros casos, precisamente el caso de excepción tiene una importancia particularmente decisiva, hasta el punto de revelar la esencia de las cosas... Es desde esta posibilidad extrema que la vida de hombre adquiere su tensión específicamente política”.⁵184 Así, desde esta perspectiva metodológica, que analizaremos la transición que, justamente, al definir el paso emergente desde un tipo de Estado hacia otro, puede expresar de manera más nítida el carácter del orden político en

⁵ Ver Carl Schmitt, “El concepto de lo político” en Héctor Orestes Aguilar, selección de textos, *Carl Schmitt, teólogo de la política*. México, Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 184.

construcción. Es más, podríamos decir desde una perspectiva schmittiana, que siendo la excepción, el caso crítico, la situación de emergencia y límite, más interesantes y expresivos que lo normal, el estudio de la transición resulta un punto de entrada privilegiado, incluso más que el propio texto constitucional, para entender el carácter del nuevo orden político. Es en la transición que el nuevo orden político se expresará en lo que realmente es, más allá de la retórica de los discursos o de los mismos textos constitucionales.

Finalmente, el contexto de esta reflexión schmittiana se sitúa en la crisis del Estado de derecho, del Estado parlamentario (como él lo llama) y su contraposición de alternativas de modelo estatal que lo trasciendan, como son, según Schmitt, el Estado jurisdiccional o el Estado administrativo y gubernativo. Schmitt fue un cuestionador implacable del Estado liberal de derecho; del Estado centrado en la legalidad producida desde el Parlamento, lo cual lo lleva a también desarrollar una crítica acérrima a la democracia representativa. Como sabemos, en el caso ecuatoriano la transición de un modelo de Estado a otro, además de la modificación de los parámetros de funcionamiento de la democracia representativa constituye, precisamente, el debate principal sobre el sentido de la transición de cara a construir el modelo de Estado constitucional de derechos y justicia (el cual sería una variante del Estado jurisdiccional), consagrado en la Constitución. En tal virtud, el enfoque y reflexión del constitucionalista alemán resulta en extremo pertinente para el análisis que nos proponemos.

En la coyuntura política que desató el momento constituyente de integración de la Asamblea, redacción del borrador de Constitución, aprobación de la misma y transición, hay varias situaciones en que el oficialismo, en los hechos, aplicó lo que Carl Schmitt describe como Estados de excepción. Fueron estos momentos de emergencia y excepcionalidad política, en que el grupo en el poder, asumió los poderes absolutos para determinar, por fuera del orden jurídico vigente, el derrotero político e institucional a seguir. Y lo hizo mediante de diferentes medios, a través de diversas instituciones; en algunos casos forzando o modificando el ordenamiento constitucional para justificar lo realizado y otorgarle algún ropaje de legalidad. Eso sucedió en marzo de 2007, cuando el Tribunal Supremo Electoral de la época, destituyó a 63 diputados que se habían opuesto a la Consulta Popular que convocaba a la Asamblea Constituyente por considerar que no se

cumplió con el procedimiento previsto en la Constitución 1998, en el caso de consultas populares propuestas por el Presidente de la República; lo propio se produjo cuando la Asamblea Constituyente decidió introducir en la Constitución de Montecristi una disposición autorizándole a reunirse nuevamente, no obstante en el Estatuto que fue aprobado al momento de su convocatoria, estaba claramente escrito que ésta funcionaría como máximo y sin prórroga por ocho meses; lo mismo se puede decir de la resolución adoptada por el Tribunal Constitucional que, a horas de haber entrado en vigencia la Constitución 2008, se autoproclamó Corte Constitucional y, días después, por medio de una Sentencia Interpretativa, reformó la misma Constitución para posibilitar una vía de integración de la Corte Nacional de Justicia de transición, cuando el Régimen de Transición señalaba otro camino –camino que ese momento no se podía cumplir.

Estos son algunos ejemplos de excepcionalidad política –se podrían citar muchos más--- sin embargo, el hecho *per se* de excepcionalidad se produjo cuando la Asamblea Constituyente se instaló en Montecristi para redactar la nueva Constitución y decidió por sí y ante sí, desbordar el mandato que había recibido en las urnas por el pueblo ecuatoriano. La discusión de este punto es fundamental porque ubica el contexto y la razón política sobre el cual se desarrollará el proceso de transición. Para comprenderla, es fundamental partir de lo que fue la autorización originaria del pueblo ecuatoriano, el momento en que, a través de una Consulta Popular, realizada el 15 de abril de 2007, convocó y ordenó instalar “una Asamblea Constituyente con plenos poderes”. Un hecho importante, empero, fue que esta convocatoria se la hizo, normando el funcionamiento de la Asamblea por medio de un “Estatuto de Elección, Instalación y Funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente”. Vale recordar que la pregunta de la Consulta, y que fue aceptada por el 83 por ciento de los votantes, decía lo siguiente: “¿Aprueba usted que se convoque e instale una Asamblea Constituyente con plenos poderes, de conformidad con el Estatuto Electoral que se adjunta, para que se transforme el marco institucional del Estado y elabore una nueva Constitución?”

El Estatuto, publicado en su totalidad en la misma papeleta en la cual los ciudadanos se pronunciaron, en su artículo primero definió la naturaleza y finalidad de la Asamblea. Por un lado, la dotó de plenos poderes y, por otro, señaló que éstos serían “para transformar el marco institucional del Estado, y para elaborar una nueva Constitución.” A renglón

seguido, el mismo artículo puso limitaciones y orientó el ejercicio de los plenos poderes asamblearios, no los dejó totalmente sueltos, a establecer que la Asamblea Constituyente respetará y profundizará el carácter social y progresivo de los derechos fundamentales y, además, aclaró taxativamente que la transformación del marco institucional de Estado y la nueva Constitución, entrarán en vigencia con la aprobación, en un referéndum, de la nueva Constitución. El Estatuto, en sus 23 artículos siguientes, fija un plazo máximo de funcionamiento de la Asamblea con plenos poderes (asunto sobre el que volveremos luego); establece su integración; la forma de elección y las inhabilidades para ser asambleísta; norma la campaña de elección, la forma de instalación, el referéndum aprobatorio, entre otros temas.

Sin embargo, el día de instalación de la Asamblea Constituyente en Montecristi, el 29 noviembre de 2008, ésta aprueba el Mandato Constituyente 001 (MC1), el mismo que va más allá de lo establecido en el Estatuto y, por tanto, rebasa el marco de autorización que recibió por parte del pueblo en la Consulta Popular del 15 de abril. El MC1 tiene la peculiaridad de que, en su artículo 2, menciona que las decisiones de la Asamblea Constituyente serán jerárquicamente superiores a cualquier otra norma del orden jurídico y de obligatorio cumplimiento para todas las personas y demás poderes públicos, pero no menciona a la Constitución vigente al momento que, según el Estatuto, regía hasta que la nueva sea aprobada en Referéndum. Es muy pertinente transcribir completo este artículo, por las enormes consecuencias que tendría para la marcha de todo el proceso constituyente:

MC1.- Artículo 2.- De las atribuciones de la Asamblea Constituyente.- La Asamblea Constituyente ejerce sus facultades mediante la expedición de: mandatos constituyentes, leyes acuerdos, resoluciones y demás atribuciones que adopte en uso de sus atribuciones.

Las decisiones de la Asamblea Constituyente son jerárquicamente superiores a cualquier norma del orden jurídico y de obligatorio cumplimiento para todas las personas naturales, jurídicas y demás poderes públicos sin excepción alguna. Ninguna decisión de la Asamblea Constituyente será susceptible de control o impugnación por parte de alguno de los poderes constituidos.

Los jueces y tribunales que tramiten cualquier acción contraria a las decisiones de la Asamblea Constituyente serán destituidos de su cargo y sometidos al enjuiciamiento correspondiente. De igual manera, serán sancionados los funcionarios públicos que incurra o cometan desacato o desconocimiento de las decisiones de la Asamblea Constituyente.

Recordemos que, según el Estatuto, las decisiones de la Asamblea únicamente entrarían en vigencia si la Constitución se aprobaba, empero, a través del MC1, la Asamblea declaró en receso al Congreso Nacional, ratificó en sus funciones al Presidente y Vicepresidente de la República, concluyó y prorrogó el mandato de varios funcionarios públicos; tomó decisiones de muy variada índole mediante mandatos, leyes acuerdo y resoluciones de inmediato cumplimiento; advirtió que cualquier persona que incumpla o desobedezca sus disposiciones serían sancionados. Todo ello sin señalar su relación con el orden constitucional ni la situación o vigencia parcial o total de la Constitución 1998. En otras palabras, con las normas aprobadas con el MC1, se abolió, si no totalmente al menos en parte, el ordenamiento constitucional vigente, pero sin mencionarlo. De esta manera, la Asamblea Constituyente se colocó por fuera de las normas constitucionales; puso a la Constitución 1998 a un lado, asumió su poder como un poder realmente fundacional y originario. Pero insistimos, en ningún artículo del Estatuto que el pueblo ecuatoriano aprobó el 15 de abril de 2007, con el cual se convocó a la Asamblea Constituyente, se autorizaba a la misma a atribuirse tales atribuciones. En ese sentido, y más allá de aquello, el mandato popular al que el artículo 1 del MC1 hace referencia no es más que un recurso retórico que oculta la decisión política de los constituyentes de asumir la condición de poder soberano, en un momento de excepcionalidad política, despojando a quienes los convocaron y eligieron, en dos actos electorales distintos, de tal condición.

Se puede argumentar que la excepcionalidad es la situación política típica de todo proceso de transformación constitucional, incluida la transición al nuevo orden político. Que no hay nada de raro en que la Asamblea haya interpretado que con los plenos poderes que recibió de los electores podía y debía suspender el ordenamiento constitucional vigente. Tales espacios de arbitrariedad son una de la característica básica de cualquier Constituyente, la misma que define sus alcances en un hecho que no es constitucional ni jurídico, sino expresión de su potencia política. La asunción de plenos poderes, por parte de la Asamblea Constituyente de Montecristi, fue un hecho político. En eso no podemos perdernos, so pena de no entender el carácter mismo del proceso. Por ello, y a pesar de la violación explícita del Estatuto, nuestra preocupación principal por la excepcionalidad política, ya analizada dentro de la secuencia del proceso, no se ubica en el lapso que va

desde el 29 de noviembre de 2007, fecha de su instalación, hasta el 24 de julio de 2008, día en que culminó sus labores con la aprobación en su seno del proyecto de Constitución; tampoco en lo que ocurrió antes de la instalación y trabajo de la Asamblea, sino en lo que viene después que es el momento de transición, por su transcendencia como paso del orden anterior al nuevo. La transición es nuestro objeto de análisis. Es en este lapso, en que circunscribimos nuestra preocupación. Ello no nos exime, empero, señalar lo problemático que resulta el atribuir a la Asamblea de Montecristi una discrecionalidad absoluta, desconociendo que los plenos poderes con los que fue convocada por el pueblo ecuatoriano fijó con claridad su naturaleza, alcance y funciones, de las cuales se derivaba que dentro de las atribuciones de dicho poder constituyente no constaba la ruptura explícita del anterior ordenamiento constitucional. Por ello, lo crucial de este episodio es la confiscación del ejercicio de soberanía de los ciudadanos, en el sentido de Carl Schmitt, por parte del órgano que fue elegido por ellos, con un mandato explícito.

Por ello, con la noción schmittiana de Estado de excepción en mente, este texto estudia el proceso de transición a través de cual la Revolución Ciudadana definió la ruta para la construcción de su nuevo régimen político. Este proceso, al menos en lo que tiene que ver con la coyuntura abierta luego de la aprobación de la nueva Constitución, fue definido con claridad en las últimas dos secciones del texto constitucional, las Disposiciones Transitorias y el llamado Régimen de Transición. Parte de la importancia de analizar el proceso que señalan ambos textos puesto que la comprensión de los pasos iniciales, luego de la entrada en vigencia de la Constitución 2008, son fundamentales para captar las tendencias que hacen parte del proyecto político que el grupo en el poder se propone llevar a cabo, más allá de lo que diga o no el texto constitucional. Cuando digo “grupo en el poder”, no me estoy refiriendo a todo Alianza País o el equipo gobernante; sino al grupo que toma las decisiones estratégicas, grupo que no siempre es el mismo, que varía dependiendo de cada situación, pero en cuyas decisiones excepcionales se manifiesta el sentido histórico del proceso.

En suma, la curiosidad académica y la preocupación política que guía esta investigación podría resumirse en la siguiente pregunta: ¿Cuál es el modelo de Estado y el proyecto político al que apunta el proceso de transición, iniciado luego de la aprobación de la Constitución 2008? Esta pregunta presupone que la transición no necesariamente traerá

como resultado la materialización de la declaración constitucional de que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia sino que hay una razón política que se expresa justamente en los momentos de excepción. Para ello, centraremos nuestra investigación en el análisis de este momento refundacional, la transición, tanto en términos institucionales como normativos, y circunscribimos el análisis al período que se inicia con la aprobación de la nueva Constitución (septiembre de 2008) y que se cierra con la integración definitiva del CPPCS (marzo 2010). Este corte temático y temporal es arbitrario responde únicamente a razones metodológicas. De hecho, los sesenta artículos sobre la transición que se encuentran al final del texto constitucional versan sobre varios otros temas, siendo que en este estudio únicamente se analizan las cuatro leyes organizan a las funciones del Estado. De igual forma, en sentido estricto, bien pudiera argumentarse que la transición se inició el momento en que el TSE convocó a la Consulta Popular de abril del 2007 y provocó el colapso político del Congreso Nacional, y que finalizará, posiblemente, cuando se agoten todas las consecuencias de sus nombramientos provisionales, lo cual será en aproximadamente una década. Dejo, entonces, sentado los límites de este estudio a esta temática y a este período, con la advertencia de que la transición no se agota en el ámbito que desarrolla esta investigación.

¿Comencemos preguntando por las razones de un cuerpo de artículos transitorios, tan abultado y, sobre todo, tan detallado? El oficialismo lo justifica con el argumento de que la Asamblea Constituyente no podía dejar vacíos ni en la incertidumbre la ruta que, en adelante, debía seguirse para poner en plena vigencia la Constitución. Si bien este argumento es válido –todas las constituciones incluyen disposiciones transitorias con ese fin (la Constitución de 1998 contabilizó 46 transitorias) lo inédito, era que, además de las mencionadas Disposiciones Transitorias, se agregara un documento especial para definir el camino de la transición electoral e institucional. Aún más, hasta ahora no ha quedado plenamente determinado si el documento denominado Régimen de Transición fue aprobado como parte del texto de la Constitución o si no era parte de él, al haberse aprobado mediante un procedimiento distinto al requerido para textos constitucionales.⁶ Este asunto

⁶ El artículo 47 del Reglamento de Funcionamiento de la Asamblea señalaba: “Para la redacción del texto final de la Constitución, aprobado por el Pleno, la presidencia conformará una Comisión Especial de Redacción... Este texto puesto a consideración del Pleno con cinco días de anticipación, será aprobado, sin previo debate, con la mayoría absoluta de los asambleístas.” Este procedimiento no se cumplió y, recién en la

es tremendamente importante como lo veremos luego. Para el grupo en el poder, unas veces el Régimen de Transición es parte del texto constitucional, como para hacerlo aprobar en el mismo acto de referendo, y otras no. De eso nos encargaremos más adelante.

Por el momento solo cabe anotar que, desde una perspectiva política, el resultado político es el mismo. Señalar un camino de reinstitucionalización y redefinición normativa que dé como resultado la refundación de un nuevo Estado y, más que eso, un nuevo orden político. Así, en el articulado de la transición, se define con claridad el tránsito desde la estructura institucional del anterior régimen a la nueva arquitectura institucional de un Estado, organizado en cinco funciones, y cobijado jerárquicamente por una Corte Constitucional. A ello, se agrega el desarrollo del marco normativo necesario para poner en marcha la Constitución y un conjunto de acciones para ordenar política y jurídicamente el escenario y facilitar el proceso refundacional.

A pesar de esta grave duda sobre si el texto denominado Régimen de Transición es o no parte de la Constitución de Montecristi, duda que, de confirmarse, invalidaría el texto que el Tribunal Supremo Electoral sometió a Referéndum, el análisis de las 30 Disposiciones Transitorias y del documento adosado al texto constitucional, Régimen de Transición, además de los principales cuerpos legales aprobados subsiguientemente, especialmente de la llamada Comisión de Legislación y Fiscalización (CLF), que creó el propio Régimen de Transición, resulta indispensable para comprender, en conjunto, los rasgos principales del modelo político y constitucional vigente. Como quedará demostrado a lo largo de este texto, el objetivo político de la transición era asegurar el control de todas las funciones del Estado por parte del Ejecutivo, por incluso fuera del futuro proceso electoral, y generar el andamiaje legal necesario para poner en funcionamiento la Constitución 2008, a tono con las tendencias de concentración de poder previstas igualmente en el misma. En tal virtud, las Disposiciones Transitorias, en adelante DT, y el documento Régimen de Transición, de aquí en adelante RT, constituyeron un verdadero plan, con cronograma incluido, para la captación de total del poder en manos del Presidente en funciones y su grupo. En ese sentido, por sus consecuencias políticas, el proyecto

sesión 94 del miércoles 23 de julio de 2000 el texto del RT fue aprobado en segundo debate. Aún más, la convocatoria a la sesión del 24 de julio de 2008, sesión en que se aprobó el texto final del proyecto de Constitución, puso en consideración un texto en que no incluía el referido documento. No obstante aquello, el texto RT apareció en la versión de la Constitución que la autoridad electoral sometió a Referéndum el 28 de septiembre de 2008 y, por tanto, fue aprobado como parte integrante de la NCP.

político que institucionaliza la Constitución 2008 no concluye con los 444 que componen propiamente el texto constitucional, sino que se inicia con los sesenta artículos adicionales de la transición y varias de las leyes posteriormente aprobadas tanto por la Comisión Legislativa como la Asamblea Nacional. Era muy correcta la recomendación leer la Constitución de principio a fin, sino desde atrás hacia adelante.

En suma, para interpretar correctamente el proyecto político y el modelo institucional que propone la Constitución 2008, es preciso analizar el momento político refundacional del nuevo orden político, el mismo que bien puede ubicarse cronológicamente en el tiempo señalado como la transición. En ese sentido, el estudio de la transición, como momento de transformación institucional y normativa del nuevo Estado y como tránsito del anterior al nuevo orden político, es crucial para comprender el momento político por el que atraviesa el Ecuador. Iniciemos, entonces, con el análisis de las Disposiciones Transitorias (DT) y Régimen de Transición (RT), concentrando nuestro estudio en sus dos dimensiones principales: la institucional y la normativa. Pero antes de entrar en un análisis detallado de ambas dimensiones, resumamos qué contienen los sesenta artículos que hacen parte de las DT y el RT.

II. BREVE DESCRIPCIÓN DE LAS DT Y EL RT.-

El 28 de septiembre de 2008, en Referéndum, la Constitución preparada por la Asamblea Constituyente de Montecristi fue aprobada con el 64 por ciento de los votos válidos. Como ya no discutimos, tomándose como parte del texto constitucional aprobado, y sin que se hiciera ninguna diferencia, se incluyó en paquete dos cuerpos adicionales: las Disposiciones Transitorias y el Régimen de Transición.

En general, los 30 artículos de DT versan sobre cuatro temas principales. La DT Primera, sobre la que realizaremos un amplio análisis más abajo, define las 20 leyes principales que la función legislativa deberá aprobar en los primeros cuatro y doce meses luego de aprobada la Constitución 2008. Si bien tal tarea era humanamente imposible, pues ningún legislativo hubiera podido cumplir ese plazo, el mandato constitucional era justificable en la medida de que una de las grandes falencias de los Congresos posteriores a la aprobación de la Constitución 1998 había sido su lentitud y hasta inoperancia para

aprobar la legislación secundaria que desarrollara las disposiciones constitucionales. A partir de allí, las DT se encargan de tres aspectos principales:⁷

- 1) La transición del personal y bienes de instituciones del Estado que cambian de denominación o situación con la aprobación del nuevo ordenamiento constitucional. Entre éstas se encuentra la DT Tercera que menciona el tránsito de los servidores de la ex Comisión de Control Cívico de la Corrupción y su incorporación al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social; la DT Cuarta que establece lo propio entre los servidores del Congreso Nacional y la nueva Asamblea Nacional; la DT Quinta, que menciona el paso de los funcionarios del Tribunal Constitucional a la Corte Constitucional; la DT Sexta, que trata un aspecto más complejo y es el cambio de naturaleza y denominación entre los consejos de la niñez y adolescencia, discapacitados, mujeres, pueblos y nacionalidades y la conformación de los consejos de igualdad; la DT Novena que habla de la transformación del servicio notarial; la DT Décima que norma la transición del servicio de defensa penal; la DT Decimoquinta señala que los funcionarios y activos del Consejo Provincial de Galápagos pasarán a formar parte del Consejo de Gobierno del Régimen Especial de Galápagos; etc.
- 2) La redistribución del presupuesto de gobiernos seccionales o sectores sociales como educación y salud. En esa dirección, la DT Decimocuarta establece que las transferencias del Estado central a los gobiernos seccionales para el año 2009 no podrán ser menores a lo transferido en el 2008; la DT Decimoctava que manda que se asigne para educación básica y bachillerato del Presupuesto General del Estado un incremento

⁷ Entre las DT, se encuentran también algunas disposiciones inaplicables. La DT Duodécima, por ejemplo, manda a que en el plazo de cuarenta y cinco días, es decir, en un mes y medio, desde la entrada en vigencia de la Constitución, todos los partidos y movimientos se reinscriban. Esto, sencillamente, no podía cumplirse antes de que se promulgue la ley correspondiente y, por supuesto, era imposible que se lleve a cabo en un plazo tan corto. De igual forma, las DT contienen varias disposiciones repetidas en el RT, como la Segunda que dispone al órgano legislativo a crear el CPCCS de transición, asunto que también trata el artículo 29 del RT. Otra repetición ocurre con la estabilidad de los funcionarios y traspaso de bienes de la Corte Suprema de Justicia y Cortes Superiores a la nueva Corte Nacional de Justicia y Cortes Provinciales, cuyas disposiciones constan por igual en la DT Séptima y en el artículo 24 del RT. Todo ello da cuenta del apuro con que la Asamblea Constituyente aprobó este articulado.

progresivo de al menos cero punto cinco anual hasta llegar a un mínimo del seis por ciento del PIB; igual la DT Vigésimosegunda que prevé un incremento similar para el sector salud hasta llegar al mínimo de cuatro por ciento del PIB.

- 3) El reordenamiento y evaluación de ciertos sectores sociales y económicos a través de medidas de coerción indirecta. En este ámbito podemos mencionar las DT Decimonovena que encarga al Ejecutivo arealizar una evaluación de las instituciones educativas unidocentes y pluridocentes, y la DT Vigésima que dispone realizar evaluaciones de las instituciones de educación superior; la Vigésimocuarta con la que se ordena crear una comisión auditora de las concesiones de frecuencias de radio y televisión; la DT Vigésimoséptima que establece que se revisará las situación de acceso al agua con el fin de reorganizar el otorgamiento de concesiones; y, finalmente, la DT Vigésimonovena que dispone a los accionistas del sector financiero que tengan acciones en otros sectores, en especial, medios de comunicación, a enajenar en un plazo determinado dichas acciones; entre otros.

Adicionalmente, otras DT consideran temas como la Vigésimoquinta que establece la revisión del salario básico hasta alcanzar el llamado salario digno; la DT Vigésimotercera que dispone la creación del banco del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social; o la DT Trigésima que traspasa al Fondo de Solidaridad al régimen de empresas públicas. En síntesis, podríamos concluir que el sentido de las DT, además de marcar la ruta de desarrollo normativo que debería seguir a la aprobación del texto constitucional, se centra en clarificar el tránsito institucional de algunos organismos, garantizar que los cambios constitucionales no generen inquietudes adversas de algunos sectores respecto a las transferencias de rentas desde el gobierno central y, finalmente, disposiciones que apuntan a “evitar abusos” en determinados sectores, pero contienen el potencial de convertirse en mecanismos de acoso y chantaje en contra de los mismos.

Por su parte, el RT presenta solo dos secciones: la transición electoral y la transición institucional. La primera, versa sobre las normas que deben regir en las elecciones generales que se llevaron a cabo en abril de 2009, incluidas, normas para la inscripción de

candidaturas, control del gasto electoral, método de asignación de escaños, etc. La segunda, que desarrollaremos a continuación, trata sobre la transición institucional, a saber, el proceso que creó e integró, de forma transitoria, las nuevas funciones del Estado y los organismos públicos que aparecieron en el ordenamiento constitucional aprobado. Vale destacar la decisión estratégica tomada por los miembros de la ex Asamblea Constituyente de integrar organismos provisionales o de transición, para un lapso relativamente corto, en vez de optar por la conformación directa de los definitivos. Algo así como un perro que se muerde la cola, pues una de las tareas fundamentales de los mismos constituyó la integración de los nuevos organismos. Sin embargo, esta decisión, evidentemente, tuvo enormes consecuencias políticas y no fue producto del azar. Su intención era clara: controlar por la manija todo el proceso sin correr el riesgo de que las próximas elecciones pudiera poner en riesgo, en lo más mínimo, su monopolio absoluto sobre las decisiones. Lo lógico e, incluso, más democrático hubiera sido esperar a que se produzcan las elecciones y se constituya la primera Asamblea Nacional, para de allí seguir con la cadena de transición institucional y desarrollo normativo. No se escogió esa vía y más bien se constituyó toda una arquitectura transicional, derivada de la Asamblea Constituyente, que dio los pasos iniciales y decisivos.

En el análisis que viene a continuación, me concentro en este proceso de transición institucional y normativa que fue encargado a estos organismos transicionales. Aquello, de manera precisa, se prescribe en la DT Primera y a partir del artículo 17 del RT. No obstante su importancia, dejo por fuera del estudio de lo relativo a la transición electoral, establecida en la primera parte del RT, la misma que tampoco era un diseño banal, máxime si impuso las reglas del juego electoral en asuntos tan importantes los requisitos de quienes pudieron participar, los controles al gasto electoral y el método de asignación para los órganos colegiados. Aquello deberá ser parte de un análisis por separado.

Por último, el estudio de la transición y de las decisiones institucionales y normativas que tomaron los organismos provisionales de ninguna manera la agota. La transición, como bien se desprende de la simple enumeración de temas contemplados por las DT y el RT va mucho más allá y se desplegará por un lapso muy superior al que se enfoca este estudio. Hechas estas prevenciones, comencemos pues nuestro análisis de la transición, concentrándonos en los primeros pasos de construcción institucional y

desarrollo normativo, Estos ámbitos, definitivamente, son esenciales para el afianzamiento y consolidación de cualquier orden constitucional, en especial, en el momento en que entra en vigencia. A continuación, analizaremos qué se hizo y cómo se lo hizo para desarrollar ambos ámbitos principales.

III. LA TRANSICIÓN INSTITUCIONAL.-

Casi un mes después de que el texto constitucional fuera aprobado en el Referendo aprobatorio, el 20 de octubre de 2008, éste entró en vigencia al publicarse en el Registro Oficial. Por definición, en ese momento se inició la transición. Cinco días después, la Asamblea Constituyente se reunió para cumplir con los pasos señalados para la misma. Así lo indica el artículo 17 del RT. Por su importancia, detengámonos en este artículo.

RT Art. 17.- (Función Legislativa) Se declara concluido el periodo de los diputados y diputadas, principales y suplentes, elegidos el 15 de octubre de 2006.

La Asamblea Constituyente se reunirá cinco días después de proclamados los resultados del referéndum aprobatorio para conformar la Comisión Legislativa y de Fiscalización procurando mantener la proporcionalidad política que tuvo el plenario de la Asamblea Constituyente.

Esta Comisión Legislativa y de Fiscalización cumplirá las funciones de la Asamblea Nacional previstas en la Constitución, hasta que se elijan y posesionen los Asambleístas, conforme lo establecido en este Régimen de Transición.

Estos dos párrafos del artículo 17 del RT señala el punto de partida del cronograma político de que se propuso cumplir la transición. En el primer párrafo se completa la tarea de disolución del Congreso Nacional, elegido en la fecha indicada, que inició la Asamblea Constituyente, cuando mediante el MC1 lo declaró en receso. Disuelto definitivamente el Legislativo elegido en las urnas, a continuación, el artículo fija el procedimiento para conformar un nuevo Legislativo de transición. Para ello, los constituyentes decidieron auto prorrogarse en sus funciones, previendo que, en caso de que la Constitución sea aprobada, ellos se reinstalarían cinco días después de proclamados los resultados. Así, con la inclusión del RT como parte del texto constitucional, a la espera de que éste sea también aprobado con la Constitución, los constituyentes desconocieron que todo órgano representativo, incluso la Asamblea Constituyente de Montecristi, es elegido con un tiempo de mandato definido, y que no está autorizado a reunirse y actuar por fuera de ese plazo. De

hecho, el Estatuto que rigió su funcionamiento y que fue aprobado en Consulta Popular el 15 de abril de 2007, solo le permitía actuar por seis meses, más dos de prórroga. Este plazo se cumplió el 25 de julio de 2008, día en el que feneció su tiempo de funcionamiento y, por ende, incluso, sus auto-concedidos plenos poderes. Veamos qué establecía el artículo 2 del referido Estatuto, el mismo que no dejaba duda alguna:

ESTATUTO Art. 2.- La Asamblea Constituyente tendrá una duración de ciento ochenta (180) días, contados a partir del día de su instalación, salvo que ella misma establezca una prórroga que no podrá exceder de sesenta (60) días contados a partir del vencimiento del plazo inicial.

Lo que estableció el artículo 17 del RT, de tal forma, no es más que una evidente arrogación de funciones de los ex asambleístas con el objetivo de reunirse y actuar por fuera de la fecha para la cual fueron elegidos. No remedió su intención el Mandato 19 de la Asamblea Constituyente, aprobado en la madrugada del 23 de julio, el mismo que dispuso que: *“La Asamblea Constituyente ejercerá la función legislativa del Estado a partir del día 26 de julio de 2008, hasta cuando se proclamen los resultados del Referéndum”*. Es curioso que los considerandos de este Mandato invoquen como base legal dos decretos ejecutivos, los números 2 y 54, dictados por el Presidente de la República, argumentando la existencia de un vacío jurídico sobre la duración de la Asamblea Constituyente, cuando el art. 2 del Estatuto, reproducido arriba íntegramente, era totalmente claro y no dejaba duda alguna del plazo en que debía fenecer el funcionamiento de la Asamblea Constituyente. Pero en último caso, qué tendría más legitimidad y validez: decretos ejecutivos dictados por el Presidente de la República, una vez que la Asamblea Constituyente se encontraba en pleno funcionamiento, o el Estatuto que acompañó a la convocatoria a la Asamblea y con el cual el pueblo ecuatoriano autorizó su conformación y funcionamiento. No hay duda de que el Estatuto, el mismo que no admitía interpretación contraria al hecho de que la Asamblea no podía extenderse por más de ocho meses. Dice mucho, empero, el que la mayoría de la Asamblea se basara en dos decretos presidenciales e hiciera caso omiso a lo que dictaba inequívocamente el Estatuto aprobado en las urnas.

Esta decisión, claramente aplicable a un momento de excepcionalidad política, no deja dudas de quién era el verdadero soberano, en el sentido schmittiano del término, es

decir, la autoridad que no deriva de ninguna otra. En este momento de emergencia o excepcionalidad política –la crítica coyuntura de inicio de la transición--, el real soberano no era el pueblo elector, cuyas autorizaciones fueron claramente desatendidas, sino el grupo en el poder, el propio Ejecutivo, que definió por fuera del Estatuto aprobado en las urnas el plazo de funcionamiento de la Asamblea Constituyente, con el fin de señalar el camino de la transición. Por algo, según Carl Schmitt, el verdadero soberano, el que decide en los momentos de excepción, es quien tiene la facultad de suprimir la ley vigente,⁸ la misma que, en este caso, ya no era la ley del antiguo régimen, sino la que surgió del proceso constituyente y que estaba plasmada en el citado Estatuto.

Pero el artículo 17 del RT presenta otras y más complejas implicancias. La designación de una Comisión Legislativa y de Fiscalización por parte de un órgano que ya no existía era, igualmente, problemática desde la perspectiva de la legitimidad democrática. Lo decidido constituía la violación a otro principio democrático fundamental, a saber, el de la división y separación de poderes. Y es que la composición de dicha Comisión nombrada por la Asamblea, la misma que asumiría las atribuciones de la Función Legislativa, debía reflejar una mayoría electoral que caducó el momento en que debía extinguirse la Asamblea, pero que al momento en que fue elegida, un año antes, era completamente afín al Gobierno. En ese sentido, la conformación de la CLF no fue resultado de una libre competencia electoral, su integración no surgió de las urnas, sino que se conformó mediante un sorteo que debía guardar la misma mayoría de Montecristi, sin que se asegurara la separación y contrapeso entre el Legislativo y el Ejecutivo. Sencillamente, en este caso, el Legislativo provisional designado no tuvo origen electoral legítimo sino que fue una simple derivación de la mayoría de la Asamblea Constituyente, completamente controlada desde el Ejecutivo. Con esta maniobra, entonces, se reprodujo, para iniciar la reconstrucción institucional y el desarrollo normativo requerido, de forma extra electoral, la misma mayoría política, producida en las elecciones del 30 de septiembre de 2007, día de elección de la Asamblea Constituyente.

Este es un hecho muy importante que no se lo puede soslayar. La necesidad de contar con un órgano legislativo legítimamente democrático y que no derivara del Ejecutivo requería de un proceso electoral abierto, independiente de la elección del órgano

⁸ Ver *Carl Schmitt, Teólogo de la política*, p. 25

constituyente, que dé a la ciudadanía la libertad de escoger una conformación pluralista del nuevo legislativo. Sin esta posibilidad, el legislativo de transición, en manos de la llamada Comisión Legislativa y de Fiscalización, se transformó en una instancia de procesamiento de las necesidades legislativas del Ejecutivo, con escasa capacidad deliberativa y nulas posibilidades de fiscalización. Más adelante se desarrollará plenamente este punto. Por el momento, solo mencionemos que el asumir las mismas atribuciones de la Asamblea Nacional, tal como lo señalaba el artículo 17 del RT, la denominada Comisión Legislativa y de Fiscalización debía trabajar en dos líneas principales: legislar cuerpos legales determinados en la DT primera, y conformar, de manera provisional, las demás funciones del Estado, excepto la función electoral que según el mismo artículo 17 debía ser designada directamente por la Asamblea Constituyente, antes de disolverse.

Tal como estaba definido, la Asamblea Constituyente se reinstaló el 22 de octubre y como paso previo, con el fin de viabilizar la conformación y funcionamiento de la CLF expidió un último mandato, el Mandato 23 (M23). Este Mandato, que como todos los anteriores tuvo el rango de ley orgánica, desarrolló los procedimientos de funcionamiento y gestión de la CLF, y determinó vía sorteo su conformación siguiendo el criterio de proporcionalidad de la composición de la Asamblea Constituyente. Establecida de este modo la conformación, de los 76 comisionados designados, la Asamblea Constituyente nombro a 41 comisionados de Alianza País, es decir, el 54 por ciento de la CLF. Ello sin contar con el apoyo de grupos aliados, con los cuales consolidó una sólida e incontestable mayoría.

Adicionalmente, el M23 previó la estructuración de un poderoso Consejo de Administración Legislativo (CAL), como el órgano máximo de carácter administrativo de la CLF, integrado por las autoridades directivas de la misma, con la atribución de planificar sus actividades, establecer las prioridades para el tratamiento de los proyectos de ley, crear o extinguir comisiones especializadas, calificar los juicios políticos, entre otros. De esta forma, el CAL se erigió como el órgano principal de toma de decisiones de la CFL, no solo en el ámbito administrativo sino también político, abstrayendo del Pleno el debate y la definición de las prioridades políticas de transición. De todas maneras, la diferencia no hubiera sido mayor dado que la composición política de las dos instancias, Pleno y CAL, era igualmente afín al movimiento oficialista. Sin embargo, la intención de ubicar en un

cuerpo reducido de cinco miembros, además de corte administrativo, la definición de decisiones políticas tan importantes como la calificación de procesos de fiscalización o la priorización del tratamiento de proyectos de ley denotó una clara intención de concentrar el poder en un cuerpo menor: cinco comisionados frente a los 76 del Pleno.

En lo que tiene que ver con la fiscalización y el control político, el M23 estableció un engorroso proceso que se iniciaba con peticiones de información de los comisionados a funcionarios públicos. Debían éstas peticiones ser “insatisfactorias” para que despegue cualquier proceso de fiscalización. De igual forma, dichos pedidos debían pasar primero por la Presidencia de la CLF o debían contar con la mayoría de votos en las Comisiones. Solo en los casos en que los funcionarios requeridos de información no contesten o presenten información incompleta sería posible iniciar un juicio político. Si aquello hubiera llegado a darse, para lograr la censura y destitución de los funcionarios, se requeriría el voto de las dos terceras partes del Pleno, en el caso de ministros de Estado, o de la mayoría absoluta de la CLF, en el caso de otros funcionarios. Amarrado así el proceso de fiscalización, en sus nueve meses de vida, la CLF no pudo gestar ningún acto de control político a ningún funcionario del Gobierno ni a ningún otro.

Pero continuemos en nuestro recorrido por el proceso de construcción institucional. Siguiendo con lo establecido en el 17, el artículo 18 del RT estableció lo siguiente:

RT Art. 18.- (Función Electoral) Con el fin de posibilitar la inmediata realización del proceso electoral dispuesto en el Régimen de Transición, la Asamblea Constituyente designará a quienes transitoriamente conformarán el Consejo Nacional Electoral y el Tribunal Contencioso Electoral.

Los integrantes de estos órganos así designados, serán reemplazados por quienes resulten ganadores de los concursos establecidos en la Constitución. El proceso de selección dará inicio una vez concluido el proceso electoral.

Entonces, como ya lo mencionamos, la reinstalada Asamblea Constituyente no satisfecha con la designación de la CLF, procedió también a nombrar de manera directa a los integrantes provisionales de los dos órganos de la nueva función electoral. Así, con una autoridad electoral, nombrada a dedo por una mayoría gobiernista, se organizaría, como en efecto ocurrió, el siguiente proceso electoral para elegir, tal como lo menciona el art. 3 del mismo RT, Presidente y vicepresidente de la República, representantes al Parlamento

Andino y a la Asamblea Nacional, Prefectos, Alcaldes, concejales, vocales de las juntas parroquiales.

La designación de la autoridad electoral, en sus dos organismos, recayó en personas directa e indirectamente allegadas al Gobierno. No podía ser de otra manera si el cuerpo nominador estaba controlado completamente por Alianza País. A partir de un análisis del proceso de nominación y votación en la CLF, destaca que de los cinco consejeros principales del Consejo Nacional Electoral, tres de los propuestos fueron nominados por el oficialismo y uno de los restantes por un asambleísta perteneciente a un movimiento afín al Gobierno. Precisamente, Diego Borja, más adelante ministro y colaborador del Gobierno, perteneciente al movimiento Poder Ciudadano, fue quien postuló a Omar Simon – concejero que posteriormente fue elegido presidente del CNE de transición. Solo uno de los nominados, fue propuesto por un asambleísta de la oposición, sin embargo, el nominado tenía una relación personal con el Presidente de la República. Hablamos de Carlos Cortez, ex profesor de Rafael Correa y su compañero de gabinete en la administración de Alfredo Palacio. En el caso de los consejeros alternos, todos fueron postulados directamente por asambleístas del oficialismo. Así las cosas, todos los consejeros nominados, principales y alternos, guardaban una relación directa o indirecta con Alianza País o partidos afines como el Movimiento Popular Democrático y el Partido Socialista.⁹

Respecto a la organización de las restantes nuevas funciones del Estado transicionales, el RT otorgó a la CLF la atribución de a) conformar la Función de Transparencia y Control Social provisional. De acuerdo a la Constitución de 2008, la Función de Transparencia y Control Social debe conformarse por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría y las superintendencias. El nuevo Consejo de Participación Ciudadana tiene, entre sus atribuciones, nada menos que la organización de los concursos públicos para la designación de autoridades de funciones y organismos clave a través de las llamadas comisiones

⁹ Ver Gabriel Hidalgo Andrade, “Análisis de potenciales vinculaciones con los gobiernos precedentes o con el gobierno actualmente en funciones. DESIGNACIÓN DE AUTORIDADES DE LOS ORGANISMOS DE CONTROL COMO DE LA FUNCIÓN ELECTORAL. CUADRO EXPLICATIVO, EN CÉSAR MONTÚFAR, PROYECTO DE INVESTIGACIÓN: RÉGIMEN DE TRANSICIÓN, OCTUBRE 2009 – JULIO 2010, UASB, COMITÉ DE INVESTIGACIONES, 2010.

ciudadanas de selección.¹⁰ La integración del CPCCS era, por tanto, crucial para la transición. ¿Qué dice, entonces, el RT sobre la conformación provisional y definitiva no solo del CPCCS sino de todos estos organismos?

RT Art. 28.- (Vigencia de las designaciones provisionales) Las designaciones provisionales efectuadas por la Asamblea Constituyente para el ejercicio de las funciones de: Contralor General del Estado, Ministro Fiscal General, Defensor del Pueblo, Superintendentes de Telecomunicaciones, Compañías, Bancos y Seguros se mantendrán vigentes hasta que, de acuerdo con las normas constitucionales, se proceda a la designación de sus reemplazos.

¿A quienes designó la Asamblea Constituyente para estos cargos, los mismos que debían ser respetados por la CLF, hasta el nombramiento de los definitivos? Los asambleístas constituyentes ratificaron en el Mandato 1 al Contralor General del Estado, al Fiscal de la Nación y la Superintendente de Bancos. El primero, quien fuera alto funcionario del gobierno de Lucio Gutiérrez, es uno de los casos atípicos en que su relación con el régimen de Correa no está del todo clara. En cambio, la amistad cercana entre el Fiscal de la Nación y el Presidente de la República ha sido un hecho públicamente reconocido por los dos, mientras que la Superintendente de Bancos ha sido un personaje vinculada con Pedro Delgado, primo del Presidente de la República, aunque su cercanía con el régimen también provenía de otros sectores de Alianza País.¹¹

En cambio, la Asamblea Constituyente sustituyó al Defensor del Pueblo, al Procurador General del Estado y al Superintendente de Compañías. En los tres casos, los cambios fueron propuestos directamente por asambleístas de Alianza País, consiguiendo amplio respaldo de toda la bancada oficialista. Vale destacar la sustitución del Superintendente de Compañías, persona muy cercana al Presidente de la República, e inicialmente prorrogado por la Asamblea Constituyente.¹²

¹⁰ La lista de organismos que serían elegidos a través de los concursos públicos organizados por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social incluye el Procurador General del Estado, Defensor del Pueblo, Defensor Público, Fiscal General, Contralor General, miembros del Consejo Nacional Electoral, Tribunal Contencioso Electoral y Consejo de la Judicatura. Todos estos concursos se llevarán a cabo por las comisiones ciudadanas de selección organizada por este mismo Consejo.

¹¹ Ver Gabriel Hidalgo Andrade, “Análisis de potenciales vinculaciones con los gobiernos precedentes o con el gobierno actualmente en funciones. DESIGNACIÓN DE AUTORIDADES DE LOS ORGANISMOS DE CONTROL COMO DE LA FUNCIÓN ELECTORAL. CUADRO EXPLICATIVO, EN CÉSAR MONTÚFAR, PROYECTO DE INVESTIGACIÓN: RÉGIMEN DE TRANSICIÓN, OCTUBRE 2009 – JULIO 2010, UASB, COMITÉ DE INVESTIGACIONES, 2010.

¹² *Íbid.*

Retornemos al régimen de transición. Con respecto a la conformación del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social provisional, el artículo 29 dice lo siguiente:

RT Art. 29.- (Consejo de Participación Ciudadana y Control Social) La Comisión Legislativa, en el plazo de los quince (15) días posteriores a su conformación, iniciará el concurso público de oposición y méritos para la designación de los miembros del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social. Una vez constituido este Consejo organizará las correspondientes comisiones ciudadanas seleccionadoras para escoger las autoridades y funcionarios que establecen la Constitución y la ley.

Mientras se dicta la ley, el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, reglamentará la conformación de las comisiones ciudadanas de selección y dictará las normas de cada concurso, los mismos que serán convocados luego de la posesión de los dignatarios de elección popular a los que hace referencia este RT.

Tendrá también la potestad de designar a los representantes de las Función de Transparencia y Control Social, en las comisiones ciudadanas seleccionadoras. (El subrayado es mío)

Como vemos este artículo dejaba fijado no solo los pasos sino los plazos. Primero, la CLF debía conformar el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, a través de concurso público.¹³ Cuando este Consejo haya sido conformado podía organizar las comisiones ciudadanas de selección, las mismas que siendo reglamentadas por el mismo Consejo, podrían iniciar los concursos públicos para designar a las autoridades que la Constitución encarga al CPCCS. Si se lee con más cuidado los fragmentos subrayados del artículo 29 es posible detectar algo importante. El texto dice que “una vez” conformado el Consejo de Participación de transición, éste organizará las comisiones ciudadanas de selección. Sin embargo, los concursos de selección solo serían convocados “luego de la posesión de los dignatarios de elección popular”. De esta forma, muy sutilmente, este artículo del RT abría la posibilidad de que las comisiones ciudadanas de selección, que deben organizar los concursos para designar definitivamente a las autoridades y funcionarios señalados, puedan organizarse apenas las autoridades elegidas sean posesionadas. El objetivo era evidente: conformar las comisiones de selección en la transición, a través de un CPCCS provisional, designado por la CLF, para que actúen luego

¹³ En este punto hay una contradicción entre lo que establece el art. 29 del RT y la SEGUNDA DISPOSICIÓN TRANSITORIA. Los dos artículos redundan al mencionar la conformación del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social provisional por parte del órgano legislativo. En el primero se habla de un plazo de quince días y en el segundo de 30 días.

de la transición y participen en la selección de autoridades definitivas. Cabe mencionar, empero, de que si bien ésta parece haber sido la intención de quienes idearon el llamado régimen de transición, esta posibilidad de que se organicen las comisiones ciudadanas por parte del CPCCS provisional no llegó a darse. De hecho, este proceso se inició una vez instalado el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social definitivo, un año después de instalada la nueva Asamblea Nacional. En este como en otros casos, las reales capacidades de los organismos provisionales fueron mucho menores a las exigencias que demandó la planificación definida.

Pero bien, veamos qué rumbo tomo la conformación del CPCCS de transición. En primer lugar, se debe mencionar que, en principio, la CFL intentó trasladar esta responsabilidad al CNE de transición, alegando que eso es lo que señala la Constitución, en su artículo 207. Puesto que aquello lo señala el texto constitucional para la designación del CPCCS definitivo y no para el transitorio, el CNE pidió a la autoproclamada Corte Constitucional que interpreta la Constitución y esclarezca a qué órgano correspondía esta competencia. La CC, mediante una Sentencia Interpretativa resolvió que según el artículo 29 del RT, la organización del concurso público para nominar a los integrantes del CPCCS de transición era competencia de la CFL y no del CNE de transición.¹⁴ De ese modo, en diciembre de 2008, la CFL inició el proceso de selección de los miembros provisionales de este organismo.

A partir de un análisis de la documentación presentada al momento de su postulación, se puede observar que en la conformación del CPCCS, se privilegió aspirantes que anteriormente habían sido funcionarios contratados por distintos organismos del Gobierno, sea como funcionarios, asesores, consultores. Entre los nominados, está el caso de un ex funcionario del INFA, posesionado en febrero de 2008; el de una consultora del Ministerio de Justicia y la Secretaría de Pueblos; de otra consultora de Senplades, o de un asesor de una de las mesas de trabajo de la Asamblea Constituyente. El perfil de ex asesor o ex consultor en organismos del Estado es claro en cuatro de los siete consejeros principales del CPCCS. En dos otros nominados, su hoja de vida no señala vinculación al grupo de Gobierno y, en otro, la documentación estaba desaparecida. No obstante, cuatro de los siete

¹⁴ Ver Corte Constitucional, Sentencia Interpretativa 0005-08-IC, Registro Oficial 487, 12 de diciembre de 2008.

consejeros principales, es decir, la mayoría absoluta del Consejo, tenían vinculaciones laborales pasadas con el oficialismo.¹⁵

¿Significan estas vinculaciones dependencia política? No, necesariamente, si es que se quiere hacer una distinción entre vinculación personal o laboral y dependencia política. Sin embargo, lo que sí queda claro es que la realización de estas nominaciones por medio de concursos públicos de oposición y méritos no conlleva una garantía absoluta de que los nominados cumplan con el requisito de no deberle nada a nadie y, por tanto, asegurar total imparcialidad en sus decisiones, que es uno de los elementos principales de la independencia política. Igualmente, la impugnación ciudadana dentro del proceso selección tampoco es un procedimiento infalible. Bien puede ocurrir que alguien que tenga tachas no sea impugnado, o que alguien sin tacha lo sea. Concursos públicos con impugnación no son sinónimo de independencia en la selección, sobre todo cuando el grupo en el poder pone las reglas, integra el órgano seleccionador y organiza los concursos.

De todas formas, la mayoría de la ex Asamblea Constituyente, directa e indirectamente, designó para el período de transición tres funciones del Estado. Directamente la legislativa, con la Comisión Legislativa y de Fiscalización, y la Electoral. La CFL, por su parte, entregó al Consejo Nacional Electoral de transición la facultad de organizar el concurso de oposición y méritos para designar a los consejeros del CPCCS de transición. Si bien esto contradecía el artículo 29 del RT, este procedimiento fue decidido atendiendo al artículo 207 de la Constitución, que estipula que CPCCS debe integrarse a partir de un concurso público organizado por el CNE. Por supuesto que este artículo constitucional se refería al CPCCS definitivo y no al de transición.

De cualquier forma y en todos los casos, órganos con mayoría gubernamental organizaron concursos para designar a órganos en mayorías oficialistas volvieron a elegirse, dando paso a un inédito proceso de concentración del poder en manos del Ejecutivo. Evidentemente, el control de estos organismos en la fase de transición debía verse como un preámbulo de lo que vendría después, cuando estos organismos deban integrarse

¹⁵ Ver Gabriel Hidalgo Andrade, “CUADRO COMPARATIVO DE LOS VOCALES DEL CONSEJO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y CONTROL SOCIAL ELEGIDOS TRANSITORIAMENTE. Análisis de potenciales vinculaciones con los gobiernos precedentes o con el gobierno actualmente en funciones” EN CÉSAR MONTÚFAR, PROYECTO DE INVESTIGACIÓN: RÉGIMEN DE TRANSICIÓN, OCTUBRE 2009 – JULIO 2010, UASB, COMITÉ DE INVESTIGACIONES, 2010

definitivamente. ¿Ante ello, cabe preguntar hasta qué punto esta clara concentración de poder en manos del Ejecutivo contradice la promesa ciudadana que sostiene a la Constitución 2008 o, por el contrario, tal control del Ejecutivo sobre todas las demás instancias del Estado es parte del mismo modelo? Estas son interrogantes de importancia tanto política como teórica que despejaremos al final de este trabajo.

Continuemos con el derrotero de institucionalización que marcó el RT con respecto a la Función Judicial. Los artículos 20 y 21 del mismo dicen lo siguiente:

RT Art. 20.- (Consejo de la Judicatura) En un plazo no mayor de ciento ochenta (180) días se organizará el Consejo de la Judicatura; sus integrantes se designarán por el procedimiento establecido en la Constitución.

RT Art. 21.- (Corte Nacional de Justicia) A los diez días de proclamados los resultados del Referéndum Aprobatorio terminan los períodos de los treinta y uno (31) magistrados de la Corte Suprema de Justicia. El Consejo Nacional Electoral organizará un concurso público entre los treinta y uno magistradas y magistrados de la CSJ, para escoger las veinte y uno (21) juezas y jueces a quienes se les encarga las funciones y responsabilidades de la CSJ, hasta que se designe a los titulares., con aplicación de los procedimientos establecidos en la Constitución.

Una vez promulgada la ley que regule la conformación y el funcionamiento del Consejo de la Judicatura, este organismo conformará la Corte Nacional de Justicia, también procederá a organizar las Cortes Provinciales de Justicia y los Tribunales Distritales y Penales, designando a sus integrantes.

Detengamos la lectura para desentrañar las implicancias de los dos artículos precedentes. En primer lugar, inmediatamente, una tómbola transformaría la actual Corte Suprema de Justicia en Corte Nacional de Justicia, recortándola a 21 magistrados. Segundo, en menos de seis meses, es decir, dentro del lapso de la transición, se conformaría el Consejo de la Judicatura de acuerdo al procedimiento establecido por la Constitución 2008. Aquello daría al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, organizado por el CFL el encargo de llevar a cabo el concurso para la conformación de dicho Consejo. En tercer lugar, una vez promulgada la ley del Consejo de la Judicatura por el mismo CFL, éste conformaría la Corte Nacional de Justicia, las Cortes Provinciales y los Tribunales Distritales definitivas.

La ejecución de estos artículos sufrió algunos cambios frente a lo que inicialmente estaba previsto. El problema principal radicó en que los dos artículos mencionados no

previeron circunstancias que se presentaron en el proceso. A pesar de ello, la CLF, siguiendo el mandato de la DT Primera, aprobó el Código de la Función Judicial, el mismo que será analizado más abajo, en el cual se consideran las normas de funcionamiento de todos los órganos de esta función, incluidos el Consejo de la Judicatura y la nueva Corte Nacional de Justicia. Por otro lado, la CFL pidió a la autoproclamada Corte Constitucional, en adelante CC de transición, interpretar el RT con relación al mecanismo de reestructuración del Consejo de la Judicatura, así como sobre la integración de la Corte Nacional de Justicia. En ambos casos los artículos del RT adolecían de vacíos que entorpecían su aplicación. En el primer caso, había una discrepancia en el número de vocales del Consejo de la Judicatura. En el segundo, el problema resultó ser más delicado debido a que, una vez realizado el sorteo previsto en el artículo 21 de RT, el mismo que se llevó a cabo el 28 de octubre de 2008, todos, menos uno, de los ex magistrados de la Corte Suprema de Justicia que fueron favorecidos en el mismo para continuar como jueces de la Corte Nacional, declinaron esta designación, impidiendo, por tanto, la integración de este organismo. El problema se agravaba en este caso puesto que el RT no preveía en ningún caso esta posibilidad, corriéndose, por tanto, el riesgo de que la Corte Nacional de Justicia de transición no llegue a funcionar.

La Corte Constitucional se pronunció mediante una Sentencia Interpretativa, sustanciada por el juez Alfonso Luz Yunes.¹⁶ Esta sentencia respondió a ambas interrogantes argumentando que la Constitución de la República como el Régimen de Transición tienen eficacia directa e inmediata y, en tal virtud, su incumplimiento conllevaría los mismos riesgos, consecuencias y responsabilidades que el incumplimiento de la Constitución. Vale destacar que en esta sentencia se menciona a la Constitución y al Régimen de Transición por separado, como si se tratara de instrumentos distintos, y no al segundo como parte de la primera, tal como fue presentado al pueblo ecuatoriano en el Referendo aprobatorio del 28 de septiembre de 2008.

Sobre el primer interrogante, la CC de transición resolvió que los siete vocales del Consejo de la Judicatura que se encontraban en ejercicio continúen en sus funciones hasta que sean sustituidos de acuerdo a lo que señala el artículo 180 de la Constitución. Empero, como el nuevo texto constitucional establece que este Consejo estará integrado por nueve

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia Interpretativa 011-08-SI-CC, Registro Oficial 479, 2-XII-2008.

vocales, dos más de lo que señalaba el ordenamiento legal anterior, la sentencia de la CC dictaminó que los dos vocales faltantes sean nominados de entre los vocales alternos, con los mejores puntajes, designados por el Pleno de la ex Corte Suprema de Justicia en febrero de 2006. Cabe decir que con esta decisión, de todas formas, no se cumplió exactamente lo señalado por el artículo 20 del RT. Respecto a la negativa de los ex magistrados de la Corte Suprema que fueron sorteados para integrar la Corte y que se negaron a hacerlo, la sentencia dictaminó que si 24 horas después de publicada en el Registro Oficial, los favorecidos no se presentaren o no se integrare el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, se apliquen, hasta completar los 21 jueces, las siguientes reglas: Se integrarán con los ex magistrados que no fueron favorecidos en el sorteo; luego con los ex conjuces permanentes designados por el Pleno de la ex Corte Suprema de Justicia; a finalmente, con los presidentes de las Cortes Provinciales de Justicia, mejores calificados.

En ambas situaciones, la decisión de la CC en transición reformó en la realidad el contenido de los artículos 20 y 21 del RT. La pregunta que cabe es si aquello no constituía también una reforma a la misma Constitución. Con esta sentencia, si bien se logró resolver un problema relativamente simple en el caso del Consejo de la Judicatura y otro, de mayor envergadura política, relativo a la integración de la Corte Nacional de Justicia de transición, la salida de la CC de transición no deja de ser problemática. Sostengo que esta sentencia significó una verdadera reforma constitucional, evidentemente por fuera del mecanismo previsto en la Constitución 2008 entre sus artículos 441 y 444, debido a que los textos originales de los artículos referidos fueron sustancialmente modificados por esta sentencia, siendo que los mismos, como todas las Disposiciones Transitorias y los artículos del Régimen de Transición eran parte del texto constitucional, porque así lo entendió el pueblo ecuatoriano el momento en que acudió a las urnas para manifestar su voluntad en el Referendo aprobatorio de septiembre de 2008. Ahora se entiende la razón por la cual, en su sentencia la CC diferenció conceptualmente entre Constitución y Régimen de Transición. Si presuponía su unidad, hubiera tenido que apelar al mecanismo constitucionalmente previsto para reformas constitucionales y la sentencia interpretativa hubiera perdido todo asidero constitucional.

Recapitemos. A través de este RT y las DT, el Ejecutivo y su mayoría en la ex Asamblea Constituyente, por fuera del plazo autorizado por la ciudadanía en las elecciones

de asambleístas del 30 de septiembre de 2007, lograron el control de la Función Legislativa de transición, por medio del nombramiento de la CLF, y de la Función Electoral provisional. En igual sentido, esta Comisión Legislativa organizó la Función de Transparencia y Control Social de transición. En todos estos organismos, como ya lo demostramos, se ratificó la mayoría oficialista lograda en origen por la Asamblea Constituyente. Es importante señalar que, a pesar de que el RT posibilitaba el que el CPCCS de transición integre las comisiones ciudadanas de selección para nombrar las autoridades que manda la Constitución, incluido el Consejo de la Judicatura, que conformará la Corte Nacional de Justicia, Cortes Provinciales y Distritales definitivas, este proceso no se inició sino hasta cuando pudo ya integrarse el CPCCS definitivo.

Lo decisivo es indicar que, por fuera de cualquier proceso electoral y a través de decisiones excepcionales, claramente violatorias de la propia Constitución de 2008, el movimiento político del Presidente de la República influyó de modo significativo en la designación de las autoridades de las demás funciones del Estado. Pero no solo eso, podemos sostener que el régimen de transición claramente posibilita a que esta interferencia continúe en las siguientes fases de conformación de todas las nuevas instituciones. Es más, posiblemente aquella era la intencionalidad política del RT al apresurar el nombramiento de autoridades y organismos provisionales y no esperar, como hubiera sido más democrático y legítimo, a que éste proceso se inicie una vez que las nuevas autoridades de representación de posesiones. Así el proceso electoral y la posesión de las nuevas autoridades demoró un total de nueve meses. En verdad, este proceso pudo ser mucho más corto pero no hubo interés de acelerarlo y permitir que sea un Legislativo elegido en las urnas, en vez de una CFL, designado por sorteo por la Asamblea Constituyente el que esté a cargo del proceso.

Pero, igualmente, un papel clave lo cumplió el Consejo Nacional Electoral de transición que, recordemos, fue designado directamente por la Asamblea Constituyente, y continuó en funciones hasta la designación del CPCCS definitivo. De hecho, en poco más de 12 meses, este Consejo organizó el concurso público para nombrar a dos CPCCS, el de transición y el definitivo. Sin embargo, en ambos casos, el resultado fue bastante similar: un organismo conformado por consejeros principales y suplentes con claras vinculaciones con el Ejecutivo; una función del Estado controlada y dirigida por el grupo en el Gobierno. De hecho, de un análisis de las hojas de vida de los designados, presentadas al momento de

su postulación, se puede concluir que cuatro de los siete nominados tenían vinculaciones directas o indirectas con el Gobierno. Llama la atención la cercanía de tres de eso cuatro nominados con el Ministro de Relaciones Exteriores, Ricardo Patiño. Los otros tres consejeros acreditaron tener militancia política, dos con el MPD y otro con el PSP.¹⁷ En suma, en manos de este CPCCS, ya definitivo, queda la responsabilidad no solo de designar a las comisiones ciudadanas de selección que organizarán los concursos de los cuales emergerán las autoridades que señala la Constitución, en su artículo 208, sino todas las demás atribuciones que desarrolló la Ley del Consejo del CPCCS, analizada abajo

Pero, adicionalmente, es posible afirmar que el sector oficialista, a través del RT, aseguró la posibilidad de influir en la designación de todas las autoridades que se encargan a las comisiones ciudadanas de selección nombradas por el CPCCS. Precisamente, el artículo 209 del texto constitucional nos da pistas para concluir aquello. Este artículo determina que estas comisiones seleccionadoras se integrarán con 10 miembros, uno por cada función del Estado, es decir, una por el Ejecutivo, Legislativo, Electoral, Judicial, Transparencia, y cinco más por representantes de organizaciones sociales y la ciudadanía. Es paradójico, rayando en lo absurdo, que estas llamadas comisiones “ciudadanas” cuenten con la mitad de integrantes designados por las funciones del Estado. Pero aún más, que de las 5 nuevas funciones, gracias al RT, el Ejecutivo, por medio del proceso que hemos descrito, logró un control directo de la Función Electoral provisional y del CPCCS definitivo, órgano de la Función de Participación y Control Social que designa un representante de las comisiones ciudadanas. Si bien dejamos de lado, quizá solo por el momento a la Función Judicial, a los delegados estatales que se sumarán a las comisiones ciudadanas con clara filiación con el oficialismo, se deben mencionar al delegado del propio Ejecutivo y el que, posiblemente, sea designado por la Asamblea Nacional, en la cual, si bien Alianza País no obtuvo mayoría absoluta, logró electoralmente una representación significativa como para influir en la designación de cualquier delegado de esta función.

Así llegamos a la situación, situación que buscó asegurar el RT, los delegados pro partido de Gobierno a las comisiones ciudadanas de selección sumarán al menos cuatro de

¹⁷ Ver Gabriel Hidalgo Andrade, “Potenciales vinculaciones entre aspirantes al CPCCS definitivo y el movimiento PAIS” CUADRO EXPLICATIVO, EN CÉSAR MONTÚFAR, PROYECTO DE INVESTIGACIÓN: RÉGIMEN DE TRANSICIÓN, OCTUBRE 2009 – JULIO 2010, UASB, COMITÉ DE INVESTIGACIONES, 2010.

aquellos provenientes de las cinco funciones del Estado. Por la ciudadanía, los representantes se sortearán de entre todos los candidatos que se presenten y cumplan los requisitos. Sería absolutamente improbable que de los cinco designados desde la ciudadanía el Gobierno no capte dos o tres a su favor. Esta posibilidad aumenta dado que el Ejecutivo ha creado la llamada Secretaría de Pueblos y de Participación precisamente para “organizar” la participación de la ciudadanía en este tipo de procesos. De esta manera, los nombramientos provisionales primero, y definitivos después, han sido y estará controlados de principio a fin por el Ejecutivo, y sus órganos derivados o afines: la ex Asamblea Constituyente, la CLF, el CPCCS de transición y definitivo, el CNE de transición y la Asamblea Nacional. A pesar de los vacíos y contratiempos el RT cumplió con el objetivo político previsto.

¿Finalmente, qué dice el RT respecto a la poderosa Corte Constitucional?

RT Art. 25.- (Corte Constitucional) Una vez constituidas las nuevas funciones Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social, se organizará la comisión calificadora que designará a las magistradas y magistrados que integrarán la primera Corte Constitucional.

Comencemos diciendo que el RT deja abierto un margen importante de tiempo para iniciar el proceso de conformación de la Corte Constitucional. Se esperaba, por un lado, el proceso electoral para integrar a los nuevos Ejecutivo y Legislativo. Estas elecciones se produjeron en abril de 2009, y en ellas se ratificó en la Presidencia de la República a Rafael Correa y Alianza País obtuvo una importante presencia, el 46 por ciento de la Asamblea Nacional. Por otro lado, el artículo 25 del RT, señalaba con claridad que debía conformarse de forma definitiva el CPCCS, hecho que finalizó en marzo 2009, que como lo analizamos, igualmente, quedó en manos del oficialismo, para recién entonces iniciar con la aplicación del procedimiento que señala el artículo 434 de la Constitución para la integración de la primera CC. ¿Qué dice el 434 del texto constitucional? Que los miembros de este alto organismo serán designados por una comisión calificadora que se integrará por dos personas nombradas por cada una de las funciones Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social. En este punto, vale resaltar que la Constitución 2008, en su artículo 432, establece que la duración de los magistrados de la CC será de nueve años, sin reelección y con renovación por tercios cada tres años. Esto es importante porque determina que las consecuencias de la transición y de las nominaciones que se realicen durante este

lapso tendrán una duración cercana a una década. Por esa vía, y gracias a los resultados electorales de abril de 2009 y del perfil del CPCCS definitivo, nombrado por el CNE de transición, el actual Ejecutivo podría controlar la Corte Constitucional, el órgano más poderoso de la nueva estructura institucional, por casi una década.

Cabría la réplica a mi argumento de que el resultado en la conformación de la CC fue la voluntad del pueblo ecuatoriano, quien en las elecciones de abril de 2009, reeligió a Rafael Correa y otorgó al movimiento oficialista un contundente bloque, cercano al 50 por ciento de la Asamblea Nacional. Es decir, la conformación de la CC definitiva sería una derivación indirecta de la voluntad del soberano, expresada en las urnas, y tendría un origen y una legitimidad democráticas. En tal virtud, la integración de un órgano de control y jurisdicción constitucional afín al grupo electoralmente mayoritario, más que un abuso de éste, sería resultado de la decisión del pueblo. Este argumento, empero, es claramente incompatible con la vigencia de un Estado constitucional, por cuanto el sustento de su legitimidad no es de ningún modo la electoral sino, por el contrario, aquella que surge de garantizar efectivamente los derechos fundamentales. En tal virtud, el prorrogar la vigencia de mayorías electorales hacia la conformación de las instituciones del nuevo Estado, incluso más allá del mandato recibido en las urnas, representaría un mecanismo poco ortodoxo para dotar de validez a los resultados institucionales.

Pero hay un asunto adicional que no podemos pasar por alto. Destacamos que el uso del adjetivo “nuevas” en el artículo 25 del RT para referirse a las funciones del Estado, Legislativa, Ejecutivo y de Transparencia y Control Social, que debían postular a los miembros de la comisión calificadora encargada de designar a los integrantes de la primera CC, explícitamente señalaba que la integración de la misma debía darse una vez que estas funciones se hubieran integrado de manera definitiva. Sin embargo, una vez que la Constitución de Montecristi entró en vigencia, al ser publicada en el Registro Oficial el 20 de octubre de 2008, ocurrió un hecho decisivo y hasta dramático. Ese mismo día, el pleno del actuante Tribunal Constitucional, resolvió autoproclamarse Corte Constitucional y asumir todas las atribuciones otorgadas por la Constitución 2008. Esta decisión claramente violentaba lo establecido por el RT no solo en referencia al citado artículo 25, el mismo de no dejaba dudas sobre el momento de constitución de la primera CC.

Los argumentos que se exponen en esta resolución, con fecha del mismo 20 de octubre, justifican el hecho en que el RT no establece cuál es el órgano que debe cumplir las funciones de control y jurisdicción constitucional durante el período de la transición y que, como no se puede dejar sin llenar este vacío, ellos, los anteriores vocales del Tribunal Constitucional, debían asumir la calidad de magistrados de la Corte Constitucional. Además de ello, entre los considerandos, se mencionan los artículos 11, numerales 3 y 5; y, 426 de la Constitución que establecen que los principios constitucionales son de eficacia normativa, aplicación directa e inmediata, sin que pueda alegarse falta de norma secundaria para no aplicarlos o desconocerlos. En ese sentido, siendo que la Constitución 2008, reconoce nuevas garantías de derecho y nuevas competencias atribuidas a la CC, se hacía necesario regular inmediatamente estos procedimientos para el ejercicio de dichas garantías y competencias durante el período de transición.

Vale mencionar que, al igual que en el caso de la Sentencia Interpretativa 001-08-SI-CC, temporalmente posterior a esta resolución, el entonces Tribunal Constitucional interpretó que el RT no era parte de la Constitución 2008; distinción que en los hechos sustentó su virtual reforma, tanto al artículo 25 como al 27 del mismo. Esta resolución insiste en que el Ecuador se encuentra en un momento de transición de un Estado social de derecho -tipo de Estado que según sus vocales nunca existió “porque no se produjeron ningunos de sus elementos esenciales”- hacia una nueva forma de Estado, el Estado constitucional de derechos y justicia, cuyos elementos básicos serían, según lo expone la misma resolución: “1) el reconocimiento del carácter normativo superior de la Constitución; 2) la aplicación directa de la Constitución como norma jurídica, y 3) el reconocimiento de la jurisprudencia constitucional como fuente primaria del derecho.”.

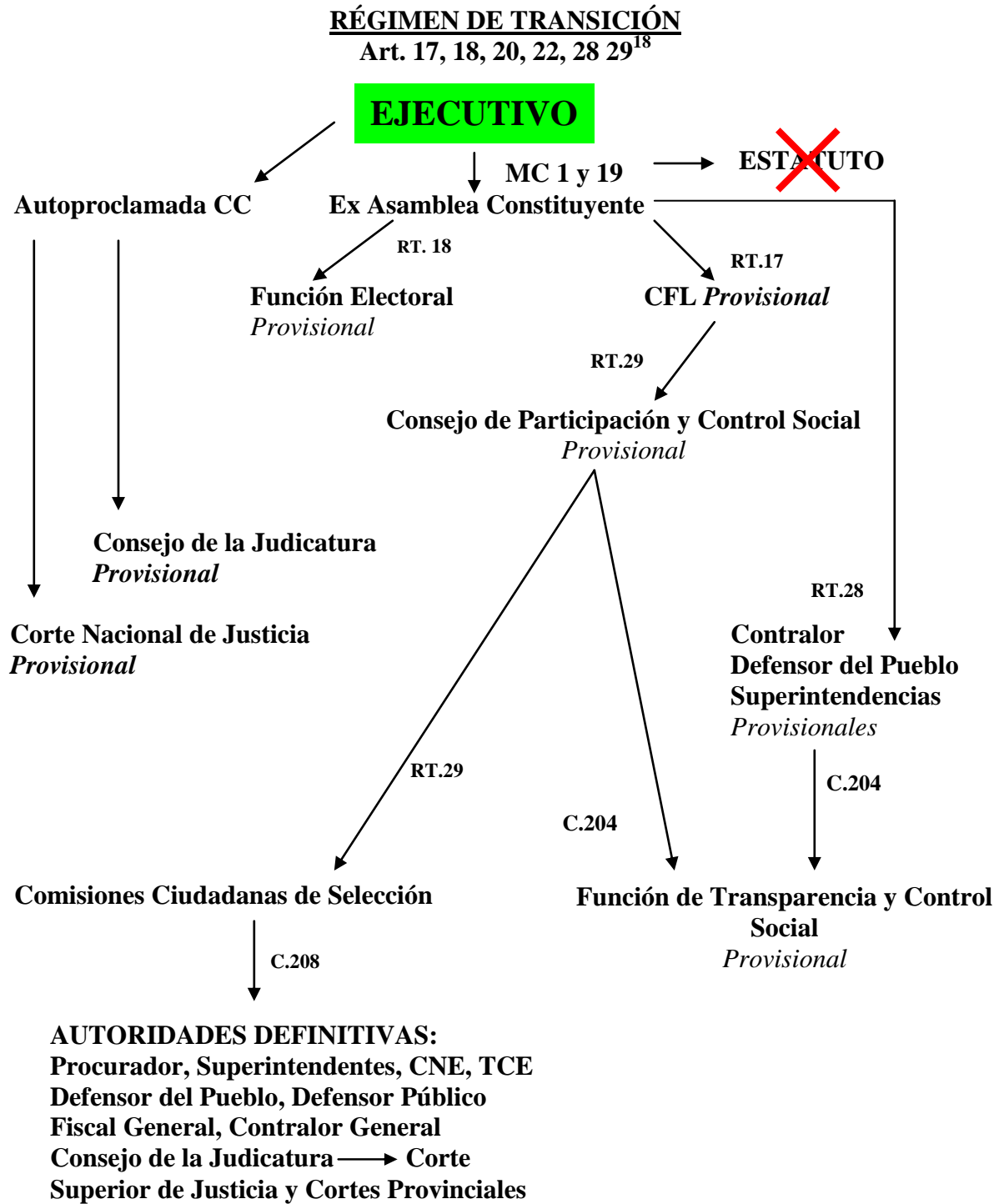
La propia argumentación de la resolución nos conduce a la siguiente pregunta: si rigen los numerales anteriores, especialmente el 2 y 3, porque era, entonces, necesario tomar una medida tan extrema como la de asumir, por sí y ante sí, las funciones de magistrados de la CC quienes fueron designados y actuaban como vocales de un Tribunal Constitucional, aún más cuando el RT no les autorizaba para ello. Sencillamente, para la plena vigencia de las nuevas garantía de derechos no era necesario que exista CC, al menos hasta que no se conforme de acuerdo a lo señalado por los artículos 25 del RT y 432 y 433 de la Constitución 2008. Sin embargo, el ex Tribunal Constitucional tomó esta decisión

extrema, por la cual, además que violar la Constitución recién entrada en vigencia, la reformó a pocas horas de promulgada, por medio de un mecanismo que no estaba previsto.

Pero este es un problema constitucional y jurídico. En lo político, esta enorme arrogación por parte del organismo supuestamente encargado de realizar las funciones de interpretación y control constitucional puede considerarse un hecho más dentro del régimen de excepcionalidad dentro del cual se desenvuelve la transición; excepcionalidad que faculta a los actores a tomar decisiones emergentes e inconcebibles en momentos normales. En realidad, tanto en el caso de la resolución de autoproclamación de la CC como en la Sentencia Interpretativa con las que se definió el mecanismo para integrar la Corte Nacional de Justicia, cuando el mecanismo previsto en el RT había fracasado, el ex Tribunal Constitucional actuó por fuera del ordenamiento constitucional y jurídico, ni el anterior ni el que recién había entrado en vigencia. No deja de ser anecdótico, el que la Constitución 2008 haya sido violada y reformada, a pocas horas de entrar en vigencia, por el mismo órgano encargado de precautelarla, interpretarla y cuidar de su vigencia. Un dato, posiblemente, para el libro *Guinness* de récords.

DIAGRAMA 1

CAPTURA DEL PODER DEL ESTADO POR EL EJECUTIVO



¹⁸ Lo establecido por los citados artículos del Régimen de Transición fue modificado por el Tribunal Constitucional, autoproclamado Corte Constitucional, mediante resolución, a través de una Sentencia Interpretativa con la que se integró la Corte Nacional de Justicia y el Consejo de la Judicatura.

LA CONSTRUCCIÓN NORMATIVA DE LA TRANSICIÓN.-

La segunda dimensión trascendental de la transición, tiene que ver con el desarrollo normativo exigido por la refundación constitucional y la construcción del nuevo modelo de Estado constitucional de derechos y justicia. A este ámbito los artículos transitorios solo le dedicaron un artículo: La DT Primera, la misma que prescribió el listado muy extenso de leyes que debían expedirse en plazos de cuatro y doce meses y, además, en su inciso final, mandó a la Asamblea Nacional, en su primer período, tramite todas las leyes necesarias para poner en plena vigencia todas las normas de la Constitución 2008. Por su importancia, transcribamos su texto de forma textual:

DT Primera.- El órgano legislativo, en el plazo de ciento veinte días contados desde la entrada en vigencia de esta Constitución aprobará la ley que desarrolle la ley de soberanía alimentaria, la ley electoral, la ley regulatoria de la función judicial, del Consejo Nacional de la Judicatura y la que regula el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.

En el plazo máximo de trescientos sesenta días, se aprobarán las siguientes leyes:

- 1. La ley que regule el funcionamiento de la Corte Constitucional y los procedimientos de control de la constitucionalidad.*
- 2. La ley que regule los recursos hídricos...*
- 3. La ley que regule la participación ciudadana.*
- 4. La ley de comunicación.*
- 5. Las leyes que regulen la educación, educación superior, la cultura y el deporte.*
- 6. La ley que regule el servicio público.*
- 7. La ley que regule la Defensoría Pública.*
- 8. Las leyes que regulen los registros de datos...*
- 9. La ley que regule la descentralización territorial...*
- 10. La ley penal y la de procedimiento penal en materia militar y policial.*
- 11. La ley que regule la seguridad pública y del Estado.*

El ordenamiento jurídico necesario para el desarrollo de la Constitución será aprobado durante el primer mandato de la Asamblea Nacional.

Más allá de estos plazos, que no se pudieron cumplir, dada la descomunal carga legislativa— la promulgación de 20 cuerpos legales muy complejos en menos de un año—el RT pretendió que la CLF, en funciones por nueve meses desde el 27 de octubre de 2008 hasta el 30 de julio de 2009, avance lo más posible en el cumplimiento de esta enorme tarea legislativa, dejando lo menos posible de la tarea a la primera Asamblea Nacional, instalada nueve meses después. Todo ello sin reparar que lo conveniente hubiera sido disponer que la aprobación de los cuerpos legales que desarrollen la Constitución recaiga sobre un

Legislativo, elegido en las urnas, y distinto a la Asamblea Constituyente que la escribió. Pero más allá de la conveniencia o no, el objetivo era controlar el proceso, sino de forma total, al menos en lo concerniente a la definición de la normativa que organice la nueva estructura de funciones del Estado. Aquello sí cumplió la CFL, de modo que hasta el día en se disolvió, ya estuvieron aprobadas las leyes orgánicas correspondientes a la Función Legislativa y al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, así como el Código de la Función Judicial. Además de ello, otras dos leyes fundamentales fueron procesadas en este lapso: la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y la Ley de Seguridad Pública. Con ello se cerró el círculo en la organización del poder político del nuevo orden. De todas formas, en su corta vida la CLF fue muy eficiente y expedita en sus tareas legislativas, más allá de los cuerpos legales mencionados. En total, en sus nueve meses de funcionamiento, la CFL aprobó 30 leyes de 64 proyectos presentados, lo cual resulta un récord de producción legislativa, dejando para la Asamblea Nacional, 24 proyectos legislativos pendientes.¹⁹

Con el fin de desentrañar la estructura del nuevo Estado, a continuación se estudia los cuerpos legales aprobados que norman la organización de cada una de las funciones del Estado. Los textos analizados serán los siguientes:

- Ley Orgánica de la Función Legislativa;
- Código de la Democracia;
- Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social; y
- Código Orgánico de la Función Judicial

El análisis de estas leyes nos dará una idea de la forma básica como en que se estructuró el Estado constitucional de derechos y justicia proclamado en el artículo 1 de la Constitución 2008. Se excluye del análisis otros cuerpos legales igualmente aprobados por la CFL que, siendo importantes, tienen menor significación en cuanto al marco institucional del nuevo modelo estatal.

Ley Orgánica de la Función Legislativa-LOFL.-

¹⁹ Oficina del Centro Carter en el Ecuador, “Informe de la Comisión Legislativa y de Fiscalización. Ecuador”, agosto 2009, pp. 11-12.

La LOFL es un cuerpo normativo esencial pues al definir el marco de funcionamiento de esta función, determina las relaciones de la Asamblea Nacional con las demás funciones del Estado, en especial, la Ejecutiva. Esta Ley fue aprobada por la CLF el 8 de julio y publicada en el Registro Oficial el 27 de julio de 2009. Al ser el cuerpo normativo que rige a la Función Legislativa, esta es la única ley que no se envía al Ejecutivo para su sanción, sino que publica directamente en el Registro Oficial.

Un primer asunto a destacar es que, no obstante la DT primera no mencionó a la Ley Orgánica de la Función Legislativa como parte de su mandato legislativo, la CLF la aprobó antes de concluir su período de funcionamiento. Es curioso que se haya dado prioridad a una ley no contemplada en el mandato constitucional, incumpliendo el plazo de otras sí contempladas en la DT Primera. Aquello, como ya lo anotamos buscaba de forma evidente, evitar que la nueva Asamblea, elegida en las urnas y en donde el grupo oficialista pudiera no tener mayoría absoluta, tuviera plena libertad para definir su propia normativa.

En términos de su contenido, la LOFL desarrolla fielmente la estructura de un legislativo bastante disminuido, tal como lo estableció la Constitución 2008, que, entre sus puntos más destacables, otorgó al Presidente de la República la capacidad de disolver la Asamblea Nacional por una ocasión en su mandato; y el sometimiento de la Función Legislativa, característica propia de un Estado constitucional, a decisiones críticas de la Corte Constitucional, en especial, la facultad de interpretar la Constitución. Igualmente, debe recordarse que la Constitución 2008 despojó a la Asamblea Nacional de su facultad de designar a varios funcionarios de otras funciones del Estado o las máximas autoridades de los organismos de control, pasando esta facultad al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social. De todas maneras, y a pesar de que la Constitución 2008 devolvió a la Asamblea la capacidad de censurar y destituir a ministros de Estado, en general, el nuevo marco constitucional terminó con las bases de un Estado en que la función legislativa era el espacio clave de conformación del Estado y de interpretación constitucional. Es así que, según autores como Agustín Grijalva, la Constitución 2008 puso fin a un modelo de soberanía parlamentaria, expresada en su facultad de interpretación constitucional, a un nuevo esquema de control constitucional, separado del legislador.²⁰

²⁰ Ver Agustín Grijalva, “Interpretación constitucional, jurisdicción ordinaria y Corte Constitucional”, en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, editores, La nueva Constitución del Ecuador. Estado,

Sobre tales premisas constitucionales y siguiendo la misma línea que el M23, que normó el funcionamiento de la CLF, la LOFL contiene algunos aspectos adicionales que limitan aún más el poder del Legislativo. En ese sentido, la CFL no solo que se quedó en lo señalado por la Constitución 2008, sino profundizó la tendencia hacia una mayor subordinación parlamentaria que, clara y paradójicamente, expresa una visión anti política, anti legislatura. Para ello, la LOFL escoge el camino muy simple: disminuir las atribuciones del Pleno de la Asamblea Nacional frente a otros órganos de la misma, como la Presidencia, el Consejo de Administración Legislativa y las mismas comisiones. Aquello se produce, a pesar de que el artículo 7 de la LOFL y fundamentalmente, señala que el Pleno es el máximo órgano de decisión de la Función Legislativa.

Esta merma en las capacidades decisorias del Pleno se expresa en varios ámbitos:

- a) Su sometimiento frente al Ejecutivo, en especial, en lo que se refiere a la iniciativa legislativa presidencial. Esta situación ocurre en dos ámbitos. Primero, en la exigencia de alcanzar la votación de dos tercios del Pleno para ratificar el texto de una ley cuando ésta haya sido objetada parcialmente por el Presidente de la República (art.64). Esta disposición, heredada de la Constitución 1998, le da al Ejecutivo un enorme poder como colegislador. Algo similar ocurre, en segundo lugar, cuando el Presidente envía al Legislativo, proyectos de ley calificados como de urgencia económica. En este caso, si el Pleno de la Asamblea, en el plazo de 30 días, no se pronuncia con la mayoría absoluta de votos para negar el proyecto, se entiende como si éste hubiera sido aceptado por el mismo, a pesar de que tampoco exista la mayoría absoluta de votos para aprobarlo (art.62). En la práctica, prima un principio de no negación, antes que de aprobación, de los proyectos de ley calificados de urgencia económica. De esa manera, la tendencia predominante es que se imponga la voluntad del Ejecutivo, reduciendo la posibilidad de la Asamblea de modificar o rechazar los proyectos enviados, antes de que éstos sean aprobados por ministerio de la ley. Si a estos sumamos la disposición constitucional de llamada muerte cruzada, es decir, la potestad presidencial de disolver, por una vez en su mandato, a la Asamblea Nacional por razones como obstruir la acción de

gobierno en dirección de aplicar el Plan Nacional de Desarrollo (en cuya aprobación no interviene el Legislativo), tenemos un sistema político en que la Asamblea debe responder y someterse a las necesidades del Ejecutivo. Se argumentará que la institución de la muerte cruzada obliga al Presidente de la República a concurrir a un proceso electoral, simultáneo con la elección de la nueva Asamblea, para que la ciudadanía ratifique su mandato, empero, aquello en vez de generar una situación de equilibrio entre Ejecutivo y Legislativo, abre la posibilidad de fortalecer la dinámica de legitimación plebiscitaria en la que el Presidente tiene todos los chances de resultar ampliamente favorecido.

- b) El establecimiento de un procedimiento de fiscalización trabado en múltiples instancias, formalista al extremo, dependiente, en varias de sus fases, de decisiones del Presidente de la Asamblea, el CAL y la comisión de fiscalización. Si bien la Constitución de 2008, devolvió a la Legislatura la facultad de enjuiciar y destituir a los ministros de Estado, el procedimiento de fiscalización lo dificulta sistemáticamente. Analizado el procedimiento de fiscalización definido en la LOFL, es posible detectar varios filtros que entorpecen el proceso, principalmente, en lo que se refiere a un manejo arbitrario de los plazos en cada una de las fases del proceso. En especial, el Presidente de la Asamblea tiene la facultad de intervenir en varios momentos decisivos, pudiendo en cada uno de ellos, diluir y terminar con un intento de fiscalización. La fiscalización es un hecho político; el manejo del tiempo es clave para controlar el proceso. Si se dilata un trámite, si se lo ahoga en una maraña procedimental, se conspira con el mandato de control político de la Función Legislativa. Veámoslo: De acuerdo lo establece la LOFL, la fiscalización se inicia con una fase de petición de información al funcionario público. Si bien esto no es un requisito para llegar al juicio político, la sustanciación de cualquier denuncia exige de los asambleístas comenzar el proceso pidiendo información al servidor público que buscan fiscalizar. Este procedimiento documental está regulado por artículos 75 y 76 de la LOFL. El artículo 75 establece que si en 15 días el funcionario público no responde a la información requerida o la entregue de forma incompleta, el asambleísta requirente pondrá en conocimiento del Presidente de la Asamblea esta inobservancia, para que el CAL remita la documentación relacionada a una de las

comisiones especializadas, Es importante señala que esta comisión no necesariamente tendría que ser aquella en que el asambleísta requirente forme parte, detalle importante, del que depende que el mismo pueda influir con su voto, o solamente con su voz, en la decisión que está deberá tomar al respecto. En este momento, el Presidente de la Asamblea tiene la posibilidad de dilatar el proceso, incluso, insistir al funcionario la remisión de la información, lo cual, en muchos casos, no hace más que enredar el curso del proceso. Luego, según el artículo 76, la comisión que recibe el caso puede pedir nuevamente la información al funcionario investigado, el mismo que comparecerá en un plazo de 15 días. En este punto tenemos un segundo filtro. La comisión designada por el CAL no tiene plazo para realizar la petición y citar al funcionario, el mismo que, recién cuando ya ha sido citado, tiene 15 días para comparecer. Nuevamente, la comisión puede dilatar el proceso y dar tiempo para que el investigado maniobre enviando información incompleta o, sencillamente, enredando el procedimiento. En caso de que el funcionario asista a la comisión y entregue la información requerida, la comisión, sin un plazo establecido, inicia el análisis de la misma y debe pronunciarse archivando la petición o, por el contrario, solicitando al Presidente de la Asamblea, el inicio del juicio político correspondiente. Aquí tenemos un tercer filtro en el proceso. Iniciado el enjuiciamiento, de acuerdo al artículo 79, el asambleísta fiscalizador debe acompañar su solicitud al Presidente de la Asamblea por firmas de al menos una cuarta parte de la Asamblea, el anuncio de la totalidad de la prueba y la prueba documental de la que disponga hasta ese momento. La solicitud, las firmas y las pruebas pasan por las manos del Presidente de la Asamblea, sin que exista plazo para que éste envíe al CAL, la documentación presentada por el denunciante; cuarto filtro del proceso. El artículo 80, norma el trámite y establece dos filtros más. Primero el CAL, en tres días, verifica el cumplimiento de los requisitos, quinto filtro, y el Secretario de la Asamblea, remite la solicitud de enjuiciamiento, sin que tenga un plazo para ello, al Presidente de la Comisión de Fiscalización para que avoque conocimiento y sustancie el trámite; sexto filtro. Luego de ello, según el artículo 81, la Comisión de Fiscalización, en cinco días, califica el trámite y verifica, nuevamente, que la solicitud cumpla con lo dispuesto

en el artículo 131 de la Constitución, procediendo a notificar al funcionario investigado, séptimo filtro. Todo ello conduce al informe de la Comisión de Fiscalización, normado en el artículo 82, el mismo que detallará las razones para archivar o recomendar el juicio político; octavo filtro. Finalmente, antes de que el funcionario interpelado asista al Pleno para el juicio político, según el artículo 83, el Presidente de la Asamblea, sin que se determine el plazo, difundirá a través de secretaría el informe correspondiente; noveno filtro. Luego de 48 horas de difundido el informe, en cinco días se incorporará en el orden del día el juicio político, citándose al funcionario enjuiciado y produciéndose la posibilidad de que se mocione en el Pleno de la Asamblea, la censura y destitución del funcionario. En caso de que no exista tal moción, se archivará el juicio. Hemos contabilizado nueve filtros a lo largo de un proceso en el que el Presidente de la Asamblea interviene en tres ocasiones, sin que sus intervenciones se encuentren adecuadamente normadas; en que el CAL se hace presente dos veces, la Comisión de Fiscalización en dos ocasiones, y otra comisión en una más. No obstante establecer como requisito de la solicitud la recolección de un tercio de firmas de asambleístas, se requiere una doble verificación del cumplimiento de los requisitos, tanto por el CAL como por la Comisión de Fiscalización. Con todos esos procesos y filtros, en el primer año de funcionamiento de la Asamblea Nacional, las siete solicitudes de fiscalización que se presentaron a la Comisión de Fiscalización y Control Político fueron archivadas antes de llegar al Pleno de la Asamblea. No por nada, irónicamente, la Comisión de Fiscalización es conocida al interior del Legislativo como la “Comisión de Archivo”.

- c) Posición secundaria del Pleno frente a la Presidencia de la Asamblea. Por ejemplo, además de las típicas funciones de su cargo, el Presidente tiene la potestad de convocar, suspender y reiniciar las sesiones ordinarias y extraordinarias (art.12.3), Si bien la mayoría de asambleístas podrían pedir al Presidente la convocatoria a una sesión extraordinaria (art. 126) no tendrían manera de reiniciar una sesión suspendida, por fuera de la decisión del Presidente. Así, una persona tiene en sus manos, por encima de la mayoría y el Pleno un enorme poder sobre el flujo legislativo. Además de ello, el Presidente de la Asamblea es quien nombra y

contrata a los secretarios y prosecretarios de todas las comisiones legislativas (art.12.15), lo cual, igualmente, le otorga una enorme influencia sobre los procesos administrativos de todas las comisiones; y quien ejerce el mando absoluto sobre la Escolta Legislativa de la Policía Nacional (art.12.27); hecho que le otorga la posibilidad de utilizar la fuerza, al interior del recinto legislativo, sobre algún asambleísta.

- d) Posición secundaria del Pleno frente a otros órganos de la propia Asamblea Nacional como el CAL y las comisiones legislativas. Veamos ejemplos: el CAL tiene la facultad de calificar la prioridad en el tratamiento de los proyectos legislativos presentados (art.14.2), a excepción de aquellos presentados con el carácter de urgencia económica por el Ejecutivo; aprueba el orden el día, con el voto de cuatro de sus siete miembros (art.14.7) mientras que el Pleno, para cambiarlo, requiere de una moción que sea aprobada por su mayoría absoluta, es decir, 63 asambleístas (art.129). Con respecto a las comisiones legislativas, de acuerdo al artículo 61, durante el segundo debate para la aprobación de una ley, su ponente, generalmente el presidente de la comisión o quien haya sido designado por la misma, podrá incorporar o no los cambios sugeridos en el debate del Pleno. Una sola persona, se torna en el árbitro definitivo de lo que se incluye o no en los proyectos de ley que serán votados. Si a estos se suma, la práctica generalizada de que los proyectos de ley se aprueben, en la mayoría de veces, en paquete y no artículo por artículo, la posibilidad de que el Pleno incida sobre el contenido de las leyes aprobadas se reduce de forma ostensible. La voluntad del ponente de la ley se impone sobre la mayoría de asambleístas y el Pleno de la Asamblea Nacional.

En suma, la LOFL crea un conjunto de limitaciones a la influencia del Pleno del Parlamento en el proceso político del país. El Pleno se encuentra atado por disposiciones, aparentemente administrativas, pero con una enorme relevancia política, que emanan de la Presidencia, el CAL, las comisiones, etc. Se afianza una clara tendencia de despolitización del proceso parlamentario; despolitización de el espacio más importante de la política en una sociedad democrática; del espacio principal de actuación de la sociedad política. En realidad, la LOFL profundiza el debilitamiento de la Función Legislativa previsto en la Constitución, mediante una serie de mecanismos administrativos que supuestamente

regulan su funcionamiento pero que fundamentalmente le restan potencia política. En menos de un año, este cuerpo legal ha enfrentado ya dos procesos de reforma, sin que ninguno de ellos altere sustancialmente su enfoque fundamental.

Código de la Democracia.-

La Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas o Código de la Democracia fue debatida y aprobada por la CLF el 12 de febrero y entró en vigencia el 27 de abril de 2009. Este cuerpo normativo agrupó en una sola ley todas las leyes relacionadas con la temática electoral, incluidas, la estructuración de la autoridad electoral, la organización de las elecciones, el control del financiamiento de las actividades políticas y la regulación al funcionamiento de las organizaciones políticas. Consecuentemente, toda la normativa anterior, relativa a cada una de estas temáticas, quedó automáticamente derogada con la publicación de este Código en el Registro Oficial, con lo cual, se produjo una importante modificación en el funcionamiento de las principales instituciones de la democracia representativa. Analicemos en qué aspectos:

En primer lugar, se reestructuró la autoridad electoral, elevada por la Constitución 2008 a la categoría de función del Estado, en dos instancias: el Consejo Nacional Electoral y el Tribunal Contencioso Electoral. Del mismo modo, el Código estableció el procedimiento para nombrar a los miembros de ambos órganos, de acuerdo a lo señalado en el texto constitucional. Este mecanismo, mencionado en el artículo 20, si bien busca resguardar de influencias partidarias la conformación de la autoridad electoral, dejaría una enorme discrecionalidad a las Comisiones Ciudadanas de Selección constituidas por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social. A saber, el Código se limita a decir que los miembros de los dos órganos de la Función Electoral serán designados, previo concurso público de oposición y méritos por el CPCCS; que habrá postulación e impugnación ciudadanas y que se respetará la garantía de equidad y paridad entre hombres y mujeres, pero no se menciona ningún otro parámetro que asegure niveles de imparcialidad o calificación profesional de quienes sean designados para dirigir la Función Electoral.

Segundo, en el desarrollo de los mecanismos de democracia directa, el Código explicita, en su artículo 195, la posibilidad de que el Presidente de la República convoque a

consulta popular cualquier ley que haya sido negada por la Asamblea Nacional. Esta disposición, no solo que va en la línea de confirmar la subordinación de la Función Legislativa al Ejecutivo, sino convierte al proceso legislativo, ejercido por la Asamblea Nacional, en un proceso absolutamente subsidiario de la voluntad del Presidente de revertir dicha decisión. Se afianza, de esta forma, un dogal de clara inspiración plebiscitaria sobre el proceso de legislación. Bien pudiera argumentarse que esta misma disposición ya se encuentra señalada en el artículo 104 de la Constitución 2008, el mismo que señala que el Presidente de la República tiene la facultad de convocar a consulta popular los asuntos que estime conveniente, y que, por tanto, no es novedosa. Empero, el hecho de que se mencione explícitamente, las leyes aprobadas por la Asamblea Nacional, abre de manera explícita, la posibilidad de limitar el papel del Legislativo y abrir canales de democracia directa para que el Ejecutivo revierta una decisión parlamentaria.

En este mismo ámbito, el Código agrega, de forma inconstitucional, el requisito del dictamen de la Corte Constitucional, en los casos sobre una iniciativa ciudadana de enmienda constitucional (art. 441 de la CRE), el mismo que requiere del respaldo del ocho por ciento de las personas inscritas en el padrón para viabilizar la convocatoria a un referéndum. Así, el Código en su artículo 183, obliga al Consejo Nacional Electoral el envío de la solicitud de referéndum a la Corte Constitucional para que “determine si la petición está conforme con lo establecido en la Constitución y en esta ley.” En vez de promover la iniciativa normativa directa de los ciudadanos, evidentemente dentro del marco constitucional, el Código agrega requisitos de calificación que pudieran poner objeciones de contenido, no solo de forma, a las iniciativas normativas que provengan de la ciudadanía, más allá de lo que dice el propio texto constitucional.

En tercer lugar, el Código de la Democracia desarrolla ampliamente disposiciones de control al financiamiento de las actividades políticas en diversos ámbitos, sin embargo, es bastante laxo y permisivo en lo que se refiere a la utilización de recursos públicos e infraestructura del Estado de los funcionarios públicos en acciones de proselitismo político de servidores públicos en beneficio de promoción personal o de organizaciones políticas determinadas. Se podría señalar, incluso, que el Código es regresivo con respecto a lo que ya establecía la derogada, por éste mismo, Ley Orgánica de Control del Gasto Electoral y de la Propaganda Electoral, aprobada en el 2001. Según las disposiciones de la abolida ley,

consignadas en su artículo 21, se prohibía de manera taxativa que cualquier organismo, entidad pública, funcionario, empleado o servidor público, utilice recursos y bienes públicos, al igual que promocionar sus nombres o partidos en la obra o proyectos a su cargo. La Ley señalaba que quien infringiere esta disposición podría ser sancionado con la revocatoria del mandato o la destitución del cargo. Igualmente, se concedía acción pública para denunciar estas violaciones ante la autoridad electoral, la Comisión de Control Cívico de la Corrupción y la Contraloría den caso de que se trate de desvío o mal uso de recursos públicos y, ante los jueces competentes, si se implicaran la comisión de algún delito.

El nuevo Código, en cambio, realiza una muy sutil “reforma” al texto constitucional cuando establece que la prohibición de utilizar recursos e infraestructura estatal regirá “durante la campaña electoral” y no “para la campaña electoral”. Al respecto, el artículo 115 de la Constitución 2008, en su inciso segundo, al normar la promoción electoral dice lo siguiente: “Se prohíbe el uso de los recursos y la infraestructura estatales, así como la publicidad gubernamental, en todos sus niveles de gobierno, *para la campaña electoral*”. Mientras tanto, el artículo 203 del Código, de una manera casi inadvertida, inicia así: “*Durante la campaña electoral*, conforme la norma constitucional y legal, está prohibido que las instituciones del Estado, en todos los niveles de gobierno, realicen propaganda, publicidad y utilicen sus bienes y recursos para estos fines.” Es importante aclarar que la definición del tiempo de la campaña electoral lo establece el artículo precedente, el 202, como de cuarenta y cinco días, antes de la fecha de los comicios. Aunque parezca no tener trascendencia, una cosa el prohibir el uso de recursos públicos *para* la campaña electoral, es decir, para que cuando un ex funcionario se candidatee y se encuentre en plena competencia por conseguir adhesiones ciudadanas y otra muy distinta prohibir lo propio solamente *durante* la campaña electoral, es decir, durante los cuarenta y cinco días definidos como el período de campaña electoral. El artículo 203 del Código, contradiciendo la Constitución, deja por fuera de la prohibición de usar recursos e infraestructura estatal *para* la campaña electoral; circunscribe la prohibición al lapso que comprende desde la convocatoria hasta el inicio de la campaña y deja por fuera todo el período no electoral. En sentido estricto, a excepción de los 45 días de campaña, los funcionarios públicos no tienen limitación para hacer uso de todos los recursos estatales a su cargo con fines de

proselitismo personal o partidario. Aquello, como lo hemos visto, sí estaba prohibido en la normativa anterior.

Esta regulación se complementa con lo que señala el artículo 207, el mismo que expresa que, *durante la campaña electoral*, las instituciones públicas están prohibidas de realizar publicidad a través de la prensa, radio, televisión y vallas publicitarias. Se excluye la difusión de información “necesaria para la ejecución de planes y programas específicos y que se encuentran en ejecución durante ese período.” Con esta exclusión no queda clara la prohibición y gran parte de la publicidad que realizan las instituciones públicas podrían difundirse sin problema *durante la campaña electoral* si es que se estima que se trata de planes y programas en ejecución. De igual forma, “durante la campaña electoral,” ese mismo artículo prohíbe la exposición en espacios audiovisuales de la imagen, voz y nombre de las personas inscritas como candidatos. Se entiende, por tanto, que por fuera del período de campaña, aquello sí estaría permitido creándose el espacio para que las políticas de comunicación de las instituciones públicas no tengan limitación para promocionar funcionarios que luego serán candidatos o sus organizaciones políticas. Se debe reconocer, empero, que los dos incisos finales del mencionado artículo sí contienen dos disposiciones que apuntan a controlar la publicidad estatal con fines electorales. Se menciona que las entidades públicas no podrán exceder el tiempo de exposición en publicidad al promedio mensual registrado al inicio de la campaña y que 48 horas antes al inicio de los comicios queda prohibida totalmente toda publicidad de instituciones públicas.

Finalmente, el Código de la Democracia establece un régimen de control e intervención muy amplio y discrecional por parte de la autoridad electoral sobre el funcionamiento interno de las organizaciones políticas inscritas. Aquello se lo concibe como necesario para asegurar que las mismas se organicen y lleven adelante sus tareas de promoción y proselitismo dentro de los parámetros de democracia interna que señala la misma ley y un estricto régimen de control a financiamiento privado a las organizaciones políticas. Como lo señalamos arriba, esta amplia capacidad regulatoria y de intervención de los dos órganos de la Función Electoral ocurriría en el contexto de que quienes los conformen no acrediten la suficiente preparación, experiencia e imparcialidad para cumplir tan delicadas atribuciones. Veamos algunos ejemplos:

- Empecemos con el control al financiamiento privado a las organizaciones políticas; situación que contrasta con la laxitud de la regulación al uso de recursos públicos. El referido artículo 203, prohíbe la contratación de propaganda y publicidad privada *sobre el proceso electoral*, ya no *durante* el proceso electoral, en prensa escrita, radio, televisión y vallas publicitarias. Mientras las instituciones públicas pueden hacer publicidad de sus obras y promocionar a sus funcionarios por fuera de la campaña electoral, los actores privados están prohibidos de hacer promoción o publicidad *sobre* el proceso electoral, es decir, en ningún momento, electoral y no electoral. Más adelante, en el artículo 209, se impone límites máximos al gasto electoral, usual en la legislación electoral ecuatoriana desde el año 2001, pero que, sin embargo, debe ser contextualizado con el conjunto de prohibiciones y regulaciones que se establecen para las organizaciones políticas. Dentro de la misma línea, el artículo 216 del Código define claramente las fuentes de financiamiento a las que pueden acceder las organizaciones políticas mientras que el 219 especifica las prohibiciones. Entre ellas se menciona recibir aportes provenientes de personas naturales que tengan contratos o mantengan litigios judiciales con el Estado. El artículo 221 define que los aportes de las personas naturales no podrá superar el cinco por ciento del monto máximo del gasto electoral autorizado, al tiempo que los candidatos, no podrán exceder del diez por ciento de dicho monto. Así mismo, el artículo 222 establece que los ingresos que se obtengan de las rentas financieras y actividades promocionales de las organizaciones políticas tampoco podrán exceder del 50 por ciento del monto máximo de los gastos electorales. Para el caso de créditos en instituciones financieras, el artículo 223 dispone que los préstamos en instituciones financieras no excederán, igualmente, un límite del 20 por ciento del gasto señalado para cada campaña. Siendo que deberán reportarse todos los gastos de las organizaciones políticas, aun cuando éstos se realicen antes de la convocatoria a elecciones, el artículo 275 que menciona las infracciones por las cuales la autoridad electoral podrá imponer sanciones a las organizaciones políticas y establece como una de ellas la no presentación de informes de cuentas, montos y origen de los aportes, lista de contribuyentes, destino y total de gastos, estados de cuenta y conciliaciones bancarias, comprobantes de ingresos y egresos, facturas y documentos de respaldo. Los artículos 293, 294, 295, 296 y 297 establecen diferentes sanciones pecuniarias a los responsables económicos y contribuyentes económicos que hubieran incumplido las disposiciones

establecidas, las mismas que, incluso, podrían cobrarse por la vía coactiva. El artículo 298 define las sanciones a los candidatos, las mismas que establecen, el último caso, la pérdida del cargo para el que fueron electos, además de las acciones penales a las que hubiere lugar.

- Pero, además, con el objetivo de que se eviten los caudillismos al interior de las organizaciones políticas, el artículo 321, numeral 5, regula que los directivos de los partidos políticos serán reelegidos por más de una vez;

- El inciso final de artículo 327 señala que el patrimonio de las organizaciones políticas que se extingan pasará al Fondo Partidario Permanente, es decir, pasará a manos del Consejo Nacional Electoral, que es el ente que administra dicho fondo;

- En el artículo 331, que enumera las obligaciones de las organizaciones políticas, el Código abre la posibilidad de que los afiliados o adherentes de las mismas puedan interponer denuncias ante el Tribunal Contencioso Electoral si éstas no cumplen con lo dispuesto en este artículo. Si bien se menciona que este recurso podrá ser utilizado, una vez agotadas las instancias internas, el mismo artículo establece que la autoridad electoral verificará “a través de cualquier medio” los incumplimientos de estas obligaciones que, de no ser subsanadas, podrían, incluso, ser causales para la suspensión o eliminación de la organización política;

- El artículo 345 obliga a las organizaciones políticas a solicitar el apoyo, asistencia técnica y la supervisión del Consejo Nacional Electoral para el desarrollo de sus procesos electorales internos. Se menciona, además, que en todo caso, el CNE nombrará veedores en los procesos que no participe y que sus observaciones serán de obligatorio cumplimiento;

- En el artículo 374 se faculta a la autoridad electoral a sancionar a las organizaciones políticas con multas o suspensión de hasta 24 meses en caso de que éstas incumplan disposiciones del Código de la Democracia. Entre éstas se menciona la posibilidad de que el Fiscal General solicite la suspensión de una organización política cuando investigue el delito de lavado de activos; y

- Por último, cuando se norma el derecho a la oposición, el artículo 386 del Código especifica cuál debería ser su principal objetivo, el mismo que se lo define en términos de “... contribuir al fortalecimiento de la democracia y del Estado constitucional de derechos y justicia.” Es decir, la ley señala que la oposición no solo está obligada a cumplir lo establecido en la Constitución sino a contribuir a la consolidación del modelo de Estado y

proyecto político fijado por el texto constitucional; se obliga a la oposición, por tanto, a una posición activa frente al proyecto político del grupo en el poder, consagrado en la Constitución, más allá de una actitud pasiva, aunque respetuosa de sus normas y disposiciones. Además de ello, el capítulo dedicado a la oposición, desarrolla una figura bastante novedosa, las Rondas de Diálogo (artículos 391 y 392), según la cual los sectores de oposición pueden solicitar al Ejecutivo, en los diferentes niveles de gobierno, explicaciones y precisión sobre asuntos de interés de la colectividad.

En suma, el Código de la Democracia, aprobado con bombos y platillos como el paradigma normativo de una nueva democracia, si bien presenta avances que cabe resaltar como la separación de la autoridad electoral entre un órgano administrativo y otro encargado de la justicia electoral, tiene también falencias notorias en cuanto a promover una democratización del sistema político. Junto a profundizar la tendencia hiperpresidencialista de todo el andamiaje constitucional ecuatoriano, esta legislación no establece parámetros ni criterios claros para evitar que los miembros de los órganos electorales sean imparciales y tengan la preparación suficiente para asumir las tareas a su cargo. La administración y justicia electoral son temas que requieren de enorme experiencia y especialización. La posibilidad de concursos abiertos no asegura que los designados tengan esas condiciones. Así mismo, la inexistencia de limitaciones precisas en cuanto a la trayectoria de quienes sean admitidos al concurso deja un enorme espacio para que personas afines a grupos políticos puedan, finalmente, ser seleccionados. Todo queda al arbitrio de las Comisiones Ciudadanas de Selección que llevan a cabo el concurso, y de los reglamentos que los norman. De una normativa, como la de 1998, que establecía que los miembros del Tribunal Supremo Electoral debían ser representantes de las 7 principales fuerzas políticas, se corre el riesgo de pasar a órganos electorales en que, de manera subrepticia, solo tengan representación las fuerzas políticas que tengan influencia o control del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, que es la entidad que nombra a las llamadas Comisiones Ciudadanas de Selección, y expide los reglamentos de los concursos.

De igual forma, el Código disminuye el ámbito de control y regulación de la autoridad electoral respecto del uso indebido de recursos e infraestructura estatal para fines proselitistas, empero, al mismo tiempo, desarrolla una amplia normativa que permite la

intervención de la autoridad electoral sobre el funcionamiento interno de las organizaciones políticas. Respecto de lo primero, cabe señalar que la Misión de Observación Electoral de la Unión Europea, anotó como limitaciones del Código de la Democracia aprobado el no proveer “suficiente detalle sobre el uso de recursos públicos durante la campaña electoral” e, igualmente, puntualizó que “se debiera establecer normas claras que garanticen la igualdad de condiciones durante la campaña para los candidatos.”²¹ Los dos elementos señalados, cuando se combinan, crean un marco normativo en que no solo que las organizaciones políticas en el poder pueden gozar de una enorme discrecionalidad para utilizar recursos públicos sino que las demás, las que no están en el poder, están sujetas a estrictos controles, extensas y pormenorizadas limitaciones para acceder a financiamiento privado, la posibilidad de un permanente control y hasta intervención de la autoridad electoral en temas de su funcionamiento interno.

En suma, el Código presenta la paradoja de ser permisivo en cuanto a no prohibir el uso de recursos públicos para fines proselitistas por fuera de los 45 días de la campaña electoral pero, en cambio, exponer una normativa rigurosa de control del financiamiento privado a las organizaciones políticas. Este desbalance genera un cuadro normativo abiertamente discriminatorio en contra de aquellos grupos políticos que no están en el poder y una enorme ventaja para aquellos que sí lo están, los mismos que, teóricamente, tendrían permitido hacer uso permanente de todos los recursos estatales a su cargo y solo abstenerse de hacerlo durante la campaña. Llama la atención el uso deliberado de frases como “para la campaña electoral”, “durante la campaña electoral” o “sobre la campaña electoral”, según el caso, para establecer normas con una evidente dedicatoria favorable a los funcionarios públicos u organizaciones políticas en el poder e, igualmente, la ambigua enumeración de las situaciones excepcionales que permitiría la participación de ex funcionarios candidatos en la inauguración de obras o la continuación de de la publicidad de instituciones públicas durante el tiempo de campaña electoral. Esta característica, claramente marcada en la nueva ley, reduce el espacio para la alternancia democrática. El Código, al ofrecer un marco de amplio ventajismo para quienes ya ocupan cargos públicos,

²¹ Misión de Observación Electoral de la Unión Europea, “Ecuador. Observaciones y recomendaciones sobre el Código de la Democracia,” junio 2009, pp. 2-3.

contribuye de manera ineludible a reforzar los matices plebiscitarios que ha adquirido la democracia ecuatoriana.

Por último, el Código concibe que la dinámica y funcionamiento del proceso democrático no tendría otro fin sino realizar materialmente el programa político delineado en la Constitución 2008. Esta visión, claramente restrictiva del proceso democrático se expresa no solo en el ventajismo oficialista que subyace a varias de sus disposiciones sino, en especial, en la parte dedicada a regular los derechos de la oposición política, la misma que está obligada a contribuir al fortalecimiento del Estado constitucional de derechos y justicia. Esto es muy importante puesto que la Constitución 2008, dentro del paradigma consagrado de Estado constitucional de derechos y justicia, va más allá de lo que establecen las constituciones liberales clásicas, a saber, la protección de los derechos ciudadanos frente al poder del Estado, y asume a la normativa constitucional como “fuerza normativa”. En otras palabras, a decir de autores como Julio Echeverría, la Constitución 2008 abandona su función de proteger a los ciudadanos frente al poder político y se transforma en un “instrumento del poder político para la realización de los derechos”. La Constitución de Montecristi expresa así un programa político, económico y social específico; programa al que están obligados no solo todos los actores políticos sino los actores sociales y económicos.²² En ese sentido, el espacio del juego democrático para la definir el destino político de Estado queda predeterminado no solo en cuanto a las reglas sino a los contenidos que define el texto constitucional. El llamado Código de la Democracia, como no podría ser de otra manera, apunta a circunscribir el juego político dentro del marco de ese programa constitucional y, para ello, en toda su normativa, privilegia la consolidación, reelección, del poder constituido por sobre la dinámica de una libre competencia electoral. El rasgo más característico de este sesgo se encuentra en la enorme licencia para el uso de recursos públicos, por parte de los funcionarios y organizaciones políticas en el poder, en contraste con la sobre regulación de la dinámica interna de los sujetos políticos, tanto en cuanto a sus normas de funcionamiento, publicidad y promoción política, como financiamiento privado.

²² Ver Julio Echeverría, “El Estado en la nueva Constitución” en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, editores, La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones. Quito, Universidad Andina Simón Bolívar- Corporación Editora Nacional, 2009, pp. 12, 19.

Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.-

Esta ley fue aprobada por la CLF el 8 de julio de 2009 y publicada en el Registro Oficial el 9 de septiembre del mismo año. El proyecto que sirvió de base para el debate fue presentado por el Consejo de Participación y Control Social de transición, según lo dejó sentado el artículo 29 del Régimen de Transición. Este Consejo, dentro de la nueva arquitectura institucional establecida en la Constitución 2008 (art. 204), es parte de la nueva Función de Transparencia y Control Social, dentro de la cual también constan la Contraloría General del Estado, la Defensoría del Pueblo y las superintendencias.

Siguiendo el texto constitucional, la Ley define las atribuciones del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (CPCCS), en tres líneas principales: a) La promoción de la participación ciudadana y el control social; b) La lucha contra la corrupción; y c) La organización de los procesos de selección de las autoridades de organismos clave para el funcionamiento del Estado. A través de estas atribuciones, este nuevo organismo, primero institucionaliza una dimensión de la vida democrática de la sociedad, como es la participación de los ciudadanos en los diferentes ámbitos de lo público y el control social, y, segundo, asume la competencia de designación de autoridades, anteriormente en manos de la Función Legislativa. Este Consejo, de esta forma, toma a cargo la institucionalización de importantes ámbitos de acción de la sociedad civil, en particular de aquellos que se refieren a la toma de decisiones y control social en temas de interés público y, al mismo tiempo, invade competencias específicas de la sociedad política en el campo parlamentario. El CPCCS se sitúa en medio de la sociedad civil y la sociedad política e institucionaliza esta nueva posición como una nueva función del Estado, agregando a la estructura tripartita del mismo, una nueva esfera de poder público.

En cuanto a lo primero, el artículo 5 de la Ley encarga al CPCCS promover la participación ciudadana, estimular procesos de deliberación pública y establecer mecanismos de rendición de cuentas. Los artículos 6 y 7 desarrollan los mecanismos e incentivos a iniciativas de participación y el 9 y 10 los procedimientos y contenidos de los procesos de rendición de cuentas. Es crucial el artículo 11 que define quienes están obligados a rendir cuentas, ratificando que lo deben hacer las autoridades electas o de libre remoción, los representantes legales de las empresas públicas o personas jurídicas del

sector privado que manejen fondos públicos o desarrollen actividades de interés público. No queda definido qué se entiende por “interés público”, ni las razones para que este no definido espacio de lo público deba también estar sujeto a procesos institucionalizados de rendición de cuentas y control social y no, sencillamente, a dinámicas de deliberación y debate internas a la sociedad, incorporadas al ámbito de la opinión pública y movilización ciudadana.

Cabe anotar que las posibilidades de rendición de cuentas se expanden a personas jurídicas de carácter privado no solo que usen recursos públicos sino también que presten servicios públicos o lleven a cabo actividades catalogadas de interés público. Esta expansión del ámbito de control social, ya consagrada en el texto constitucional, tiene una enorme implicancia pues abre la posibilidad de que actores privados, a pesar de no haber recibido ninguna delegación expresa de los ciudadanos a través de actos electorales, deban también responder políticamente por sus acciones. La responsabilidad política, que es la base del control social y la rendición de cuentas, deja de ser una obligación exclusiva de los representantes políticos y, por tanto, de las instituciones públicas, para ser también un asunto del campo privado. El riesgo de ampliar la esfera de rendición de cuentas a organismos no político-representativos es que puede diluir esta institución y tornarse irrelevante para los sujetos políticos, quienes sí tienen y rendir cuentas y responder políticamente a sus mandantes. De hecho, lo conceptualmente apropiado sería que un medio de comunicación o una ONG que realiza un trabajo en un ámbito de lo público sea objeto de control social por los ciudadanos que lo deseen y se organicen para ello, pero no que “rindan cuentas” a sus “usuarios o beneficiarios. En la misma línea, el artículo 12 otorga al CPCCS la facultad de hacer un seguimiento y verificar el cumplimiento de los procesos de rendición de cuentas por parte de los sujetos señalados. De esta manera, este Consejo asume un papel de mediación entre los actores obligados a rendir cuentas y los ciudadanos. Se institucionaliza esta importante dimensión de la representación política, la de la rendición de cuentas, no obstante, se la expande hacia actores privados.

En segundo lugar, la Ley del Consejo de Participación Social dedica todo un capítulo al fomento de la transparencia y lucha contra la corrupción. El artículo 13 desarrolla las atribuciones del Consejo en cuanto al fomento de la transparencia, afectaciones a la participación de los ciudadanos o hechos que “vayan en contra del interés

social” (art. 13.4). De manera complementaria, el artículo 14 posibilita al CPCCS a recibir denuncias de ciudadanos calificarlas e investigarlas sobre actos de corrupción u omisiones que afecten al derecho de participación. El Consejo preparará informes sobre las denuncias y, de ser el caso, impulsará los procesos judiciales y administrativos, interviniendo como parte procesal de los mismos. Se puntualiza que los informes emitidos tendrán validez probatoria.

En tercer lugar, el CPCCS es la nueva institución que asume la designación, a través de concursos públicos de oposición y méritos organizados por comisiones ciudadanas de selección, de autoridades tan importantes como el Defensor del Pueblo, Defensor Público, Fiscal General del Estado, Contralor General del Estado y los miembros del Consejo Nacional Electoral, Tribunal Contencioso Electoral, Consejo de la Judicatura (de enorme importancia pues la instancia que designa a los jueces de la Función Judicial) y las que sean necesarias para el funcionamiento de otros cuerpos colegiados de las instituciones del Estado.

Esta vía de designación “ciudadana” de tales autoridades y miembros de cuerpos colegiados de instituciones públicas fue la respuesta de la Asamblea Constituyente de Montecristi a uno de los defectos de la estructura y funcionamiento del Estado en el antiguo régimen; la misma que permitió la partidización de tales organismos y provocó que los mismos se conviertan en instrumentos de persecución política o, en el caso de los organismos de control, en instancias parcializadas y poco objetivas en el cumplimiento de sus funciones de auditoría, control, fiscalización y regulación. Por tanto, uno de los mandatos de Montecristi fue despartidizar estos órganos y, para ello, se entendió que era necesario que la designación de tales autoridades deje de ser atribución de la Función Legislativa, como ocurre en los estados democráticos, y pase a otro organismo, no de carácter político, sino ciudadano: el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social. Este cambio, por supuesto, no está exento de dificultades y problemas. Por ejemplo, cómo garantizar que este nuevo organismo esté blindado de influencias partidarias encubiertas; cómo entregar tales funciones a instancias surgidas por fuera de la legitimidad electoral; de qué manera este nuevo sistema asegurará que las nuevas autoridades tengan las competencias necesarias para cumplir sus funciones.

De acuerdo a la Constitución, artículo 209, y a la Ley del Consejo de Participación Ciudadana, artículos 55 y 56, el proceso de selección de las autoridades señaladas recae en las llamadas comisiones ciudadanas de selección, las mismas que se organizarán los concursos públicos de oposición y méritos, con postulación abierta, veeduría y derecho a la impugnación ciudadana para la selección de las autoridades señaladas. El artículo 56 de la Ley desarrolla cómo se integrarán estas comisiones. A partir de lo ya establecido en el texto constitucional, se señala que cada comisión ciudadana de selección se integrará con 10 miembros, uno designado directamente por cada una de las funciones del Estado, es decir cinco, y cinco más postulados por organizaciones sociales y la ciudadanía. Sin especificar con detalle los perfiles y competencias de los representantes sociales y ciudadanos, la Ley menciona que éstos se escogerán, por sorteo, de entre los treinta mejor calificados de entre quienes cumplan todos los requisitos establecidos.

¿Cuáles son estos requisitos? El artículo 57, que trata sobre requisitos y prohibiciones, menciona que los miembros ciudadanos de las comisiones deberán acreditar iguales exigencias que los miembros de CPCCS, que desarrollados en el artículo 20 de la Ley, solo hacen referencia a aspectos generales como probidad notoria, desempeño eficiente de la función pública y privada, diligencia y responsabilidad en el cumplimiento de sus funciones. Además de haber cumplido más de 18 años de edad y estar en goce de los derechos de ciudadanía. Para los representantes designados por las funciones del Estado se mencionan similares requisitos.

Si se encarga al CPCCS atribuciones de tal importancia, entonces, cómo se lo conforma? Los artículos del 19 al 35 de la Ley del Consejo desarrollan la integración, requisitos, prohibiciones, convocatoria, concurso, medidas afirmativas, calificación, impugnaciones, asignación, difusión de resultados, entre los pasos más importantes. En lo fundamental, se define que el CPCCS estará conformado por siete consejeros principales y siete suplentes, designados por concurso de oposición y méritos, atendiendo a criterios que equidad de género con participación de al menos un integrante proveniente de pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianos o montubios, y que ejercerán sus funciones por cinco años. El referido artículo 20 especifica los requisitos necesarios para acceder al cargo, empero, solo menciona el ser ecuatoriano, tener más de 18 años y estar en goce de los derechos de participación y acreditar probidad notoria, desempeño eficiente de la función

pública o privada y mostrar diligencia y responsabilidad de el desempeño de sus obligaciones. Las prohibiciones, desarrolladas en el artículo 21, tampoco agregan nada especial en cuanto a las cualificaciones que deberán mostrar los aspirantes ni cómo garantizar el blindaje partidario al que se hizo referencia anteriormente. Tan solo se menciona, por ejemplo, no haber sido directivo de partidos o movimientos, ni haber desempeñado cargo de elección popular en los últimos dos años. Se suman otras prohibiciones como no hallarse en interdicción judicial, no mantener contratos con el Estado para la ejecución de obras públicas, prestación de servicios o explotación de recursos naturales, no tener obligaciones tributarias pendientes, entre otras. Estas limitaciones resultan absolutamente insuficientes para asegurar la dependencia política de este organismo. La única forma de evitarla hubiera sido el colocar requisitos que exijan una amplia preparación o experiencia de los candidatos, de manera que la selección de los consejeros se asiente sólidamente en una base meritocrática, y no la simple voluntad organizacional o particular de postular a una persona.

Algo de aquello topa el artículo 26 cuando menciona los criterios de calificación en el concurso, estableciéndose que se diferenciará entre los candidatos que provengan de organizaciones y las postulaciones ciudadanas. Para los candidatos postulados por organizaciones sociales, este artículo especifica criterios de liderazgo y experiencia como dirigentes en organización y participación, control social, trabajo comunitario; formación académica y capacitación en los mismos temas, pero sin que éste criterio pueda ser evaluado con mayor valor que los criterios de experiencia y liderazgo. Finalmente, se coloca el criterio correspondiente a premios y reconocimientos relacionados con la participación ciudadana y control social. En el caso de los postulantes ciudadanos, además de no considerar con igual valor a la experiencia y formación, se incluye el criterio de liderazgo en iniciativas cívicas. Como se ve, si bien se mencionan aspectos relativos a formación y experiencia, éstos son enunciados con tal generalidad, sin valoración específica para títulos académicos o años de experiencia, que se deja un amplio margen de discrecionalidad al momento de proceder a la calificación. No así, cuando el artículo 27, menciona las medidas de acción afirmativa, las mismas que sumarán puntos adicionales a los criterios de calificación anteriores. Entre estas medidas se puntualiza de forma específica el haber vivido en el exterior por un mínimo de tres años, presentar alguna

discapacidad, pertenecer a los quintiles uno y dos de pobreza, ser menos a 30 años o mayor a 65 años, tener domicilio en una zona rural los últimos cinco años. Todos estos aspectos orientan los criterios de selección hacia parámetros que buscan establecer patrones de inclusión social más que parámetros que orienten la selección a especificaciones de corte meritocrático. La pregunta que surge es si estos criterios de inclusión social pueden ser o no más eficaces para garantizar las competencias técnicas necesarias y, sobre todo, independencia política o si, por el contrario, los parámetros definidos pueden más bien facilitar influencias de orden político o, incluso, gubernamental. Lo que queda claro es que los criterios de selección de los integrantes del CPCCS privilegian consideraciones de inclusión social o política antes que criterios de formación, experiencia y competencias, en general, para el desempeño del cargo.

En tal caso, para la integración y funcionamiento del CPCCS primaría lo político a lo partidista e, igualmente, lo político a lo meritocrático. En teoría, este Consejo, siendo ciudadano es, además, un ente de naturaleza política, aunque no partidaria. Se trataría de un organismo colocado, como lo hemos argumentado, entre la sociedad civil y la sociedad política, dedicado al cumplimiento y plena vigencia de los derechos de participación, entre los cuales habría que incluir al control social y a la lucha contra la corrupción. En ello habría una clara correspondencia con la razón de ser del Estado constitucional de derechos y justicia, el mismo que ancla el funcionamiento de las instituciones estatales a garantizar el cumplimiento y vigencia de los derechos fundamentales, a partir de la aplicación directa de los principios constitucionales. Aquello, más que un ejercicio jurídico o técnico es un proceso político constante que, en el caso de los derechos de participación, requiere de la creación de una instancia como el CPCCS. La única pieza floja es la débil línea divisoria entre este ámbito de lo político, entendido como el movimiento hacia la plena aplicación de los principios constitucionales y vigencia de los derechos humanos, y lo partidario, el mismo que se despliega alrededor de los nuevos detentadores del poder, en control de todas las instancias del Estado. En suma, la debilidad del modelo recae en la contradictoria materialización del proceso político, es decir, la que se produce por la tensión insalvable entre la dimensión constitucional y la que emana de la propia lógica del poder, antes, durante y después del momento refundacional de la transición. Dadas las condiciones emergentes de la transición, esta tensión muy probablemente se inclinará a favor de que el

nuevo grupo en el poder controle las llamadas instancias ciudadanas de participación, provocando que éstas, más temprano que tarde, truequen su lógica de funcionamiento hacia satisfacer las necesidades del poder y no las demandas ciudadanas de participación.

El Código de la Función Judicial.-

El llamado Código de la Función Judicial (COFJ) es, posiblemente, uno de los cuerpos legales más trabajados durante la gestión de la CFL en la perspectiva de generar “un cambio radical en la justicia” en línea con el Estado constitucional de derechos y justicia. Fue aprobado el 2 de febrero y publicado en el Registro Oficial el 9 de marzo de 2009. Se trata de una ley voluminosa de 345 artículos, con transitorias, reformatorias y derogatorias adicionales. El proyecto inicial fue preparado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y, a lo largo del proceso legislativo, recibió aportes y críticas de diversos sectores, en especial, el Fiscal General del Estado, quien cuestionó un pretendido intento de vulnerar la independencia de la Fiscalía. Varios pueden mencionarse como los aspectos principales del COFJ, entre ellos, vale destacar la necesidad de formulación de políticas de justicia; la consolidación del Consejo de la Judicatura que, entre otras funciones, designa mediante concurso de oposición y méritos a los jueces y conjuces, incluida de la Corte Nacional de Justicia; la incorporación de la Fiscalía y la Defensoría Pública a la Función Judicial; la regulación de las relaciones entre la justicia ordinaria y la justicia indígena; y el desarrollo de la carrera judicial, concebida en función de una suerte de activismo transformador de la justicia. Analicemos estos cambios a continuación.

El artículo 3 del COFJ desarrolla las políticas de justicia, a las que están obligados todos los órganos de la Función Judicial, con el fin de brindar un servicio de calidad, ejecutar políticas de recursos humanos para desarrollar la carrera judicial, optimizar recursos e infraestructura, planificar oportunamente inversiones, etc. todo ello con el objetivo de garantizar el acceso a la justicia, el debido proceso y la independencia judicial. El Código se enfoca en lograr una transformación sustantiva de la justicia, como medio para transformar la sociedad misma. Llama la atención que la planificación y ejecución de las políticas de justicia deba enmarcarse, según este artículo, en los lineamientos del Plan Nacional de Desarrollo que, como sabemos, emana de otra función del Estado, la Ejecutiva, sin participación alguna de las otras funciones, incluida la Judicial.

Un segundo aspecto medular del COFJ es, según el artículo 254, la consolidación del Consejo de la Judicatura. Como fue establecido por la Constitución 2008, el Consejo de la Judicatura es elegido, mediante concurso público, por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social. El artículo 258 del COFJ define que éstos serán tres profesionales del derecho, tres profesionales del derecho con formación en áreas de administración, economía o gestión y tres con formación en áreas de administración, economía y gestión. Se impone como requisito, artículo 260, el haber ejercido la profesión, con idoneidad y probidad notorias, por diez años. En ellos recae, de acuerdo al 264, la responsabilidad de designar, mediante concurso de oposición y méritos, y evaluar a los jueces y conjuces de la Corte Nacional de Justicia y de las Cortes Provinciales, fiscales distritales, agentes fiscales, defensores distritales y funcionarios administrativos. Además, entre las funciones del Consejo consta la de establecer las políticas de selección y concursos de oposición y méritos para los servidores de la Función Judicial, imponer las sanciones disciplinarias; fijar tasas y remuneraciones; expedir, derogar, modificar e interpretar las normas estatutarias y reglamentarias de la Función, entre otras. En suma, el Consejo de la Judicatura se consolida como el único órgano de gobierno, administración, vigilancia y disciplina de toda la Función Judicial. La idea es descargar de las demás instancias el peso de las tareas administrativas, para que ellas se encarguen exclusivamente de la administración de justicia.

En el proceso de aprobación de la ley, el excesivo poder administrativo fue cuestionado por su el riesgo de amenazar la independencia de los jueces en sus decisiones. Ante ello, los artículos 255 y 259 señalan que si los miembros del Consejo incurrieran en la falta de violar la independencia judicial interna podrían ser enjuiciados políticamente por la Asamblea Nacional. Llegar a tal situación, la misma que está sujeta a engorrosos filtros procedimentales según fija la LOFL para los procesos de fiscalización legislativa, no parece una solución del todo expedita y viable. Po tanto, por esa vía no se asegura que los miembros de este Consejo se abstengan de interferir en la independencia de los otros órganos de la Función. No obstante lo anterior, la COFJ diseña una arquitectura institucional en que el Consejo de la Judicatura ocupa la cúspide administrativa de la Función Judicial.

Un tercer cambio del COFJ es la incorporación a la Función Judicial de órganos autónomos como la Fiscalía y de Defensoría Pública. La Ley define las atribuciones y competencias de cada uno de estos órganos. En el caso de la Fiscalía, le compete, de acuerdo al artículo 282, la investigación pre procesal y procesal penal, dirigir la policía judicial, organización de los sistemas de protección de víctimas, medicina legal, entre otras funciones. El Fiscal, elegido en concurso por el CPCCS, dura seis años en sus funciones, debiendo, para aspirar al cargo, haber ejercido con idoneidad y probidad su profesión por un lapso mínimo de diez años (artículo 287). Por su parte, el artículo 286, menciona las funciones de la Defensoría Pública, entre las cuales se citan la responsabilidad de establecer servicios jurídicos gratuitos y garantizar el acceso a la justicia de personas de escasos recursos, autorizar y vigilar los servicios jurídicos gratuitos y fijar los estándares de calidad para la prestación de servicios de defensa pública, entre otros. La incorporación de la Fiscalía a la Función Judicial y la organización de la Defensoría Pública, como parte de la misma, se señalan como avances de la COFJ.²³

Otro aspecto importante de la COFL es el que se refiere a las relaciones entre la justicia ordinaria y la justicia indígena. El artículo 343 señala el ámbito de la jurisdicción en que las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades, con base en sus tradiciones ancestrales, ejercerán funciones jurisdiccionales. Se especifica que dicha jurisdicción no podrá contrariar la Constitución ni los instrumentos internacionales, ni se podrá alegar propio derecho para justificar la violación de los derechos de las mujeres. El artículo 345 incorpora la figura de declinación de competencia, mediante la cual, los jueces ordinarios podrían, a petición de una autoridad indígena, archivar una causa y remitirla al proceso de jurisdicción indígena y, finalmente, se obliga al Consejo de la Judicatura, artículo 346, a destinar todos los recursos que fueren necesarios para la promoción de la justicia intercultural.

Finalmente, el COFJ avanza en desarrollar un sistema de carrera de los servidores judiciales, normado en el título II de este cuerpo legal, y que cubre la clasificación de los servidores, las carreras de la Función Judicial, las categorías, el ingreso y promoción, la formación, la evaluación y los derechos y obligaciones. El artículo 37 define el perfil de los

²³ Ver Santiago Andrade Ubidia, “Reforma judicial y administración de justicia en el Ecuador” en Santiago Andrade y Luis F. Ávila, *La transformación de la justicia*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, pp. 33-35.

servidores judiciales, mencionando que deben ser profesionales del derecho, con capacidad de interpretar y razonar jurídicamente, trayectorias éticamente irreprochables, vocación de servicio público, creatividad y compromiso con el cambio institucional de la justicia. Esto último es especialmente relevante. Para Luis F. Ávila, tal definición implica que los servidores judiciales deben concebirse a sí mismos como políticos, como activistas del cambio de la justicia y, por ende, del cambio social. Este proceso debe ir de la mano de la adopción de un compromiso político de los servidores judiciales para utilizar el derecho a favor de las personas excluidas, con el fin, incluso, de modificar las relaciones del poder en la sociedad. Así, para este autor, la independencia judicial interna, principio reconocido en la COFL en el artículo 8, es una función política que requiere de los servidores judiciales, en todos los niveles, reconocer que la reforma judicial hace parte de un proceso de reforma política integral encaminado a la democratización de la política y también de la justicia.²⁴

Según el mismo autor, el desarrollo del sistema de carrera judicial, con servidores judiciales activistas de la transformación de la justicia, es un paso fundamental en la institucionalización del Estado constitucional de derechos y justicia. Dentro de la concepción que expresa el COFL, la justicia debe ser un instrumento del cambio social y político del país. Para ello, se tiene que superar el modelo del “servidor judicial legal” y afianzarse el del “servidor judicial constitucional”. Este cambio de cultura conllevaría el que los servidores judiciales administren justicia desde la Constitución, es decir, desde los principios constitucionales. Solo así se dejarán “conmover por la realidad social a través de un uso sistemático y estratégico del derecho en beneficio de las personas excluidas”.²⁵

Con todo ello, la expedición del COFJ fue un paso decisivo en el desarrollo normativo del proyecto institucional y político del Estado constitucional de derechos y justicia. Este Código no solo que estructuró los órganos de la Función Judicial sino que buscó sentar las bases del tránsito del Estado de derecho, regido por la ley y basado en el positivismo jurídico, hacia el Estado constitucional, en que los jueces dejan de ser solo “la boca de la ley” y actúan sobre la base de los principios de la Constitución. Este salto normativo debía ser complementado por la aprobación de la Ley Orgánica de Garantías

²⁴ Ver Luis F. Ávila, “Legitimidad social e independencia judicial interna” en Santiago Andrade y Luis F. Ávila, *La transformación de la justicia*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, pp. 52-54, 58-60.

²⁵ Ver Luis F. Ávila, “Legitimidad social e independencia judicial interna” en Santiago Andrade y Luis F. Ávila, *La transformación de la justicia*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 72.

Jurisdiccionales y Control Constitucional, pilar fundamental del nuevo modelo de Estado, tarea que también fue cumplida por la CFL.

FINAL: LA TRANSICIÓN Y LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA EXCEPCIONALIDAD POLÍTICA

El objetivo político expreso de la transición apunta a encaminar el proceso político, en su doble dimensión institucional y normativa, hacia la construcción de Estado constitucional de derechos y justicia. Aquello implica el paso de un tipo de Estado a otro; de una legitimidad a otra. La transición, en ese sentido, fue concebida para producir ese tránsito, dejando atrás el Estado social de derecho, de cuño y estructura fundamentalmente liberal, y su legitimidad democrático-representativa. Este cambio, que implica una enorme transformación paradigmática no solo en lo institucional sino en la lógica de funcionamiento de todo el sistema político, fue el propósito principal del poder constituyente, expresado desde el artículo primero de la Constitución. Sin embargo, el camino que adoptó la transición y las decisiones que grupo en el poder adoptó, tanto a nivel institucional como normativo, dejan algunas dudas respecto a si este tránsito fue efectivamente logrado, siendo más bien posible que, en vez de un Estado constitucional, la transición haya preparado el tránsito hacia un tipo de Estado diferente. Una cosa sí queda clara. El modelo de Estado social y liberal de derecho, consagrado en la abolida Constitución de 1998, fue definitivamente desbancado no solo a nivel constitucional sino en las decisiones que se adoptaron desde la instalación de la Asamblea Constituyente en Montecristi y el inicio de la fase de transición. Lo que está en duda, no es la ruptura con el pasado, sino el futuro: qué tipo de Estado se encuentra en proceso de construcción a partir del momento en que se inició la transición. La duda sugerida en términos de que no sería un Estado constitucional sino otro tipo de Estado el que podría surgir de este proceso la presento como una hipótesis de trabajo que no cierra sino que abre esta investigación y sobre la cual aún no es posible adoptar aún posiciones concluyentes. A continuación y, a modo de cierre, pretendo dejar planteado el problema.

En este punto, el pensamiento de Carl Schmitt nos ofrece un interesante prisma para comprender en toda su magnitud y el carácter del cambio propuesto; su marco conceptual nos ayuda a poner en perspectiva analítica e histórica las transformaciones en marcha. En primer lugar, recordemos la advertencia metodológica planteada en la introducción en el

sentido de que la realidad política debe comprenderse no desde la normalidad sino desde el análisis de la excepción. Es allí en que aparece el verdadero carácter de las cosas y los procesos. Más aún en el caso de los órdenes constitucionales y jurídicos, según Schmitt, “lo normal no demuestra nada, la excepción lo demuestra todo; la excepción no solo confirma la regla sino que la regla vive gracias a aquella”.²⁶ En el caso que nos ocupa, entonces, intentaremos reconocer el tipo de Estado en construcción a partir de la excepcionalidad, de los momentos en que el grupo en el poder asumió poderes y funciones extraordinarias para determinar el rumbo de los procesos y acontecimientos. Por ello, la transición nos permite analizar el nuevo orden político y desentrañar lo que es verdaderamente, quizá, mucho mejor que la misma Constitución.

En segundo lugar, uno de los aportes schmittianos a la teoría del Estado fue el diferenciar, sobre la base de su sistema de legalidad, el Estado de derecho o Estado legislativo, de otros modelos estatales, con los que éste, históricamente, se encuentra en competencia y yuxtaposición, como son los Estados jurisdiccional, administrativo y gubernativo. Este debate resulta muy pertinente pues ilustra, el sentido de la transformación constitucional en juego el caso ecuatoriano post 2008. Profundicémoslo a partir de lo que este autor desarrolló en su texto, publicado en 1932, “Legalidad y legitimidad”, en el que desarrolla su crítica al sistema de legalidad del Estado de derecho.²⁷

Según Schmitt, el Estado legislativo o de derecho es aquel en que el lugar preeminente y central lo ocupa el Parlamento, el mismo que tiene a su cargo la elaboración de leyes, que serán aplicadas por otro poder, el Ejecutivo. Este modelo de Estado tiene la peculiaridad de estar dominado por normas impersonales y generales, siendo, por tanto, que en este modelo gobiernan las leyes y no las autoridades. De ahí que, columna vertebral de este Estado sea la separación entre el Ejecutivo y el Legislativo. A diferencia de este modelo, el Estado jurisdiccional se basa en que la que las decisiones últimas están en manos del juez y no del legislador. En este modelo, el derecho justo, la razón, la justicia deben primar a la hora de cada decisión concreta. Por último, en otras formaciones estatales, como las de los estados administrativos y gubernativos, la decisión final se

²⁶ Ver Carl Schmitt, “Teología política I. Cuatro capítulos sobre la teoría de la soberanía” en Héctor Orestes Aguilar, selección de textos, *Carl Schmitt, teólogo de la política*. México, Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 29.

²⁷ Ver Carl Schmitt, “Legalidad y legitimidad” en Héctor Orestes Aguilar, selección de textos, *Carl Schmitt, teólogo de la política*. México, Fondo de Cultura Económica, 2004, pp. 245-343.

encuentra, según los casos concretos, en la autoridad que debe aplicar la norma. Estos Estados son los que más se diferencian del legislativo en vista de que la expresión más característica de los mismos se encuentra en la voluntad soberana y personal del jefe del Estado que ejerce el gobierno (Estado gubernativo) u ordenanzas de carácter objetivo de los órganos administrativos del Estado (Estado administrativo). Al respecto, Schmitt previene sobre el giro del Estado administrativo hacia lo que él denomina Estado totalitario, con su tendencia irreversible hacia la planificación.²⁸ El autor alemán anota: “El Estado totalitario es, por su propia naturaleza, un Estado administrativo, aún cuando se sirva de la justicia – penal, civil, disciplinaria o constitucional---, ya sea como instrumento, ya sea como correctivo.”²⁹ Para ubicarnos mejor, el tipo de Estado al que Schmitt hace referencia como Estado totalitario correspondería al Estado de bienestar o Estado social.

Schmitt menciona que cada uno de estos modelos es ideal y que, en la realidad, rasgos de cada uno se mezclan con los de otro. En todo caso, prevalece en cada caso el sistema de legalidad dominante de cada caso concreto dependiendo del contexto político. Por ejemplo, en épocas de estabilidad jurídica, se tenderá al Estado jurisdiccional y se consolidará una justicia separada y por encima del Estado, “custodia y defensora del derecho”. En épocas de grandes cambios, en momentos revolucionarios o reaccionarios, se tiende al predominio de Estados gubernativos o administrativos, los mismos que buscan a utilidad, la conveniencia, la adaptación de los medios a los fines. Los Estados legislativos, en cambio, florecen preferentemente en contextos que favorecen la armonía entre progreso y seguridad jurídica. Los Estados legislativos son lo más apropiados para eras reformistas, revisionistas, evolucionistas, en los que se busca el cambio a través de leyes, surgidas de programas partidarios o de la iniciativa del legislador. Así mismo, a cada tipo de Estado corresponde el predominio de un grupo al interior del mismo, al administrativo, los jueces justos; al gubernativo, los gobernantes y burócratas eficientes; al legislativo, los legisladores virtuosos e incorruptibles. En este último, y en ello Schmitt sigue a Max Weber, la legalidad se equipara a legitimidad; la forma dominante de legitimación se basa en la fe en la legalidad; padece, por tanto, de un “cierto carácter abstracto” y se presenta como un orden elevado e ideal; mientras que en los Estados jurisdiccional y administrativo

²⁸ Ver “Legalidad y legitimidad”... pp. 259-261.

²⁹ Ver “Legalidad y legitimidad”... p. 262.

desarrollan un sistema de legitimación más cerca de las situaciones concretas y como respuesta a las mismas.³⁰

Visto desde el enfoque schmittiano, tanto las DT como el RT, siguiendo el mandato establecido por la Constitución, establecieron la ruta en lo institucional y normativo para dejar atrás el Estado social de derecho. Este tipo de Estado, consagrado en la Constitución 1998 y en desarrollo en las de 1929, 1945 y 1967³¹ combinaba rasgos del Estado liberal y parlamentario de derecho y del Estado total, que Schmitt menciona como aquel que interviene y se mezcla con la sociedad para promover derechos sociales y económicos. El movimiento señalado por la Constitución 2008 e iniciado por la transición no apunta a desmontar las dimensiones de intervención promotora de los derechos, más bien las va a desarrollar hacia un modelo garantista, pero sí se orienta a modificar radicalmente aspectos centrales de su componente liberal de Estado de derecho.

Al respecto, podemos anotar varias tendencias principales, claramente esbozadas en las leyes orgánicas que organizan las funciones del Estado: a) Creación de nuevas funciones como la Electoral y la de Transparencia y Control Social, que significaron el abandono de la estructura tripartita del Estado liberal; b) Debilitamiento de la Legislatura, de su Pleno y de la sociedad política, en general, en la definición del proceso político y surgimiento de mecanismos directos de relación entre Estado y sociedad, que excluyen las mediaciones políticas; c) Pérdida de atribuciones del Legislativo en la designación de autoridades clave en diversos organismos del Estado y entrega de tales responsabilidades a los nuevos espacios de la sociedad, ahora parte de la estructura del Estado; c) Pérdida de la centralidad de la ley y, por tanto, del legislativo en el proceso decisional del sistema político y jurídico vigentes, junto a la sustitución en dicha centralidad por la función judicial y los jueces; y d) Exclusión total del legislativo respecto del ámbito de la interpretación constitucional, quedando la misma en el marco de competencias de la Corte Constitucional.

En su nueva posición, la sociedad política pierde un enorme espacio en sus funciones de intermediación entre sociedad y Estado. El surgimiento de formas de participación directa de espacios “ciudadanos” que suplantán atribuciones del Legislativo y

³⁰ Ver “Legalidad y legitimidad”... pp. 265-266.

³¹ Ver Julio César Trujillo, *Teoría del Estado en el Ecuador*. Quito, Universidad Andina Simón Bolívar – CEN, 2006, pp. 109-11.

los partidos políticos, los desplazan a una posición secundaria, ya no la central que antes ocupaba. Por ejemplo, la Función Electoral puede intervenir en la sociedad política, obligarla a democratizarse y transparentar su financiamiento; la Función de Transparencia y Control Social, organiza la participación de en la toma de decisiones del poder público y suplanta a la Legislatura en la designación de diversas autoridades. El espacio político pierde la posibilidad de definir, de forma democrática y deliberativa, el sentido del proceso político. Éste ya está fijado en la Constitución. Es el texto constitucional, no el debate legislativo ni el proceso político democrático, el que define el programa político.³² El Legislativo tiene solo la función de legislar en el marco de lo que los principios constitucionales lo establecen, sin que su interpretación se encuentre en el ámbito de su intervención. La Función Legislativa, en su nueva situación, queda enormemente debilitada frente a todas las demás funciones del Estado, pero en especial, frente al Ejecutivo. La separación y equilibrio entre el órgano que legisla y el Ejecutivo queda evidentemente erosionada al momento en que la herramienta principal de gobierno, el Plan de Desarrollo, no solo que no pasa por su discusión y, peor, aprobación sino que si el Ejecutivo percibe que las acciones parlamentarias obstaculizan su aplicación, éste podría disolver la Legislatura.

De su anterior posición preponderante, la sociedad política, y su espacio de expresión máxima, el Legislativo, se encuentra subordinado al Ejecutivo, al Judicial, al Electoral, al de Transparencia y Control; no se diga a la Corte Constitucional. No hay duda de que los elementos constitutivos del Estado legislativo o del Estado de derecho, presentes en el Estado social de derecho consagrado en la Constitución 1998, fueron desmontados a través del desarrollo normativo que produjo la CLF, durante el primer momento de la transición. Se cumplió, por tanto, una primera parte del mandato constitucional. ¿Empero, se completó este movimiento con el inicio de la institucionalización del Estado constitucional?

Para respondernos esta pregunta, primero aclaremos que el Estado constitucional de derechos y justicia pertenecería a la familia de los Estados jurisdiccionales, a los que se agregarían elementos del Estado administrativo y legislativo, en sucesivo nivel de

³² Ver Julio Echeverría, “El Estado en la nueva Constitución” en Santiago Andrade y Luis F. Ávila, *La transformación de la justicia*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 19.

importancia. El Estado constitucional profundiza la vocación de proteger los derechos sociales y económicos del Estado social, en el marco de un garantismo radical, de ahí que este descendiente del Estado jurisdiccional, lejos de ser conservador como su antecesor, profesa una marcada vocación transformista y hasta revolucionaria. Aquello exacerba la importancia del ámbito judicial y administrativo del Estado, en desmedro del legislativo. Las decisiones judiciales y las políticas públicas adquieren una capacidad emancipatoria indiscutible, de la que carece la ley. Se fortalece la Corte Constitucional, la Función Judicial pero sobre todo el Ejecutivo como los actores transformadores de la realidad y cumplidores principales del programa constitucional. Sin duda que aquello genera una tensión inevitable entre los rasgos jurisdiccionales y administrativos del nuevo Estado. Esta tensión pasa la determinación de cuál es la lógica dominante de legitimación del orden político. Si es la garantía de los derechos o la eficacia de las políticas públicas; si es el funcionamiento del sistema de garantías jurisdiccionales o las acciones del Ejecutivo. Ojo que no planteo esta disyuntiva a modo de un dilema; de hecho, ambas deben combinarse. Para profundizar en este aspecto, sería necesario, además, un estudio a profundidad de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en contraste con documentos centrales de gobierno como el Plan Nacional de Buen Vivir. Sin embargo, el aspecto central está en la determinación de la lógica dominante, la cual, únicamente se expresaría, siendo fieles al enfoque de Schmitt, en los momentos de excepción.

Determinar cuál es esta lógica dominante, a saber, caminamos si hacia la conformación de un Estado predominantemente jurisdiccional-constitucional o uno predominante administrativo, es algo que en estos momentos no estamos en condiciones de dilucidar pues atravesamos una fase aún inicial de la transición. Por el momento pasemos revista a algunos rasgos del proceso de transición que anuncian, aunque no de modo concluyente, el desenlace de este tránsito desde un Estado social de derecho, en la práctica abolido, hacia otro que se encuentra en disputa, pero que, en sus rasgos iniciales no guarda correspondencia con el establecido en el texto constitucional. Veámoslo.

Dos fueron los resultados políticos de la transición, durante el lapso estudiado, es decir, entre el momento de aprobación de la nueva Constitución (2septiembre de 2008) y la integración definitiva del CPPCS (marzo 2010):

1. A nivel normativo, como ya lo mencionamos, la destrucción del Estado parlamentario, sin que ello derive, hasta ahora, en una plena consolidación de un Estado constitucional; y
2. A nivel institucional, la captación total de cada una de las funciones del Estado y las instituciones estatales por parte del grupo dominante, lo cual derivó en una concentración del poder, sin precedentes, por parte del Ejecutivo.

Ambas tendencias, anuncian una evidente modificación del modelo de Estado constitucional de derechos y justicia proclamado en la Constitución 2008. Por un lado, en el ámbito institucional, se alteró el carácter democrático que era intrínseco al modelo y, por otro, en el normativo, no resulta del todo claro que la transformación del Estado Legislativo conduzca en la consolidación de un Estado constitucional, en que las garantías jurisdiccionales realmente estén en condiciones de someter a los actos administrativos del gobierno.

Para desentrañar esta interrogante, a continuación averiguamos sobre qué lógica se tomaron las decisiones excepcionales que marcaron el rumbo del proceso de transición. Es importante observar si dichas decisiones acercaron o alejaron el proceso de tránsito hacia el nuevo orden político y constitucional a los principios y normas del Estado constitucional. Comencemos recordando que el camino de la transición, decidido por la Asamblea Constituyente a través de los 60 artículos transitorios, fue ratificado por el pueblo ecuatoriano en el Referendo aprobatorio. Aquello vino ya decidido desde el Estatuto. Más de un 63 por ciento de electores se pronunciaron a favor del proyecto de Constitución redactado en Montecristi, que incluyó no solo un catálogo de disposiciones transitorias, como se acostumbra sino el llamado Régimen de Transición. Persiste la discusión de si los treinta artículos del RT constituían o no parte de la Constitución más allá del hecho de que la aprobación de dichos artículos no siguió el procedimiento previsto en el Reglamento de la Asamblea Constituyente para la aprobación de textos constitucionales. El hecho político fue que la propia Asamblea, al momento de remitir el texto constitucional al Tribunal Supremo Electoral para el Referendo aprobatorio, lo incluyó como parte de la Constitución. De igual forma, cuando el 28 de septiembre de 2008 los ecuatorianos concurrieron a las urnas para votar a favor o en contra de la aprobación de la Constitución, votaron sin hacer diferencia entre el texto constitucional y el texto del RT. Políticamente, por encima de

cualquier inobservancia o vacío legal o procedimental, el RT fue votado como parte de la Constitución. Consecuentemente, vamos a aceptar que si la mayoría de ecuatoriano aprobó la Constitución de Montecristi, su voluntad política fue también aprobar el RT. Más allá de su apego o no a sus propias normas, la decisión de la Asamblea Constituyente constituyó un hecho excepcional, una decisión política.

Sin embargo, siendo comprensible desde una lógica de excepcionalidad política, que como lo hemos destacado es un elemento constitutivo de todo momento constituyente, esta afirmación resulta ciertamente problemática. Y ello, por varias razones tanto formales como más sustantivas. En lo formal, el Estatuto aprobado en la Consulta Popular del 15 de abril de 2007, consulta que inició el proceso mediante el cual se convocó a la Asamblea Constituyente, en su artículo 23 señaló que el proyecto Constitución que debía elaborar la Asamblea sería aprobado en Referéndum por la mayoría absoluta de los sufragantes.³³ Como fue analizado arriba, el contenido de ese Estatuto puso varios límites al mandato de la Asamblea Constituyente y circunscribió los plazos en que debía funcionar. El momento en que la Asamblea Constituyente definió sus Plenos Poderes, debía entenderse que éstos no podían trascender los límites impuestos por el pueblo ecuatoriano en el Estatuto. En ese sentido, los Plenos Poderes tenían como límite aquellos que el pueblo ecuatoriano votó en el Estatuto. Reconociendo el carácter originario y fundacional del poder constituyente, los asambleístas podían, incluso, desconocer el orden constitucional y legal vigente en ese momento, pero no contradecir el marco de la autorización que recibieron del pueblo ecuatoriano en el acto en que se convocó a la Asamblea Constituyente. En ese sentido, la ruta de la transición, absolutamente necesaria para pasar de un orden constitucional a otro, no podría dejar de considerar las restricciones y los límites establecidos por dicho Estatuto. Y éste fijó que la Asamblea un plazo máximo de funcionamiento. Formalmente, ésta no podía volver a reunirse más allá de los ocho meses indicados. Dentro de ese plazo, la Asamblea Constituyente debió fijar el camino de la transición, incluido, si se deseaba, agregar al Referéndum aprobatorio, un régimen de transición, distinto a la Constitución, o designar una Comisión Legislativa, para continuar el proceso. Por ello, en lo formal, el

³³ ESTATUTO Art. 23.- Una vez aprobado el texto de la Constitución y dentro de los 45 días siguientes, el Tribunal Supremo Electoral convocará a un referéndum, para que el pueblo ecuatoriano apruebe o rechace el texto de la nueva Constitución por, al menos, la mitad más uno de los sufragantes.

artículo 17 del RT contravino disposiciones expresas del Estatuto y, en ese sentido, no debía considerarse dentro del ámbito decisorio de los Plenos Poderes.

Este problema se agrava cuando la autoproclamada Corte Constitucional, al momento de interpretar el Régimen de Transición, cuando éste no pudo aplicarse, en el caso de la integración del Consejo de la Judicatura y de la Corte Nacional de Justicia de transición, modificó dos artículos del mismo, sin observar el procedimiento de reforma constitucional, previsto en la misma Constitución. Para no incurrir en esta “inconstitucionalidad”, la Corte, en la argumentación de su sentencia interpretativa, decidió considerar a la Constitución y al Régimen de Transición como textos diferentes. Aquello, de nuevo, configura una situación en la que un órgano del Estado desconoció la autorización del soberano que, en las urnas, expresó su voluntad de aprobar como uno solo los dos textos. En esta ocasión, y eso es lo importante, una vez más el grupo político en el poder se reservó la atribución de decidir por fuera del ordenamiento constitucional y legal; en momentos en que la nueva Constitución se encontraba ya en plena vigencia.

Pero hay un elemento adicional que indica el patrón de legitimación dominante en el proceso de transición. Si bien en el Estado constitucional de derechos y justicia, las mayorías deciden, éste no es un sistema en que las mayorías, con sus decisiones, puedan restringir los derechos los derechos fundamentales de las minorías. La voluntad de las mayorías debe estar limitada. Nítidamente, Luigi Ferrajoli, uno de los creadores modernos del modelo de Estado constitucional, es claro en mostrar el imperativo de limitar la expresión de las mayorías en función de defender y garantizar los derechos fundamentales de las personas. Esto implica reconocer que su vigencia requiere definir una “esfera de lo indecible” para las mayorías, esfera que para Ferrajoli concierne a lo que él denomina los derechos de libertad y los derechos sociales.³⁴ Por esa vía, el mismo autor advierte, es posible rescatar a la democracia de sus probables degeneraciones hacia regímenes totalitarios que fungen de supuestamente democráticos al basarse en la noción de la soberanía popular ilimitada.³⁵

³⁴ Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2005, pp. 35-40, 167-172.

³⁵ Pedro Salazar Ugarte, “Los límites de la mayoría y la metáfora del contrato social en la teoría democrática de Luigi Ferrajoli”, en Miguel Carbonell y Pedro Salazar, editores, *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Editorial Trotta – Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 435.

Igualmente, desde una definición más formalista, Norberto Bobbio propone que en democracia ninguna decisión de la mayoría puede limitar los derechos de la minoría, en especial, el derecho de la minoría de convertirse en mayoría. En esto radica una de las diferencias cruciales entre las democracias verdaderas y las democracias aparentes. En esa perspectiva, para este pensador italiano, lo que caracteriza al sistema democrático no es la utilización del criterio mayoritario para la toma de decisiones sino la existencia de condiciones materiales y jurídicas de igualdad para que el principio de mayoría sea aplicado democráticamente.³⁶ Aquello, requiere de un conjunto de precondiciones no solo formales, como libre competencia electoral y división de poderes, sino, incluso, de ciertas precondiciones sociales. Como queda claro, si un grupo desde el poder se atribuye la facultad de controlar la institucionalidad del Estado, y pretende que esa decisión sea avalada por una mayoría inducida a aprobar una Constitución a la que han colado un RT, se está manipulando el principio de mayoría para captar el poder y excluir del mismo, no solo a las elites que lo controlaban antidemocráticamente en el pasado, sino a toda la sociedad. En otras palabras, el argumento de que si algo fue aprobado en las urnas, posee de por sí legitimidad democrática, no tiene mayor asidero. Una mayoría electoral, peor aún una mayoría que caducó de acuerdo al Estatuto en julio de 2008, no podría imponerse sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Contrario a las definiciones meramente formales y procedimentales del juego democrático, la principal voluntad refundacional del poder constituyente fue redactar una Constitución, cuyos principios constitucionales puedan aplicarse de forma directa. Este principio, demandaba que la definición y ejecución del proceso de transición guarde coherencia con los mismos y exprese, desde el punto de partida, la voluntad de materializarlos, directamente. En términos sustantivos, más allá de que en lo formal en RT haya sido parte o no de la Constitución, su contenido no podría de ningún modo contradecir los principios constitucionales. Así, el momento de excepcionalidad política debió concluir el instante que fue aprobada la nueva Constitución y, además, incluir a todos sus componentes. Entre ellos, y de manera ineludible, las disposiciones transitorias y el régimen de transición.

³⁶ Norberto Bobbio, *Teoría general de la política*. Madrid: Editorial Trotta, pp. 460-469.

Esta discusión nos conduce a una pregunta fundamental relativa al momento en que debía disolverse el poder constituyente, concluir sus plenos poderes, finalizar sus atribuciones emergentes; al momento, en suma, en que debió terminar el Estado de excepción, en la concepción de Carl Schmitt. ¿La pregunta es si el lapso de excepcionalidad política debía incluir o excluir a la transición del viejo al nuevo orden? ¿Si la transición debía regirse por la nueva Constitución; si debía responder a una aplicación, de fondo y forma, de los principios constitucionales o si aún era necesario aplicarla según la voluntad política de quienes la redactaron, en posesión de plenos poderes?

Esta son las preguntas capitales. Respondo que el momento de excepcionalidad política debió concluir la fecha en que el texto constitucional fue aprobado, es decir el 28 de septiembre de 2008, día del Referendo aprobatorio. Ese es el momento en que se inicia la transición. La transición sale por fuera del momento de excepcionalidad política y requiere que en su ejecución se aplique la Constitución. ¿Pero, por qué en esa fecha y no cuando la nueva Constitución entró en vigencia, es decir, fue publicada en el Registro Oficial, vale decir, el 20 de octubre del mismo año? La respuesta es muy sencilla. La transición se inicia antes de la publicación en el Registro Oficial porque el mismo RT, en el citado artículo 17, dispone empezar la transición cinco días después de proclamados los resultados del Referendo aprobatorio. Recordemos el texto en su parte pertinente:

RT Artículo 17.- ...La Asamblea Constituyente se reunirá cinco días después de proclamados los resultados del referéndum aprobatorio para conformar la Comisión Legislativa y de Fiscalización procurando mantener la proporcionalidad política que tuvo el plenario de la Asamblea Constituyente. Esta Comisión Legislativa y de Fiscalización cumplirá las funciones de la Asamblea Nacional previstas en la Constitución, hasta que se elijan y posesionen los Asambleístas, conforme lo establecido en este Régimen de Transición.

Sería absurdo decir que el día de fundación del nuevo orden, es el día en que se proclamaron los resultados; hecho administrativo, carente de trascendencia política. El día fundacional de nuevo ordenamiento constitucional es el día en que el pueblo ecuatoriano fue a las urnas y expresó su voluntad de aprobar la nueva Constitución. Es ese el momento en que el soberano selló el nuevo pacto constitucional. Ese día debía iniciarse la transición. Posiblemente, lo que señala el artículo 17, no fue más que un arbitrio formal de los constituyentes, muy hábil, por así decirlo, que intentaba evadir su obligación incuestionable de adaptar de forma irrestricta el proceso de transición a los principios y normas

constitucionales. De todas formas, este artilugio, que no pareciera tener mayor importancia, marca un mundo de diferencia, porque, sin tener que hacerlo, incorpora, de facto, a la transición al espacio de la excepcionalidad política, al ámbito de los plenos poderes, y lo excluye de la nueva era inaugurada con la entrada en vigencia de la nueva Constitución. Si el referido texto explicitaba que la transición iniciaba cuando la Constitución aprobada ya esté en vigencia, no hubiera quedado la menor duda de que la transición debía ejecutarse aplicando los principios y normas de la Constitución.

De todas formas, y no obstante contradecir el citado artículo del RT, la Asamblea Constituyente volvió a sesionar los días 22 y 25 de octubre de 2008, es decir, luego de que la Constitución entró en vigencia el 20 del mismo mes y año. Aquel detalle, empero, tampoco causó que se resolviera iniciar el proceso de transición de manera diferente, es decir, aplicando los principios y normas del texto constitucional recién estrenado, y no la anterior lógica de los plenos poderes. Por ello, en la realidad, los resultados fueron los mismos: el grupo en el poder asumió el control total del proceso y negó a la sociedad la posibilidad de definir a quién encargaba la ejecución de la transición, es decir, quién debía integrar los organismos transitorios y qué órgano, si uno sorteado entre los anteriores constituyentes otro elegido en las urnas, debía tomar la responsabilidad de desarrollar inicialmente su base normativa. Todo ello, insisto, produjo un resultado político muy concreto: la perennización del momento de excepcionalidad política; la captación del poder institucional del Estado por parte de una fuerza política específica, a contramano de los principios y normas de la Constitución aprobada.

He aquí el hecho político más significativo del proceso de transición. Definir si fue o no un golpe de Estado no es el tema fundamental sino determinar lo que está en juego: sus resultados. Estos resultados, a mi entender, pasan por la definición de dos aspectos centrales en la construcción de cualquier orden político. Por un lado, quién gobierna, quién decide, quién toma las decisiones políticas y, por otro, desde dónde. Respecto a lo primero, una de las consecuencias más usuales de un golpe de Estado es el “cambio de liderazgo político”, la sustitución de un personal político por otro, lo cual puede requerir la eliminación y disolución de las estructuras políticas existentes.³⁷ Todo lo descrito se

³⁷ Carlos Barbé, “Golpe de Estado”, en Norberto Bobbio, Nicola Matteucci, editores, *Diccionario de política*. México: Siglo XXI Editores, 1991, pp. 724-726.

asemeja muchísimo a esta caracterización de golpe de Estado y nada tiene que ver con una supuesta devolución del poder a la ciudadanía o la construcción de un Estado de derechos y justicia. Y es que en un golpe de Estado lo que está en juego es la captación o incremento del poder a manos de un grupo dentro del mismo Estado y no su distribución en la sociedad. Todo golpe de estado, se debe agregar, es realizado en contra de la elite anterior y a nombre del pueblo. Aquello, empero, no exime de culpa a sus actores y beneficiarios. Como lo demostró el diagrama 1, el resultado de la dimensión institución de la transición fue el control de la integración de las funciones y organismos del Estado, transitorios y permanentes, por parte del mismo grupo político en control del Ejecutivo, y ello por fuera de los futuros procesos electorarios.

En relación a lo segundo, que concierne al lugar en que se toman las decisiones fundamentales, topamos el tema del modelo de Estado, que siguiendo la promesa constitucional, implicaría el tránsito del modelo de Estado liberal de derecho, al Estado constitucional. Este es un asunto mucho más complejo y difícil de descifrar. Confieso, además, que carezco de los instrumentos analíticos para desentrañar si la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional fue fiel o no, o hasta qué punto lo hizo, de consolidar la vigencia plena de un Estado constitucional de derechos y justicia, que no solo modifique de manera radical la lógica del Estado de derecho, como Estado legislativo, sino también se imponga por sobre la lógica administrativa del Ejecutivo. Este es un tema que requiere de más investigación y que necesitaría, como ya fue anotado, de un análisis complementario del Plan Nacional del Buen Vivir. En este momento no me siento en condiciones de adelantar criterios concluyentes. Dejo, entonces, planteada la duda de si está en proceso o no, la construcción de un orden constitucional y político que contradiría, de manera radical, la noción de Estado constitucional de derechos y justicia consagrada en la Constitución 2008. Lo crítico, empero, sería entender que a partir de una vía plebiscitaria de captación del poder, el grupo en control del Gobierno y de la Asamblea Constituyente no solo lograron hacerse del control completo del Estado sino transformar la lógica y el tipo de Estado, no precisamente poniendo las bases de un Estado constitucional, sino la de un Estado cuyas características fundamentales lo convertirían en una variante de un Estado administrativo. Dejo sin respuesta esta pregunta.

Sí estamos, empero, en condiciones de afirmar que las decisiones excepcionales que se tomaron en los momentos críticos del proceso de transición, lejos de responder a una aplicación de los principios y normas de la Constitución 2008, respondieron conscientemente a la lógica de los plenos poderes que asumió la Asamblea Constituyente. Este es, sin duda, un mal síntoma y un enorme riesgo. Si bien no determina inexorablemente el proceso y la tendencia, indica claramente que la transición estuvo desde el inicio marcada por la lógica de la excepcionalidad; excepcionalidad que de este modo se institucionaliza, poniendo en riesgo el desenlace de todo el proceso. Queda claro que fueron demolidos los rasgos liberales del Estado social de derecho anterior pero no sabemos aun si el modelo estatal abolido será reemplazado por un Estado constitucional de derechos y justicia. Evidentemente, aquello va más allá de lo que dice el texto constitucional y solamente se expresa cuando se hace necesario tomar decisiones excepcionales. Faltaría, de todas formas, profundizar este análisis antes de concluir la aplicabilidad de aquella sentencia que impecablemente recoge el verso magistral de Nicanor Parra, que en uno de sus *Artefactos* de 1953, dice:

REVOLUCIÓN
REVOLUCIÓN

Cuántas contrarrevoluciones
se cometen en tu nombre ³⁸

³⁸ Ver Nicanor Parra, “De artefactos, 1953”, en *Chistes par(r)a desorientar a la (policía) poesía*. Madrid, Visor Libros, 1989, p. 130