



ESTUDIOS JURÍDICOS **33**

ESTADO, DERECHO Y JUSTICIA

Estudios en honor
a Julio César Trujillo

Ramiro Ávila Santamaría,
compilador

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador
Corporación Editora Nacional



ESTADO, DERECHO Y JUSTICIA

Estudios en honor a Julio César Trujillo

SERIE
Estudios Jurídicos

33



**UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR**
Ecuador

20 años

Toledo N22-80
Apartado postal: 17-12-569 • Quito, Ecuador
Teléfonos: (593 2) 322 8085, 299 3600 • Fax: (593 2) 322 8426
www.uasb.edu.ec • uasb@uasb.edu.ec

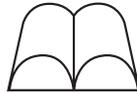
Ramiro Ávila Santamaría
COMPILADOR

José Vicente Troya, María Elena Jara, Carmen Simone,
Sebastián López, Alex Valle, Pamela Aguirre, Pablo Alarcón, Agustín Grijalva,
Silvana Sánchez, Arturo Donoso, Marco Navas, Mario Melo, Raúl Llasag,
Ximena Moreno Echeverría, Angélica Porras, Graciela Monesterolo y Juan Pablo Aguilar

ESTADO, DERECHO Y JUSTICIA

Estudios en honor a Julio César Trujillo

**SERIE
ESTUDIOS JURÍDICOS
Volumen 33**



**CORPORACIÓN
EDITORIA NACIONAL**

Quito, 2013

Primera edición

ISBN Corporación Editora Nacional: 978-9978-84-639-1

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador: 978-9978-19-540-6

Derechos de autor: 039793 • Depósito legal: 004845

Impreso en el Ecuador, febrero de 2013

© **Corporación Editora Nacional**, Roca E9-59 y Tamayo

Apartado postal: 17-12-886 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 255 4358, 255 4558, 255 4658 • Fax: ext. 12

www.cenlibrosecuador.org • cen@cenlibrosecuador.org

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Toledo N22-80

Apartado postal: 17-12-569 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 322 8085, 299 3600 • Fax: (593 2) 322 8426

www.uasb.edu.ec • uasb@uasb.edu.ec

Supervisión editorial: Jorge Ortega • Diagramación: Sonia Hidrobo • Corrección de textos: Santiago Vizcaíno • Cubierta: Raúl Yépez • Impresión: Editorial Ecuador, Santiago Oe2-131 y Versalles, Quito.

CONTENIDO

Presentación <i>Ramiro Ávila Santamaría</i>	7
I. DERECHO CONSTITUCIONAL	9
El derecho del gasto público. Con precisiones sobre la Constitución de 2008 <i>José Vicente Troya Jaramillo</i>	11
Constitución económica ecuatoriana y desarrollo <i>María Elena Jara Vásquez</i>	27
El control de constitucionalidad de los actos administrativos en el Ecuador <i>Carmen Amalia Simone Lasso</i>	43
El control de constitucionalidad y sus límites como garantía frente al legislativo: una visión crítica que se funda en la argumentación <i>Sebastián López Hidalgo</i>	63
La libertad personal versus el formalismo jurídico: el desarrollo del hábeas corpus en el Ecuador <i>Alex Iván Valle</i>	83
¿En qué medida el proceso de integración de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) puede afectar la garantía de los derechos humanos y constitucionales? <i>Pamela Aguirre Castro y Pablo Alarcón Peña</i>	103

II. TEORÍA POLÍTICA	123
Democracia y jurisdicción electoral <i>Agustín Grijalva Jiménez</i>	125
Participación social en la creación del derecho: realidad y desafíos <i>Silvana Sánchez Pinto</i>	139
Una aproximación a las circunstancias movilizantes en el caso de la sociedad ecuatoriana <i>Arturo Donoso Castellón</i>	155
Constitución y teorías de la democracia: una aproximación desde los derechos a la comunicación <i>Marco Navas Alvear</i>	173
III. PLURALISMO JURÍDICO	197
¿Cómo reconocer al derecho indígena cuando lo vemos? Hart y Dworkin en Sarayaku <i>Mario Melo Cevallos</i>	199
Experiencias de coordinación y cooperación formal de la justicia ordinaria con los sistemas jurídicos indígenas en el Ecuador <i>Raúl Llasag Fernández</i>	209
IV. DERECHO LABORAL	225
Consideraciones sobre el desahucio <i>Ximena Moreno Echeverría</i>	227
Constitución, <i>sumak kawsay</i> y trabajo <i>Angélica Porras Velasco</i>	243
El salario digno: una realidad aún por construir para el efectivo ejercicio de los derechos <i>Graciela Monesterolo</i>	267
¿Derecho al trabajo? <i>Juan Pablo Aguilar Andrade</i>	281

PRESENTACIÓN

¿Cómo agradecer a un maestro que nos ha dado ejemplo con la vida y que generosamente nos ha enseñado todo lo que ha podido? Todos quienes escribimos en estos libros en homenaje al Dr. Julio César Trujillo tenemos dos cosas en común: somos profesores y hemos enseñado en las mismas universidades donde el Dr. Trujillo ha impartido cátedra. Además, la gran mayoría de nosotros fuimos sus alumnos. En este contexto académico, lo mejor que podemos ofrecerle al Dr. Trujillo es escribir en su nombre.

La idea surgió de forma espontánea cuando nos enteramos que el Dr. Trujillo iba a pedir su jubilación. Inmediatamente pedimos contribuciones a nuestros colegas. La respuesta fue gratificante y recibimos un apoyo entusiasta. De los trabajos recibidos, hicimos dos tipos de selecciones. Una, de ensayos que trataban directamente sobre el pensamiento jurídico y político del Dr. Trujillo, que los encontramos en el volumen anterior de esta colección, y otra, relacionada con ensayos sobre temas diversos pero que han sido dedicados al maestro, que se pueden apreciar en este volumen.

El libro está dividido en cuatro partes temáticas. Cada una se relaciona con áreas del saber humano que el Dr. Trujillo ha cultivado: Derecho constitucional, teoría política, pluralismo jurídico y Derecho laboral. Los enfoques y la temática de los ensayos son diversos pero tienen en común que nos dan una visión contemporánea, sustentada y propositiva de los problemas que cada autor y autora ha escogido.

Estos libros y ensayos solo son una manera de decir gracias al maestro y de comprometernos, en la misma línea que él nos enseñó, a seguir pensando y fuerte en los problemas que aquejan a nuestro país y en sus posibles soluciones.

Ramiro Ávila Santamaría

I

DERECHO CONSTITUCIONAL

EL DERECHO DEL GASTO PÚBLICO. CON PRECISIONES SOBRE LA CONSTITUCIÓN DE 2008

José Vicente Troya Jaramillo

*No taxation without
representation vs. spending
of power.*

1. INTRODUCCIÓN

Los tributos o contribuciones suelen ser los ingresos públicos de mayor importancia para los fiscos nacionales o seccionales. Los ingresos patrimoniales tienen también significación, singularmente para los países en los cuales se sustenta que los recursos naturales como el petróleo, los minerales, el gas, las aguas, la biodiversidad, las tierras baldías, las zonas de playa y otros como las frecuencias de radio, de telecomunicaciones, televisivas y telefónicas son de dominio eminente del Estado. Las regalías, *royalties*, cánones o precios que se aplican por la utilización de estos bienes sirven junto a los tributos para solventar el gasto público, así como para servir la deuda pública. La doctrina jurídica se ha preocupado ampliamente de los tributos, mas no lo ha hecho en la misma medida respecto del gasto público.

Particularmente es necesaria una reflexión que afronte los nexos jurídicos entre los tributos y el gasto público. No es suficiente afirmar que los tributos son ingresos que financian el gasto público. Los contribuyentes en su calidad de tales tienen el derecho a que se les cobre las contribuciones en la justa medida establecida por la ley, mas, al propio tiempo, lo tienen para que el gasto se erogue con honestidad, con equidad, con transparencia y en forma fructuosa. Hemos de partir del supuesto cierto que todos los administrados son contribuyentes, ya porque satisfacen obligaciones tributarias por sus rentas o patrimonios, o porque lo hacen con ocasión de los consumos que realizan. Pueden también serlo por otros índices de capacidad contributiva: los acrecimientos gratuitos o la intervención en actos o contratos.

La consagración constitucional de los postulados de justicia y solidaridad del gasto público abonan a la reflexión de si existe una relación, no únicamente económica y financiera, sino también de contenido jurídico, entre los tributos y el gasto público. El contestar esta cuestión es el objeto de este análisis, que además responde a la percepción empírica que se tiene de que los contribuyentes satisfacen de mejor manera las cargas tributarias cuando consideran que se ha realizado el gasto

acorde con los postulados enunciados. El trabajo discurre entre los tributos y el gasto público. Le sirve de *lumen* la afirmación de Griziotti de que “el gasto público y los ingresos públicos son elementos y momentos indisolubles”. Parte de la constatación empírica de que poco se ha escrito sobre la relación entre esos institutos.

En la *Introducción* se plantean los términos generales de la cuestión y advierte que el recorrido es inverso al propuesto, pues, se va desde los tributos, particularmente desde los impuestos hacia el gasto público.

En el capítulo 1, que define la naturaleza de los tributos, se enfatiza su doble carácter, el de recursos públicos y el de instrumentos de la política económica. El supuesto obvio es el de que la política tributaria integra la económica. En su diseño confluyen, entre otros factores, los tributos y el gasto público.

El capítulo 2 estudia dos principios fundamentales: el de reserva de ley propia de los tributos y el de legalidad del gasto público. Al amparo de tales principios procura desentrañar las confluencias que deben existir entre ambos institutos. Sirve de referencia el marco constitucional, particularmente el de España, país cuya Carta Magna contempla en forma expresa el principio de equidad del gasto público. Se adentra en las normas constitucionales ecuatorianas, cuya Constitución vigente traza un marco que modula el gasto público y alude de modo expreso al postulado de la solidaridad.

El capítulo 3 aborda de modo directo el tema 5 de la *Obra homenaje* y discute lo que se ha de entender por gasto público, cuya naturaleza no es unívoca, y trata de las necesidades públicas, cuyo entender tampoco es unánime. Se detiene en las diferentes clasificaciones que se ha propuesto. Se pone acento en diferenciar entre necesidades públicas y privadas.

El último capítulo es el de las *Conclusiones*. Sobre el punto habría que destacar que el propósito del estudio es sentar las bases del derecho del gasto público y, *out off record*, reconocer que el gran tropiezo que se ha de sobrepasar es definir unívocamente lo que se ha de entender por gasto público ahora y en los tiempos que vienen.

2. LOS TRIBUTOS COMO INGRESOS PÚBLICOS DESTINADOS AL GASTO PÚBLICO Y COMO INSTRUMENTOS DE POLÍTICA ECONÓMICA

Los tributos son ingresos públicos y, al propio tiempo, instrumentos de política económica. Esta especial proyección es particularmente aplicable a los impuestos; no la tiene, sino limitadamente, respecto de las tasas o derechos, y de las contribuciones especiales, tanto las de mejora cuanto las de gasto.

Los tributos existen para que el Estado, a más de otros, cuente con recursos y pueda cumplir sus fines. Las prestaciones pecuniarias, por tanto, se entregan con ese

objeto. Sin embargo, es necesario examinar si ese elemento es o no definitorio del tributo. Montero Traibel¹ sustenta que el elemento obtención de recursos es totalmente irrelevante, pues tienen el carácter de tributo aquellos que tienen por objeto el ingreso, así como los que buscan fines extrafiscales. Aún más, advierte el autor, ese elemento no es idóneo para distinguir los diferentes tipos de tributos. Autores como Valdés Costa² y Villegas³ incluyen en su definición el que los tributos son prestaciones creadas para cubrir el gasto público. Blumenstein⁴ no incluye esa característica en su definición. El asunto debe ser examinado en los planos anterior y posterior a la efectiva aplicación de los tributos. Es evidente que la razón de los tributos es la de ser recursos públicos y, por eso, las prestaciones que se exijan coactivamente y no tengan esa vocación no deben considerarse tributos. Tales rubros tendrán otra naturaleza. Con todo, al mismo tiempo, pueden perseguirse otros propósitos con la aplicación de tributos, singularmente de política fiscal. Así, redistribuir el ingreso, alentar determinadas actividades, restringir otras, es decir, de modo general, procurar fines extrafiscales. Puede ocurrir que en la efectiva aplicación de los tributos, y por eso la importancia de considerar un plano anterior y otro posterior, se consigan únicamente fines extrafiscales y que los recaudatorios sean nulos o casi nulos. En este supuesto, el tributo no deja de ser tal. Un caso peculiar es el de las salvaguardias arancelarias y derechos en contra del *dumping* previstos en las reglas de la Organización Mundial de Comercio, en virtud de los cuales, en su orden, se incrementan los impuestos arancelarios a la importación de bienes con la finalidad de evitar el menoscabo de las fuentes de producción de los países receptores de los mismos y de enervar la baja artificiosa de precios por parte de los exportadores. En estos impuestos arancelarios predomina el fin extrafiscal sobre el recaudatorio.

Otra consideración por proponerse es que, establecido un tributo, al mismo tiempo pueden incluirse criterios para su atenuación: exenciones, reducción de la prestación, deducciones especiales, etc. En tal caso, igualmente, lo general y de principio es la creación del tributo como instrumento idóneo para generar recursos públicos; lo adicional, pero también importante, la aplicación de los variados instrumentos para conseguir finalidades extrafiscales.

La proyección extrafiscal de los tributos tiene rango constitucional en el Ecuador. Desde que se expidió la Constitución de 1967 hasta la de 1998, se ha incluido en sus textos los fines extrafiscales. La Constitución de 2008 dice: “La política tributaria promoverá la redistribución y estimulará el empleo, la producción

1. J. P. Montero Traibel, *Derecho tributario moderno*, vol. 1, t. 1, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1977, pp. 173 y 178.
2. Ramón Valdés Costa, *Curso de derecho tributario*, Montevideo, 1970, pp. 214 y 216.
3. Héctor B. Villegas, *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*, t. I, Buenos Aires, Ediciones Desalma, 1980, p. 72.
4. Ernest Blumenstein, *Sistema di Diritto delle Imposte*, Milano, Dott. Antonio Giuffrè Editores, 1954, p. 1.

de bienes y servicios, y conductas ecológicas, sociales y económicas responsables” (art. 300, inciso segundo). Para el Ecuador las políticas tributarias y de gasto, y en general económicas, son necesarias en extremo grado, por cuanto, habiendo adoptado como moneda el dólar, no tiene o tiene en mínimo grado la posibilidad de actuar políticas monetarias y cambiarias. No se puede inferir del texto transcrito que puedan existir tributos con fines exclusivamente extrafiscales. Yebra Martul-Ortega asegura que no existen impuestos fiscales químicamente puros, lo que significa que todo tributo, de alguna manera, proyecta fines extrafiscales. Se refiere este autor a la distinción entre fines extrafiscales y efectos extrafiscales, así como a la doctrina y legislación alemana que conciben la existencia de impuestos en los cuales la obtención de recursos puede constituir un fin secundario de carácter esencial.⁵

Los fines extrafiscales de los tributos no han sido siempre de fácil recibo. Las constituciones de once estados de los Estados Unidos de América no admiten tributos regulatorios. Así, sostienen que “all taxes shall be levied and collected for public purpose only” (todos los tributos deben ser aplicados y recaudados para propósitos exclusivamente públicos). Existe una famosa expresión sobre la potestad tributaria que fuera acuñada en 1819 en el caso *McCulloch vs. Maryland* que dice: “the power to tax involves the power to destroy” (el poder para gravar supone el poder para destruir).⁶

En conclusión hay que afirmar que la principal razón de ser de los tributos es fiscal, a más de la cual, pueden diseñarse diseños de política fiscal. En un plano posterior, de efectivo conseguimiento o no de las finalidades recaudatorias, el resultado puede ser diferente, y mal puede influir en la naturaleza de la prestación. De la Garza⁷ sostiene que un tributo no destinado a cubrir el gasto público sería inconstitucional. Apoya su aserto en la jurisprudencia. En similar sentido, Eusebio González⁸ afirma que el tributo, antes de todo y por sobre todo, es un instrumento jurídico ideado para cubrir los gastos públicos y que una prestación que no tenga esa finalidad puede tener mucho interés, mas no se la puede considerar tributo.

Respecto de los derechos, aranceles, gravámenes o impuestos aduaneros a la exportación o importación de mercaderías, hace falta una reflexión particular. En primer lugar destaca la variedad, y también la imprecisión de las designaciones de estas prestaciones. Ha terminado por prevalecer su naturaleza tributaria y, dentro de ella, la impositiva. De allí que la mejor manera de denominarlos es impuestos arancelarios que recaen sobre las importación de mercaderías destinadas al consu-

5. Yebra Martul-Ortega, “I Fini Extra Fiscali dell’Imposta”, en *Trattato di Diritto Tributario. Anuario*, CEDAM, 2001, pp. 657 y ss.

6. Victor Uckmar, “Principii Comuni di Diritto Costituzionale Tributario”, en *Corso di Diritto Tributario Internazionale*, Padova, CEDAM, 1999, p. 54.

7. Sergio F. De la Garza, *Derecho financiero mexicano*, México D. F., Porrúa, 1985, p. 286.

8. Eusebio González García, “Il Cocetto di Tributo”, en *Trattato di Diritto Tributario*, pp. 257 y ss.

mo interno, y, eventualmente sobre la exportación, supuesto extraño que se da principalmente por razones monetarias, con la finalidad de restringir el circulante y desalentar procesos inflacionarios. En ese supuesto, se suele consultar la devolución del impuesto pagado.

Aurelio Camacho Rueda, citado por el experto doctor Germán Alfonso Pardo Carrero en su tesina “Los derechos de Aduana-Aproximación a una definición”, sustenta “que los tributos aduaneros no pueden verse como tal sino en cuanto persiguen finalidades fiscales, puesto que, cuando se buscan finalidades económicas no estamos frente a un impuesto propiamente dicho”. Esta afirmación es rotunda y amerita matizarla. Así, que el producido de un impuesto sirva para el gasto es un efecto jurídico, mas, al propio tiempo, económico. Los efectos económicos, por lo tanto, pueden ser de doble índole: atinentes al gasto y a la política fiscal. Reconoce Camacho Rueda que existen impuestos aduaneros para no ser recaudados, que se explican dentro la política proteccionista de la producción nacional. Esa visión fue muy propia de las proposiciones de Raúl Prebisch y otros expertos de la CEPAL, quienes sostuvieron el postulado del crecimiento hacia adentro y el de la sustitución de importaciones. Estos comportamientos proteccionistas no han desaparecido y en los tiempos que corren, sobre todo, respecto de la agricultura, los practican con rigor los países desarrollados en América y en Europa.

3. LOS PRINCIPIOS DE RESERVA DE LEY EN EL ORDEN TRIBUTARIO Y DE LEGALIDAD EN EL GASTO PÚBLICO

Es necesario contrastar los principios de reserva de ley y legalidad en el orden tributario con el de equidad del gasto público. El primero es de vieja data. Por él, se han de crear tributos mediante ley o instrumento equivalente, y, además, igualmente, en ley, han de obrar sus elementos esenciales. Sin perjuicio de reconocer, así mismo, que es de vieja data que la legalidad ha de dominar el actuar de la administración, inclusive en el campo tributario, lo nuevo es la constitucionalización de principios concernientes a la equidad del gasto público.

La consagración constitucional de un principio de justicia en el gasto crea un nuevo horizonte. Inclusive al gasto público son aplicables los principios generales de orden público; así, el respeto a la propiedad privada y a la libertad económica.⁹ El mencionado principio consta en el art. 31.2 de la Constitución Política Española de 1978 que dice: “El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos”. Violeta Ruiz Almendral considera que *el Estado Social* –asumido por

9. Juan José Bayona de Perogordo, “Notas para la construcción de un derecho de los gastos públicos”, en *Presupuesto y Gasto Público*, No. 2, 1979, pp. 65-80.

el constitucionalismo moderno— “tiene importantes consecuencias para la configuración de la Hacienda pública en sus dos vertientes, la del ingreso y la del gasto”.¹⁰

La Constitución Política de la República de 1998 preveía que el *Ecuador es un estado social de derecho*. La Constitución que rige de 2008 manda que *El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y de justicia*. Ello connota que la Constitución es norma jurídica directamente aplicable por cualquier persona, autoridad o juez.¹¹ Tal predicado cabría aplicar a las normas constitucionales que consagran derechos referentes a cuestiones tributarias, presupuestarias y de gasto público. El Título VI de la Constitución concierne al Régimen de Desarrollo que es calificado como el *conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistemas económicos, políticos, socio-culturales y ambientales que garantizan el buen vivir*. Como parte de ese Régimen, el Capítulo Cuarto atiene a la soberanía económica y regula el sistema económico y la política económica, la política fiscal, el endeudamiento público, el presupuesto general del Estado, el régimen tributario, la política monetaria, cambiaria, crediticia y financiera, la política comercial, el sistema de intermediación financiera. Al referirse a la política económica, se expresa, que entre otros, persigue el objetivo *de asegurar una adecuada distribución del ingreso y de la riqueza nacional* (art. 284, numeral 1 de la Constitución). La política fiscal, entre otros, persigue como objetivo *la redistribución del ingreso por medio de transferencias, tributos y subsidios adecuados* (art. 285, numeral 2). El art. 286 señala que los egresos permanentes para salud, educación y justicia son prioritarios. Estas disposiciones de política fiscal comportan políticas de gasto. Una de las claves más importantes es la que atañe a la planificación para el desarrollo. De allí la importancia del Plan Nacional de Desarrollo, al cual deben sujetarse la formulación y la ejecución del Presupuesto General del Estado y la de los gobiernos autónomos descentralizados. Bien cabe asegurar que, según la Constitución, gobernar es, en grado superlativo, ejecutar dicho Plan y, al propósito, erogar el correspondiente gasto público.

Las normas sobre el presupuesto general del Estado no tocan directamente el gasto público. Consagran preasignaciones para los gobiernos autónomos descentralizados, para los sectores salud, educación, educación superior, investigación, ciencia, tecnología e innovación. Se libra a la ley el cometido de cuantificar esas preasignaciones (art. 298). Nicole Pérez Ruales, en su monografía sobre el nuevo modelo de desarrollo, proclama lo que sigue: “En relación al gasto público, se ha podido demostrar que este genera una serie de beneficios a la población pero es importante planificarlo de una manera que los recursos utilizados de manera eficiente

10. Violeta Ruiz Almendral, “Impuesto y estado social”, en Juan Zornoza Pérez, coord., *Finanzas públicas y Constitución*, Quito, Tribunal Constitucional del Ecuador / Universidad Carlos III / Comisión Europea / Corporación Editora Nacional, 2004, pp. 9 y ss.

11. Ramiro Ávila Santamaría, “Ecuador estado constitucional de derechos y justicia”, en Ramiro Ávila Santamaría, edit., *La Constitución de 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 22.

no sean meros generadores de inflación o desviados mediante corrupción”.¹² En suma, es de aseverar que en la nueva Constitución no existen normas que de modo directo se refieran al principio de equidad del gasto público y que reconozcan en forma franca su condición de instrumento de política económica. Las normas sobre el presupuesto conciernen exclusivamente a su formulación y aprobación y a su carácter de instrumento del desarrollo. No son un óbice para que se pueda sustentar la existencia del derecho del gasto público.

No se encuentra en las Constituciones de la Comunidad Andina integrada por Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, y hasta hace poco tiempo por Venezuela, disposición que consagre exprofesamente el principio de equidad en el gasto público como ocurre en la norma aludida de la Constitución Española.

De aceptarse francamente el principio de equidad en el gasto público como una contrapartida a la obligación de contribuir a su financiamiento, se derivarían de ello consecuencias de singular trascendencia. Podría entonces sustentarse que existe el derecho subjetivo del administrado a que se efectúe el gasto con equidad. Tal derecho, cabe requerir, ¿condicionaría la obligación de contribuir?; ¿daría pie a que se propongan acciones y recursos por haberse violado garantías y derechos fundamentales al realizar el gasto?; ¿sería exculpatorio de la infracción consistente en la resistencia al pago de contribuciones?

Violeta Ruiz Almendral, en el trabajo citado, afirma que “la exigencia de equidad en el reparto de cargas públicas no es solo un elemento para justificar el impuesto en concreto sino también un requisito para su funcionamiento”. Continúa la autora y sustenta que “la adecuada relación entre ingresos” –habría de incluir principalmente a los impuestos– “y gastos públicos, *la aplicación efectiva de la justicia en ambas vertientes* y su percepción por los ciudadanos, es seguramente la única vía segura hacia una mayor aceptación del sistema tributario”.¹³

Otro ángulo mira al contraste entre el principio de capacidad contributiva propio de los tributos y el principio de justicia inherente al gasto público. Ambos atañen en último término a la obtención de la justicia.

La capacidad contributiva se expresa de diferentes maneras en los tributos. En los impuestos, la relación con el gasto público es mediata, pues con estos gravámenes se financian los gastos necesarios para brindar servicios públicos de carácter general e indivisible, en tanto que con las tasas o derechos y con las contribuciones especiales, se financian los gastos necesarios para financiar servicios públicos generales y divisibles y para realizar obras o servicios públicos que redundan en particular beneficio de determinados administrados. Según las hipotizaciones de

12. Nicole Pérez Ruales, “Hacia un nuevo modelo de desarrollo”, en Ramiro Ávila Santamaría, edit., *La Constitución de 2008 en el contexto andino...*, p. 220.
13. Violeta Ruiz Almendral, “Impuesto y estado social”, en Juan Zornoza Pérez, coord., *Finanzas públicas y Constitución*, p. 31 (énfasis añadido).

Ataliba, los impuestos son tributos no vinculados *cuya hipótesis de incidencia tributaria consiste en un hecho cualquiera que no sea una actuación estatal*. Las tasas y contribuciones especiales son tributos vinculados y su hipótesis de incidencia tributaria consiste en una actuación estatal; en las tasas es una actuación directa, inmediatamente referida al obligado; en las contribuciones una actuación estatal indirecta, mediatamente referida al obligado.¹⁴ Otro enfoque que incide en las relaciones entre tributos y gastos públicos diferencia los tributos cuyo producto no se encuentra directamente afectado a la financiación de obras y servicios públicos, entre los cuales cabe distinguir aquellos no vinculados a la actividad de la administración, los impuestos, y aquellos otros vinculados a la actividad de la administración, las tasas y las contribuciones especiales; y los tributos cuyo producto se encuentra directamente afectado a la financiación de obras y servicios públicos, las denominadas contribuciones parafiscales.¹⁵

Violeta Ruiz Almendral, bajo el supuesto de que existen tributos causales con relación al gasto público y otros que no tienen esa condición, citando a Barquero Esteban, admite que no debe renunciarse totalmente a la financiación causal de los gastos públicos, mas reconoce que ello no ocurre de modo general. Sin embargo, anota que algunos servicios o prestaciones públicas son fácilmente individualizables; en ese caso, debería propiciarse una más adecuada utilización de los recursos públicos.¹⁶

De lo expuesto podría inferirse, siempre en relación a la capacidad económica o contributiva, que al tratarse de los impuestos es más difícil relacionar su producido con el gasto público, en tanto que, al tratarse de tasas y contribuciones, presta menores dificultades.

Al reparto de los gastos públicos es aplicable el principio de equidad; sin embargo, se dificulta el mismo en razón de que varios de ellos son indivisibles.¹⁷ Para una adecuada relación entre tributos y gastos públicos se debe considerar que estos últimos pueden financiarse también con otros ingresos, los de carácter patrimonial y los provenientes del endeudamiento. La deuda pública, a la postre, se ha de solucionar con tributos o con ingresos patrimoniales.

Al decir de Ruiz Almendral y Zornoza Pérez se debe preferir una financiación tributaria y, dentro de ella, impositiva, para hacer efectivos los principios de

14. Geraldo Ataliba, *Hipótesis de incidencia tributaria*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1977, pp. 151 y ss.

15. José Vicente Troya Jaramillo, "Los tributos y sus clases", en *Derecho internacional tributario*, Quito, Corporación Editora Nacional, 1990, p. 156.

16. Violeta Ruiz Almendral, "Impuesto y estado social", en Juan Zornoza Pérez, coord., *Finanzas públicas y Constitución*, p. 33.

17. Juan Zornoza Pérez, "Hacienda pública, gasto público y derechos económicos y sociales", en Juan Zornoza Pérez, coord., *Finanzas públicas y Constitución*, Quito, Tribunal Constitucional del Ecuador / Universidad Carlos III / Comisión Europea / Corporación Editora Nacional, p. 95.

justicia tributaria.¹⁸ A fin de definir la verdadera relación entre tributos y gastos públicos, es menester determinar qué porcentaje de los ingresos es tributario. De lo contrario, se podría llegar a afirmaciones y conclusiones inexactas.

Si la creación de tributos riñe con los principios que sobre ellos consta en la Constitución, los cuales conforman la disciplina del Derecho Constitucional Tributario, procede, de acuerdo al sistema de cada país, la proposición de acciones y recursos de inconstitucionalidad. En Ecuador cabe la acción de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional en contra de leyes y en general normas que, en el orden tributario, sean contrarias a la Constitución. Cabe también la acción de protección de derechos en contra de actos de gestión tributaria violatorios de normas constitucionales. Esta acción es similar a la de tutela vigente en Colombia. Los jueces, según la Constitución, podían inaplicar, con valor particular respecto de los casos sujetos a su conocimiento, normas tributarias contrarias a la Constitución. Aún más, es posible proponer una acción de inconstitucionalidad en contra de actos administrativos.

Debería preverse la posibilidad de impugnar las decisiones legislativas sobre el gasto contrarias a los preceptos constitucionales.¹⁹ Ello no debería referirse únicamente a aspectos presupuestarios que suelen encontrarse regulados en la Constitución, sino a los que corresponden al gasto público, como el que, sobre la equidad, consta en la Constitución Española.

Corti llama la atención sobre la asimetría conceptual entre gastos e ingresos, pues estima que de un lado se encuentran erogaciones calificadas al margen de lo jurídico; y de otro, hay ingresos calificados como eminentemente jurídicos.²⁰ El propio autor sustenta que el gasto público es una actividad erogatoria con el propósito de hacer efectivos los derechos e instituciones constitucionales, supuesto dentro del cual se deben analizar los aspectos económicos, sociológicos y administrativos. Enfatiza que erogar es una simple actividad registrable de carácter contable, en tanto que gastar es erogar algo y con algún sentido.²¹ Diría que el gasto público y el modelo de estado social de derecho, hoy el estado constitucional de derechos y justicia social, tienen o deben tener íntima conexión, a cuyo efecto se debe constitucionalizar y juridificar el gasto público y definir dentro del mismo plano su necesario ligamen con los ingresos públicos dentro de los cuales destacan los tributarios.

18. Violeta Ruiz Almendral y Juan Zornoza Pérez, “Sistema Tributario y Constitución”, en *Finanzas públicas y Constitución*, pp. 107 y 108.

19. Gabriel Casado Ollero, “Aspectos constitucionales del derecho financiero: elementos axiológicos y valorativos del derecho financiero”, en *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, No. 203, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1989, pp. 1143-1175.

20. Horacio Guillermo Corti, *Derecho financiero*, Capítulo VI sobre el gasto público, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, p. 238.

21. *Ibid.*, pp. 220-221.

Una visión de gran interés que podría inferirse de la Constitución de 2008 vigente en Ecuador es la que preconiza que ella no se limita a declarar un conjunto de derechos sino que contiene un imperativo de realizarlos pudiendo los sujetos sometidos al orden jurídico exigir tal realización. Así sustenta Corti cuando dice:

La Constitución no se limita a declarar (o declamar) un conjunto de derechos, como tampoco se limita a decir que puede haber instituciones democráticas. Ella contiene el imperativo de realizar los derechos e instrumentar las instituciones. Y en caso de que no se realicen los derechos y de que no se instrumenten las instituciones pone en manos de los sujetos sometidos al orden jurídico la posibilidad de exigir esa realización e instrumentación.²²

Refiriéndose al principio de equidad del gasto público consagrado en la Constitución de España, Pascual García reconoce que no sirve de fundamento para sostener un derecho particular de los ciudadanos. Sin embargo, reconoce que es vinculante para los poderes públicos y permite la protección jurisdiccional a través del recurso de inconstitucionalidad.²³ Literalmente sustenta que

podría considerarse gasto injusto aquel que es arbitrario, al que contradice las aspiraciones sociales y económicas plasmadas en la Constitución, el que favorece las desigualdades entre ciudadanos y territorio. Añade que una asignación de recursos públicos que no responda a las exigencias de esos valores superiores de justicia e igualdad podría ser tachada de inconstitucional.²⁴

Correlaciona los servicios públicos y los tributos y afirma que la asignación equitativa de los primeros es el reverso de la capacidad contributiva, generalidad, igualdad, progresividad propia de los segundos.²⁵

Junto a la equidad del gasto público se encuentra la solidaridad del mismo. Este concepto es recurrente en la Constitución de 2008. El art. 3, entre los deberes primordiales del Estado, señala, en el numeral 6: “promover el desarrollo equitativo y solidario de todo el territorio, mediante el fortalecimiento del proceso de autonomías y descentralización”. El régimen de desarrollo, entre sus objetivos, prevé construir un sistema económico justo, democrático, productivo, solidario (art. 276, numeral 6). Igual atributo, el de la solidaridad, se señala entre los principios de los gobiernos autónomos descentralizados (art. 238). El gasto público debe erogarse en forma que se actúe la solidaridad referida. Casado Ollero proclama dicho principio junto al de equidad respecto del cual señala que “la justicia en el gasto ayuda a ni-

22. *Ibid.*, p. 218.

23. L. Pascual García, “Régimen jurídico del gasto público”, en *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, Ministerio de la Presidencia, 2002, p. 370.

24. *Ibid.*, p. 367.

25. *Ibid.*, p. 369.

velar la justicia en el ingreso”. Respecto del alcance la solidaridad afirma: “Uno de los mayores principios incorporados al texto constitucional que mayor importancia ofrece tanto desde el punto de vista sustantivo como metodológico es el principio de solidaridad”. Además, sustenta que debería preverse la posibilidad de impugnar cuando la decisión legislativa sobre el gasto contraría los preceptos constitucionales.²⁶ Este aserto permite adelantar la existencia del derecho del gasto público y del derecho constitucional de tal ramo.

4. GASTO PÚBLICO Y NECESIDADES

Los gastos públicos son de índole varia. Posiblemente ello constituye un obstáculo que hay que vencer para sustentar la existencia del derecho del gasto público. Coadyuva a la complejidad del tema la discrepancia, o al menos la falta de concierto, particularmente entre los economistas, al discernir sobre los efectos económicos del gasto público. Hace falta referirse a estos extremos, inclusive comenzando por definir lo que se ha de entender por gasto público.

Guillermo Ahumada prospecta una posición clásica y con énfasis en lo jurídico. Dice: “El gasto público consiste en una erogación monetaria realizada por autoridad competente, en virtud de una autorización legal y destinada a fines de desarrollo nacional que se estima como interés colectivo”.²⁷ Para Banacloche Pérez son los que erogan las comunidades públicas; sin embargo, advierte que el hecho de las mismas pueda ocuparse de actividades privadas, así como de que existan organismos mixtos impiden la clara distinción. Ha de entenderse los con relación a los gastos privados.²⁸ Desde una perspectiva económica que contrasta con las concepciones jurídicas precedentes, Hugh Dalton asevera que “solo los individuos tienen necesidades, pero que algunas de esas necesidades pueden ser satisfechas más eficazmente por medio de los gastos públicos, a través de la gestión del Estado”.²⁹ Se infiere que el gasto público es aquel que se eroga para satisfacer las necesidades de los individuos. Se infiere, igualmente, la función subsidiaria del Estado. ¿Cuáles son esas necesidades? Existen algunas que no se cuestionan: seguridad interna y externa, educación salud, justicia, seguridad social, y modernamente preservación

26. Gabriel Casado Ollero, “Aspectos constitucionales del derecho financiero: elementos axiológicos y valorativos del derecho financiero”, en *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, pp. 1144-1158.
27. Guillermo Ahumada, *Tratado de finanzas públicas*, Buenos Aires, Editorial Plus Ultra, 1948, 4a. ed., p. 69.
28. Julio Banacloche Pérez, *Manual de economía financiera*, Madrid, Editorial de Derecho Financiero, 1971, pp. 61-62.
29. Hugh Dalton, *Principios de finanzas públicas*, Buenos Aires, Ediciones Arayú, 1953, 2a. ed. castellana, p. 219.

del medioambiente. Inciden en el concepto de gasto público el develar a quién beneficia. A la presente, no únicamente a los individuos, sino también a las comunidades, pueblos y nacionalidades (arts. 56 a 60 de la Constitución) y a la naturaleza cuyos derechos se reconocen (arts. 71 a 74 de la Constitución).

Para diferenciar entre gasto público y gasto privado, ha de considerarse el sujeto que gasta y el objeto de la erogación. Existe coincidencia en pensar que es gasto público el que efectúan el Estado y en general los entes públicos, cuyo conjunto se suele denominar sector público. La dificultad suele presentarse respecto del objeto. Casos hay, y frecuentes, en que el gasto beneficia a individuos o entidades que integran el sector privado. Así, subvenciones en su favor e inclusive exoneraciones, deducciones, tarifas reducidas u otras medidas tributarias previstas a favor de los contribuyentes. Este instrumental forma parte de la política económica influenciada por la ideología de los gobiernos de turno. Es pertinente, sin embargo, sustentar la existencia del interés público y del interés privado. Entonces cabría aseverar que es gasto público el que tiene por objeto cumplir con el interés público, aunque los caudales se entreguen a individuos o colectivos privados. Queda siempre duda sobre lo que ha de entenderse como interés público. La respuesta se ha de descifrar en otros ramos el derecho político y constitucional e inclusive en el derecho público administrativo. Faya Viesca, respecto de estos extremos refiriéndose a México, expresa criterios que dan mucha luz. Dice:

En México son gastos públicos todas las erogaciones que efectúe el Estado a través de cualquiera de sus órganos sin importar la índole del poder o la naturaleza orgánica de dichos entes públicos. Hay una identidad entre gasto público y gastos del sector público. En cualquier forma es evidente que el gasto privado responde a un interés particular, mientras que las erogaciones estatales se guían por el interés público.³⁰

El concepto mismo de gasto público ha variado cuando se considera que de instrumento administrativo ha pasado a constituirse en instrumento de gobierno de importancia por su efecto en la actividad socioeconómica. Giuliani Fonrouge, de ese modo, dejando de lado conceptos propios de la finanza clásica, sostiene que es de la naturaleza del gasto ser instrumento de política fiscal. Señala que el Estado no es un mero consumidor sino un distribuidor. Llega a enunciar un nuevo concepto de gasto que lo cualifica de económico social. Dice: “Gasto público es toda erogación generalmente en dinero que incide sobre las finanzas del Estado y se destina al cumplimiento de fines administrativos o económico sociales”.³¹

Respecto de la clasificación del gasto público existen posiciones muy variadas. Sin embargo, son recurrentes las que consideran que existen gastos de ope-

30. Jacinto Faya Viesca, *Finanzas Públicas*, México, Editorial Porrúa, 2008, 7a. ed., pp. 41-42.

31. Carlos M. Giuliani Fonrouge, *Derecho Financiero*, t. I, Buenos Aires, La Ley, 2003, 9a. ed., pp. 185 y ss.

ración o funcionamiento y de inversión o capital. Igualmente las que preconizan que existen gastos ordinarios y extraordinarios. Restrepo propone una cuestión importante cuando asegura que no existe una clara determinación del gasto social. Refiriéndose a Colombia sustenta que junto al concepto tradicional de gasto público surge el gasto público social que goza de preeminencia jurídica.³² En Ecuador cabe una reflexión similar. Es necesario desentrañar la naturaleza de los gastos permanentes en salud, justicia y educación considerados prioritarios (art. 286 inciso segundo de la Constitución). No se los puede considerar como simples y prosaicos gastos de operación ni menos burocráticos.

Rodríguez Bereijo apunta la existencia de gastos obligatorios y facultativos y, además, señala que el Estado no está obligado a gastar la totalidad de las autorizaciones presupuestarias.³³ La existencia de estos dos ámbitos del gasto público puede tener influencia en la proposición de un derecho del gasto público. La misma fluye mejor respecto de los obligatorios. A guisa de parangón cabe recordar que no caben obligaciones tributarias discrecionales.

Considerar al gasto público como un instituto jurídico y económico con destinaciones presentes y futuras constituye una conceptualización adelantada a su tiempo por Ingrosso, especialmente si se toma en cuenta que la visión intergeneracional es pan de hoy, particularmente respecto de la seguridad social, el medioambiente, el clima.³⁴

Frente al gasto público, aún no se ha podido configurar la posibilidad de que los particulares ejerciten, en contra de actos administrativos que sirven de sustento para su aplicación, acciones subjetivas o de plena jurisdicción basadas en que se ha contrariado el principio de equidad o eventualmente el de solidaridad.

5. CONCLUSIONES

- Hoy en día cabe afirmar que existe una relación jurídica entre los tributos y el gasto público, plasmada en algunos ordenamientos, como el español, en disposiciones de rango constitucional que proclaman la equidad, justicia y solidaridad necesarias que deben observar las erogaciones que realice el poder público.
- Ya no cabe afirmar únicamente que los tributos son ingresos que financian el gasto público, pues hoy en día cumplen un importante papel como instrumentos de política económica.

32. Camilo Restrepo, *Derecho presupuestal colombiano*, Bogotá, LEGIS, 2008, 2a. reimpresión, p. 453.

33. Álvaro Rodríguez Bereijo, *El Presupuesto del Estado*, Madrid, Tecnos, 1970, p. 245.

34. Giovanni Ingrosso, *Corso di Finanza Pubblica*, Napoli, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1969, pp. 192-194.

- Es pertinente señalar, además, que los tributos en la actualidad cumplen fines extrafiscales además de recaudatorios, afirmación que sobre todo es aplicable a los impuestos, que son tributos no vinculados, no afectados o no causales, a diferencias de las tasas y contribuciones especiales, que tienen una relación directa e inmediata con los servicios u obras que financian.
- En la actualidad los tradicionales principios de reserva de ley y legalidad en el orden tributario han ido cediendo espacio a principios propios del constitucionalismo moderno como el de equidad del gasto público, capacidad contributiva y justicia tributaria.
- No se encuentra en las Constituciones del Ecuador ni del resto de la Comunidad Andina disposiciones que consagren expresamente el principio de equidad en el gasto público. Sin embargo, es de esperarse que ello ocurra con el tiempo.
- Si se llega a aceptar este principio con carácter constitucional, eventualmente se llegaría a la posibilidad de que los contribuyentes hagan uso de los remedios constitucionales, y más específicamente, de las acciones y recursos de inconstitucionalidad, para atacar los gastos inequitativos erogados por el erario público, sin observar los fines extrafiscales y de justicia y solidaridad comentadas.
- Como colofón, es de anotar que constituiría un importante avance dentro de la ciencia del gasto público prever, o al menos discutir, acerca de la posibilidad de impugnar las decisiones legislativas sobre el gasto contrarias a los preceptos constitucionales. Si frente a la falta de aporte por parte de los contribuyentes el Estado puede hacer uso de la maquinaria jurisdiccional para conseguir el cumplimiento de sus deberes y obligaciones, sería justo, o al menos consecuente, que los ciudadanos puedan atacar aquellas acciones del Estado que contraríen el principio de equidad que debe observarse al hacer uso de estas contribuciones.

6. BIBLIOGRAFÍA

Ahumada, Guillermo,

1948 *Tratado de finanzas públicas*, Buenos Aires, Editorial Plus Ultra, 4a. ed.

Ataliba, Geraldo,

1977 *Hipótesis de incidencia tributaria*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria.

Ávila Santamaría, Ramiro,

2008 “Ecuador Estado Constitucional de derechos y justicia”, en Ramiro Ávila Santamaría, edit., *La Constitución de 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

Banacloche Pérez, Julio,

1971 *Manual de economía financiera*, Madrid, Editorial de Derecho Financiero.

- Bayona de Perogordo, Juan José,
1979 “Notas para la construcción de un derecho de los gastos públicos”, en *Presupuesto y Gasto Público*, No. 2, s.l., s.e.
- Blumenstein, Ernst,
1954 *Sistema di Diritto delle Imposte*, Milano, Dott. Antonio Giuffrè Editores.
- Casado Ollero, Gabriel,
1989 “Aspectos constitucionales del derecho financiero: elementos axiológicos y valorativos del derecho financiero”, en *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, No. 203, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas.
- Corti, Horacio Guillermo,
1997 *Derecho financiero*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- Dalton, Hugh,
1953 *Principios de finanzas públicas*, Buenos Aires, Ediciones Arayú, 2a. ed. castellana.
- De la Garza, Sergio F.,
1985 *Derecho financiero mexicano*, México D. F., Porrúa.
- Faya Viesca, Jacinto,
2008 *Finanzas públicas*, México, Porrúa, 7a. ed.
- Fonrouge, Carlos M. Giuliani,
2003 *Derecho financiero*, t. I, Buenos Aires, La Ley, 9a. ed., pp. 185 y ss.
- García, L. Pascual,
2002 “Régimen Jurídico del Gasto Público”, en *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, Ministerio de la Presidencia.
- González García, Eusebio,
2001 “Il Cocetto di Tributo”, en *Trattato di Diritto Tributario. Anuario*, s.l., CEDAM.
- Ingrosso, Giovanni,
1969 *Corso di Finanza Pubblica*, Napoli, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene.
- Martul-Ortega, Yebra,
2001 “I fini extra fiscali dell’imposta”, *Trattato di Diritto Tributario. Anuario*, s.l., CEDAM.
- Montero Traibel, J. P.,
1997 *Derecho tributario moderno*, vol. primero, t. 1, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria.
- Pérez Ruales, Nicole,
2008 Nicole Pérez Ruales, “Hacia un nuevo modelo de desarrollo”, en Ramiro Ávila Santamaría, edit., *La Constitución de 2008 en el contexto andino...*
- Restrepo, Camilo,
2008 *Derecho presupuestal colombiano*, Bogotá, LEGIS, 2a. reimpresión.
- Rodríguez Bereijo, Álvaro,
1970 *El presupuesto del Estado*, Madrid, Editorial Tecnos.
- Ruiz Almendral, Violeta,
2004 “Impuesto y Estado Social”, en Juan Zornoza Pérez, coord., *Finanzas públicas y Constitución*, Quito, Tribunal Constitucional del Ecuador / Universidad Carlos III / Comisión Europea / Corporación Editora Nacional.

- Troya Jaramillo, José Vicente,
1990 “Los tributos y sus clases”, en *Derecho tributario internacional*, Quito, Corporación Editora Nacional.
- Uckmar, Víctor,
1999 “Principii Comuni di Diritto Costituzionale Tributario”, en *Corso di Diritto Tributario Internazionale*, Padova, CEDAM.
- Valdés Costa, Ramón,
1970 *Curso de derecho tributario*, Montevideo.
- Villegas, Héctor B.,
1980 *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*, t. I, Buenos Aires, Ediciones Desalma.
- Zornoza Pérez, Juan,
2004 “Hacienda pública, gasto público y derechos económicos y sociales”, en Juan Zornoza Pérez, coord., *Finanzas públicas y Constitución*, Quito, Tribunal Constitucional del Ecuador / Universidad Carlos III / Comisión Europea / Corporación Editora Nacional.

CONSTITUCIÓN ECONÓMICA ECUATORIANA Y DESARROLLO

María Elena Jara Vásquez¹

1. ASPECTOS INTRODUCTORIOS

El Dr. Julio César Trujillo, entre sus múltiples aportes al saber jurídico nacional, ha sido uno de los pocos juristas ecuatorianos que ha estudiado con interés la parte económica de la Constitución, asunto que por su trascendencia en la vida nacional, exige mayor atención desde la academia. En homenaje a este maestro, como una manera de expresar admiración y gratitud por su tesonero trabajo, expongo, a continuación, algunas reflexiones sobre la Constitución Económica ecuatoriana.

El presente artículo analiza en forma introductoria criterios orientadores sobre la Constitución económica ecuatoriana, y en él se procura dar respuesta a dos preguntas: 1. En qué consiste la “economía social y solidaria” que la Constitución vigente consagra como sistema económico; y 2. Cuál es el modelo de desarrollo que favorece el actual marco constitucional.

2. NOCIÓN DE CONSTITUCIÓN ECONÓMICA

Desde la expedición de la Constitución de Querétaro, en 1917, y la Constitución de Weimar, en 1919, las Constituciones empezaron a consagrar normas relativas al funcionamiento del sistema económico y a derechos económicos y sociales, en contraste con lo que había pasado en el constitucionalismo clásico,

1. Este trabajo es parte de uno más amplio titulado “Intervención pública y mercado en la Constitución Ecuatoriana de 2008”, realizado con el apoyo del Fondo de Investigaciones de la Universidad Andina Simón Bolívar. Una primera versión de este artículo fue publicada en la revista *Novedades Jurídicas*, publicada por Ediciones Legales (2009), y el desarrollo de varios aspectos que aquí se enuncian, relativos a competencia, se encuentra en el artículo “Fundamentos constitucionales para la protección de la competencia en el Ecuador y perspectivas para la expedición de una ley sobre la materia”, por publicarse en las memorias de la IV Conferencia Internacional de Derecho Económico, organizada por el Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

el cual, fundamentado en ideas liberales, omitía explicitar normas sobre el orden económico. Con la incorporación de textos constitucionales relativos al orden económico y a derechos económicos, emergió la noción de Constitución Económica, como el conjunto de aquellos principios fundamentales de los cuales se deriva la estructura y funcionamiento de la actividad económica en un Estado.² Son ámbitos fundamentales de la Constitución Económica: la legitimación para ejercer la actividad económica, el contenido de las libertades y de los poderes que se derivan de esta legitimación, y la definición de la capacidad de intervención del Estado en la economía, como otra cara de la medalla de los derechos económicos y sociales de los individuos.³

Las normas que conforman la Constitución Económica ecuatoriana de 2008 están básicamente contenidas en el Título VI, relativo al “Régimen de Desarrollo”, aunque existen otras normas importantes sobre la materia, que se encuentran dispersas en el texto constitucional. Estas disposiciones deben ser interpretadas a la luz de la noción de Estado Social, recogido en el art. 1 de la Constitución ecuatoriana de 2008 (art. 1), como en las predecesoras.⁴ Como lo ha explicado el Dr. Trujillo, la noción de Estado Social sintetiza las ideas de crecimiento económico y justicia social e impone al Estado la obligación de generar las condiciones necesarias para una vida digna de la población así como condiciones de igualdad material (no solo formal) para que sus habitantes puedan acceder a los bienes y servicios que requieren.⁵

2. Definición basada en una sentencia del Tribunal Constitucional de España, de 28 de enero de 1982, recogida y adecuada por Javier Viciano Pastor, *Libre competencia e intervención pública en la economía (Acuerdos restrictivos de la competencia de origen legal)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, p. 107.
3. Ver Ramón Entrena Cuesta, “El principio de la libertad de empresa”, en Gerardo Garrido Falla, dir., *El modelo económico de la Constitución española*, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 1981, p. 109.
4. Los elementos distintivos del Estado Social aparecen en la Constitución de 1929, aunque fue mucho tiempo después, en la Constitución de 1978, que se recogió esta expresión en el texto constitucional.
5. Ver Julio César Trujillo, “Modelos económicos e instituciones políticas”, en *Ensayos en homenaje de la Facultad de Jurisprudencia a Julio Tobar Donoso*, Quito, Ediciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1995, p. 125.

3. LA CARACTERIZACIÓN CONSTITUCIONAL DEL SISTEMA ECONÓMICO ECUATORIANO: DE UNA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO A UNA ECONOMÍA SOCIAL Y SOLIDARIA

En doctrina se ha discutido ampliamente si una Constitución debe consagrar un sistema económico en particular. Por un lado, se erigió la tesis de la “neutralidad político económica de la Constitución”, según la cual la Constitución debe dejar abierta a los gobernantes la posibilidad de modificar el orden económico. Por otro lado, desde la década de los treinta del siglo anterior, la tesis de la neutralidad de la Constitución en materia económica fue cuestionada. Quienes defienden la consagración de un determinado sistema económico a nivel constitucional lo hacen bajo el argumento de que aunque se requiere flexibilidad en el texto constitucional para que funcionen diferentes opciones de gobierno, no es conveniente que varíen los fundamentos del sistema a raíz de cada proceso electoral, y por lo tanto conviene obligar “a que el orden económico sea un sistema abierto y flexible, capaz de ser soporte de diferentes programas políticos en un amplio espectro democrático pluralista, pero lo bastante afirmado en los fundamentos esenciales para dar a la vida económica la certidumbre que le es imprescindible”.⁶

En la Constitución ecuatoriana de 1998 se caracterizaba al sistema económico como uno social de mercado (art. 244). El concepto de economía social de mercado es de génesis alemana, está inspirado en las ideas de Alfred Müller-Armack, fue desarrollado por economistas alemanes e implementado inicialmente en la Alemania de posguerra de Konrad Adenauer, y posteriormente difundido por Europa y América. Se lo entiende como un sistema que reconoce la libre iniciativa privada y el funcionamiento de las reglas de mercado, pero en el que el Estado puede y debe intervenir en distintas formas, sea coadyuvando a lo que realiza la empresa privada, sea actuando cuando ella no lo hace, sea corrigiendo las imperfecciones del mercado, o subvencionando a los más necesitados, cuando así las circunstancias lo imponen.⁷ El mercado es considerado como el principal asignador de recursos, pero, a diferencia del sistema de economía de mercado, puramente liberal, se concibe una fuerte presencia estatal para corregir los desequilibrios producidos en el mercado y lograr metas sociales. El Estado está llamado a establecer y garantizar las reglas orientadoras del sistema económico, y a actuar como un agente más, en forma subsidiaria, cuando la actuación de agentes privados es insuficiente para satisfacer necesidades públicas.

6. Ver Ramón Entrena Cuesta, “El principio de la libertad de empresa”, p. 109.

7. Ver Jorge Gallardo, *Los principios fundamentales de una economía social de mercado*, Quito, Fundación Konrad Adenauer, 1994.

La tendencia predominante en la Asamblea Constituyente de 2008 consideró que la consagración del sistema de economía social de mercado a nivel Constitucional constituía una adhesión expresa al “neoliberalismo”,⁸ posición con la que no concordamos.⁹ El énfasis en las metas sociales implícito en la noción de economía social de mercado suele convertirlo precisamente en una alternativa al orden económico estructurado exclusivamente sobre la lógica de acumulación ilimitada del capitalismo.¹⁰ La defensa de la competencia y la seguridad social son la columna vertebral de este sistema, que nunca llegó a implementarse realmente en el Ecuador.

La Constitución ecuatoriana de 2008, en el art. 283, caracteriza al sistema económico, en su conjunto, como “social y solidario”, y en forma adicional, se refiere a un subsistema económico, “popular y solidario”, como inclusivo de sectores cooperativistas, asociativos y comunitarios. En Latinoamérica, el desarrollo del concepto de economía social, entrelazado con el de economía solidaria,¹¹ ha estado vinculado con la búsqueda de un proyecto de sociedad alternativa a la pregonada por el neoliberalismo, en la cual, en lo básico, se busca el fortalecimiento de organizaciones y redes sociales de actores económicos, cuestionando la lógica individualista del capitalismo; se considera al trabajo como única fuente de valor

8. La expresión “neoliberalismo” es término difuso, de difícil definición, que ha ido cambiando en el tiempo, y cuya acepción no es igual en todos los países. En términos muy generales, nos podemos referir al neoliberalismo como una corriente de pensamiento, que, reeditando los postulados del liberalismo clásico, propugna fundamentalmente la libertad individual y la ausencia de coerción gubernamental para la producción, distribución y consumo de bienes y servicios más allá de lo indispensable para mantener la libertad misma. Históricamente, el neoliberalismo corresponde al abandono de la economía keynesiana y en América Latina se presentó en su momento como una alternativa crítica a la Teoría de la Dependencia, bajo la cual se había abierto paso el modelo de desarrollo por sustitución de importaciones que predominó en América Latina hasta finales de los 70.
9. Sobre los rasgos que distinguen la economía social de mercado del neoliberalismo, ver, por ejemplo, Peter Oestterdiekhoff, “Política de competencia”, en varios autores, *Economía social de mercado y su dimensión social*, Caracas, Nueva Sociedad, 1998, pp. 16-22. Ver también Agustín Grijalva y José Vicente Troya Jaramillo, “Elementos para un derecho de la competencia en el Ecuador”, en *FORO: Revista de Derecho*, No. 1, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2003, pp. 6 y 7.
10. Jorge Gallardo, *Los principios fundamentales de una economía social de mercado*, p. 3.
11. Ver Laurent Fraisse, Humberto Ortiz y Manon Boulianne, coords., “Alianza para un mundo responsable, plural y solidario. Versión provisional de los cuadernos de propuestas para el siglo XXI: Economía solidaria”, 2002, p. 9: “la economía solidaria designa al conjunto de actividades de producción, distribución y consumo que contribuyen a la democratización de la economía a partir de compromisos ciudadanos tanto a escala local como global. Se practica bajo distintas modalidades en todos los continentes. Recubre las diferentes formas de organización que utiliza la población para crear sus propios recursos de trabajo o para acceder a bienes y servicios de calidad, en una dinámica de reciprocidad y solidaridad que articula los intereses individuales en torno al interés colectivo. En este sentido, la economía solidaria no es un sector de la economía, sino una actuación global que engloba iniciativas en la mayoría de los sectores económicos. Como se inscribe en otra lógica de producción, de distribución o de consumo, interpela la representación dominante de la sociedad de mercado”.

real; se pregona un profundo sentido ecológico; y se enfatiza en la independencia de sectores externos en la toma de decisiones económicas.¹² En esta última corriente se inscribe el pensamiento dominante durante la Constituyente ecuatoriana de 2008, cuyo grupo mayoritario explicaba:

El nuevo sistema económico que se pretende construir ha sido denominado social y solidario. Estos adjetivos marcan una dirección y una intencionalidad que se resume en el paso de una economía centrada en el mercado, la acumulación y el capital a una que pone en el centro de su atención al ser humano. El establecimiento del objetivo de este sistema como la producción y la reproducción de la base material que garantiza el buen vivir apunta en dos direcciones: romper la visión clásica de la economía como una forma de administración de la escasez y recuperar la noción de economía como hecho fundamentalmente material frente a la ficción monetaria y financiera que la gobierna actualmente. Finalmente, los principios de funcionamiento que se establecen deben guiar este nuevo sistema hacia garantizar la soberanía económica, la progresiva superación del modelo extractivista, el reconocimiento del ser humano y su trabajo como única fuente real de valor, posibilitar el fortalecimiento de formas de intercambio más solidarias e impulsar formas de consumo que no comprometan nuestro presente, ni la base material de las futuras generaciones.¹³

En este punto, quisiera destacar el esfuerzo orientador de los doctores Julio César Trujillo y Agustín Grijalva, quienes, desde la base constitucional, han buscado precisar las distinciones entre el sistema económico consagrado en la Constitución de 1998 frente al sistema económico actualmente reconocido.¹⁴ Entre sus aportes, explican como “más que la proclamación de los derechos como objetivos de la economía, lo que diferencia a la economía social y solidaria de la economía social de mercado son los medios que se constitucionalizan para efectivizarlos”¹⁵ y destacan que, bajo el enfoque constitucional vigente, las políticas públicas son

12. Ver José Luis Coraggio, “La economía social y la búsqueda de un programa socialista para el siglo XXI”, base de la exposición en el panel “La economía del socialismo del siglo XXI”, en el encuentro “Los socialismos del siglo XXI”, Quito, 21-22 de agosto de 2007, disponible en [<http://www.riless.org>], consultada por última vez el 10 de julio de 2010: “llamamos Economía Social a las prácticas que van construyendo segmentos crecientemente organizados por trabajadores asociados que siguen esa lógica reproductiva sobre la base material de la economía popular, que es hoy parte subordinada de la economía capitalista. Se trata de organizar un subsistema orgánico de economía socialmente consciente de los lazos intersubjetivos, intercomunitarios en diversas escalas y de las relaciones sociales y con la naturaleza que se van institucionalizando, que entre en tensión con la economía del capital y la economía pública junto con las cuales constituye una contradictoria economía mixta”.
13. Informe de mayoría de la Mesa 7 de la Asamblea Constituyente, Acta 55, p. 15.
14. Ver Julio César Trujillo y Agustín Grijalva, “El fundamento constitucional de la nueva economía”, en *La Tendencia*, feb-mar, 2010, disponible en [<http://www.fes-ecuador.org/pages/lineas-de-trabajo/renovacion-partidaria/revista-tendencia.php>], consultada por última vez en julio de 2011.
15. *Ibid.*, p. 89.

garantías, es decir, medios concretos, para la realización de los derechos de los individuos, sin que sea admisible la idea de un Estado orientado fundamentalmente a la idea de estabilidad macroeconómica (art. 85).

4. RASGOS QUE IDENTIFICAN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL ECUATORIANO

Con estos antecedentes, paso a dejar sentados los grandes rasgos que considero, identifican el ordenamiento constitucional ecuatoriano en materia económica:¹⁶

1. Inclusión de agentes económicos excluidos, a través del aprovechamiento de la capacidad productiva local y del fortalecimiento de redes asociativas. En este ámbito, la Constitución vigente establece como deber del Estado el fortalecimiento del desarrollo de organizaciones y redes de productores y de consumidores (art. 281, numeral 10); consagra como objetivo de la política comercial el impulso del comercio justo¹⁷ (arts. 304 numeral 5 y 336); reconoce la existencia de un sector financiero popular y solidario y determina que sus iniciativas, así como las de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas, recibirán un tratamiento diferenciado y preferencial del Estado (art. 311).

2. Redistribución de ingresos a través de la acción estatal. A nivel de ingresos estatales, se impulsa la tributación con función redistributiva; y a nivel de gastos estatales, se propugna una fuerte política social para asegurar la vigencia de igualdad material.

Varias normas constitucionales se refieren a estos aspectos: se consagra como deber primordial del Estado promover la redistribución equitativa de los recursos y la riqueza (art. 3, num. 5) y como objetivo de la política fiscal, en general, y tributaria en particular, la redistribución de ingresos, a través de tributos y subsidios, priorizando los impuestos directos y progresivos, como el impuesto a la renta, en contraste con la tendencia dominante de los últimos años en la que el acento estaba sobre los impuestos indirectos (arts. 285, 300 y 306). La planificación –cuya trascendencia se potencia en la Constitución vigente– es considerada como instrumento de promoción de la equidad (art. 275), y las redes de producción y distribución

16. La definición de estos objetivos corresponde a Allison Vásquez, “Regímenes de bienestar y debate sobre política social en Ecuador”, en Alberto Acosta y Fander Falconi, edits., *Asedios a lo imposible. Propuestas económicas en construcción*, disponible en [<http://www.flacso.org.ec>], consultada por última vez el 15 de julio de 2010, pp. 25 y ss.

17. Se entiende al comercio justo como una forma alternativa de comercio fundada en relaciones directas y justas entre productores y consumidores, evitando intermediarios y valorando el respeto al medioambiente en el proceso productivo.

de alimentos como mecanismos para promover la equidad entre espacios urbanos y rurales (art. 281, num. 10). Adicionalmente, varias normas constitucionales consagran el acceso equitativo a servicios como seguridad social (art. 34), crédito (art. 308), agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias (art. 314), educación (art. 347, numeral 12; art. 355) y salud (art. 358). El art. 340 consagra la existencia de un sistema nacional de inclusión y equidad, compuesto por los ámbitos de la educación, salud, seguridad social, vivienda, gestión de riesgos, entre otros.

Tres años después de la entrada en vigencia de la Constitución, están todavía por esclarecerse los mecanismos de redistribución de factores de la producción, a la que se refiere el art. 334, al tenor del cual, le corresponde al Estado “evitar la concentración o acaparamiento de factores y recursos productivos, promover su redistribución y eliminar los privilegios o desigualdades en el acceso a ellos”, que coinciden con el contenido del art. 281, numeral 4, al tenor del cual es responsabilidad del Estado promover políticas redistributivas que permitan el acceso del campesinado a la tierra, al agua y otros recursos productivos.

3. *Ampliación de los derechos sociales y económicos.* La Constitución vigente, en su art. 34, ha ampliado el derecho a la seguridad social a las personas que realizan trabajo no remunerado en los hogares, actividades para el autosustento en el campo, toda forma de trabajo autónomo y a quienes se encuentran en situación de desempleo, y ha establecido que el Estado debe garantizar este derecho y hacerlo efectivo.¹⁸ En el ámbito del derecho a la educación, ha consagrado la gratuidad de la educación hasta el tercer nivel de educación superior inclusive (art. 28), en contraste con la Constitución anterior, que garantizaba la gratuidad hasta el bachillerato o su equivalente (art. 67). Estas declaraciones constitucionales chocan en la práctica con las limitaciones presupuestarias del Estado y con la baja calidad de las prestaciones que los ciudadanos reciben.

4. *Inclusión de dimensiones culturales, ecológicas y éticas en la noción de desarrollo, diferenciándola de la noción de crecimiento económico.* “el crecimiento económico y el desarrollo no son sinónimos, en la medida que el primero es la expansión física del sistema y el segundo se refiere a la calidad del sistema”.¹⁹ A continuación, incorporamos algunas reflexiones sobre este tema.

18. José Luis Coraggio se refiere al “derecho a un ingreso básico ciudadano universal, vinculado o no al trabajo bajo sus múltiples formas y al sistema de seguridad social universal” como derechos que deben ser considerados en un proceso constituyente en el marco de la economía social y solidaria”. Ver, José Luis Coraggio, “La economía social y la búsqueda de un programa socialista para el siglo XXI”.
19. Fander Falconí, “La construcción de una economía con cimientos ecológicos”, en *Asedios a lo imposible. Propuestas económicas en construcción*, p. 192.

5. CONSTITUCIÓN Y NOCIÓN DE DESARROLLO

A la luz de la Constitución vigente, el desarrollo es un “proceso para alcanzar el buen vivir” (*sumak kawsay*)²⁰ (art. 275). A pesar de su trascendencia, el contenido de este principio y las implicaciones de su aplicación todavía resultan oscuros. Muchas veces, el *sumak kawsay* es explicado de una manera muy ligera, como un desarrollo propio de la filosofía andina (a pesar de que tales explicaciones no señalan con claridad los contenidos distintivos de esta filosofía, ni las fuentes en las cuales se sustentan), sin aclarar su significado. La ausencia de ideas claras sobre este tema deja abierta la puerta para interpretaciones discrecionales, lo que en muchos casos puede conllevar la vulneración de derechos.

En este punto, una vez más quisiera referirme a los criterios orientadores proporcionados por los doctores Trujillo y Grijalva con relación a esta materia. A partir de un análisis constitucional, los mencionados profesores, proporcionan elementos para aproximarse al principio del *sumak kawsay*. Inician su explicación analizando el tercer párrafo del art. 275 de la Constitución vigente y con fundamento en tal norma determinan que el buen vivir “es un valor, un fin, un horizonte que comprende el respeto a la diversidad, el ejercicio de los derechos y responsabilidad constitucionales y otros, como el derecho a la paz consigo mismo y con todo el entorno físico y humano en el que se desenvuelve la vida humana”.²¹ Los autores explican como este principio implica una dimensión ética, de crítica al consumismo, a la instrumentalización del trabajo humano, y a la depredación de la naturaleza, y como, en armonía con el espíritu garantista de la Constitución, los derechos son elementos constitutivos del buen vivir a los cuales debe subordinarse el mercado y cualquier mecanismo de distribución de recursos, sin que esto implique una igualación en la privación de condiciones, sino, al contrario, la creación de oportunidades y medios para que todas las personas accedan a esa calidad de vida que incluye la vida digna.²²

En medio de una serie de explicaciones vacías sobre el tema, el esfuerzo de los Dres. Trujillo y Grijalva, fundamentado en un ejercicio interpretativo de la Constitución, representa un intento serio de dotar de contenido a este elemento que se ha introducido por primera vez en el constitucionalismo ecuatoriano, y que, como se manifestó, genera más dudas que certezas al momento de evaluar casos concretos. Al final, es a la Corte Constitucional a la que le correspondería esclarecer el contenido y los alcances del *sumak kawsay*.

20. Ver informe de mayoría de la Mesa 7 de la Asamblea Constituyente, Acta 55, p. 21.

21. Julio César Trujillo y Agustín Grijalva, “El fundamento constitucional de la nueva economía”, p. 90.

22. *Ibid.*

6. CONSTITUCIÓN Y MODELO DE DESARROLLO

La Constitución de 2008 surgió como un instrumento jurídico-político que, entre otros objetivos, buscaba legitimar un cambio de modelo de desarrollo,²³ en medio de un ambiente de abundancia, pues a la época en que tuvo lugar la Asamblea Constituyente de 2008, el Ecuador gozaba de ingresos de petróleo mucho más altos a los que estaba habituado a recibir.

En este escenario, la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo (SENPLADES) ha plantado una estrategia de desarrollo que en varios aspectos se aproxima al modelo de sustitución de importaciones de los años 60-70, con algunas variantes. En rasgos generales, la SENPLADES ha planteado recorrer al menos cuatro etapas fundamentales: 1. Alcanzar un alto nivel de transferencia tecnológica y, mientras tanto, mantener el esquema de exportación primaria; 2. Realizar la inversión adecuada para la transformación de la matriz energética y consolidación de la industria nacional; 3. Aplicar una estrategia de sustitución de importaciones tradicionales con innovación tecnológica, que consolide la sustitución de exportaciones; 4. A largo plazo, la meta anunciada es convertir al Ecuador en un país terciario exportador de bioconocimientos y servicios turísticos.²⁴

A nivel constitucional, varias normas allanan la implementación de este modelo remozado de sustitución de importaciones, dentro del cual destacamos estas características: énfasis en la protección a la producción nacional y restricción de importaciones para el efecto, fuerte intervención estatal en el campo económico y selectividad en la admisión de inversión extranjera. A continuación, hacemos una revisión muy rápida de como estos temas se tratan a nivel constitucional:

a) énfasis en la protección a la producción nacional y la restricción de importaciones para tal efecto. Son relevantes las siguientes normas al respecto: art. 284, num. 2 (son objetivos de la política económica, entre otros, el incentivo de la producción nacional, la acumulación del conocimiento científico y tecnológico, la inserción estratégica en la economía mundial); art. 304, num. 3 (entre los objetivos de la política comercial está fortalecer el aparato productivo y la producción nacionales); art. 306, inc. 2do (el Estado propiciará las importaciones necesarias para

23. Sobre este tema, ver Alberto Acosta y Fander Falconí, eds., “Otra política económica deseable y posible”, en *Asedios a lo imposible. Propuestas económicas en construcción*, p. 17. Según estos autores, notoriamente influyentes en la tendencia política predominante en la Asamblea Constituyente de 2008, “No se propone retornar a una estrategia de industrialización a través de la sustitución de importaciones. Esta construcción pasa por recuperar el carácter público del Estado y desencadenarlo de los intereses corporativistas privados”. No definen cuál es la estrategia alternativa.

24. Ver [www.senplades.gov.ec], consultada por última vez el 28 de junio de 2011.

los objetivos del desarrollo y desincentivará aquellas que afecten negativamente a la producción nacional, a la población y a la naturaleza); art. 335, inc. 2º (el Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional).

Desde nuestra perspectiva, el sistema de protección a los productores nacionales plantea el riesgo de que la restricción de competencia pueda desincentivar a productores locales a buscar mayor eficiencia y a generar productos de mejor calidad, y, consecuentemente, perjudicar a los consumidores. Los efectos que la intervención estatal en la fijación artificial de precios puede producir se contraponen a las garantías para los consumidores y a la búsqueda de mercados eficientes consagradas en la propia Constitución.

b) fuerte intervención estatal en el campo económico. Existen varios mecanismos de intervención estatal en la economía: regulación; gestión directa de empresas, realización de actividades de fomento y planificación. Desborda los límites de este trabajo revisar el tratamiento constitucional de cada una de estas posibilidades de intervención. Por el momento, nos centraremos en la posibilidad de gestión empresarial directa por parte del Estado, que es una de las áreas en las que más evidente se hace el cambio de orientación con relación a la Constitución anterior.

Un primer ámbito de actuación empresarial del Estado es el de los sectores estratégicos. El art. 313 de la Constitución vigente determina que el Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos. A diferencia de lo ocurrido en la anterior Constitución, en la vigente, se establece que la regla general es que el Estado a través de empresas públicas participe en los sectores estratégicos²⁵ con posibilidad de delegación a empresas mixtas en las cuales el Estado tenga mayoría accionaria. Únicamente por excepción, se contempla la posibilidad de delegar a la iniciativa privada “y a la economía social y solidaria”, el ejercicio de actividades en sectores estratégicos, cuando así lo establezca la ley.

Un segundo ámbito es el de actuación estatal en sectores no estratégicos. La Constitución se refiere a la producción de bienes por parte del Estado no solo como una atribución, sino como un deber (art. 277, num. 4); así como a la posibilidad de que el Estado incurra, en forma adicional a la prestación de servicios públicos, en “el desarrollo de otras actividades económicas” (art. 315). Estamos frente a una Constitución que impulsa la presencia de un Estado productor, que podría competir en varios ámbitos con el sector privado. Ya la idea de un Estado dedicado a la producción de productos y servicios varios despierta muchas inquietudes.

25. El art. 313 define como sectores estratégicos, de decisión y control exclusivo del Estado, a aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y declara que son tales los siguientes bienes y servicios públicos: la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley.

Admitiendo que así lo ha dispuesto la Constitución, lo ideal hubiera sido que se consagre una situación de competencia justa. Sin embargo, esto no sucede. Cuando la Carta Fundamental, en los arts. 304, num. 5 y 335, inc. 2do. se refiere al sector privado como principal destinatario de las políticas estatales para evitar prácticas monopólicas u oligopólicas y *único* destinatario de los mecanismos sancionatorios para evitar estas prácticas, propicia que el Estado, productor y regulador a la vez, asuma los roles de juez y parte. La posibilidad de excluir al Estado del ámbito de normativa de defensa de la competencia, favorece su presencia bajo condiciones preferentes en áreas en las que podría ser menos eficiente que el sector privado, perjudicando, una vez más, a los consumidores. El riesgo de un tratamiento privilegiado para el sector público no es mera especulación. Lamentablemente, tenemos antecedentes recientes en los cuales se ha establecido un tratamiento diferenciado entre sector público y privado, favorable para el primero, en ámbitos que inciden directamente en competitividad, como el laboral. Adicionalmente, en los debates de la Asamblea Constituyente, se desatendieron pedidos de minoría en el sentido de que se reconozca igualdad de condiciones para sectores públicos y privados.²⁶ Estamos en un terreno muy sensible: si el Estado considera conveniente intervenir directamente en el mercado mediante la producción de bienes y la producción de servicios, debe hacerlo en igualdad de condiciones que el sector privado. Desde esta perspectiva, existe contradicción entre el fomento de igualdad de condiciones en el mercado, al que se refiere el art. 336, inc. 2do. de la Constitución, y el tratamiento desigual entre particulares y Estado, consagrado en arts. 304, num. 5 y 335, inc. 2do. de la misma. Este es un aspecto particularmente sensible que debe ser considerado en la Ley Antimonopolios cuyo contenido está en discusión a la fecha de presentación del presente artículo.

c) implementación de un criterio selectivo para admitir inversión extranjera. La confianza en los beneficios de la inversión extranjera y el allanamiento normativo e institucional para su captación ha sido una constante en los últimos años. Sin embargo, el país ha cambiado de posición. El criterio que se ha impuesto actualmente en el Ecuador es el de admisión selectiva de la inversión extranjera. Este cambio de concepción se ha evidenciado a nivel constitucional. El art. 339 dice que el Estado priorizará la inversión nacional y que la inversión extranjera directa será complementaria a la nacional, y se orientará según las necesidades y prioridades definidas en el Plan Nacional de Desarrollo, así como en los diversos planes de desarrollo de los gobiernos autónomos descentralizados. Adicionalmente, ha desaparecido del texto constitucional la garantía de un tratamiento igualitario de inversión nacional y extranjera que figuraba en el art. 244, numeral 1 de la

26. En este sentido, ver transcripción de intervenciones de asambleístas Pablo Lucio Paredes y Catalina Ayala, Acta 35 de la Asamblea Nacional Constituyente, pp. 35 y 78.

Constitución de 1998, lo cual, sin embargo, ha sido retomado en el Código de la Producción (art. 17). Complementa este panorama las restricciones que la Constitución vigente ha impuesto para la admisibilidad de pactar arbitraje internacional en tratados e instrumentos internacionales (art. 442).

7. CONCLUSIONES

- a) El sistema de economía social de mercado consagrado en la Constitución de 1998 nunca tuvo real vigencia en el país. En la Constitución de 2008, la caracterización constitucional del sistema económico como uno social y solidario comporta los siguientes aspectos fundamentales: énfasis en aspecto redistributivo; fortalecimiento del rol de entidades asociativas y del Estado como actores del sistema económico; fortalecimiento de garantías de derechos económicos, sociales y culturales. En este contexto, es necesario encontrar puntos de equilibrio: armonizar la búsqueda de redistribución de riqueza con la búsqueda de generación de la misma; y tomar las medidas necesarias para que la activa presencia estatal en los ámbitos de regulación, gestión de empresas, fomento y planificación no asfixie la iniciativa privada. Las normas Constitucionales dan cuenta del afán de construir un mercado más vigilado y más sensible a las necesidades de los grupos excluidos, pero mercado al fin, dentro del cual la libertad de empresa y el derecho de propiedad imponen límites que necesariamente deben ser observados en todo tipo de actuación estatal.
- b) Ante la ausencia de definiciones constitucionales de conceptos como “economía social y solidaria” y “el buen vivir”, entre otros, que atraviesan transversalmente la Constitución, se requiere que los intérpretes de la misma, sobre todo los jueces constitucionales, aclaren el significado de estas expresiones y generen certidumbre y confianza.
- c) El país se ha orientado hacia un modelo de desarrollo endógeno, por sustitución selectiva de importaciones. Al respecto, cabe traer a tiempo presente los cuestionamientos que años atrás se hicieron al modelo de sustitución de importaciones, entre ellos: posible surgimiento o consolidación de estructuras monopólicas u oligopólicas en el mercado interno, derivadas del proteccionismo a la industria nacional; posibles perjuicios a los consumidores nacionales ante la restricción de importaciones; y ausencia de estímulo a los productores nacionales para mejorar su competitividad. Se suma a estas inquietudes la inconveniencia de aislarse comercialmente en un contexto internacional marcado por la interdependencia. Existe, pues, una tensión inevitable entre política industrial y competencia, que debe ser cuidadosamente analizada.

8. BIBLIOGRAFÍA

- Acosta, Alberto,
1998 *El Estado como solución. Algunas reflexiones desde la economía*, Quito, Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales.
- Acosta, Alberto, y Fander Falconí,
“Otra política económica deseable y posible”, en Alberto Acosta y Fander Falconí, eds., *Asedios a lo imposible. Propuestas económicas en construcción*, disponible en [<http://www.flasco.org.ec>]
- Aragón Reyes, Manuel,
1995 *Libertades económicas y Estado social*, Madrid, McGraw Hill.
2007 “La Constitución como paradigma”, en *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Editorial Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM.
- Ariño Ortiz, Gaspar,
1995 *Principios constitucionales de la libertad de empresa. Libertad de comercio e intervencionismo administrativo*, Madrid, Editorial Marcial Pons e Instituto de Estudios del Libre Comercio.
- Baer, Werner,
2002 “El neoliberalismo en América Latina: un regreso al pasado?”, en *Estado y mercado en la historia de Perú*, Lima, Pontificia Universidad Católica de Perú.
- Bassols Coma, Martín,
1988 *Constitución y sistema económico*, Madrid, Tecnos, 2a. ed.
- Coraggio, José Luis,
2007 “La economía social y la búsqueda de un programa socialista para el siglo XXI”, base de la exposición en el panel “La economía del socialismo del siglo XXI”, Quito, encuentro “Los socialismos del siglo XXI”, 21-22 de agosto de 2007, disponible en [<http://www.riless.org>].
- De la Cruz Rerrer, Juan,
1992 *Apuntes de Derecho Público Económico. La intervención pública en al economía y en la Empresa*, Madrid, Dykinson.
- Entrena Cuesta, Ramón,
1981 “El principio de la libertad de empresa”, en Gerardo Garrido Falla, dir., “El modelo económico de la Constitución española”, Madrid, Instituto de Estudios Económicos.
- Fiss, Owen,
2007 “Por qué el Estado?”, en varios autores, *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Editorial Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM.
- Fraisse, Laurent, Humberto Ortiz y Manon Boulliane, coords.,
2002 “Alianza para un mundo responsable, plural y solidario. Versión provisional de los cuadernos de propuestas para el siglo XXI: economía solidaria”.
- Gallardo, Jorge,
1994 *Los principios fundamentales de una economía social de mercado*, Quito, Fundación Konrad Adenauer.

- Gotilla Caballero, Carlos Alberto,
2006 *Constitución, Estado y Economía. La intervención del Estado en la economía en la constitución de los Estados miembros de la Comunidad Andina*, La Paz, Azul Editores.
- Guastini, Riccardo,
2007 “Sobre el concepto de Constitución”, en *Teoría del neoconstitucionalismo*, Editorial Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Madrid.
- Grijalva, Agustín, y José Vicente Troya Jaramillo,
2003 “Elementos para un derecho de la competencia en el Ecuador”, en *FORO: Revista de Derecho*, No. 1, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional.
- Lucio Paredes, Pablo,
2008 “La constitución y la economía”, en Julio Echeverría y César Montúfar, eds., *Plenos poderes y transformación constitucional*, Abya-Yala / Diagonal capítulo Ecuador, Quito.
- Martner, Gonzalo Daniel,
1999 *Gobernar el mercado. Las nuevas fronteras del Estado en el siglo XXI*, Santiago de Chile, LOM Ediciones.
- Monzón, José Luis,
2006 “Economía social y conceptos afines: fronteras borrosas y ambigüedades conceptuales del Tercer Sector”, publicado en *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, No. 56, noviembre 2006, pp. 9-24, disponible en [<http://www.ciriec-revistaeconomia.es>].
- Ochoa Cardich, César,
1990 “El marco constitucional económico de la actividad empresarial del Estado”, en Comisión Andina de Juristas, *Lecturas sobre temas constitucionales*, Lima, Comisión Andina de Juristas.
- Oesterdiekhoff, Peter,
1998 “Política de competencia”, en varios autores, *Economía social de mercado y su dimensión social*, Caracas, Nueva Sociedad.
- Pastro Prieto, Santos,
1989 *Sistema jurídico y economía. Una introducción al análisis económico del Derecho*, Madrid, Tecnos.
- SENPLADES,
Plan Nacional de Para el Buen Vivir 2009-2013, ubicado en [<http://plan.senplades.gob.ec/>].
- Smith, Peter,
1997 “Ascenso y caída del Estado desarrollista en América Latina”, en Meno Vellinga, edit., *El cambio del papel del Estado en América Latina*, México, Siglo XXI.
- Trujillo, Julio César,
1995 “Modelos económicos e instituciones políticas”, en *Ensayos en homenaje de la Facultad de Jurisprudencia a Julio Tobar Donoso*, Quito, Ediciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

Trujillo, Julio César, y Agustín Grijalva,

2010 “El fundamento constitucional de la nueva economía”, en *La Tendencia*, No. 10, febrero-marzo 2010, auspiciada por ILDIS-FES, disponible en [<http://library.fes.de/pdf-files/bueros/quito/05108/tendencia2010,10.pdf>].

Viciano Pástor, Javier,

1995 *Libre competencia e intervención pública en la economía (Acuerdos restrictivos de la competencia de origen legal)*, Valencia, Tirant lo Blanch.

Vásconez, Allison,

“Regímenes de bienestar y debate sobre política social en Ecuador”, en Alberto Acosta y Fander Falconí, eds., *Asedios a lo imposible. Propuestas económicas en construcción*, disponible en [<http://www.flacso.org.ec>].

Witker Velásquez, Jorge,

2002 *Introducción al derecho económico*, México, McGraw Hill, 5a. ed.

Actas de la Asamblea Nacional Constituyente, 2008: Actas, 35, 36, 43, 55 y 56.

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN EL ECUADOR

Carmen Amalia Simone Lasso

Superado el debate en el que durante años estuvieron embarcados Kelsen y Schmitt;¹ abandonada la discusión respecto a las ventajas y desventajas del método concentrado respecto del difuso, y viceversa; hoy, cuando nuestro país se encuentra en proceso de tránsito del Estado de legalidad al Estado de constitucionalidad,² son nuevos los temas que surgen en el espectro, como nuevos son también los retos que debemos enfrentar en el tema del control de la constitucionalidad.

Desde las reformas constitucionales de 16 de enero de 1996, pero sobre todo a partir de la expedición de la Constitución de 1998, existe en el Ecuador un sistema de control de constitucionalidad de los actos del poder público, que despliega sus efectos sobre todos los ámbitos de la administración estatal y sobre todas las materias. En aplicación del postulado de la supremacía constitucional, todas las normas, sean estas leyes, reglamentos, resoluciones, decretos, así como los actos administrativos, deben someterse irrestrictamente a la Carta Suprema, tanto en el aspecto formal o de su creación, como en el aspecto material, referido a su contenido.

Dentro del amplio espectro que constituye el control de constitucionalidad, reviste particular interés estudiar aquel que se ejecuta sobre el acto administrativo. Debemos partir por reconocer que uno de los primeros escollos con los que nos enfrentamos al hablar de control de constitucionalidad de los actos administrativos, es el delimitar esta institución jurídica. En el Ecuador no existe un Código o Ley Administrativa que la conceptualice adecuadamente, habiendo únicamente una definición en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecu-

1. Esta discusión se evidencia en las obras de Carl Schmitt, *La defensa de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1998, y de Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Tecnos, 1995.
2. Jaime Parra Quijano refiere el tránsito del Estado de legalidad al Estado de constitucionalidad en su trabajo “Análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de casación”, en Eduardo Montealegre, coord., *Anuario de Derecho Constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 311.

tiva.³ La jurisprudencia ecuatoriana no ha contribuido a demarcar adecuadamente el concepto de acto administrativo, y más bien sus desarrollos se han enfocado a identificarlo utilizando un método residual, es decir, diferenciándolo de las leyes así como del resto de manifestaciones que las autoridades administrativas realizan en el ejercicio del poder público.

Lo cierto es que ni la doctrina más acabada ha logrado ponerse de acuerdo en lo que se entiende por acto administrativo.⁴ García de Enterría y Tomás Ramón Fernández han dicho que acto administrativo es “la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria”.⁵ Dromi lo define como la declaración unilateral de voluntad, realizada en el ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos.⁶ En nuestro país, Secaira, por su parte, ha dicho que es “una declaración de voluntad que crea efectos jurídicos directos e inmediatos en terceros”.⁷ Así, podemos concluir que el acto administrativo, en síntesis, constituye una declaración unilateral de voluntad de la administración pública, que tiene efectos jurídicos directos sobre los administrados.

Parece lógico sostener que en cumplimiento del axioma de la supremacía constitucional, contenido en el art. 424 de la Constitución de la República del Ecuador, el acto administrativo debe, en todos los casos, guardar correspondencia con la Constitución. Fiorini destaca que no solo las leyes tienen fundamento en la Carta Suprema, pues esta “juridicidad que crea la Constitución es la materia primaria para *todos los actos estatales* pequeños, grandes, buenos, malos, oportunos, ineficaces, etcétera”⁸ (el énfasis es añadido). El autor recuerda que también el acto administrativo encuentra su validez en este ámbito de juridicidad creada por la Constitución, al igual que sus presunciones de existencia y ejecutoriedad; y afirma que si no existiera en la Constitución la norma autorizativa, no existiría potestad jurídica, ni actividad administrativa, y menos aún, función administrativa del po-

3. El art. 65 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva define al acto administrativo como “toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos *individuales* de forma directa” (el énfasis es añadido).
4. Roberto Dromi refiere que no existe un concepto doctrinario ni legal unitario sobre el acto administrativo, y señala que esta situación obedece principalmente a que en el ámbito del Derecho público no siempre se cuenta con códigos, y cuando éstos existen y definen al acto administrativo, no suelen guardar armonía de criterio. Roberto Dromi, *El acto administrativo*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1997, p. 11.
5. Citados por Alberto Pérez Dayán, *Teoría general del acto administrativo*, México, Porrúa, 2003, p. 50.
6. Roberto Dromi, *El acto administrativo*, pp. 16-31.
7. Patricio Secaira Durango, *Curso breve de derecho administrativo*, Quito, Editorial Universitaria, 2004, p. 179.
8. Bartolomé Fiorini, *Teoría jurídica del acto administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, s.a., p. 61.

der administrador, por eso, señala, “el poder administrador debe quedar sometido siempre a la Constitución y no solamente a la ley”.⁹

Efectivamente, la juridicidad constitucional es el fundamento de validez de todas las normas y actos. En palabras de Trujillo, “la Constitución no es una norma jurídica cualquiera sino la norma fundamental y fundamentadora, la norma de normas, la norma suprema (...)”.¹⁰ Por ello, todo acto jurídico, y entre ellos, el acto administrativo, encuentra su fuente en una norma previa que a su vez fue objeto normativo de otra anterior, y así, hasta llegar a la Constitución. En consecuencia, el acto administrativo no puede dejar sin efecto ni contradecir lo dispuesto en la norma general que le sirve de validez y, por ende, tampoco puede derogar lo prescrito por la Constitución.

Mas, pese a que es claro que la actuación administrativa, que se explicita justamente a través de los actos administrativos, debe sustentarse en la Constitución, ni la Carta de Montecristi, ni sus antecesoras, han mostrado claridad respecto de los mecanismos de control que se han previsto con el objeto de preservar esta necesaria correspondencia. Aún más, debemos señalar que no siempre los textos constitucionales ecuatorianos se han referido expresamente a la constitucionalidad del acto administrativo. La Constitución de 1979, reformada en 1996, atribuía al Tribunal Constitucional competencia para conocer sobre la inconstitucionalidad de los actos administrativos de toda autoridad pública, pero sin contener un precepto similar al del art. 424 de la actual Constitución, similar al contenido en el art. 272 de 1998. La Constitución de 1967, por su parte, si bien establecía que serán nulas las disposiciones legales, administrativas o de cualquier orden que menoscaben el ejercicio de los derechos garantizados por la Constitución, no incluía a los actos administrativos entre aquellas normas que podían ser suspendidas por inconstitucionales por la ex Corte Suprema de Justicia. Su antecesora de 1946 establecía que no tendrán valor alguno las leyes, decretos, ordenanzas, disposiciones y tratados o acuerdos internacionales que, de cualquier modo, estuvieren en contradicción con la Constitución o alteraren sus prescripciones, sin referirse de modo explícito a los actos administrativos. Las de 1945 y de 1929 disponían, en breves rasgos, que es obligación primordial de toda autoridad, sea del orden que fuere, arreglar sus actos a la Constitución, cumpliendo y haciendo cumplir sus disposiciones en lo que le corresponda, pero sin establecer un mecanismo de control propiamente dicho. La de 1906, por su parte, no tocaba el tema ni aun soslayadamente.

Efectivamente, fue recién en 1996 que en nuestro país se consagró de modo expreso el control de constitucionalidad de los actos administrativos, y durante los

9. *Ibid.*, p. 61.

10. Julio César Trujillo Vásquez, “La fuerza normativa de la Constitución ecuatoriana actual”, en *Foro: Revista de Derecho*, No. 3, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2004, p. 96.

quince años que han transcurrido desde su inserción, se ha atravesado distintos momentos, en los que las fórmulas contempladas han sido igualmente diversas.

Entre 1996 y 2008, en términos generales, podemos afirmar que el Ecuador contó con un sistema de control de constitucionalidad mixto, que combinó el control concentrado y abstracto a cargo del ex Tribunal Constitucional, con el control difuso y concreto, a cargo de todos los jueces y tribunales del país. Hoy, con la expedición de la Constitución de Montecristi, contamos con un sistema de control concentrado, al que contribuyen los jueces a través del denominado control concreto que realizan en las causas sometidas a su conocimiento, cuando suspenden su tramitación de tener dudas respecto a la constitucional de una determinada norma jurídica.

El control difuso, conocido como la facultad de inaplicación, se previó expresamente en el art. 274 de la Carta de 1998, que señalaba: “Cualquier juez o tribunal, en las causas que conozca, podrá declarar inaplicable, de oficio o a petición de parte, un *precepto jurídico* contrario a las normas de la Constitución o de los tratados y convenios internacionales, sin perjuicio de fallar sobre el asunto controvertido” (el énfasis es añadido).

Este control apareció propiamente en la Constitución de 1967, como una facultad confiada de manera exclusiva a la ex Corte Suprema de Justicia, en los casos particulares sometidos a su conocimiento.¹¹ Así sobrevivió durante la Constitución de 1979 y hasta las reformas de 1992, en las que se atribuyó esta facultad a cualquier Sala de la Corte Suprema y se la extendió a los “demás tribunales y salas de última instancia”. Recién con la Constitución de 1998, la inaplicación se convirtió en una facultad de todos los jueces y tribunales, sea cual fuere la instancia a que pertenecieren, y sean o no parte de la Función Judicial.

La inaplicación no fue concebida como una acción, tampoco como un recurso ni como un proceso. Legal, doctrina e incluso jurisprudencialmente, se la conceptuó como una facultad del juez, una prerrogativa que tenía por objeto dejar de aplicar, para una causa sometida a su conocimiento, una norma contraria a un precepto constitucional o un tratado internacional. Si bien del texto del art. 274 antes transcrito se desprendía que la inaplicación era una facultad, por aplicación del art. 273 de la propia Constitución de 1998, la inaplicación aparece como una obligación de todo juez o tribunal. Ciertamente, no cabe por un lado sostener que todo juez tiene la obligación de aplicar la Constitución, y simultáneamente afirmar que se puede no inaplicar una norma contraria a la misma. Los dos deberes están indisolublemente unidos. Así lo ha considerado Tócora, quien sostiene que “ello no

11. Sin embargo, muchos consideraron en su momento que pese a esta expresa disposición constitucional, los demás jueces y tribunales podían inaplicar al caso concreto preceptos contrarios a la Constitución, por mandato de la primacía constitucional, pero, sobre todo, porque el juez no aplica normas aisladas, sino un sistema normativo, donde la Carta Suprema se encuentra ubicada en el máximo peldaño.

es facultativo pues el Juez está sometido en primer lugar a la Constitución, para lo cual generalmente presta un juramento al posesionarse de su cargo”.¹²

A fin de determinar si la inaplicación de la Constitución de 1998 cabía también respecto de los actos administrativos, debemos desentrañar cuál es el alcance que tiene la expresión del art. 276, No. 2 de esa Carta Política *precepto jurídico*. Antes de 1998, las Constituciones de 1967 y 1979 hablaron exclusivamente de preceptos legales. Con la Constitución de 1998 aparece claro que la inaplicación cabía respecto de actos normativos y de leyes, pero: ¿qué pasaba respecto de los actos administrativos? En un primer momento podríamos afirmar que un acto administrativo será siempre la forma por la cual una autoridad pública aplica el derecho con efectos directos, por lo que no constituye un precepto jurídico, y no debía entenderse incluido dentro del control difuso. Sin embargo, si atendemos al texto del art. 273 antes citado, habríamos de afirmar que aunque los jueces y tribunales no tenían por mandato de la Constitución de 1998 la facultad de inaplicar un acto administrativo en los términos del art. 274, es decir, remitiendo un informe sobre el particular al antiguo Tribunal Constitucional, siempre estaban en la obligación de aplicar las normas de la Constitución que fueran pertinentes, aunque la parte interesada no las hubiere invocado expresamente, lo que significaba paralelamente dejar de aplicar o inaplicar el acto administrativo contrario a la Carta Suprema.¹³

Por mandato del referido art. 273 de la Constitución de 1998, inclusive los funcionarios administrativos tenían el deber de aplicar la Carta Magna y, paralelamente, de dejar de aplicar los actos administrativos que la contrariaban. Además, esta obligación se imponía no solo a los jueces pertenecientes a la Función Judicial, ya que el art. 191 de ese texto constitucional reconocía otras formas de administración de justicia –jueces de paz; métodos alternativos para la resolución de conflictos como el arbitraje, la mediación; y la justicia indígena– y establecía que todas estas formas alternativas no podían contrariar la Constitución y las leyes. Cabría también señalar que esta facultad la tenían otros jueces no pertenecientes a la Función Judicial, por ejemplo, los jueces de aguas, de caminos, y los antiguos jueces y cortes de policía y los militares. Y, finalmente, habría que agregar que los mal denominados jueces de coactiva también debían entenderse incluidos en esta norma, no por su errada denominación de jueces, sino porque los funcionarios administrativos también estaban llamados a aplicar la Constitución por encima de los actos administrativos, en los términos ya señalados.

Es preciso recordar que tanto la inaplicación como el ejercicio de la facultad contenida en el art. 273 de la Constitución de 1998 surtían efectos únicamente para

12. Luis Fernando Tócora, *Control Constitucional y Derechos Humanos*, Ediciones Librería del Profesional, s.a., p. 56.
13. Un acto administrativo es inconstitucional cuando su contenido viola de forma directa un precepto constitucional, y lo es también cuando vulnera un derecho fundamental consagrado en la Carta Suprema.

el caso concreto. Mas, a diferencia de la inaplicación, el juez, tribunal o funcionario administrativo que aplicaba la Constitución por encima de un acto administrativo, ni siquiera tenía la obligación de presentar un informe sobre el tema al ex Tribunal Constitucional. Ello significó que no se resolviera de forma definitiva el destino del acto administrativo inaplicado con carácter general y obligatorio, sino que simplemente se lo dejó de aplicar al caso concreto en el que el juez o funcionario cumplía con su obligación de aplicar de forma prevalente la Constitución.

La Constitución de 2008 eliminó de nuestro ordenamiento el control difuso y concreto de constitucionalidad y lo reemplazó por el que se ha denominado como “acceso por vía incidental”, comprendido en el art. 428 que dice a la letra:

Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una *norma jurídica* es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma. Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente (el énfasis es añadido).

Aunque esta forma de control es distinta a la facultad de inaplicación, encontramos que algunos de los argumentos esgrimidos anteriormente respecto del control difuso previsto en la Constitución de 1998 son igualmente aplicables al acceso por vía incidental. La Constitución de 2008 es más radical que su antecesora al establecer que el acceso por vía incidental se realiza respecto de *normas jurídicas*, expresión en la que de forma coincidente a lo ya señalado, consideramos que no debe incluirse a los actos administrativos, pues estos son disposiciones por las que se aplica y no se crea derecho, que frecuentemente tienen carácter descriptivo y no prescriptivo, y cuyos efectos no tienen la generalidad y la abstracción propia de las normas, cuya característica principal es que producen una innovación, un cambio en el ordenamiento jurídico. Advertimos, sin embargo, que este criterio no es de fácil recepción pues muchos piensan que la noción de norma jurídica comprende inclusive a los actos administrativos. Es de señalar, además, que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, al referirse en su art. 141 a la finalidad y objeto del control concreto de constitucionalidad, señala que su propósito es el garantizar la constitucionalidad de la aplicación de las *disposiciones jurídicas* dentro de los procesos judiciales, expresión que vuelve a utilizarla en el art. 143 al referirse a los efectos de esta forma de control. No existe tampoco unanimidad de criterios en cuanto a si un acto administrativo puede o no ser considerado como una disposición jurídica, aunque, desde nuestro punto de vista, esta noción tampoco incluye al acto administrativo, pues este no dispone propiamente, sino que aplica o ejecuta.

Cual ocurría con la Constitución de 1998, el nuevo texto constitucional y la Ley Orgánica que lo desarrolla también contienen otras reglas además de la comprendida en el art. 428 que nos conducen a afirmar que todos los jueces y, en general, todas las autoridades administrativas, están llamadas a dejar de aplicar cualquier norma y, por ende, cualquier acto o decisión de un poder público, que viole en lo formal o en lo material la Constitución, pues así se desprende del texto del inciso segundo del art. 425 que expresamente dice: “En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior”, siendo el orden jerárquico de aplicación de las normas, de conformidad con el inciso primero de ese mismo artículo, el siguiente: “La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos”.

El art. 436 de la Constitución se refiere al control concentrado de constitucionalidad, atribuido desde el 2008 a la Corte Constitucional. Entre las funciones de este órgano, encontramos que es competente para: “4. Conocer y resolver, a petición de parte, la inconstitucionalidad contra los actos administrativos *con efectos generales* emitidos por toda autoridad pública” (el énfasis es añadido).

La acción directa de constitucionalidad no es una innovación del texto de 2008, como sí ocurre con el acceso por vía incidental, sino que es producto de las reformas constitucionales de 1996. Sin embargo, encontramos que el Constituyente de Montecristi limitó esta forma de control únicamente a los actos administrativos de efectos generales, a diferencia de lo que ocurrió con la Constitución de 1998 y las reformas constitucionales de 1996, que consagraban la posibilidad de iniciar acciones directas de inconstitucionalidad contra todo tipo de actos administrativos, incluyendo los de carácter particular.¹⁴

Desde que se introdujo la acción directa de constitucionalidad en nuestro ordenamiento, el principal obstáculo que concitó su consagración fue el delimitar, en la práctica, qué es y qué no es acto administrativo para efectos de su procedencia. El antiguo Tribunal Constitucional en su jurisprudencia señaló, por ejemplo,

14. En su momento, criticamos que pese a que se contemplaba la posibilidad de demandar la inconstitucionalidad de un acto administrativo particular, de conformidad con la Constitución de 1998 y la antigua Ley de Control Constitucional, para demandar dicha inconstitucionalidad se requería del apoyo de mil ciudadanos o de un informe favorable del Defensor del Pueblo. Estas reglas atinentes a la legitimación activa hacían inoperante a la acción, ya que obligaban al destinatario del acto a acudir a personas desconocidas, o a un funcionario con decenas de otras atribuciones, para que apoyasen una acción en la que no tenían ningún interés. Sobre el tema, Carmen Amalia Simone Lasso, “La inconstitucionalidad de los actos administrativos en el Ecuador”, tesina previa a la obtención del título de Magíster en Derecho, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2005.

que no son actos administrativos aquellos que no son capaces de producir efectos jurídicos;¹⁵ y consideró, así mismo, que tampoco son actos administrativos los que no tienen las características de firmeza y ejecutoriedad, que a su vez, son las que permiten que sean susceptibles de reclamo.¹⁶

Hoy, al haber excluido de la acción directa de constitucionalidad a los actos administrativos de efectos particulares, se ha solucionado solo parcialmente el problema de determinar cuándo una actuación del poder público se encasilla dentro de esta clasificación y puede ser objeto de esta forma de control. Decimos que la solución ha sido parcial porque la noción de acto administrativo de efectos generales produce muchas inquietudes, que no han sido suficientemente despejadas por la doctrina del Derecho Administrativo, y que aún no han sido objeto de pronunciamiento de parte de la Corte Constitucional. Apuntemos, en primer lugar, que en nuestro país no existe esta categoría a nivel legislativo. Ni siquiera el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo comprende esta institución, pues al definir al acto administrativo, señala que es tal aquella declaración de voluntad de la administración que produce efectos individuales sobre el administrado. Acudiendo a la doctrina, debemos afirmar que acto administrativo de efectos generales es una declaración unilateral de voluntad de la administración que produce consecuencias jurídicas directas en un conglomerado de destinatarios. Es precisamente esta pluralidad de receptores del acto administrativo general la que conduce a que comúnmente se lo confunda con la noción de acto normativo. Sin embargo, como bien lo señalan García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, “la potestad administrativa ejercida en el acto ha de ser distinta de la potestad reglamentaria (...) no se trata de una simple diferencia cuantitativa (destinatarios generales o indeterminados para el reglamento, determinados para el acto), sino de grado (el reglamento crea o innova derecho objetivo, el acto lo aplica)”.¹⁷ Pese a lo acotado, nuestra Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional ha abonado a esta confusión cuando en su art. 75, al referirse a las atribuciones de la Corte Constitucional al realizar el control abstracto de constitucionalidad, el resolver de las acciones de

15. Resolución No. 627-AA-00-IS.

16. La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en su art. 5 dispone que las resoluciones administrativas causan estado cuando no son susceptibles de recurso alguno en la vía administrativa, sean definitivas o de mero trámite, si estas últimas deciden, directa o indirectamente, el fondo del asunto, de modo que pongan término a aquella o haga imposible su continuación.

17. Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo*, Bogotá, Temis, 2008, p. 530. Agustín Gordillo refiere que en Argentina no corresponde “hacer una distinción como la que se encuentra en la doctrina comparada, entre reglamento, acto administrativo general y acto administrativo particular (...) consideramos que en el derecho argentino los principios jurídicos aplicables a los actos administrativos de contenido general son los mismos tanto si el acto general es dictado para situaciones de hecho indeterminadas y repetibles como si es dictado para una situación de hecho única e individualizada”, *Tratado de derecho administrativo*, t. 3, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2007, 9a. ed., pp. IV-18 a IV-19.

inconstitucionalidad contra: “d) Actos normativos y administrativos con carácter general”, incluyendo a estas dos categorías en un mismo numeral, como si se tratara de instituciones asimilables, a la par que lo hace también en el Capítulo XII, que regula en una misma sección al control constitucional de los actos normativos no parlamentarios y al de los actos administrativos de carácter general.

La mencionada Ley no es exhaustiva en lo que respecta al control de los actos administrativos generales. Se limita a señalar que tiene legitimación activa para el restablecimiento del derecho y la reparación integral derivada de la declaratoria de inconstitucionalidad, cuando a ello hubiere lugar, “la persona directamente lesionada en sus derechos”. Menciona así mismo que la acción de inconstitucionalidad contra un acto administrativo general puede ser solicitada en cualquier tiempo a partir de la expedición del acto, lo cual a nuestro juicio constituye un error, pues el acto administrativo, general o particular, al no crear derecho, sino aplicarlo, tiene una eficacia temporal determinada.¹⁸ Ello ha sido reconocido cuando se ha previsto plazos determinados para accionar en su contra en la jurisdicción ordinaria, y para dejarlos sin efecto en la propia sede administrativa.

Otro aspecto que no ha recibido una solución totalmente satisfactoria ni en el nuevo texto constitucional ni en la Ley que lo desarrolla, es el de los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad de los actos administrativos. En el caso de las leyes y los actos normativos, la declaratoria de inconstitucionalidad opera a manera de una derogatoria, pues, al declararse su invalidez, se suspenden sus efectos y se expulsa a la norma del ordenamiento jurídico positivo, con lo cual, la Corte Constitucional se convierte en una suerte de legislador negativo. Pero: ¿qué ocurre con los actos administrativos? ¿qué pasa con las situaciones de carácter individual a las que dan nacimiento? ¿puede considerarse que la Corte Constitucional cumple esa suerte de “legislador” negativo también al retirar del mundo jurídico a los actos administrativos de efectos generales?

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales menciona que la declaratoria de inconstitucional “tendrá efectos hacia el futuro”, es decir, se declara su invalidez para lo ulterior. En la teoría del acto administrativo, la invalidez, cual ocurre en general en la teoría de las nulidades de los actos jurídicos en general, se resume en tres distintas categorías: la inexistencia, la nulidad y la anulabilidad. No todo vicio del que potencialmente puede padecer un acto administrativo produce las mismas consecuencias. Para Dromi, existen vicios muy graves, graves, leves y muy leves. Los tres primeros afectan a la validez del acto, causando, respectivamente, su inexistencia, nulidad o anulabilidad. El último no afecta a la validez, pero genera

18. Como manifiesta Gordillo, “los actos que, aún alcanzando a una pluralidad de personas o de situaciones, no se incorporan con vocación de permanencia al ordenamiento jurídico, sino que se agotan en su cumplimiento más o menos inmediato, pueden ser considerados ‘actos administrativos’ en lugar de ‘reglamentos’”, Agustín Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, pp. IV-19.

responsabilidad administrativa del funcionario que lo expidió.¹⁹ Para efectos de nuestro análisis, es preciso determinar en qué tipo de vicio podemos incluir a la inconstitucionalidad. Si admitimos que la Constitución es condición de validez y legitimidad de todo el ordenamiento jurídico, no podemos sino concluir que la inconstitucionalidad de un acto es un vicio muy grave, que si no produce la inexistencia del acto administrativo, al menos acarrea su nulidad absoluta.²⁰

Del texto de la Constitución de 2008 y de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se desprende que la acción de inconstitucionalidad de los actos administrativos, pese a producir declaratoria de invalidez por adolecer del más grave de los vicios –que es precisamente su inconstitucionalidad– no supone el volver las cosas al estado en que estaban antes de la emisión del acto. Evidentemente ello parece absurdo, pues tanto la teoría general del acto administrativo, como la doctrina jurídica general, han identificado como consecuencias de la nulidad absoluta del acto, que el mismo no pueda ser objeto de convalidación, y que carezca de toda eficacia. Si el acto inconstitucional es un acto nulo de nulidad absoluta y, por ende, ineficaz, debería entenderse que desde su emisión no estaba en capacidad de producir efectos jurídicos. Debe entenderse también que todas las situaciones jurídicas creadas al amparo de ese acto carecen de eficacia, pues se fundaron en un acto privado de valor. Recordemos que un acto administrativo ilegal puede, mediante un recurso subjetivo, ser anulado por la correspondiente Sala de lo Contencioso-Administrativo o de lo Contencioso Tributario, que al tiempo de declarar ilegal el acto, debe ordenar la cesación de la violación del derecho, y debe además adoptar las medidas necesarias para reparar el daño proferido, si fuere del caso.²¹ No cabría, en consecuencia, que la declaratoria de invalidez de un acto por el juez constitucional tenga efectos diferentes, o más benévolos. Tampoco podríamos admitir que el administrado quede librado a la buena voluntad de la administración, que tiene la facultad –no la obligación– de reparar el daño causado por el irrespeto a la Constitución. Consideramos que la inconstitucionalidad del acto administrativo es una causa de nulidad absoluta del mismo, y por ello, debería producir efectos *ex tunc*.

Junto con la acción de inconstitucionalidad de los actos administrativos, desde 1996 existe en nuestro país la garantía constitucional antiguamente denominada como amparo, hoy conocida como acción de protección. En sus orígenes, la acción

19. Roberto Dromi, *El acto administrativo*, p. 125.

20. En nuestro país no suele aceptarse la teoría de la inexistencia del acto. Como mencionan García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, el reconocimiento de esta categoría ha sido y es causa de polémica, pues la ley no suele hacer referencia a ciertos requisitos de los actos cuando se trata de exigencias verdaderamente elementales, obvias y evidentes, *Curso de derecho administrativo*, p. 593.

21. De conformidad con el art. 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el recurso de plena jurisdicción o subjetivo ampara un derecho subjetivo del recurrente, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo de que se trata.

de amparo²² tuvo como objeto adoptar medidas urgentes tendientes a hacer cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole o pueda violar un derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional, y que de modo inminente amenace con causar un daño grave. Dada esta naturaleza, en un primer momento se la consideró como una acción residual, es decir, que procedía únicamente ante la falta de otros remedios procesales. En un segundo momento, se desterró esta concepción, y se consideró que el amparo era una acción autónoma, que no dependía de la existencia o inexistencia de otros remedios administrativos o jurisdiccionales, sino que se dirigía específicamente al fin de cesar o evitar la comisión de vulneraciones graves e inminentes a los derechos fundamentales consagrados en la Constitución. En esta línea, los administrados estaban en la libertad de escoger qué acción adoptar para controlar la constitucionalidad de los actos administrativos que los afectaban, dependiendo de la existencia o inexistencia de atentados contra los derechos consagrados en la Constitución, y de la presencia de los demás elementos exigidos para la procedencia del amparo.

Tanto la Constitución de 1998 como la Ley de Control Constitucional establecían que el amparo procedía contra actos u omisiones de autoridad pública. Este concepto es radicalmente distinto a la noción de acto administrativo. Cueva Carrión afirma que “al equiparar estas dos categorías jurídicas, estamos confundiendo al plural con el singular; a aquello que es un todo, lo estamos reduciendo a una parte, y parte muy pequeña de la actividad estatal”.²³ Así, la noción de acto de autoridad pública parecía englobar a la noción de acto administrativo, existiendo entre ambas una relación del todo a la parte. Si analizamos con detenimiento la historia de la figura del amparo constitucional en el Ecuador, podemos afirmar que así efectivamente lo concibió el legislador, pretendiendo que el amparo no solo procediera respecto de los actos administrativos, sino de un género más amplio de manifestaciones de voluntad de la administración pública, entre los que se encontraban:

22. Durante su vigencia, se discutió mucho si el amparo era una acción, un recurso o un derecho. Nuestra Constitución de 1998 la categorizó como una acción, y la Ley de Control Constitucional como un recurso. En las reformas constitucionales de 1996 no se determinó si se trataba de una acción de un recurso, pues tanto el Proyecto de Reformas como la Ley Reformativa misma, solo se refirieron a esta figura como una “garantía de los derechos”. Durante las discusiones parlamentarias de este Proyecto, el Diputado Cordero Acosta mantuvo que “no es propiamente un recurso, sino una medida cautelar” (Acta CE-94-95-035 de 18 de mayo de 1995); sin embargo, al presentar el Proyecto de Ley del Control y los Procedimientos para las Garantías Constitucionales, aprobado luego como la Ley del Control Constitucional, de su autoría, lo conceptuó como un recurso (Proyecto I-97-223 de 8 de abril de 1997, Ley 000, Registro Oficial 99 de 2 de julio de 1997). Consideramos que se trató propiamente de una acción, pues supone únicamente la existencia de un derecho lesionado, mientras que el recurso implica el atacar una decisión previa de una autoridad administrativa o judicial, lo que no ocurría en el amparo constitucional.
23. Luis Cueva Carrión, *El amparo*, Quito, Impreseñal, 1998, p. 143.

por una parte, las actuaciones judiciales,²⁴ expresamente excluidas posteriormente por la Constitución de 1998 en el inciso segundo del art. 95;²⁵ la no expedición de actos (silencio administrativo); y la no ejecución de hechos, conforme consta aún del inciso segundo del art. 46 de la antigua Ley de Control Constitucional.

Efectivamente, la noción de acto de autoridad pública resulta sumamente vaga e imprecisa,²⁶ por lo que primero, a través de la jurisprudencia del antiguo Tribunal Constitucional, y luego mediante Resolución de carácter general emitida por la ex Corte Suprema de Justicia, se limitó el ámbito de la acción de amparo, excluyéndose expresamente a los siguientes actos de autoridad: actos normativos (leyes orgánicas y ordinarias, decretos-leyes, decretos, ordenanzas, estatutos, reglamentos y resoluciones de obligatoriedad general); actos de gobierno, es decir de aquellos que implican ejercicio directo de una atribución constitucional, dictados en el ejercicio de una actividad indelegable, y que tengan alcance o efecto general; decisiones judiciales; y reparación del derecho lesionado, cuando pueda reclamarse a través de las garantías constitucionales de hábeas corpus y de hábeas data, o a través del amparo de libertad. Es de esta manera, que la acción de amparo quedó reducida a la impugnación de actos administrativos sometidos al derecho administrativo, como bien lo sostiene Zavala Egas.²⁷

El ex Tribunal Constitucional fue desarrollando, a través de los años, su propia teoría del acto administrativo –ciertamente imperfecta– y delineó y limitó los requisitos que este debía observar a fin de ser susceptible de impugnación por la vía del amparo. Así, se pronunció favorable a los recursos de amparo propuestos contra actuaciones de la Función Legislativa y de la Función Judicial que son actos administrativos, como los de suspensión o destitución de funcionarios. En conso-

24. Inicialmente la voluntad de los legisladores fue la de hacer extensivo el amparo a las providencias judiciales, como ocurre por ejemplo en México, país creador y pionero en el tema. Así se desprende del texto del art. 54 del Proyecto de Ley del Control y los Procedimientos para las Garantías Constitucionales, presentado por los diputados José Cordero Acosta y Marco Landázuri Romo, al H. Congreso Nacional con fecha 8 de abril de 1997, cuyo inciso tercero señala: “solo mediante el patrocinio del Defensor del Pueblo, de sus adjuntos o de sus comisionados provinciales, podrá plantearse, ante el respectivo superior, recurso de amparo en contra de las providencias y más actuaciones judiciales, patrocinio que no podrá ser denegado si la petición del afectado evidencia los fundamentos del recurso”. Este Proyecto, luego de los dos debates y el allanamiento y ratificación respectivos, fue aprobado como la Ley del Control Constitucional.
25. Desde distintos círculos doctrinarios se afirmó la inconveniencia de este precepto constitucional, y se postuló la necesidad de instaurar la acción de amparo contra providencias judiciales. Al respecto resulta importante la opinión de Domingo García Belaúnde, “El Amparo contra Resoluciones Judiciales”, en *Lecturas sobre temas constitucionales*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1991, pp. 63-78.
26. Particular que sin embargo de haber sido advertido por el diputado Proaño Maya durante el primer debate a las reformas de la Constitución de 1996, Acta CE-94-95-035, p. 44, no fue corregido.
27. Jorge Zavala Egas, “El amparo constitucional”, en *Guía de litigio constitucional*, t. II, Quito, Corporación Latinoamericana para el Desarrollo, CLD, 2001, p. 120.

nancia con lo previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa respecto de las acciones contenciosas, previó que solo son objeto de la acción de amparo los actos administrativos que hayan causado estado, es decir, aquellos que ya no pueden ser atacados o impugnados a través de un recurso administrativo. También sostuvo que no cabe acción de amparo respecto de contratos administrativos, por no ser declaraciones unilaterales de voluntad. Finalmente señaló que es inimpugnable vía acción de amparo todo “acto que se produce como consecuencia de un procedimiento de jurisdicción constitucional”.²⁸

Con la Constitución de 2008, la acción de amparo fue reemplazada por la acción de protección, repitiendo algunos de los errores de su antecesora. De acuerdo con la Carta de Montecristi, la acción de protección tiene por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.

En el nuevo esquema, la acción de protección procede contra actos u omisiones de autoridades públicas. Nuevamente el concepto es mucho más amplio que el de acto administrativo, aunque el acto administrativo es unas de las manifestaciones del poder público en contra de la cual puede proponerse esta acción. La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional reconoce que esta acción procede siempre que el derecho presuntamente lesionado no esté amparado por otra garantía jurisdiccional. La Ley mencionada contempla así mismo el carácter residual que tiene la acción de protección, y en lo atinente a los actos administrativos, expresamente señala que la acción no procede cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz. Ello puede considerarse un progreso frente al régimen imperante con la acción de amparo, pues durante los doce años de vigencia de esa acción, la justicia constitucional prácticamente vino a sustituir a la justicia contencioso-administrativa, en gran medida debido a la lentitud con la que opera la segunda. Sin embargo, no podemos dejar de señalar que este reconocimiento, en la práctica, ha llevado a que los jueces constitucionales utilicen como pretexto el no haber agotado los remedios ordinarios, para abstenerse de conocer prácticamente cualquier acción de protección, sin analizar si es que el acto atacado por esta vía es o no lesivo de un derecho constitucional, y sin discernir si efectivamente, por la

28. Resolución No. 0330-02-RA en la que se impugnó la orden de publicación en el Registro Oficial de la declaratoria de inconstitucionalidad de varias disposiciones de la Ley de Seguridad Social.

naturaleza de dicha violación, resulta o no preciso el agotamiento de los remedios jurisdiccionales ordinarios.

Es así que, en la actualidad, el control de constitucionalidad de los actos administrativos en el Ecuador se realiza a través de tres mecanismos principales: la aplicación directa del principio de supremacía constitucional; la acción directa de inconstitucionalidad, restringida únicamente a los actos que tengan efectos generales; y la acción de protección, siempre que el acto administrativo no pueda ser impugnado en la vía judicial. No se conoce de otros ordenamientos jurídicos que hayan previsto un mecanismo de control de constitucionalidad parecido al vigente en el Ecuador. Existen ordenamientos que consagran de modo general la competencia de los tribunales constitucionales para conocer de aquellos casos en que se presenten inconstitucionalidades, sin distinguir entre leyes, actos normativos y actos administrativos. En esta situación se encuentran Portugal,²⁹ Bolivia,³⁰ Venezuela³¹ y Perú.³² En otras naciones, como por ejemplo, Suiza,³³ Alemania,³⁴

29. El art. 281 numeral 2 de la Constitución Portuguesa dispone que “el Consejo de la Revolución podrá declarar, con carácter obligatorio general (*com forca obrigatória geral*), la inconstitucionalidad de una norma si la Comisión Constitucional la hubiese juzgado inconstitucional en tres casos concretos, o en uno solo si se trata de inconstitucionalidad orgánica o formal, sin perjuicio de los casos ya juzgados (*sem ofensa dos casos julgados*).
30. El artículo 202 de la Constitución Boliviana establece como atribución del Tribunal Constitucional Plurinacional, conocer y resolver: 1. En única instancia, los asuntos de puro derecho sobre la inconstitucionalidad de leyes, Estatutos Autonómicos, Cartas Orgánicas, decretos y todo género de ordenanzas y resoluciones no judiciales, entre las que podría entenderse se encuentran incluidos los actos administrativos.
31. El art. 336 de la Constitución Venezolana confiere a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, las facultades de “4. Declarar la nulidad total o parcial de los actos en ejecución directa e inmediata de esta Constitución, dictados por cualquier otro órgano estatal en ejercicio del Poder Público, cuando colidan con esta”. El sistema venezolano confiere a la Sala Constitucional el control concentrado de los actos administrativos, aunque no habla de su declaratoria de inconstitucionalidad sino de su declaratoria de nulidad total o parcial en caso de colisión con los preceptos de la Carta Suprema.
32. La Constitución Peruana dispone en su art. 201 que el Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución, y en el art. 202, establece que le corresponde: “1. Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad”, sin discriminar entre leyes, actos normativos de carácter general y actos administrativos con efectos particulares. Así mismo, establece otros métodos de control constitucional como el hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento, que primero son conocidos por la justicia ordinaria, y luego por el Tribunal Constitucional.
33. Rubio Llorente señala que este sistema existe en Suiza desde antaño, pero que solo cabe contra acto de los cantones, no de la Federación. Francisco Rubio Llorente, “Once Tesis Sobre la Jurisdicción Constitucional en Europa”, en Víctor Bazán, coord., *Desafíos del control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1996, p. 352.
34. El art. 93, numeral 1, 4.a) de la Constitución Federal Alemana de 1949, señala que el Tribunal Constitucional es competente para conocer sobre reclamaciones de orden constitucional que podrán ser interpuestas por cualquiera mediante alegación de que la autoridad pública le ha lesionado en alguno de sus derechos fundamentales o en uno de los derechos especificados en los artículos 20, párrafo 4; 33, 38, 101, 103 y 104. Es decir, establece el recurso de amparo universal.

Austria,³⁵ España³⁶ y Hungría,³⁷ los tribunales constitucionales ostentan únicamente competencia para conocer de los recursos dirigidos por individuos o personas jurídicas contra actos del poder a los que imputan la vulneración de sus derechos fundamentales, tratándose, como menciona Rubio Llorente,³⁸ de una justicia protectora de los derechos antes que de una justicia constitucional propiamente dicha. Y hay un tercer grupo de países, como Colombia, donde tampoco existe un control concentrado de constitucionalidad de los actos administrativos, sino que se ha entregado la función general de controlarlos a la jurisdicción contencioso-administrativa.³⁹

El sistema de control de constitucionalidad de los actos administrativos constituye uno de esos aspectos en los cuales aún la nueva Constitución del Ecuador presenta severas falencias. Podríamos decir que esta forma de control, pese a tener ya más de quince años de existencia, se encuentra aún en proceso de experimentación.

No podemos soslayar el hecho de que en nuestro ordenamiento no contamos con una definición legal de acto administrativo que nos permita discernir a qué

35. Rubio Llorente menciona que Austria conoció desde 1867 un recurso ante el Tribunal Administrativo frente a la vulneración de derechos constitucionales, y que la Constitución de 1920, atribuyó competencia al Tribunal Constitucional, para conocer de recursos dirigidos contra resoluciones administrativas, órdenes y actos de ejecución dirigidos contra una persona concreta. El autor señala que el Tribunal Constitucional austríaco actúa como un tribunal contencioso administrativo especial, aunque este recurso de amparo es un recurso paralelo y alternativo respecto del contencioso administrativo, por lo que el Tribunal Constitucional remite al tribunal de aquel orden, una buena parte de los recursos que se le dirigen, “Once Tesis Sobre la Jurisdicción Constitucional en Europa”, p. 353.
36. El art. 161 de la Constitución Española de 1978 señala que el Tribunal Constitucional es competente para conocer del recurso de inconstitucionalidad únicamente contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley, por lo que los particulares afectados por actos administrativos contrarios a la Constitución, pueden hacer uso exclusivamente del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades.
37. El Tribunal Constitucional creado por la reforma constitucional de 1989 es competente para conocer del recurso de amparo contra la violación de derechos fundamentales.
38. Francisco Rubio Llorente, “Once Tesis Sobre la Jurisdicción Constitucional en Europa”, p. 352.
39. El Consejo de Estado colombiano, a la luz de las antiguas normas constitucionales y muchas décadas antes de que naciera la Corte Constitucional, ejercía las funciones de juez constitucional, de una parte, en forma indirecta, al poder referir el control de legalidad de los actos administrativos producidos por las autoridades de los distintos niveles de la administración pública en último grado a las normas de la Constitución Política, ya que el acto controlado debía respetar las normas de superior jerarquía; de otra parte, en forma directa, cuando se trataba de reglamentos constitucionales que, para efectos de su control, tenían como punto de referencia la Constitución Política, o en aquellos casos en los que el juez administrativo aplicaba la excepción de inconstitucionalidad como mecanismo de control que permitía hacer prevalecer la Constitución. La Constitución Política de 1991 fortaleció el papel del Consejo de Estado como órgano de control de la actividad estatal no solamente en el campo del tradicional y clásico control de legalidad sino también en materia de control de constitucionalidad, ya que además de las competencias de que gozaba de acuerdo con las normas de la Constitución anterior, las cuales se conservan, hoy cuenta con nuevas competencias de naturaleza constitucional. Rama Judicial de Colombia, Consejo de Estado, Control de Constitucionalidad-Titulares-Competencia del Consejo de Estado, Sentencia de la Sala Plena 2003, Online. Internet. 13 de septiembre de 2005, en [www.csj_portañ/jsp/contenido/plantillaFrame.jsp].

exactamente nos referimos cuando hablamos de su control de constitucionalidad. La expresión acto administrativo debe ser tomada con extrema cautela, pues en el Ecuador, y en materia constitucional, no necesariamente significa lo mismo que en la teoría general del derecho administrativo. Sería conveniente así mismo definir la categoría de acto administrativo general, para que no se quede en un mero enunciado constitucional. Solo una vez estructurados adecuadamente estos conceptos, podríamos replantearnos cada uno de los métodos de control que han adoptado la Constitución y la Ley, y discutir más profundamente su conveniencia.

Pero además el control de constitucionalidad del acto administrativo tropieza con otro obstáculo práctico, que es la diferenciación que en lo cotidiano ha de darse respecto del denominado control de legalidad, a cargo de los tribunales (salas) de lo contencioso-administrativo y de lo fiscal. Hemos de afirmar que el control de legalidad de los actos administrativos se explica por sí solo, pues, a diferencia de lo que ocurre con las leyes, en el caso de estos actos, previo al control de constitucionalidad, hay que agregar dos niveles intermedios de control: el de las leyes y el de los actos normativos. Esto, debido a que los actos administrativos no encuentran su fundamento de validez directamente en la norma constitucional, a diferencia de las leyes, cuyo procedimiento de formación y creación está consagrado en la Norma Suprema. Los actos administrativos descansan en un primer momento en el contenido de leyes y actos normativos, y encuentran su fundamento de validez en la Constitución solo de forma mediata.

Podría parecer sencillo el dilucidar la diferencia entre inconstitucionalidad e ilegalidad. La primera se presenta cuando existe inconsistencia en relación con un precepto constitucional, y la segunda en relación con un precepto legal. Pero la distinción no es tan simple si tomamos en cuenta que ley y Constitución son parte de un mismo ordenamiento jurídico, y que, por tanto, tienen disposiciones de similares y muchas ocasiones inclusive idénticas.

Toda norma legal debe necesariamente tener como base a algún precepto constitucional, bien de forma directa, bien de forma indirecta, lo cual nos conduce a afirmar que toda ilegalidad –al menos toda ilegalidad material– que afecte a un acto administrativo, implica consecuentemente una inconstitucionalidad, pues toda violación de la ley afecta la Constitución. Esta aseveración produce que, en la práctica, se susciten casos en donde simultáneamente un acto es impugnante ante la jurisdicción contenciosa y ante la jurisdicción constitucional, produciéndose lo que Serra Cristóbal ha venido a denominar “la guerra de las Cortes”.⁴⁰ No solo que un acto administrativo puede ser objeto al mismo tiempo de un recurso contencioso-administrativo y de una acción de inconstitucionalidad. Puede darse, y de hecho ya ha ocurrido, que simultáneamente un acto administrativo sea atacado por los recursos contencioso-administrativos y por la vía de la acción de protección, pues es lesivo de derechos subjetivos del administrado que son al propio tiempo derechos

40. Rosario Serra Cristóbal, *La guerra de las cortes*, Madrid, Tecnos, 1999.

fundamentales consagrados en la Carta Suprema. Se ha dicho que el criterio que debe seguirse para determinar la procedencia del recurso contencioso-administrativo o de las demás fórmulas de control de constitucionalidad, sería la inmediatez del principio constitucional infringido. Solo si el acto contradice materialmente y de forma inmediata y directa la Constitución, procede la acción de inconstitucionalidad. Cuando el acto viola o puede violar cualquier derecho consagrado en la Constitución y de modo inminente amenaza con causar un daño grave, corresponde iniciar una acción de protección. De lo contrario, es decir, si contradice solo de forma mediata la Constitución, o si adolece de vicios de forma –que serán siempre vicios de ilegalidad–, cabe el recurso contencioso, mecanismo propio e idóneo para impugnar los actos administrativos irregulares.

Frente a la posibilidad de que coexistan vicios de ilegalidad y de inconstitucionalidad en un mismo acto, el ex Tribunal Constitucional consideró que, al no existir ninguna obstrucción ni constitucional ni legal al propósito, es factible que se ejerzan simultáneamente acciones tendientes a combatir los primeros y los segundos. Así, resolvió que:

en esta clase de procesos esta Magistratura ejerce control de constitucionalidad de actos administrativos, el que tiene un objeto específico: fiscalizar la regularidad constitucional de los actos administrativos. La interposición simultánea de otras acciones a través de las que se impugnen estos mismos actos no enerva ninguno de los procesos: de este modo, si se interpuso recurso contencioso-administrativo y demanda de inconstitucionalidad, ninguna de las acciones se afecta, pues su objeto es distinto (control de legalidad el primero y de constitucionalidad el segundo).⁴¹

Respecto a la posibilidad de que coexistan acciones contencioso administrativas y amparos constitucionales, tampoco se ha encontrado reparos en la doctrina. Así, Zavala Egas ha considerado que:

Nada impide, no hay litis pendencia entre la acción de amparo y la acción contencioso administrativa ordinaria; aún más, lo que está prohibido es que sean sucesivos, doy un ejemplo: si escojo porque es optativo mío como actor, la acción preferente y sumaria del amparo, y me voy por el amparo y es desestimado mi amparo, puedo ir a la acción ordinaria sin ningún problema, no hay ni cosa juzgada, ni litispendencia; aún más, si resulta que el amparo en el Tribunal Constitucional se me alargó y me caducó el plazo para la acción contenciosa, no se interrumpe el plazo de caducidad por la propuesta de acción de amparo porque son simultáneos pero no sucesivos.⁴²

41. Resolución No. 0011-2004-AA.

42. Jorge Zavala Egas, “El amparo constitucional”, p. 121. Pese a lo cotado por Zavala Egas, opinión con la que coincidimos por considerar que la acción de amparo es totalmente independiente y distinta de las acciones contencioso administrativas, el ex Tribunal Constitucional, mediante Resolución 0771-2004-RA, resolvió que “haber presentado su reclamo por la vía del amparo cons-

El antiguo Tribunal Constitucional, sin embargo, no fue partidario de esta simultaneidad en cuanto se refiere a la acción de amparo y las acciones contenciosas, y estableció que “lo único que no ha sido aceptado, es que se utilice de manera concurrente la vía contencioso administrativa, como la vía constitucional”.⁴³ No compartimos este criterio del ex Tribunal, sino que nos inclinamos por la opinión vertida por Zavala Egas. La posibilidad de que se sustancien simultáneamente acciones de inconstitucionalidad o de protección (amparo), conjuntamente con acciones contencioso administrativas obedece, como bien lo señala el autor, al hecho de que entre unas y otras no existe litispendencia, pues se trata de acciones diferentes, con propósitos diferentes, entre las que ni siquiera existe identidad subjetiva, peor aún identidad objetiva. Como hemos mencionado con anterioridad, la acción contencioso administrativa se dirige propiamente contra el órgano o la autoridad de quien emanó el acto, mientras que la acción de inconstitucionalidad se dirige contra el acto mismo. Igual situación ocurre con la acción de amparo. En cuanto al objeto de estas acciones, mientras que la acción de inconstitucionalidad tiene por objeto la suspensión de los efectos de un acto violatorio de la Constitución, el recurso contencioso-administrativo pretende la anulación de un acto lesivo de los derechos subjetivos del administrado, y el amparo, en cambio, la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en tratados internacionales, y que de modo inminente amenace con causar un daño grave.

Ahora bien, admitida la simultaneidad de estas acciones, cabe preguntarse qué ocurre cuándo una resolución de un Tribunal o Corte Constitucional y una sentencia de la justicia contencioso administrativa resultan contradictorias. Hemos dejado sentado que la pretensión en una y otra acción es diferente, pero puede ocurrir que, por ejemplo, la Corte Constitucional concluya que ha existido violación grave e inminente de un derecho fundamental, suspendiendo los efectos del acto, y que un tribunal (sala) de lo contencioso-administrativo o contencioso tributario juzgue que el acto es legal y que no viola derecho alguno, dejándolo con vida jurídica. Habremos de entender en este caso, junto con Zavala Egas, que si bien esta es una de las cosas más complejas que puede ocurrir al confrontar control de constitucionalidad y control de legalidad,⁴⁴ lo que ocurrirá es que el acto seguirá considerándose como legal, pero no tendrá efectos, pues el dictamen constitucional

titucional con fecha 29 de junio de 2004, y ser la última providencia No. 138-2004 dictada por la autoridad de fecha 31 de mayo de 2004, se entiende que se ha suspendido el decurrimiento de la caducidad prevista en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por lo que está en su derecho de concurrir ante esta jurisdicción para incoar una acción de impugnación del acto administrativo negativo”.

43. Resolución 134-RA-99-I.S.

44. Jorge Zavala Egas, “El amparo constitucional”, p. 134.

así lo ha dispuesto. En el caso contrario, es decir, si la Corte no admite la acción de protección por no encontrar un daño inminente y grave a un derecho fundamental, mientras que el contencioso anula el acto, no se suscita problema alguno. Si la sentencia de la Corte Constitucional es anterior, y la de la justicia ordinaria posterior, simplemente el acto desaparece con luego del dictamen constitucional. En el caso de que primero se obtenga una sentencia del contencioso, entonces cabría desistir de la acción de protección, pues el acto ha dejado de existir.

Lo que deben tener claro tanto los administrados como los órganos competentes para fallar en unas y otras acciones, es que la competencia para conocer de la acción directa de inconstitucionalidad es privativa de la Corte Constitucional, como también es privativa de la justicia contencioso administrativa la de conocer los recursos subjetivos o de plena jurisdicción. También deberán tener en claro que dentro de una acción contencioso administrativa no cabe conceder una acción de protección, por más que se identifique que el derecho violado es un derecho consagrado en la Constitución, amenazado de forma grave e inminente; como tampoco podrá dentro de un amparo analizarse la legalidad del acto y ordenar su anulación, pretensión que solo puede ser objeto del recurso subjetivo. En este último punto tendrán que ser muy cuidados los tribunales (salas) de lo contencioso-administrativo y de lo contencioso tributario, que tienen competencia tanto para conocer de las acciones de impugnación de los actos administrativos, como para conocer en primera instancia de las acciones de protección.

Como colofón de lo expuesto, queremos señalar que como se ha evidenciado a lo largo de este estudio, no basta con haber diseñado un sistema de control de constitucionalidad de los actos administrativos aparentemente más completo que el de otros países, con más remedios y más garantías para los administrados. El Estado de constitucionalidad no se consigue por el solo hecho de contar con normas y mecanismos que pretendan consagrarlo. Es necesario que los administrados, pero sobre todo los jueces a través de sus fallos y resoluciones, empiecen a hacer de estas normas un derecho vivo, un derecho vivificado, y eso solo será posible en cuanto se delimiten y diferencien cabalmente los arbitrios de los que se encuentran investidos, y hagan un uso responsable de ellos, para conseguir la tutela efectiva de los intereses de los ciudadanos.

BIBLIOGRAFÍA

- Borja y Borja, Ramiro,
1950 *Derecho constitucional ecuatoriano*, Madrid, Ediciones Cultura Hispánica.
Cueva Carrión, Luis,
1998 *El amparo*, Quito, Impreseñal.
Dromi, Roberto,
1997 *El acto administrativo*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina.

- Fiorini, Bartolomé,
s.a. *Teoría jurídica del acto administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- García Belaúnde, Domingo,
1991 “El Amparo contra Resoluciones Judiciales”, en *Lecturas sobre temas constitucionales*, Lima, Comisión Andina de Juristas.
- García de Enterría, Eduardo, y Tomás Ramón Fernández,
2008 *Curso de derecho administrativo*, Bogotá, Temis.
- Gordillo, Agustín,
2007 *Tratado de derecho administrativo*, tomo 3, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 9a. ed.
- Kelsen, Hans,
1995 *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Tecnos.
- Parra Quijano, Jaime,
2003 “Análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de Casación”, en Eduardo Montealegre, coord., *Anuario de derecho constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Pérez Dayán, Alberto,
2003 *Teoría general del acto administrativo*, México, Porrúa.
- Rubio Llorente, Francisco,
1996 “Once Tesis Sobre la Jurisdicción Constitucional en Europa”, en Víctor Bazán, coord., *Desafíos del control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina.
- Schmitt, Carl,
1998 *La defensa de la Constitución*, Madrid, Tecnos.
- Secaira Durango, Patricio,
2004 *Curso breve de derecho administrativo*, Quito, Editorial Universitaria.
- Serra Cristóbal, Rosario,
1999 *La guerra de las cortes*, Tecnos, Madrid.
- Simone Lasso, Carmen Amalia,
2005 “La inconstitucionalidad de los actos administrativos en el Ecuador”, tesis previa a la obtención del título de Magíster en Derecho, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.
- Tócora, Luis Fernando,
1992 *Control constitucional y derechos humanos*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional.
- Trujillo Vásquez, Julio César,
2004 “La fuerza normativa de la Constitución ecuatoriana actual”, en *Foro: Revista de Derecho*, No. 3, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional.
- Zavala Egas, Jorge,
2001 “El amparo constitucional”, en *Guía de Litigio Constitucional*, t. II, Quito, Corporación Latinoamericana para el Desarrollo, CLD.

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y SUS LÍMITES COMO GARANTÍA FRENTE AL LEGISLATIVO:

una visión crítica que se funda en la argumentación¹

Sebastián López Hidalgo

1. INTRODUCCIÓN

Es claro que una perspectiva crítica del derecho y sus instituciones comporta un esfuerzo interesante por cuestionar las formas jurídicas tradicionales, dominantes y excluyentes con el fin de impulsar prácticas e ideas innovadoras y emancipadoras² que, dentro del campo del derecho, superen el formalismo jurídico y se enfrenten a una realidad –la realidad social de los derechos humanos–; por lo tanto, nuestro análisis tiene una doble perspectiva: una descriptiva analítica; y una propositiva constructiva, que nos permita ubicarnos por fuera de la “neutralidad formalista” impuesta por el derecho positivo clásico y de un posición minimalista de ejercicio de los derechos³ para pasar, más bien, a una posición maximalista de aplicación y ejercicio de los derechos fundamentales que tiene como pilar la *argumentación*.

No pretendemos a través del presente artículo revivir uno de los mas ardorosos debates que ya en tiempos de Weimar sostuvieran Hans Kelsen y Carl Schmitt sobre la legitimidad de la justicia constitucional, pues considero que entre el criterio democrático plebiscitario, según el cual las cuestiones colectivas han de resolverse por medio de la de las mayorías, y el criterio constitucional, que define y excluye determinadas cuestiones de esa esfera colectiva y condiciona cómo y, a veces, qué debe decidirse; los tribunales constitucionales –dentro del criterio constitucional– son verdaderos órganos legítimos, necesarios en defensa de unos derechos fundamentales que se sitúan frente a la voluntad general expresada mediante las mayorías parlamentarias.

1. Una primera versión de este estudio fue publicado en Dunia Martínez, edit., *Genealogía constitucional ecuatoriana*, Quito, Corte Constitucional del Ecuador, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2011.
2. Mauricio García Villegas y César Rodríguez, eds., “Derecho y sociedad en América Latina: propuesta para la consolidación de los estudios jurídicos críticos”, en *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*, Bogotá, ILSA, 2003, p. 17.
3. *Ibid.*, pp. 17-18.

Lo que se propone, entonces, es superar ese estado de cosas existentes mediante una alternativa viable en torno al problema de los límites del control de constitucionalidad desarrollados por las cortes constitucionales como una garantía frente a la tarea legislativa, que es ejercida no dentro de un proceso político exclusivamente sino eminentemente jurídico,⁴ así como también, desarrollar algunos conceptos en torno a los límites constitucionales a los cuales se encuentra sometido el legislador en su actividad; el contenido esencial de los derechos y, el control jurisdiccional, en torno a algunos aportes que ha merecido la ciencia constitucional ecuatoriana a raíz de algunos pensamientos publicados por el doctor Julio César Trujillo en su estudio de Derecho Constitucional como uno de los talentos jurídicos más claros de nuestro tiempo.

Más allá del “problema” o debate que representa el ejercicio de la justicia constitucional en el control de constitucionalidad de las leyes y el debate que por mucho tiempo ocuparía a la academia, a los juristas y estudiosos del derecho acerca de la legitimidad de la justicia constitucional tachándola, por un lado, como órganos usurpadores de unos legisladores democráticamente elegidos tras el famoso argumento contramayoritario⁵ en donde un grupo de aristócratas, intelectuales integrantes de una corte o tribunal constitucional terminaban silenciosamente tomando el lugar que debería ocupar la voluntad popular;⁶ y por otra parte, una que justifica, y con argumentos sólidos, la necesaria vigencia de un órgano supremo y autónomo de control, como suprema es la norma constitucional, fuertemente materializada; y, dado que el juicio de la historia ha resuelto la controversia de la legitimidad de las cortes constitucionales a favor de su existencia, lo que se intentará a través del presente análisis crítico es poner a disposición del lector algunas visiones acerca de los límites necesarios de actuación de los tribunales o cortes constitucionales dentro de un nuevo paradigma de estado –me refiero al estado constitucional– y para ello será menester que hagamos referencia concretamente a cómo han sido ejercidos esos límites funcionales de la justicia constitucional en algunos de sus momentos y cómo deben ser entendidos en la actualidad con la finalidad de reducir ese déficit en la fuente de su legitimidad.

Aclaro, entonces, que la discusión que más allá de algunas referencias a los problemas de la legitimidad de los órganos constitucionales, la discusión que nos ocupa se refiere a los límites de la justicia constitucional dentro del marco que le corresponde, moviéndose en el impreciso límite que separa la libertad configura-

4. Julio César Trujillo, *Teoría del Estado en el Ecuador: estudio de derecho constitucional*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2006, 2a. ed., p. 244.
5. Expresión formulada por Alexander Bickel (1962), que alude a la dificultad de poder justificar desde la teoría democrática el control judicial de las leyes por parte de un órgano no elegido por el pueblo como son las cortes o tribunales constitucionales.
6. Roberto Gargarella, *La justicia frente al gobierno*, Barcelona, Editorial Ariel, 1996, p. 59.

tiva del legislador al expedir la norma y su tarea de contralor constitucional y ello presupone, desde luego, la aceptación de la existencia de un órgano supremo de control.⁷

La guía está trazada; sin embargo, tomaremos para nuestro análisis algunos argumentos de Bernal Pulido, cuando identifica al menos tres corrientes inherentes al ejercicio de los límites funcionales del control de constitucionalidad de la leyes: una limitada a tutelar únicamente el correcto funcionamiento de los procedimientos democráticos dentro de la esfera parlamentaria, que nosotros la denominaremos una *posición conservadora* (i); otra, inherente a un control material de la producción legislativa a la cual la identificaremos como una *posición progresista* (ii); y, una tercera, que nos parece la más interesante, y que se refiere al control que se funda en la teoría de la argumentación y que la llamaremos *innovadora* (iii).

2. LÍMITES DEL EJERCICIO DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Posición conservadora

Tradicionalmente, las cortes constitucionales han sido concebidas como instituciones poco activas, reverentes al principio mayoritario expresado en el parlamento, y, paradójicamente, a pesar de tener un evidente peso dentro del sistema democrático, han sido escasamente garantes de los derechos salvo casos destacados. Es por ello que esta posición conservadora obedece a un período histórico de un modelo de estado, el estado liberal de derecho o estado de derecho simplemente, en donde los textos constitucionales, más allá de ser supremos, eran documentos políticos o pactos programáticos carentes de fuerza normativa, poco aplicados e invocados y blanco de cualquier ambición política de las mayorías parlamentarias del momento, que hacían y deshacían según su conveniencia lo que quisieren con los mandatos constitucionales ya que se trataban, más bien, de simples enunciados líricos, acuerdos ideológicos programáticos, flexibles, adaptables a cualquier antojo de las veleidades del parlamento.

Esta posición simboliza aquella escasa actividad constitucional que concebía a los principios y derechos constitucionales como verdaderas amenazas dentro de un sistema coherente, total y absoluto que representaba el positivismo jurídico, frente a un sistema abierto, incompleto y controvertible no susceptible de valoración, so pena de incurrir en una usurpación de funciones, que representa la corriente constitucional. Por esta razón, el intérprete de la constitución en el estado legislativo de derecho es el legislador omnímodo, contrario al criterio constitucio-

7. *Ibid.*, p. 160.

nal en donde el máximo intérprete debe ser un tribunal o corte constitucional y digo máximo pues no es el único.⁸

Por estas circunstancias particulares, esta posición conservadora propugna fundamentalmente que el ejercicio de la justicia constitucional restrinja su tarea solamente a la vigilancia del correcto funcionamiento del procedimiento de deliberación democrática en la esfera legislativa, lo cual no solo que es una actitud pasiva e insostenible en los actuales momentos, sino, además, porque es indolente y perversa en el ánimo de garantizar los derechos fundamentales y derechos humanos de todo un grupo social que reclama respeto y dignidad.

A pesar de que todavía existen fuertes rezagos del ejercicio de control que esta concepción representa, dado que en América Latina especialmente, mantenemos una incongruencia entre la adopción formal de ciertos modelos jurídicos propios de los países centrales que representan un progreso y avanzada en el tema del ejercicio de los derechos con relación a la existencia de prácticas jurídicas que le son contrarias o incompatibles,⁹ no escapará a nuestra realidad, que un control formal de los límites parlamentarios es plenamente rebatible hoy en día pues aún cuando el ejercicio de este control esté referido y circunscrito única y exclusivamente a los procedimientos de deliberación democrática, ella terminará, en no pocos casos, resolviendo primariamente sobre derechos fundamentales. Pensemos en que, por ejemplo, es necesario declarar inconstitucional una ley porque en su trámite de aprobación en la esfera legislativa se ha vulnerado el derecho a la igualdad de participación de los interesados, o a la libertad de expresión, de opinión o consulta de quienes necesariamente deben intervenir en este procedimiento. Es indudable que en estos casos, aun cuando se pretenda mantener inalterable una posición conservadora –insostenible por cierto, por tratarse de un control del procedimiento parlamentario únicamente–, la jueza o el juez constitucional se enfrenta a un problema de derechos fundamentales y no solamente de principios de deliberación democrática dentro del proceso, con lo cual se hace necesaria una visión material del asunto que supere una invocación formalista y procedimental del control.¹⁰

Los derechos humanos como postulados morales universales no pueden ser reducidos a meras condiciones de deliberación de los procesos democráticos reduciendo su carácter material, dando primacía a su carácter formal y convirtiendo a

8. Véase Agustín Grijalva, “Interpretación constitucional, jurisdicción ordinaria y Corte Constitucional”, en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, eds., *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2009, p. 272.
9. Mauricio García Villegas y César A. Rodríguez, eds., “Derecho y sociedad en América Latina: propuesta para la consolidación de los estudios jurídicos críticos”, p. 37.
10. Carlos Bernal Pulido, *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 36.

los jueces únicamente en *referees* del proceso democrático sin prestar atención a los valores sustantivos de la sociedad.

A efectos de dejar claro los fundamentos de esta teoría, Bernal Pulido indica:

La Corte Constitucional debe velar por el mantenimiento de las condiciones que hacen posible, tanto en el Parlamento como en la opinión pública, una política deliberativa en condiciones de libertad, en la que los poderes sociales no hagan primar sus intereses particulares sobre el interés de la generalidad. La función de la Corte no es enjuiciar los resultados de estos procedimientos de deliberación y comunicación. Acaso sea cierto que la especial formación profesional de los jueces constitucionales dote a sus juicios de una racionalidad más alta que aquella que cabe esperar de los procedimientos legislativos (...). El control de constitucionalidad no debe suplantar el debate político.¹¹

Finalmente, hay quienes propugnan que el control sobre las leyes debe ser ejercido por una institución perteneciente al mismo parlamento, lo cual nos parece por demás ingenuo, ya que el ejercitar un control de sus propias decisiones, más allá de representar un buen espacio de legitimidad, no garantiza un verdadero control y sería más bien como ser juez y parte de sus propias decisiones.

Posición progresista

Esta posición representa una posición más a tono con los nuevos ideales de la justicia constitucional; no obstante, y a pesar de que las principales críticas a esta posición se fundan en una arbitrariedad o discrecionalidad peligrosa sobre la base de la cual las juezas y jueces toman sus decisiones y las justifican fundadas en el criterio de la fuerza normativa de los textos constitucionales como norma suprema fuertemente materializada y de aplicación directa, reflejando, como contrapartida, un debilitamiento del parlamento y de la ley misma como la máxima expresión de la soberanía popular; esta posición progresista de delimitación o control material del contenido de la ley, contrario a la posición conservadora, aunque necesaria, no puede permanecer estática.

El control material ejercido por parte de la justicia constitucional se ha visto fuertemente robustecido con argumentos válidos que responden a algunas interrogantes: ¿cómo dirigir las cortes constitucionales o tribunales constitucionales su atención únicamente al control de los procedimientos democráticos, ya que generalmente los participantes en las deliberaciones democráticas como el parlamento actúan movidos por intereses privados?¹² ¿No es claro acaso que dentro del parlamento la lógica que prima es una lógica de mayorías y minorías, en tanto que

11. *Ibid.*, pp. 37-38.

12. *Ibid.*, p. 40.

la lógica que prima en los tribunales o cortes constitucionales es una lógica de los derechos?¹³ En principio diríamos que sí, pues evidentemente la lógica de las cortes constitucionales es una lógica de derechos, pero ¿que sucede si esas cortes o tribunales constitucionales, en lugar de ser órganos especializados de defensa de los derechos fundamentales y de la supremacía de la Constitución, son órganos de representación eminentemente políticos que actúan con una fuerte discrecionalidad y arbitrariedad bajo el dogma de representar el máximo órgano de control y justicia constitucional dentro del Estado?¹⁴

El problema de un fuerte control material parece estar ubicado más bien en la discrecionalidad que representa este tipo de control y en el debilitamiento de la actividad legislativa en perjuicio de la necesaria libertad democrática que representa el parlamento como órgano depositario de la voluntad popular ya que, en efecto, como expone Julio César Trujillo,

el legislador al dictar la ley y el Presidente al expedir el reglamento deben actuar excogitando la forma, la vía y los medios que estimen los adecuados y oportunos para desarrollar la norma constitucional o para realizar los objetivos que, por mandato de la Constitución, deben alcanzar; en cambio, el Tribunal Constitucional al examinar la constitucionalidad de la norma tan solo debe establecer si la norma sometida a su examen y decisión es conforme por su contenido y por su forma con lo que al respecto dispone la Constitución, no le toca, pues, averiguar y resolver si ella es adecuada, oportuna o conveniente, asuntos en los que los órganos con potestad normativa gozan de absoluta discrecionalidad, no sujetos al control del Tribunal.¹⁵

Ahora bien, ¿cómo evitar una discrecionalidad judicial que no caiga en la arbitrariedad y socave el principio democrático pero que al mismo tiempo tutele los derechos? ¿No será que ese activismo constitucional puede desembocar en una arbitrariedad judicial? Al parecer, la disonante arbitrariedad que se imputa a este ejercicio del control —el material— se evitaría con una correcta aplicación de los métodos de interpretación de la Constitución y de esta forma entonces, si el juez emplea correctamente los métodos de interpretación,¹⁶ siempre se mantendrá en el

13. El doctor Trujillo ha expresado: “El procedimiento político del Congreso es, como sabemos, la iniciativa, el debate público y la votación, al final la aprobación o negativa del proyecto según sea la voluntad de la mayoría, mientras que el procedimiento del Tribunal es el razonamiento jurídico, el desentrañamiento del contenido y alcance de las dos normas, de conformidad con los métodos y principios propios de la interpretación [...]”. Véase Julio César Trujillo, *Teoría del Estado en el Ecuador...*, p. 244.
14. El argumento de que las cortes constitucionales o tribunales constitucionales son órganos eminentemente políticos es usado por quienes deslegitiman la necesidad de un órgano supremo de control constitucional, atacándolo frecuentemente de su composición política.
15. Julio César Trujillo, *Teoría del Estado en Ecuador...*, p. 244.
16. Los métodos de interpretación no son normas jurídicas sobre interpretación, ni indican cómo hay que interpretar en cada caso. Son tan solo la expresión de modos de argumentar que se han decan-

lugar que le corresponde; sin embargo, este problema deviene en otra interrogante y es que, ¿cuándo se considera que el juez emplea correctamente los métodos de interpretación de la Constitución? Esta controversia, a lo largo de la historia, y a pecado de ser reduccionista en este ensayo, se remonta a la pugna entre los argumentos de los denominados “originalistas” y “no originalistas”.

Los originalistas afirman que el asunto de interpretación de la Constitución no obedece a un problema mayor, pues basta con adentrarse en el texto de la Constitución y, sin ir más allá, de lo que la misma Constitución establece, se debe desentrañar el sentido que originalmente le otorgó o le fue dado por el constituyente¹⁷ al momento de su creación sin contaminarla con valores o criterios subjetivos por parte de quienes la aplican.

Por su parte, los no originalistas son conscientes de que la interpretación literal-histórica, de la cual acusan a los originalistas, es una suerte de anquilosamiento y anclaje al pasado y que simplemente no permite la solución de los conflictos con base en otros criterios necesarios para la solución de los casos difíciles, tales como los valores, los principios, la jurisprudencia, etc., siempre útiles tratándose de conflictos constitucionales.

Ronald Dworkin, uno de los principales representantes de la filosofía jurídica anglosajona, parte de una crítica al positivismo clásico y a los jueces mecanicistas, silogistas, cuando de resolver los casos difíciles se trata, y construye su teoría general del derecho, no solo en un sistema de normas de y para un paradigma positivista, sino que incluye también un razonamiento moral y filosófico del derecho¹⁸, una lectura moral de la Constitución,¹⁹ necesario para la solución de conflictos en donde los principios constitucionales entran en acción. Este autor reconoce o parte más bien de un talante cognoscitivo del cual gozan las juezas y los jueces, una especie de juezas y jueces Hércules, que en todo momento y en todo caso deben encontrar una solución concreta, única y correcta al caso puesto a su conocimiento, lo cual no implica minar el debate parlamentario sino todo lo contrario, posibilitar una verdadera democracia en donde el control sea realmente efectivo.²⁰

Las críticas a este modelo tampoco se han hecho esperar y hay quienes critican un excesivo cognoscitismo de las juezas y jueces, pues sostienen que ello solo es posible siempre que estos cuenten con algunos ideales como: información ilimitada, tiempo ilimitado,²¹ formación y preparación suficiente, etc. Quienes son

tado doctrinal y jurisprudencialmente. Véase Marina Gascón Abellán y Alfonso García Figueroa, *La argumentación en el derecho*, Lima, Palestra Editores, 2005, p. 194.

17. Roberto Gargarella, *La justicia frente al gobierno*, p. 60.

18. Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2002, 5a. ed., p. 61.

19. Véase el capítulo III del libro de Sebastián Linares, *La (i)legitimidad del control judicial de las leyes*, Madrid, Marcial Pons, 2008.

20. Carlos Bernal Pulido, *El derecho de los derechos*, p. 41.

21. *Ibid.*, p. 41.

contrarios a esta posición indican, además, que una solución material del control de constitucionalidad implica un fuerte debilitamiento del espacio parlamentario anegando los principios clásicos del estado democrático, como la división de poderes, llegando a manifestar su inconformidad con esta corriente, dada una posible fuente directa de legislación, lo cual rebasa ese papel de meros legisladores negativos con el cual fueron originariamente concebidos estos tribunales.²²

Aún cuando esta visión de control de constitucionalidad es más integral, activa y progresista acorde a la importancia que tienen hoy en día los textos constitucionales dentro del sistema de fuentes del derecho, introduciendo criterios como el de las sentencias de constitucionalidad condicionada, interpretativas, manipulativas, sustitutivas, integradoras, o la posibilidad efectiva de crear subreglas de aplicación de los derechos a un caso en concreto que se construye a raíz de un conflicto de principios constitucionales, así como la consagración de importantes mecanismos de garantías de los derechos y nuevos conceptos que forman parte de la nueva visión constitucional respecto de la tarea del control de constitucionalidad; este ejercicio de control –el material– no es suficiente por sí mismo, pues solo se complementa y se justifica con una carga argumentativa siempre necesaria, es decir, razones válidas y suficientes, que constituye el tercer estado de nuestra clasificación del control que será descrito enseguida.

La idea es superar ese estado de cosas en donde la pugna entre el control procedimentalista versus un control sustantivista, por sí y ante sí, sea el límite de la discusión, por lo que la posición innovadora cobra fuerza en estos tiempos.

Posición innovadora

La posición a la que hemos denominado innovadora es desde la argumentación jurídica; aunque muchos digan ¿qué de innovador tiene la argumentación en el derecho y más concretamente en el constitucional?, la realidad constitucional nos demuestra –concretamente en el caso ecuatoriano– que a pesar de haber tenido una Constitución que podríamos denominar de avanzada en el ámbito de tutela de los derechos, como fue la Constitución Política de 1998, y la reciente Constitución de la República de 2008 como una constitución garantista tal como se la ha denominado en los diferentes espacios de debate y discusión, progresista, fuertemente materializada; paradójicamente, la tarea constitucional en el ejercicio del control de constitucionalidad ha sido muy precaria y limitada en lo que tiene que ver con la argumentación en el derecho. Conceptos como el de legislador omnímodo así como la vigencia absoluta del principio mayoritario depositado en manos del legislador omnímodo, democráticamente elegido; el carácter de legisladores negativos

22. Al respecto puede verse la obra de César Rodríguez, *La decisión judicial, el debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 1997.

asumido por mucho tiempo por parte de las cortes y tribunales constitucionales; el de la infalibilidad de la ley como acto normativo supremo e irresistible, contribuyeron para que la jurisprudencia y práctica constitucional en este sentido sea inexistente o cuando menos deficiente.

La comprensión de la práctica constitucional en el Ecuador no debe ser entendida exclusivamente en términos normativos, sino que debe tener en cuenta todos los elementos y factores que inciden en el funcionamiento del Derecho. Desde esta perspectiva, las falencias en el control constitucional en el país no deben ser atribuidas únicamente a la regulación que sobre la materia establece la Constitución Política. Por esta misma razón, el cambio constitucional no constituye una condición suficiente para implementar una justicia constitucional acorde con los estándares del Estado constitucional de Derecho; en este sentido, ni la Constitución Política ni ninguna otra Constitución Política por sí solas pueden generar una justicia constitucional adecuada.²³

Dando por descontado de que una decisión que se estime justa y legítima debe necesariamente involucrar un diálogo democrático por parte de todos los interesados profundizando en el debate ciudadano en condiciones de igualdad como indica Roberto Gargarella, parece existir un consenso en que la justificación de una decisión que entraña una valoración normativa exige el desarrollo de un razonamiento válido y suficiente que legitime tal decisión.

Así, la *teoría de la argumentación jurídica* se ha ocupado del contexto de la justificación; es decir, del conjunto de enunciados del discurso judicial por medio del cual se aportan las razones a determinada posición.²⁴

A pesar de que la argumentación jurídica no es un ejercicio exclusivo de la justicia constitucional, sino, más bien, de todas las juezas y jueces, y es más, de todos quienes de una u otra forma toman decisiones en la medida en la que adquieren un rango, responsabilidad o autoridad; en el nuevo paradigma de Estado Constitucional de Derechos y Justicia, el tema de la argumentación jurídica es un elemento cualificador del que no puede prescindir una decisión que se estime justa y válida a la luz del texto constitucional.

Advierto que no se trata de despreciar las posiciones anteriormente descritas acerca de los límites del control constitucional (conservadora y progresista), se trata de una suerte de superación formal y material de estas dos visiones acerca de cómo ejercer el control y cómo acceder a una posición que construya desde el ejercicio práctico la tarea del control constitucional.

23. Claudia Escobar García, "Del Tribunal a la Corte: ¿Tránsito hacia una nueva justicia constitucional?", en Ramiro Ávila, edit., *Constitución de 2008 en el contexto andino*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 352.

24. Véase en [<http://www.filosofiyderecho.com/rtfd/numero7/4-7.pdf>].

Si la posición conservadora pecó de ser meramente formal, cercada a un control procedimental, lo cual fue superado por la posición progresista –activista de unos derechos expresados a través principios, aplicables con una fuerza normativa directa, límites y vínculos de los poderes públicos–, ¿cómo se justifica un incremento de este activismo judicial bien entendido en defensa de los derechos? La respuesta es la argumentación de sus decisiones en las cuales se funda además el principio de constitucionalidad o de soberanía popular sustitutivo del principio de soberanía parlamentaria.

La teoría de la argumentación jurídica “es un discurso sobre el discurso de los juristas”²⁵ que buscan una racionalidad deseada en las sentencias o decisiones judiciales a través de un razonamiento respetuoso de las reglas de la lógica, la coherencia y la argumentación.²⁶ De acuerdo con Bernal Pulido cuando cita a Atienza, una decisión jurídica es racional cuando respeta las reglas de la lógica deductiva así como los principios de la racionalidad práctica como son: la consistencia, la eficacia, la coherencia, y se respeta, además, las fuentes de derecho de carácter vinculante y no se adoptan decisiones con base en criterios no previstos en el ordenamiento jurídico.²⁷

La diferencia, entonces, de los juicios de verdad que sostienen los científicos, con los juicios de valor sostenidos por los juristas y las juristas a través de sus fallos, es que los primeros son aceptados solo si se los prueba o demuestra su verdad cuando están sujetos a determinada comprobación científica; en tanto que los segundos, para que sean aceptadas, deben ser razonables, justificadas y conseguir de esta manera su adhesión,²⁸ ya que “solo en la conciencia jurídica de la comunidad puede buscar el juez el criterio que le permita pronunciarse sobre la razonabilidad o irrazonabilidad de la obra del legislador”.²⁹

Es claro que no se puede pretender despojar de sus concepciones ideológicas o morales a las juezas y jueces, pues el derecho, al ser una ciencia social, no puede abstraerse de la realidad social en la que se desenvuelve y que pone en juego valores, principios y hasta concepciones ideológicas; sin embargo, esto no quiere decir que sus decisiones sean completamente subjetivas o arbitrarias construidas en el libre albedrío judicial, mas, por el contrario, a mayor “discrecionalidad” judicial y distanciamiento de la norma en tutela de los derechos, mayor es la exigencia y la carga de la argumentación.

25. Marina Gascón Abellán y Alfonso García Figueroa, *La argumentación en el derecho*, Lima, Palestra Editores, 2005, p. 53.

26. Carlos Bernal Pulido, *El derecho de los derechos*, p. 50.

27. *Ibid.*, p. 50.

28. Manuel Calvo, *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*, Madrid, Tecnos, 1994, p. 222.

29. Luis Prieto Sanchís, “El juicio de ponderación constitucional”, en Miguel Carbonell, edit., *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 92.

Sin duda el derecho está interesado en el contexto de la justificación de las decisiones para demostrar efectivamente que las razones invocadas por los jueces son correctas y válidas³⁰ a diferencia de lo que sucede con el legislador, en donde sus decisiones son harto insuficientes, justificadas en muchos de los casos por el marco de deliberación que caracteriza al parlamento. Las decisiones judiciales tienen que optar por una argumentación importante e indispensable que las legitime, las justifique y las valide suficientemente.

El proceso de argumentación que realizan las juezas y jueces no es un proceso que sirve como argumento intersubjetivo para ellos mismos, sino que debe conseguir que los resultados a los cuales arriba como producto de ese proceso interpretativo-argumentativo sean aceptables y plausibles para todo un auditorio que se mira como receptor de una decisión judicial.

La obligación constitucional de motivar todas las decisiones judiciales resulta imprescindible con el fin de asegurar una justificación de la decisión que pase por un razonamiento que conduzca a la decisión tomada; en ese sentido, motivar una decisión judicial significa proporcionar argumentos que la sostengan... Si la demostración de un razonamiento científico constituye el paradigma de la argumentación deductiva, su opuesto, es decir, el ejemplo de la argumentación persuasiva lo constituyen las motivaciones de las sentencias constitucionales en materia de ponderación y relativización de diferentes valores.³¹

Abandonando la mítica neutralidad judicial y la sola validación de sus decisiones por el hecho de provenir de unos operadores judiciales que a nombre del estado y con fórmulas retóricas que funcionan como credenciales judiciales de sus decisiones y “administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley”, dictan su fallos obtenidos en el mejor de los casos con una aplicación silogística de las normas.

Como se verá, no es que esta aproximación del control de constitucionalidad –me refiero a la posición innovadora y necesaria de la argumentación– sea un gran descubrimiento, pero sí hará posible que cuestiones aparentemente obvias como la argumentación en el derecho sean olvidadas o relegadas con frecuencia en perjuicio del desarrollo del derecho mismo, al tiempo que permita superar también: primero, aquellas posiciones meramente legalistas, formalistas, propias de un silogismo jurídico que obedecen a un modelo de estado que estuvo bien para un

30. Josep Aguiló Regla, “De nuevo sobre independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica”, en Germán Burgos Silva, edit., *Independencia judicial en América Latina ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?*, Bogotá, Publicaciones ILSA, 2003, p. 66.

31. Claudia Storini, “¿Sobre quién reposa la tortuga? A vueltas con los límites de la interpretación constitucional”, en *Perspectivas constitucionales*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010, pp. 22-28.

determinado momento; y segundo, aquellas posiciones que siendo indispensables y de suma importancia como es la posición progresista de aplicación de los derechos, nos permita ubicarnos en un complemento forzoso como es la argumentación, capaz de ir mas allá de aquella “jurisprudencia gastronómica”³² para consagrar de una vez por todas un verdadero Estado Constitucional de Derechos y de Justicia.

Las clásicas posiciones del control de constitucionalidad deben ser superadas a través de prácticas e ideas innovadoras y emancipadoras dejando atrás ese formalismo indolente de una tarea constitucional necesaria, que encuentre en la argumentación, la herramienta idónea de justificación de sus decisiones capaz de convertir a estos órganos constitucionales en verdaderos guardianes de los derechos fundamentales.

Solo en la argumentación encontraremos ese justificativo o complemento a ese déficit en la fuente de legitimidad democrática³³ de la cual han sido atacadas fuertemente las cortes constitucionales y tribunales constitucionales a lo largo de la historia como usurpadores del principio mayoritario. Es de esperar que los momentos históricos que atraviesa nuestro país y varios más en América Latina—con textos constitucionales importantes en unos casos y con una importante jurisprudencia y trabajo constitucional en otros—, se conviertan en los escenarios que fortalezcan y cultiven una justicia constitucional verdadera, necesaria, independiente, que garantice unos derechos indisponibles. Solo de esta forma los principios y valores de los cuales se componen los textos constitucionales dejarán de ser letra muerta, y se eliminarán paradojas intolerables como las de tener brillantes o extraordinarios textos constitucionales dignos de imitación, acompañados de modelos y prácticas retrógradas respecto de los papeles que deben jugar hoy en día las cortes constitucionales.

3. LÍMITES CONSTITUCIONALES A LA ACTIVIDAD LEGISLATIVA

“Bien sea a través de una ley ordinaria o a través de una ley orgánica, el legislador no puede dotar a su norma cuando desarrolla un derecho, del contenido que él desee, limitando o restringiendo su núcleo esencial. Si esto pudiera hacer,

32. Josep Aguiló Regla, “De nuevo sobre independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica”, p. 67. Hace referencia a la jurisprudencia gastronómica como aquella ridiculización teórica que pone de manifiesto que una determinada decisión jurídica podría llegar a estar motivada por la buena o mala gestión del juez.
33. Julio César Trujillo habla también de que el hecho de “Cómo ha de integrarse el Tribunal Constitucional y a quiénes se ha de designar en calidad de magistrados de él, son dos de las varias cuestiones que deben ser resueltas para legitimar al Tribunal que no siendo elegido por el pueblo tiene, sin embargo, facultad para controlar y eventualmente dejar sin efecto las decisiones del congreso o parlamento y de otros representantes del pueblo”. Julio César Trujillo, *Teoría del Estado en el Ecuador...*, p. 242.

la supremacía constitucional en realidad no se proyectaría sobre él y podría actuar entonces como amo de la Constitución”, dice Trujillo,³⁴ dotándole del contenido que se le antoje.

Si el legislador debe desarrollar efectivamente los derechos, ¿hasta dónde alcanza su libertad de configuración o es que acaso no tiene límite alguno? Desde luego que debe reconocerse un margen al legislador, un margen razonable y sobre todo constitucional, instituyendo ciertos límites a su tarea legislativa que derivan además de una voluntad anterior (del constituyente), es decir, un margen limitado por el contenido constitucionalmente declarado de cada derecho al que necesariamente deberá restringirse el legislador³⁵ y todos los demás poderes públicos. Podrá, en consecuencia, configurar el derecho, pero nunca limitarlo más allá de su núcleo esencial. La garantía del contenido esencial funciona entonces como un límite de los límites constitucionalmente admisibles.³⁶

La decadencia de los dogmas propios de la ideología liberal positivista como la infalibilidad del legislador y el de la incuestionabilidad de sus resoluciones es lo que va a permitir la construcción de los mecanismos necesarios de control de las normas legales que aseguren el sometimiento a la Constitución y su supremacía normativa.³⁷

Con el pasar de los tiempos, y bajo la experiencia italiana y alemana en las que el legislador asumiendo un papel de “defensor” de la Constitución, se había convertido en un problema por su arbitrariedad, y el juez, por su lado, en su instrumento, los tribunales constitucionales se erigieron como verdaderos tribunales jurisdiccionales de defensa de los derechos humanos y de los derechos fundamentales, dejando atrás aquella posición clásica de meros “legisladores negativos” para convertirse entonces en verdaderos guardianes de los derechos y garantías constitucionales.

La desconfianza creciente hacia un legislativo trasgresor de los límites constitucionales y un judicial del cual también se sospechaba, hizo dudar a los constituyentes sobre si la ley democráticamente aprobada gozaba de un proceso previo de valoración, ponderación y análisis constitucional que abarcara a todos los poderes públicos.

Los derechos fundamentales se encuentran recogidos en normas constitucionales y por ello obligan de modo efectivo a todos sus destinatarios.

34. Raúl Canosa Usera, “Estudio preliminar”, en *Amparo de derechos fundamentales*, Buenos Aires, Editorial Ciudad Argentina, 2003, p. 11.

35. *Ibid.*, p. 11.

36. Pedro Serna y Fernando Toller, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales: una alternativa a los derechos en conflicto*, Buenos Aires, La Ley, 2000, p. 48.

37. Manuel Antonio Peña Freire, *La garantía en el estado constitucional de derecho*, Madrid, Trotta, 1997, p. 211.

Dado que los principios comportan verdaderas normas, mandatos de optimización, normas generales, abiertas e indeterminadas que presentan de modo fragmentario el supuesto de hecho, es válido preguntarse: ¿cuál es el contenido normativo reconocido de un derecho constitucional cuyo cumplimiento obliga a particulares y a los diferentes órganos del poder público?

Aun cuando la presunción de constitucionalidad de la leyes juega a favor del legislador democráticamente elegido en virtud del principio *in dubio pro legislatore*, la vinculación positiva a la actividad legislativa es más fuerte en relación al contenido esencial de los derechos, dado que reduce el margen de maniobra y libre configuración de que dispone el legislador, dificultando que pueda argumentar cualquier límite por mucho que cumpla con un procedimiento formal.³⁸

Es lógico suponer que el legislador, al emitir las normas necesarias para una convivencia social, ha de establecer una determinación del sentido político del ordenamiento dentro de las opciones constitucionalmente válidas y permitidas, valorando su oportunidad y conveniencia dentro de un marco constitucional trazado; pero si dicha norma se contrapone a un principio fundamental, es obligación del órgano encargado del control constitucional restaurar el orden jurídico lesionado, haciendo respetar la supremacía constitucional y declarando ya sea su inconstitucionalidad (Corte Constitucional) o consultando su constitucionalidad (juezas y jueces en general).³⁹

Tal como anteriormente, en palabras del profesor Trujillo, es claro que no corresponde a los jueces revisar la oportunidad o conveniencia⁴⁰ de los criterios típicamente “políticos” a manera de un superior jerárquico, especialmente si fueron tomadas dentro de su márgenes constitucionales de competencia; su labor consiste exclusivamente en decidir sobre la validez de un acto según esté prohibido o permitido por la ley fundamental,⁴¹ aunar en su carga argumentativa y actuar subsidiariamente frente a la omisión legislativa;⁴² así también, examinar la idoneidad de las medidas elegidas con la finalidad de lograr una verdadera satisfacción de los derechos.⁴³

38. Ignacio Villaverde Menéndez, “La resolución de conflictos entre derechos fundamentales”, en Miguel Carbonell, edit., *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, p. 187.

39. Art. 428 de la Constitución ecuatoriana.

40. Julio César Trujillo, *Teoría del Estado en el Ecuador...*, p. 244.

41. Véase Rubén Sánchez Gil, en [www.bibliojuridica.org/libros/5/2422/12.pdf].

42. Ramiro Ávila Santamaría, “Los retos en la exigibilidad de los derechos del Buen Vivir”, en Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría, eds., *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 555.

43. Víctor Abramovich y Christian Courtis, “Apuntes sobre la exigibilidad de los derechos sociales”, en Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría, eds., *La protección judicial de los derechos sociales*, p. 22.

La ley puede regular los derechos fundamentales, y hasta ha de hacerlo, pero no puede afectar a su contenido esencial,⁴⁴ ya que si tomamos en serio los derechos y la fuerza jurídica vinculante del texto fundamental, la verdadera tarea constitucional consistirá entonces en justificar de forma plausible que una ley que constituye un límite legítimo al derecho fundamental “resulta del todo semejante a la empresa de justificar que esa misma ley constituye una interpretación plausible del concepto que opera como límite interno o criterio delimitador del derecho”⁴⁵ con lo que, volviendo al tema de la argumentación, todo dependerá, de los razonamientos y justificaciones que se puedan aportar acerca de la justificación de la ley restrictiva a la luz del bien constitucional que le sirve de antecedente.⁴⁶

4. EL CONTENIDO ESENCIAL EN RELACIÓN A LA TEORÍA “CONFLICTIVISTA” DE LOS DERECHOS

La realidad jurídica fundamental tiene una serie de matices en torno a la interpretación constitucional de los derechos. En el presente punto analizaremos aquella que la concibe como un ámbito de “conflicto” entre los derechos puestos en consideración en relación a un caso concreto, ya que en abstracto el conflicto no existe en realidad y la coexistencia de los principios más bien es pacífica.⁴⁷ Nótese que partimos por romper una ficción importante del sistema jurídico, que es la coherencia armónica, permanente y perfecta de las normas que integran el sistema jurídico.

Para esta visión, denominada como la *teoría conflictivista*, la tarea judicial consistiría en determinar, luego de un análisis previo, la primacía de alguno de los derechos “enfrentados”. Según esta visión conflictivista, los derechos fundamentales son realidades que eventualmente –en los casos concretos– pueden entrar en oposición entre sí, ello debido a su estructura fragmentaria y su carácter abierto.

44. La noción de contenido esencial de los derechos aparece en el Derecho constitucional europeo como una garantía de los derechos fundamentales. La idea del contenido esencial de derechos fundamentales se incluyó en el artículo 19.2 de la Ley Fundamental alemana de Bonn de 1949 en cuyo artículo 19 se estableció: “en ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial”; posteriormente en el artículo 53.1 de la Constitución Española se incorporó también este principio determinándose que: “solo por ley que en todo caso deberá respetar su núcleo esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades”. Así la idea de un contenido esencial de los derechos se instituyó para evitar la excesiva restricción de los derechos fundamentales y que las limitaciones que se impongan vacíen su contenido normativo.

45. Luis Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, p. 227.

46. *Ibid.*, p. 226.

47. Los principios no son excluyentes en el plano abstracto, al contrario, pueden subsistir sin mayor conflicto, y si llegaran a serlo serían normas-reglas cuyas antinomias deberían ser solucionadas con los criterios clásicos de solución de conflictos entre normas.

Esta teoría supone, entonces, un conflicto o colisión permanente entre los principios constitucionales en relación a los casos concretos, perspectiva que nos conduce según sus críticos de manera inexorable a solucionar los problemas prácticos del derecho constitucional de un modo no orgánico a través de jerarquizaciones o ponderaciones subjetivas, lo cual comporta una fuerte discrecionalidad.

Como sabemos, los sistemas jurídicos hoy en día se encuentran compuestos fundamentalmente por dos tipos de normas: las reglas y los principios. A las reglas o normas hipotéticas le son aplicables los criterios propios de la subsunción jurídica, salvando las antinomias a través de los razonamientos clásicos de solución de conflictos como son: el criterio cronológico (la norma posterior prima sobre la norma anterior); el criterio jerárquico (la norma superior prima sobre la norma inferior); el de especialidad (la norma especial prima sobre la norma general) y el de competencia; en tanto que, a los principios o normas téticas, le son aplicables los criterios de ponderación, proporcionalidad, razonabilidad, entre otros.⁴⁸

Es bastante común tanto en doctrina como en jurisprudencia constitucional que se hable de conflictos de derechos fundamentales, por ello, frente a una situación de conflicto solo queda, entonces, preferir un derecho y *desplazar* a otro. Solo queda dar prevalencia a uno de los derechos en conflicto por sobre el otro, y para ello se hace necesario contar con los mecanismos que justifiquen la preferencia condicionada de un derecho en detrimento de otro,⁴⁹ una suerte de axiología o jerarquía móvil o prevalencia condicionada para el caso en concreto.⁵⁰

El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad (principio autónomo y subregla de la ponderación) como herramientas para la solución de conflictos o colisión entre principios son necesarios dentro del estado constitucional y, aunque comportan un cierto margen de discrecionalidad atacado frecuentemente por la carencia de criterios jurídicos que garantizan su objetividad, primando en consecuencia las apreciaciones subjetivas, ideológicas y empíricas del juez,⁵¹ además de la imposibilidad de predecir sus resultados, ya que la respuesta al caso resultaría de las circunstancias del mismo y no de criterios generales objetivos, lo que provoca un tipo de jurisprudencia *ad hoc*, no es apropiado, a primera vista,

48. En la obra *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, de Miguel Carbonell, edit., Luis Prieto Sanchís identifica que el método de la ponderación constitucional, como instrumento para la solución de los conflictos entre principios constitucionales, se hace efectivo a través de un enunciado de preferencia condicionada, afirmando que en el caso en concreto, debe triunfar una de las razones en pugna sin que ello implique que en otro caso deba triunfar la otra. Constituye un orden de preferencia relativo al caso en concreto.

49. Véase en [<http://blog.pucp.edu.pe/item/46951>].

50. Luis Prieto Sanchís, “El juicio de ponderación constitucional”, en Miguel Carbonell, edit., *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, p. 102.

51. Carlos Bernal Pulido, “La racionalidad de la ponderación”, en Miguel Carbonell, edit., *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, p. 52.

intentar sustituir a la supuesta incierta ponderación por una supuestamente cierta y acertada subsunción en donde también está inmersa la subjetividad del juzgador.⁵²

Es cierto también que el examen de proporcionalidad puede conducir a cierto casuismo o relativismo pero este no debe ser estigmatizado, acusándolo de eliminar seguridad al punto de destruirlo y aniquilarlo para contrastarlo con la *certeza* del positivismo clásico,⁵³ ya que la subsunción, si se quiere, es un paso posterior a toda ponderación.

Justamente, la necesidad de la ponderación tiene su punto de partida en el momento en el que se acepta que no existan jerarquías internas entre principios, puesto que, tal como manifestamos, la preferencia entre los principios es una preferencia condicionada para el caso en concreto sin caer en reglas y excepciones precisas e inamovibles.

Quizá la solución a estos problemas radique, como indica Bernal Pulido, en otorgar un modelo racional al método de la ponderación que se funde en una estructura determinada. Se trata del modelo racional que es desarrollado por Alexy, que consiste en: i) la ley de la ponderación; ii) la fórmula del peso; y iii) la carga de la argumentación.⁵⁴ De esta manera, la ponderación, y en concreto el principio de proporcionalidad del que se vale la teoría relativa del contenido esencial de los derechos, nos debe conducir más bien a un *sano casuismo*⁵⁵ que reconozca las diversas situaciones que se pueden presentar cuando dos principios de igual rango y jerarquía entran en conflicto. Rubén Sánchez Gil afirma que “la solución que ofrece el principio de proporcionalidad no implica abandonar la decisión jurídica a un escepticismo desesperado o a un relativismo indiferente... Simplemente es un derivado de la compleja relación entre los bienes, las normas jurídicas que los tutelan, las circunstancias en que interactúan y la determinación de su perfectibilidad”.⁵⁶

¿Es entonces el juicio de ponderación y la teoría en la que se funda la más acertada fórmula de solución de conflictos entre principios constitucionales? Al parecer y aun cuando algunos teóricos han argumentado que una *teoría conflictivista* es un desacierto –puesto que de esta manera se terminaría por violentar una interpretación sistemática del texto fundamental así como el principio de unidad de la constitución, y es que el contenido del derecho esencial no puede ser otro que el derecho mismo–, no podemos negar que los conflictos entre principios existen y son frecuentes, y una fórmula desarrollada de solucionarlos, sin sacrificar en extremo uno de ellos, es la técnica de la ponderación constitucional.

Según quienes, la colisión entre principios no representa verdadero conflicto *per se* –ya que se puede hablar más bien de pseudoconflictos en la medida en la que

52. *Ibid.*, p. 49.

53. *Ibid.*, p. 50.

54. *Ibid.*, p. 52.

55. Véase Rubén Sánchez Gil, en [www.bibliojuridica.org/libros/5/2422/12.pdf].

56. *Ibid.*

los principios constitucionales son interdependientes y de igual jerarquía—. Estos pseudoconflictos, como los llaman los críticos, solo son determinables como tales, luego de un proceso de análisis y razonamiento previo, con lo cual, de una u otra forma el juicio de ponderación y el de proporcionalidad, específicamente, son instrumentos necesarios para llegar a aquella conclusión de pseudoconflictos; es decir, son herramientas de las cuales no podemos prescindir frente a una realidad constitucional evidente y diversa de la cual se componen los textos constitucionales hoy en día.

No podemos dejar de indicar que lo óptimo siempre será, sin embargo, tratar de establecer la compatibilidad lógica y buscar la armonía de los principios constitucionales (un canon de interpretación sistemática o armónica del texto constitucional) en tanto sea posible.⁵⁷

Es de considerar que si bien el contenido esencial de los derechos implica en definitiva evitar la excesiva restricción de los derechos a través de la tarea legislativa, judicial y administrativa, y que como consecuencia de ello se vacíe su contenido, el sistema jurídico se encuentra compuesto por un lado pasivo que comprende las reglas y los principios; y por un lado activo en el que se encuentra la teoría de la argumentación jurídica⁵⁸ y solo una armonía de estos dos lados del sistema jurídico posibilita un entendimiento eficaz y coherente de la funcionalidad, justificación y aplicación del principio de proporcionalidad y ponderación como métodos para la solución de los conflictos del que se sirve la teoría relativa del contenido esencial de los derechos que no resulte arbitraria o discrecional.

Ante una falta de autosuficiencia constitucional que proporcione los límites de cada derecho —lo cual es lógico y necesario, pues los principios son mandatos de optimización que contribuyen al debate democrático, valores morales consensuados que constituyen los derechos fundamentales—,⁵⁹ la ponderación, el test de razonabilidad, el de proporcionalidad, entre otros, constituyen mecanismos de interpretación y aplicación práctica de los derechos, válidos siempre que su utilización no constituya una aplicación abstracta, subjetiva o discrecional de criterios, ideologías o morales subjetivas, sino, fundamentalmente, *de argumentación*, que nos conduzca finalmente a una coherente y racional aplicación de dichos principios.

La aumentación es, entonces, ese pilar fundamental en el cual descansan todas las decisiones judiciales máxime si provienen de un conflicto constitucional como son los principios constitucionales en donde su aplicación es cada vez más frecuente y necesaria.

57. Pedro Serna y Fernando Toller, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales: una alternativa a los derechos en conflicto*, p. 75.

58. Rodolfo Luis Vigo, *Interpretación constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2004, p. 66.

59. Ramiro Ávila Santamaría, *El Neoconstitucionalismo transformador. El estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Quito, Abya-Yala, 2011, p. 57.

Si bien el constitucionalismo no puede aspirar a una racionalidad absoluta o total, pues ella no es posible, no es menos cierto que debemos renunciar a ella. Lo que se exige, entonces, es una racionalidad posible, apreciable y controlable⁶⁰ a través de un adecuado control de constitucionalidad tanto de la tarea legislativa como de la judicial y de las diferentes manifestaciones del estado y de los particulares.

5. BIBLIOGRAFÍA

- Abramovich, Víctor, y Christian Courtis,
2009 “Apuntes sobre la exigibilidad de los derechos sociales”, en Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría, eds., *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Aguiló Regla, Josep,
2003 “De nuevo sobre independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica”, en Germán Burgos Silva, edit., *Independencia judicial en América Latina ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?*, Bogotá, Publicaciones ILSA.
- Ávila Santamaría, Ramiro,
2009 “Los retos en la exigibilidad de los derechos del Buen Vivir”, en Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría, eds., *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- 2011 *El neoconstitucionalismo transformador. El estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Quito, Abya-Yala.
- Bernal Pulido, Carlos,
2005 *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- 2008 “La racionalidad de la ponderación”, en Miguel Carbonell, edit., *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Canosa Usera, Raúl,
2003 “Estudio preliminar”, en *Amparo de derechos fundamentales*, Buenos Aires, Editorial Ciudad Argentina.
- Calvo, Manuel,
1994 *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*, Madrid, Tecnos.
- Dworkin, Ronald,
2002 *Los derechos en serio*, Barcelona, Editorial Ariel, 5a. ed.
- Escobar García, Claudia,
2008 “Del Tribunal a la Corte: ¿tránsito hacia una nueva justicia constitucional?”, en Ramiro Ávila, edit., *La Constitución de 2008 en el contexto andino*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

60. Véase la nota introductoria de Pedro Cruz Villalón en la obra de Honrad Hesse, *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. XX.

- García Villegas, Mauricio, y César Rodríguez,
2003 “Derecho y sociedad en América Latina: propuesta para la consolidación de los estudios jurídicos críticos”, en *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*, Bogotá, s.e.
- Gargarella, Roberto,
1996 *La justicia frente al gobierno*, Barcelona, Editorial Ariel.
- Gascón Abellán, Marina, y Alfonso García Figueroa,
2005 *La argumentación en el derecho*, Lima, Palestra Editores.
- Grijalva, Agustín,
2009 “Interpretación constitucional, jurisdicción ordinaria y Corte Constitucional”, en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, eds., *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional.
- Linares, Sebastián,
2008 *La (i)legitimidad del control judicial de las leyes*, Madrid, Marcial Pons.
- Prieto Sanchís, Luis,
2008 “El juicio de ponderación constitucional”, en Miguel Carbonell, edit., *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Serna, Pedro, y Fernando Toller,
2000 *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales: una alternativa a los derechos en conflicto*, Buenos Aires, La Ley.
- Storini, Claudia,
2010 “¿Sobre quién reposa la tortuga? A vueltas con los límites de la interpretación constitucional”, en *Perspectivas Constitucionales*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Trujillo, Julio César,
2006 *Teoría del Estado en el Ecuador: estudio de derecho constitucional*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2a. ed.
- Vigo, Rodolfo Luis,
2004 *Interpretación Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- Villaverde Menéndez, Ignacio,
2008 “La resolución de conflictos entre derechos fundamentales”, en Miguel Carbonell, edit., *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Internet

- Rubén Sánchez Gil, [www.bibliojuridica.org/libros/5/2422/12.pdf].
[<http://blog.pucp.edu.pe/item/46951>].
[http://grupos.emagister.com/debate/sobre_el_contenido_esencial_de_los_derechos_fundamentales/6532-138010].
[<http://www.filosofiyderecho.com/rtfd/numero7/4-7.pdf>].

LA LIBERTAD PERSONAL *VERSUS* EL FORMALISMO JURÍDICO: EL DESARROLLO DEL HÁBEAS CORPUS EN EL ECUADOR

Alex Iván Valle

1. INTRODUCCIÓN Y METODOLOGÍA

La libertad personal *versus* el formalismo jurídico tiene por objeto develar la situación y el avance de una de las garantías constitucionales con más vieja data no solo en nuestro sistema jurídico sino a nivel cuasi universal, que es la del hábeas corpus como el mecanismo adecuado de protección de este importante derecho.

En ese sentido y haciendo referencia a uno de los más grandes juristas ecuatorianos de los últimos tiempos, luchador insigne por las libertades de los grupos de atención prioritaria, aun a costa de su propio capital político y personal, quiero dedicar este artículo al Dr. Julio César Trujillo, con quien tuve el privilegio de compartir y aprender como alumno de pregrado, de posgrado y, posteriormente, como compañero de cátedra y amigo; a él mis más sinceros agradecimientos y consideraciones.

El profesor Julio César Trujillo, de hecho, fue quien sembró en mí la reflexión y el interés por temas de carácter social, y, en el caso puntual del hábeas corpus, aún recuerdo una de sus clases en las que citó los orígenes de la garantía en el Ecuador y el porqué de que los alcaldes conocieren y tramitaren dicha garantía, siendo dicha justificación una cuestión más de operatividad y logística que una razón política o jurídica, pues dado el poco número de jueces en el país y la ausencia de estos en la mayoría de las cabeceras cantonales, no quedó otro remedio que otorgar la competencia a los alcaldes para, de esta manera, asegurar el acceso a la justicia constitucional en casos de violaciones a la libertad personal.

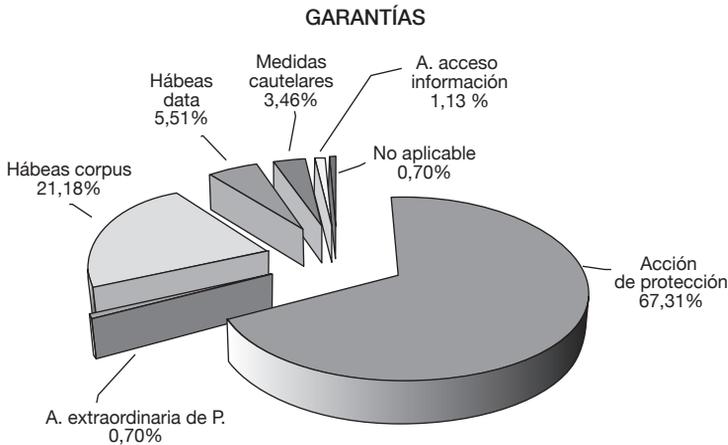
El presente trabajo recoge dos insumos de investigaciones empíricas en las que trabajé como investigador de campo; el primero relacionado con un “estado del arte” de las garantías constitucionales (análisis cualitativo y cuantitativo de las resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional entre 1997-2004)¹ realizada

1. El presente trabajo fue realizado sobre una muestra de 277 recursos de hábeas corpus apelados ante el Tribunal Constitucional entre los años 1997 y 2004, muestra que proviene de una base de

para el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos con una muestra de 277 casos de un universo de 620; y el segundo, la evolución de las garantías constitucionales en el marco de la actual Constitución de la República (análisis cualitativo y cuantitativo de las resoluciones emitidas por los juzgados de Pichincha en 2010)² realizada para el Programa Andino de Derechos Humanos de la UASB-E, con un universo total de 392 casos.

Cabe señalar que el primer caso es un estudio a nivel nacional, y que el segundo se remite a la provincia de Pichincha; sin embargo, existen variables comunes que nos permiten comparar el ejercicio, alcance y eficacia del hábeas corpus en el actual y antiguo modelo constitucional. Antes veamos el porcentaje de incidencia y de ejercicio de la acción de hábeas corpus con relación a las demás garantías constitucionales consagradas en la Constitución de la República de 2008.

GRÁFICO 1
TIPO DE GARANTÍAS SOLICITADAS
(PERÍODO 2010)



Elaborado por: Alex Valle y Sonnia Pérez

datos de un total de seiscientos veinte (620) expedientes. La muestra también fue seleccionada por la economista Nancy Medina, experta en métodos y cálculos estadísticos, quien realizó ponderaciones en relación al número de salas, casos resueltos por el Pleno del Tribunal Constitucional y, según el año calendario, para obtener una muestra representativa con un margen de error mínimo correspondiente a 10%.

- Se analizaron 392 casos existentes en la Judicatura de la Provincia de Pichincha entre enero de 2010 a octubre de 2010. Es decir su análisis no correspondió a una muestra, sino al universo de casos registrados en el cohorte temporal mencionado, de esos casos, solo 233 contienen información de las variables analizadas.

Con el fin de medir la eficacia de tan importante garantía cuyo enfoque principal es la protección de la libertad personal en el Ecuador, fue necesaria la utilización de metodología cualitativa y cuantitativa, en especial la técnica de construcción de las siguientes variables: variable de tiempo, variable de argumentación jurídica, variable de decisión, de tipo de legitimario, entre otras que se encuentran en los gráficos expuestos.

2. LA PRÁCTICA DEL HÁBEAS CORPUS

El estudio comparado en los períodos de estudio muestra los puntos de conexión de la garantía, las limitaciones, alcances y demás elementos que en la práctica constitucional procesal han incidido en su funcionamiento. A continuación el análisis según el tipo de variables comunes a 1997/2004 y 2010:

1. La duración del hábeas corpus. En el presente acápite revisaremos tres gráficos tendientes a medir el tiempo transcurrido entre: 1. la apelación de los recursos de hábeas corpus interpuestos ante el Tribunal Constitucional y su resolución definitiva por parte del referido organismo; 2. el número de días que se demoraron los jueces de Pichincha en resolver la petición de hábeas corpus; y 3. el número de días en que la Corte Provincial de Pichincha se tarda en resolver las apelaciones, en contraste con el número de días que tardaba el Tribunal Constitucional (TC).

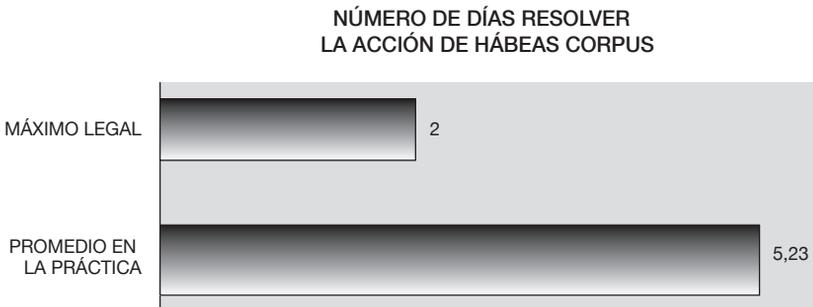
a) La apelación de los recursos de hábeas corpus interpuestos ante el Tribunal Constitucional y su resolución definitiva por parte del referido organismo, calculado entre los años 1997 y 2004, es de 97 días, aproximadamente 3 meses y una semana. El tiempo que se tardaba el máximo organismo de control constitucional en resolver las apelaciones violaba el principio de celeridad propio de esta garantía así como el artículo 32 de la Ley Orgánica de Control Constitucional que establecía un tiempo máximo de 15 días como plazo máximo para que el TC resolviera la apelación de un hábeas corpus. A continuación podemos ver el desarrollo entre 1997 y 2004:

GRÁFICO 2
NÚMERO DE DÍAS EN RESOLVER EL HC
(PERÍODO 1997/2004)



b) Después de los cambios normativos establecidos en la Constitución de la República de 2008 y la actual Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su artículo 44 numeral 2, el número de días que deben tardar los jueces en resolver una solicitud de hábeas corpus no puede rebasar los dos días; sin embargo, en el caso de Pichincha el tiempo promedio de resolución es de 5 días.

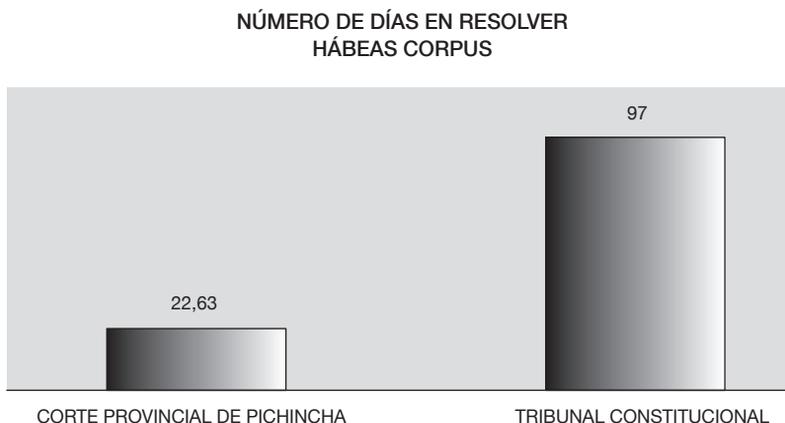
GRÁFICO 3
NÚMERO DE DÍAS EN RESOLVER EL HC
(PERÍODO 2010)



Elaborado por: Alex Valle y Sonnia Pérez

c) El número de días en que la Corte Provincial de Pichincha se tarda en resolver las apelaciones, en contraste con el número de días que tardaba el Tribunal Constitucional, es cuatro veces menor. La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en su artículo 44 numeral 4, no señala plazos o términos para su resolución, dejando nuevamente un vacío que ocasionaría la vulneración del citado derecho de libertad. En el siguiente gráfico comparativo entre los dos periodos, se puede apreciar la considerable disminución temporal en la resolución de los HC:

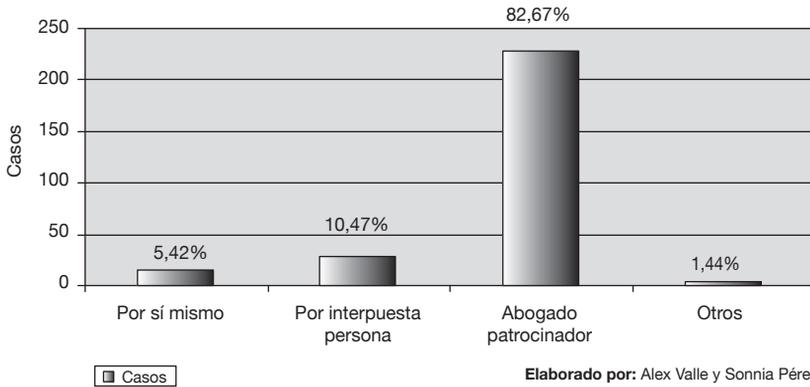
GRÁFICO 4
NÚMERO DE DÍAS EN RESOLVER EL HC
(PERÍODOS 2010 Y 1997-2004)



Elaborado por: Alex Valle y Sonia Pérez

2. *El accionante o legitimario activo.* Según lo que estipulaba el artículo 93 de la Constitución Política de 1998, podía interponer el hábeas corpus la persona privada de libertad o una tercera persona, aun sin la necesidad de mandato. La actual Constitución de la República amplía esta disposición a todas las garantías jurisdiccionales, en su artículo 86 numeral dos literal c) elimina las formalidades y dispone la presentación de solicitudes en forma verbal, escrita, sin necesidad de citar la norma infringida y sin necesidad de “patrocinio de un abogado”. A continuación el gráfico correspondiente al primer período de estudio, esto es 1997 a 2004, con la vigencia de la Constitución Política de 1998:

GRÁFICO 5
TIPO DE ACCIONANTE
(PERÍODO 1997-2004)
HÁBEAS CORPUS POR TIPO DE ACCIONANTE

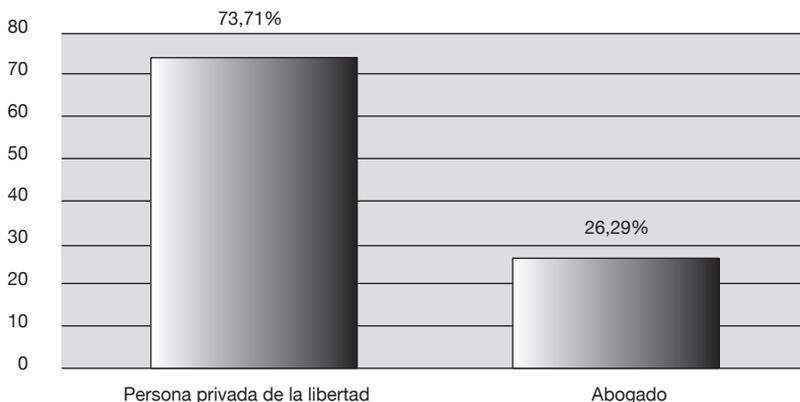


Se puede observar en el gráfico precedente que la mayoría de los solicitantes de hábeas corpus acudían a un abogado patrocinador para formalizar su pedido; dicha variable representa un 82,67% del total de recursos presentados. El porcentaje de personas que presentan los recursos por sí mismos es mínimo y llega solo a 5,42%; podemos inferir que este grupo de solicitantes no pudo o no tuvo los recursos necesarios para acceder a un abogado patrocinador particular, ni a un tercero oficioso que actúe en su favor.

Un 10,47% de personas detenidas apeló el recuso a través de alguno de sus familiares o amigos, mientras que 1,44% lo hizo por medio de alguna organización de asesoría jurídica gratuita. Estos datos también destacan la gran importancia que tienen instituciones como la Defensoría Pública y la Defensoría del Pueblo en cuanto a la prestación de servicios de asesoría legal a quienes son detenidos, especialmente cuando carecen de suficientes recursos para financiar abogados particulares.

En los gráficos posteriores se observará si se mantiene o no la tendencia de acudir a un profesional de derecho para solicitar un hábeas corpus, tomando en cuenta que la investigación se centró en la provincia de Pichincha, y que se han graficado únicamente las variables de acciones solicitadas mediante un abogado patrocinador y aquellas que se han pedido por medio de los propios afectados o un tercero oficioso.

GRÁFICO 6
TIPO DE ACCIONANTE
(PERÍODO 2010)
TIPO DE ACCIONANTE EN EL HÁBEAS CORPUS



Elaborado por: Alex Valle y Sonnia Pérez

Como se puede observar, la tendencia de recurrir a un abogado patrocinador para solicitar un hábeas corpus disminuyó considerablemente de un 82,67 a un 26,29%, mientras que las solicitudes realizadas por sí mismo o por interpuesta persona subieron de un 15,89 a un 73,71%. Estos datos sin duda reflejan el efecto que tuvo la disposición constitucional actual de eliminar las formalidades y la necesaria presencia de un abogado patrocinador, pero cabe reflexionar si la ausencia de los profesionales del derecho al momento de argumentar las peticiones influye en las decisiones de los operadores de justicia, esta duda la despejaremos con las variables de decisión analizadas posteriormente. Primero, revisaremos el tipo de accionante por sexo, para saber el porcentaje de acceso a la garantía del HC por parte de hombres y mujeres vulnerados en su derecho de libertad.

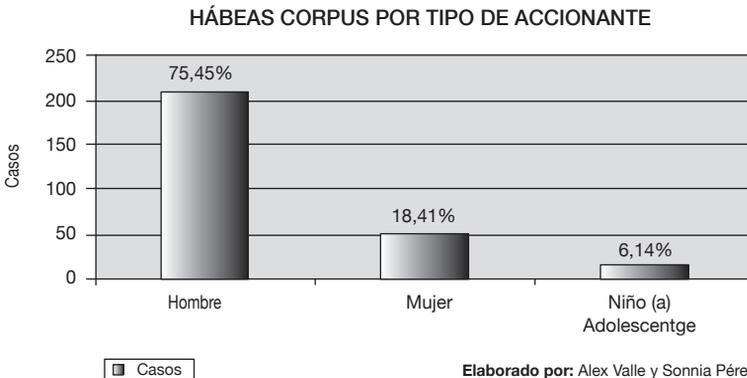
Accionante por sexo. Con el fin de determinar la diferencia existente respecto del acceso al recurso de hábeas corpus entre hombres y mujeres, se estableció la presente variable en los dos períodos analizados. Además, se identifican las detenciones de niños, niñas y adolescentes.

En el gráfico 7 se evidencia una desproporción en las solicitudes de hábeas corpus realizadas por hombres y mujeres. Esta diferencia es proporcional con el número de detenciones por género a nivel nacional. Las estadísticas de la Dirección Nacional de Rehabilitación muestran que entre enero y agosto de 2008 hubo 15.392

hombres detenidos en los centros carcelarios del país, mientras que el número de mujeres detenidas fue de 1673.³ Las estadísticas referidas corresponden a personas condenadas, procesadas y contraventoras. En el año 2010 consta el total de personas detenidas en 11698 sin desagregar por sexo.⁴

A continuación, el gráfico 7 muestra que tan solo un 18,41% de los recursos de hábeas corpus apelados corresponden a mujeres, mientras que los recursos planteados por hombres llega a un 75,45%, finalmente las detenciones ilegales a niños, niñas y adolescentes llega a un 6,14 por ciento.

GRÁFICO 7
TIPO DE ACCIONANTE POR SEXO
(PERÍODO 1997-2004)

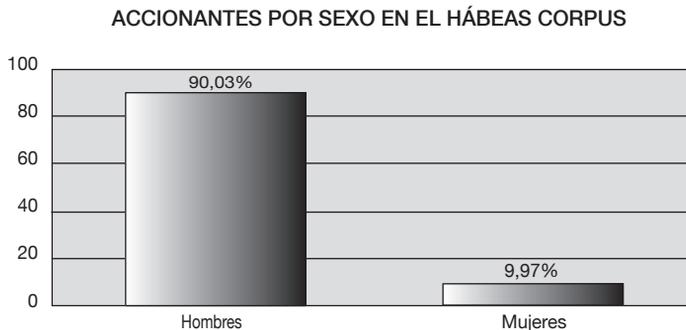


La mencionada tendencia se mantienen en el año 2010, respecto de las solicitudes de hábeas corpus solicitadas a nivel de la provincia de Pichincha, ante los jueces de primer nivel. En el gráfico se aprecia que las solicitudes realizadas por hombres corresponde a un 90,03%, mientras que las realizadas por mujeres asciende a un 9,97%.

3. Dirección Nacional de Rehabilitación del Ecuador. Hombres detenidos = 90%; Mujeres detenidas = 10%. Ver en: [<http://www.dnrs.gov.ec/documentos/pdf/REPORTEAGOSTO2008.pdf>]. Acceso: 21/06/2009.

4. Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, ver en: [http://www.minjusticia-ddhh.gov.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=2379&Itemid=179]. Acceso: 4/07/2011.

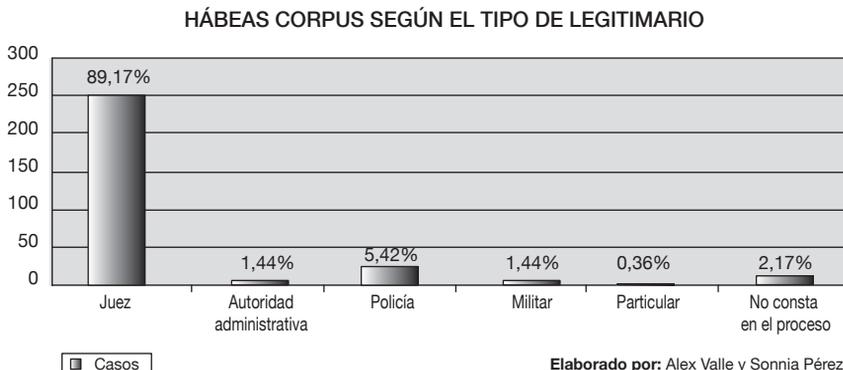
GRÁFICO 8
TIPO DE ACCIONANTE POR SEXO
(PERÍODO 2010)



Elaborado por: Alex Valle y Sonnia Pérez

3. *El legitimado pasivo.* Si bien es cierto que la mayoría de los recursos de hábeas corpus están planteados en contra de la administración de justicia o fuerza pública por las detenciones ilegales o arbitrarias, es útil identificar a la autoridad o persona específica que generó dicha violación al derecho a la libertad personal, en especial por el tema de reparaciones y del derecho del Estado de repetición. A continuación se ilustran los gráficos 9 y 10, el primero corresponde a los hábeas corpus presentados ante el TC y el segundo a los presentados ante los juzgados de la provincia de Pichincha.

GRÁFICO 9
TIPO DE LEGITIMARIO PASIVO
(PERÍODO 1997-2004)



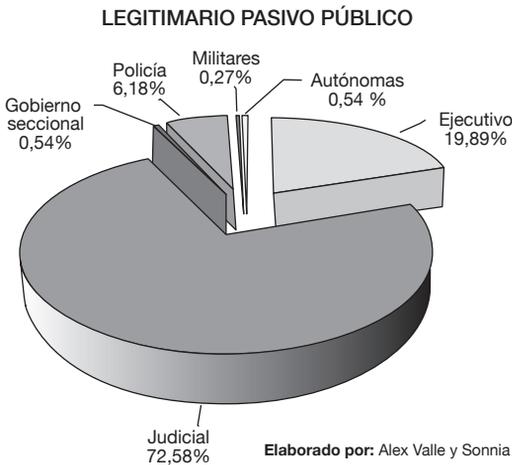
Elaborado por: Alex Valle y Sonnia Pérez

En el gráfico anterior, la mayor parte de causas apeladas (89,17%) corresponde a hábeas corpus contra decisiones de jueces penales que ordenaron las detenciones o que no dispusieron la libertad correspondiente conforme el mandato constitucional de 1998 del artículo 24 numeral 8, referente a la caducidad de la prisión preventiva. En el gráfico se observa que un 5,42% corresponde a las detenciones arbitrarias realizadas por la policía sin orden de juez competente, el 1,44% correspondiente a autoridades administrativas corresponde a jueces de contravenciones, y 1,44% a militares que han detenido civiles. Finalmente tenemos que en casos de delitos flagrantes han actuado los particulares con 0,36%, casos en los cuales está involucrada también la denominada justicia indígena. El porcentaje de 2,17% se desconoce por falta de registro en el correspondiente expediente.

A continuación presentamos el gráfico 10 correspondiente al año 2010, en el que se muestra que la mayor parte de hábeas corpus presentados tuvo como responsable de la privación arbitraria informal o ilegal a los operadores de justicia con un 72,58%, lo que confirma la tendencia anterior.

En segundo lugar encontramos a dependencias que forman parte de los ministerios y, por ende, del sector ejecutivo, tales como: intendencias, comisarías, Dirección Nacional de Rehabilitación Social, directores de centros penitenciarios, centros de detención provisional, entre otros. En tercer lugar figura la fuerza pública con un 6,45% (policía más militares); finalmente constan los gobiernos seccionales y autónomos con un 0,54 y 0,54%, respectivamente.

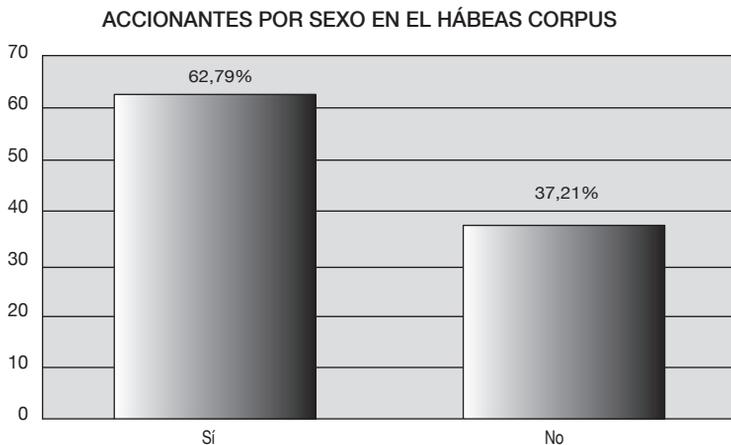
GRÁFICO 10
TIPO DE LEGITIMARIO PASIVO
(PERÍODO 2010)



4. *La decisión.* Las variables de decisión tienen por objeto medir la eficacia de las solicitudes de hábeas corpus presentadas ante los operadores de justicia. En los gráficos posteriores evidenciaremos el porcentaje de aceptación o no de las acciones, tanto en lo que corresponde al período actual 2010 como al estudiado entre 1997 a 2004.

Cabe recordar que, en un caso, los datos corresponden al estudio de las acciones presentadas en la provincia de Pichincha y, en el segundo, a las acciones presentadas en apelación al anterior Tribunal Constitucional; sin embargo, es interesante contrastar y saber si todos los jueces de primer nivel, considerados en el actual modelo constitucional con un rol de protección a las garantías constitucionales, están cumpliendo dicha función, frente al ejercicio realizado por jueces especialistas en la materia en el anterior órgano constitucional. A continuación el gráfico sobre las decisiones adoptadas actualmente a nivel de Pichincha:

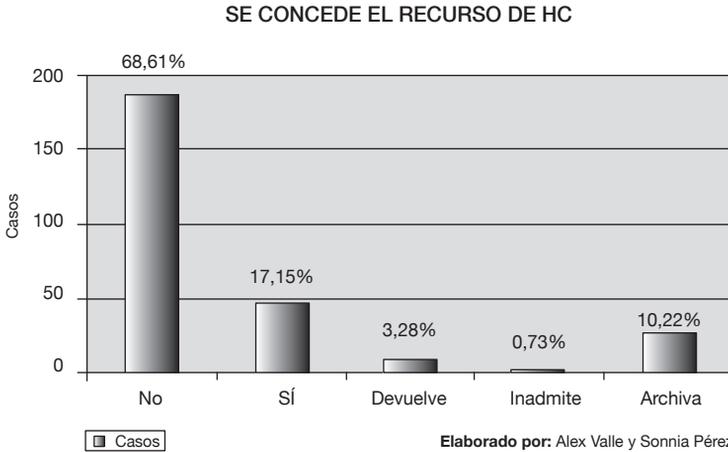
GRÁFICO II
TIPO DE DECISIÓN EN SENTENCIA
(PERÍODO 2010)



Elaborado por: Alex Valle y Sonnia Pérez

En el gráfico anterior se observa que el grado de aceptación de los hábeas corpus por parte de los operadores de justicia de Pichincha es más alto, un 62,79% frente a una negativa de 37,21%. Comparemos dichos porcentajes con lo que sucedía en el período 1997 a 2004, respecto de las peticiones de hábeas corpus solicitadas bajo el amparo del marco constitucional anterior y en apelación ante el Tribunal Constitucional.

GRÁFICO 12
TIPO DE DECISIÓN EN SENTENCIA
(PERÍODO 1997/2004)



Como muestra el gráfico 7, del total de casos apelados ante el Tribunal Constitucional tan solo un 17,15% fue aceptado, mientras que la gran mayoría (86,61%) fueron negados. 3,28% de casos fueron devueltos al inferior por falta de ciertas formalidades o para exigir su resolución en primera instancia. El 0,73% no fue admitido por falta de competencia o requisitos. Finalmente, 10,22% de los casos se archivó porque los detenidos que plantearon el recurso de hábeas corpus ya habían sido puestos en libertad por medio de otras acciones legales.

Como se puede observar ha existido un cambio cuantitativo y cualitativo en lo que tiene que ver con la eficacia del hábeas corpus frente al acceso por medio de particulares o terceros sin formalidad alguna, desmitificando el hecho de que es necesario el patrocinio de un abogado para motivar la solicitud de la garantía y lograr éxito. El porcentaje de aceptación de solicitudes de hábeas corpus en el Tribunal Constitucional era de un 17,15% mientras que los jueces de primer nivel tienen un 62,79%, a pesar de que en su mayoría fueron planteados por los afectados o por interpuestas personas.

Se podría establecer que las reformas, al menos en temas concernientes a la disminución o eliminación de formalidades, estarían dando resultados favorables al momento de proteger la libertad personal de los recurrentes.

Respecto del ámbito de acción del hábeas corpus, veamos si se amplió a otro tipo de circunstancias tal y como lo establece la Constitución de la República de 2008, y, además, veamos cuáles son las principales causas que originan su petición ante los órganos jurisdiccionales, así como las posibles causas de detención.

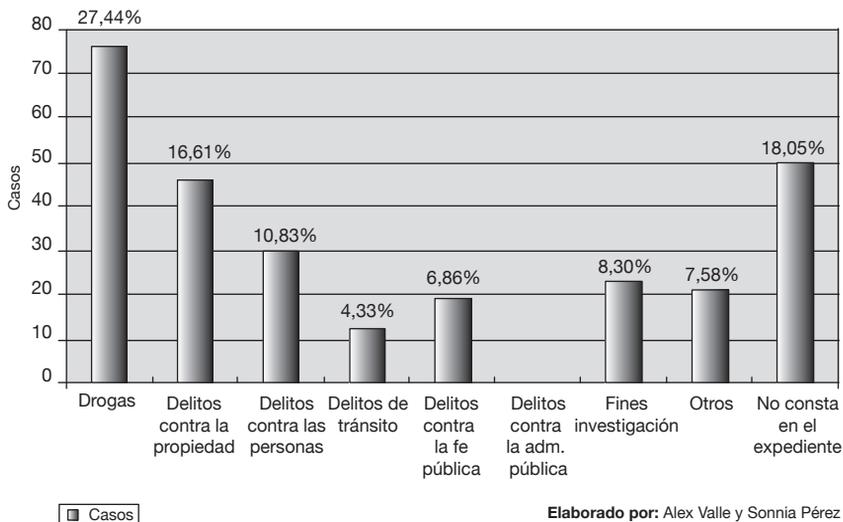
5. *Posibles causas de la detención.* Es importante conocer las posibles causas de detención de las personas solicitantes de la acción de hábeas corpus, para determinar si el marco de acción de la garantía se ha ampliado, como en el caso de personas detenidas por “falta de pago de pensiones alimenticias”.

Por otra parte, los gráficos nos permitirán saber las mayores causales de privación de libertad personal. De igual forma que en las variables anteriores me permitiré hacer la comparación entre el período de 1997 a 2004 a nivel nacional y el relacionado al año 2010 de contexto provincial.

En la investigación a nivel nacional, tenemos que en el gráfico 9 se puede visualizar que el delito con el mayor porcentaje de concurrencia es el de drogas, con un 27,44%, es decir más de una cuarta parte del total de delitos.

GRÁFICO 13
CAUSAS DE DETENCIÓN
(PERÍODO 1997-2004)

POSIBLES CAUSAS DE DETENCIÓN



El Código Penal de 22 de enero de 1971 en su artículo 114-A señalaba que las personas detenidas sin recibir auto de sobreseimiento, apertura a plenario o sin recibir sentencia en el tiempo señalado en dicho artículo, serán puestas inmediatamente en libertad por el juez que conozca el proceso con excepción de personas que estuvieren encausados por delitos sancionados por la Ley sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.⁵

Los delitos contra la propiedad, como hurtos y robos, ocupan el segundo lugar con 16,61%, mientras que los delitos contra las personas como lesiones y vida tienen 10,83%. Los delitos de estafa y abuso de confianza correspondientes a delitos contra la fe pública ocupan el cuarto lugar con 6,86% y los delitos de tránsito tienen 4,33% de casos. Finalmente cabe indicar que 18,05 de casos analizados no tienen registrado el motivo de la detención, 7,58% de casos corresponden a otro tipo de delitos que no son los citados en la gráfica; y 8,30% de detenciones no corresponden a delitos sino que refieren a detenciones solo con fines investigativos, pudiendo ser estas últimas las de más riesgo para la persona por la incertidumbre jurídica que suponen. De los hábeas corpus por drogas aceptados, 5 fueron de mujeres en estado de gestación y los 6 restantes correspondieron a hombres cuya prisión preventiva caducó.

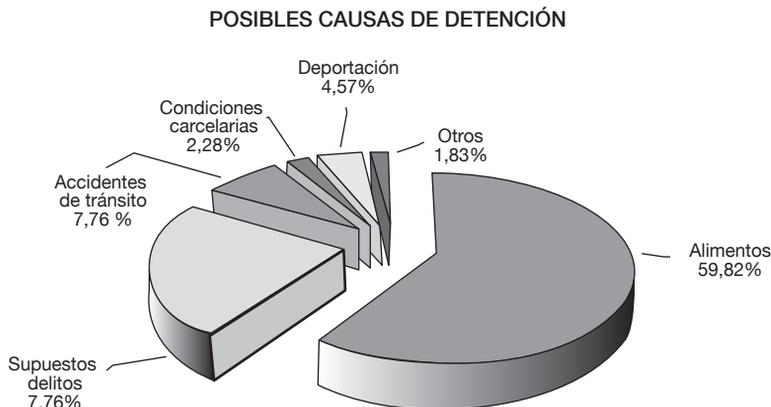
Respecto de la investigación a nivel provincial, tenemos que en el gráfico 10 se puede visualizar que ya no son los delitos los que están con el mayor porcentaje de concurrencia del hábeas corpus, sino las detenciones por deudas de alimentos en un 59,82%, seguida de los delitos con un 23,74%, de los accidentes de tránsito con un 7,76%, deportaciones con un 4,57%, por las pésimas condiciones carcelarias un 2,28%. Con las citadas categorías podemos evidenciar un cambio de comportamiento en las dinámicas que dan origen a las solicitudes de hábeas corpus.

El cambio principal surgido en las causas de solicitud del hábeas corpus tiene su origen en las reformas al Código de la Niñez y Adolescencia del año 2009 propuestas por la asambleísta Betty Amores, en las cuales se permite iniciar la demanda de alimentos en contra de terceros familiares del deudor principal, imponiéndoles la medida cautelar real de prisión por no pago de dichas acreencias.

A continuación el gráfico que muestra los cambios en las causales de detención en el año 2010:

5. Dicha disposición era la base de la negativa del hábeas corpus en delitos de narcotráfico y fue declarada inconstitucional por razones de fondo en la Resolución del Tribunal Constitucional No. 119, publicada en Registro Oficial Suplemento 222 de 24 de diciembre de 1997.

GRÁFICO 14
CAUSAS DE DETENCIÓN
(PERÍODO 2010)



Elaborado por: Alex Valle y Sonia Pérez

Si vemos en la gráfica anterior, aparecen las materias de alimentos, migraciones y tránsito como los nuevos hechos originarios de la privación de libertad personal, siendo la garantía del hábeas corpus la alternativa para recuperar su libertad. Por otra parte, las detenciones de extranjeros/as por temas administrativos, concretamente por infracciones migratorias, han encontrado en el hábeas corpus un mecanismo eficaz que devuelve la libertad a los afectados en procesos de deportación, en el actual modelo constitucional.

6. *El fundamento de la petición del recurso.* A diferencia de la variable anterior, no se pretende mostrar las causas que originaron la detención de las y los solicitantes, sino en las fundamentaciones de forma o de fondo que los llevaron a plantear un hábeas corpus, entre las cuales podemos encontrar: inexistencia de boleta de detención, falta de requisitos legales, mujeres en estado de gestación, entre otras. Al igual que en los análisis precedentes, comenzaremos por citar las cifras del estudio de 1997 a 2004 del entonces Tribunal Constitucional.

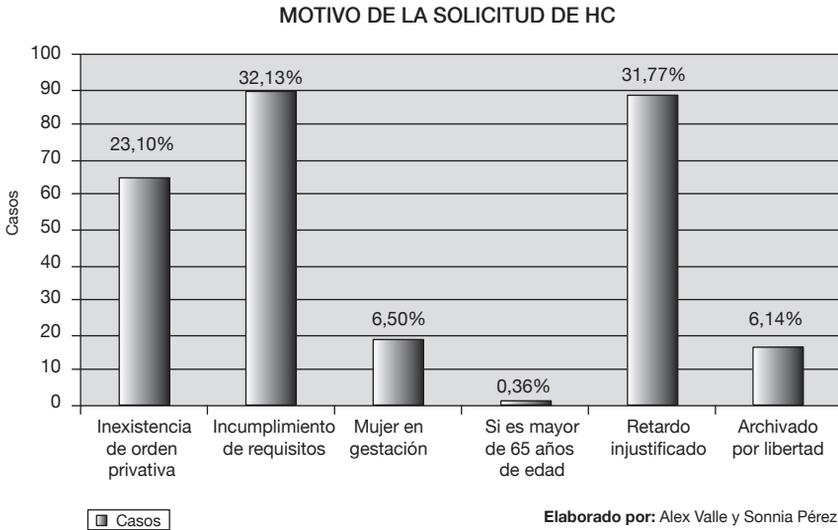
En el gráfico 11, se puede observar que el porcentaje más alto corresponde al 32,13%, que es el incumplimiento de requisitos necesarios para legalizar la detención. El artículo 93 de la Constitución Política de 1998 hacía referencia a las causales necesarias para plantear un recurso de hábeas corpus; entre estas encontra-

mos la existencia de vicios de procedimiento en la detención, la no exhibición de la orden de detención, y otras violaciones al debido proceso constitucional.

Tenemos además que por disposición constitucional no se puede ordenar la privación de libertad de mujeres embarazadas y de personas mayores de 65 años, pudiendo en dichos casos ordenar medidas sustitutivas a la privación de libertad. Sin embargo, existió un 6,50% de mujeres detenidas en estado de gestación que interpusieron el recurso, llegando incluso a apelar ante el Tribunal Constitucional.

La causal de retardo injustificado en el tiempo de detención corresponde al mandato constitucional del artículo 24 numeral 8 de la Constitución Política de 1998, que determinaba que la prisión preventiva caduca en seis meses en los delitos sancionados con prisión y en un año en los delitos sancionados con reclusión. Existió 31,77% de casos que se plantearon por violación a tal disposición.

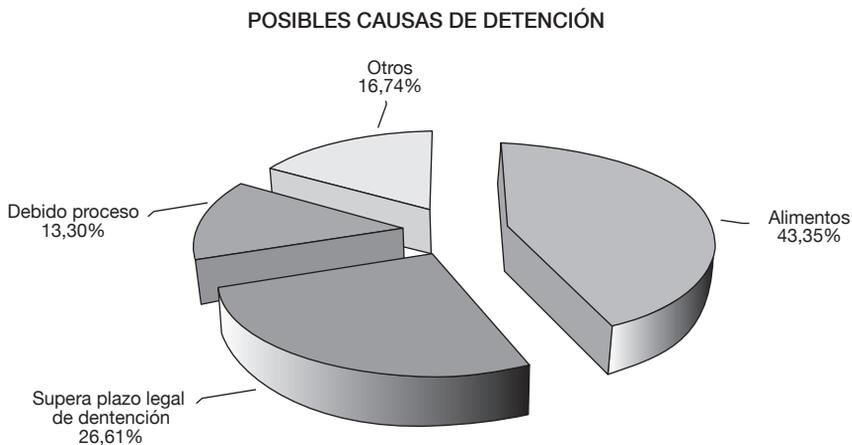
GRÁFICO 15
CAUSALES DE SOLICITUD DEL HC-1997/2004



El 6,14% corresponde a casos en los que se solicitó el hábeas corpus por parte de los afectados y que, previa la resolución por parte del alcalde correspondiente, se constataba la recuperación de libertad por cualquier otro medio, disponiendo de esta forma el archivo de la causa. Un 0,36% corresponde a personas mayores de 65 años privadas de libertad que acudieron a la garantía como mecanismo para recuperar su libertad.

En el gráfico 12 podemos observar las causas que originaron las solicitudes de hábeas corpus, correspondientes al período del año 2010 a nivel de Pichincha. La causa principal tiene que ver con la violación de los plazos de detención en materia de alimentos cuyo porcentaje alcanza un 43,35%, seguida de la caducidad de la prisión preventiva con un 26,61%, y por las violaciones al debido proceso legal con un 13,30%. La variable “otros” encierra diversos tipos de motivaciones como los casos de deportaciones, materia de tránsito, mujeres en estado de gestación, personas mayores de 65 años, condiciones carcelarias, entre otras.

GRÁFICO 16
CAUSALES DE SOLICITUD DEL HC-2010



Elaborado por: Alex Valle y Sonnia Pérez

La constante en los dos períodos, como se puede observar en los gráficos, tiene que ver con las violaciones al debido proceso por parte de los mismos operadores de justicia y de las fuerzas del orden que ejecutan detenciones sin las formalidades legales. Por otra parte, a pesar de las reformas procesales penales y de la vigencia del Código Orgánico de la Función Judicial para evitar la concurrencia de libertades por caducidad de la prisión preventiva, se evidencia que el número de hábeas corpus por violar la citada disposición constitucional no baja considerablemente, pues de un 31,77% (1997-2004) baja a un 26,61% (2010).

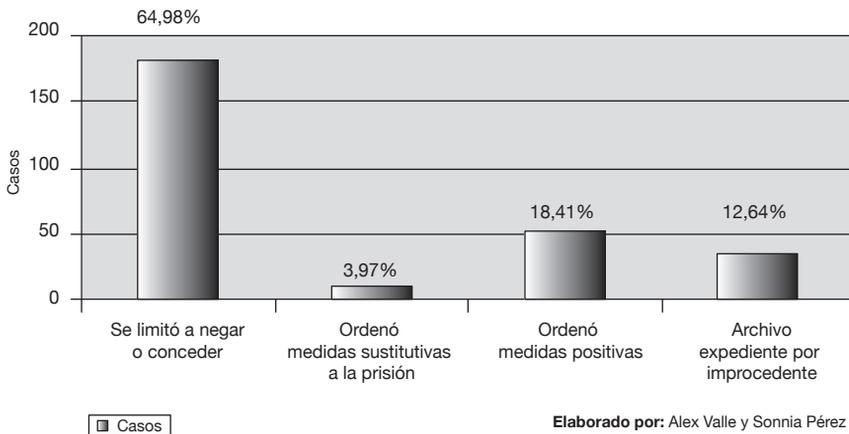
6. *Las medidas de acción o inacción tomadas ante la aceptación del recurso.* Finalmente, se han analizado cuáles han sido las medidas positivas o negativas tomadas por el Tribunal Constitucional y los juzgados provinciales al decidir la

aceptación de un recurso de hábeas corpus, medidas que generalmente constan en la parte resolutive de cada expediente.

En el primer caso, la gran mayoría de los casos el TC se limita a aceptar o negar el recurso sin ordenar ni explicar el tipo de medida que debe llevarse a cabo para proteger los derechos conculcados o violados. La motivación en las resoluciones de hábeas corpus no contiene la suficiente argumentación para su cumplimiento efectivo. En los casos de aceptación del recurso de hábeas corpus se verifica que solo un 18,41% ordena medidas administrativas positivas que viabilicen la libertad de los peticionarios, un 3,97% ordena medidas sustitutivas a la prisión preventiva para favorecer a personas mayores de 65 años y mujeres en estado de gestación que se hallan ilegalmente privadas de libertad; y 12,64% de casos han sido archivados por improcedentes cuando se ha analizado que la detención no ha excedido el plazo constitucional del 24 numeral 8 de la Constitución Política de 1998.

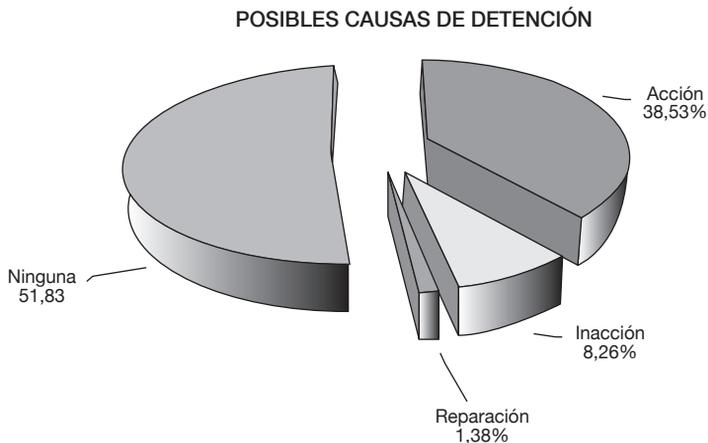
GRÁFICO 17
MEDIDAS DE ACCIÓN O INACCIÓN EN SENTENCIA
(PERÍODO 1997/2004)

RESOLUCIÓN SOBRE EL RECURSO DE HC



En el segundo caso, respecto de las medidas tomadas por los operadores de justicia al momento de aceptar el hábeas corpus, se observa que a pesar de las reformas constitucionales que obligan a motivar las resoluciones, no existe el cambio esperado, ya que de un 64,98% tan solo se baja a un 51,83%.

GRÁFICO 18
MEDIDAS DE ACCIÓN O INACCIÓN EN SENTENCIA
(PERÍODO 1997/2004)



Elaborado por: Alex Valle y Sonia Pérez

De su parte las medidas positivas de acción aumentan de un 18,41 a un 38,53%, y las medidas de inacción alcanzan un 8,26%. Aparecen, además, en este período 2010, las medidas de reparación constitucionalmente dispuestas, con un porcentaje mínimo de 1,38%.

3. CONCLUSIONES

1. El desarrollo del hábeas corpus en el Ecuador bajo la Constitución Política de 1998 y dentro del marco constitucional de 2008 muestra rasgos positivos y negativos en su ejercicio. El primer cambio importante se evidencia con el cambio de autoridad que resuelve la garantía, pues de una autoridad política (alcalde) se encausa la competencia a una autoridad judicial debidamente legitimada para ello (juez), dicho cambio de competencias no solo obedece a las recomendaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sino al nuevo modelo constitucional vigente. Dicho cambio ha generado no solo mayor acceso a la justicia constitucional por parte de las personas vulneradas en su derecho de libertad personal, sino que ha logrado conseguir mayor agilidad en la resolución de las causas y en las apelaciones solicitadas.

2. Por otra parte, las apelaciones de hábeas corpus al TC limitaban el acceso a la justicia de legitimarios activos de provincias diversas a Pichincha. En la actualidad las Cortes Provinciales permiten dicho acceso. Otro aspecto positivo es que actualmente un buen porcentaje de acciones solicitadas por el interesado o un tercero oficioso son aceptadas, lo que revela que las intervenciones de abogados no necesariamente aseguran el éxito de la petición.
3. La ampliación del marco de acción del hábeas corpus para casos como el de alimentos, malas condiciones carcelarias, deportaciones, temas de tránsito, desapariciones forzadas, tortura, tratos crueles o inhumanos, detenciones en lugares no destinados para ello, ha permitido un grado mayor de protección de los derechos de libertad e incluso de integridad personal. El porcentaje de aceptación de los hábeas corpus en el modelo constitucional actual es mucho mayor que el del año 1998, lo cual evidencia un crecimiento en la eficacia de la garantía.
4. Lamentablemente, podemos observar como constantes en ambos períodos, que las autoridades que violan los derechos de libertad siguen siendo los mismos operadores de justicia, que en su mayor parte permiten la caducidad de la prisión preventiva, plazos excesivos en detenciones por investigación o en materia de alimentos, falta de formalidades para la detención, entre otras razones. El rol de la fuerza pública en las violaciones al derecho a la libertad también se mantiene casi en los mismos porcentajes.
5. Finalmente cabe destacar el rol de algunos jueces, que en la actualidad no solo se limitan a conceder el hábeas corpus, sino a dictar medidas de acción, inacción o de reparación a favor de la persona solicitante, con lo que se comienza a cumplir la Constitución y los Tratados Internacionales en materia de reparación integral y restitución de derechos. El fiel cumplimiento de la garantía constitucional no solo depende de los cambios normativos, sino de los cambios de actitud de los operadores de justicia y, por supuesto, del activismo judicial de las personas y organizaciones sociales interesadas en defender el derecho de libertad como un pilar de la democracia y del ejercicio de otros derechos fundamentales.

¿EN QUÉ MEDIDA EL PROCESO DE INTEGRACIÓN DE LA COMUNIDAD ANDINA (CAN) PUEDE AFECTAR LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y CONSTITUCIONALES?

Pamela Aguirre Castro
Pablo Alarcón Peña

“También entre nosotros los derechos de la persona constituyen materia que interesa a la comunidad internacional, ha dejado pues, de ser asunto de interés puramente doméstico y, en consecuencia, la comunidad internacional tiene razones para vigilar el respeto, al interior de los Estados, de los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales vigentes”,¹ dice Julio César Trujillo. Esta es una de las preocupaciones que ha guiado la vida académica y profesional de nuestro querido maestro, a quien le ofrecemos nuestro homenaje con este artículo que se ha inspirado en sus reflexiones académicas.

1. INTRODUCCIÓN

Los derechos humanos son un invento del ser humano para impedir catástrofes que amenazan la vida humana;² en tal virtud, su reconocimiento ha sido uno de los grandes logros del siglo XX que no puede ser desconocido a ningún nivel del ejercicio de poder, ni aun a pretexto de procesos supranacionales de orden económico.

Los diferentes procesos de integración regional en las distintas latitudes al momento de su nacimiento no han tenido como una de sus preocupaciones la defensa de los derechos constitucionales y humanos. La finalidad económica hizo que el objeto de los Estados contratantes se aleje de la protección de los derechos humanos; sin embargo, es el propio desarrollo de estos procesos, en el marco de un sistema democrático, el que demanda la inclusión y desarrollo de estos derechos.

1. Julio César Trujillo, “Sistemas constitucionales para la protección de los derechos humanos”, en *Temas Constitucionales*, año 1, No. 2, Quito, Tribunal Constitucional del Ecuador, junio 2004, p. 88.
2. Véase Carlos Santiago Nino, *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1984.

El déficit democrático que sufren los procesos de integración regional se hace evidente en virtud del principio de primacía de los derechos humanos y constitucionales frente a los compromisos asumidos por los Estados en los tratados fundacionales y posteriormente en el desarrollo del derecho comunitario derivado. La incidencia de estos procesos en materia de derechos humanos se hace notoria en campos como el laboral, ambiental, propiedad intelectual, mecanismos procesales de tutela de los derechos, derechos económicos, sociales y culturales, entre otros.

Es conocido que los procesos de integración comportan la transferencia del ejercicio de competencias estatales a instancias supranacionales, con lo cual se crea un orden jurídico propio, denominado derecho comunitario,³ que goza de eficacia directa y aplicación directa, es así que las repercusiones de los procesos de integración no se limitan a determinados sectores productivos, sino pretenden vincular globalmente las economías de los países miembros, que en ocasiones trascienden a la esfera de lo social y político.⁴

3. No es el tema del artículo pero vale la aclaración que en la Comunidad Andina se ha utilizado indistintamente los términos de cesión, atribución, transferencia parcial, para denominar el traslado de competencia a los órganos supranacionales; así, en Bolivia, el artículo 257 establece como exigencia de la participación directa del pueblo para la aprobación mediante referendo popular vinculante previo a la ratificación de los tratados internacionales que implique: “1. Cuestiones limítrofes. 2. Integración monetaria. 3. Integración económica estructural. 4. *Cesión de competencias* institucionales a organismos internacionales o supranacionales, en el marco de procesos de integración”. En Perú la posibilidad de trasladar ámbitos competenciales estatales a instancias externas se encuentra implícita en dos de sus disposiciones, las contenidas de los artículos 56 numeral 2 y 57. La primera de ellas ordena que los tratados deben ser aprobados por el Congreso previo a su ratificación por el Presidente de la República, siempre que se ocupen de algunas materias, entre ellas, de la soberanía; en tanto que la segunda manifiesta, entre otras cuestiones, lo siguiente: “Cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República”. En Ecuador el artículo 419 numeral 7 determina que para la ratificación o denuncia de los tratados internacionales se requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional cuando “7. *Atribuyan competencias* propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional”. Finalmente, en Colombia, la Constitución por medio del artículo 150 numeral 16, autoriza al Congreso de la República para la expedición de leyes que aprueben tratados, por medio de las cuales opere una “*transferencia parcial de determinadas atribuciones o competencias* a organizaciones internacionales, dentro de las cuales puede encontrarse las que persiguen la promoción y consolidación de la integración económica con otros estados”. (El énfasis nos pertenece.)
4. Así, el art. 423 de la Constitución dispone:

La integración, en especial con los países de Latinoamérica y el Caribe será un objetivo estratégico del Estado. En todas las instancias y procesos de integración, el Estado ecuatoriano se comprometerá a:

1. Impulsar la integración económica, equitativa, solidaria y complementaria; la unidad productiva, financiera y monetaria; la adopción de una política económica internacional común; el fomento de políticas de compensación para superar las asimetrías regionales; y el comercio regional, con énfasis en bienes de alto valor agregado.
2. Promover estrategias conjuntas de manejo sustentable del patrimonio natural, en especial la regulación de la actividad extractiva; la cooperación y complementación energética sustentable; la

En este orden de ideas, la incorporación de los derechos humanos y sus garantías es un punto neurálgico en el proceso CAN, toda vez que por medio de este mecanismo se propenderá a consolidar la integración, con la introducción precisamente de un elemento ético-jurídico, el cual le proporcionará legitimidad y ofrecerá sólidas bases para la intensificación de la integración.

2. DESARROLLO

Desarrollo de los derechos constitucionales y humanos en América Latina

Uno de los dos elementos peculiares que se ha desarrollado en el constitucionalismo latinoamericano, relacionado con nuestro tema de estudio, es la constitucionalización de las tendencias del derecho internacional de los derechos humanos⁵ y la ampliación de la carta de derechos constitucionales, independientemente de su consagración formal; procesos que han conllevado importantes cambios tanto en la parte orgánica y sobre todo en la parte dogmática de las Constituciones latinoamericanas.

En los ordenamientos constitucionales latinoamericanos más recientes (Ecuador y Bolivia, miembros de la CAN) se observa una vigorosa tendencia hacia el reconocimiento de la supremacía del derecho internacional, respecto de las normas internas, incluidas las constitucionales, no referidas a derechos constitucionales. Hasta tal punto llega esta transformación en la jerarquía de las fuentes del derecho,

conservación de la biodiversidad, los ecosistemas y el agua; la investigación, el desarrollo científico y el intercambio de conocimiento y tecnología; y la implementación de estrategias coordinadas de soberanía alimentaria.

3. Fortalecer la armonización de las legislaciones nacionales con énfasis en los derechos y regímenes laboral, migratorio, fronterizo, ambiental, social, educativo, cultural y de salud pública, de acuerdo con los principios de progresividad y de no regresividad.
 4. Proteger y promover la diversidad cultural, el ejercicio de la interculturalidad, la conservación del patrimonio cultural y la memoria común de América Latina y del Caribe, así como la creación de redes de comunicación y de un mercado común para las industrias culturales.
 5. Propiciar la creación de la ciudadanía latinoamericana y caribeña; la libre circulación de las personas en la región; la implementación de políticas que garanticen los derechos humanos de las poblaciones de frontera y de los refugiados; y la protección común de los latinoamericanos y caribeños en los países de tránsito y destino migratorio.
 6. Impulsar una política común de defensa que consolide una alianza estratégica para fortalecer la soberanía de los países y de la región.
 7. Favorecer la consolidación de organizaciones de carácter supranacional conformadas por Estados de América Latina y del Caribe, así como la suscripción de tratados y otros instrumentos internacionales de integración regional.
5. Véase Rodrigo Uprimy, “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”, inédito, 2010.

que en algunas constituciones las normas internacionales sobre derechos humanos establecidas convencionalmente y ratificadas por cada uno de los Estados, se incorporan directamente al orden constitucional, con una jerarquía superior al resto del ordenamiento, mediante su inclusión en lo que la doctrina denomina “bloque de constitucionalidad”.

En esta dirección encontramos, por ejemplo, el artículo 93 de la Constitución colombiana de 1991,⁶ al igual que la disposición final cuarta de la Constitución peruana de 1993,⁷ que establecen la prevalencia absoluta de los tratados y convenios internacionales que versan sobre derechos humanos y la obligatoriedad de la interpretación sistemática de la parte dogmática de la constitución de conformidad con los instrumentos de derecho internacional ratificados por cada uno de esos países.

El segundo elemento peculiar del nuevo constitucionalismo latinoamericano, que afecta tanto a la teoría general de los derechos fundamentales como la hermenéutica constitucional, es la ampliación de la carta de derechos con la incorporación de “nuevos derechos”, entre los que podemos citar, con un propósito exclusivamente enunciativo, aquellos que resguardan al ciudadano frente a los abusos de poder causados por el mal uso de la tecnología (hábeas data),⁸ los dere-

6. El art. 93 de la Constitución colombiana establece: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los deberes y derechos consagrados en esta Carta se interpretarán en conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.
7. La disposición final cuarta de la Constitución dispone: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materia ratificados por el Perú”.
8. El art. 15 de la Constitución Colombiana de 1991 establece:

Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo tiene derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se haya recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución. La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Solo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley. Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley.

Por su parte el artículo art. 92 de la Constitución ecuatoriana preceptúa:

Toda persona, por sus propios derechos o como representante legitimado para el efecto, tendrá derecho a conocer de la existencia y a acceder a los documentos, datos genéticos, bancos o archivos de datos personales e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, consten en entidades públicas o privadas, en soporte material o electrónico. Asimismo tendrá derecho a conocer el uso que se haga de ellos, su finalidad, el origen y destino de información personal y el tiempo de vigencia del archivo o banco de datos.

Las personas responsables de los bancos o archivos de datos personales podrán difundir la infor-

chos de titularidad colectiva o difusa, entre los que debemos destacar el derecho al medioambiente sano que incluye el derecho al equilibrio ecológico, la protección a la diversidad biológica, derecho a la ciudad,⁹ disposiciones regulatorias del uso del genoma de los seres vivos,¹⁰ el novedoso derecho a la paz,¹¹ o finalmente los derechos que protegen las particularidades étnicas y culturales diferenciadas de los pueblos indígenas.¹²

En este aspecto es importante anotar que estos modelos constitucionales incorporan las denominadas cláusulas de apertura de los derechos, es decir, existe el carácter no taxativo de las declaraciones de derechos incorporadas en las constituciones. Así, por medio de este tipo de prescripciones constitucionales, se permite dar una protección reforzada a situaciones jurídicamente relevantes, presentes o futuras, que no obstante haber sido excluidas de la enumeración constitucional de los derechos constitucionales, debido a su conexidad con la dignidad de la persona, merecen ser garantizados a través de su reconocimiento como derechos, disposición que además facilita la interpretación dinámica de la Constitución conforme a las distintas realidades que pudiesen llegar a presentarse.¹³

Es así que podemos observar que tanto la tutela de los derechos humanos y logros alcanzados en materia de derechos constitucionales en América Latina es un resultado de la constante lucha social y del debate que se han originado en estas latitudes, garantías que no pueden encontrar su vía de escape en el derecho comunitario andino, es decir, no puede aceptarse que bajo el pretexto de integración desaparezcan los logros básicos de libertad, igualdad y democracia alcanzados en estos últimos años.

mación archivada con autorización de su titular o de la ley. La persona titular de los datos podrá solicitar al responsable el acceso sin costo al archivo, así como la actualización de los datos, su rectificación, eliminación o anulación. En el caso de datos sensibles, cuyo archivo deberá estar autorizado por la ley o por la persona titular, se exigirá la adopción de las medidas de seguridad necesarias. Si no se atendiera su solicitud, esta podrá acudir a la jueza o juez. La persona afectada podrá demandar por los perjuicios ocasionados.

9. Véase art. 31 de la Constitución ecuatoriana.

10. Véase art. 127 de la Constitución venezolana.

11. Véase art. 22 de la Constitución colombiana.

12. Véase Capítulo VIII, artículo 119 a 126 de la Constitución venezolana.

13. Véase art. 94 de la Constitución colombiana, art. 11 numeral 7 de la Constitución ecuatoriana.

3. EL ROL QUE DESEMPEÑAN LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES Y HUMANOS EN LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN

Múltiples y trascendentales son las funciones que los derechos constitucionales y humanos desempeñan dentro de procesos de integración comunitaria; en esta línea y para guiar mejor nuestro estudio mencionaremos cuatro dimensiones, siguiendo la descripción propuesta por Jesús María Casal,¹⁴ en las cuales los derechos humanos y constitucionales adquieren importancia dentro de los procesos de integración.

Como fundamentos o bases del proceso de integración

Los derechos humanos y constitucionales representan uno de los pilares sobre los que descansan los procesos de integración, por constituir un acervo de valores compartidos por los Estados miembros; sin embargo, esto no se traduce en que la protección de los derechos constitucionales y humanos figure entre los objetivos de los procesos de integración económica, toda vez que su fin reside en el desarrollo de ámbitos productivos.

Sin embargo, en las frases introductorias del Acuerdo de Cartagena, los Estados parte afirman que actuarán “Fundados en los principios de igualdad, justicia, paz, solidaridad y democracia”, valores que sin lugar a duda comprenden a los derechos constitucionales y humanos. En este contexto, el artículo 1 del mismo cuerpo normativo determina que los “objetivos (que se persiguen por medio del proceso de integración) tienen la finalidad de procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la Subregión”, con lo cual podríamos colegir que dentro de la Comunidad se persigue, conjuntamente con el desarrollo económico, la efectiva vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales.

Adicionalmente, una exigencia que en el proceso CAN se han impuesto los Estados parte es el de la democracia. En efecto, con la aprobación del Protocolo Adicional sobre el “Compromiso de la Comunidad Andina por la Democracia” en 1998, se presupone a la democracia como uno de los elementos básicos que permite la eficacia de los derechos humanos y constitucionales dentro de los Estados miembros de la comunidad.

14. Véase Jesús María Casal H., “Desafíos de los procesos de integración en materia de derechos humanos”, en V Curso Regional Andino de Derechos Humanos, organizado por la Comisión Andina de Juristas y publicado por el Consejo Consultivo Laboral Andino en el marco del Proyecto de Consolidación de los Órganos Técnicos del CCLA que financia la AECI y la Fundación Paz y Solidaridad de España, Perú, 2006.

Principios cuya preservación permite la incorporación o mantenimiento de un Estado en el acuerdo de integración

Una importante expresión de la relevancia de los derechos humanos en los procesos de integración es su observancia como una condición para el ingreso de un Estado a la organización o para su permanencia en ella. La incorporación de esta condición en los respectivos tratados se asemeja a la llamada cláusula democrática contemplada en varios instrumentos internacionales.

Como quedó anotado en el punto anterior, con la aprobación del Protocolo Adicional al Acuerdo de Cartagena denominado “Compromiso por la Democracia”, en la CAN se ha enfatizado la importancia en la vigencia de las instituciones democráticas dentro de los países miembros y terceros que deseen ingresar, y es en este sentido que lo preceptuado en el art. 1 del prenombrado instrumento establece “La plena vigencia de las instituciones democráticas y el estado de derecho son condiciones esenciales para la cooperación política y el proceso de integración económica, social y cultural en el marco del Acuerdo de Cartagena y demás instrumentos del Sistema Andino de Integración”.

La ruptura del carácter de las “condiciones esenciales” en la vigencia de las “instituciones democráticas” de los Estados miembros da lugar a las medidas contempladas en el art. 4, entre las cuales consta la suspensión de la participación del Estado en determinados órganos, proyectos o ámbitos de acción de la Comunidad, hasta incluso llegar a la suspensión de los derechos del Estado derivados del Acuerdo de Cartagena.¹⁵

15. “Art. 4. Si el resultado de las consultas mencionadas en el artículo anterior así lo estableciera, se convocará el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, el cual determinará si los acontecimientos ocurridos constituyen una ruptura del orden democrático, en cuyo caso adoptará medidas pertinentes para propiciar su pronto restablecimiento. Estas medidas conciernen especialmente a las relaciones y compromisos que se derivan del proceso de integración andino. Se aplicarán en razón de la gravedad y de la evolución de los acontecimientos políticos en el país afectado y comprenderán:
- a) La suspensión de la participación del País Miembro en alguno de los órganos del Sistema Andino de Integración;
 - b) La suspensión de la participación en los proyectos de cooperación internacional que desarrollen los Países Miembros;
 - c) La extensión de la suspensión a otros órganos del Sistema, incluyendo la inhabilitación para acceder a facilidades o préstamos por parte de las instituciones financieras andinas;
 - d) Suspensión de derechos derivados del Acuerdo de Cartagena y concertación de una acción externa en otros ámbitos; y,
 - e) Otras medidas y acciones que de conformidad con el Derecho Internacional se consideren pertinentes”.

Ahora bien, es de señalar que los requisitos para el ingreso a la CAN se encuentran contemplados en el art. 133 del Acuerdo de Cartagena, sin que en dicho precepto convencional exista mención expresa al *respeto de las instituciones democráticas, ni de los derechos humanos*; sin embargo, el mismo precepto establece que las condiciones para el ingreso serán definidas por la Comisión, con lo cual se deja abierta la posibilidad que sea la Comisión quien imponga los requisitos antes enunciados.

Con relación a la anuencia sobre la condición de miembro asociado a países ajenos al proceso, en la Decisión 613 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, del 7 de julio de 2005, por medio de la cual se confirió tal condición a los países del MERCOSUR, se estableció que: “Los Miembros Asociados deberán adherir al Protocolo Adicional al Acuerdo de Cartagena ‘Compromiso de la Comunidad Andina por la Democracia’ y a la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos”. Es decir, gracias a este precepto se desprende que el compromiso por la vigencia de las instituciones democráticas y de los derechos humanos se convierte en requisito forzoso para la vinculación a la Comunidad Andina en calidad de miembro asociado, lo que nos lleva a reflexionar que debe ser un requerimiento forzoso para un Estado que desea formar parte del proceso CAN.

Como valores que deben ser promovidos

Sin lugar a duda, los derechos humanos deben ser considerados y promovidos dentro del diseño y ejecución de las políticas comunitarias, y es en este sentido que el art. 8 del Protocolo Adicional al Acuerdo de Cartagena “Compromiso de la Comunidad Andina por la Democracia” dispone: “La Comunidad Andina procurará incorporar una cláusula democrática en los acuerdos que suscriba con terceros, conforme a los criterios contenidos en este Protocolo”.

En este contexto, la Decisión 485 del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores de 25 de mayo de 1999, atinente a los “Lineamientos de la Política Exterior Común”, consagra a los derechos humanos entre los principios que han de guiar la política exterior de la Comunidad y contempla su promoción y respeto como uno de sus objetivos,¹⁶ haciendo de esta forma visible el objetivo de respeto de los derechos humanos. En el mismo sentido la Decisión 587 de 10 de julio de 2004, relativa a los “Lineamientos de la Política de Seguridad Externa Común Andina”, se refiere a la “promoción y protección de los derechos humanos”¹⁷ como uno de los principios en que ha de basarse dicha política.

16. Véase arts. 1 numeral I literales d) y e).

17. Véase art. 1 numeral II.

Como exigencias que deben ser respetadas

Uno de los temas que ha ocasionado mayor debate en la actualidad es el referido al límite efectivo que los derechos constitucionales y humanos deben ejercer dentro de los procesos de integración. No hay lugar a discusión que los derechos humanos son barreras de respeto en el ejercicio de las competencias de las instituciones comunitarias y de la actuación estatal cobijada en el Derecho comunitario, en este orden de ideas los sistemas de integración deben cumplir un rol de respeto de los derechos humanos.

Este deber de respeto de los derechos humanos dentro del sistema andino de integración se deduce de instrumentos como el ya mencionado Protocolo Adicional al Acuerdo de Cartagena “Compromiso de la Comunidad Andina por la Democracia”, tratado constitutivo del Parlamento Andino de 1979, así como su Protocolo Adicional, de 1997, en los cuales se señala que uno de los propósitos del Parlamento Andino es “Velar por el respeto de los derechos humanos dentro del marco de los instrumentos internacionales vigentes sobre la materia para todas las Partes Contratantes”.¹⁸

Resulta evidente, entonces, que la obligación de respeto de los derechos humanos no puede ser ajena a las propias instituciones del sistema de integración, cuyo cumplimiento debe evaluarse con base en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos comunes, de los cuales los Estados parte del proceso CAN son signatarios, por ejemplo: la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros.

Finalmente, en la Carta Andina de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, aun con la discrepancia existente acerca de su fuerza jurídica, tema que será abordado más adelante, consta una expresa declaración de la importancia que le asignan los Estados parte a la observancia de los derechos humanos, pues

Reconocen que todos los derechos humanos deben ser exigibles y reafirman su compromiso de respetar y hacer respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales, y en las leyes nacionales, y de adoptar todas las medidas legales y administrativas necesarias para prevenir e investigar los hechos que puedan constituir violaciones de los derechos humanos, asegurar la eficacia de los recursos constitucionales y judiciales, juzgar y sancionar a los responsables de estas y reparar integralmente a las víctimas, de conformidad con la ley¹⁹ (el énfasis nos corresponde).

18. Art. 12 literal c) del Tratado Constitutivo del Parlamento Andino y art. 11 c) del Protocolo Adicional del Tratado Constitutivo del Parlamento Andino.

19. Art. 2 de la Carta Andina para la promoción y protección de los Derechos Humanos, suscrita el 26 de julio de 2002, en Guayaquil-Ecuador.

4. TUTELA OTORGADA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y CONSTITUCIONALES DENTRO DE LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN

En la Unión Europea

Una primera aclaración antes de analizar lo principal en este punto. En este apartado nos referiremos a derechos fundamentales, toda vez que en Europa existe la distinción entre los derechos fundamentales y constitucionales, por los distintos niveles de exigibilidad existente, lo que no ocurre en nuestra realidad constitucional en virtud del mandato contenido en el art. 11 numeral 6 de la Constitución ecuatoriana que prescribe: “Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía”.

Una vez realizada la aclaración, al punto central de nuestro análisis. Con la profundización de la integración europea surge la conciencia sobre la necesidad de articular formas de tutela de los derechos humanos y fundamentales dentro de la Comunidad, así podemos mencionar al caso Stauder de 1969 como hito en la tutela de derechos humanos dentro de la Unión Europea, y es que por medio de la resolución de este proceso que el Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas (en adelante TJCE) se consideró competente para controlar el respeto de los derechos humanos y fundamentales en la aplicación y ejecución del derecho comunitario por parte de las instituciones supranacionales, argumentando principalmente que estos derechos constituyen “principios generales del derecho comunitario”. Este control se extendió posteriormente a los actos de los Estados miembros dictados dentro de las competencias del derecho comunitario desde 1989.²⁰

Aunque es un gran paso en materia de tutela de derechos fundamentales y humanos que de ninguna manera debe ser menospreciado, la consideración que estos derechos se constituyan en “principios generales del derecho comunitario” impide que sean

(...) protegidos o desarrollados por los órganos políticos, que se han de limitar a respetarlos; son normas no escritas, que solo los jueces pueden definir y utilizar para basar en ellas su decisión, aunque deban ser tenidas en cuenta por las instancias normativas para no infringirlas con sus propias decisiones. Son normas de control, no de apoderamiento o mandato y, en consecuencia, como principios generales solo pueden valer Derechos susceptibles de garantía judicial.²¹

20. Véase Jesús María Casal H., “Desafíos de los procesos de integración en materia de derechos humanos”, en V Curso Regional Andino de Derechos Humanos, pp. 9 y 10.
21. Francisco Rubio Llorente, “Mostrar los derechos sin destruir la unión”, en Eduardo García de Enterría, *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 2002, p. 144.

Es decir, gracias a esta interpretación, los derechos humanos y fundamentales no son fuente inmediata del derecho comunitario europeo, sino tan solo fuente mediata vía *principios generales del derecho*.

Ahora bien, aun con la categoría de “principios generales del derecho comunitario”, el Tribunal de Comunidades Europeas abrió paso al notable desarrollo jurisprudencial,²² al asumir el control de la normativa comunitaria desde la observancia de los derechos fundamentales y humanos. Así, el TJCE consolidó por esta vía el monopolio de la interpretación de la normativa comunitaria y primacía sobre las Constituciones de cada Estado²³ impidiendo de esta manera que cada Tribunal Constitucional estatal tutele los derechos humanos y fundamentales cuando se trate de normas y actos comunitarios.

En esta lógica, los derechos así configurados por el TJCE han sido funcionalmente garantizados en relación con los bienes y actividades de la Unión Europea, por lo que podemos decir, entonces, que no existe una protección absoluta de los derechos fundamentales y humanos, sino solo aquellos que tienen relación con la función de la Unión Europea. Es decir, el TJCE se hace cargo de la tutela de derechos en tanto tengan relación con las competencias asumidas por la UE. Sin embargo, y vale resaltar, en el proceso comunitario europeo, al no constar las materias cuyo ejercicio se transfiere a la comunidad expresamente definidas, y en virtud de la expansión progresiva del proceso, la tutela de los derechos vía pretoriana por parte del TJCE también deberá irse ampliando.

Es importante señalar, en este aspecto, que el desarrollo de los derechos humanos y fundamentales dentro del ordenamiento comunitario europeo surge a partir de la resistencia de los Tribunales Constitucionales europeos, en especial el alemán e italiano, a no abdicar en su función de protección de los derechos fundamentales y humanos. Y es en este sentido que en la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 29 de mayo de 1974 (en la que se instaura la tesis denominada Solange I), declaró que, en tanto careciesen las Comunidades

22. Derechos como: dignidad humana (sentencia Casagrande de 1974), principio de igualdad (asunto Klöckner-Werke AG de 1976), principio de no discriminación (asunto Defrenne/Sabena de 1976), libertad de asociación (sentencias Confédération syndicale, Massa de 1974), libertad de religión y creencias (sentencia Prais de 1976), protección de la vida privada (sentencia National Panasonic de 1980), secreto médico (asunto Comisión /República Federal de Alemania de 1992), derecho a la propiedad (sentencia Hauer de 1979), libertad profesional (sentencia Hauer de 1979), libertad de comercio (sentencia Intern. Handelsgesellschaft de 1970), libertad económica (sentencia Usinor de 1984), libertad de competencia (sentencia Francia de 1985), respeto de la vida familiar (asunto Comisión/Alemania de 1989), derecho a la tutela judicial eficaz y a un procedimiento equitativo (sentencia Johnson/Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary de 1986; sentencia Pestaing/Bélgica de 1980), inviolabilidad del domicilio (sentencia Hoescht AG/Comisión de 1989), libertad de opinión y de publicación (sentencia VBVB, VBBB de 1984). Véase [<http://europea.eu.int/scadplus/leg/es/lvb/133021.htm>. 08-09-2011].
23. Véase Francisco Rubio Llorente, “Mostrar los derechos sin destruir la unión”, en Eduardo García de Enterría, *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, p. 143.

Europeas de “un catálogo codificado de derechos fundamentales” que dotase de seguridad jurídica a la protección de los derechos fundamentales y “mientras que esta certeza jurídica, que no se garantiza meramente por las sentencias del TJCE aunque estas hayan sido favorables a los derechos fundamentales, no se alcanza en el curso de la futura integración de la Comunidad”, el Tribunal Constitucional alemán se reserva su propia competencia, para controlar la constitucionalidad de las normas comunitarias que afecten a los derechos fundamentales.²⁴

Es con esta decisión hito que el Tribunal Constitucional Federal alemán instauró los siguientes principios en relación de la tutela de derechos humanos y fundamentales en el derecho comunitario:

1. Que ante una oposición entre derechos fundamentales y derecho comunitario debían prevalecer los primeros.
2. Que quien tenía que reparar la vulneración era el Tribunal de Justicia de las Comunidades.
3. Que, si dicha reparación no prosperaba, debían actuar los tribunales alemanes.
4. Que, dichos tribunales, incluido el Tribunal Constitucional Federal, solo podían inaplicar la norma comunitaria, sin declarar su invalidez.²⁵

Lo que pretendió el Tribunal Constitucional Federal alemán fue tutelar el principio fundamental de una protección jurídica efectiva, es decir, asumir la competencia de tutela de los derechos humanos y fundamentales ante el vacío del sistema comunitario en esta materia. Es en esta línea que el Tribunal Federal Alemán declaró posteriormente que

existe ya ‘un nivel de protección mínimo de los derechos fundamentales que satisface en principio las exigencias desde el punto de vista del Derecho Comunitario’ nivel que no debe ser idéntico al interno sino ‘equivalente’. Concluye el Tribunal Constitucional Federal alemán indicando que, mientras se dispense esa protección no llevará a cabo control alguno del Derecho Comunitario,²⁶

con lo cual el Tribunal consideró que la tutela que otorga en materia de derechos humanos y fundamentales es subsidiaria, es decir, opera solo ante el inexistente control por parte del TJCE.

La exigencia de que la protección a nivel comunitario sea “equivalente” a la protección de los derechos constitucionales y humanos otorgada dentro de los sistemas internos, fue interpretada como que no puede traducirse en identidad de

24. Álvaro Rodríguez Bereijo, “El valor jurídico de la carta de los derechos fundamentales”, en Eduardo García de Enterría, *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, p. 203.

25. Pablo Pérez Tremps, *Constitución española y Comunidad Europea*, Madrid, Civitas, 1994, p. 152.

26. Véase Pablo Pérez Tremps, *ibid.*, p. 153.

protección, pues ello implicaría que el ordenamiento comunitario sea el mismo que los ordenamientos nacionales, lo cual supondría la anulación de la idea misma de integración (reconocimiento de diversidad de ordenamientos) y conduciría a otra forma de consolidación política, la federal. El Tribunal Federal alemán ha entendido esta “equivalencia de protección” en el sentido de que la protección de los derechos fundamentales debe ser similar, aunque las técnicas varíen, es decir, el requisito de equivalencia se cumple cuando existe tutela de derechos humanos y fundamentales aun cuando los mecanismos entre los ordenamientos comunitario y nacionales sean disímiles. Lo que a nuestra consideración no podría variar es el nivel de protección, tema que resulta por demás conflictivo y que no ha sido resuelto todavía por parte del TJCE, ni por la justicia constitucional de los Estados parte.

Por su parte, la Corte Constitucional italiana, desde su decisión SCCI 183/1973, denominado caso Frontini, ha mantenido como límite al proceso de integración los “derechos inalienables de la persona humana”, correspondiéndole por lo tanto el control para que este límite no sea rebasado por el derecho comunitario (SCCI 232/1975, caso Industrie Chimiche Italia Centrale). Posteriormente, en esta misma línea, con la decisión SCCI 170/1984, la Corte Constitucional posibilitó a que los jueces y tribunales ordinarios no apliquen normas nacionales contrarias al derecho comunitario, manteniendo como límite para su aplicación los derechos inalienables de la persona humana y los principios fundamentales del ordenamiento constitucional italiano.²⁷

La falta de un cuerpo normativo que establezca de una manera clara y precisa el catálogo de derechos fundamentales de la Comunidad Europea ha llevado a pensar la opción teórica de procurar la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH), de manera que la última palabra en materia de derechos humanos la tenga siempre el Tribunal de Estrasburgo (TJCEDH), incluso cuando el acto cuestionado por vulnerar derechos humanos provenga exclusivamente de la aplicación del derecho comunitario, previo agotamiento de los recursos que ofrece el ordenamiento jurídico comunitario.

Así, en un principio, parecía este el criterio que el TJCE iba a manejar, toda vez que en la sentencia sobre el asunto denominado Nold, de 14 de mayo de 1975, el TJCE se pronunció precisando que no solo serán las tradiciones comunes estatales, *principios generales del derecho comunitario*, las que inspiren su labor en la tutela de los derechos humanos y fundamentales, sino que también podrán acudir a “los tratados internacionales para la protección de los derechos humanos en los que los Estados miembros han colaborado o de los que sean signatarios”, dejando entrever con este pronunciamiento, la singular función que cumple el CEDH en la

27. *Ibid.*, p. 154.

garantía de un estándar mínimo europeo en la protección de los derechos humanos dentro del proceso comunitario.²⁸

Sin embargo, este criterio no se mantuvo pues posteriormente tanto de la jurisprudencia del TJCE como de la del TJCEDH se pudo deducir que la regulación de la CEDH no tiene más que un carácter eminentemente inspirador dentro del proceso comunitario europeo. De la jurisprudencia del primero, TJCE, se puede hacer mención a la sentencia denominada *Johnston*, de 15 de mayo de 1986, número 222/84, por medio de la cual se declara que la CEDH es un texto que “conviene tener en cuenta”, pero que “no vincula a la Comunidad en cuanto tal y no constituye un elemento de Derecho comunitario”.²⁹ En tanto que en la jurisprudencia del TJCEDH podemos mencionar el caso *Bosphorus Airways vs. Irlanda* resuelto mediante sentencia de 30 de junio de 2005, en el cual, ante la denuncia de violación de derechos humanos originada por la estricta ejecución de autoridades irlandesas de normas comunitarias, el TJCEDH abordó la problemática de las relaciones entre la protección comunitaria de estos derechos y la que tiene encomendada con base en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, estableciendo que si la Unión Europea ofrece en términos generales una protección de los derechos humanos equivalente a la asegurada por el Convenio, no entrará a controlar las decisiones o normativas comunitarias, ni los actos estatales de estricta aplicación, a menos que en el caso concreto se observe una insuficiencia manifiesta en la tutela del derecho.³⁰

Solventar la pregunta ¿cuándo resulta manifiesta la tutela del derecho?, no es una cuestión pacífica de solucionar, y el panorama se complica más si la protección dispensada a nivel comunitario no debe ser idéntica a la de los sistemas jurídicos nacionales sino tan solo equivalente. Finalmente sobre este aspecto es de anotar que la solución que la Unión Europea se adhiera al CEDH ha sido rechazada por el TJCE en 1996, para lo cual se argumentó que de acuerdo con los tratados de la Comunidad Europea, el TJCE carecía de competencias para celebrar un tratado internacional.³¹

Ante la ausencia de un catálogo de derechos, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea promulgada en diciembre del año 2000, conocida como Carta de Niza, colmo el vacío de los tratados constitutivos de la Comunidad Europea sobre una “Declaración de Derechos” aplicables ante las eventuales vulneraciones de los derechos fundamentales por las instituciones y órganos comu-

28. Véase Marco Aparicio Wilhelmi, “Implicaciones constitucionales del proceso de integración europea. El art. 93 de la Constitución española como cláusula de apertura en la interrelación ordinal en un marco pluralista”, tesis doctoral, Barcelona, Universitat Autònoma de Barcelona, capítulo II, 2002.

29. *Ibid.*

30. Véase Jesús María Casal H., “Desafíos de los procesos de integración en materia de derechos humanos”.

31. Véase Jesús María Casal H., *ibid.*

nitarios, haciendo visible la conciencia de la necesidad de articular la protección comunitaria de los derechos humanos y fundamentales.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea es proclamada en la ciudad de Niza conjuntamente por el Consejo Europeo, la Comisión y el Parlamento Europeo, sin que se le haya otorgado un valor jurídico obligatorio. Sin embargo, y a pesar de no poseer valor jurídico vinculante para las instituciones comunitarias, la Carta sirve de guía para la interpretación de los derechos fundamentales para el TJCE. La denominación que se le da a la esta Carta es variado pero el sentido esencial se mantiene como una “fuente de inspiración” en tanto una codificación de los derechos y valores de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, o como “documento interpretativo” en la aplicación de los actos de las instituciones comunitarias.³²

En la Comunidad Andina

Para partir al análisis de la protección de los derechos humanos y constitucionales a nivel de la Comunidad Andina, en primer lugar haremos referencia al grado de integración existente en este proceso, para lo cual nos apoyaremos en los conceptos de derecho comunitario.

Caloggero Pizzolo realiza una distinción entre derecho de integración y derecho comunitario, en el sentido de que al derecho de integración le es aplicable las normas del derecho internacional general, nunca dotado de autonomía que le permita obtener identidad fuera de él, de tal modo que la denominación derecho de integración hace referencia a un tipo de proceso de integración jurídicamente regulado por el derecho internacional general, es decir, un tipo de asociación y cooperación. En tanto que derecho comunitario es una especie de los procesos de integración, el comunitario se encuentra determinado por principios diversos jurídicamente, regulados por él mismo.³³

Pérez Tremps considera que debe partirse de la distinción entre el derecho de la integración, como género, más cercano al derecho internacional, pero particularizado en función del marco en el que se produce y de los objetivos a los que atiende, y el Derecho comunitario, como especie a la que tiende a evolucionar el género, ordenamiento jurídico propio dotado de autonomía frente al derecho internacional, gracias a los principios de efecto directo y primacía de sus normas, así como por los procedimientos de adopción de decisiones.³⁴

32. Véase Álvaro Rodríguez Bereijo, “El valor jurídico de la carta de los derechos fundamentales”.

33. Véase Caloggero Pizzolo, *Globalización e integración. Ensayo de una teoría general*, Buenos Aires, Ediar, 2002, pp. 86-87.

34. Véase Pablo Pérez Tremps, *Constitución española y Comunidad Europea*.

Queda claro, entonces, a partir de esta distinción de tipo terminológico, que integración guarda alusión con un proceso de cooperación, no así con el derecho comunitario autónomo. En esa línea, las cláusulas constitucionales que se refieren a “integración” no tienen relación con el derecho comunitario, y por consiguiente la lectura sistemática de los textos constitucionales latinoamericanos darían lugar a la interpretación que respecto al control de los tratados de integración es plenamente procedente el control de constitucionalidad previsto para el caso del derecho internacional general.

Ahora bien, la óptica de la real voluntad de integración de los Estados parte reflejada, en primer lugar, por en el grado de cesión del ejercicio de competencias soberanas, y, en segundo lugar, por su libertad para responder a los compromisos comunitarios; son los elementos que denotan que un proceso se sitúe en un plano de integración o un proceso comunitario. Es decir, el derecho comunitario sería un sistema jurídico que nace del derecho de integración, pero que por su desarrollo adquiere autonomía del derecho internacional. La cesión paulatina del ejercicio de competencias estatales nos lleva a la conclusión de que la integración es un fenómeno gradual y dinámico, en el que coexisten distintos grados de evolución, tanto en su planteamiento inicial como en su desarrollo ulterior.

La Comunidad Andina, con la estructura supraestatal de la que se encuentra dotada, rebasó el nivel de la integración; sin embargo, no ha llegado a los niveles comunitarios europeos, por lo que podríamos decir que el proceso de integración andino se encuentra en un nivel intermedio entre la integración en el sentido del derecho internacional general y el derecho comunitario, lo cual no ha permitido que el debate de la garantía de los derechos humanos y constitucionales sea una cuestión primordial a resolver.

Y es así que a diferencia de lo ocurrido en el proceso comunitario europeo, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante TJCAN) en su operar ha sido pasivo en relación a la tutela de los derechos constitucionales y humanos, limitándose a las fuentes que comprende el ordenamiento comunitario conforme lo determina el art. 1 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.³⁵ Así lo demuestra, por ejemplo, el fallo del 20 de febrero de 2002, proceso 56-DL-2001, en el cual se alegaba vulneraciones a derechos humanos por parte de las instituciones comunitarias; sin embargo, el TJCAN resolvió el caso

35. “Artículo 1. El ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina comprende:

- a) El Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos adicionales;
- b) El presente Tratado y sus Protocolos Modificatorios;
- c) Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina;
- d) Las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina; y,
- e) Los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los Países Miembros entre sí y en el marco del proceso de la integración subregional andina”.

sin necesidad de pronunciarse sobre su competencia para examinar violaciones a derechos humanos cometidas por instancias comunitarias.³⁶

No obstante lo anotado en el punto anterior, el TJCAN sí ha recurrido a los *principios generales*, en igual sentido que el TJCE para realizar la interpretación e integración del derecho comunitario andino: así, por ejemplo, tenemos los fallos en los procesos: 4-N-92 de 28 de enero de 1993 en el cual el TJCAN declaró en relación con el derecho a la defensa y al debido proceso que la solución recogida en la Resolución impugnada “resultaría contraria a los principios generales del derecho, al principio de legalidad, al derecho de defensa y al principio del debido proceso”. En la sentencia del proceso 2-AI-96 de 13 de agosto de 1997, el Tribunal aplica el principio de inmutabilidad de la sentencia con autoridad de cosa juzgada y se sustenta para ello en la categoría de los *principios generales del derecho*. En el proceso 116-AI-2003, sentencia de 21 de abril de 2004 el TJCAN invoca, con igual fundamentación, el principio de admisibilidad del desistimiento en todo estado del proceso mientras no se haya pronunciado el fallo definitivo, con la misma categoría de *principios generales*.³⁷ Finalmente la sentencia del proceso 90-IP-2008 de 22 de agosto de 2008 determina que:

Más allá de los fines meramente empresariales, de eficiencia y productividad, la normativa comunitaria en esta materia debe interpretarse siempre teniendo en cuenta los derechos de primer orden enunciados, ya que *la libertad empresarial debe desarrollarse dentro del marco de los derechos humanos y los derechos fundamentales* y, por lo tanto, no es un derecho absoluto que no tenga límites. Es por lo anterior, que todos los artículos que componen la Decisión 197 deben observarse a la luz de este principio en conjunción con el objetivo principal del desarrollo de la ganadería y la agroindustria en la región (el énfasis nos pertenece).

Podemos decir, entonces, que los derechos humanos y constitucionales han tenido una presencia tenue en la aplicación del Derecho Comunitario por parte del TJCAN.

Una reflexión con respecto a este tema: consideramos que lo prescrito en el art. 1 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, atinente a las fuentes del ordenamiento jurídico comunitario, no opera en el vacío, es decir el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina puede y debe requerir en su actividad hermenéutica de la base que sustenta a dichas fuentes normativas comunitarias y, en ese sentido, que operan los derechos humanos y constitucionales. La existencia de un “ordenamiento jurídico comunitario” implica la vigencia de, a más de las disposiciones normativas comunitarias, de un conjunto de principios

36. Véase Jesús María Casal H., “Desafíos de los procesos de integración en materia de derechos humanos”.

37. *Ibid.*

jurídicos que fundamenten el proceso de integración –Constituciones de los Estados parte–, normas supremas que responden a un sistema de protección y garantía de derechos humanos y constitucionales. Las Constituciones, así como los instrumentos de Derechos Humanos que han suscrito los Estados Parte del proceso de la CAN, son los instrumentos que se encuentran subyacentes a la normativa comunitaria, consecuentemente las instituciones comunitarias se encuentren vinculadas a estos derechos como límites en su gestión.

A nivel de la Comunidad Andina, al igual que en el caso de la Unión Europea, ante la ausencia de una Carta de Derechos Fundamentales, se promulgó la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos (en adelante CADH) como puerta de ingreso de los derechos humanos y constitucionales en el derecho comunitario. Fue aprobada el año 2002 por el Consejo Presidencial Andino, y en el mismo sentido que la Carta europea, no constituye fuente inmediata de derecho comunitario. La Carta está llamada a “inspirar” las fuentes inmediatas del derecho comunitario andino. Y es en este contexto que el art. 96 de la CADH determina que: “El carácter vinculante de esta Carta será decidido por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores en el momento oportuno”, sin que hasta la fecha exista un pronunciamiento del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores sobre este asunto.

Y en el mismo sentido que la Carta de Niza, la Carta Andina orienta la labor de identificación de los derechos que deben ser tratados como “principios generales del derecho comunitario andino” por parte del TJCAN. Adicionalmente, puede guiar la actuación de todas las instituciones de la Comunidad, aun cuando no posea un carácter vinculante directo y general. Así, la Decisión 613, ya mencionada en puntos anteriores de este estudio, conforme lo prescrito en el art. 3, supedita la incorporación de los países del MERCOSUR en calidad de asociados de la Comunidad Andina, a la adhesión de los mismos a la Carta Andina de Derechos Humanos. Por lo que podemos concluir, que aun sin valor jurídico determinado por el órgano competente, la praxis comunitaria le está dotando de un valor referencial de observancia, pues su respeto se constituye en condición indispensable para que un país pueda ser asociado de la Comunidad.

Finalmente, vale mencionar que la actual relación entre el derecho comunitario andino y el derecho internacional de derechos humanos es de exclusión, es decir, el derecho comunitario andino se encuentra al margen del control correspondiente a los organismos internacionales de protección de los derechos humanos como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sin embargo, las instituciones supranacionales comunitarias, facultadas para dictar normas aplicables directa y preferentemente en el ordenamiento jurídico de los países parte, pueden, sin embargo, llegar a vulnerar derechos humanos tutelados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, frente a lo cual, en nuestro criterio, deben articularse mecanismos adecuados de protección.

En efecto, es preciso recordar que las obligaciones de respeto y garantía de los Estados atinentes a los de derechos humanos no terminan en virtud de su incorporación a acuerdos de integración supranacional y de la cesión del ejercicio de competencias. Las obligaciones internacionales con relación a la observancia de los derechos humanos siguen vigentes incluso en relación con actuaciones efectuadas en ejecución de normas comunitarias, de ahí que si el sistema comunitario andino no tiene los mecanismos de protección adecuada de los derechos humanos los Estados podrían ser censurados por incumplimiento de sus compromisos internacionales de acuerdo a lo dispuesto en el art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.³⁸

5. SOLUCIONES QUE PUEDEN PLANTEARSE A NIVEL COMUNITARIO PARA EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS Y CONSTITUCIONALES

Al igual que ocurrió en Europa, los Tribunales y Cortes Constitucionales deben asumir, aunque sea de una manera subsidiaria, la tutela de los derechos humanos y constitucionales, a manera de presión hasta tanto se reconozca el carácter vinculante de la Carta Andina de Derechos Humanos, tal como sucedió en la teoría *Solange I* alemana. En el caso ecuatoriano en particular podríamos pensar que las garantías jurisdiccionales de los derechos eventualmente tendrían cabida en cuanto a la responsabilidad atinentes a la vulneración de derechos, pues, como hemos ya mencionado, el formar parte de un proceso de integración no le exime al Estado de las responsabilidades asumidas, tanto a nivel internacional en materia de derechos humanos, como a nivel nacional.

El TJCAN, en la misma línea que el TJCE, debe desarrollar el reconocimiento de los derechos humanos y constitucionales, asumiendo que las fuentes determinadas del derecho comunitario andino tienen su sustento en las Constituciones Andinas, así como en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, aun cuando los fines de los procesos de integración sean eminentemente económicos existen claras relaciones con la efectiva vigencia de los derechos constitucionales, especialmente los DESC. En esta misma línea la labor hermenéutica del Tribunal Andino puede apoyarse en la Carta como fuente de *inspiración* o documento de *interpretación*.

El vacío en la protección de los derechos humanos y constitucionales por parte del sistema comunitario andino hace que carezca de las bases democráticas

38. "Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

materiales. En este contexto, consideramos que los órganos comunitarios también deben preocuparse en buscar mecanismos de protección equivalente en materia de derechos humanos y constitucionales, al existente en los de los ordenamientos jurídicos nacionales. En este orden de ideas, el ordenamiento comunitario andino debe ofrecer al menos una *equivalencia* en la protección de los derechos humanos y constitucionales que los ordenamientos nacionales de los Estados parte brindan.

Con el fin de no desvirtuar la naturaleza misma del proceso de integración andino, a lo que debe propenderse es encontrar la compatibilidad entre el ordenamiento supranacional y los ordenamientos nacionales con el fin de que las soluciones que se ofrezcan sean realmente las que beneficien a los ciudadanos andinos. Así los mecanismos que se activen para la tutela de los derechos humanos y constitucionales deben ser aquellos que ofrece el sistema comunitario, en virtud de los principios de primacía del derecho comunitario y aplicación preferente de la norma comunitaria.

6. BIBLIOGRAFÍA

- Aparicio Wilhelmi, Marco,
2002 “Implicaciones constitucionales del proceso de integración europea. El art. 93 de la Constitución española como cláusula de apertura en la interrelación ordinal en un marco pluralista”, tesis doctoral, Barcelona, Universitat Autònoma de Barcelona, capítulo II.
- Casal H., Jesús María,
2006 “Desafíos de los procesos de integración en materia de derechos humanos”, en V Curso Regional Andino de Derechos Humanos organizado por la Comisión Andina de Juristas, Perú, Consejo Consultivo Laboral Andino.
- Nino, Carlos Santiago,
1984 *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea.
- Pérez Tremps, Pablo,
1994 *Constitución española y Comunidad Europea*, Madrid, Civitas.
- Pizzolo, Caloggero,
2002 *Globalización e integración. Ensayo de una teoría general*, Buenos Aires, Ediart.
- Quindimil López, Jorge Antonio,
2006 *Instituciones y Derecho de la Comunidad Andina*, Valencia, Universidade da Coruña.
- Rodríguez Bereijo, Álvaro
2002 “El valor jurídico de la carta de los derechos fundamentales”, en Eduardo García de Enterría, *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Madrid, Civitas.
- Rubio Llorente, Francisco,
2002 “Mostrar los derechos in destruir la unión”, en Eduardo García de Enterría, en *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Madrid, Civitas.
- Uprimy, Rodrigo,
2010 “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”, inédito.

II

TEORÍA POLÍTICA

DEMOCRACIA Y JURISDICCIÓN ELECTORAL¹

Agustín Grijalva Jiménez

1. DEDICATORIA

La presente publicación, iniciativa de mi colega Ramiro Ávila, constituye un acto de justicia y de indispensable agradecimiento a un excepcional catedrático y querido amigo. Julio César Trujillo no solo ha sido un destacado abogado, político y tratadista sino que ha marcado silenciosa pero profunda y positivamente varias generaciones de juristas; en sus análisis siempre hemos encontrado combinadas la erudición, el rigor técnico y la profundidad conceptual. Ese conocimiento lo ha entregado con inagotable generosidad no solo para beneficio de quienes hemos tenido la gran suerte de contar con sus criterios, sino soñando siempre en un Ecuador más justo y acorde a sus grandes potencialidades. Mediante el presente ensayo me uno a esta excelente iniciativa de justo homenaje a un gran maestro, Julio César Trujillo.

2. INTRODUCCIÓN

Definir la democracia no es solo un problema académico sino que es también ineludiblemente un acto político. Tantos y tan variados y a veces contrapuestos conceptos de supuestamente un mismo fenómeno nos develan la lucha subyacente respecto a algo que ha devenido en un símbolo de nuestra época. Hoy que la democracia ha alcanzado tanta legitimidad pese a sus límites y deficiencias no es sorprendente que cada sector político y académico busque precisar sus contenidos y alcances.

Pero más que una reseña de los diversos conceptos de democracia lo que interesa en el presente ensayo es indagar las consecuencias institucionales de algunos

1. Este trabajo es parte de un informe más extenso financiado por el Fondo de Investigaciones de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Agradezco al abogado Santiago Machuca, quien contribuyó, como asistente de investigación, a recopilar información para este ensayo.

conceptos prototípicos de democracia. Justamente, la dimensión política del concepto se muestra también en tales consecuencias, y entre ellas nos interesan aquí las relativas al tipo de jurisdicción electoral que se derivan de uno u otro concepto de democracia.

El presente ensayo aborda esta temática en dos planos: primero en un plano conceptual, y segundo en un plano empírico, al analizar el caso ecuatoriano tanto en su evolución histórica como en el actual modelo de la Función Electoral.

Las relaciones entre modelo político y jurisdicción han sido agudamente destacadas por José Ramón Cossío, quien examina de qué manera determinada concepción de democracia influye sobre la forma en que se diseña e imparte justicia, exponiendo para el efecto elementos tanto conceptuales como históricos, para llegar a la conclusión de que “las funciones que la justicia electoral desempeña en una teoría o sistema de gobierno, dependen, a final de cuentas, de la concepción que se tenga de democracia”.² En efecto, no debe olvidarse, a riesgo de caer en una suerte de positivismo ingenuo, que cualquier sistema de justicia al final es expresión del poder, lo expresa y a su vez influye en su definición.

El postulado central que sostendremos aquí es que a una noción puramente procedimental de democracia corresponde una justicia electoral de corte tecnocrático, identificable más como una autoridad administrativa que jurisdiccional, sometida más a la ley que a la Constitución, más a las formas que a los derechos. En contraste, a una noción sustantiva de democracia, a la cual Luigi Ferrajoli ha denominado *Democracia Constitucional*,³ corresponde una justicia electoral constitucionalizada, de carácter jurisdiccional y que, a más de los procedimientos electorales, y con motivo de ellos, resguarda los derechos políticos y en general los derechos constitucionales de los ciudadanos y sus organizaciones.

La contradicción entre ambas formas de jurisdicción electoral, empero, no es absoluta. No porque no haya diferencias cualitativas fundamentales entre ellas, sino porque así como la democracia sustantiva puede incluir la procedimental, una jurisdicción electoral constitucionalizada incluye la protección constitucional y legal de los procedimientos electorales pero al tiempo los redimensiona y en el marco de la interpretación y protección del sistema de derechos constitucionales. En otras palabras, una justicia electoral constitucionalizada es inclusiva del profesionalismo técnico que requiere la vigilancia de los procedimientos electorales, pero, a su vez, los relaciona con el sistema de derechos.

En efecto, esta relación estructural entre justicia electoral y derechos constitucionales se ha evidenciado de múltiples formas. Primero, como se dijo, mediante

2. José Ramón Cossío, *Concepciones de la democracia y justicia electoral*, México, Instituto Federal Electoral, 2002. Debo reconocer la especial influencia de este valioso estudio de Cossío sobre el presente ensayo.
3. Luigi Ferrajoli, *Principia Iuris*, Madrid, Trotta, 2011 (ver tomo 2: *Teoría del Derecho y la Democracia*).

la función de control constitucional de la jurisdicción electoral; incluso quienes insisten en un modelo apolítico y tecnocrático de justicia electoral no pueden dejar de desconocer, contradictoriamente, que los tribunales electorales pueden y deben actuar en el marco de la Constitución y específicamente de los derechos constitucionales.⁴ Luego, porque de este vínculo se sigue que la labor interpretativa y la dinámica procesal de estos tribunales tiene también como horizonte estos derechos,⁵ lo cual determina relaciones a veces complementarias a veces yuxtapuestas con los Tribunales Constitucionales.⁶

Por otra parte, las nociones mismas de *derechos políticos* y *derecho electoral*, con las cuales la justicia electoral tiene profunda relación, registran una amplitud y complejidad que llevan necesariamente a la constitucionalización de la justicia electoral. Los derechos políticos constituyen un sistema que, incluyendo el derecho al voto, de forma alguna se agotan en este puesto que abarca también derechos como la libertad de expresión, reunión, asociación, el derecho a ocupar cargos públicos y, en general, a participar en la vida política. Respecto a la noción de *justicia electoral*, particularmente en el ámbito latinoamericano, el desarrollo de su autonomía como campo doctrinario e institucional está justamente ligada a esta compleja y estructural relación del voto con los demás derechos políticos. En definitiva, el derecho al voto no puede ser entendido ni ejercido de forma aislada, puesto que como todo derecho constitucional mantiene relaciones de complementariedad y a veces tensión con los demás derechos constitucionales.⁷

En contraste, un modelo tecnocrático de justicia electoral, dado su campo mucho más acotado, puede convertirse, tras su aparente neutralidad, en un instrumento del *statu quo*, de una democracia puramente formal o incluso aparente, una fuente de legitimación de formas de poder de hecho antidemocráticas. Es solamente actuando como un garante jurisdiccional independiente, técnico y político a la vez, aunque ciertamente no partidista, que la justicia electoral puede contribuir no solo a administrar sino a mantener y profundizar la democracia incluso en su versión puramente electoral y, por supuesto, mas allá de ella.

4. Véase por ejemplo Dieter Nohlen, *Ciencia política y democracia en su contexto*, Quito, Tribunal Contencioso Electoral, pp. 140-141.
5. Jesús Orozco Henríquez, “Justicia constitucional electoral y garantismo jurídico”, en *Cuestiones Constitucionales*, No. 13, julio-diciembre 2005, pp. 151-203, en [http://www.juridicas.unam.mx]. También puede verse, del mismo autor, “Consideraciones sobre los principios y reglas en el derecho electoral mexicano”, en revista *Isonomía*, No. 18, abril 2003, en [http://bib.cervantesvirtual.com/porta1/DOXA/isonomia.shtml]. Y Carlos Bernal Pulido, *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2009.
6. Para un análisis del ilustrativo caso mexicano véase: Jesús Orozco Henríquez, “Justicia constitucional electoral y democracia en México”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, No. 7, 2003.
7. La misma relación se configura a nivel internacional si se relaciona el derecho al voto con otros derechos políticos reconocidos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Es indispensable aclarar que la justicia electoral es *política* en un sentido muy específico y diferente al de los partidos políticos y otros actores políticos cuya competencia democrática esta justicia asegura. Así como los tribunales constitucionales,⁸ los tribunales electorales también son actores políticos por propio derecho en el sentido de que al resolver casos concretos ejercen *el poder jurisdiccional* del Estado para *interpretar jurídicamente de forma independiente normas y derechos* establecidos en la Constitución y las leyes. Este sentido político de la actual justicia electoral es distinto y, en cierto sentido, opuesto al del modelo legislativo o político de calificación electoral vigente en el siglo XIX e inicios del XX en América Latina, en que el propio órgano legislativo con base en criterios de mera oportunidad tomaba decisiones inimpugnables sobre la materia.

Sin embargo, la constitucionalización de la justicia electoral, como veremos más adelante, no es exclusiva ni excluyente, no implica necesariamente aceptar la necesidad de que los tribunales electorales se constituyan en cortes constitucionales de última instancia especializadas en materia electoral. En un Estado Constitucional todas las instituciones y autoridades públicas, y, por supuesto, también cortes y jueces electorales, son garantes de la Constitución. Pero un sistema de unificación de jurisprudencia requiere un órgano único de cierre que no puede ser sino la Corte o Tribunal Constitucional.

3. EL CARÁCTER POLÍTICO Y JURÍDICO DEL ÓRGANO ELECTORAL

La noción hoy predominante de democracia, de una u otra forma, ha desbordado el marco de los procesos electorales. Por una parte, en la teoría política los debates entre quienes sostienen una concepción mínima y otra máxima de democracia han dejado claro que incluso la democracia estrictamente representativa requiere de precondiciones y/o concreciones políticas, sociales e institucionales sin las cuales no es viable.⁹ Por otra parte, las constituciones contemporáneas, y con acusada frecuencia las constituciones latinoamericanas, vienen incluyendo nuevos mecanismos de democracia semidirecta y directa, como por ejemplo el referéndum y el plebiscito, la revocatoria del mandato, la iniciativa legislativa y variados sistemas de participación ciudadana desde el nivel local al nacional.

Esta mayor complejidad resultante de las nuevas formas de representación y participación política plantea necesariamente una re-conceptualización del rol de la

8. He analizado la dimensión política de la Corte Constitucional en Agustín Grijalva, “Independencia, Acceso y Eficiencia de la Justicia Constitucional en Ecuador”, en *Constitucionalismo en Ecuador*, Quito, Corte Constitucional de Transición, 2011.

9. José Ramón Cossío, *Concepciones de la democracia y justicia electoral*.

administración electoral y de las cortes electorales. Tal re-conceptualización puede plantearse al menos en dos planos. Un primer plano es el relativo a las competencias propias de estos organismos, y un segundo plano se relaciona con los criterios de organización y administración de estos procesos políticos y de solución de los conflictos jurídicos que eventualmente devienen de los mismos.

En cuanto a las nuevas competencias, es claro que al existir nuevos, numerosos y variados mecanismos de participación política de los ciudadanos se requiere que algunos de estos sean organizados técnica e imparcialmente de forma que efectivamente canalicen sus voces e intereses.¹⁰ La pregunta, como se expuso, es si esta organización técnica es un asunto puramente procedimental sobre lo cual los derechos constitucionales no tienen ninguna incidencia. La existencia en la jurisprudencia comparada de litigios electorales en que se analizan estos derechos, empero, evidencia que es imposible garantizar la libertad electoral, y más ampliamente los derechos políticos, sin interpretar y garantizar a la vez derechos como la libertad de expresión, de asociación, la igualdad de género o la diversidad cultural, para citar solo algunos de los derechos con una vinculación estructural directa a los procesos electorales y a los derechos políticos.¹¹

En cuanto a la organización, administración y solución de conflictos en los procesos de democracia semidirecta hay que destacar que la justicia electoral, igual que la constitucional, debe también desempeñar un rol importante que evite que tales mecanismos deriven en procedimientos de manipulación plebiscitaria que, en lugar de complementar las formas de democracia representativa, la reemplacen y erosionen. En otras palabras, el cometido del Derecho y la Justicia Electoral se extiende hoy más allá del voto a nuevas formas de participación respecto a las cuales también es indispensable asegurar condiciones de competitividad y ejercicio efectivo y democrático de los demás derechos políticos.

Adicionalmente, estos derechos políticos y el propio derecho al voto se ejercen también en el marco del funcionamiento interno de los partidos y movimientos políticos, lo cual también amplía las competencias de los tribunales electorales, que en muchos casos ejercen su jurisdicción para resolver eventuales litigios una vez agotadas las propias instancias electorales internas. A ello se suman los conflictos por regulaciones legales relativas a la propaganda y el gasto electoral. En definitiva, un espectro de competencias mucho más amplio que aquel estrictamente limitado a asegurar la pureza del voto en un acto eleccionario, aunque esta continúe siendo sin duda una tarea central.

10. No es conveniente tampoco que todas las formas de participación política reciban una institucionalización formal, pues varias de ellas son procesos sociales más o menos espontáneos y cuya libre organización y ejecución debe corresponder de forma independiente a los ciudadanos y sus organizaciones.
11. Para una opinión concurrente ver: Carlos Emilio Arenas Bátiz, “Nuevas tendencias en la justicia electoral iberoamericana”, en *Nuevas tendencias del derecho electoral y código de la democracia*, Quito, Tribunal Contencioso Electoral, 2010.

4. LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONTROL ELECTORAL EN ECUADOR

En la historia de la jurisdicción electoral en Ecuador podemos justamente apreciar la evolución de los órganos electorales desde el modelo legislativo o político hacia otro en que la organización de las elecciones y la resolución de conflictos conflúan en un mismo órgano administrativo, el Tribunal Supremo Electoral, bajo fuertes presiones político-partidistas, para terminar con el esquema de la actual Constitución, en que administración y jurisdicción electoral se separan. Este esquema garantista de la actual carta debería dar lugar a una jurisdicción electoral protectora de los derechos constitucionales. Podemos identificar al menos cinco fases en la evolución del control electoral en Ecuador,¹² como se presenta en el cuadro siguiente:

Evolución histórica del órgano electoral en Ecuador

Fase	Constitución	Nombre del órgano electoral	Número de miembros	Forma de designación	Instituciones que intervienen	Períodos (años)	Juicio político
1	1830-1945	Congreso Nacional			Municipios Ejecutivo		
2	1945	Tribunal Superior Electoral	7	designación	Corte Suprema (1), Congreso (2), Tribunal Garantías Constitucionales (1), partidos políticos (3)	2	no
2	1946	Tribunal Supremo Electoral (TSE)	7	designación	Congreso (3), Ejecutivo (2), Corte Suprema (2)	4	si
2	1967	TSE	7	designación	Congreso (3), Ejecutivo (2), Corte Suprema (2)	4	si
3	1978	TSE	7	Elección realizada por Congreso	Ciudadanía (3); Ejecutivo (2); Corte Suprema (2)	2	si
4	1998	TSE	7	Elección realizada por Congreso	Partidos, Movimientos y Alianzas Políticas más votadas	4	si

12. Parte de esta evolución la he estudiado en Agustín Grijalva, *Elecciones y representación política*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 1998.

Fase	Constitución	Nombre del órgano electoral	Número de miembros	Forma de designación	Instituciones que intervienen	Períodos (años)	Juicio político
5	2008	Consejo Nacional Electoral (CNE) y Tribunal Contencioso Electoral TCE	5 CNE y 5 TCE	Concurso oposición y merecimientos	Ciudadanía, Ejecutivo, Legislativo, Función Judicial, Función Electoral, Función de Transparencia y Control Social, Consejo de Participación Ciudadana y Control Social	renovación parcial cada 3 años	si

Elaboración: Agustín Grijalva y Santiago Machuca.

En la columna de instituciones que interviene en la designación consta del número de miembros del TSE que es nombrado o nominado por cada institución.

En una *primera fase*, que en el caso ecuatoriano se extiende desde 1830 hasta 1945, no existe un órgano especializado en la organización y control del proceso electoral. Generalmente es el propio órgano legislativo o son los municipios los que asumen actividades de administración electoral tales como la organización de las elecciones y el escrutinio, con una fuerte injerencia del Ejecutivo de turno. Tampoco hay una diferenciación entre administración electoral y jurisdicción electoral. Cuando surge un litigio electoral lo resuelve el mismo órgano que organizó el proceso electoral. En otras palabras, las funciones contencioso-electorales no se consideran como una actividad jurisdiccional diferenciada y especializada.

En una *segunda fase*, que se extiende desde 1945 hasta 1967, surge un órgano especializado para la administración, control y solución de litigios en procesos electorales. La Constitución de 1945 crea el Tribunal Superior Electoral, y las Constituciones de 1946 y 1968 lo mantienen, bajo la denominación de Tribunal Supremo Electoral, y una integración directa por parte de las funciones del Estado, en la cual predomina el Congreso, puesto que el Ejecutivo y la Corte Suprema nombran cada uno dos miembros del Tribunal, mientras el Congreso nombra tres. También hay que anotar que al menos formalmente el período de los vocales del Tribunal se incrementa de dos a cuatro años desde 1946.

En una *tercera fase*, que se extiende desde 1978 hasta 1998, la integración del órgano electoral cambia, puesto que ya no es cada función del Estado la que nombra directamente los miembros del Tribunal, sino que *todos son nombrados por el Congreso* de temas enviadas por la ciudadanía, el Ejecutivo y la Corte Suprema.

En una *cuarta fase*, que se extiende de 1998 hasta el 2008, la integración del órgano electoral continuó a cargo del Congreso,¹³ pero las nominaciones mediante

13. Aquí puede destacarse el paralelismo con el predominio legislativo en la integración y funcionamiento del Tribunal Constitucional en Ecuador, al respecto ver mi estudio "Courts and Political Parties", tesis de PhD, University of Pittsburgh, 2010. Acceso en: [<http://www.pitt.edu/~graduate/etd/>].

ternas la realizaban los partidos políticos, movimientos y alianzas políticas que hubieren obtenido las votaciones más altas en elecciones pluripersonales.

En este período el Tribunal Supremo Electoral es caracterizado formalmente como un órgano público autónomo,¹⁴ desempeña tanto funciones de administración como de jurisdicción electoral. Pero estas últimas funciones no pueden llevar a caracterizarlo como un órgano jurisdiccional; en realidad el TSE en este período es un órgano administrativo con competencias cuasi-jurisdiccionales pues para resolver litigios electorales recurre a parámetros normativos y procesales similares a los jurisdiccionales, pero la naturaleza jurídica de las decisiones del Tribunal era administrativa y la composición, integración, y en buena parte funcionamiento del órgano era de tipo político-partidista.¹⁵

La naturaleza administrativa de las decisiones del TSE se verificaba en el hecho de que sus decisiones en varias materias causaban ejecutoria en sede administrativa, pero en algunos casos eran apelables ante el Tribunal Contencioso-administrativo o podían ser revisados vía amparo por el Tribunal Constitucional.

El carácter partidista se verificaba en la forma de designación de los vocales del TSE, la cual consistía, como se señaló, en una nominación mediante ternas por parte de los partidos más votados en elecciones pluripersonales, para que el Congreso elija. También es destacable el hecho de que estos vocales no requerían ser abogados, y de hecho la mayoría de los vocales no lo fueron en el período.

Pero es fundamentalmente las relaciones entre la dinámica institucional del TSE y la práctica política la que despliega evidencias sobre este carácter político-partidista. En efecto, como lo muestra claramente el cuadro que aparece más adelante, el TSE fue un organismo directamente dependiente de la formación y dinámica de las coaliciones legislativas.

Integración y dependencia política del órgano electoral 1997-2008

Período que comprende su gestión	Organizaciones políticas a las que pertenecen los vocales	Tiempo real en funciones	Causas de destitución y reemplazo de los vocales
Mayo 1997-Noviembre 1998	DP-PSC-ID-NP-MPD-FRA-PRE.	1 año, 4 meses	Nueva mayoría en el Congreso con la posesión del presidente Jamil Mahuad.
Noviembre 1998-Enero 2003	PSC-DP-PK-ID-FRA-PRE-PC.	4 años, 2 meses	Integración del nuevo Congreso (mayoría oposición ID-PSC) para un nuevo período con la elección del presidente Lucio Gutiérrez.

14. Artículo 209 de la Constitución de 1998.

15. Carlos J. Aguinaga, "El Contencioso y la jurisprudencia electoral en el derecho electoral ecuatoriano", en *El Contencioso y la jurisprudencia electoral en el Derecho Comparado*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, pp. 171-187.

Período que comprende su gestión	Organizaciones políticas a las que pertenecen los vocales	Tiempo real en funciones	Causas de destitución y reemplazo de los vocales
Enero 2003-noviembre 2004	PRIAN-ID-PRE-PK-PSC-DP-PC.	1 año, 11 meses	Cambio de correlación de fuerzas al interior del Congreso Nacional, mayoría liderada por el oficialismo PSP, PRE y PRIAN.
Noviembre 2004-mayo 2005	PRIAN-MPD-SP-DP-PSC-PRE-ID.	5 meses	Nueva mayoría en el Congreso, el PSC y la ID retoman el control del TSE y TC luego de la destitución del presidente Lucio Gutiérrez el 20.04.05.
Mayo 2005-enero 2007	PSC-PRE-PRIAN-ID-NP-PK-MPD	1 año, 8 meses	Nueva mayoría en el Congreso integrada por PRIAN, PSP y PSC.
Enero 2007-octubre 2008	PSP-ID-DP y AP-PRE-PSC-PS-PSP	1 año, 10 meses	Posesión del nuevo Consejo Nacional Electoral, para dar cumplimiento al nuevo ordenamiento constitucional.
Octubre 2008 hasta la presente fecha	CNE: IND. (2)-MPD (2)-PS (1) TCE: IND. (5)	2 años, 2 meses (en funciones)	

Elaboración: Agustín Grijalva y Santiago Machuca.

En la columna de organizaciones políticas aparece en **negrita** la sigla del partido político al que pertenece el presidente del TSE; entre paréntesis el número de vocales o miembros que tiene la organización política al interior del Tribunal, en el caso de que sean más de uno.

La composición del TSE estuvo ligada directamente a la composición partidista de estas coaliciones,¹⁶ de forma que, como muestra la columna de causas de destitución y reemplazo, los permanentes cambios de mayorías legislativas derivaban en destituciones, a veces mediante juicio político, de los miembros del TSE por parte del Congreso, y nombramiento de nuevos miembros del TSE conforme a la nueva composición de dichas coaliciones.¹⁷

Esta dependencia del TSE respecto a las coaliciones legislativas determinaba que el Tribunal casi nunca cumpliera su período constitucional de cuatro años, con la sola excepción del período que va de noviembre de 1998 a enero del 2003.

En una *quinta fase*, que se inicia con la Constitución de 2008, la administración electoral y la jurisdicción electoral se diferencian y especializan, sin bien los órganos que desempeñan ambas actividades integran la nueva Función Electoral, según el artículo 217 de la Constitución. La designación de los integrantes de estos órganos es al menos formalmente meritocrática.¹⁸

16. He examinado un fenómeno similar para el caso del Tribunal Constitucional del Ecuador. Véase Agustín Grijalva, “Courts and Parties”.

17. Lo crónico de esta inestabilidad explica porque la Constitución de 2008, al regular el juicio político a los miembros del Consejo Nacional Electoral y del Tribunal Supremo Electoral, establece que: “La Función Legislativa no podrá designar a los reemplazos de las personas destituidas”.

18. Las instituciones públicas que participan en la designación integran una comisión ciudadana responsable del concurso público de oposición y méritos, que está integrada por un representante del

El carácter definidamente jurisdiccional del Tribunal Contencioso Electoral (TCE) aparece en la propia Constitución cuyo artículo 221 establece que “sus fallos y resoluciones constituirán jurisprudencia electoral, y serán de última instancia e inmediato cumplimiento”.

Al integrarse un órgano propiamente jurisdiccional como el TCE se ha planteado con más fuerza en nuestro medio el problema de las relaciones entre justicia electoral y justicia constitucional. Los antecedentes de este problema tienen que ver con dos disposiciones de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC).

La primera disposición, contenida en el artículo 42 numeral 7 de la LOGJCC establece que es improcedente la acción de protección cuando “el acto u omisión emane del Consejo Nacional Electoral y pueda ser impugnado ante el Tribunal Contencioso Electoral”.

La segunda disposición es la del artículo 62 numeral 7 también de la LOGJCC, la cual establece la inadmisibilidad de acciones extraordinarias de protección contra decisiones del Tribunal Contencioso Electoral *durante procesos electorales*.

Ambas disposiciones son polémicas porque la Constitución no realiza estas exclusiones en ninguna parte al regular las correspondientes garantías, con base en lo cual se podría alegar su efecto restrictivo y, por tanto, inconstitucional.¹⁹

En respuesta se podría argumentar que lo que hacen estas restricciones no es eliminar la existencia de un recurso efectivo e idóneo para los derechos constitucionales eventualmente violados durante elecciones sino convertir al Tribunal Contencioso Electoral en una suerte de Tribunal Constitucional especializado en materia electoral, para que sea este organismo el que mediante otras acciones procesales pueda tutelar adecuadamente y en última instancia estos derechos.

En todo caso el hecho de que la Corte Constitucional pueda desarrollar jurisprudencia obligatoria sobre otros derechos políticos hace que persista la posibilidad de que tal jurisprudencia presente contradicciones con la del Tribunal Contencioso Electoral. Dicho de otra forma, la existencia de, por decirlo así, dos Cortes Constitucionales, una general y otra especializada en materia electoral, implica que

Ejecutivo, un representante del Legislativo, un representante de la Función Judicial, un representante de la Función Electoral, un representante de la Función de Transparencia y Control Social y cinco representantes de la ciudadanía individual o colectiva escogidos mediante proceso de selección que lo efectúa el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (órgano parte de la Función de Transparencia y Control Social). Artículo 224 de la Constitución.

19. Para profundizar en este tema puede revisarse el texto de Santiago Machuca, “El control de constitucionalidad en la jurisdicción contenciosa electoral: la relación entre el derecho constitucional y la justicia electoral en Ecuador”, tesis para la obtención de la maestría en Derecho, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2011; especialmente el capítulo 3.

no existe un órgano jurisdiccional único y máximo de cierre que realice adecuadamente la labor técnico-jurídica de unificación de la jurisprudencia en esta materia.

Empero el peor escenario posible es el de que los derechos electorales y en general los derechos políticos de los ciudadanos queden sin protección constitucional por obra de actos o normas de autoridades públicas o particulares.

En efecto, la Constitución de 2008 des-formaliza el procedimiento y amplía el objeto de la acción de protección. No cabría entonces sustraer de su ámbito los actos violatorios de derechos constitucionales durante procesos electorales, salvo que existan otros recursos igualmente directos y efectivos para la protección inmediata de estos derechos, conforme lo establece el artículo 88 de la Carta Fundamental.

En cuanto a la acción extraordinaria de protección hay también que recordar que la Constitución de 2008 desarrolló esta garantía justamente para que las decisiones judiciales no queden exentas de control constitucional, pues esta garantía es una suerte de amparo contra sentencias y otros actos procesales de los jueces ordinarios. No cabe entonces volver a crear una excepción, aunque ahora más restringida, sustrayendo de tal control a las decisiones del Tribunal Contencioso Electoral.

En relación al hecho de que la restricción a la acción extraordinaria de protección opera temporalmente, solo “durante procesos electorales”, también existe cierta contradicción. En efecto, esta temporalidad hace pensar que la justificación de la restricción está en la especial agilidad que requiere el resolver litigios electorales a fin de que se integren oportunamente las autoridades y órganos representativos. Empero, si esta es la razón de la restricción, bien podía resolverse el problema mediante plazos especiales más cortos para que la Corte Constitucional resuelva en estos casos. Esta temporalidad entonces no es razón suficiente de la restricción.

En todo caso lo que sí es necesario destacar es que el amplio espectro de los derechos políticos en juego en todo proceso electoral, y no solo el derecho al voto, debe ser adecuadamente garantizado sea por el Tribunal Contencioso Electoral o por los jueces constitucionales y la Corte Constitucional. Es decir, más importante que el problema de quien realiza control constitucional en esta materia, es el de que este control efectivamente se realice de forma jurídicamente solvente y sistemática.

Para que este tipo de control tenga lugar es necesario que tanto los jueces electorales como los constitucionales desempeñen su labor erigiéndose en actores políticos en el sentido estricto antes señalado de intérpretes jurídicos independientes de los partidos políticos, intérpretes que con base en criterios de Derecho especifican los sentidos de las normas jurídicas en casos concretos y con base en su propio criterio, más allá de cualquier presión ilegítima.

5. CONCLUSIONES

Al inicio de este ensayo planteamos que la justicia electoral debe ser al mismo tiempo técnica y política, pero en forma alguna dependiente de partidos o movimientos políticos. El análisis histórico de la jurisdicción electoral en Ecuador evidencia que justamente ha orbitado en torno a los intereses partidarios, lo cual se ha reflejado en la designación, integración y aguda inestabilidad del Tribunal Supremo Electoral.

El actual modelo constitucional apunta a una separación de la administración y la jurisdicción electoral, justamente con miras a lograr una justicia electoral independiente. Esa independencia no consiste en desarrollar una institucionalidad tecnocrática falsamente aséptica sino en asumir un rol político propio como intérprete jurídico-técnico independiente y garante del derecho al voto en el marco del sistema de los demás derechos políticos y en general constitucionales.

6. BIBLIOGRAFÍA

- Aguinaga, Carlos J.,
2006 “El Contencioso y la jurisprudencia electoral en el derecho electoral ecuatoriano”, en *El Contencioso y la jurisprudencia electoral en el derecho comparado*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, pp. 171-187.
- Arenas Bátiz, Carlos Emilio,
2010 “Nuevas tendencias en la justicia electoral iberoamericana”, en *Nuevas tendencias del derecho electoral y código de la democracia*, Quito, Tribunal Contencioso Electoral.
- Bernal Pulido, Carlos,
2009 *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
- Cossío, José Ramón,
2002 *Concepciones de la democracia y justicia electoral*, México, Instituto Federal Electoral.
- Ferrajoli, Luigi,
2011 *Principia Iuris. Teoría del derecho y la democracia*, Madrid, Trotta.
- Grijalva, Agustín,
1998 *Elecciones y representación política*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional.
- 2010 “Courts and Political Parties”, tesis de PhD, University of Pittsburgh. Acceso en: [<http://www.pitt.edu/~graduate/etd/>].
- 2011 “Independencia, acceso y eficiencia de la justicia constitucional en Ecuador”, en *Constitucionalismo en Ecuador*, Quito, Corte Constitucional de Transición.

Machuca, Santiago,

2011 “El control de constitucionalidad en la jurisdicción contenciosa electoral: la relación entre el derecho constitucional y la justicia electoral en Ecuador”, tesis para la obtención de la maestría en Derecho, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar.

Nohlen, Dieter,

2010 *Ciencia política y democracia en su contexto*, Quito, Tribunal Contencioso Electoral.

Orozco Henríquez, Jesús,

2003 “Consideraciones sobre los principios y reglas en el derecho electoral mexicano”, en revista *Isonomía*, No. 18, abril, en [<http://bib.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/isonomia.shtml>].

2005 “Justicia constitucional electoral y garantismo jurídico”, publicado en *Cuestiones Constitucionales*, No. 13, julio-diciembre.

PARTICIPACIÓN SOCIAL EN LA CREACIÓN DEL DERECHO: REALIDAD Y DESAFÍOS

Silvana Sánchez Pinto

1. PARTICIPACIÓN SOCIAL COMO DIQUE FRENTE AL ABUSO DE PODER

El maestro Julio César Trujillo, en estudio realizado en julio de 2009, sobre la sociedad civil, el estado y la participación,¹ deposita sus anhelos y esperanzas en que la participación de la sociedad civil² pueda constituirse como un freno eficaz a los eventuales abusos de poder provenientes de un poder ejecutivo fortalecido en la Constitución de 2008, confiando en que la participación social pudiera llegar a convertirse en un poder incluso más eficaz que el que llegaron a ejercer el poder legislativo y el de control constitucional.³

Comparto estas esperanzas, anhelos y esta confianza del doctor Trujillo en la sociedad civil participativa como último dique ante el ejercicio del poder que no limita sus actuaciones a los valores, principios y derechos constitucionales; y, ante la evidencia, casi dos años después, junio de 2011, de que los poderes legislativo y de control constitucional no han logrado convertirse en efectivos mecanismos de fiscalización y control de la acción del gobierno.

1. Julio César Trujillo, “Sociedad civil, Estado y participación”, en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, eds., *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derecho e instituciones*, Quito, Corporación Editora Nacional / Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2009.
2. Adopto la definición de Julio César Trujillo respecto de la sociedad civil, entendiéndola como “el conjunto de relaciones sociales y de asociaciones que forman espontáneamente los habitantes de un país para realizar sus deseos, defender sus intereses, promover proyectos comunes y aun formar opiniones colectivas sobre los problemas generales y plantear alternativas de solución frente a tales problemas”.
3. Julio César Trujillo, “Sociedad civil, Estado y participación”, p. 21.

2. CONSTRUCCIÓN DE LA PARTICIPACIÓN SOCIAL

Coincido con el maestro en que el requisito indispensable para lograr el ejercicio del derecho a la participación es que las personas tomen conciencia de ser sujetos de derechos y de las garantías que están a su disposición para hacerlos valer; que inicien procesos de exigibilidad de derechos a través de la organización social, propendiendo a la creación de articulaciones sociales cada vez más sólidas.

Las personas, autorreconociéndose como sujetos de derechos, y reconociendo a los otros la misma calidad de sujetos de derecho, establecen relaciones de respeto y van conformando grupos sociales, a fin de cumplir con sus deberes y responsabilidades constitucionales, de acatar y cumplir la Constitución, respetar los derechos humanos y luchar por su cumplimiento, y los demás deberes detallados en el art. 83 de la Constitución de la República del Ecuador.

Para el cumplimiento de sus deberes y responsabilidades, las personas, constituidas en grupos sociales, ejercen su derecho de libertad de opinión y expresión de su pensamiento de forma libre y voluntaria,⁴ y el derecho de asociación, reunión y manifestación; igualmente, de forma libre y voluntaria;⁵ y sus derechos constitucionales de participar de manera protagónica en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos;⁶ de desarrollo de procesos de autodeterminación e incidencia en las decisiones y políticas públicas;⁷ y de formular propuestas y reivindicaciones económicas, políticas, ambientales, sociales y culturales; y las demás iniciativas que contribuyan al Buen Vivir.⁸

En consecuencia, la toma de conciencia de las personas de ser sujetos de derechos desencadena todo un proceso que las lleva a establecer relaciones distintas con las otras personas, y a organizarse a fin de construir conjuntamente procesos de exigibilidad por la vigencia de sus derechos.

3. PARTICIPACIÓN SOCIAL COMO ENSAYO DE DEMOCRACIA PARTICIPATIVA Y DELIBERATIVA

Como afirma Trujillo, este proceso logra que la participación social se convierta en un ensayo de democracia participativa, cuya clave es la participación

4. Constitución de la República del Ecuador, art. 66, numeral 6.

5. *Ibid.*, art. 66, numeral 13.

6. *Ibid.*, art. 95.

7. *Ibid.*, art. 96.

8. *Ibid.*, art. 97.

directa de los ciudadanos en la adopción de las decisiones políticas.⁹ Por ello es importante que este ejercicio de participación se profundice, logrando encuentros con los elementos de la democracia deliberativa, a fin de propiciar que la adopción de decisiones se produzca mediante el “diálogo en condiciones de igualdad y libertad para una argumentación, que busca el acuerdo respecto al mejor argumento, sin recurso posible a la coacción”.¹⁰

La consecución de este modelo de democracia deliberativa depende necesariamente de que el estado garantice condiciones objetivas para propiciar todo el proceso descrito, desde la asunción de conciencia de un ser como sujeto de derechos, pasando por la organización, hasta procesos por la exigibilidad de derechos elaborados con los mejores argumentos.

4. APROXIMACIONES AL DESARROLLO HISTÓRICO DE LA PARTICIPACIÓN SOCIAL EN EL ECUADOR

Respecto de la incidencia de la sociedad civil en el Estado, Trujillo establece como un antecedente histórico de la misma los hechos previos al trágico 15 de noviembre de 1922, en Guayaquil, en donde los sectores obrero y social se organizaron en defensa de sus derechos, ejerciendo sus derechos de libertad de asociación y de expresión, haciendo uso de garantías extrainstitucionales,¹¹ dado que las vías institucionales no resultaban efectivas. Ante ello, la respuesta estatal no fue el diálogo sino la represión militar y policial que Joaquín Gallegos Lara describe en su libro *Cruces sobre el agua*.

Pese a estos trágicos hechos, en donde la respuesta del poder estatal a las demandas obreras y sociales fue la más abierta represión, la sociedad civil ecuatoriana prosiguió con sus demandas; que, poco a poco, fueron abriendo espacios a la participación social en medio del ejercicio monolítico del poder.

Trujillo establece, como consecuencias de la participación social, el que entre los años de 1925 y 1929, se expidieran leyes y la Constitución que “da paso a una

9. Boaventura de Sousa Santos, *Democracia y participación: el ejemplo del presupuesto participativo de Porto Alegre*, España, El Viejo Topo, 2003, p. 8.
10. Ariel H. Colombo, *Desobediencia civil y democracia directa*, Madrid, Trama Editorial / Prometeo Libros, 1998, p. 27.
11. Las garantías extrainstitucionales o sociales son aquellos instrumentos de tutela o de defensa de los derechos que [...] dependen fundamentalmente de la actuación de sus propios titulares [...] consisten en el ejercicio de derechos [...] de participación dirigidos a reclamar la satisfacción de aquellas necesidades e intereses básicos tutelados por los derechos [...] Gerardo Pisarello, “Los derechos sociales y sus garantías: por una reconstrucción democrática, participativa y multinivel”, en *Los derechos sociales y sus garantías, elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007, p. 123.

reforma política que da lugar al estado social de derecho, así como los primeros esfuerzos de la sociedad civil por incidir en el estado mediante [...] la legislación social y económica hasta entonces desconocida”.¹²

Otra evidencia histórica presentada es la participación social que condujo a la expedición de la Constitución de 1945, que “confirma la participación de la sociedad civil en los centros de decisión política, a través de las organizaciones muy calificadas, con diputados funcionales en el Congreso unicameral, en la Comisión legislativa permanente y en el Tribunal de Garantías Constitucionales”.¹³

Trujillo evidencia que, luego de los años de dictadura militar, en la Constitución de 1978, se elimina a los diputados funcionales; y, a partir de 1979, con el restablecimiento del estado de derecho, cobraron fuerza los partidos políticos y el sindicalismo como representantes de la sociedad civil, pero se fueron debilitando a consecuencia de la crisis económica de 1982, y las consecuentes reformas neoliberales que desmantelaron el estado social de derecho desde 1984 y desacreditando la democracia representativa.¹⁴

Es en este período, señala Trujillo, que la sociedad civil toma fuerza, a raíz del descrédito de los partidos políticos y del debilitamiento del movimiento sindical, que ha propiciado que las organizaciones sociales capten el poder político y lo ejerzan, al abrigo de líderes carismáticos. Al respecto, considero que la fuerza de la participación social en el Ecuador ha sido apropiada por ciertos líderes; quienes, para acceder al poder, han hecho suyo el discurso y las reivindicaciones sociales; y, una vez en el poder, los desconocen.

La sociedad civil va conformándose de la diversidad de nuevos actores políticos emergentes, como las organizaciones de nacionalidades y pueblos indígenas, afroecuatorianos y montubios; y las organizaciones no gubernamentales.¹⁵

Trujillo lanza una voz de alerta sobre la penetración del estado en la sociedad civil, que se realiza a través de servirse de las organizaciones sociales para realizar actividades que no puede atender y el ensayo de nuevas formas de intervención para subordinarlas a sus propósitos y regulaciones;¹⁶ pero, a la vez, destaca la necesidad de que las organizaciones sociales cumplan las obligaciones constitucionales

12. Julio César Trujillo, “Sociedad civil, Estado y participación”, p. 28.

13. *Ibid.*, pp. 28 y 29.

14. *Ibid.*, pp. 29 y 30.

15. Diversidad de ONG, no hay por cierto homogeneidad de armazón, ni de poder y menos uniformidad de objetivos e intereses de las organizaciones de la sociedad civil, por el contrario hay organizaciones que persiguen los más altos propósitos y realizan nobles acciones, frente a otras de las que no se puede decir lo mismo, unas se financian por sí mismas y otras dependen directamente del estado o de la ayuda internacional o poderes transnacionales. Julio César Trujillo, “Sociedad civil, Estado y participación”, p. 31.

16. *Ibid.*, p. 31.

de garantizar la democracia interna, la alternabilidad de los dirigentes y la rendición de cuentas, para con legitimidad convertirse en actores sociales.¹⁷

5. SOCIEDAD CIVIL Y DEMOCRACIA EN LA CONSTITUCIÓN DE 2008

La participación social organizada en el proceso de formulación de la Constitución de 2008 logra incidir en la Asamblea Constituyente a fin de “profundizar y ampliar el derecho a la participación de la sociedad civil en la política, con el propósito de hacer realidad la democracia participativa”¹⁸ y directa,¹⁹ como una forma alternativa de participación social ante el descrédito e ineficacia del sistema de democracia representativa.

De esta manera, se logra “situar a la sociedad civil [...] en el centro del debate político para la transformación del estado, de la sociedad, de la mentalidad y los intereses de los miembros que la componen”²⁰

A partir del marco conceptual e histórico precedente, abordo una de las vertientes del derecho a la participación social, previstas en la Constitución de 2008, como es la participación social en el procedimiento legislativo, complementando el análisis del maestro respecto de las otras instituciones de participación social.

6. PARTICIPACIÓN SOCIAL EN EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO²¹

En el Estado de derecho legal, la ley ocupaba el lugar central del ordenamiento jurídico, era el acto normativo supremo e irresistible al que no era oponible ningún derecho más fuerte²² y sea cual fuera su contenido, era considerada la fuente suprema e ilimitada del derecho.²³

Con el cambio de paradigma que representa el constitucionalismo contemporáneo, la ley es “manifestación e instrumento de competición y enfrentamiento social; no es el final, sino la continuación de un conflicto [...] es un acto per-

17. *Ibid.*, p. 36.

18. *Ibid.*, p. 32.

19. La iniciativa popular normativa; la consulta popular, en la modalidad de referéndum y el plebiscito y la revocatoria del mandato.

20. Norberto Bobbio, en Julio César Trujillo, “Sociedad civil, Estado y participación”, p. 35.

21. Esta parte del ensayo se basa en la tesis de maestría en Derecho Constitucional, elaborada por la autora: “Participación social en el procedimiento legislativo y control previo de constitucionalidad de proyectos de ley”, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2010.

22. Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1997, p. 24.

23. Luigi Ferrajoli, *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2008, p. 29.

sonalizado (en el sentido de que proviene de grupos identificables de personas y está dirigido a otros grupos igualmente identificables) que persiguen intereses particulares”.²⁴

Gustavo Zagrebelsky explicita la naturaleza de la ley como fruto de la permanente disputa de poder que se da en la sociedad; en la ley, finalmente, se expresan e identifican los resultados de ese enfrentamiento, quedan develados los intereses del grupo o los grupos de poder que han triunfado; al menos, los que transitoriamente han triunfado, hasta que nuevos conflictos se produzcan.

Es trascendental develar la verdadera naturaleza de la ley; de lo contrario, se produce lo que Ariel Colombo advierte: “el encapsulamiento de la voluntad general en la ley [...] conduce a la irresponsabilidad política”.²⁵

Por lo tanto, la trascendencia de la participación social en el proceso de formación de la legislación es trascendente. Para Gerardo Pisarello, las garantías sociales indirectas son las garantías de participación en el proceso legislativo, caracterizadas como verdaderas audiencias públicas previas a la adopción de normas por parte de los parlamentos, que permite que las personas y grupos sociales hagan sentir su voz en el proceso de construcción del derecho.²⁶

Por ello, el mecanismo participativo tiene especial relevancia para la “supervisión de la observancia por parte de los órganos políticos del contenido esencial de los derechos y de las obligaciones de no discriminación, no regresividad y progresividad”.²⁷

Ciertamente, la finalidad de la participación ciudadana en el proceso de formación de las leyes es la de coadyuvar a promover la supremacía y la fuerza normativa de la Constitución, al exigir que los proyectos de ley se formulen, y se deliberen de conformidad con los valores, principios y derechos constitucionales; así como con los estándares de protección internacional de los derechos humanos, a fin de ser el resultado de una adecuación y subordinación a un derecho más alto y lograr el *gobierno de las leyes*, en lugar del *gobierno de los hombres*.²⁸

Entonces, una democracia sustancial se concreta en la medida en que el legislador, en el procedimiento y en la decisión sobre el contenido de la ley, se ciñe estrictamente a los valores, principios²⁹ y derechos fundamentales constitucionales.

24. Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, p. 38.

25. Ariel H. Colombo, *Desobediencia civil y democracia directa*, p. 16.

26. Gerardo Pisarello, “Los derechos sociales y sus garantías: por una reconstrucción democrática, participativa y multinivel”, p. 124.

27. *Ibid.*, p. 124.

28. Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, p. 34.

29. “Tales principios representan [...] el mayor rasgo de orgullo del derecho positivo, por cuanto constituyen el intento de ‘positivizar’ lo que durante siglos se había considerado prerrogativa del derecho natural, a saber: la determinación de la justicia y los derechos humanos”. Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, p. 114. Agustín Grijalva establece que “todo principio constitucional bien entendido, no debe ser una mera declaración retórica sino una directriz jurídica efectiva para

lizados y a aquellos previstos en los instrumentos y estándares internacionales de protección de derechos humanos; es decir, siguiendo a Luigi Ferrajoli, a lo *que puede ser decidido* y a lo *que no puede ser decidido*.³⁰

Agustín Grijalva señala que solo procesos democráticos de decisión pueden legitimar políticamente los derechos humanos, que surgirían de la deliberación y el consenso de los afectados e interesados;³¹ parafraseando a Grijalva, solo procesos democráticos de decisión pueden legitimar políticamente los proyectos de ley y las leyes, por ser el resultado de esa convergencia general momentánea.

7. MARCO CONSTITUCIONAL Y SECUNDARIO SOBRE LA PARTICIPACIÓN SOCIAL EN EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO

Al definirse el Ecuador como un estado constitucional de derechos y de justicia,³² ha establecido como primeras garantías de los derechos, a las garantías normativas; así, en el art. 84 de la Constitución de la República del Ecuador de 2008, se establece:

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

Para lograr esta adecuación formal y material de las leyes, se ha reconocido, en la misma Constitución, como una de las formas de participación social, el derecho a la participación social en el procedimiento legislativo, previsto en el art. 137, inciso segundo: “las ciudadanas y los ciudadanos que tengan interés en la aprobación del proyecto de ley, o que consideren que sus derechos pueden ser afectados por su expedición, podrán acudir ante la comisión y exponer sus argumentos”.

la legislación”. Agustín Grijalva, “Régimen constitucional de biodiversidad, patrimonio natural y ecosistemas frágiles; y, recursos naturales renovables”, en *Desafíos del derecho ambiental ecuatoriano frente a la Constitución vigente*, Quito, CEDA, 2010.

30. Luigi Ferrajoli, “La democracia constitucional”, en Christian Courtis, comp., *Desde otra mirada*, Buenos Aires, Eudeba, 2001, p. 262.
31. Agustín Grijalva, “Derechos humanos y democracia: complementariedades y tensiones”, en Programa Andino de Derechos Humanos (PADH), *Derechos humanos, democracia y emancipación*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Ediciones Abya-Yala, 2009, p. 17.
32. Constitución de la República del Ecuador, art. 1.

Este derecho a la participación social en el procedimiento legislativo debe estar iluminado por los principios positivizados en el art. 95 de la Constitución, que establece: “La participación se orientará por los principios de igualdad, autonomía, deliberación pública, respeto a la diferencia, control popular, solidaridad e interculturalidad”.

Es necesario recordar que los principios surgen de un acuerdo social ético y político y, al estar positivizados en la Constitución, como señala Ferrajoli, “cesan [...] de ser solo principios ético-políticos para convertirse en normas de derecho positivo que obligan al sistema político a su respeto y tutela”.³³ En este sentido, deben garantizarse plenamente estos principios para el ejercicio del derecho a la participación social en el procedimiento legislativo.

El art. 52 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa (LOFL) establece que la Asamblea Nacional aprobará como leyes las normas generales de interés común.

En el art. 54 de la LOFL se establece:

La iniciativa para presentar proyectos de ley corresponde: [...] 5. a las ciudadanas y los ciudadanos que estén en goce de los derechos políticos y a las organizaciones sociales que cuenten con el respaldo de, por lo menos, el cero punto veinticinco por ciento de las ciudadanas y ciudadanos inscritos en el padrón electoral nacional. Quienes presenten proyectos de ley de acuerdo con estas disposiciones podrán participar en su debate, personalmente o por medio de sus delegados, previa solicitud y autorización del presidente de la Asamblea Nacional.

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

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

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

33. Luigi Ferrajoli, “La democracia constitucional”, p. 260.

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

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

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

Las comisiones especializadas, dentro del plazo máximo de cuarenta y cinco días contados a partir de la fecha de inicio del tratamiento del proyecto de ley, presentarán al presidente de la Asamblea Nacional sus informes, con las observaciones que juzguen necesarias introducir. Dentro del referido plazo, se deberá considerar un tiempo no menor a los quince primeros días,³⁴ para que las ciudadanas y los ciudadanos que tengan interés en la aprobación del proyecto de ley, o que consideren que sus derechos puedan ser afectados por su expedición, puedan acudir ante la comisión especializada y exponer sus argumentos.

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

Como puede evidenciarse, el procedimiento no está reglado de manera detallada, lo que da paso a la discrecionalidad de quien ejerce la presidencia de la comisión especializada.³⁵

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

Considero importante que la Asamblea Nacional incluya el análisis y la valoración de los pronunciamientos sociales que, sobre el proyecto de ley en trámite,

34. Se amplió el plazo de 10 días previsto en el art. 26 del Mandato Constituyente No. 23, de conformación de la Comisión Legislativa y de Fiscalización.

35. César Montúfar, asambleísta por la provincia de Pichincha, por Concertación Nacional Democrática, entrevista realizada por Silvana Sánchez, Quito, 27 de septiembre de 2010.

se hagan por parte de la Academia y los Colegios de Profesionales, tales como publicaciones, informes, investigaciones, foros; y en los medios de comunicación, tales como editoriales de prensa, entrevistas, debates; para lo cual, la Unidad de Participación Ciudadana de la Asamblea deberá hacer un seguimiento y sistematización de tales aportes.³⁶

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

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

El que se haya eliminado la obligación de adjuntar la sistematización de las observaciones constituye una violación al principio de no regresividad y progresividad en materia de derechos humanos.³⁷

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

La comisión especializada deberá presentar al presidente de la Asamblea Nacional el informe para segundo debate. La comisión especializada podrá pedir justificadamente al presidente de la Asamblea Nacional la prórroga que considere necesaria³⁸ para presentar el informe correspondiente. El presidente determinará si concede o no la prórroga, así como el plazo de la misma. El presidente recibido el informe para segundo debate ordenará por Secretaría la distribución del informe a los asambleístas. El segundo debate se desarrollará, previa convocatoria del presidente de la Asamblea Nacional, en una sola sesión. Durante el segundo debate el o la ponente podrá incorporar cambios al proyecto de ley que sean sugeridos en el Pleno. En caso de negarse el informe de mayoría, el Pleno de la Asamblea por decisión de la mayoría absoluta

36. Al efecto, deberá reformarse el art. 24 del Reglamento Orgánico Funcional de la Asamblea Nacional, incorporando esta nueva atribución a la Unidad de Participación Ciudadana.

37. Art. 11, numeral 8 de la Constitución de la República del Ecuador.

38. En el Mandato No. 23 se establecía un plazo de 7 días para la prórroga para presentar el informe.

de sus integrantes, podrá decidir el conocimiento y votación del o los informes de minoría. Se podrá mocionar la aprobación del texto íntegro de la ley, o por títulos, capítulos, secciones o artículos.³⁹ Asimismo, por decisión del pleno de la Asamblea Nacional, se podrá archivar un proyecto de ley.

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

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

La disposición establece que se procesarán las “sugerencias”, observaciones y aportes formulados, sin detallar los procedimientos específicos de ese procesamiento, que debería establecer la obligatoriedad de grabar todas las intervenciones de las personas y grupos sociales y dar lectura a los textos finales de los artículos que se vayan redactando,⁴⁰ receptor e incorporar todos los aportes en una base de datos creada para el efecto; estudiarlos, sistematizarlos y analizarlos, individualizadamente, a fin de seleccionar aquellos que representen defensa de derechos fundamentales y estén orientados a la consecución del principio de justicia, a efectos de darles un carácter vinculante para el poder legislativo.

El art. 23 del Reglamento Orgánico Funcional de la Asamblea Nacional establece como misión de la Unidad de Participación Ciudadana de la Asamblea Nacional, unidad dependiente de la presidencia de la Asamblea Nacional, el generar

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

40. Diana Atamaint, asambleísta por la provincia de Morona Santiago del partido Pachakutik, entrevista realizada por Silvana Sánchez, Quito, 20 de septiembre de 2010.

estrategias que faciliten la participación de las personas, comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades en la formulación de leyes y fiscalización.

El art. 24 del mismo reglamento establece como funciones de la unidad las de:

promover la participación efectiva de la ciudadanía en las diferentes etapas de elaboración de las leyes, a través de los mecanismos previstos en la ley; establecer los mecanismos para la recepción de sugerencias y observaciones; establecer los mecanismos y coordinar con las comisiones especializadas permanentes y ocasionales, para promover el acercamiento, la participación e interrelación de la sociedad civil con los asambleístas e informar a la ciudadanía sobre lo realizado; procesos que deben construirse considerando los ejes⁴¹ transversales de género, generacional, territorialidad e interculturalidad; coordinar foros de consulta, mesas itinerantes a diversos lugares del territorio nacional; y las demás dispuestas por el presidente de la Asamblea.

Es importante el que esta unidad administrativa deba cumplir su misión, considerando la interculturalidad como perspectiva, que significa, como Catherine Walsh señala, interculturalizar las nociones que ponen en escena las lógicas distintas de los distintos actores, sin dar un rol hegemónico a uno, sino reconociendo la pluralidad actual.⁴² De hacerlo, la Función Legislativa respetará y garantizará el derecho a la participación y el diálogo intercultural entre todos los sectores sociales en condiciones de igualdad material.

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

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

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

41. No se incluye como eje transversal el de diversidades.

42. Catherine Walsh, tutoría, diciembre de 2010.

Ante esta situación, considero necesario que las observaciones y aportes sociales, debidamente fundamentados en valores, principios y derechos constitucionales, y en los instrumentos y estándares internacionales de protección de derechos humanos,⁴³ tengan carácter vinculante para la Función Legislativa.

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

8. REALIDAD Y DESAFÍOS DE LA PARTICIPACIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL

Para que la sociedad civil se convierta en el freno eficaz a los eventuales abusos de poder provenientes del poder ejecutivo, es indispensable el respeto y garantía del derecho a la participación social en el procedimiento legislativo, precisamente con la finalidad de exigir que un proyecto de ley, contrario a la Constitución, sea reconducido a los valores, principios y derechos constitucionales y a los estándares internacionales de protección de derechos humanos.

Esta modalidad de la participación social debe basarse en la exigencia de justicia como reivindicación de los derechos de los seres humanos y de la naturaleza, a fin de recordarle al legislador que “la justicia pertenece a un momento precedente y fundante de toda política”.⁴⁴

Sin embargo, es preciso reconocer que el ejercicio de este derecho enfrenta limitaciones desde el contexto mismo en el que vivimos; de una parte, el sistema capitalista, con la propiedad privada de los medios de producción, ahora en fase de globalización; y, de otra, el patrón de poder colonial,⁴⁵ que, como señala Aníbal Quijano, actúa para impedir la vigencia de los procesos de participación democrática, a fin de garantizar su dominación. La actuación de la colonialidad del poder se materializa cuando, desde el Estado, no se garantizan las condiciones objetivas

43. Constitución de la República de 2008, art. 84.

44. Gustavo Zagrebelsky, *La exigencia de justicia*, Madrid, Trotta, 2001, p. 27.

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

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

A esta realidad del contexto limitante, se suma la realidad de desarticulación de las organizaciones y movimientos sociales en el país; por ello, es indispensable imaginar, pensar creativamente formas de articulación entre ellos, a fin de activar lo que Boaventura de Sousa Santos denomina el potencial contrahegemónico de los movimientos sociales, que reside precisamente en la capacidad de articulación con otros movimientos.⁴⁶

Entonces, para la vigencia del derecho a la participación social, el desafío es múltiple; de una parte, contribuir para que las personas asuman el proceso de construirse como sujetos de derechos y de asumir a las otras personas también como tales, para construir relaciones de respeto; de otra, promover procesos de organización social para conocer sus derechos y demandar su vigencia; de otra, construir espacios de encuentro, diálogo, debate y deliberación entre la diversidad de organizaciones, en donde se construyan los mejores argumentos, para crear y fortalecer las alianzas y articulaciones entre los distintos grupos y movimientos sociales que les permita acordar estrategias conjuntas y articuladas para la realización de procesos de exigibilidad frente al poder.

La participación social, constituida con estos elementos, permitirá lograr la vigencia de los derechos humanos y contribuirá a la transformación de las estructuras económicas, políticas, sociales y culturales de opresión.

9. BIBLIOGRAFÍA

- Colombo, Ariel H.,
1998 *Desobediencia civil y democracia directa*, Madrid, Trama Editorial / Prometeo Libros.
- De Sousa Santos, Boaventura,
2003 *Democracia y participación: el ejemplo del presupuesto participativo de Porto Alegre*, España, El Viejo Topo.
- 2010 *Refundación del Estado en América Latina, perspectivas desde una epistemología del Sur*, Quito, Abya-Yala.
- Ferrajoli, Luigi,
2001 “La democracia constitucional”, en Christian Courtis, comp., *Desde otra mirada, textos de teoría crítica del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba.
- 2008 *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta.

46. Boaventura de Sousa Santos, *Refundación del Estado en América Latina, perspectivas desde una epistemología del Sur*, Quito, Abya-Yala, 2010, p. 68.

Grijalva, Agustín,

2009 “Derechos humanos y democracia: complementariedades y tensiones”, en Programa Andino de Derechos Humanos (PADH), *Derechos humanos, democracia y emancipación*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Abya-Yala.

2010 “Régimen constitucional de biodiversidad, patrimonio natural y ecosistemas frágiles; y, recursos naturales renovables”, en *Desafíos del derecho ambiental ecuatoriano frente a la Constitución vigente*, Quito, CEDA.

Pisarello, Gerardo,

2007 “Los derechos sociales y sus garantías: por una reconstrucción democrática, participativa y multinivel”, en *Los derechos sociales y sus garantías, elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta.

Sánchez, Silvana,

2010 “Participación social en el procedimiento legislativo y control previo de constitucionalidad de proyectos de ley”, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, tesis de Maestría en Derecho Constitucional.

Trujillo, Julio César,

2009 “Sociedad civil, Estado y participación”, en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, eds., *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derecho e instituciones*, Quito, Corporación Editora Nacional / Universidad Andina Simón Bolívar.

Walsh, Catherine,

2009 “Interculturalidad, plurinacionalidad y razón decolonial: refundares político-epistémicos en marcha”, en *Temas de interculturalidad crítica desde Abya Yala*, Chiapas, Universidad de la Tierra.

Zagrebelsky, Gustavo,

1997 *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta.

2001 *La exigencia de justicia*, Madrid, Trotta.

Entrevistas

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

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

Marco normativo

Constitución de la República del Ecuador.

Ley Orgánica de la Función Legislativa.

Mandato No. 23 de la Asamblea Nacional Constituyente de Ecuador, de conformación de la Comisión Legislativa y de Fiscalización.

Reglamento Orgánico Funcional de la Asamblea Nacional.

UNA APROXIMACIÓN A LAS CIRCUNSTANCIAS MOVILIZANTES EN EL CASO DE LA SOCIEDAD ECUATORIANA

Arturo J. Donoso Castellón

1. INTRODUCCIÓN

Este ensayo intenta una reflexión sobre los elementos de la movilización humana en nuestra sociedad. Parte de una presentación de lo que podríamos llamar una teoría de la movilidad. Luego abordaremos una teoría de la desviación y sus causas, para arribar a una visión del estado de situación, para concluir con algunas proposiciones que vinculen la reflexión ensayada, con trabajos futuros de análisis puntual de lo que intentamos describir.

2. UNA TEORÍA DE LA MOVILIDAD

Una sociedad, por la propia naturaleza humana, se configura piramidalmente desde la base mayoritaria que se va reduciendo simétricamente en el ascenso de las personas y los grupos hacia los niveles superiores, en la lucha vital del ascenso hacia el vértice esencialmente cicatero, porque solo admite un punto de ubicación en la cúspide. Este proceso se vuelve intrínseca e inevitablemente selectivo y parte desde lo que configura la prevalencia del más fuerte o del mejor dotado, como en todas las especies vivientes. Pero, en el caso humano, este proceso de selección incorpora no solo lo biológico, sino lo psicológico-espiritual, implicando, por una parte, garantías y derechos esenciales, empezando por la existencia de la persona desde su concepción, la gestación armónica en un ambiente de salud integral materna, que permita una nutrición adecuada, configuraciones anatómicas y fisiológicas genéticamente configurantes y que abran el proceso, después del nacimiento, a un desarrollo desde la estimulación temprana, la alimentación necesaria, la prevención ante los posibles procesos mórbidos y tóxicos y la adaptación al medio, que incluye ubicación del espacio geográfico, condiciones telúricas, de notación climática y producción de los elementos naturales propios de la alimentación en cada zona, procesos de distribución comercial, transformación industrial, tecnologías y

técnicas en progreso; estos derechos primarios de la persona exigen el acceso al vestido, vivienda, facilidades de desplazamiento y transporte, instrucción y educación, y el desarrollo psicológico y espiritual en lo afectivo, la autoestima, el auto-descubrimiento personal y social y las decisiones vocacionales, con el control del impulso de las fortalezas y la constatación limitante de las debilidades de cada uno. Desde el conjunto de derechos humanos primarios, se desplaza la realidad de la persona hacia los derechos humanos secundarios, esto es los sociales y comunitarios, para desenvolver los proyectos de conglomerado, grupo y equipo, en círculos de complejidad e interacción responsablemente asumida por cada uno y desde su propia realidad y capacidades. En esta perspectiva, encontramos luego los derechos humanos terciarios y cuaternarios, que son y constituyen parte del proceso de hominización en la visión teilhardista del desarrollo humano, en un enfoque que implica toda la especie a lo largo del tiempo y los procesos históricos de las generaciones: un “(...) punto de partida de esta metamorfosis es que la Vida, manifestada en el Hombre, se descubre como una propiedad ‘sui generis’ del Cosmos”, como a nuestro entender una socialidad desde y en interacción con las mejores potencialidades del ser humano en proceso de descubrirse y descubrir su entorno de realización personal y social.¹

Esta visión cósmica, metafísica, ideal, se manifiesta en el actuar cotidiano, periódico y perenne de las personas y los grupos de pertenencia, en el desenvolvimiento de los propios intereses y la contraposición con los de otros, que se advierten, como las realidades de competencia y competitividad, diferenciadas, porque mientras la competencia supone el juego personal y social, en la arena de los opositos y de la búsqueda de la prevalencia y de la ubicación como pionero del mejor, la competitividad se traduce en el proceso de esa oposición competente, en que la prevalencia del mejor proviene de las mayores fortalezas del que triunfa sobre su adversario, sea este persona o grupo, en los diversos ámbitos del quehacer humano.

Esta precisa visión del fenómeno humano evidencia la dinámica de todos los procesos de movilización dentro de la pirámide social, y para que el proceso sea justo se deben crear condiciones de igualdad de oportunidades, a partir de una fundamental condición elemental de necesidades satisfechas para todos, es decir, una existencia efectiva de los derechos humanos primarios, o de primera generación, de los que se puede afirmar se constituye la posibilidad de la construcción de los otros derechos secundarios, terciarios y hasta cuaternarios, o de segunda, tercera y cuarta generación.² En la existencia o no de estas condiciones mínimas de la existencia humana,³ encontramos la diferencia entre las llamadas sociedades desarrolladas y

1. Pierre Teilhard de Chardin, *La energía humana*, Madrid, Taurus, 1967, p. 23.
2. Sobre el tema: Rodrigo Borja Cevallos, *Enciclopedia de la política*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 246 y ss.
3. Sobre los derechos humanos de personalidad, ver José Joaquín Flor Vásconez, s. j., *Los derechos humanos de personalidad*, Quito, Jurídica Cevallos, 2010.

aquellas que, como la nuestra, no han construido esas condiciones mínimas de realización humana. Si constatamos esto como real, al no existir esas condiciones mínimas de igualdad de oportunidades, surge como consecuencia el proceso de exclusión de los menos dotados y marginales, por una parte, y, por otra, correlativa e inevitablemente, el uso de mecanismos de corrupción, que intentan compensar esas desigualdades esenciales que hacen imposible o muy difícil la competencia y menos aún la competitividad. Por eso, como ejemplo, en la sociedad ecuatoriana no se puede confiar en concursos para contratación o para provisión de puestos, sobre todo en la esfera pública, porque esos procedimientos están viciados por la compra de decisiones, sea por medios económicos o de influencia de quienes tienen poder para influir y definir en esas decisiones. Por ello, en esas actividades sociales el poder está viciado de ilegitimidad, porque no obtienen el lugar y el espacio de ascenso, los mejores necesariamente, sino los que sin serlo compran posiciones mediante mecanismos de corrupción. Entonces, podemos constatar en esta situación real la semilla de toda forma de frustración en las carencias de salud, trabajo, educación, alimentación, vivienda, esparcimiento, vestido, acceso a la tecnología y demás procesos, lo que se traduce necesariamente en agresión y el macroclima de la violencia social en sus diferentes manifestaciones.

Cuando hacemos estas reflexiones, avocamos al concepto mismo de la política, que debe ser la búsqueda y la competencia por alcanzar el poder, para, en el ejercicio de él, construir las condiciones mínimas de una sociedad de igualdad de oportunidades para todos. Por tanto, la idea del bien común exige construir procesos de participación política, con reglas claras que autoricen el ejercicio del poder, que es el concepto más claro de autoridad, como contrapuesta al ilegítimo ejercicio del poder por el poder, lo que supone inexistencia o desconocimiento de las reglas del juego social, es decir, el abuso por la arbitrariedad y el autoritarismo. Esto se constata en correlación con la violencia social y las formas más primitivas de lucha por el poder, en donde no se reconocen reglas limpias del juego social. De alguna manera, esto es una auténtica radiografía de las sociedades de menor desarrollo, y lamentablemente esta es la situación de una sociedad como la ecuatoriana, aunque existan avisos optimistas de un cambio que no será en el inmediato plazo.

Todo lo que antes se ha señalado idealmente supone que, en el juego social, todas las personas tienen la oportunidad de verse incluidas en procesos participativos y armónicos, con reglas claras de competencia y competitividad, que abren perspectivas de esfuerzo personal y colectivo en la carrera por alcanzar las más altas metas y los más altos lugares en la pirámide social, lo que trae consecuencias en el llamado bienestar, esto es la realización personal y social de cada uno, y el acceso a los medios de valor económico que constituyen lo que constitucionalmente en el Ecuador se ha llamado el *sumak kawsay*. Si este ideal no se cumple, inversamente surge en la sociedad una estructura ilegítima por injusta, con acaparamiento de una minoría inmoral o amoral, que es peor, de las posibilidades y los recursos

que deben distribuirse entre todos; en otras palabras, estamos ante los procesos de exclusión de un número cada vez mayor de personas que carecen de lo más elemental e imprescindible en el ámbito de los derechos humanos primarios. De nuevo, estamos ante un nuevo factor que impulsa la violencia social, proveniente de las diversas formas de marginación.

En el juego social podemos entonces encontrar, en cualquier caso pero con diversas presentaciones, respuestas sociales, parasociales, asociales y, en la teoría de la desviación, las frontalmente antisociales que se traducen en todas las formas de agresión y su subsecuente violencia y su generalmente adoptada penalización subsecuente.

Teórica e idealmente, las personas en una sociedad con condiciones mínimas de realización encuentran mecanismos de adaptación a la cooperación interactiva desde el lugar y ubicación que cada uno ocupa en la pirámide social. Puede ser que algunos, libremente, elijan abstraerse y construir respuestas paralelas, diferentes a las generalizadas, que se conocen como parasociales, como por ejemplo eremitas y ermitaños, élites culturales, conventos, fraternidades, comunas exclusivas, todas ellas intentando mantener formas de vida apartadas y no mezcladas con la mayoría de los integrantes del tejido social. También existen personas aisladas de los procesos, que aunque se saben y se reconocen pertenecientes al grupo, prefieren libremente mantenerse al margen, en solitario o en muy pequeños grupos, distintos a los de la generalidad, como son, por ejemplo, los que mantienen conductas asociales, en villas exclusivas y privadas, círculos cerrados, minorías étnicas y culturales o de comportamiento sexual, religioso, costumbrista y otras formas que marcan diferencias. Por fin hay personas que se excluyen de la convivencia social, pero en abierta oposición a las normas de convivencia, traduciendo sus conductas en agresiones personales y grupales, como las pandillas, las organizaciones criminales, las asociaciones para delinquir y otras situaciones que reconocemos como antisociales.⁴

Con esta panorámica es el momento de abordar en este ensayo un diagnóstico histórico de lo que ha sucedido y sucede con la sociedad ecuatoriana.

3. UNA TEORÍA DE LA DESVIACIÓN

Existen diversas maneras de explicar, por parte de cada uno de los estudiosos, el fenómeno de la desviación social, propia de toda alternativa concomitante a movilidad y movilización armónicas y sanas en el tejido social. Por ello intentaremos construir una sistematización de los diferentes factores que podrían explicar la desviación social, en los que podemos identificar circunstancias endógenas perso-

4. Sobre factores de la agresión, ver Jhon W. Renfrew, *La agresión y sus causas*, México, Trillas, 2001.

nales; elementos exógenos en los que hay que distinguir procesos históricos y diseños hasta cierto punto perversos desde los centros de poder global con consecuencias de dominación y exclusión social.

Circunstancias endógenas personales

Desde que José Ortega y Gasset y otros autores como Julián Marías presentaron la relación persona-circunstancias y su papel vital en cada caso, es imposible desentenderse de la influencia de tales circunstancias, empezando por los factores individuales que tienen que ver con el nivel de salud y nutrición consecuentes de las condiciones de gestación y aun de concepción de las personas, en las que se advierten graves situaciones como la toxicidad por droga y alcohol, infecciones recurrentes, ausencia de higiene, alimentación deficiente y, en casos como los países andinos, la carencia de yodo que dio paso al bocio endémico que va siendo superado en las últimas décadas, pero las secuelas genéticas y de otra naturaleza aún se manifiestan en individuos y familias herederas de taras. La casi inexistencia de fuentes de agua potable y alcantarillado en países como el Ecuador agravan la morbilidad que se vuelve endémica, y que se expresa en problemas de cisticercosis, amebiasis y otros elementos parasitarios, indiscutibles causas del bajo desarrollo intelectual. Esto es poca imaginación y ausencia de iniciativas creativas de diseños propios y no meramente copiados o trasplantados desde fuera, con meros procesos racionales elementales, lo que acarrea dificultades en diversos grados de las destrezas para relacionarse con otros, y que se presentan en forma de ausentismo por desmotivación en el trabajo, y un círculo vicioso que impide cualquier avance personal y familiar. Alimentos industrializados con sustancias que en los países desarrollados no se admiten por nocivos, como los fertilizantes, transgénicos y preservantes, y otros, que están asociados con la aparición de cáncer gástrico, de mama, de hígado y páncreas, lo cual reduce sustancialmente el promedio de vida, que en el Ecuador tradicionalmente ha sido de apenas treinta y cinco años y la expectativa de vida de no más de sesenta y cinco, de manera que las estadísticas del INEC hablan de que tan solo un cinco por ciento de la población ecuatoriana pasa de los sesenta y cinco años, dato que, de alguna manera, muestra una mejoría, comparativamente a los años 70 y principios de los 80 del siglo XX, en que era ese índice poblacional de los hoy llamados curiosa y eufemísticamente “mayores adultos”, como si no se debiera simplemente decir, sin falsos pudores, ancianos. La imposibilidad de acceder a medicinas genéricas de bajo costo impide el control de la morbilidad. Si cada año quinientos mil niños en el Litoral, e igual cantidad en la Sierra ecuatoriana no acceden a la educación por falta de cupos, y el hecho agravado de que se trata de escuelas unidocentes con una precaria instrucción; una educación media deficiente, en la que se cambian los programas al ritmo de imposiciones externas de los países desarrollados que supeditan los créditos al cumplimiento de

perversas políticas educativas y de control natal desde finales de la época de los 50 del siglo pasado; una educación superior que, a pretexto de “cambios sociales”, eliminó cualquier forma de examen de ingreso a las universidades públicas desde la década de los 60 del siglo pasado, presentando la fachada de “democratización” de la “educación superior”, lo que abrió la puerta a lo que indudablemente es un lastre en países como el nuestro, la “mediocretización profesional”, por la que, con el espejismo de que se va a ganar dinero, muchas personas sin vocación acceden a profesiones de prevalencia intelectual. Abandonaron la natural tendencia a la actividad agrícola y manual que ha producido tan rica artesanía ecuatoriana, y han obtenido la frustración consecuente que provoca el advertir que disponen de un “cartón-título” bajo el brazo, pero que no se encuentran preparados para el ejercicio de la profesión, ya que no les acredita conocimiento suficiente eficaz y eficiente el mero cartón, lo que los lleva a buscar mecanismos de corrupción para ascender e incluirse en la pirámide social; inclusive, en el campo de la educación superior, reformas irracionales y ajenas a la realidad de nuestros países, como los requisitos de los títulos de posgrado, ha abierto la puerta a una masificación mercantilista de ofertas de posgrado de ínfimos niveles de calidad.

La falta de fuentes de trabajo hace que en países como el Ecuador, las personas accedan a la escasa oferta laboral, no por vocación sino por necesidad desesperada; así, los jornaleros, albañiles, mecánicos “todo oficio” pululan buscando un espacio difícil de encontrar; para intentar resolver esto, el Estado diseña espacios masificantes ocupacionales, como son los de la tropa de las Fuerzas Armadas, de la Policía y del Magisterio, sin que dejemos de mirar la realidad de que, en la mayoría de familias ecuatorianas de las zonas marginales, esos tres espacios ocupacionales corresponden a su estructura misma; y esas ocupaciones son propias de instituciones totales, al decir de Foucault,⁵ en las que la masificación y despersonalización inciden en el sentimiento de frustración y la consecuente agresión violenta, que a veces espera larvadamente y estalla cuando las circunstancias disparan esa represión que a veces dura por generaciones y por años; y todo esto sin contar con la realidad de que el ochenta por ciento de las personas de la fuerza laboral ecuatoriana dedican su tiempo a una actividad subocupacional: vendedores ambulantes, intermediarios de mercado, guardianes y cuidadores de propiedades privadas, sin seguridad social ni esperanza de mejorar en el futuro. En el derecho al esparcimiento, los períodos vacacionales por los factores antes señalados hacen que las personas, en especial los niños, no tengan imaginación alguna ni oportunidad de ocupar su tiempo libre con creatividad; sin derecho al juego, deambulan por las calles y, muchas veces, en sus vacaciones son fuerza laboral que ayuda a los padres siempre en estado precario; en cuanto a los adultos, solo en las dos últimas décadas en la sociedad ecuatoriana se ha abierto la puerta a los viajes de turismo interno, siempre

5. Michel Foucault, *Vigilar y castigar*, México, Siglo XXI, 1976, pp. 233 y ss.

masificados, en precarios alojamientos y deficiente alimentación, con secuelas de cansancio y frustración al volver al trabajo. Toda esta panorámica deprimente, interpretada desde el interior de cada persona que vive esa lúgubre realidad, produce un bloqueo psicológico para interiorizar y descubrir las propias fortalezas y detectar las limitaciones individuales que incluyen componentes orgánicos, intelectuales, metabólicos y genéticos, de manera que no se asume la autoestima en condiciones de realidad, lo que produce complejos de inferioridad o artificios de falsa superioridad. Se generan rebeldías incluso contra la propia familia, renegando del pasado generacional, remordiéndose y rumiando las propias limitaciones y muchas veces asociándose con el fenómeno de las pandillas en las que se encuentran espacios para desfogar la agresión.

Esta situación se encuentra reforzada por una grave y direccionada mala formación, perversamente dirigida desde el poder en lo moral y religioso, que pone en crisis desde el interior de cada persona valores que se le antojan como limitantes de la libertad, porque no son auténticos ni asumidos, y ese espacio, dejado por la carencia de valores, impulsa el desarrollo de antivaleores, lo cual explica muchas veces las conductas desviadas, y, en otros, casos, las conductas violentas. Es imprescindible advertir que estas constataciones no admiten, obviamente, la exageración de la visión ideológica neocapitalista y neopositivista, en la que el “extraño”, como el migrante o el que no pertenece a un grupo conocido, en los países del norte, es sospechoso de ser una amenaza, como lo advierte Lolita Aniyar de Castro, en un importante documento titulado sin tapujos como “Regreso triunfal de Darwin y Lombroso en los países angloparlantes”.⁶

Todas estas circunstancias se expresan en una disfuncional estructura social de expresiones primarias, elementales y primitivas, en las que la capacidad de ejercicio de la propia libertad es tan limitada que en lugar de encontrar espacios de interacción social, en los que las personas equilibradas hacen uso de propuestas y contrapropuestas, es decir de liberaciones y discernimientos personales para asumir responsablemente esas decisiones libres, encontramos por hipoevolución de formas frecuentes de personalidad precaria –que en realidad es como la ecuatorialna–, la masificación por la ignorancia, que permite a falsos líderes que instiguen respuestas violentas en barriadas y zonas marginales y su desplazamiento hacia zonas urbanas de grupos económicos poderosos, aumentando robos, plagios y homicidios asociados con esas conductas, cuando los instigadores detectan esas circunstancias de carencia que son aprovechadas para impulsar a los integrantes de los grupos hacia la agresión a otros; o bien, conocen las claves de respuestas compulsivas, que incitan la violencia desde masas amorfas, lo que explica el aumento de la violencia en los estadios y en los espectáculos, amparados en el anonimato,

6. Lola Aniyar de Castro, “Capítulo Criminológico”, en *Revista de las Disciplinas del Control Social*, vol. 37, No. 3, Maracaibo, Universidad del Zulia, julio-septiembre 2009.

propio de una personalidad infantil, incapaz de asumir las propias responsabilidades; o también hábiles líderes escondidos en el grupo aceleran mediante inducción las respuestas agresivas y violentas o excitan automática e inevitablemente esas mismas respuestas agresivas en forma de estallidos de violencia esporádicos o más o menos periódicos, y que pueden volverse endémicos por frustración permanente en los diferentes ámbitos de carencias que antes señalamos.

4. CIRCUNSTANCIAS EXÓGENAS

Como advertimos, dividiremos el tratamiento del tema en los ámbitos históricos y en la influencia muchas veces perversa de ciertos programas de dominación.

Circunstancias históricas

Encontramos diversos elementos históricos que han marcado profundamente la estructura social ecuatoriana, de la que depende la movilización personal y social. Empezando por la colonia española, la estructura de estratos sociales se impuso desde la aristocracia, pasando por las jerarquías eclesiásticas, los niveles de jerarquía militar, todo ello centrado en la tenencia de la tierra, repartida desde España a los que llegaban a América como tierra de promisión. Hacendados que nunca estaban en sus tierras se coligaron con grupos mestizos que por conveniencia se confabularon con los aristócratas para dominar a las masas de trabajadores del campo y a los incipientes medios de producción, surgiendo las figuras de los administradores, mayordomos y caporales. La amenaza de sanciones punitivas en casos de rebelión –lo que incluía el castigo físico y la tortura con cepos, cadenas, azotes e inclusive la muerte para los rebeldes–, sustentada en falsas ideas religiosas del castigo eterno y la perversa idea de que había que resignarse aquí para alcanzar el cielo –en el discurso ceremonial de los líderes eclesiásticos asociados al poder civil, con manifestaciones meramente ritualistas que impedían una auténtica relación personal con Dios e impulsaban a la masa procesional, peregrinante y autoinculpada en momentos clave, sobre todo en la Semana Santa y en la caricatura de un Dios meramente vengativo y castigador–, construyó una fuerte estructura de control social que aún hoy está presente en la sociedad ecuatoriana. Hemos de remarcar esto con un ejemplo, entre otros: el de una sentencia dictada en 1783, en Guaranda, confirmada por el Tribunal de la Real Audiencia de Quito, en la que se imponen 300 azotes a unos abigeos, que son, obviamente indígenas, pues a los blancos no se les azotaba, reservándose tal castigo a los llamados “naturales” de la tierra.⁷ Todo

7. Colegio de Abogados de Quito, reproducción de la Gaceta Judicial 1902, en sentencias coloniales, Quito, 1984.

lo dicho, incorporado a un acceso limitadísimo a los centros económicos y sociales de poder, filtrados y seleccionados por artificios como el apellido o la proveniencia social (hijos legítimos o no, por ejemplo), impermeabilizó hasta los años 70 del siglo XX el ascenso social y la movilidad. Se puede argumentar que se abrieron espacios de movilidad social sobre todo por la profesionalización en las últimas cuatro décadas de muchos ecuatorianos, pero los factores endógenos que antes presentamos limitaron cuantitativa y cualitativamente esas posibilidades de movilización. Esta estructura se mantuvo durante la república, prácticamente hasta la década de los 60 del siglo pasado, con algunos momentos extremos, como en las primeras constituciones ecuatorianas, en las que para ser ciudadano se requería tener bienes de fortuna y/o declarar su pertenencia a la religión católica; no olvidemos que aún hoy determinadas estructuras eclesiásticas, dentro de la propia Iglesia Católica, mantienen como tradicional el discurso falso y antievangélico de que la estructura de clases sociales es natural y que los pobres deben aceptar resignadamente su ubicación. Esto es más grave si consideramos que en la educación de las élites económicas y sociales del Ecuador se sigue reforzando en pequeños grupos esta ideología excluyente, y que limita los accesos a la movilidad social; además, no hay que descartar la conformación de algunos partidos políticos que desde los centros de poder económico y social apoyan y difunden el mismo discurso de dominación y de control social. Es evidente en los últimos tiempos, y hay estudios al respecto, la existencia de una clara división en la Iglesia Católica, entre los tradicionalistas que impulsan las estructuras dominantes de Trento, en contraste con la apertura de ejercicio de la libertad evangélica que presentó el Concilio Vaticano II. En países como el Ecuador, parece inevitable reflexionar sobre esta constatación por la tradición cultural católica que subyace consciente o inconscientemente en la mayoría de los componentes de nuestra sociedad, y por generaciones.

Circunstancias de diseños hasta cierto punto perversos desde los centros de poder global con consecuencias de dominación y exclusión social

Aunque vemos el proceso a partir de la etapa colonial, en países conquistados por el incario como el nuestro, como control social forzado y punitivo, se produjeron los desplazamientos de los mitimaes, intercambiados con otros desplazados forzosos, sometidos al trabajo esclavo. Luego, en la colonia, batanas, obrajes y mitas desplazaron grupos enteros, sin excluir a los esclavos de origen africano. En este mismo período histórico, los indígenas de las haciendas de la sierra central ecuatoriana fueron inmovilizados, en unos casos, y en otros, desplazados por los propietarios, de una hacienda a otra, según necesidades de producción, caprichos y otras formas de servidumbre, como la obligación de los “huasicamas” y “servicias”, en la casa del propietario y su familia dominante. En la costa ecuatoriana, en

cambio, desde las provincias centrales serranas, en la época de siembra y cosechas, para el arroz, la zafra azucarera o durante el auge del cacao, grupos enteros de familias, inclusive niños y mujeres, eran llevados por “enganche” –que hasta se legalizó en el contrato del mismo nombre del código laboral– desde Cotopaxi, Tungurahua, Chimborazo, Bolívar, Azuay y Loja, hasta las grandes haciendas de Los Ríos, El Oro y Guayas, para trabajar en condiciones infrahumanas, acomodados en canchones, para tener mano de obra casi esclava, por no decirlo frontalmente, en siembras y cosechas. La literatura social nos narra estas espeluznantes movilizaciones derivadas del poder dominante hacia los excluidos; muchas veces, regresaban a sus lugares de origen, con enfermedades graves, endémicas, y sobre todo sexuales, como sífilis, gonorrea, chancro. Hasta la quinta década del siglo XX, están presentes estos mecanismos de movilidad humana forzada de explotación infrahumana, por necesidades y relaciones familiares y laborales desesperadas. Mientras tanto, los hijos de las familias acomodadas viajan a Europa y Estados Unidos, convencidos de que tienen derecho a seguir en la estructura dirigente, aun careciendo de las más elementales habilidades de gerencia, en un ritual de una cierta habilidad genética heredada misteriosamente para alcanzar la dirigencia y con la sola razón de ser hijo de familia. Entre los dominantes y dominados, tímidamente se encuentran casos de hijos de familias marginales que van formando una incipiente clase media profesional, que llega a las grandes ciudades, como Quito y Guayaquil, y de allí con alguna beca algunos llegan a los países del norte.

En los años de la segunda posguerra, décadas 50 y 60 del siglo XX, Estados Unidos incentiva la migración, por una parte de trabajadores de habilidad manual y comercial, como elementos alentados a llegar a Norteamérica para realizar labores que iban dejando los norteamericanos, por considerarlas de inferior categoría y que limitaban el estatus; por otra parte, igualmente desde Estados Unidos se alienta la migración de profesionales latinoamericanos tanto en las ramas técnicas como en las ciencias sociales y políticas, se entiende, para preparar cuadros de dirigentes que, al regresar a sus países sudamericanos, se convertirían en los cuadros políticos útiles a los intereses norteamericanos. Son los años de la profusión de becas para estudiar en Norteamérica, a la par que se promueve desde los primeros años de la educación, en nuestros países latinoamericanos, el estudio del inglés como materia obligatoria, con los mismos objetivos antes descritos, apoyándose paralelamente en la formación de cuadros políticos criollos, desde los partidos de tendencia de derecha económica y social, sin descuidar identificar esos grupos políticos con las ideas tradicionales religiosas católicas; estos mecanismos tampoco excluyen el reclutamiento de agentes pagados en nuestros países para apoyar los procesos de dominación de los países del norte, incorporados en las fuerzas armadas, la policía y las universidades en donde se reparten generosamente becas convenientemente diseñadas; obviamente esto conduce a la movilización no solo personal sino de grupos familiares que despiertan y se entusiasman con la “american way of

life” e intentan reproducir en nuestros países ese estilo de vida, abandonando al mismo tiempo los valores culturales tradicionales; así, a la celebración de los difuntos la reemplaza el “Halloween” y a la celebración navideña de los pesebres el “Centro Comercial de Papá Noel”; pero, además, a todos estos mecanismos agresivos de aculturación económica, social y familiar era necesario impulsar otros elementos, como la jornada única en lo laboral y la llegada de sectas religiosas que se ubicaron sobre todo en la sierra central en el caso del Ecuador, resaltando como que eran vicios propios del catolicismo tradicional, el alcoholismo y el maltrato familiar, y presentando como nuevos valores la abstinencia y la morigeración que se aparejan con las nuevas ideologías de corte cristiano. Dentro de la Iglesia Católica, a la par que surge la teología de la liberación inspirada en las ideas sociales de la Doctrina Social de la Iglesia, con ingredientes políticos provenientes de la revolución cubana, con grupos sacerdotales juveniles de la llamada izquierda, se produce la contrarréplica para intentar frenar esa visión, enviando a quienes se consideraba personas de élite en los seminarios para estudiar teología en los Estados Unidos, Alemania, Bélgica e Italia sin descuidar el caso de España. Estos mecanismos producen por antagonismos y contrastes la llamada lucha subversiva y la respuesta agresiva brutal y criminal militar de las dictaduras en nuestros países en las décadas de los 60 y 70 del siglo pasado. Esta etapa produce movilizaciones forzadas, por exilios y persecuciones y, paradójicamente, al regresar de los exilios, convertidos en dirigentes, muchos de esos refugiados y exbecarios, con diseños foráneos preparan la toma de los poderes políticos en nuestros países latinoamericanos, a veces con un discurso social y de “izquierda”, propiciando los “consensos”, la “transparencia”, las “veedurías”, los “concursos”, pero todo eso cuando llegan al poder ya no es necesario y se olvidan y desechan, incluyéndose la exclusión de grupos como los indígenas que al principio del gobierno están presentes y luego son separados del poder. Son hechos paradójales que confirman un diseño que no es casual y sí foráneo, lo cual incluye preparar proyectos de ley similares para todos nuestros países, con un objetivo claro de unificación dominante en todos los procesos sociales.

Es interesante constatar como todos los diseños antes mencionados coinciden con la ideología del “fordismo”, inspirado en el proceso industrial norteamericano de las dos primeras décadas del siglo XX, en un interesantísimo estudio sobre control social y desviación de Andrés Antillano, en el que se efectúa un análisis de los incentivos a los grupos masificados de las clases media y marginal para llegar al “new deal” de Franklyn Delano Roosevelt, el “estado de bienestar”, a base de consensos y paz social (este diseño tiene forma hoy en el enunciado constitucional de 2008 del *sumak kawsay*, transpolación de la ideología antes señalada, adaptada a nuestra criolla realidad) y como afirma se propician “determinados comportamientos sociales e integrar a la mayor parte de la población en un orden que era a la vez material y moral, que otorgaba condiciones mínimas de vida imponiendo a cambio

patrones de conducta normalizados”.⁸ Esta constatación, trasladada a países como el nuestro, desemboca en las dos últimas décadas en la ideología de reducción del Estado y su presencia, y la sustitución del control social formal desde el poder del Estado, por la aparición de organismos no gubernamentales, que son la pantalla de penetración del poder del gobierno global desde los países del norte. Obviamente los cuadros dirigentes de tales organizaciones fueron formados décadas atrás en los procesos que antes me permití describir.

Este diseño que parece tan increíble y que muchos lo niegan es eficazmente funcional y estructura un sistema exitoso de control social y dominación. Pero, al producir migraciones masivas y descontroladas en las dos últimas décadas, sobre todo hacia los Estados Unidos, era necesario en el poder constituido allá detener tales migraciones, presentándolas como contrarias a la seguridad nacional, al mismo tiempo que las organizaciones criminales obtenían nuevas ganancias económicas con los desplazamientos y legalización de esos migrantes deslumbrados por ese “sueño americano”. Esto se traduce de nuevo en un mecanismo recurrente de exclusión y criminalización de la migración, como lo estamos viendo en algunos estados de los Estados Unidos, al mismo tiempo que los legisladores criollos (que regresaron de sus becas en los países del norte), además convenientemente ubicados en universidades que son copia de las norteamericanas en nuestros países, dictan obedientemente, sobre todo normas penales para tratar de detener la salida de nuestros pobladores hacia el norte, como se puede constatar con la reforma penal hecha al artículo 563 que reprime con reclusión, y no solo prisión, la estafa de los llamados “coyoteros” efectuada por el año 2005.

Quienes diseñaron estos mecanismos, de forma que no se puede negar su brillantez, perspicacia y visión anticipada de lo que pasaría, se apoya además en mecanismos psicosociales naturales, propios del ser humano que anhela ascender en la pirámide social y trasladarse de los barrios populares a las llamadas zonas residenciales, exclusivas, mejorando el estatus y adoptando el estilo de vida propio de urbanizaciones cerradas con guardiana privada, en un proceso asumido de asocialidad o parasocialidad, abandonando formas y costumbres de sus raíces sociales y/o nacionales que desean olvidar y superar, rasgos de una evidente aculturación funcionalista, basada en el ser que reniega de formas propias que considera que lo limitan, en lo político, social, religioso y económico, componentes de los estratos sociales.

8. Andrés Antillano, “Capítulo Criminológico”, en *Revista de las Disciplinas del Control Social*, vol. 38, No. 1, Maracaibo, Universidad del Zulia, enero-marzo 2010, p. 15.

5. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN Y SU PROYECCIÓN

En este análisis parece más apropiado relatar casos emblemáticos conocidos muchos por experiencia propia, que son la concreción en la práctica de los programas de control social formal e informal y que, mientras que de un lado impulsan la movilidad social, tienen una contraparte de desmovilización y aun de inmovilización, cuando se vislumbran amenazas de la seguridad de los grupos dominantes en lo político económico, social y aun religioso como componente inevitable de los poderes dominantes.

Un primer ejemplo del estado de la cuestión lo encontramos en el trabajo casi esclavo de los llamados “peones”, en las haciendas de la sierra central ecuatoriana, antes de la llamada reforma agraria de 1964, cuando el día de trabajo equivalía a una “raya por día”, que traducida en dinero equivalía a un sucre o máximo tres sucres por raya, esto es que no llegaba sino a ochenta centavos de dólar al cambio de la época; se le daba al campesino, “peón”, un pequeño terreno generalmente en las lomas para que viva con su familia, cultive y tenga alguna ganancia con eso, o al menos sobreviva, lo que tenía que hacer fuera de horas de trabajo, por lo que con tal salario miserable y esta institución del “huasipungo”, traslación a América de los feudos europeos y la forma de vida de los llamados siervos, hacía que el trabajador tuviera que pedir préstamos al patrono llamados “suplidos”, que debía pagar como una deuda casi impagable sino en muy largo tiempo. Cuando llega la llamada reforma agraria en 1964, se entrega en propiedad a los huasipungueros esos terrenos, con la consecuente protesta de los terratenientes y el derrocamiento de la dictadura militar de esos años en 1965. Se produce entonces la movilidad social de esos campesinos y sus familias o de los integrantes jóvenes de ellas a las ciudades, provocándose una macrourbanización repentina, no planificada y que produce una nueva forma de marginación, exclusión y la desviación en violencia y agresión crecientes sobre todo contra la propiedad. Desde fines de la década de los 70 del siglo pasado, gran cantidad de tales campesinos, sobre todo desde el sur del nudo del Azuay, migran a Europa, en especial a España e Italia, generando nuevos problemas de frustración afectiva en los menores abandonados y el consiguiente y actual fenómeno de las pandillas violentas y agresivas incitadas por la droga, en especial los inhaladores y la base de cocaína de mala calidad, como podemos encontrar en nuestras ciudades cada vez más inseguras. Otra vez movilidad marginal, exclusión y desviación social.

Un segundo ejemplo lo podemos presentar como constatación no solo en el Ecuador sino en todos los países andinos: uno en particular salió de Riobamba de polizonte, con apenas 16 años cumplidos, escapando de su familia, en un vagón de carga del tren que iba hacia Quito. A unos 30 kilómetros de la capital, el tren se detuvo brevemente por un pequeño descarrilamiento de la locomotora de vapor, y

el muchacho en cuestión aprovechó para bajar y hacer sus necesidades junto a la vía; de pronto el tren reemprendió la marcha y el muchacho, que no tenía nada más que lo que tenía puesto encima, apenas el tren se alejó en una curva, se dirigió a la hacienda colindante a la vía férrea, habló primero con el mayordomo y luego con el dueño de la finca, que le dio trabajo y lo adoptó como si fuera hijo, sin que haya vuelto a reencontrarse con su familia natural; obviamente tampoco su familia lo buscó. Historias semejantes se cuentan en los países andinos, por personas, sobre todo muchachas, que salen del campo llevadas por sus padres para dejarlas en las “casas grandes”, generalmente de los hacendados que vivían en la ciudad y no en sus tierras. Estos sirvientes se contentaban con que les dieran alojamiento, algo de vestido usado y alimentación, que no siempre era la misma de los patronos, a cambio de una labor que no reconocía ni fines de semana ni vacaciones. Muchas de esas personas envejecían y morían, como parte de una familia “adoptiva”, en una situación no legal, y muchas de esas personas, si bien no eran maltratadas, jamás debían intentar siquiera salir o tratar de alcanzar una posición superior, usándose el término de: son “regalados”. Algunas veces parientes ilegítimos “recogidos” formaban un estrato intermedio entre los dueños de casa y los sirvientes, pero manteniéndose en esa posición dominante de los de abajo pero subordinada para siempre a los dueños de la casa grande. Tanto unos como otros, “regalados” y “recogidos”, establecían relaciones que se pueden llamar confidenciales, con hijos e hijas de las familias ricas, en una suerte de complicidad de múltiples experiencias vitales. Algunos de ellos en la madurez se independizaban, aprovechando la educación que se les había otorgado en centros generalmente religiosos y gratuitos, formaban sus propios hogares, se dedicaban al pequeño comercio como tiendas de abarrotes, por ejemplo, y sus descendientes profesionales encontraban oportunidades y becas que dinamizan la movilización ascendente e incluyente, pero aún minoritaria y no integradora y general.

Un tercer ejemplo de estas movilizaciones que a veces abrían y otras cerraban puertas en la estructura social y también se producían fenómenos de desviación en actuaciones antisociales, es lo sucedido con niños que quedaron huérfanos luego del terremoto de Ambato. Muchos niños que no eran huérfanos, mezclados con los que sí lo eran, fueron desplazados por algunas organizaciones religiosas católicas hacia otras provincias, en donde recibían vestido, alimentación, techo, a cambio de desempeñar labores para la organización. Muchos de ellos, separados de sus familias naturales, solo las reencontraron al cabo de años, pero hay otros casos en que el reencuentro jamás se produjo, en una suerte de resignación familiar y de esperanza de que superando la pobreza de los lugares campesinos y remotos lograrían una vida mejor. Algunos de estos huérfanos, y los que no lo eran pero corrieron la misma suerte, encontraron un camino en la vocación religiosa, movilización que les abrió la puerta a un mejor y mayor nivel de vida social, al poder y las ventajas que este otorga; otros se abrieron su propia ruta en el arte, alguno en profesiones

técnicas y también en la dirigencia política de grupos de distintas ideologías, reflejando sus situaciones endógenas descritas en otra parte de este ensayo.

Un cuarto ejemplo, vinculado al primero de los presentados, es el de algunas personas que, abandonando sus pequeños pueblos, llegaron a las ciudades para el servicio doméstico y, ahorrando lo poco que podían, fueron adquiriendo poco a poco algún pequeño solar, primero en su propio pueblo o, si ya rompieron toda vinculación con él, en las zonas perimetrales de las ciudades, muchas veces sin ningún título y, ya en forma por lo menos parasocial por las invasiones, establecerse y, cuando los municipios han legalizado esos terrenos con los servicios básicos, se han instalado por esa movilización en un estrato social mejor, y ahorrando sin pagar impuestos porque nadie los controla en esos niveles, han empezado adquiriendo un pequeño vehículo pesado de transporte, que lo utilizan los hijos convertidos en choferes profesionales, y de allí parten otros proyectos de movilidad, obtienen unidades de transporte mayores y, en algunos casos, se han abierto la puerta a la participación política desde gremios y sindicatos que asociados con los partidos políticos sustentaron alguna forma de base popular de esas organizaciones populistas, tanto las tradicionales como las conservadoras y liberales, y luego el socialismo tradicional y agrupaciones de izquierda inspiradas en la Revolución Cubana, con los intelectuales de mayo del 68 y procesos contradictorios y dialécticos que deben ser interpretados hoy con profunda reflexión.

A pesar de toda esta visión panorámica que aparece como pesimista y sombría, es evidente que, en los años recientes, en un período que abarcaría las cuatro últimas décadas, las concepciones aristocratizantes, tradicionales, como las que entendían como real una burguesía arribista de clase media, añorante de llegar a ser admitida por los aristócratas, y un clero aliado del poder económico de las clases altas, hoy no está vigente, más que en minúsculos espacios y grupos, y la movilidad social ha abandonado y desterrado esas concepciones, aunque existen pequeños focos y mentalidades en individuos aislados que participan de estos trasnochados criterios exclusionistas y clasistas.

6. CONCLUSIONES

En síntesis conclusiva, parece prudente ensayar algunos enunciados que guíen las reflexiones y los posibles progresos de movilización auténtica, real, incluyente:

1. Es preciso a la luz de la antropología y sociología independientes y comprometidas con nuestra realidad, esforzarnos por determinar las formas propias de la sociedad ecuatoriana, manteniendo y redescubriendo, si es necesario, nuestras propias formas nacidas de valores culturales, sociales, familiares,

desde perspectivas religiosas liberadoras y no meramente ritualista-formalista-peregrinista-procesionista, y menos aún, utilizando esos valores como mecanismos perversos de control social, que se amparan en la imagen falsa de un dios castigador, lejano, inalcanzable, tan distinto al Dios Amor Liberador y acompañante del crecimiento realizador humano auténtico.

2. Hay que emprender en una formación de líderes auténticos, que no se alienen ni se vendan a los centros de poder global del gobierno de las sombras, del interior o, más precisamente, del exterior. Necesitamos descubrir líderes genuinos, insobornables, que conduzcan e interpreten los movimientos nacidos de lo esencial de “lo nuestro”.
3. A partir de un estudio serio y responsable de cada uno de los espacios y la relación simbiótica con esa geografía, fomentar la organización y participación social, transparente, desde lo más profundo del ser idiosincrático y no importado, para edificar, desde las comunidades, los barrios y organizaciones populares, desde sus valores esenciales, procesos identificados con su ser real y auténtico, sin aculturaciones nocivas a pretexto de globalización. Esto implica la migración y la movilidad social libre, sin fronteras, pues es una paradoja hablar de una globalización solo en lo económico, excepto en la libertad de la movilidad social extrafronteras, sobre todo hacia los polos de mayor desarrollo en los países del norte.
4. Desarrollar un programa de verdadera educación, no mera instrucción, abandonando las presiones foráneas que intentan imponernos planes y programas educativos extraños a la idiosincrasia de nuestros grupos humanos, intentando imponer objetivos funcionalistas perversos de dominación globalizantes, para volver deficiente la formación, sobre todo en niveles primario y secundario, y con diseños de educación superior, meramente profesionalizantes. Hay que oponerse a tales planes nocivos foráneos, para abrir la sociedad a nuestros reales mecanismos de competitividad por mejor formación, para que la competencia sea posible, con reglas claras para todos, desde una perspectiva de igualdad de oportunidades, e inventando maneras propias; poco a poco, remontar esta endémica corrupción que nos postra y retrasa en el concierto de progreso efectivo de las mejores sociedades contemporáneas. Para este objetivo, hay que desenvolver programas de formación vocacional y estimular una real protección de los grupos vulnerables, como son en especial niños y mujeres, y garantizar un retiro feliz de los ancianos.

7. BIBLIOGRAFÍA

- Aniyar de Castro, Lola,
2009 “Capítulo Criminológico”, en *Revista de las disciplinas del control social*, vol. 37,
No. 3, Maracaibo, Universidad del Zulia, julio-septiembre.
- Antillano, Andrés,
2010 “Capítulo Criminológico”, en *Revista de las disciplinas del control social*, vol. 38,
No. 1, Maracaibo, Universidad del Zulia, enero-marzo.
- Borja Cevallos, Rodrigo,
1998 *Enciclopedia de la política*, México, Fondo de Cultura Económica.
- Flor Vásconez, José Joaquín, s.j.,
2010 *Derechos humanos de la personalidad*, Quito, Jurídica Cevallos.
- Foucault, Michel,
1976 *Vigilar y castigar*, México, Siglo XXI.
- Marías, Julián,
1978 *Introducción a la filosofía*, Barcelona, Ariel.
- Ortega y Gasset, José,
1964 *La rebelión de las masas*, Barcelona, Arquero.
- Renfrew, Jhon W.,
2001 *La agresión y sus causas*, México, Trillas.
- Teilhard de Chardin, Pierre,
1967 *La energía humana*, Madrid, Taurus.
1968 *Ser más*, Madrid, Taurus.
- Williams, Thomas,
2009 *Libertad y valores*, s. l., Programa Cardoner, Documentos Jesuitas.

CONSTITUCIÓN Y TEORÍAS DE LA DEMOCRACIA: UNA APROXIMACIÓN DESDE LOS DERECHOS A LA COMUNICACIÓN

Marco Navas Alvear

1. PREFACIO

Hay personas que con vocación se dedican a enseñar, que logran acumular experiencias y convertirse en excelentes maestros. Esto se relaciona, naturalmente, no solo con socializar tales experiencias y conocimientos acumulados, sino con valores que durante el desarrollo de la cátedra se transmiten. Existen, no obstante, personas que a más de lograr transmitir conocimientos y valores dentro del ámbito de la cátedra, logran a través de su trayectoria de vida y con su ejemplo, trascender el espacio puramente académico. Ese es el caso del doctor Julio César Trujillo, maestro universitario y, más que nada, alguien que a través de una trayectoria pública limpia, de su decisión de luchar por causas democráticas y la defensa de los derechos, y a la vez, de su calidad humana y sencillez, nos ha dejado un ejemplo de vida.

En la esfera académica, el profesor Trujillo ha destacado, sin duda, no solo por la rigurosidad con que ha abordado temáticas relacionadas al Estado y el Derecho, al Derecho Constitucional, Político y Laboral; sino por su actitud crítica e innovadora respecto de cómo enfocar estos temas, todo lo cual ha motivado a varias generaciones de juristas e investigadores sociales.

El presente texto es producto de esas influencias, toma como referentes la idea y la defensa de la idea de democracia, discute y cuestiona cómo se plasma esta en el actual esquema constitucional. Lo hace a partir de problematizar el rol en este esquema de un grupo de derechos constitucionales, los derechos a la comunicación. Discute indirectamente además el rol del Estado como agente de la democracia, también muy presente en la obra de Julio César Trujillo. Tómese, entonces, la discusión que presentamos a continuación como un modesto testimonio de reconocimiento a la trayectoria y al aporte al conocimiento científico del Derecho del doctor Julio César Trujillo.

2. LA COMUNICACIÓN Y SUS DERECHOS EN LA ACTUALIDAD

En sociedades complejas como son las actuales, la comunicación es, sin lugar a dudas, una dimensión central que sirve de plataforma para el desarrollo de las relaciones sociales en distintos campos como la cultura, la política y la economía, entre otros.¹ A la vez, la información, la comunicación y el conocimiento se han convertido en bienes esenciales para el desarrollo de sociedades cada vez más influidas por el factor tecnológico.²

Así, en el contexto del fenómeno denominado como *sociedad de la información y el conocimiento*,³ la importancia del sector de las comunicaciones es creciente. Dos de sus industrias, la de los medios de comunicación masiva y la de las telecomunicaciones se encuentran entre las actividades productivas más destacadas de la economía mundial. A su vez, el valor agregado que estas industrias producen en relación al desarrollo de conocimiento y tecnología es significativo.⁴ Más allá de esto, el creciente desarrollo tecnológico en el campo de las comunicaciones ha cambiado las formas en que las personas interactúan y, en condiciones adecuadas, posee un enorme potencial para mejorar de manera significativa la calidad de vida de millones de personas, especialmente de los sectores marginados de las distintas sociedades; así como para coadyuvar a preservar y desarrollar las distintas culturas. Las comunicaciones son, por lo tanto, áreas estratégicas en el desarrollo de los países.

La importancia de la información y la comunicación se expresa también en el campo de la democracia. Como sistema de convivencia, la democracia necesita de la dimensión de la comunicación, traducida particularmente en una esfera pública activa donde tengan lugar los procesos políticos a la vista y con la participación de los distintos componentes de una sociedad. Procesos que en ocasiones, cuando no existen justamente condiciones adecuadas de comunicación política, estallan de forma entre espontánea e improvisada, a manera de lo que hemos llamado “insurgencias en lo público” (o formas insurgentes de política de la calle)

1. Este trabajo desarrolla en esta sección algunas ideas que el autor ya planteó en el *policy paper*: Marco Navas Alvear, “Fundamentos para desarrollar una Ley de Comunicación, en el contexto actual en Ecuador”, Quito, APC/IMAGINAR, 2009. Disponible en versión electrónica en: [www.imaginar.org/apc/index_archivos/docs/derecho.pdf] (consulta 12.12.2010).
2. Véase Jesús Martín Barbero, “Reconfiguraciones comunicativas de lo público”, en revista *Análisis*, No. 26, Barcelona, UAB, pp. 77, 84-88.
3. Para una caracterización resumida de este fenómeno, véase Marco Navas, *Derechos de la comunicación, una visión ciudadana*, Quito, Abya-Yala / Universidad Andina Simón Bolívar / CEN, 2002.
4. Cfr. OECD, *Science, Technology and Industry Outlook 2008*, OECD, 2009, en: [http://www.oecd.org/dataoecd/19/55/41553412.pdf] (consulta 2.04.2010).

mediadas por el intensivo uso de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC).⁵

Nadie puede asimismo dudar del papel crucial que desempeñan los medios de comunicación, quienes, como operadores destacados de la esfera o dimensión de lo público, inciden fuertemente en los procesos democráticos. Y precisamente, por esta capacidad de influir de parte de los medios de comunicación, es que el debate en torno a las distintos roles que estos actores han asumido en los procesos políticos latinoamericanos se ha convertido en uno de los más actuales y controvertidos de la región en los últimos años. Otro aspecto correlacionado con lo anterior es el que atañe a la democratización de la comunicación, a través del acceso, por un lado, a medios denominados alternativos, ciudadanos, comunitarios o populares; y, por otro, a las TIC. Demanda esta de doble cauce, que ha sido sostenida por importantes sectores de la sociedad civil, en distintos países y en espacios transnacionales.

Esta múltiple importancia de la comunicación (algunos de cuyos aspectos hemos mencionado) ha venido de la mano con el establecimiento de los denominados *derechos a la comunicación*,⁶ a nivel constitucional, en las legislaciones nacionales, así como en varios instrumentos jurídicos internacionales.

En torno a los derechos a la comunicación se ha generado una importante doctrina jurídica así como una permanente reflexión que ha concernido a otras áreas del conocimiento social. Desde el pensamiento jurídico, una línea de reflexión se ha concentrado, desde un enfoque clásico, entre otros grandes temas, en la libertad de expresión y el derecho a la información, y sus conflictos con derechos personales como el derecho al honor y la intimidad. Otras corrientes más renovadoras se han interesado en el debate acerca de la regulación de la comunicación masiva o, bien, en la discusión acerca de la denominación más apropiada para estos derechos, así como en la necesidad de crear nuevos enunciados en materia de comunicación. De allí es que nace justamente la propuesta de denominación integradora que en este texto utilizamos.

No obstante, en el campo del derecho (de manera similar que en la filosofía jurídica o política, o bien de las ciencias políticas) ha existido un menor interés por desarrollar una reflexión teórica que aborde más “en perspectiva” el tema de las vinculaciones entre los derechos a la comunicación y los fundamentos teóricos de

5. Fenómenos como estos los vemos reproducirse a lo largo del planeta, en Europa del Sur (España y Grecia), en Europa del Este (Ucrania), en el Medio Oriente y África (Túnez y Egipto) y, por supuesto, en América Latina (Buenos Aires, 2001; Quito, 2005; Oaxaca, 2006), entre otras. Un abordaje profundo de estas formas de *lo público insurgente* lo realizamos en la publicación que lleva precisamente este título. Véase Marco Navas, *Lo público insurgente, crisis y construcción de la política en la esfera pública*, Quito, CIESPAL / UASB, 2011.
6. Esta denominación, que hemos propuesto como la más integral, comprende al conjunto de derechos fundamentales relativos a esta dimensión social. Cfr. Marco Navas, *Derechos de la comunicación*, Quito, INREDH / Punto de Comunicación / Programa de Derechos Humanos de la Unión Europea, pp. 106-107, 307-317.

los regímenes democráticos, y, más concretamente, una que se ocupe de examinar su rol en ellos.⁷

En el plano del debate político cotidiano, no obstante, el tema del papel que juegan estos derechos en la democracia es intensamente discutido, aunque rodeado de una asfixiante retórica y frecuentemente ausente de argumentos conceptuales que resistan un examen más sistemático y riguroso. Con relación al Ecuador, este asunto se ha vuelto en todo caso central si se considera que la actual Constitución de la República trae importantes innovaciones al respecto y que la reciente Consulta Popular de mayo de 2011 reitera el mandato de promulgar una legislación que proteja los derechos a la comunicación (la así llamada *Ley de Comunicación*).

En razón de estas consideraciones y en función de contribuir desde un enfoque que procura rescatar elementos de la doctrina jurídica y la teoría política, y hacerlos dialogar a fin de ampliar las perspectivas actualmente existentes, este artículo se propone desarrollar una lectura acerca del cuerpo de derechos fundamentales a la comunicación, inscribiéndolos en el contexto del modelo de democracia que, a nuestro juicio, la Carta Fundamental ecuatoriana establece. Al efecto, previamente se mostrará, de manera esquemática, como las perspectivas teóricas que consideramos más relevantes actualmente acerca de la democracia valoran los derechos a la comunicación. Seguidamente, se señalarán algunas implicancias de esas valoraciones, para después centrarnos en la actual Constitución del Ecuador.

Consideramos que este acercamiento que proponemos ayudará a una mejor comprensión global del proyecto de sociedad que fue estructurado a través de esta Constitución, así como a que se realice una tarea interpretativa más integral de los textos constitucionales relativos a la comunicación.

3. DEMOCRACIA Y DERECHOS A LA COMUNICACIÓN, DIFERENTES PERSPECTIVAS

Con la seguridad de que definir la democracia resulta una tarea sumamente compleja, lo que se procurará formular en esta primera parte es una síntesis de las que consideramos sus principales perspectivas interpretativas contemporáneas. Destacaremos en la exposición aquellos elementos que permiten una valoración de los derechos a la comunicación; y más adelante nos valdremos de los presupuestos

7. Como excepciones podemos citar dos trabajos que abordan, aunque no de forma exclusiva, la problemática de esta relación entre derechos a la comunicación y democracia; por un lado, Jürgen Habermas, "Political communication in media society: does democracy still enjoy an epistemic dimension? The impact of normative theory on empirical research", en *Communication Theory*, 16, Londres, Blackwell, 2006. Por otro, el reciente trabajo de Luigi Ferrajoli, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Madrid, Trotta, 2011a, pp. 43-64.

presentados para establecer el rol que cada una de estas perspectivas acerca de la democracia asigna a estos derechos.

La democracia es una forma organizativa y de ejercicio del poder social, que, con variantes, está extendida a nivel mundial. En América Latina, con todas sus dificultades, la forma democrática también se va afianzando en las décadas recientes. Al mismo tiempo que esto sucede se advierte una intensa disputa acerca de la orientación y las formas que una democracia debe y puede adoptar, así como respecto de las tareas que debe afrontar. Tal disputa tiene que ver con dos dimensiones de la democracia. Por un lado, con la dinámica existente entre la institucionalidad con la que se implementa la democracia y la puesta en práctica de esta; y, por otro lado, con los cometidos, o más precisamente con lo que R. Máiz refiere como los “beneficios materiales y simbólicos” que se espera que la democracia produzca.⁸

Al ser este acercamiento que proponemos uno fundamentalmente normativo, en el análisis que vamos a hacer se pondrá un mayor énfasis en los aspectos de diseño e implementación que traen las distintas perspectivas. No obstante, debemos señalar que la relación entre el cómo se construye la democracia y sus contenidos, alcances o beneficios es estrecha tal y como lo podremos mostrar a lo largo del texto. Diríamos, en ese sentido, que lo uno es difícilmente escindible de lo otro.

En consideración a las referidas dimensiones de la democracia (diseño-implementación y cometidos), vamos en adelante a distinguir entre las que denominaremos perspectivas minimalistas y las maximalistas de la democracia.

Perspectivas minimalistas de la democracia

Una primera perspectiva, que durante muchos años dominó el discurso público y el quehacer político latinoamericano,⁹ es la que ve a la democracia básicamente como un sistema de delegación del poder, regido por conjunto procedimientos que permiten la competencia entre distintas fuerzas políticas y que llega a articular un sistema de representación por vía electoral.

De una primera versión conservadora, denominada *elitismo democrático*, que reducía las formas de participación exclusivamente al voto, se ha ido pasando a formas más abiertas pero siempre centradas en la representación como eje del mo-

8. Ramón Máiz, “Democracia participativa. Repensar la democracia como radicalización de la política”, en *Metapolítica*, vol. 5, No. 18, México, Metapolítica, 2001, pp. 72-95.

9. Un ejemplo de su influencia puede verse en el Sistema Interamericano: Así, la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA) establece en su preámbulo que la democracia representativa es “condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región”. Este “ideal de democracia” se plasma más claramente aún en la tan debatida *Carta Democrática Interamericana*.

delo.¹⁰ Esta ligera apertura ha sido la respuesta a los problemas evidenciados por un modelo exclusivamente representativo básicamente en dos aspectos. Por un lado, la participación, que quedaba prácticamente represada; y la representación que empezó a sufrir fisuras relacionadas con la pérdida de legitimidad de la gestión política, la ausencia de rendición de cuentas, y la presencia (o persistencia) de prácticas autoritarias, prebendísticas, corruptas, etc.

En el Ecuador, esta relativa apertura puede notarse en la comparación entre el modelo representativo más estático establecido en la Constitución de 1978 y las innovaciones participativas que la Constitución que le sustituyó en 1998 trajo. Así, mientras la Carta de 1978 (codificada en 1993) en su art. 1 establecía claramente: “El Ecuador es un Estado soberano, [...] Su gobierno es republicano, presidencial, electivo, representativo, responsable y alternativo”; la Carta de 1998 inserta en el esqueleto representativo algunas nuevas instituciones políticas (Título IV “De otras formas de participación política”, Capítulo 2), como la revocatoria del mandato (arts. 109-113), o la misma Consulta Popular (arts. 103-106). Por desgracia tales innovaciones se hallaban sujetas a una serie de limitantes (en forma de requisitos) que las hacían poco practicables.

En definitiva, estas variantes más o menos abiertas pueden agruparse en lo que se ha llamado el modelo liberal representativo de democracia,¹¹ que incorpora al sistema de representación ciertos procedimientos complementarios, que lo vuelven pluralista. A la vez, el énfasis *liberal* se imprime en tanto se establece un sistema de contrapesos, así como en catálogo de derechos (con acento en las libertades) dirigido sobre todo a preservar la autonomía de las voluntades individuales, al tiempo que a limitar a lo mínimo la intervención del Estado en los distintos campos sociales (en la economía, por ejemplo).¹²

Para profundizar en estas perspectivas vamos a acudir a algunas ideas expuestas por Guillermo O’Donnell, quien es uno de los autores que más profundamente ha analizado los procesos de implementación de la democracia y sus problemas

10. Un tratamiento resumido acerca del elitismo democrático y del debate en torno a esta postura pueden encontrarse en Leonardo Avritzer y Boaventura de Souza Santos, “Introducción: para ampliar el canon democrático”, en Boaventura de Souza S., coord., *Democratizar la democracia. Los caminos de la democracia participativa*, México D.F., FCE, 2004; y L. Avritzer, *Democracy and the Public Space in Latin America*, Princeton, Princeton University Press, 2002, Cap. 1.
11. L. Avritzer y B. de Souza Santos, *ibid.*; ver también Jürgen Habermas, *La inclusión del otro, estudios sobre teoría política*, Barcelona, Paidós, 1999, y David Held, *Modelos de democracia*, México D.F., Alianza Editorial, 1991.
12. Nos referimos en este caso a un rasgo genérico de la democracia liberal representativa, no específico del constitucionalismo ecuatoriano. Sin embargo, es pertinente insistir respecto de la Constitución de 1998 que, a nuestro criterio y a pesar de que contenía ya una cláusula del *estado social*, este instrumento mantenía una estructura liberal en la cual se intentó hacer inserciones participativas, así como de nuevos derechos de corte social y colectivo. Justamente, los problemas de esa Carta giraban en torno de las dificultades que se derivaban de estas ambivalencias.

(con atención especial en América Latina). Una de las obras de este autor, que toca específicamente al tema que nos ocupa, es el ensayo “Teoría democrática y política comparada”, que recientemente se ha vuelto a publicar.¹³

En este texto, O’Donnell se ocupa justamente de las relaciones entre la democracia en su versión representativa pluralista, como la designa él, y los derechos a la comunicación, abogando por un examen de las teorías de la democracia, no solamente desde un punto de vista analítico, sino histórico-conceptual y jurídico (O’Donnell, 2007: 24-25). Al efecto, basa su análisis en un concepto de *democracia política* que el denomina *realista*. Este concepto es interesante, precisamente por resultar muy sencillo y funcional en el sentido de que se concentra en los elementos indispensables (mínimos) para la existencia de una democracia. Estos elementos son dos: elecciones limpias y libertades políticas, enmarcados ambos, eso sí, en la existencia de un régimen. Entre las libertades políticas, se halla, además de las de expresión y asociación, la libertad de información. Esto lo indica O’Donnell basándose en la conocida definición estipulativa de Robert Dahl de *poliarquía*.

Queremos destacar la denominación de *libertades* que utiliza el autor. Al respecto, nos interesa dejar anotado un primer punto, que tiene que ver con aclarar, por ejemplo, el lugar que ocupan estas libertades en el conjunto de los derechos a la comunicación. O bien, en el caso más específico de la libertad de información, si se trata de una libertad o cabe hablar de un derecho a la información. Estos aspectos, que tienen que ver precisamente con la visión política sobre los derechos a la comunicación, serán retomados más adelante.

En relación a los dos elementos indispensables ya referidos, O’Donnell hace un señalamiento importante en el sentido de que existiría una relación de causalidad entre estas libertades y las elecciones. Las libertades son concomitantes a las elecciones. No obstante, al contrario de los procesos electorales, se precisa que el régimen de libertades tenga de una vigencia permanente (y plena), de manera que se transformen en condiciones necesarias (aunque no suficientes por sí solas) para garantizar un adecuado desarrollo de esos procesos (2007: 37). Libertades y elecciones deben ser, en consecuencia, partes de un régimen que permite de forma perdurable la institucionalización de las condiciones de la democracia en una sociedad. En tal sentido, ambos elementos forman parte de lo que el autor llama una “apuesta institucionalizada” (37).

Con estos elementos, O’Donnell va perfilando una definición de democracia política, que si bien enfatiza en los dos componentes mencionados, sostiene la necesidad de que estos estén articulados en un régimen, entendido este como la presencia de un ordenamiento o sistema legal desarrollado en función de garantizar la vigencia de los derechos y libertades. Asimismo, como ya fue mencionado, se

13. Guillermo O’Donnell, *Disonancias. Críticas democráticas a la democracia*, Buenos Aires, Prometeo, 2007.

necesita que este régimen cuente con mecanismos de contrapeso, que controlen de manera efectiva el ejercicio del poder, de manera que ninguno de los poderes actúe como “legibus solutus”. Esto implica que ninguno de los poderes (o funciones para el caso ecuatoriano) del Estado, “pueda declararse por encima del sistema legal o exento de las obligaciones que este determina” (37), y pueda así cometer excesos que afecten, por ejemplo, las libertades de comunicación de las personas.

Perspectivas maximalistas

En segundo lugar, podemos ubicar otras perspectivas acerca de la democracia que hemos denominado maximalistas, en cuanto de diversa forma amplían el espectro de la democracia, en referencia tanto a su diseño-implementación, como a sus cometidos y contenidos. Para efectos expositivos, aunque guardan entre sí fuertes nexos, estas perspectivas las presentamos divididas en cuatro variantes: la democracia participativa, la constitucional, la radical y la variante deliberativa.

Democracia participativa

Inspirada en la tradición filosófica del republicanismo,¹⁴ la concepción participativa de la democracia pone énfasis en la base social, o, si se quiere, toma como presupuesto básico una comunidad política que participa continua y responsablemente, de manera de hacer parte de las decisiones que la afectan.

Esta concepción, en sus versiones contemporáneas, nace de la crítica profunda al reduccionismo instrumental de los planteamientos representativos, postulando la necesidad de rescatar la sustancia del proceso democrático y asociándola de esa forma al debate sobre los cometidos de la democracia.¹⁵ En los países occidentales hay actualmente una desafección generalizada con la democracia representativa que toma entre otras la forma de lo que se denomina como *Demokratie-müdigkeit* (fatiga, cansancio, desgano con la democracia). Para el caso de América Latina y en particular del Ecuador, como ha destacado Barrera, “hay evidencia de que [esta crítica o desafección] se trata de un proceso que rebasa el mal desempeño coyuntural de algunos gobiernos”. Lo que se cuestiona es el sistema representativo mismo y, particularmente, como precisa el autor, a “los sistemas de partidos y de los organismos legislativos”.¹⁶

14. Véase Andrew Arato y Jean Cohen, *Civil society and political theory*, Cambridge, MIT Press, 1992.

15. Al respecto véase Carole Pateman, *Participation and Democratic Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 1970; Crawford B. McPherson, *La democracia liberal y su época*, Buenos Aires, Alianza, 1991; L. Avritzer y B. de Souza Santos, “Introducción para ampliar el canon democrático”, y L. Avritzer, *Democracy and the Public Space in Latin America*.

16. Cfr. Augusto Barrera, “La participación en el debate político y constitucional actual”, en *Cuadernos del Diálogo*, No. 3, Quito, Ecuador Dialoga, 2007, p. 15.

En todo caso, con las múltiples variantes que pueda tener esta otra visión de la democracia; en ella, la condición fundamental es la participación política de los ciudadanos. Entiéndase esto no solo por medio del voto, sino también de otras formas más directas de compartir el poder. Estas formas, a su vez, no son vistas como meros aditamentos al modelo representativo sino como elementos fundamentales del diseño democrático.

La debilidad de las concepciones participativas ha radicado en llegar a concretar formas viables, institucionalizadas y sostenibles de participación. A pesar de esto, es en la práctica social donde se han venido desarrollando novedosas “tradiciones participativas”.¹⁷ Estas han ido cubriendo no solamente las dimensiones de la consulta y el debate sobre diversos problemas públicos, sino que crecientemente han venido abarcando lo que es la rendición de cuentas (*accountability*). Más aún, estas prácticas se dirigen cada vez más a disputar la toma misma de decisiones.¹⁸

Estas experiencias se han reproducido en diversos ámbitos y particularmente en las esferas locales. En ese sentido, el rol desempeñado por diversas expresiones de la sociedad civil, como los movimientos sociales, en cuanto a la formulación pública de demandas de *reconocimiento* y *redistribución* sobre diversos bienes sociales,¹⁹ ha sido muy relevante en cuanto a redimensionar la implementación de la democracia, en particular en sociedades altamente desiguales.²⁰

Queda claro que una concepción de democracia participativa, planteada con las ‘coordenadas’ que hemos tratado de sintetizar, está unida con la comunicación. Esta vez no solamente se trata de garantizar los procesos electorales, sino de fortalecer todas las formas arriba descritas de participación que se producen precisamente, gracias a diversas formas de comunicación. De allí que, desde una *visión participacionista*, lo que se requiere es una formulación reforzada de los derechos a la comunicación para favorecer la participación. Pero, a la vez, se trata de que la participación se extienda en la dimensión de la comunicación (Pomeroy, 2008). Este segundo aspecto se relaciona de forma particular con la protección del

17. Cfr. Leonardo Avritzer y Boaventura Souza Santos, “Introducción: para ampliar el canon democrático”.
18. Según señala Melissa Pomeroy, “la etiqueta de la democracia participativa corre el riesgo de perder todo su significado si se reduce a procesos de debate y consulta”, por eso hay que enfatizar en que “lo importante reside en las decisiones”, en “Democracia participativa, más allá de la etiqueta”. (Colectivo Política en Red, *Repensar la política*, Barcelona, Icaria / TNI, p. 32).
19. Sobre este tema ver el debate que desarrollan Nancy Fraser y Axel Honneth, *Redistribution or recognition?*, Londres, Verso, 2003.
20. Las movilizaciones y luchas sociales han impulsado un cambio en el carácter del Estado, que ha pasado a ‘juridificar’ muchas de estas necesidades o demandas, pasando a adquirir un carácter de estado social de derecho. El mismo tema de la comunicación es un ejemplo de cómo la acción de los movimientos, colectivos sociales y activistas de derechos han logrado levantar una demanda por el derecho a la comunicación, que se consagra ya en el proceso constituyente del año 1997, que produjo justamente una Constitución donde se establecía por primera vez la cláusula del estado social de derecho.

espacio institucionalizado donde circula actualmente la comunicación. Me refiero específicamente al ámbito de los medios masivos de comunicación y los procesos de producción de la información y, consecuentemente, a la importancia de un derecho a la información que no sea visto meramente como una libertad individual sino como un derecho social. Igualmente esto plantea la necesidad de nuevos derechos específicos a la comunicación, como el acceso a los medios, a las tecnologías, a formas de debate desde las diferencias, etc.

Democracia constitucional

La visión que denominaremos como democracia constitucional asocia a la idea de democracia, además de un conjunto de procedimientos para expresar la voluntad de las mayorías, la presencia, sobre todo, de un cuerpo de derechos fundamentales (y de valores detrás de ellos) que le dan a esta forma política una dimensión sustancial.

Al contrario de la democracia participativa que se plantea fundamentalmente desde la filosofía y la ciencia política, la democracia constitucional se plantea desde una posición normativa. Esta postura está fuertemente influida por el constitucionalismo y especialmente por el así llamado neoconstitucionalismo²¹ y ha sido desarrollada en su forma más sistemática, entre otros autores, por Luigi Ferrajoli.²² Partiendo de la crítica a las visiones minimalistas de la democracia, centradas en los procedimientos, el filósofo italiano sostiene que en los estados constitucionales de derecho, la democracia se encarna en unos derechos fundamentales. Estos operan como límites y como vínculos de contenido de las decisiones del poder estatal emanado de la voluntad mayoritaria e inclusive de las decisiones directas provenientes de esa misma voluntad.

Estos derechos (libertades, derechos sociales y otros derechos fundamentales), como expectativas sociales a realizar, conforman pues una dimensión sustancial, que resulta intocable. Puesto que sobre esta dimensión ni aun la voluntad de

21. Nos referimos aquí al movimiento constitucional surgido luego de la experiencia de la Segunda Guerra Mundial en Europa y más al grupo de constituciones latinoamericanas desarrolladas desde la década de los noventa, con un alto contenido de normas sustantivas que condicionan la actuación del Estado y características de rigidez que permiten su proyección en el tiempo, entre otros grandes rasgos distintivos. Tal movimiento está acompañado por un desarrollo doctrinario importante en torno al valor de la Constitución y a la relectura desde ella del Estado de Derecho. Véase al respecto Rubén Martínez Dalmau y Roberto Viciano, "Aspectos generales del constitucionalismo latinoamericano", en Fernando Ávila Linzán, edit., *Política, justicia y Constitución*, Quito, Centro de Estudios Corte Constitucional de Transición, 2011, pp. 207-236. Véase también Miguel Carbonell, edit., *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, y Pedro Salazar Ugarte, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM / FCE, 2006.
22. Véase, sobre todo, Luigi Ferrajoli, *Poderes salvajes...*, pp. 21-42, y *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, I y II, Madrid, Trotta, 2011b.

las mayorías puede decidir, el autor la ha denominado “esfera de lo indecible”. La observancia de esos contenidos constitucionales es así fuente fundamental de legitimidad democrática.

Esta idea de democracia constitucional resulta importante para la tarea de ubicar el “lugar” de los derechos a la comunicación dentro del modelo o programa que establece la Constitución ecuatoriana. A diferencia de las concepciones minimalistas, los derechos no serían solo prerequisites (o como O’Donnell las llamaba: *condiciones necesarias*) para que opere la democracia. Según esta concepción estos son parte de consustancial de ella. Luego, los derechos a la comunicación no se refieren, pues, solamente a los contenidos concretos que cada uno tutela: la libertad de expresión, el acceso universal a las TIC o la rectificación de informaciones erróneas, entre otros ejemplos, es decir, derechos que permitan realizar la democracia, sino que ellos se los vería además como mecanismos centrales de tutela del proceso mismo de toma de decisiones, o sea del procedimiento democrático; precisamente para precautelar que esas formas de tomar decisiones sean democráticas.

Democracia radical

Una tercera variante maximalista es la que denominaremos como democracia radical. El término *radical* se deriva de la palabra latina *radix*, es decir, raíz. En consecuencia, hablar de democracia radical supone una búsqueda de la raíz de la democracia. Esto se ha tomado a su vez, en dos sentidos. Se ha asociado por un lado, con formas directas de democracia y, por otro, con formas más profundas (revolucionarias) de cambio. No obstante, en la actualidad, la acepción democracia radical alude más en un paradigma en construcción, que abarca varias posturas en torno a la profundización de la democracia en sociedades altamente complejas. En ese sentido, toma cierta distancia, por ejemplo, del uso que Marx le dio al término radical para describir las formas de democracia directa emergentes en la Comuna de París,²³ aunque no por esto deja de recuperar críticamente varios elementos ‘emancipadores’ del planeamiento marxista.

Así como en el caso de las experiencias de participación, el paradigma en construcción de la democracia radical se alimenta de un debate, donde se articulan, en el sentido de Freire,²⁴ diversas reflexiones y, al mismo tiempo, las prácticas y ex-

23. Cfr. Karl Marx, “Der Bürgerkrieg in Frankreich“, en K. Marx y F. Engels, *Werke*, t. 17, Berlín, DDR, 1962, pp. 313-365. Disponibles en: [<http://marxists.catbull.com/deutsch/archiv/marx-engels/1871/05/burfrndx.htm>], [<http://www.marxists.org/espanol/m-e/1870s/gefran/index.htm>] (Consulta: 2011-02-02). Véase también James Bohman, *Public deliberation: Pluralism, Complexity and Democracy*, Cambridge, MIT Press, 1996, p. 10.

24. Nos referimos a la dinámica concomitante entre investigación (o reflexión en este caso) y acción que el pedagogo brasileño defendía. Cfr. Paulo Freire, “Criando métodos de pesquisas e alternativas: aprendendo a fazer melhor através da ação”, en Carlos R. Brandao, *Pesquisa participante*, Sao Paulo, Brasiliense, 1981.

perencias derivadas de variados procesos de movilización social. Esto transforma a este debate en uno complejo y diverso. Por tal razón, y a efectos del presente texto, proponemos establecer a grandes rasgos los que consideramos los contenidos principales (y comunes) del debate en torno a este paradigma.²⁵

En primer lugar, se hace énfasis en la acción de profundización, basada en el ejercicio de la crítica continua. De manera que lo que se propone es ‘democratizar la democracia’ a través de un cuestionamiento sistemático a cómo esta se está desarrollando. En este proceso se contempla, por cierto, no solamente la participación de los operadores normativos (jueces, por ejemplo) que en la perspectiva de la democracia constitucional cumplen un rol central, sino de todos los ciudadanos y ciudadanas, que activamente intervienen.

En segundo lugar, se comprende que el ámbito de acción de la democracia debe ser extendido en distintas esferas sociales que muchas veces se traslapan, desde lo global o mundial hasta lo local y lo cotidiano.

En tercer lugar, la democracia radical se basa en la experiencia de la diversidad profundizada. De manera que promueve la incorporación de esta en sus distintas dimensiones, diversidad de culturas, biodiversidad, demodiversidad (o sea, varias formas de entender y practicar la democracia), entre otras posibles.

Cuarto, utiliza un enfoque constructivista y un método experimental, por cuanto, al no haber una forma modélica de democracia (una receta a aplicar), el desafío radica precisamente en armar un modelo que sea adecuado a cada realidad histórica.²⁶ No obstante que tal proceso de construcción debe contemplar la pluralidad y complejidad de cada sociedad, se reconoce a la vez la necesidad de mantener unos mínimos comunicativos y valorativos. Uno de esos valores es, por ejemplo, la dignidad que se coloca como presupuesto de las interacciones y centro de ese proceso democrático.

La democracia en su variante radical demanda entonces un cuerpo de derechos a la comunicación que a través de distintas variantes, actúen protegiendo los potenciales de una ciudadanía compleja y radicalizada.

25. Estos los sintetizamos a partir de los trabajos de algunos autores como James Bohman, *Public deliberation: Pluralism, Complexity and Democracy*, Cambridge, MIT Press, 1996; Chantal Mouffe, *El retorno de lo político, comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical*, Barcelona, Paidós, 1999; Boaventura de Souza Santos, *Democratizar la democracia. Los caminos de la democracia participativa; Renovar la teoría crítica y reinventar la emancipación social (encuentros en Buenos Aires)*, Buenos Aires, CLACSO, 2006; “Globalización y democracia”, *Archipiélago*, No. 73-74, 2007, pp. 111-125; Ángel Calle, *Nuevos movimientos globales. Hacia la radicalidad democrática*, Madrid, Editorial Popular, 2005; y Wilson García, “Boaventura de Souza Santos: Bolivia, el Laboratorio de la Demodiversidad”, s.f., en [www.constituyentesoberana.org/3/destacados/122008/011208_1.pdf] (Consulta: 2.04.2010).

26. Por este motivo, los procesos constituyentes se vuelven más complejos de manejar. Los casos recientes de Ecuador y Bolivia se sitúan claramente en ese contexto. Así, por ejemplo, sobre el punto de la complejidad en el caso boliviano, véase Almut Schilling-Vacaflo, *Recht als umkämpftes Terrain. Die neue Verfassung und indigene Völker in Bolivien*, Baden-Baden, Nomos-Verlag, 2010.

Democracia deliberativa

La tercera variante maximalista que presentamos es la de la así llamada democracia deliberativa. Uno de los exponentes centrales de esta perspectiva es Jürgen Habermas.²⁷ El modelo de democracia que Habermas propone se basa en procesos de comunicación y, más concretamente, en las deliberaciones, es decir en el uso público de la razón a efectos de generar discusiones (intercambios argumentales) sobre problemas públicos. Como parte del esquema el autor se refiere a los “derechos de participación y comunicación”.²⁸ Como los presenta, estos derechos se transforman no solamente en condiciones necesarias para los procesos electorales, o para institucionalizar distintos mecanismos de participación o potenciales ciudadanos. Estos derechos protegen la misma existencia del modelo democrático.

Así pues, la innovación que introduce Habermas es localizar la democracia en los procesos comunicativos, más que en los mecanismos de representación y los procedimientos del sistema político, o bien en la soberanía popular detentada por la sociedad. Estado y sociedad son dos componentes de este modelo político deliberativo (*deliberative Politik*), que se encuentran en una dimensión intermedia, la así llamada *politische Öffentlichkeit*, que ha sido traducida como esfera pública (o simplemente como la dimensión de lo público).

En esta dimensión de lo público²⁹ es donde se produce esta permanente comunicación (poder comunicativo) que es la que le otorga legitimidad democrática al Estado, en la medida de que este salvaguarda “un proceso inclusivo de la formación de la voluntad común” (Habermas, 1999: 234; también Lösch, 2005: III 2.3).

27. Además del pensador alemán, podemos citar entre otros autores que desarrollan un trabajo sistemático y propositivo sobre la democracia deliberativa a Leonardo Avritzer, *Democracy and the Public Space in Latin America*; James Bohman, *Public deliberation: Pluralism, Complexity and Democracy*, y del mismo autor: “La democracia deliberativa y sus críticos”, en revista *Metapolítica*, vol. 4, México, abril/junio 2000, pp. 48-57. También Bettina Lösch, *Deliberative Politik. Moderne Konzeptionen von Öffentlichkeit, Demokratie und politischer Partizipation*, Münster, Verlag Westfälisches Dampfboot, 2005.
28. Véase Jürgen Habermas, “Political communication in media society...”, p. 412, y *La inclusión del otro, estudios sobre teoría política*, Barcelona, Paidós, 1999, pp. 234-235.
29. En la realidad, hoy más que nunca, lo público se presenta como una dimensión muy compleja y diversa. Para poder distinguir mejor la diversidad de formas, maneras y actores que puede tomar la dimensión de lo público, la clasificación en tres grandes ámbitos que el mismo Habermas ha esbozado resulta útil. El ámbito más general sería la *esfera pública abstracta* donde operan los medios de comunicación masiva. Aquí la comunicación es masificada, sacándola de los contextos más cercanos, a la vez que se crea asimétricamente, un público virtual de espectadores. Un segundo ámbito es el de los espacios públicos organizados, como serían por ejemplo: los partidos políticos, los grupos de interés o los movimientos sociales. Finalmente están los públicos episódicos, que aluden a los intercambios cotidianos, cara a cara, poco organizados, relativamente efímeros, en pequeños espacios. Cfr. Habermas, “Political communication in media society...”, pp. 415-417.

Habermas, en este sentido, como O'Donnell, se refiere a la necesidad de un diseño institucional (o régimen) que garantice en el tiempo la democracia. Este diseño lo divide en tres dimensiones: primera, la de la autonomía privada de los ciudadanos; segunda, la de ciudadanía democrática, es decir, la inclusión de ciudadanos libres e iguales en la comunidad política; y tercera, la de una esfera pública independiente, que funciona, como ya señalamos, como un sistema de intermediación entre el estado y la sociedad (Habermas, 2006: 412).

Van a ser la segunda y tercera de estas dimensiones aquellas en las cuales los derechos a la comunicación alcanzan un papel central y específico al proteger la generación de ese poder comunicativo, a través de la garantía a los distintos y mutuamente implicantes procesos que se dan en ellas, por ejemplo, los procesos de consulta previa o rendición de cuentas.

En ese sentido, resulta crucial, además, proteger la autonomía de la esfera pública, que es el medioambiente donde se produce ese poder comunicativo que legitima el sistema político. La estructura de poder (económico y político) de la esfera pública, ha insistido Habermas, “puede distorsionar la dinámica de comunicación masiva e interferir con el presupuesto normativo de que las cuestiones relevantes, la información necesaria y las contribuciones adecuadas [entiéndase debates] sean movilizadas” (2006: 418 –traducción nuestra–). Estas distorsiones en el contexto de sociedades mediatizadas como las contemporáneas se concentran muchas veces en los sectores de los medios de comunicación masiva y de las telecomunicaciones. De allí la especial necesidad de regularlos adecuadamente, en función, como se dijo, de preservarlos de las distorsiones.

El planteamiento de la democracia deliberativa en la versión formulada por Habermas (*deliberative Politik*), de acuerdo a lo expuesto, es el que consideramos resulta más completo a efectos de profundizar en nuestro análisis posterior. En particular, porque esta formulación engloba de alguna manera en las tres dimensiones del régimen, a los elementos centrales de las variantes participativa, constitucional y radical, situándolos en una dimensión dinámica (e incluso da cabida a los básicos de la democracia representativa).

4. LAS IMPLICACIONES DE LAS VALORACIONES DEMOCRÁTICAS DE LOS DERECHOS A COMUNICAR

Se han revisado, a grandes rasgos y de manera muy sintética, los postulados de distintos modelos de democracia y, sobre todo, el papel que los derechos a la comunicación desempeñarían en cada uno de ellos. Tanto las posturas minimalistas como las maximalistas reconocen el importante rol de estos derechos; sin embargo, entre ellas no solo existe una diferencia cuantitativa (más o menos derechos) sino cualitativa en la forma en que cada postura incorpora y sobre todo valora estos derechos.

En cuanto a la cantidad de derechos. En el caso del modelo representativo se habla de dos libertades, la de expresión y la de información, como grandes conceptos centrales. En el caso de las visiones maximalistas (y vamos a tomar la versión que a nuestro criterio es la más desarrollada teóricamente –la deliberativa–) se habla de derechos a la comunicación y participación, como conjuntos interdependientes que abarcan varios derechos específicos.

En relación a la manera de incorporar los derechos desde ambas grandes perspectivas se marca una diferencia cualitativa. Mientras en el minimalismo se asocia la aplicación y efectividad de los derechos con procedimientos interpretativos de tipo formal,³⁰ que permitan actualizar los derechos, las posturas maximalistas incorporan otras formas más amplias de argumentación y deliberación sobre los alcances de estos. Pero sobre todo, inscritas en el marco de lo que Barrera ha denominado como “una fuerte tendencia de innovación institucional en la perspectiva de recuperar para la sociedad atributos de cohesión social, inclusión y sentidos de pertenencia” (2007: 17), estas posturas promueven procesos más radicales de cambio normativo para producir un renovado cuerpo de derechos o darles a los derechos nuevos alcances. La importancia de estos derechos es además mayor, no siendo, como mencionamos ya, meros prerequisites para que la democracia opere sino parte consustancial e imprescindible del régimen.

Los procesos constitucionales que en América Latina se han dado en las últimas dos décadas marcan, en ese sentido, no solo la diferencia en cuanto a una forma más contundente y sistemática de incorporación de distintos derechos a comunicar, sino que son a la vez en sí mismos la expresión de una fuerte demanda por ampliar el modelo de democracia representativa. En ese sentido, procesos constituyentes como los de Brasil 1987-8, Colombia 1990-1 (iniciado informal y participativamente en 1990, a través de la iniciativa social de la ‘séptima papeleta’), Venezuela 1998-9, Ecuador 1997-8, 2007-8 y Bolivia 2008-9, han contado con la participación activa de diversos actores sociales, que entre otros temas han empujado el de la comunicación. A la vez, estos procesos han consagrado cruciales transformaciones en los modelos de democracia que se están actualmente implementando.

En el caso ecuatoriano, la Constitución de 2008 consagra un nuevo modelo de democracia presidido por la definición del Ecuador como un *Estado Constitucional de Derechos y Justicia* (art. 1, inc. 1).³¹ En este modelo, a los mecanismos

30. Ver en este sentido el planteamiento que desarrolla Robert Alexy, “Idee und Struktur eines vernünftigen Rechtssystems”, en R. Alexy et al., eds., *Rechts- und Sozialphilosophie in Deutschland heute*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Stuttgart, F. Steiner, 1991, pp. 30-44.

31. Sobre este punto, véase Ramiro Ávila S., “Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia”, en R. Ávila, edit., *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp. 19-38.

representativos se integra al mismo nivel y fuertemente varias otras instituciones y formas propias de las perspectivas maximalistas que hemos examinado.³²

5. LOS CONTENIDOS CONSTITUCIONALES EN MATERIA DE COMUNICACIÓN Y SUS ALCANCES

Por lo expuesto y para seguir profundizando en estos aspectos, es importante examinar la forma en que la actual Constitución de la República del Ecuador (CRE) incorpora los derechos a la comunicación. Al efecto, proponemos a continuación un esquema en donde se ensaya una clasificación de doble criterio. Por un lado, de acuerdo al carácter más general o específico de cada uno de los derechos; y, por otro, de acuerdo a la naturaleza sustantiva o procedimental de los numerosos enunciados normativos en materia de comunicación.

Conceptos centrales

Como parte de los derechos articuladores del *sumak kawsay* o ‘buen vivir’, *el derecho fundamental a la Comunicación*, se establece en el art. 16 de la Constitución, numerales 1 y 4: “Todas las personas en forma individual o colectiva, tienen derecho a: 1. Una comunicación libre, intercultural, incluyente, diversa y participativa [...]. 4. “El acceso y uso de todas las formas de comunicación visual, auditiva, sensorial [...]”. Este es el presupuesto macrocomprensivo alrededor del cual se articulan las demás disposiciones en esta materia.

Derechos específicos

Solamente para efectos analíticos hemos integrado los distintos derechos específicos en tres grupos en función del énfasis que cada uno pone en proteger una dimensión del proceso democrático o bien a sujetos específicos del mismo.

- a) Un primer grupo de disposiciones específicas que se articula en el corpus que denominamos derechos de la comunicación es el que comprende las clásicas libertades, de opinión, de expresión, el derecho de rectificación y el derecho a la protección de datos personales (art. 66. 6, 7, 19 CRE), normas que se ubican entre lo que Habermas (como mencionamos ya) refería como dimensión

32. Véanse los trabajos de Carlos Castro Riera, “Valoración jurídico-política de la Constitución de 2008”, pp. 111-132, y Albert Noguera F., “Participación, Función Electoral y Función de Control y Transparencia Social”, p. 133-157, en Ramiro Ávila, Agustín Grijalva y Rubén Martínez D., eds., *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Quito, MJDH / Tribunal Constitucional, 2008.

de la autonomía individual y la de construcción de una ciudadanía en cuanto relación comunicativa.

- b) Un segundo grupo de disposiciones serían aquellas relacionadas con los procesos de la dimensión de construcción de ciudadanía, participación y deliberación política; entre otros: El art. 16.2., que se establece el “acceso universal a las tecnologías de información y comunicación”. El numeral 3 del mismo artículo, que garantiza la “creación de medios de comunicación social”. El 5, que reconoce el derecho a “integrar los espacios de participación previstos en la Constitución en el campo de la comunicación”. Los arts. 17 y 18 se refieren, por un lado, a las condiciones de la participación a través de la esfera pública mediática; y, por otro, al derecho a la información y más específicamente el derecho de acceso a la información pública y de interés público, respectivamente. El art. 23, que contempla el derecho “de participación y acceso al espacio público”. Así mismo tenemos los derechos de participación, los que en el esquema constitucional actual se hallan estrechamente relacionados con los de la comunicación. Así, por ejemplo, aquellos establecidos en el art. 61 que se refiere a los derechos de participación o el derecho a la resistencia, reconocido por el art. 98 de la Carta.
- c) Un tercer grupo se refiere a numerosas normas especiales respecto de derechos a la comunicación a favor de sujetos sociales específicos, tendentes a favorecer sus *potenciales deliberativos*. Este es el caso de los arts. 45 al 50 de la CRE, referentes a los derechos a comunicar y garantías de niñas, niños y adolescentes, los arts. 47 y 53 sobre los derechos a comunicar y garantías de personas con discapacidad; o el art. 57.21 que prevé el derecho a comunicar de las comunidades, pueblos y nacionalidades”.

Garantías y mecanismos institucionales

Se refiere a las garantías que respaldan el efectivo ejercicio de los derechos, así como las disposiciones constitucionales que permiten la estructuración de una institucionalidad propia en materia de comunicación y mecanismos de garantía de tipo administrativo que deben implementarse a través de normativa secundaria y políticas públicas.

- a) En cuanto a las garantías judiciales a los derechos, podemos mencionar, la Acción de Protección (art. 88 CRE) y, más específicamente, la Acción de Acceso a la Información Pública (art. 91 CRE), el hábeas data (art. 92 CRE) e incluso estarían disponibles la Acción por Incumplimiento (art. 93) y la Acción Extraordinaria de Protección (art. 94).
- b) En relación a la institucionalidad, se encuentra quizá la mayor novedad que la Carta Fundamental de 2008 establece. Como parte del “Régimen Del Buen Vivir”, el art. 340, instituye el Sistema Nacional de Inclusión y Equidad So-

cial uno de cuyos componentes es el *Sistema de la Comunicación*, previsto en cambio, en el art. 384. Esta última disposición crea tal ‘Sistema’ para asegurar: “el ejercicio de los derechos de la comunicación, la información y la libertad de expresión”, y fortalecer “la participación ciudadana”. Más allá de esta misión garantista, no queda, sin embargo, claro el rol institucional que este “Sistema” (más propiamente debería llamarse, subsistema del sistema de Inclusión y Equidad del “Buen Vivir”) tenga. El segundo inciso de este artículo (384 CRE), que debía precisar el rol institucional de este ‘Sistema’, lamentablemente es bastante confuso al respecto.³³

- c) Estas disposiciones constitucionales se complementan con el mandato establecido en la transitoria primera de la Carta política que en su numeral cuatro dispone expedir una *Ley de Comunicación*. Es relevante mencionar también el resultado aprobatorio a la pregunta de la Consulta Popular del 7 de mayo de 2011, que insiste en la expedición de la referida Ley al tiempo que manda la creación por su intermedio de una institución nueva a la que denomina “Consejo de Regulación” de contenidos.³⁴
- d) Para terminar, además del “Sistema”, encontramos también un variado conjunto de disposiciones garantistas, regadas en varias secciones del texto constitucional, entre las que podemos mencionar: los principios de participación-deliberación, recogidos en el art. 95; las formas de organización colectiva del art. 96; las instancias participativo-deliberativas previstas por el art. 100,

- 33. Dice así esta norma: “El sistema se conformará por las instituciones y actores de carácter público, las políticas y la normativa; y los actores privados, ciudadanos y comunitarios que se integren voluntariamente a él. El Estado formulará la política pública de comunicación, con respeto irrestricto de la libertad de expresión y de los derechos de la comunicación consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos. La ley definirá su organización, funcionamiento y las formas de participación ciudadana”. El citado texto se refiere no al Sistema solamente sino al Estado (hay dos sujetos en el inciso). Habla así de la conformación del Sistema y remite a la Ley su estructuración, pero es al Estado a quien le asigna la competencia de formular las políticas públicas. Se debería entender a pesar de la farragosa redacción, que el “Sistema” tiene una función coordinadora en materia de aseguramiento de los derechos a la comunicación.
- 34. Se dispone específicamente que en la Ley de Comunicación se contemple un Consejo de Regulación “que regule la difusión de contenidos en la televisión, radio y publicaciones de prensa escrita que contengan mensajes de violencia, explícitamente sexuales o discriminatorios, y que establezca criterios de responsabilidad ulterior de los comunicadores o de los medios emisores” (Pregunta 9 Consulta Popular del 7 de mayo de 2011). Sobre las competencias de esta entidad y su correspondencia con la función general de tutela de los derechos fundamentales a la comunicación que la Ley debe tener, está por verse de qué forma concretamente la Asamblea Legislativa procede a legislar. Cabe solamente mencionar que en ningún caso el diseño y cometidos de esta entidad pueden orientarse de manera restrictiva hacia una función meramente controladora sino que debería concebirse como una entidad básicamente productora de políticas públicas en materia de comunicación social. De lo contrario a pesar de provenir de una decisión mayoritaria, el sentido que pudiese darle el legislador contravendría eventualmente el espíritu de la Constitución, aquella parte que Ferrajoli ha denominado “indecible” (Cfr. *Poderes salvajes...*).

numerales 1 al 5; la creación de la Función de Participación y del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (art. 208 CRE). Asimismo, los arts. 312, referido a la Desvinculación de medios-entidades financieras, y 313, que establece al de las telecomunicaciones y el espectro radioeléctrico, como sectores estratégicos; así como las disposiciones Transitorias, vigésimo cuarta, relativa a la “Auditoría” de concesión de frecuencias y la vigésimo novena acerca de la desvinculación banca-medios de comunicación.

6. LOS DERECHOS DE LA COMUNICACIÓN EN LA PERSPECTIVA DEL MODELO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, REFLEXIONES FINALES

Con estas reflexiones hemos procurado contribuir a una comprensión más sistemática e integral del conjunto de derechos y disposiciones constitucionales en materia de comunicación. En ese sentido, hemos buscado situar este corpus de derechos en el contexto del modelo de democracia establecido en la actual Ley Fundamental ecuatoriana. Para concluir, ahora queremos destacar los siguientes puntos.

En relación al modelo de democracia, puede decirse que el *derecho fundamental a la comunicación* (núcleo del corpus que hemos denominado *derechos a la comunicación*) funciona como un *derecho eje*,³⁵ en cuanto permite el ejercicio de otros derechos y constituye una de las bases articuladoras del Régimen del Buen Vivir. Así, cada una de las dimensiones del Buen Vivir se hallan cruzadas por los derechos a la comunicación en una suerte de transversalidad respecto del sistema constitucional.

Por otro lado, los derechos a comunicar son necesarios para garantizar los derechos de libertad, los derechos políticos, los derechos de la naturaleza, los de protección, los de los grupos vulnerables, las distintas garantías, las responsabilidades ciudadanas y en general todo el esquema de derechos fundamentales que establece la actual Constitución. Asimismo, la presencia de estos derechos legitima y permite un desarrollo democrático de la administración en diversos ámbitos de competencia y aspectos, tales como la planificación, la ejecución de las diversas políticas públicas y la rendición de cuentas.

En segundo lugar, es necesario destacar (igualmente desde una perspectiva sistémica) que en el esquema constitucional ecuatoriano se advierte una especial imbricación entre los derechos a la comunicación y los derechos a la participación. Ambos corpus se transforman, a la vez, en puntales y al mismo tiempo en mecanismos de implementación de un modelo nuevo de democracia que la Constitución establece. A nuestro criterio y basados en las reflexiones expuestas, este modelo de

35. Marco Navas Alvear, *Derechos de la comunicación, una visión ciudadana*, p. 45.

democracia puede caracterizarse desde una perspectiva de la teoría democrática sobre todo como deliberativo, pues si bien combina mecanismos representativos con formas de participación, lo hace justamente a partir de “un proceso permanente de construcción del poder ciudadano” (art. 95 CRE), vale decir, en términos habermasianos, de construcción del “poder comunicativo”.

Por otro lado, la realización de los derechos a la comunicación requiere que la profusa (y por momentos reiterativa) normativa constitucional se traduzca en un desarrollo a nivel legislativo y de políticas públicas. Esta tarea deberá responder, de acuerdo a lo señalado antes, a criterios sistémicamente coherentes, tanto con los principios del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, como con el carácter deliberativo del régimen democrático. Ello supone el desafío de compaginar dos lógicas de protección jurídica, la que preserva la autonomía de los sujetos y la que entra a regular las condiciones y medios para el desarrollo de los procesos deliberativos. Sujetos de derechos y objetos protegidos deben ser incorporados en una normativa clara y racional, que potencie los derechos y, al mismo tiempo, evite conflictos normativos y problemas regulatorios que pueden terminar deslegitimándola y convirtiéndola en ineficaz.³⁶

De igual manera, consideramos que dado este carácter deliberativo que sostenemos posee el modelo democrático constitucional ecuatoriano, la tutela y labor de creación y recreación de los derechos a la comunicación (en realidad de todos los derechos fundamentales) no le corresponde en ningún caso solamente a los jueces (allí tomamos distancia de las posturas garantistas). No hay necesariamente centralidad o protagonismo aunque si deben definirse bien los papeles. Se trataría pues de un proceso creativo, en clave de permanente discusión pública por todos los sujetos involucrados (o sea toda la ciudadanía individual y colectivamente considerada).

Se necesita asimismo que la institucionalidad creada para garantizar estos derechos tenga un diseño adecuado, de manera que haga nada más de facilitadora de los procesos que se generan socialmente en una esfera pública autónoma tanto de los poderes políticos, como de los grandes intereses particulares que pueden intentar controlarla. Tal diseño supone la presencia de mecanismos específicos tendentes

36. Habermas advierte sobre estos peligros de deslegitimación e ineficacia de las normas que se derivan de una Constitución, los que si no se evitan conducirían a la deslegitimación del mismo sistema democrático. En ese sentido, siguiendo la fórmula del *Regulatorische Trilemma* (trilema regulatorio) de Günther Teubner, Habermas ubica estos (potenciales) problemas regulatorios en tres ámbitos: a) una regulación que se vuelve irrelevante cuando no responde a la realidad; b) una regulación excesiva que produce efectos desintegradores en el campo que pretende regular (regulación en falso); y c) una regulación ambiciosa que sobrecargue de obligaciones que no podrá cumplir al sistema jurídico (autodestrucción). Véase Jürgen Habermas, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Barcelona, Trotta, 1998, pp. 467-8; y Günther Teubner, “Reflexives Recht: Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive”, en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, No. 68, Stuttgart, F. Steiner, 1982, pp. 13-58.

a evitar distorsiones de desempeño de esas nuevas *instituciones facilitadoras*, entre otras, “nuevas formas de clientelismo, burocratización, instrumentalización [...] silenciamiento o manipulación de los espacios participativos”, tal y como advierte Boaventura de Souza Santos.³⁷

Como están planteados en la Constitución de la República del Ecuador, los derechos a la comunicación expresan claramente el sentido de la democracia como un proyecto en permanente construcción, deliberativo, compartido y aprehendido por todos.

7. BIBLIOGRAFÍA

Alexy, Robert,

1991 “Idee und Struktur eines vernünftigen Rechtssystems“, en R. Alexy *et al.*, edits., *Rechts- und Sozialphilosophie in Deutschland heute, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Stuttgart, F. Steiner.

Arato, Andrew, y Jean Cohen,

1992 *Civil society and political theory*, Cambridge, MIT Press.

Ávila S., Ramiro,

2008 “Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia”, en R. Ávila, edit., *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Avritzer, Leonardo, y Boaventura de Souza Santos,

2004 “Introducción: para ampliar el canon democrático”, en B. de Souza S., coord., *Democratizar la democracia: los caminos de la democracia participativa*, México D.F., FCE.

Avritzer, Leonardo,

2002 *Democracy and the Public Space in Latin America*, Princeton, Princeton University Press.

Barrera, Augusto,

2007 “La participación en el debate político y constitucional actual”, en *Cuadernos del Diálogo*, No. 3, Quito, Ecuador Dialoga.

Bohman, James,

1996 *Public deliberation: pluralism, complexity and democracy*, Cambridge, MIT Press.

2000 “La democracia deliberativa y sus críticos”, en revista *Metapolítica*, vol. 4, México, Metapolítica, abril/junio.

Castro Riera, Carlos,

2008 “Valoración jurídico-política de la Constitución de 2008”, en R. Ávila S., A. Grijalva y R. Martínez Dalmau, edits., *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia, Tribunal Constitucional.

37. Citado por Pomeroy, “Democracia participativa, más allá de la etiqueta”, pp. 32-33.

- Calle, Ángel,
2005 *Nuevos movimientos globales. Hacia la radicalidad democrática*, Madrid, Editorial Popular.
- Carbonell, Miguel, edit.,
2003 *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta.
- Dahl, Robert,
1971 *Poliarchy. Participation and Opposition*, New Haven, Yale University Press.
- De Souza Santos, Boaventura,
2004 *Reinventar la democracia, transformar el estado*, Quito, ILDIS-FES / Abya-Yala.
2006 *Renovar la teoría crítica y reinventar la emancipación social (encuentros en Buenos Aires)*, Buenos Aires, CLACSO.
- 2007 “Globalización y democracia”, en *Archipiélago*, No. 73-74, s.l.
- Ferrajoli, Luigi,
2011a *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Madrid, Trotta.
2011b *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, vol. I y II, Madrid, Trotta.
- Fraser, Nancy, y Axel Honneth,
2003 *Redistribution or recognition?* Londres, Verso.
- Freire, Paulo,
1981 “Criando métodos de pesquisas e alternativas: aprendendo a fazer melhor através da ação”, en Carlos R. Brandao, edit., *Pesquisa participante*, Sao Paulo, Brasiliense.
- García M., Wilson,
“Boaventura de Souza Santos: Bolivia, el laboratorio de la demodiversidad”, en: [www.constituyentesoberana.org/3/destacados/122008/011208_1.pdf]. (Consulta: 2.04.2010).
- Habermas, Jürgen,
1998 *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Barcelona, Trotta.
- 1999 *La inclusión del otro, estudios sobre teoría política*, Barcelona, Paidós.
- 2006 “Political communication in media society: does democracy still enjoy an epistemic dimension? The impact of normative theory on empirical research”, en *Communication Theory*, 16, Londres, Blackwell.
- Held, David,
1991 *Modelos de democracia*, México D. F., Alianza Editorial.
- Lösch, Bettina,
2005 *Deliberative Politik. Moderne Konzeptionen von Öffentlichkeit, Demokratie und politischer Partizipation*, Münster, Verlag Westfälisches Dampfboot.
- Máiz, Ramón,
2001 “Democracia participativa. Repensar la democracia como radicalización de la política”, en *Metapolítica*, vol. 5, núm. 18, México, Metapolítica.
- Martín Barbero, Jesus,
2001 “Reconfiguraciones comunicativas de lo público”, en *Revista Análisis*, No. 26, Barcelona, UAB.
- Martínez Dalmau, Rubén, y Roberto Viciano,
2011 “Aspectos generales del constitucionalismo latinoamericano”, en Fernando Ávila Linzán, edit., *Política, justicia y Constitución*, Quito, Centro de Estudios Corte Constitucional de Transición.

Marx, Karl,

1962 “Der Bürgerkrieg in Frankreich”, en K. Marx y F. Engels, *Werke*, t. 17, Berlín, DDR. Disponibles en: [<http://marxists.catbull.com/deutsch/archiv/marx-engels/1871/05/burfrndx.htm>], [<http://www.marxists.org/espanol/m-e/1870s/gcfran/index.htm>]. (Consulta: 2011-02-02).

McPherson, Crawford,

1991 *La democracia liberal y su época*, Buenos Aires, Alianza.

Mouffe, Chantal,

1999 *El retorno de lo político, comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical*, Barcelona, Paidós.

Navas Alvear, Marco,

2002 *Derechos de la comunicación, una visión ciudadana*, Quito, Abya-Yala / Universidad Andina Simón Bolívar / CEN.

2005 *Derechos de la Comunicación*, Quito, INREDH / Punto de Comunicación / Programa de Derechos Humanos de la Unión Europea, 2a. ed.

2009 “Fundamentos para desarrollar una Ley de Comunicación, en el contexto actual en Ecuador”, *Policy paper*, Quito, APC/IMAGINAR. Disponible en [www.imaginar.org/apc/index_archivos/docs/derecho.pdf]. (Consulta: 12.04.2010).

Noguera F., Albert,

2008 “Participación, Función Electoral y Función de Control y Transparencia Social”, en R. Ávila, A. Grijalva y R. Martínez, eds., *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Tribunal Constitucional.

O'Donnell, Guillermo,

2007 *Disonancias. Críticas democráticas a la democracia*, Buenos Aires, Prometeo.

Pateman, Carole,

1970 *Participation and Democratic Theory*, Cambridge, Cambridge University Press.

Pomeroy, Melissa,

2008 “Democracia participativa, más allá de la etiqueta”, en *Repensar la política*, Barcelona, Icaria / TNI.

Salazar Ugarte, Pedro,

2006 *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM / FCE.

Schilling-Vacaflor, Almut,

2010 *Recht als umkämpftes Terrain. Die neue Verfassung und indigene Völker in Bolivien*, Baden-Baden, Nomos-Verlag.

Teubner, Günther,

1982 “Reflexives Recht: Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive”, en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, No. 68, Stuttgart, Franz Steiner Verlag.

III

PLURALISMO JURÍDICO

¿CÓMO RECONOCER AL DERECHO INDÍGENA CUANDO LO VEMOS? HART Y DWORKIN EN SARAYAKU¹

Mario Melo Cevallos

1. SISTEMA JURÍDICO ORDINARIO Y SISTEMAS JURÍDICOS PROPIOS

Tanto el Convenio 169 de la OIT como las Constituciones ecuatorianas de 1998 y 2008 reconocen que los pueblos indígenas tienen sus propias formas para reprimir los delitos cometidos por sus miembros,² normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario³ e incluso que sus autoridades ejercen funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial.⁴

Se ha reconocido, en definitiva, la coexistencia de varios sistemas jurídicos que se aplican simultáneamente en la misma jurisdicción territorial en donde un

1. Al escoger este título para el presente artículo, reconozco y valoro el trabajo del profesor Diego López Medina por contrastar los debates teóricos con la rica realidad de nuestras latitudes.
2. Artículo 9.
1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados ocurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros (Convenio 169 de la OIT).
3. Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional (artículo 191 de la Constitución Política de la República aprobada en 1998).
4. Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria (art. 171 de la Constitución de la República del Ecuador aprobada en 2008).

Estado como el Ecuador ejerce soberanía; el sistema jurídico de uso general, promovido por el Estado y en el cual él mismo encuentra su legitimidad, al cual en este trabajo identificaremos como sistema jurídico ordinario, sin detenernos a discutir sobre la exactitud del término, y los sistemas jurídicos propios de los pueblos indígenas.

Dichos sistemas jurídicos propios están compuestos, como todos los sistemas jurídicos del mundo, de normas que rigen la actuación de las personas y las instituciones, con base en las cuales las autoridades declaran derechos y atribuyen responsabilidades. Consecuentemente, cada sistema jurídico propio supone la existencia de una jurisdicción indígena, encargada de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en virtud de las normas que lo conforman.

El Estado tiene el deber de garantizar que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas y la ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria (art. 171 Constitución de la República del Ecuador).

De conformidad a la Constitución vigente en el Ecuador, las normas y procedimientos propios que aplican las autoridades de los pueblos indígenas no deben ser contrarios a la Constitución y a los Derechos Humanos reconocidos en los instrumentos internacionales y las decisiones de esas autoridades están sujetas a control de constitucionalidad (art. 171 Constitución de la República del Ecuador).

Queda claro que, existiendo una pluralidad de sistemas jurídicos en el Ecuador, hay necesidad de compatibilizarlos, tanto en el nivel de las normas que los conforman como en el de las decisiones jurisdiccionales que las aplican a casos concretos.

Sin embargo, compatibilizar sistemas disímiles no es tarea fácil. El sistema jurídico ordinario y los sistemas jurídicos propios de los pueblos indígenas tienen evidentes y radicales diferencias. Así, por nombrar algunas, el primero está compuesto mayoritariamente por normas escritas y los segundos por normas consuetudinarias mayoritariamente no escritas. En el primero el proceso de creación de normas está claramente reglado, habiéndose establecido mediante disposiciones expresas en la Constitución y la ley los roles y atribuciones que ejercen en dicho proceso diferentes autoridades y sectores de la ciudadanía, mientras que en los segundos las normas se han venido creando, desde tiempos ancestrales hasta la actualidad, mediante procedimientos diversos, muchas veces no previstos pero no por ello menos legítimos.

Entonces, compatibilizar los sistemas jurídicos pasa por la operación de identificar cuáles son las normas y procedimientos propios de los pueblos indígenas que les sirven para solucionar sus conflictos internos.

Tratándose los sistemas jurídicos propios, en general, de sistemas no escritos, la identificación de las normas y procedimientos aplicables a un caso concreto no es tarea sencilla. Sin embargo, hacerlo es imprescindible tanto para garantizar que las decisiones que una comunidad indígena respecto de un caso dado no resulten

de reacciones arbitrarias y tumultuarias, como para posibilitar una eventual evaluación posterior de la actuación de las autoridades encargadas de la aplicación de los sistemas jurídicos propios, habida cuenta que de acuerdo a la Constitución ecuatoriana dichas actuaciones están sujetas a control de constitucionalidad.

Con seguridad, el ejercicio cotidiano de la jurisdicción indígena en las diversas comunidades ecuatorianas está lleno de preguntas respecto a cuál es el derecho aplicable a las diversas situaciones de la vida social sobre las que debe pronunciarse.

Los casos que se someten a conocimiento de los jueces ancestrales, como sucede en todas las jurisdicciones del mundo, son situaciones no exentas de dramatismo, cargadas de intereses y subjetividades de los involucrados, sometidas al escrutinio del conjunto de la comunidad, observadas por autoridades externas y ajenas que a menudo miran con desconfianza y desprecio los usos y costumbre del mundo indígena y, además, muchas veces son cubiertas por medios de comunicación masivos ávidos de imágenes de castigos espectaculares. En esas condiciones, resulta crucial que las decisiones que adopten las justicias ancestrales sean impecables en el sentido de que se fundamenten sólidamente en su derecho propio, así como que sean defendibles desde la perspectiva de los derechos humanos.

Sarayaku ejerciendo jurisdicción indígena

Sarayaku es un pueblo originario de la Amazonía Ecuatoriana conocido por su férrea posición de resistencia al ingreso de la actividad petrolera en su territorio. Desde 2003 viene llevando a delante un proceso ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en contra del Estado ecuatoriano por el ingreso arbitrario, inconsulto y violento que realizaron a su territorio, trabajadores petroleros de la empresa transnacional CGC y soldados en 2002 y 2003. Es, por tanto, un pueblo indígena que ha sabido acoger las herramientas que le ofrece el Sistema Jurídico Ordinario, específicamente el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, para defender su territorio de agresiones externas.

Sin embargo, los jueces ancestrales del Tayjasaruta, Gobierno Tradicional de Sarayaku, ejercen su jurisdicción para resolver conflictos internos de la comunidad.

A inicios de 2010, personas lideradas por un miembro de Sarayaku que desde hace veinticinco años habita en la ciudad de Puyo y que en los años del conflicto con la petrolera CGC trabajó para esa empresa como relacionador comunitario, ocuparon un área dentro del territorio legalmente titulado a favor de Sarayaku, conformaron una comunidad a la que llamaron Kutukachi, construyeron una pista para avionetas y entraron en relación con la empresa petrolera AGIP dentro de cuya concesión se encuentra el área en cuestión. Todo esto contra específicas disposiciones tomadas por la Asamblea del Pueblo de Sarayaku.

Luego de varias advertencias, los jueces ancestrales realizaron un juzgamiento público, con la comparecencia de los encausados y de autoridades estatales, a los promotores y ejecutores de la ocupación de la zona de Kutukachi, habiéndolos condenado

a expulsión del Pueblo y pérdida de sus derechos como miembros de Sarayaku. También se dispuso el desalojo del área ocupada por la supuesta comunidad de Kutukachi, para el cumplimiento de lo cual se ofició a la Policía Nacional. El Comandante de Policía de la Provincia se negó a cumplir lo dispuesto por los jueces ancestrales, ante lo cual el Tayjasaruta decidió proceder al desalojo con miembros del mismo Pueblo. El desalojo se cumplió, pese a que la gente de Kutukachi, advertidos de la intención de desalojarlos, dispararon y lanzaron explosivos contra gente de Sarayaku, hiriendo gravemente a dos de ellos. Cumplido el desalojo, se destruyeron las casas que habían sido ya abandonadas en Kutukachi.

Estos hechos generaron intensos debates a nivel local habida cuenta que, habiéndose constituido Sarayaku en un referente de defensa de derechos humanos a nivel nacional e internacional, pareciera paradójico que hayan tomado decisiones que implicaron el desalojo y destrucción de viviendas y la expulsión y desarraigo de todos quienes ocuparon el área de la supuesta comunidad de Kutukachi, incluyendo adultos, ancianos y niños, varones y mujeres. Los cuestionamientos atacaron la legitimidad de las decisiones aduciendo la no existencia de ley previa al juzgamiento y sanción, el no reconocimiento de la jurisdicción de los jueces ancestrales y la violación de derechos humanos. Si bien no se han interpuesto acciones de control de constitucionalidad, el caso de Kutukachi fue recogido por el Estado ecuatoriano en su alegato en la Audiencia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro del Caso Sarayaku,⁵ para pretender mostrar a Sarayaku como una comunidad violenta, arbitraria y violadora de derechos.

2. HART Y LA REGLA DE RECONOCIMIENTO

Cómo reconocer si la norma aplicada a un caso concreto forma o no parte del ordenamiento jurídico dentro del cual se está resolviendo un caso, es asunto que preocupa a los juristas y operadores de justicia en todo el mundo. La necesidad de tener claridades respecto a cuáles son las normas de que disponen los jueces para solucionar los casos que se someten a su jurisdicción resulta capital especialmente para aquellos que adscriben en mayor o menor medida al positivismo jurídico, para quienes la actividad del juez no va más allá de aplicar al caso las normas vigentes dentro del ordenamiento jurídico.

La doctrina de la regla de reconocimiento no solo permitió H. L. A. Hart sustentar una respuesta a la pregunta con la que comenzamos esta apartado, sino que incluso llega a plantear que la existencia de una regla de reconocimiento sirve de fundamento a un sistema jurídico “[...] en términos de una situación social más compleja, en la que se acepta y utiliza una regla secundaria de reconocimiento para

5. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. CDH-12.465/064. Audiencia pública 6 y 7 de julio de 2011.

la identificación de reglas primarias de obligación. En esta situación mejor que en ninguna otra, se puede decir que se dan los fundamentos de un sistema jurídico”.⁶

En otras palabras, para Hart no es concebible un sistema jurídico sin regla de reconocimiento. Si una norma pueda ser tenida como parte o no del sistema, en un caso sí y en otro no, de acuerdo a criterios arbitrarios no sujetos a reglas, no estamos frente a un sistema jurídico sino a un sistema aleatorio de control social o de resolución de conflictos. Entonces, los pueblos indígenas tienen sistemas jurídicos en la medida en que los casos se resuelvan de acuerdo a normas identificables, aunque estas no sean escritas o ni siquiera expresas.

Esta doctrina presupone que es posible identificar el derecho vigente en una sociedad a partir de un parámetro independiente de la moral. Dicho parámetro estaría vinculado con el *pedigree* o linaje de la norma, entendido como tal su conformidad con las normas ubicadas en un nivel más alto de la pirámide jurídica. La Constitución, dentro de esta estructura jerárquica, es el criterio supremo de validez, en los sistemas jurídicos que tienen Constitución, claro está. La regla de reconocimiento, en dichos sistemas, es aquella que concede validez a la Constitución y que puede ser definida sencillamente como “lo que la Constitución dice es derecho”.⁷

Al respecto, no debemos dejar de diferenciar dos situaciones: en primer lugar, la regla de que los pueblos indígenas podrán solucionar sus conflictos internos mediante su derecho propio es parte del Sistema Jurídico Ordinario, toda vez que la Constitución, que constituye el criterio supremo de validez de dicho Sistema, así lo establece. De igual manera, la Constitución sirve como criterio supremo de validez para definir qué decisiones de las jurisdicciones propias de los pueblos indígenas que aplican su derecho propio, son recibidas por el Sistema Jurídico Ordinario en tanto su contenido es compatible con los preceptos constitucionales.

En segundo lugar, debemos considerar que la Constitución no sirve, en cambio, como criterio supremo de validez respecto a las normas que forman parte del derecho propio de los pueblos indígenas pues ella misma es un instrumento extraño a dicho derecho.

En los sistemas jurídicos propios de los pueblos indígenas, que no tienen constituciones escritas, no han establecido con claridad una jerarquización de sus normas y cuyos procedimientos de formación de normas no están, en general, reglados, los parámetros que constituyen la regla de reconocimiento deben ser, por un lado, múltiples y de compleja definición, y, por otro, difícilmente estarán divorciados de contenido morales vigentes en cada una de las sociedades indígenas.

Qué llevó a Sarayaku a adoptar un conjunto de decisiones en el caso Kutukachi que llevarían a un desalojo violento, la destrucción de viviendas y la expulsión

6. Véase H. L. A. Hart, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1968, 2a. ed.

7. Para Hart esta regla no requería ser expresa “sino que su existencia se muestra en la manera en que las reglas particulares son identificadas, ya por los tribunales u otros funcionarios, ya por los súbditos o sus consejeros...”. *Ibid.*, p. 127.

del territorio y pérdida de derechos de un grupo de personas. ¿Fue la aplicación de su sistema jurídico propio, por tanto de normas válidas dentro de dicho sistema que dotan de legitimidad al ejercicio de la violencia y a la restricción de derechos de los condenados? De ser así, ¿cuál es la regla que nos permite reconocer si las normas aplicadas en el caso efectivamente forman parte del derecho propio de Sarayaku?

Las mismas preguntas pueden hacerse frente a las frecuentes ocasiones en las que comunidades indígenas alto-andinas ajustician a un infractor; lo desnudan, lo azotan, lo ortigan y lo bañan al tiempo que le reprenden y aconsejan en público y muchas veces ante las cámaras de tv. En varios de estos casos, los cuestionamientos a la validez de los procedimientos y de las sanciones se han fundado en el equívoco de utilizar como criterio supremo de validez a la Constitución, instrumento extraño a esos sistemas.

3. LOS PRINCIPIOS Y DWORKIN

Sarayaku reflexiona sobre su justicia propia

Preocupados por desarrollar de mejor manera su justicia indígena, el Tajaruta convocó a los jueces ancestrales de su pueblo, ancianos, ancianas y otras personas relevantes de su comunidad a un taller de reflexión.⁸ La metodología del taller partía de cuatro casos diferentes entre sí, que si bien eran hipotéticos, recogían diversas situaciones que se han producido en comunidades amazónicas. Los participantes del taller, todos pertenecientes al pueblo, se dividieron aleatoriamente en cuatro grupos y cada grupo resolvió un caso, con su propio criterio y sin asesoría o intervención de nadie.

La manera en que se solucionaron los casos fue excelente y merece un análisis que sobrepasa el objeto de este trabajo. Sin embargo, resulta pertinente aportar al análisis propuesto en este artículo, algunas de las reflexiones finales recogidas en la plenaria del taller:

1. En la cultura de Sarayaku se castiga al culpable. En eso los participantes encontraron diferencias con otras culturas indígenas en las cuales el castigo, siendo visto como una curación o un beneficio, se comparte con otras personas distintas a los culpables, para que lo aprovechen. Por ejemplo los hermanos del niño que comete una falta o los dirigentes que no han cometido faltas pero que comparten el castigo con los que sí las cometieron.

8. El taller realizado los días 6 y 7 de septiembre de 2011 en Sarayaku Centro contó con la facilitación del equipo de Fundación Pachamama.

2. En todos los casos la resolución estuvo orientada a solucionar los conflictos, recomponer las relaciones, reparar los daños. El castigo es un elemento que aporta a la solución del problema.
3. Los culpables fueron condenados a sufrir castigos tradicionales en todos los casos, en los casos más graves se les condenó además a castigos estatutarios severos (suspensión de los derechos de miembros del Pueblo por dos años) y en todos los casos asumieron compromisos reparatorios.
4. Los castigos tradicionales son corporales, pero su carácter es esencialmente simbólico y ritual. Todos son vistos como medios terapéuticos. Siempre van precedidos o acompañados de consejos públicos. Los participantes fueron muy críticos de la manera de sancionar de comunidades que “asumen y utilizan el látigo y la humillación pública que era la forma colonial de castigar”.
5. Los juzgamientos son asamblearios, contradictorios y las decisiones son tomadas por consenso. Es obligatorio someterse a juzgamiento. Los remisos pueden ser compelidos por la fuerza a comparecer ante los jueces ancestrales o ser condenados en ausencia.

El principal aporte de Dworkin en el famoso debate sostenido con H. L. A. Hart a mediados del siglo XX, fueron el cuestionamiento a la rígida división propuesta por Hart y otros positivistas, entre derecho y moral y, correlativamente, el énfasis que puso en los principios como integradores de los sistemas jurídicos y como parámetros que permiten a los jueces identificar las normas válidas para ser aplicadas a un caso.

Encuentra límites en la doctrina de la regla de reconocimiento⁹ y propone que “los principios son decisivos y que ellos forman la regla de reconocimiento de nuestro derecho”.¹⁰ En otras palabras, una norma pertenece al ordenamiento jurídico de una comunidad si es conforme con el conjunto de principios derivados de “la moralidad política presupuesta por las instituciones reconocidas en la comunidad”.¹¹ Esto porque para Dworkin, el derecho, al contrario de lo sostenido por el positivismo, no es conceptualmente independiente de la moral.

9. “La regla maestra, dice Hart, señala la transformación de una sociedad primitiva en una sociedad de derecho, porque proporciona un criterio para la determinación de las normas sociales de derecho que no se reduce a evaluar su aceptación. Pero si la regla maestra se limita a decir que cualquier otra regla que la sociedad acepte como jurídicamente obligatoria lo es jurídicamente obligatoria, entonces no proporciona prueba alguna, aparte de la que deberíamos usar si no hubiera regla maestra”, en Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel Derecho, p. 97.

10. *Ibid.*

11. *Ibid.*

Aplicando los criterios de Dworkin a la pregunta que nos ocupa, respecto a que si las decisiones tomadas por los jueces ancestrales en un caso dado, responden a normas válidas dentro de su Sistema Jurídico Propio, la respuesta debe remitirnos a los principios que mejor describen la “moral política” que mueve a sus instituciones.

Los jueces ancestrales de Sarayaku toman decisiones en el caso Kutukachi (recuadro 1) que implican el ejercicio legítimo de la violencia y la restricción e incluso supresión legítimas del goce de derechos a personas declaradas culpables de faltas atroces contra el Pueblo. La legitimidad jurídica de estas decisiones se basa en la aplicación del derecho propio de Sarayaku. Sabemos que las decisiones adoptadas aplican el Sistema Jurídico Propio de Sarayaku, en la medida en que han sido adoptadas por la institucionalidad del pueblo (los jueces ancestrales del Tayjasaruta) con base en las reglas y los principios que mejor reflejan la moralidad política que la anima.

Así, la defensa del territorio, al que la cosmovisión del pueblo de Sarayaku atribuye carácter sagrado *kawsay sacha* (selva viva), base fundamental de la supervivencia del Pueblo y de su cultural, hábitat de los seres espirituales que conservan y nutren el equilibrio natural del universo, es un valor fundamental e indiscutible en la moral comunitaria, que ha inspirado el posicionamiento político de rechazo a la imposición de la actividad petrolera en su territorio, expresada en reiterados pronunciamiento de la máxima instancia de decisión del pueblo que es su Asamblea y en las actuaciones realizadas ante la Corte Interamericana dentro del caso *Sarayaku vs. Ecuador*.

Consecuentes con estos valores, las decisiones adoptadas penalizan faltas de especial gravedad: la secesión de parte de su territorio a favor de una comunidad recién conformada con el evidente propósito de posibilitar el ingreso de una empresa petrolera y recibir beneficios por dicha actividad. Al hacerlo aplican principios, como el de “defensa del territorio”, que puede no estar escrito explícitamente en ningún texto institucional de Sarayaku, pero cuya existencia es indudable y se expresa en los posicionamientos político-institucionales del Pueblo. Dicho principio puede definirse al menos con los siguientes elementos: “La defensa del territorio es la principal prioridad del Gobierno Tradicional de Sarayaku, Tayjasaruta. Cualquier atentado contra el territorio será reprimido y sancionado. El Pueblo entero está comprometido con la defensa territorial”.

Las reglas y principios que adopten las autoridades del Pueblo con base en este principio son normas y procedimientos válidos dentro del Sistema Jurídico Propio de Sarayaku, porque expresan la moralidad vigente en el Pueblo, en este momento de su Historia.

Otros principios y reglas forman parte del Sistema Jurídico Propio de Sarayaku, como los mencionados en el recuadro 2, y les sirve a sus jueces ancestrales para resolver los casos que se presentan en la vida cotidiana de la comunidad.

Todos ellos son válidos dentro de su ordenamiento jurídico, por cuanto reflejan la moralidad que mueve a la comunidad y sus instituciones.

Los principios, entonces, ofrecen la salida al laberinto en que el positivismo nos inducía a entrar en la búsqueda de las normas legítimas de los sistemas jurídicos propios de los pueblos indígenas.

4. PLURALISMO O MONISMO

La posibilidad prevista en la Constitución de que las decisiones de la justicia indígena sean sometidas al Control de Constitucionalidad de la Corte Constitucional es para nada pacífica.

Se evidencia una severa contradicción: el art. 171 de la Constitución consagra el pluralismo jurídico cuando reconoce la existencia de sistemas jurídicos propios de los pueblos indígenas que coexisten con el Sistema Jurídico Ordinario. Reconoce que esos sistemas son diferentes e independientes uno de otro, al punto que hay necesidad de coordinar y cooperar entre las jurisdicciones indígenas y ordinaria.

Sin embargo, al someter las decisiones de la justicia indígena a control por parte de jueces propios del Sistema Jurídico Ordinario, más aún respecto de su conformidad con la Constitución, criterio supremo de validez de dicho sistema, parece volver al monismo, es decir a considerar que en el fondo hay solo un sistema jurídico, el Ordinario, del que forma parte un conjunto de subsistemas subordinados que usan, casi como una anomalía, normas y procedimientos distintos a los de uso común en el resto del Sistema que, por cierto, tampoco pueden separarse de lo previsto en la Constitución, norma fundamental del Sistema Jurídico Ordinario.

Sin embargo, en la realidad eso no es así. Los sistemas jurídicos propios de los pueblos indígenas existen desde antes de la existencia del Estado, de las Constituciones y del Sistema Jurídico Ordinario. Su existencia y validez ni se originan ni dependen de su reconocimiento constitucional. Su funcionamiento es y ha sido independiente del Sistema Jurídico Ordinario, aún cuando autoridades de ese sistema se hayan pronunciado sobre la validez o no, para su sistema, de algunas de las decisiones de la justicia indígena.¹²

La tarea de control impuesta a la Corte Constitucional sobre la justicia indígena no puede ser, entonces, más compleja. Implica admitir o no la validez en el Sistema Jurídico Ordinario de decisiones adoptadas por jueces de otro sistema jurídico, con base en la aplicación de normas de ese otro sistema, contrastando tales decisiones con la Constitución, norma fundamental del Sistema Jurídico Ordinario.

12. Véase Bolívar Beltrán, *Desde la continuidad histórica, reconstruyendo la jurisprudencia indígena*, Quito, Fundación Lianas, 2010.

Una aplicación chata de la Constitución podría llevar a que la Corte Constitucional derogue sistemáticamente cuanta resolución de la justicia indígena llegue a su conocimiento por inconstitucionalidades de fondo o de forma (solo por mencionar un tema, el principio de legalidad, siendo propio del Derecho Penal ordinario no está incorporado en el derecho propio de los pueblos indígenas).

Eso llevaría a un paulatino decline de la jurisdicciones propias a favor de la jurisdicción ordinaria o, por lo contrario, a su enclaustramiento en el seno de las comunidades, manteniéndose ocultas, casi clandestinas, como en los tiempos de la colonia. En ambos escenarios la pérdida es evidente en relación a los afanes de construcción del Estado Plurinacional proclamados por el Ecuador en la Constitución de Montecristi.

Entonces, los principios pueden acudir a solucionar el entuerto. Precisamente el “principio de plurinacionalidad”, derivado de la definición del Estado Ecuatoriano como plurinacional y multicultural que hace el artículo 1 de la Constitución puede orientar a los jueces constitucionales a autocontenerse frente a la pretensión de cualquier interesado en echar abajo decisiones de la justicia indígena. Dicho principio reconoce que el Ecuador incorpora en su seno diversas nacionalidades y pueblos, con sus propias culturas, sus propios derechos y sus propias jurisdicciones. Pero lo más importante de este principio es que reconoce que esa incorporación es en pie de igualdad, sin subordinaciones ni imposiciones. Sin descalificaciones al diferente. Sin colonialismo.

Los derechos humanos, entonces, no son un límite impuesto a la justicia indígena, sino su continente.

5. BIBLIOGRAFÍA

- Beltrán, Bolívar,
2010 *Desde la continuidad histórica, reconstruyendo la Jurisprudencia Indígena*, Quito, Fundación Lianas.
- Dworkin, Ronald,
2002 *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel Derecho.
- Espinosa, Carlos, y Danilo Caicedo, eds.,
2009 *Derechos ancestrales. Justicia en contextos plurinacionales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Hart, H. L. A.,
1968 *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- López Medina, Diego,
2009 *Teoría impura del derecho*, Bogotá, Universidad de los Andes / LEGIS / Universidad Nacional de Colombia.
- Rodríguez, César,
2008 “Teoría del Derecho y Decisión Judicial”, en *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores / Universidad de los Andes.

EXPERIENCIAS DE COORDINACIÓN Y COOPERACIÓN FORMAL DE LA JUSTICIA ORDINARIA CON LOS SISTEMAS JURÍDICOS INDÍGENAS EN EL ECUADOR

Raúl Llasag Fernández

1. INTRODUCCIÓN

La Constitución de la República del Ecuador, al reconocer las facultades jurisdiccionales a las autoridades de los colectivos indígenas, establece algunas obligaciones para el Estado ecuatoriano, entre ellas: la de garantizar que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas; la obligación de establecer mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y ordinaria. En este ensayo intentaremos realizar un análisis de esta última a partir de dos prácticas o intentos de coordinación formal, esto es, a partir de la creación de las fiscalías indígenas y la ley de cooperación y coordinación, para ello planteamos una interrogante: ¿qué nivel de coordinación y cooperación formal se está generando en el país, de fortalecimiento mutuo o de colonización?

En la primera parte trataremos de analizar el significado de coordinación y cooperación; en la segunda parte, revisaremos los elementos indispensables a tomar en cuenta para realizar cualquier cooperación y coordinación; en la tercera intentaremos analizar las experiencias de coordinación y cooperación formal desarrollados en el Ecuador: fiscalía indígena y proyecto de ley de coordinación y cooperación; finalmente aterrizaremos en algunas conclusiones.

2. COORDINACIÓN Y COOPERACIÓN

La Constitución de 1998, al reconocer la jurisdicción especial indígena, establecía la necesidad de contar con una ley que haga compatibles las funciones de la justicia indígena con las del sistema judicial nacional.¹ La compatibilización se

1. Constitución Política de 1998, artículo 191, inciso final.

entendía como sinónimo de similitud o uniformidad de los sistemas jurídicos. Por esta razón, la Constitución de la República del Ecuador de 2008 dice que la ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.²

La compatibilización está pensada a partir de la subordinación de la jurisdicción indígena a la justicia ordinaria, bajo la idea de inferioridad de la primera; en cambio, la coordinación y cooperación está pensada bajo el principio de igualdad de sistemas jurídicos. Si partimos de la idea de igualdad, los diferentes sistemas jurídicos no se superponen, ni se subordinan, sino se dialogan y en ese diálogo de iguales se coordinan y cooperan.

Por tanto, la coordinación y cooperación tiene por objetivo la no vulneración de la autonomía legislativa y jurisdiccional reconocida a favor de los colectivos indígenas. Por ello, se exige el respeto en igualdad de condiciones, imponiendo el deber del diálogo de interlegalidades, que permita conocer las diferentes visiones y concepciones de las justicias indígenas, y en ese conocimiento mutuo permitirá acuerdos y los acuerdos obviamente implican compromisos de cambio.

La vulneración de la autonomía legislativa y jurisdiccional se produce básicamente por el desconocimiento de la justicia indígena, que conlleva a la imposición de visiones ajenas a los colectivos indígenas. Por ello, la comprensión sobre la coordinación y la cooperación debe ser amplia, que se genera en el diario actuar de los sistemas jurídicos, ya sea vía políticas públicas, jurisprudencia, legislativa, etc. Por tanto, no es solamente materia de una ley e inclusive una ley puede ser un obstáculo para el nivel de coordinación y cooperación planteado, como el caso de Bolivia con la Ley de Deslinde de Jurisdicciones, que formalmente ha eliminado a la justicia indígena, limitando materialmente a casos que no estén tipificados en la ley. En consecuencia, la coordinación y cooperación se pueden dar en contextos formales e informales, los mismos que pueden fortalecerse mutuamente o subordinar una sobre otra.

Justamente bajo esos principios, la coordinación y cooperación en la práctica deben darse de distintas maneras, como ya lo ha venido realizando la jurisdicción indígena con la justicia ordinaria, por ejemplo, cuando el infractor no es miembro de la comunidad sino un mestizo, la autoridad indígena lo que normalmente realizan es reparar el daño y remitir al infractor a la justicia ordinaria, o en otros casos, solicitar que las instituciones del Estado como la Subsecretaría del Agua, el Registro de la Propiedad o el Registro Civil procedan a la inscripción de la resolución de la autoridad indígena.

En el presente artículo, revisaremos dos experiencias o pretensiones de coordinación y cooperación, esto es, vía un proyecto de ley y la implementación de las fiscalías indígenas. Pero antes analizaremos de manera muy breve los elementos

2. Constitución de la República del Ecuador de 2008, artículo 171, inciso final.

constitucionales que deben considerar para desarrollar cualquier modelo de coordinación y cooperación.

3. ELEMENTOS CONSTITUCIONALES INDISPENSABLES QUE SE DEBEN TOMAR EN CONSIDERACIÓN PARA DESARROLLAR MECANISMOS DE COORDINACIÓN Y COOPERACIÓN

La Constitución de la República del Ecuador de 2008, en el artículo 1, declara al Ecuador como un “Estado constitucional de derechos, justicia... Intercultural y plurinacional...”. Cada uno de estos adjetivos, o lo que algunos autores llaman la Constitución de la Constitución,³ tiene connotaciones políticas, jurídicas, filosóficas, jurídicas y constitucionales. En esta ocasión únicamente me voy a referir de manera sintética a los significados que nos interesan para desarrollar la coordinación y cooperación de los sistemas jurídicos indígenas con el ordinario.

Régimen de Derechos

Un régimen de Derechos en plural nos lleva al menos a tres cuestiones principales, que nos interesa para este efecto:

- a) Los artículos 1 y 10 de la Constitución de 2008 ponen en el centro de atención y protección a las personas y las colectividades como sujetos prioritarios de derechos y la actividad del Estado debe estar enfocada a las personas y colectivos como un fin y no como instrumento. Entonces, el primer elemento indispensable a tomar en consideración para la coordinación y cooperación es el reconocimiento constitucional de sujetos colectivos indígenas: comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas; estos son sujetos colectivos de derechos.⁴ Entre otros derechos reconocidos a dichas colectividades, es la facultad de las autoridades indígenas para administrar justicia, aplicando normas y procedimientos propios.⁵
- b) Por otro lado, permite que todos los derechos humanos tengan igual valor y necesiten ser garantizados en igual medida e intensidad, incluidos los derechos de los colectivos indígenas, bajo los principios de integralidad, progresividad e interdependencia. Entre los derechos de los colectivos indígenas, se

3. Ángel Garrorena Morales, *El Estado español como Estado social y democrático de derecho*, Madrid, Tecnos, 1984.

4. Debemos precisar que la Constitución de 2008 reconoce a los sujetos colectivos, que no se reduce únicamente a colectivos indígenas, sino afrodescendientes, montubios, de género y otro.

5. Constitución de la República del Ecuador, arts. 57.10 y 171.

encuentra el derecho a la jurisdicción indígena especial. Por tanto, el segundo elemento a tomar en consideración para la coordinación y cooperación es que la administración de justicia para los colectivos indígenas no es una potestad obligatoria, sino un derecho. Si bien “la justicia indígena” se desarrolla en la Sección Segunda, Capítulo Cuarto denominado “Función Judicial y Justicia Indígena”, del Título IV “Participación y organización del poder”, debemos tomar en consideración que en el Capítulo IV “De los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades”, del Título II “De los derechos”, concretamente el artículo 57.10 reconoce el derecho a “Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario...” En consecuencia, si para los colectivos indígenas la administración de justicia es un derecho, estos, invocando razones suficientes y justificables desde su punto de vista y cosmovisión, pueden dejar de conocer un caso y remitir a la justicia ordinaria; en este caso no se podrá acusar de denegación de justicia al colectivo indígena, porque, en ejercicio de su derecho de autonomía y por razones justificables que garanticen la integridad del colectivo indígena, pueden remitir el caso a la justicia ordinaria, la misma que dispone de una institucionalidad, recursos humanos y económicos.

- c) Además, la invocación “de derechos” hace referencia al reconocimiento formal de otros sistemas de justicia y derechos, como es el caso del derecho propio de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas en un plano de igualdad jurídico-política con el sistema de justicia ordinario. Digo que hace referencia al reconocimiento formal porque materialmente siempre han existido y han funcionado al margen de la constitucionalidad y legalidad. Por tanto, lo único que hizo el Estado ecuatoriano es constitucionalizar una práctica ancestral, pero en el plano de igualdad frente a la justicia ordinaria, este es otro de los elementos que se debe tomar en consideración al momento de establecer cualquier acto y mecanismos de coordinación y cooperación.

Régimen de justicia

El adverbio adjetivado “de justicia” hace referencia a la incorporación del derecho por principios en el razonamiento judicial como consecuencia de la búsqueda de la realización de la justicia,⁶ eso implica una reformulación del rol de los operadores jurídicos como verdaderos creadores de derecho y no simples aplicadores de las normas jurídicas al caso concreto. Esto abre el camino al uso estratégico del derecho para instrumentar el ejercicio de los derechos garantizados en la Constitu-

6. Ramiro Ávila Santamaría, “Ecuador Estado Constitucional de derechos y justicia”, en Ramiro Ávila, edit., *Constitución del 2008 en el contexto de lo andino, análisis de la doctrina y el derecho comparado*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp. 23-28.

ción, en el entorno de constitucionalización de toda la actividad estatal. Los jueces, a más de creadores de derechos, se convierten en garantes de la constitucionalidad que ejerce control incluso al parlamento.

¿Qué tiene que ver esto con la coordinación y cooperación entre la administración de justicia indígena y justicia ordinaria?

La constitucionalización de una práctica común de los colectivos indígenas responde a un proyecto de país, en donde están implícitos principios como: la decolonización del Estado, superación del racismo social, despatriarcalización de las familias, democratización del Estado y la sociedad, justicia con los colectivos históricamente excluidos y discriminados, igualdad de culturas y sistemas jurídicos, cooperación y coordinación, interculturalidad, democratización, etc. Estos y otros principios deben ser tomados en consideración por los jueces y toda autoridad pública al momento de poner en práctica los mecanismos de coordinación y cooperación.

Estado plurinacional

No es intención de este artículo realizar el análisis del significado filosófico, político social y epistémico de la plurinacionalidad. Por ello, únicamente utilizaremos el sentido jurídico general y lato de la misma, esto es, la plurinacionalidad como el reconocimiento de la diversidad del Estado, entre ellos, las diversidades culturales, de género y otras que conviven en el Estado ecuatoriano. Es decir, que no solo existen sujetos de derechos individuales al estilo liberal, sino también los sujetos colectivos de derechos.

Pero, lo señalado no es una novedad, porque, según Will Kimlicka, todos los países del mundo son multiculturales.⁷ Entonces, ¿qué es lo particular de la plurinacionalidad en el Ecuador y también Bolivia?

Para explicar esto, en forma sintética y términos sencillos, el profesor Boaventura de Sousa Santos suele preguntar al público, ¿por qué se hace tan difícil entender o es controvertida la plurinacionalidad, si existen países plurinacionales en todo el mundo?

Porque, en el caso ecuatoriano y boliviano, no solo tiene connotaciones culturales, sino también políticas, sociales, económicas y epistémicas, como lo veremos más adelante, utilizando lo desarrollado por Catherine Walsh y Boaventura de Sousa Santos.

En términos de Catherine Walsh, implica la decolonización del poder, del saber, del ser y cosmogonía de la madre naturaleza y de la vida misma, porque desde la invasión española se implementó un régimen colonial, centralizado en las cuatro áreas indicadas, que es explicada por la misma autora de la siguiente forma:

7. Will Kimlicka, *Ciudadanía multicultural, España*, Madrid, Paidós, 1996, pp. 13-19.

- a) La colonialidad del poder se refiere al establecimiento de un sistema de clasificación social basada en la categoría de “raza” y “género”. Este sistema de clasificación se fijó en la formación de una jerarquía y división identitaria racializada, con el blanco (europeo o europeizado, masculino) en la cima, seguido por los mestizos, y finalmente los indios y negros en los peldaños últimos, como identidades impuestas, homogéneas y negativas que pretendían eliminar las diferencias históricas, geográficas, socioculturales y lingüísticas entre pueblos originarios y de ascendencia africana.
- b) La colonialidad del saber se refiere al posicionamiento del eurocentrismo como perspectiva única del conocimiento, la que descarta y descalifica la existencia y viabilidad de otras racionalidades epistémicas y otros conocimientos que no sean los de los hombres blancos europeos o europeizados o de una parte de ellos. Ello no solo invisibiliza los conocimientos alternativos y desarrollados por los pueblos indígenas, sino además los desacredita.
- c) La colonialidad del ser es la que se ejerce por medio de la inferiorización, subalternización y la deshumanización de los seres humanos, por ello, lo indio era inferior, menor, rústico, que requería de un protector o representante, pues no podía valerse por sí mismo.
- d) La colonialidad cosmogónica de la madre naturaleza y de la vida misma, la que encuentra su base en la división binaria naturaleza/sociedad, descartando el principio de relacionalidad de la filosofía andina, dentro de cuya perspectiva la Pachamama es la madre y generadora de vida y el ser humano es parte de ella.⁸

Por tanto, bajo esa visión, en la Colonia se instauró un modelo político y social de separación de la población en “pueblos indios” y “villas de españoles” a fin de conservar las diferencias étnico-raciales. Lo hicieron mediante la ideología de la “inferioridad natural de los indios”. Para la efectividad del régimen colonial se nombraron autoridades indígenas encargadas de organizar el trabajo, el pago de tributos y la evangelización de los indios; se permitió la conservación de usos y costumbres indígenas siempre que no afecten la Ley divina y natural, el orden económico político ni la religión católica; y se autorizó a los alcaldes de los pueblos de indios administrar justicia en causas entre indios y menores, pero las causas graves era juzgado por el corregidor español por la ideología de la inferioridad natural.⁹

En el período republicano, continúa el sistema de colonialidad, pues se mantuvo la situación de explotación y miseria de la población indígena, así como la concepción de minoría de edad permanente. Las Constituciones de la República

8. Catherine Walsh, “Interculturalidad, plurinacionalidad y razón decolonial: refundares político-epistémicos en marcha”, en Sarita Albagli y María Lucía Maciel, eds., *Conocimiento, capital y desarrollo: dialécticas contemporáneas*, Buenos Aires, La Crujía, 2010.
9. Raquel Yrigoyen, *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*, Guatemala, Fundación Myrna Mack, 1999, pp. 14 y 15.

designaban a los curas párrocos como tutores y padres naturales de los indígenas. Se plasmó en las Constituciones el modelo de Estado Nación con una sola cultura, un idioma, una sola religión oficial y la idea de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley. Este modelo de estado, desarrollado en el norte global, fue importado a América Latina e impuesto a una realidad totalmente diferente, y bajo la figura de ciudadanía no solo se marginó a los pueblos indígenas, sino también a las mujeres, menores de edad, personas dependientes y que no tengan bienes o capital y anal-fabetos. Por su puesto la marginación se produce básicamente por la ideología de inferioridad natural.

Todo ello conllevó a estructurar e implementar un Estado de colonialidad, una sociedad racista y una familia machista.

El Estado plurinacional pretende concluir con este sistema de colonialidad. Bajo esas consideraciones y por un principio de justicia se reconoció como uno de los derechos de los colectivos indígenas la autonomía jurisdiccional, por tanto, no se puede volver a repetir esos actos coloniales, elementos que se deben tomar en consideración al momento de generar las prácticas de coordinación y cooperación.

Siguiendo al profesor Boaventura de Sousa Santos, conforme lo señalamos anteriormente, la plurinacionalidad tiene connotaciones económicas, porque la plurinacionalidad está relacionada con el *sumak kawsay* como un nuevo modelo de vida y los derechos de la naturaleza. Esto, obviamente, cuestiona el sistema capitalista extractivista, porque si la naturaleza tiene derechos, por un lado, el ser humano se naturaliza; y, en segundo lugar, los recursos naturales ya no son objeto de explotación por parte del ser humano. Esta visión obviamente choca con los intereses de las empresas extractivistas de los recursos naturales y también con el Estado capitalista que básicamente se ha sustentado en la explotación de los recursos naturales.¹⁰ Esta es una de las razones por las que se hace difícil poner en práctica o tomar en serio la plurinacionalidad. Y la forma más fácil de evitar la construcción del Estado plurinacional es deslegitimando a la justicia indígena, consecuentemente, al movimiento indígena que gestó la construcción del Estado plurinacional.

En cuanto se refiere a las connotaciones culturales, debe quedar claro, como se indicó anteriormente, que la plurinacionalidad reconoce a todas las culturas en igualdad de condiciones, es decir, no existen culturas superiores o culturas inferiores, todas las culturas están en construcción e interrelación. En ese sentido, tampoco existen sistemas jurídicos inferiores ni sistemas jurídicos superiores, tanto los sistemas jurídicos indígenas como el sistema jurídico ordinario tienen el mismo valor, prohibiendo la imposición de un sistema a otro. Los límites de los sistemas jurídicos tanto indígenas como el ordinario son los derechos humanos, pero ello exige un órgano de control constitucional plurinacional y el desarrollo del método de interpretación intercultural de los derechos humanos.

10. Boaventura de Sousa Santos, *Refundación del Estado en América Latina, perspectivas de una epistemología del Sur*, Quito, Abya-Yala, 2010, pp. 121-123.

En definitiva la plurinacionalidad requiere de una nueva institucionalidad, nuevas formas de relaciones sociales y familiares, nuevos seres humanos carentes de referentes etnocéntricos, nuevos funcionarios públicos, redefinición de conceptos y una nueva epistemología, que permita vivir bajo el respeto mutuo y en el plano de igualdad de culturas y diferentes sistemas jurídicos, que debe ponerse en práctica en la coordinación y cooperación de los sistemas jurídicos indígenas con el sistema ordinario. Todo ello nos lleva a desarrollar la interculturalidad.

La interculturalidad

La interculturalidad, para efectos de este artículo, la entenderemos como un instrumento que permite la convivencia armónica y equilibrada entre todos los colectivos, seres humanos y naturaleza, que viabilice la decolonización del poder, la sociedad, el saber. Por ello, la

plurinacionalidad es el reconocimiento de que la interculturalidad no resulta de un acto voluntarista de arrepentimiento histórico por parte de quienes tienen el privilegio de hacerlo. Es más bien el resultado de un acto político consensuado entre grupos étnico-culturales muy distintos con un pasado histórico de relaciones que, a pesar su inherente violencia, abre, en la presente coyuntura, una ventana de oportunidad para un futuro diferente. Por esta razón, en el marco de la plurinacionalidad, la interculturalidad solamente se realiza como democracia intercultural.¹¹

Democracia intercultural, entendida como:

1. la coexistencia de diferentes formas de deliberación democrática, del voto individual al consenso, de las elecciones a la rotación o al mandar obedeciendo, de la lucha por asumir cargos a la obligación-responsabilidad de asumirlos (lo que llamo la demodiversidad); 2. diferentes criterios de representación democrática (representación cuantitativa, de origen moderna, eurocéntrica, al lado de representación cualitativa, de origen ancestral, indocéntrica); 3. reconocimiento de derechos colectivos de los pueblos como condición del efectivo ejercicio de los derechos individuales (ciudadanía cultural como condición de ciudadanía cívica); 4. reconocimiento de los nuevos derechos fundamentales (simultáneamente individuales y colectivos): el derecho al agua, a la tierra, a la soberanía alimentaria, a los recursos naturales, a la biodiversidad, a los bosques y a los saberes tradicionales; y 5. más allá de los derechos, educación orientada hacia formas de sociabilidad y de subjetividad asentadas en la reciprocidad cultural: un miembro de una cultura solamente está dispuesto a reconocer a otra cultura si siente que su propia cultura es respetada y esto se aplica tanto a las culturas indígenas como a las no indígenas.¹²

11. *Ibid.*, p. 149.

12. *Ibid.*, pp. 149 y 150.

Ello implica que el Estado tiene que generar diálogos interculturales e inter-legales. Pero el requisito para iniciar el diálogo es la igualdad real de culturas y sistemas jurídicos, pues no existe diálogo entre desiguales. Porque el diálogo debe generar acuerdos y los acuerdos exige compromisos y cambios. Por ello, no puede existir diálogo entre las justicias indígenas y la justicia ordinaria, cuando esta considera que las justicias indígenas deben limitarse a conocer únicamente casos menores, porque ello es continuar con el régimen colonial instaurado.

Por otro lado, implica que las lecturas de los actos generados por los colectivos indígenas deben ser realizados desde la interculturalidad, es decir, explicados desde los principios de la cosmovisión indígena y desde la cultura dominante o solo desde una visión. Por ejemplo, no se puede cuestionar de violación del debido proceso o violación de derechos humanos a la justicia indígena, sino desde los procedimientos de cada colectivo indígena y desde los principios que sustentan cada uno de los ritos de sanación. Estos elementos se deben tomar en consideración para generar políticas públicas y actos de coordinación y cooperación entre las justicias indígenas con la justicia ordinaria y toda la institucionalidad del Estado.

En consecuencia, si el Estado ecuatoriano es coherente con la Constitución, debe partir del respeto a la justicia indígena en el mismo nivel de igualdad que a la justicia ordinaria, sin considerarla como inferior y subordinada a la justicia ordinaria, sino generar el diálogo de interlegalidades pero en condiciones de igualdad formal, material, real y en la práctica.

4. EXPERIENCIAS DE INTENTOS DE COORDINACIÓN Y COOPERACIÓN FORMAL DESDE EL ESTADO ECUATORIANO

Habíamos señalado anteriormente que la coordinación y cooperación se puede dar de manera formal e informal, y que, desde la jurisdicción indígena, normalmente, había generado diferentes formas de coordinación y cooperación informal con la justicia ordinaria. En este artículo queremos analizar de manera muy sintética dos experiencias de coordinación y cooperación formal generados desde la institucionalidad del Estado.

Fiscalías indígenas

“Por iniciativa del Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador (CODENPE),¹³ siendo su secretaria ejecutiva Lourdes Tibán, “El 8 de

13. Lourdes Tibán, en [www.prensaindigena.org], publicado en la página [http://www.lattice.org/ind/es/ltibsepti08.html], (consulta: 22 de septiembre de 2011).

noviembre del 2007, mediante convenio Institucional del CODENPE y el Ministerio Público (Washington Pesántez)¹⁴ se crean las Fiscalías Indígenas en el Ecuador, donde se conocerán y tratarán en forma efectiva los temas de justicia indígena...¹⁵

Las funciones de la fiscalía indígena son:

Difundir mediante comunicaciones escritas o en forma verbal, a las autoridades de las diferentes comunidades, la presencia de la Fiscalía General, indicando el lugar que se encuentran ubicadas y que están a su servicio.

Al recibir las denuncias deben hacerlo en idioma kichwa, shuar o la lengua del pueblo donde ha sido denunciado, es su misión principal acudir a las comunidades donde se suscitaron los hechos a fin de poner en conocimiento de las autoridades del lugar; con el fin de poder ayudar a solucionar el problema, en el caso de que se trate de un delito leve (pese a que en nuestra normativa no se contemplan delitos graves o leves) de lesiones, hurto, robo, abigeato, actúa como mediador, su presencia ha favorecido en las diferentes comunidades especialmente de las regiones de la sierra centro-norte, a fin de que no se den los “famosos linchamientos” que a pretexto de justicia indígena violan los derechos humanos al imponer y ejecutar castigos inhumanos, como el caso ocurrido en la comunidad La Cocha en la provincia de Cotopaxi, de conocimiento general y público; en los delitos sexuales, contra la vida, plagio, robo agravado, y otros, proceden conforme lo estipulado en el Código de Procedimiento Penal.¹⁶

Como podemos apreciar, los fiscales indígenas son funcionarios públicos de la Fiscalía General, solo que, en vez de ser mestizos son indígenas. Pero ello no significa que sean autoridades indígenas, porque la autoridad indígena es una persona o grupo de personas designada y reconocida por el colectivo indígena, cuya competencia nace del poder autónomo del colectivo, y resuelve los conflictos aplicando normas y procedimientos propios, es decir, aplica el derecho propio o el derecho indígena, no el Código de Procedimiento Penal y el Código Penal.

En el momento en que el fiscal indígena recibe la denuncia de los miembros de los colectivos indígenas y con la denuncia recurre a la autoridad indígena para “ayudar a resolver” aplicando leyes de la justicia ordinaria en el caso de “delito leve”, o en el caso de “delito grave” remitiendo a la justicia ordinaria. Esta forma de actuar de la fiscalía indígena no solo atenta contra el derecho a la autonomía jurisdiccional y legislativa de los pueblos indígenas reconocidos constitucionalmente, sino también significa no entender el nuevo régimen constitucional, es decir,

14. Washington Pesántez es compadre de Lourdes Tibán. Una de las primeras fiscalías indígenas que se crea es en la provincia de Cotopaxi, siendo nombrado fiscal indígena Vicente Tibán, hermano de Lourdes Tibán, secretaria ejecutiva del CODENPE.

15. Esther Logroño, curso virtual “Pluralismo jurídico, interculturalidad y acceso a la justicia”, en Programa Regional Andino “Derecho Fundamentales y Justicia”, componente acceso a justicia, julio 2010, p. 8.

16. *Ibid.*, p. 6.

“plurinacional e intercultural”, y reproducir el régimen colonial, en donde la justicia indígena es subordinada por la justicia ordinaria, porque la considera inferior, salvaje, por tanto, no puede conocer “delitos graves”, sino únicamente “delitos leves”, pero con la presencia de un funcionario de la Fiscalía General y, para ello, utilizan una figura de indígena. Por otro lado, hay una confusión intencional al considerar a la justicia indígena como sinónimo de linchamiento, por ello, el Relator de Naciones Unidas contra ejecuciones extrajudiciales decía: “cuando se da un linchamiento en el seno de una comunidad rural o de una comunidad indígena, a menudo las autoridades o los medios de comunicación lo presentan como un ejemplo de ‘justicia indígena’. La justicia indígena en el Ecuador [...] se hace conforme a un proceso, y no se trata de una aplicación arbitraria de la violencia. No recibí ninguna prueba fidedigna de casos en los que los verdaderos proceso de justicia indígena causaran la muerte”,¹⁷ esta confusión lo único que pretende es deslegitimar a la justicia indígena y consecuentemente al movimiento indígena.

Pero la gestora de las “fiscalías indígenas” va mucho más allá, cuando sostiene que “en coordinación del CODENPE, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de la Judicatura, estamos en el proyecto de elegir jueces penales indígenas en las provincias en donde están en funcionamiento las fiscalías indígenas”, es decir, en la mente de la gestora no solo se requieren fiscalías indígenas para que la justicia ordinaria colonice a la justicia indígena, sino también jueces indígenas, nombrados y designados por el Consejo de la Judicatura, que significa una liquidación o muerte de la justicia indígena.

Creemos que la justicia ordinaria, en donde se ubican los fiscales, debe convertirse en intercultural, es decir, si la comunidad indígena de manera autónoma y con justificativos sostenidos remite el caso a la justicia ordinaria, esta debe conocer y resolver el caso, pero aplicando el derecho propio de los miembros de los colectivos indígenas. Para ello, se debe abrir un diálogo de interlegalidades, pero en el plano de igualdad formal, material y práctico.

Efectivamente, las fiscalías indígenas fueron y son fuertemente criticadas por los colectivos indígenas y dirigentes nacionales y regionales, así, por ejemplo, la Confederación de los Pueblos Kichwas del Ecuador (ECUARUNARI) “calificó de “wasicama” (indígenas serviles) a la Fiscalía Indígena de Loja que amenaza con iniciar una investigación contra dirigentes comunitarios”.¹⁸ No hay duda de que las fiscalías indígenas son una réplica de la colonialidad, en donde la figura “indígena” es utilizada para subordinar a una cultura considerada menor o atrasada.

Esta forma de coordinación y cooperación es lo que el profesor Boaventura de Sousa Santos denomina “suma cero”, en donde la una termine subordinando a

17. [<http://www.eluniverso.com/2010/07/18/1/1355/informe-hilip-alston-relator-onu-sobre-ecuador.htm>], (consulta: 25 de septiembre de 2011).

18. [<http://www.servindi.org/actualidad/26694>], (consulta: 27 de septiembre de 2011).

la otra y obviamente solo un sistema sale ganado en perjuicio de otro; en este caso, con las fiscalías indígenas la justicia ordinaria subordina a la justicia ordinaria, y la primera sale ganando en perjuicio de la segunda. Esta forma de coordinación y cooperación es contraria al régimen constitucional “plurinacional e intercultural”, en donde, entre otras cuestiones, exige niveles de igualdad formal, material y práctico, en donde todos los sistemas se fortalezcan, es decir, exige niveles de coordinación de “suma positiva”. En consecuencia podemos concluir que las fiscalías indígenas es una forma de coordinación y cooperación inconstitucional. Veamos lo que sucede con el proyecto de Ley de coordinación y cooperación.

Proyecto de Ley de coordinación y cooperación de las justicias indígenas con la justicia ordinaria

A propósito del mandato del último inciso del artículo 191 de la Constitución de 1998, un equipo de investigadores de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador,¹⁹ emprendieron un proyecto de investigación sobre la administración de justicia indígena en el Ecuador. Como consecuencia de ese proyecto elaboraron la “Propuesta de Proyecto de Ley de Funciones de Justicia de las Autoridades Indígenas del Ecuador”, y presentaron para la discusión en enero de 2001.

Al interior del movimiento indígena, en varios talles, foros y asambleas y congresos, se discute y realizan varios ajustes a dicho proyecto.

En el año 2002, el movimiento indígena presenta el proyecto de Ley ante el Congreso Nacional, proyecto que fue remitido a la Comisión de lo Penal y Civil y no a la Comisión de Asuntos Indígenas. En la referida Comisión, se archivó el proyecto por inconstitucional.

Frente al archivo del proyecto de ley y la experiencia vivida por el veto total del ejecutivo por inconstitucional con respecto a la Ley de Pueblos y Nacionalidades indígenas del Ecuador, el movimiento indígena se reúne para tomar estrategias con respecto al Proyecto de Ley de Compatibilización entre la administración de justicia indígenas y la justicia ordinaria.

En esa discusión existen dos posiciones claras al interior del movimiento indígena, la primera, que sostenía que se debe impulsar y exigir que el Congreso Nacional discuta y apruebe la Ley, para cuyo efecto se debería reformular el proyecto de ley; la segunda, en cambio, manifestaba que la compatibilización no necesariamente se genera a través de una ley, sino puede adoptar varios mecanismos, ya sea vía jurisprudencia constitucional u políticas públicas, de tal manera que no es indispensable una ley de compatibilización, considerando además que políticamente no era viable aprobar un proyecto que desarrolle los derechos colectivos de

19. Equipo de investigación que estuvo integrado por Julio César Trujillo, Ximena Endara y Agustín Grijalva.

los pueblos indígenas, pues, la mayoría estaría legislando sobre algo desconocido y que causa temor.

Finalmente, primó la segunda posición y el movimiento indígena decidió fortalecer la administración de justicia indígena en las comunidades y no impulsar el Proyecto de Ley.

Sin embargo, el 1 de febrero de 2010, la asambleísta Lourdes Tibán presentó el proyecto de Ley de coordinación y cooperación, sin consultar a los movimientos indígenas, proyecto que es una copia del proyecto de ley de compatibilización con algunas modificaciones.

Dicho proyecto de ley fue remitido a la Comisión de Justicia, la misma que ha iniciado su discusión, y finalmente elaboraron una nueva propuesta que recoge parte del proyecto de la asambleísta Tibán y de la Ley de Deslinde de Jurisdicciones de Bolivia, sin que hasta el momento se haya logrado elaborar el informe para primer debate.

En este proyecto de ley, existen algunos elementos que nos podrían ayudar a determinar si existe una intención de desarrollar una coordinación y cooperación de “suma cero” o de “suma positiva”; para ello, veamos algunas cuestiones críticas:

Delimitación de la justicia indígena

El proyecto elaborado por la Comisión Especializada de Justicia y Estructura del Estado, inicialmente limita a la justicia indígena en el ámbito materia, es decir, transcribe gran parte del artículo 10 de la Ley de Deslinde de Jurisdicciones de Bolivia, y decía que la justicia indígena no podrá conocer:

- a) En materia penal, los siguientes delitos: los delitos o crímenes contra el derecho internacional humanitario, la agresión, el genocidio y los crímenes de lesa humanidad; los delitos que tengan naturaleza transnacional; los delitos contra la seguridad interna y externa del Estado; los delitos contra la administración pública; las infracciones tributarias y aduaneras; los delitos contenidos en la legislación de sustancias estupefacientes y psicotrópicas y de lavado de activos; delitos sexuales; el robo agravado con muerte en la víctima; y, el homicidio no cometido flagrantemente de forma culposa.
- b) En materia civil, administrativa o tributaria, cualquier proceso en que sea parte o tercero el Estado; y, los procesos de alimentos, investigación e impugnación de paternidad y violencia intrafamiliar.
- c) También se exceptúan los procesos laborales, de seguridad social, de medioambiente; y, los demás que se encuentren estrictamente reservados en la legislación ordinaria.

Es decir, según esta visión, la justicia indígena se reduce a un sistema alternativo, como es la mediación, lo cual obviamente es contrario a un estado plurinacional en donde se parte de la igualdad de los sistemas jurídicos.

Al parecer, en una nueva versión que no es oficial, este artículo se habría eliminado, pero sostengo que no es una versión oficial, porque no existe ningún informe oficial y público de la Comisión en donde se sostenga que la justicia indígena podrá conocer los casos de acuerdo a su derecho propio.

Derechos humanos y justicia indígena

En este proyecto de ley, al parecer, también se parte de la confusión de que la justicia indígena es sinónimo de “linchamiento”, por tanto, que es algo atrasado, bárbaro y violatorio a los derechos humanos. Reconocemos que son intolerables los linchamientos y los actos de violación a los derechos humanos, pero también es intolerable confundir a la justicia indígena como “linchamientos”, cuando en la justicia indígena existen autoridades, normas y procedimientos que se aplican en cada acto sanación. Por otro lado, debemos reconocer que todos los sistemas de justicia tienen problemas y dificultades, no existen sistemas de justicia perfectos, justamente por ello, el límite tanto de la justicia indígena como la justicia ordinaria son los derechos humanos; pero en un Estado plurinacional e intercultural exige que los derechos humanos sean interpretados interculturalmente, es decir, desde los principios y cosmovisiones indígenas, lo cual exige diálogos en igualdad de condiciones, que generen compromisos y cambios consensuados no impuestos.

Habíamos sostenido que no se pueden generar diálogos entre desiguales y que la condición para un diálogo de interlegalidades es la consideración de igualdad práctica, formal y material de los sistemas jurídicos. En el momento que se considera a la justicia ordinaria como bárbara, atrasada y violatoria de los derechos humanos, se parte de que la justicia ordinaria es la perfecta; entonces, todas las atribuciones hay que entregarlas a la justicia ordinaria y se debe reducir a la justicia indígena a casos no tipificados en las leyes. Este tipo de coordinación y cooperación nuevamente se genera en el nivel de “suma cero”, en donde la justicia ordinaria subordina a la justicia indígena, en perjuicio de esta última, lo cual la convierte en un proyecto inconstitucional, por ser contrario al Estado plurinacional y violentar normas constitucionales que parten del reconocimiento de las justicias indígenas y la justicia ordinaria en el plano de igualdad.

Por otro lado, el proyecto de ley debe ser sometido a consulta previa, libre e informada de los colectivos indígenas.

5. A MANERA DE CONCLUSIÓN

El nuevo régimen constitucional “Estado constitucional de derechos y justicia... plurinacional e intercultural” exige no solo cambios institucionales, políticos, económicos, sociales, epistémicos, sino un cambio de mentalidad y forma de pensar, en donde existen diferentes forma de entender la dignidad humana, los derechos individuales y colectivos, la “justicia”, etc. Solo una mente abierta puede ser receptiva de las diferentes realidades y entender que cada una de ellas merecen igual respeto, las mismas que deben entrar en diálogo franco y en el plano de igualdad para generar acuerdos y compromisos en donde todos salgan ganando y fortaleciéndose.

Las posiciones etnocéntricas y extremistas no ayudan en nada a la generación del diálogo y los niveles de coordinación y cooperación de la justicia ordinaria con las justicias indígenas de “suma positiva”, en donde se fortalezcan mutuamente.

Para el movimiento indígena no es indispensable y prioritario la Ley de Coordinación y Cooperación de Justicias, porque los niveles de coordinación y cooperación han sido generados en la práctica diaria y de manera informal por la justicia indígena con las instituciones del Estado. Las experiencias de coordinación y cooperación formales generados desde la institucionalidad del Estado, a través de la creación de las fiscalías indígenas y el proyecto de ley de coordinación y cooperación, son de “suma cero”, en donde la justicia ordinaria subordina a la justicia indígena, es decir, se reproduce el régimen colonial que considera a la justicia ordinaria como atrasada, bárbara y violatoria a los derechos humanos y consecuentemente se debe eliminar o reducir a casos de “delitos leves”.

No se puede perder de vista que la deslegitimación de la justicia indígena implica deslegitimar al movimiento indígena, y tras de esa deslegitimación puede existir un intento de no procesar la plurinacionalidad, que tienen interesados externos e internos, que están relacionados con recursos naturales e intereses electorales personales.

6. BIBLIOGRAFÍA

Ávila Santamaría, Ramiro,

2008 “Ecuador Estado Constitucional de derechos y justicia”, en Ramiro Ávila, edit., *Constitución del 2008 en el contexto de lo andino, análisis de la doctrina y el derecho comparado*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

De Sousa Santos, Boaventura,

2010 *Refundación del Estado en América Latina, perspectivas de una epistemología del Sur*, Quito, Abya-Yala.

Garrorena Morales, Ángel,

1984 *El Estado español como Estado social y democrático de derecho*, Madrid, Tecnos.

Kimlicka, Will,

1996 *Ciudadanía multicultural, España*, Madrid, Paidós.

Logroño, Esther,

2010 Curso Virtual “Pluralismo jurídico, interculturalidad y acceso a la justicia”, en Programa Regional Andino “Derechos Fundamentales y Justicia”, componente acceso a justicia, julio.

Walsh, Catherine,

2010 “Interculturalidad, plurinacionalidad y razón decolonial: refundares político-epistémicos en marcha”, en Sarita Albagli y María Lucía Maciel, edits., *Conocimiento, capital y desarrollo: dialécticas contemporánea*, Buenos Aires, La Crujía.

Yrigoyen, Raquel,

1999 *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*, Guatemala, Fundación Myrna Mack.

IV

DERECHO LABORAL

CONSIDERACIONES SOBRE EL DESAHUCIO

Ximena Moreno Echeverría

A mi maestro, Dr. Julio César Trujillo, con un profundo agradecimiento por todo el estímulo que recibí de su parte, tanto en mi vida estudiantil, como en la académica y profesional, constituyéndose, por sus altas cualidades, como ser humano entregado al servicio de los más necesitados y de la Patria, por su honradez intelectual y su sapiencia, en el gran referente de las personas que hemos tenido el privilegio de conocerle y aprender de él.

1. INTRODUCCIÓN

La institución del desahucio como mecanismo de terminación de la relación laboral ha sufrido distintas modificaciones a través de los años, no siempre las más coherentes, lo que ha provocado que, en la actualidad, tengamos normas anacrónicas que generen confusiones en su aplicación y alcance.

El desahucio fue originalmente un mecanismo de terminación del contrato de arrendamiento, en el ámbito civil, por ello en los diccionarios tiene esa connotación.

Desahuciar. [...] 3. Despedir al inquilino o arrendatario porque ha cumplido su arrendamiento o por otra razón (*Diccionario de la lengua española*).

Desahucio. m. acción y efecto de desahuciar a un inquilino (*Diccionario de la lengua española*).

Desahucio. Acto de despedir el dueño de una casa o el propietario de un heredad a un inquilino o a un arrendatario –tanto en lo urbano como en lo rustico–, por las causas expresadas en la ley o convenidas en el contrato... (*Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales* de Manuel Osorio).

Como se puede observar de las definiciones, aunque se refieren al arrendamiento de un bien inmueble, la acción de desahuciar tiene por objeto preavisar a la otra parte que dicho contrato se termina y, desde luego, el contrato civil de arrendamiento no da derecho a pago de ninguna naturaleza.

Dada la circunstancia de que inicialmente las regulaciones atinentes al contrato de trabajo se encontraban reguladas en el Código Civil, la materia que dicho cuerpo normaba era el arrendamiento de servicios, por ello se consideró la posibilidad de aplicar este mecanismo para su terminación.

Vamos hacer una pequeña revisión histórica de la evolución del desahucio en nuestra legislación.

2. ANTECEDENTES

1. Ya en el primer Código Civil del Ecuador promulgado mediante decreto firmado el 4 diciembre 1860 y vigente a partir del 1 de enero de 1861, encontramos algunas disposiciones que se constituyen en el antecedente de lo que posteriormente se conocería como desahucio en el ámbito laboral.

En este cuerpo legal se establece un tipo de contrato que regula las relaciones de trabajo, previéndose que puede ser a plazo fijo por un año y que puede convertirse, por acuerdo entre las partes, en un contrato por tiempo indefinido.

El artículo 1994 establecía:

Cualquiera de las dos partes podrá poner fin al servicio cuando quiera, o con el *desahucio* que se hubiere estipulado. Si la retribución consiste en pensiones periódicas, cualquiera de las dos partes deberá dar noticia a la otra de su intención de poner fin al contrato, aunque en este no se haya estipulado desahucio, y la anticipación será de medio periodo por lo menos (la cursiva es mía).

Es interesante anotar, comentando esta disposición, que el desahucio para poder aplicarlo debía haber sido pactado previamente, constituyéndose en un derecho opcional que se estableció con el fin de proteger al trabajador y evitar su desocupación de manera abrupta; sin embargo, en caso de no existir aquel acuerdo, el contrato podía terminarse en cualquier momento por la simple voluntad de una de las partes, quitándole así trascendencia a esa posibilidad de pactarlo.

2. El 12 de septiembre de 1916, siendo presidente Baquerizo Moreno, el Congreso de la República expidió el decreto legislativo que intenta separar al Derecho Laboral del tutelaje civilista. A este instrumento, que consta apenas de seis artículos, los historiadores lo denominaron “El Codiguillo”.

A más de las regulaciones sobre jornadas, descanso dominical y en días festivos, recargos en el trabajo extraordinario y suplementario, el artículo 5 de este instrumento señalaba:

El patrón y el empleado o jornalero, se avisarán con treinta días de anticipación la cesación o separación del destino o trabajo. La parte que no lo hiciera así, puede ser demandada y sujeto a pagar daños y perjuicios.

En esta disposición se establece una obligación de preavisar a la otra parte con treinta días de anticipación la cesación o separación del trabajo y su incumplimiento faculta a la otra parte a demandar el pago de daños y perjuicios por dicha omisión, que impondrían una indemnización por el daño causado, al sacar al trabajador de su puesto inopinadamente. La competencia para hacerlo corresponde a los comisarios de policía según el mismo decreto.

De esta manera se comienza a dar forma a las indemnizaciones por despido intempestivo.

3. El 6 de octubre 1928 se expide la “Ley de Desahucio del Trabajo” publicada en el R.O. 763 de 7 de octubre de 1928 ocupándose, en sus diecinueve artículos, de varios temas relativos al contrato de trabajo, despido, indemnizaciones, sanciones por el incumplimiento, etc.

En los primeros cuatro artículos destaca el ámbito de aplicación, que se refiere a todos los contratos de trabajo; la obligación del empleador de preavisar al trabajador la terminación del mismo, so pena de que, de no hacerlo, será condenado al pago de una indemnización; prescribe también la correlativa sanción al trabajador que abandona el trabajo sin el previo aviso de quince días.

Por su parte el artículo 6 establece la posibilidad de terminación del contrato, sin ningún aviso, previo el pago, a la parte afectada, de la indemnización correspondiente.

En esta ley además se enuncian los casos en los que no se requiere desahuciar:

- En los contratos a tiempo fijo.
- Si se contrata los servicio de un obrero pero menos de un mes
- Si el obrero se fugare u ocultare
- En caso de paro forzoso
- Por abandono forzoso del trabajo
- Por despido del obrero o empleado que se encuentre inmerso en las causales del art. 14 de la ley sobre el Contrato Individual de Trabajo.

Se señala además la obligatoriedad de la notificación por parte del empleador con 30 días de anticipación en el caso de liquidación definitiva de un negocio.

Es interesante destacar que inicialmente los contratos a plazo fijo no requerían del preaviso, bastaba para su terminación el mero decurso del tiempo.

Así queda estructurada una normatividad que sienta las bases de las relaciones laborales con un enfoque protector a la estabilidad del trabajador.

4. En el decreto ejecutivo publicado en el R.O. 205 de 1936 se introducen ciertas modificaciones a ley existente sobre esta materia, destacándose en el art. 3 la obligación de realizar la notificación del desahucio a través de los Inspectores de Trabajo, y en el art. 4 la prohibición del desahucio simultáneo a más de dos empleados u obreros en los establecimientos de trabajo que hubiere 20 o menos trabajadores o empleados, y mas de 5 en los que tuvieren mayor número.

Estas dos normas se enfocan, la una, a impedir que mediante una comunicación privada pueda darse por terminado el contrato de trabajo, y la otra, a evitar los abusos del empleador para dejar en la desocupación a varios trabajadores simultáneamente.

5. Mediante decreto ejecutivo expedido el 25 de noviembre 1937, y publicado en el R.O. de 26 y 27 de noviembre se introdujo una disposición en donde se establecía que:

Si por disposición patronal los empleados privados u obreros fuesen cambiados de ocupación, sin su consentimiento, implicando una rebaja en las remuneraciones, se tendrá esta disposición como *desahucio* para los objetos de las indemnizaciones legales a que tengan derecho de conformidad con la ley de la materia (las cursivas son mías).

De lo expuesto, deberíamos entender que el cambio de ocupación, en los términos contemplados en la norma, se consideraría como un desahucio, que no se lo realiza con la intervención de la autoridad y, por este hecho, se podía acceder a las indemnizaciones correspondientes, de lo que se colige se trata de un desahucio ilegal, que se constituye en un verdadero despido intempestivo.

En la actualidad, en forma más clara, el art. 192 del Código del Trabajo establece este hecho como despido intempestivo que da derecho a indemnizaciones, exceptuando de esta situación a los obreros que presten servicios en el cuerpo de bomberos.

6. En el decreto reformativo de 6 de abril 1936, publicado en el R.O. 68 de 17 enero de 1938, en el art. 1 se establece que bastará un tiempo mínimo de 2 años de servicio para que el empleado u obrero tenga derecho a la indemnización establecida por dicha disposición, aun cuando haya mediado desahucio de conformidad con la ley.

Es pertinente dejar señalado que la indemnización a que hacía referencia dicho artículo era más bien una bonificación por la antigüedad del trabajador en la prestación del servicio, ya que, siendo el desahucio un mecanismo válido para dar por terminado en forma legal, unilateral e inmotivada el contrato, no podía aplicarse a las partes una sanción pecuniaria, propia de una reparación cuando existe un daño causado, como sería el despido intempestivo.

El 14 de noviembre de 1938, mediante decreto supremo número 210 publicado en el R.O. 78 del mismo mes, se expide el primer Código del Trabajo Ecuatoriano que recoge, textualmente, gran parte de las disposiciones constantes en la Ley de Desahucio del Trabajo.

Inspirado en la Ley Federal de México, así como en los distintos convenios y sugerencias de la OIT, recopila todas las normas laborales que se hallaban dispersas en diferentes leyes, contemplándose un capítulo referente a la terminación del contrato de trabajo y en él al desahucio.

Allí, en el artículo 113 se lo define como: “el aviso con que una de las partes hace saber a la otra que es voluntad dar por terminado el contrato”.

Dicha definición pone de manifiesto la preeminencia de la voluntad de una de las partes para la conclusión del contrato de trabajo y tiene lugar, de conformidad al inciso segundo del mismo artículo, “cuando no se ha fijado plazo para la duración del contrato”, es decir era procedente solo en los contratos por tiempo indefinido.

Este desahucio debía dársele con la anticipación de un mes por parte del patrono y de 15 días por parte del trabajador. Su notificación debía hacérsela de conformidad al artículo 451: “mediante solicitud escrita presentada ante el Inspector o Subinspector del Trabajo, quien hará la notificación dentro de las veinticuatro horas”.

En varias normas de este cuerpo legal, encontramos limitaciones al ejercicio del desahucio; artículo 118 referente a la conformación de un Comité de Empresa o Sindicato, el artículo 396, que garantiza con un año de estabilidad en el trabajo a los trabajadores que tomaron parte en una huelga, y la prohibición de desahucio contenida en el artículo 29 que se refiere al contrato de equipo, modalidad suigéneris del contrato individual del trabajo.

También se dispone que los patronos que fueren a liquidar definitivamente sus negocios darán aviso a los trabajadores con un mes de anticipación y este anuncio surtirá los mismos efectos del desahucio, que no son otros que la terminación unilateral de los contratos de trabajo por parte del empleador y la obligación de entregar por parte de este la bonificación correspondiente en función de la antigüedad del trabajador.

Posteriormente esta norma referente a la liquidación de la empresa sería modificada en el sentido de que, de terminarse los contratos por este motivo, el empleador no solamente deberá pagar a los trabajadores cesantes la indicada bonificación, sino además deberá indemnizarlos como despido intempestivo (actual art. 193 C.T.), con lo que nuevamente se confunde el término “desahucio” con despido intempestivo, cuando más apropiado hubiera sido que lo determinen como tal, si esa era expresamente la intención.

Además debe anotarse, como bien lo señala la doctora Graciela Monesterolo en su obra *Instituciones de derecho laboral individual. Herramientas prácticas* (p. 303), mantener el inciso tercero luego de la reforma es totalmente equívoco, ya que

el inciso segundo grava al empleador con indemnizaciones que debe pagar en tal situación, lo que no justifica la existencia del mencionado inciso, porque se estaría imponiendo una doble indemnización en beneficio de los trabajadores que no son admitidos en el caso de reapertura de la empresa.

Se introduce también en estas normas la obligación de los Inspectores de Trabajo de formar cuadros estadísticos de los casos de desahucios conocidos por ellos, para remitirlos a la Dirección General del Trabajo, cuyo objetivo es conocer la incidencia de este mecanismo de terminación de la relación laboral en la estabilidad y desempleo de nuestro país.

7. Mediante decreto legislativo expedido el 7 de noviembre 1953, publicado en el R.O. de 8 diciembre del mismo año, el art. 2 reconoce el mínimo de estabilidad de los trabajadores en sus puestos de trabajo, prohibiéndose el desahucio antes de un año.

8. En el decreto legislativo expedido el 7 de noviembre de 1955 y publicado en el R.O. 1003, del 24 de diciembre del mismo año, el art. 1 establece la prohibición de desahuciar a los trabajadores desde el momento que estos notifiquen al respectivo Inspector del Trabajo que se han constituido en Asamblea General para organizar un sindicato, comité de empresa o cualquier otra organización de trabajadores, hasta que se organice la primera directiva de la organización de que se trate.

Esta disposición tiene como fin evitar que el empleador, mediante el mecanismo del desahucio, disminuya el número de trabajadores que, eventualmente, pueda impedir la constitución de su organización gremial. Una vez conformada dicha organización, la protección ampara exclusivamente a los miembros de la directiva.

Actualmente dicha protección se halla contemplada en los artículos 452 y 187 del Código del Trabajo vigente.

9. En la segunda codificación del Código de Trabajo publicada en el R.O.S. 356 de 6 de noviembre de 1961, en el artículo 146 consigna, por primera vez, que los contratos a plazo requieren para su terminación, a más del transcurso del tiempo, un preaviso a la otra parte con 30 días de anticipación al fenecimiento del mismo; la falta de esta notificación dará como consecuencia que el contrato se considere renovado en los mismos términos. Aunque dicha notificación debe hacérsela de la misma forma que del desahucio, se distingue de este ya que, a diferencia de los contratos a tiempo indefinido, aquí se fija un plazo por acuerdo de las partes y ese preaviso se constituye en una mera formalidad para ratificar ese acuerdo, algo totalmente diferente a lo que acontece en el desahucio propiamente dicho que es el utilizado en los contratos por tiempo indefinido.

10. Mediante decreto supremo promulgado por la Junta Militar de Gobierno y publicado en el R.O. 365 del 2 de noviembre de 1964 al mencionado artículo se añade:

Después del artículo 146 agréguese lo siguiente: art. [...] Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, el patrono bonificará al trabajador con el 25% del equivalente a la última remuneración mensual por cada uno de los años de servicio prestado a la misma empresa o patrono, salvo que el contrato sea a plazo fijo y por una sola vez.

Esta disposición clarifica la calidad de bonificación a este 25% por cada uno de los años de servicio que deberán recibir los trabajadores por la terminación del contrato mediante desahucio.

3. LEY NO. 133 REFORMATORIA DEL CÓDIGO DEL TRABAJO

El desahucio, como forma de terminación unilateral inmotivada por parte del empleador, afectaba de manera directa a la precaria estabilidad relativa contemplada en nuestra legislación. Siendo un mecanismo vinculado a la sola voluntad de las partes y que no daba derecho a indemnizaciones, permitía que los empleadores lo utilizaran con mucha frecuencia, pues de ello no se derivaban egresos pecuniarios importantes, aparte de la bonificación antes señalada.

En las estadísticas llevadas al efecto, los desahucios solicitados por el empleador eran mucho más numerosos que los solicitados por el trabajador, habida cuenta de que, salvo los casos de trabajadores capacitados y expertos que podían tener acceso a puestos de trabajos más remunerativos y usando este mecanismo podían posicionarse mejor, a la mayoría de trabajadores, normalmente no calificados, no les convenía utilizarlo por la escasez de fuentes de trabajo.

Se comenzó a tomar conciencia de que en verdad el mecanismo del desahucio provocaba, en forma injustificada, una grave lesión a la precaria estabilidad de los trabajadores y fueron varios los decretos de aumento de sueldos y salarios mínimos vitales que, ante el temor de que los empresarios se acogieran a este mecanismo para evitar incremento de costos, dispusieron estabilidades perentorias y prohibieron, por ciertos períodos, la utilización del desahucio como forma de terminación del contrato de trabajo (ejemplo: art. 7 del Decreto Ley No. 02 promulgado en el R.O. No. de 22 de marzo 1985).

La ley número 133, reformatoria al Código de Trabajo, fue expedida el 21 de noviembre de 1991 en el Gobierno del presidente doctor Rodrigo Borja Cevallos y siendo presidente del Congreso el doctor Fabián Alarcón Rivera.

Esta ley que consta de 83 artículos reformativos y una disposición transitoria, modifica varias instituciones del Derecho Laboral ecuatoriano, tanto en el ámbito individual como en el colectivo.

En lo que atañe a nuestro tema, dicha ley lo trata en los siguientes artículos:

1. Art. 30, después del artículo 169, agréguese el siguiente artículo:

Art. ... en los casos previstos en el artículo 169, numeral 3 de este código, la terminación de la relación laboral operara *sin necesidad de desahucio* ni otra formalidad; bastará que se produzca la conclusión efectiva de la obra, del periodo de labor o servicios objeto del contrato, que así lo hayan estipulado las partes por escrito, y que se otorgue el respectivo finiquito ante la autoridad del trabajo [...] (las cursivas son mías).

Esta puntualización probablemente se realizó tomando en consideración la precariedad de este tipo de contratos, que normalmente tienen una duración menor al año y que sirven para satisfacer ciertas necesidades circunstanciales o extraordinarias. En este artículo, al igual que en los otros que vamos a mencionarlos, es equivocada la expresión “sin necesidad de desahucio”, por la imposibilidad de hacerlo por parte del empleador, hubiera bastado con expresarse que operará sin otra formalidad que celebrar el finiquito correspondiente ante el Inspector del Trabajo.

2. Art. 32. En el artículo 184, introdúzcanse las siguientes modificaciones:

a) Suprímase el inciso segundo; y,

b) Sustitúyase el inciso tercero, que pasará a ser segundo, por el siguiente:

En los contratos a plazo fijo, cuya duración no podrá exceder de dos años no renovables, su terminación deberá notificarse cuando menos con treinta días de anticipación, y de no hacerlo así, se convertirá en contrato por tiempo indefinido.

Es necesario transcribir lo que decía el inciso segundo del artículo 184:

[...] Cuando no se ha fijado plazo para la duración del contrato, *ninguna de las partes* pueda hacerlo cesar sino en virtud del *desahucio notificado con anterioridad de un mes, por lo menos, por parte del empleador*, y de quince días por parte del trabajador [...] (las cursivas son mías).

Al suprimirse este inciso, se dejó insubsistente la capacidad del empleador de terminar un contrato de trabajo por su solo arbitrio, utilizando el mecanismo del desahucio; reforma que consideramos pertinente puesto que, como ya lo hemos dejado expresado, el desahucio solicitado por el empleador afectaba de manera directa a la estabilidad del trabajador en su puesto de trabajo, en un país donde la escasez de fuentes de empleo es un mal endémico.

En legislaciones que han desarrollado de mejor manera este concepto, consideran que la estabilidad es un derecho de los trabajadores a permanecer en sus puestos de trabajo hasta alcanzar el beneficio de la jubilación, a menos que concurra una causa justificada para la terminación, por ello creemos que, en ningún caso, podía ser justificada la terminación mediante el desahucio solicitado por el empleador si en ella primaba, exclusivamente, su voluntad, carente de fundamentación, de haberla tenia y tiene la posibilidad de solicitar el visto bueno por una de sus causales.

Como veremos a continuación, este hecho tiene una incidencia fundamental en disposiciones anacrónicas aún existentes en nuestra legislación laboral.

En el literal *b* del artículo 32 que sustituye el inciso tercero, que pasa a ser segundo, se pone de manifiesto que, el único preaviso que subsiste para el empleador luego de esta reforma es el relacionado con los contratos a plazo fijo; es decir, donde se ha fijado plazo de duración por mutuo acuerdo, la notificación debe dársele por los menos 30 días de anticipación, se entenderá por cualquiera de las partes.

3. Art. 33. El artículo 185 dirá:

Art. 185. BONIFICACIONES POR DESAHUCIO. En los casos de terminación de la relación laboral *por desahucio solicitado por el empleador* o por el trabajador, el empleador bonificará al trabajador con el veinticinco por ciento del equivalente a la última remuneración mensual por cada uno de los años de servicio prestados a la misma empresa o empleador.

Mientras transcurra el plazo de *treinta días* en el caso de la notificación de terminación del contrato de que se habla el inciso anterior pedido por el *empleador*, y de *quince días* en el caso del desahucio solicitado por el *trabajador*, el Inspector de Trabajo procederá a liquidar el valor que representan las bonificaciones y la notificación del empleador no tendrá efecto alguno si al término del plazo no consignare el valor de la liquidación que se hubiere realizado.

Lo dicho no obsta el derecho de percibir las indemnizaciones que por otras disposiciones correspondan al trabajador (los resaltados son míos).

En el presente artículo, el hecho de no haber tomado en cuenta que el desahucio por parte del empleador fue suprimido del art. 184 motiva una incongruencia, dando a entender que se mantiene vigente el derecho del empleador para desahuciar, a más de que, equivocadamente, en el inciso siguiente se mantienen los plazos de 30 y 15 días respectivamente para el empleador y el trabajador, cuando, como ya lo hemos, señalado ese plazo ya no es pertinente en el caso del empleador, salvo el preaviso para los contratos a plazo fijo, haciéndose necesaria una reforma en este sentido.

4. Art. 36. En el artículo 194, el inciso segundo pase a ser tercero, y agréguese en su lugar el siguiente:

Si por efecto de la liquidación de negocios, el empleador da por terminadas las relaciones laborales, deberá pagar a los trabajadores cesantes la *bonificación e indemnización* previstas en los artículos 185 y 189, respectivamente, sin perjuicio de lo que las partes hubieren pactado en negociación colectiva (las cursivas son mías).

Al añadirse este inciso al artículo 194 (actual 193 que trata de la liquidación de la empresa), se evidencia la intención de darle la condición de despido intempestivo al aviso que el empleador debe dar a sus trabajadores con anticipación de un mes, pese a expresar que ese anuncio surtirá los mismo efectos que el desahucio.

Si el desahucio ocasiona, exclusivamente, el pago del 25% de la última remuneración multiplicada por los años de servicio del trabajador (bonificación), mal puede obligarse al empleador al pago de indemnizaciones. Sería necesario corregir esa expresión para darle sentido a la norma.

Por otra parte, vale la pena reflexionar sobre el hecho de que, una cosa es la liquidación inmotivada o fraudulenta, que es la que debería producir una reparación por el daño inferido, pagando las indemnizaciones pertinentes y otra cosa, muy distinta, la liquidación forzosa por razones justificadas. En este segundo caso consideramos que no es procedente una indemnización y se hace necesaria una distinción.

5. En las reformas introducidas por el artículo 39 de esta ley, encontramos un procedimiento obligatorio para la celebración del contrato colectivo, destacándose en nuestro tema lo siguiente:

Art. 39. A continuación del artículo 230, añádase los siguientes artículos [...]

Art. [...] PROHIBICIÓN DE DESPIDO Y DESAHUCIO DE TRABAJADORES. Presentado el proyecto de Contrato Colectivo al Inspector del Trabajo, el *empleador no podrá desahuciar ni despedir* a ninguno de sus trabajadores estables o permanentes, mientras duren los trámites previstos en este Capítulo. Si lo hiciere indemnizará a los trabajadores afectados con una suma equivalente al sueldo o salario de doce meses, sin perjuicio de las demás indemnizaciones previstas en este Código o en otro instrumento.

Mientras transcurra el tiempo de la negociación o tramitación obligatoria del Contrato Colectivo, no podrá presentarse pliego de peticiones respecto de los asuntos pendientes materia de la negociación o tramitación (las cursivas son mías).

Esta disposición, que actualmente consta en el artículo 233 del Código del Trabajo, trata de evitar el despido de los trabajadores, protegiéndoles con una estabilidad parentoria mientras dura el trámite de la celebración del contrato colectivo;

sin embargo, lo equívoco es mantener la expresión “desahuciar”, por todas las consideraciones ya expuestas.

6. Art. 54. El artículo 448 dirá:

Art. 448. PROHIBICIÓN DE DESAHUCIO Y DE DESPIDO. Salvo los casos del artículo 171, el *empleador no podrá desahuciar* a ninguno de sus trabajadores, desde el momento en que estos notifiquen al respectivo Inspector del Trabajo que se han reunido en asamblea general para constituir un sindicato o comité de empresa, o cualquier otra asociación de trabajadores, hasta que se integre la primera directiva. Esta prohibición ampara a todos los trabajadores hayan o no concurrido a la asamblea constitutiva (las cursivas son mías).

Esta norma, como lo hemos dejado señalado anteriormente, trata de evitar que el empleador separe, injustificadamente, a los trabajadores y, de esta manera, pueda atentar contra la libertad y autonomía sindicales, a más de afectar al número necesario para su constitución, al igual que en el caso anterior la utilización del término desahucio está fuera de lugar.

7. Art. 63. El artículo 490 dirá:

Art. 490. CASOS EN QUE PUEDE DECLARARSE LA HUELGA. Los trabajadores podrán declarar la huelga en los siguientes casos:

[...]

2. Si después de notificado el empleador, *despidiere o desahuciare* a uno o más trabajadores. Exceptuase el caso de despido del trabajador que haya cometido actos violentos contra los bienes de la empresa o fábrica o contra la persona del empleador o su representante; [...] (las cursivas son mías).

El artículo en mención es actualmente el 497 del Código del Trabajo y en el numeral segundo del mismo se encuentra incorporada esta disposición.

La huelga tiene como objetivo la defensa de los derechos de los trabajadores que eventualmente pueden ser desconocidos o atropellados por los empleadores. Con este mecanismo que, en realidad, es impuesto por la fuerza y, por lo tanto, en otras circunstancias, no produciría efectos jurídicos reconocidos, al tratarse de un mecanismo legal propuesto en beneficio de los colectivos de los trabajadores, sector más débil de la relación laboral trata, como hemos dicho, con su ejercicio, alcanzar el reconocimiento de los derechos de los trabajadores, pero también las aspiraciones de orden económico y jurídico que, una vez aceptadas, mejoran las condiciones de trabajo.

Cuando estaba vigente el inciso segundo del artículo 194 parecía plenamente justificado que haya esta limitación o freno al empleador, evitando que dicho de-

recho quede sin respaldo; sin embargo, si la propia ley 133 que tratamos suprimió la facultad de desahuciar por parte del empleador, mal hicieron en mantener el desahucio como una prohibición en este caso.

Vale la pena comentar en este punto que varias de las disposiciones que estamos analizando mantienen la prohibición del “despido”, para los casos en que se pretende proteger de manera especial a los trabajadores; sin embargo, este término es absolutamente equívoco, como bien lo señala la doctora Isabel Robalino en su obra *Manual del derecho del trabajo*, tratándose de un mecanismo ilegal de terminación del contrato, no era necesario mencionárselo, máxime que pese a la prohibición, de hecho el empleador puede terminar el contrato de trabajo con el trabajador si así lo desea, debiendo pagarle lo que le corresponda, pues, en sistemas laborales como el nuestro, en donde prevalece una estabilidad relativa, su violación se resuelve con indemnizaciones.

4. OTRAS DISPOSICIONES DE LA LEGISLACIÓN VIGENTE

Por considerar de especial importancia vamos a citar algunas disposiciones en donde se mantiene aún este anacronismo.

1. Art. 154. Incapacidad para trabajar por enfermedad debida al embarazo o al parto...

En caso de que una mujer permanezca ausente de su trabajo hasta por un año a consecuencia de enfermedad que, según el certificado médico, se origine en el embarazo o en el parto, y la incapacite para trabajar, no podrá darse por terminado el contrato de trabajo por esa causa. No se pagará la remuneración por el tiempo que exceda de las doce semanas fijadas en el artículo precedente, sin perjuicio de que por contratos colectivos de trabajo se señale un período mayor.

Salvo en los casos determinados del art. 172 de este Código, la mujer embarazada no podrá ser objeto de despido intempestivo ni desahucio, desde la fecha que se inicie el embarazo, particular que justificará con la presentación del certificado médico otorgado por un profesional del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, y a falta de este, por otro facultativo.

En caso de despido o *desahucio* a que se refiere el inciso anterior, el inspector del trabajo ordenará al empleador pagar una indemnización equivalente al valor de un año de remuneración a la trabajadora, sin perjuicio de los demás derechos que le asisten (las cursivas son mías).

Esta disposición protege a la mujer trabajadora en caso de una enfermedad no profesional proveniente del embarazo o parto; es una de las causas biológicas de suspensión del contrato que impide que una motivación de esta naturaleza termine injustamente con la relación laboral, mas aún, la trasgresión a esta norma provoca

una de las causas de acumulación de indemnizaciones que recibe la trabajadora por este concepto, con las ordinarias previstas para el despido intempestivo. La constitución de 2008 ratificó este procedimiento en el art. 332 inciso segundo.

Lo aquí establecido era coherente con la antigua legislación donde se había previsto el desahucio por parte del empleador, en la actualidad no tiene ningún sentido, a más de que, si se trata de un contrato a plazo fijo, aunque la mujer se encuentre embarazada, el contrato sí se puede terminar, al igual que puede acontecer en los ocasionales, eventuales, de temporada y los señalados en el numeral 3 del artículo 169 ya citado.

2. Similar argumento podemos utilizar en los artículos 174, 175 y 153 en donde se establecen los casos de suspensión en los que el empleador no puede dar por terminado el contrato por ausencia del trabajador motivada en enfermedad no profesional, servicio militar obligatorio, ejercicio de cargos públicos o por la ausencia de trabajadora fundada en el descanso, con motivo de parto.

3. Consideración especial requiere la norma que se refiere al “desahucio simultáneo”:

Art. 186. Prohibición de desahucio. Prohíbese el desahucio dentro del lapso de treinta días, a más de dos trabajadores en los establecimientos en que hubiere veinte o menos, y a más de cinco en los que hubiere mayor número.

Este desahucio operaba efectivamente cuando existía la potestad de desahuciar por parte del empleador y trataba de evitar su utilización abusiva, señalando por ello los parámetros de tiempo en que debía realizarse, tratando así de evitar la desocupación masiva de los trabajadores.

Antes de la reforma introducida por la ley 133 (art. 184) no cabía la terminación, en los contratos de naturaleza estable, violentando dicha norma (desahucio simultáneo). En la actualidad, cuando el empleador solo puede desahuciar los contratos a plazo fijo que no son de naturaleza estable, no puede operar, en ningún caso, el desahucio simultáneo. Creemos, en cambio, que el empleador sí puede dar, cuantas veces considere necesario, esta notificación a los trabajadores con contrato a plazo fijo sin importar el número a los que afecte.

Por lo expuesto, el artículo 186 debería entenderse tácitamente derogado por la mencionada reforma.

4. En el título tercero del Código del Trabajo, que se refiere a las Modalidades del Trabajo, en el capítulo primero trata del “Servicio Doméstico”, contrato que, por otra parte, de conformidad al artículo 14 se encuentra exceptuado de la estabilidad mínima en él consignada (literal c).

Es una modalidad que reviste ciertas particularidades por las connotaciones que tiene la actividad desarrollada (el empleador es una persona que no persigue fin de lucro, el trabajo puede realizarse dentro de los hogares, se debe proveer de alimentación, albergue y educación, etc.), por lo que se justifica que pueda darse una terminación como lo prevé el artículo siguiente:

Art. 265. Cesación del servicio. Si no se hubiere determinado plazo podrá cesar el servicio a voluntad de las partes, o previo el respectivo desahucio.

El empleador que desahucie al doméstico estará obligado a concederle licencia de dos horas semanales para que busque nueva colocación.

En caso de despido intempestivo, para el cómputo de la indemnización, se tomará en cuenta únicamente la remuneración en dinero que perciba el doméstico.

Como puede observarse, en el primer inciso se permite terminar el contrato indefinido con los servidores domésticos de dos maneras: por el mero arbitrio de cualquiera de las partes, es decir, sin ninguna formalidad, o previa la respectiva notificación del desahucio, siendo esto último facultativo, creemos que la no utilización de este mecanismo no impondría ninguna sanción al que lo utiliza; sin embargo, el último inciso establece el valor que deberá tomarse en cuenta para el cálculo de la indemnización en caso de despido intempestivo, que no es otro que lo que recibe de dinero por concepto de su trabajo.

Si se está admitiendo la liberalidad de las dos partes para la terminación, debería bastar el finiquito correspondiente para que se perfeccione la misma.

5. En el capítulo cuarto que trata de los empleados privados el artículo 310 establece:

Art. 310. Causas para la terminación de estos contratos. Estos contratos terminan por las causas generales, sin perjuicio de que el empleador pueda también dar por concluido el contrato, *sin necesidad de desahucio*, por las causas siguientes:

1. Cuando el empleado revele secretos o haga divulgaciones que ocasionen perjuicios al empleador; y
2. Cuando el empleado haya inducido al empleador a celebrar el contrato mediante certificados falsos (las cursivas son mías).

Esta disposición, a diferencia de las otras, mantiene una forma distinta de terminación de la relación laboral al establecerse que estos concluyen cuando concurren las causas en él consignadas, sin necesidad del mecanismo del desahucio. Deja a la discrecionalidad del empleador la posibilidad de concluir los contratos de trabajo sin ningún procedimiento previo, como podría ser la justificación de las mismas tramitando el visto bueno, debiendo demostrarlas el empleador, únicamente, si el trabajador demanda despido intempestivo por la separación de que fue objeto.

Situación similar acontece en los artículos 163 referente a los aprendices, 329 referente a los trabajadores de las empresas de transporte y 412 numeral 5 referente a la obtención oportuna de la ficha de salud por parte del trabajador.

Nos parece poco adecuado mantener, sin un procedimiento claro, dichas terminaciones; creemos que más conveniente sería especificar que, en estos casos, debería preceder el trámite del visto bueno para justificar esa separación.

5. REFLEXIONES FINALES

Concluida esta breve revisión de las normas referentes al desahucio quisiéramos concluir con algunas reflexiones al respecto.

1. El desahucio es una figura jurídica que pretendió, en su inicio, ser un mecanismo de terminación legal, unilateral e inmotivada del contrato, que podía ser utilizada tanto por el empleador como por el trabajador y su ejercicio no daba derecho a indemnizaciones.
2. Al reformarse el artículo 184 que eliminó dicha facultad para el empleador, se desvirtuó sustancialmente el sentido que tenía y, peor aún, como hemos podido observar en las normas comentadas, cuando se mantuvo el vocablo en aquellas en que ya no era procedente.
3. Aparentemente se pretendió que, al eliminar este mecanismo como forma de terminación por parte del empleador, sea el trabajador el único beneficiario de su utilización, sin embargo de ello, se lo mantiene para los contratos a plazo fijo, del servicio doméstico y en el caso de la liquidación de la empresa.
4. En el caso del ejercicio de este derecho por parte del trabajador, sería conveniente tomar en cuenta ciertas situaciones especiales, que deberían ser tratadas con mayor equidad.
5. Las empresas modernas, actualmente, se preocupan mucho por introducir en ellas la capacitación de los trabajadores para alcanzar mejores resultados en su desempeño, lo que significa costos e inversión que, eventualmente, pueden ser importantes. En situaciones de esta naturaleza parecería inequitativo que un trabajador que ha sido beneficiado con esa capacitación, termine la relación laboral sin justificación mediante el desahucio.

Si tomamos como referencia la norma constante en el artículo 42 numeral 27 que establece:

Conceder permiso o declarar en comisión de servicio hasta por un año y con derecho a remuneración hasta por seis meses al trabajador que, teniendo más de cinco años de actividad laboral y no menos de dos años de trabajo en la misma empresa, obtuviere beca para estudios en el extranjero, en materia relacionada con la actividad laboral que ejercita, o para especializarse en establecimientos oficiales del país, siempre que

la empresa cuente con quince o más trabajadores y el número de becarios no exceda del dos por ciento del total de ellos.

El becario, al regresar al país, deberá prestar sus servicios por lo menos durante dos años en la misma empresa.

Creemos que en el caso antes anotado debería darse un arbitrio similar.

6. Sería conveniente cambiar la expresión “desahucio” por “preaviso” en los contratos que se permite al empleador impulsarlo, de tal manera que queden claramente diferenciadas estas dos situaciones.
7. Finalmente creemos que, dado que la bonificación del desahucio está vinculada a la antigüedad del trabajador, sería conveniente unificar este derecho para todos los trabajadores, independientemente de la forma como terminen sus contratos.

6. BIBLIOGRAFÍA

Larrea Rodríguez, Karina,

“El desahucio en el Ecuador”, trabajo de investigación.

Monesterolo Lencioni, Graciela,

2010 *Instituciones del derecho laboral individual. Herramientas prácticas*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones

Robalino, Isabel,

1996 *Manual de derecho del trabajo*, Quito, Fundación Antonio Quevedo, 3a. ed.

Trujillo, Julio César,

2008 *Derecho del trabajo*, Quito, PUCE.

Vela Monsalve, Carlos,

1955 *Derecho ecuatoriano del trabajo*, Quito, La Unión.

CONSTITUCIÓN, *SUMAK KAWSAY* Y TRABAJO

Angélica Porras Velasco

1. INTRODUCCIÓN

Colaborar en la construcción de una obra académica en homenaje al doctor Julio César Trujillo es en sí razón suficiente para emprender reflexiones relacionadas con la Ciencia Social, Política o el Derecho. Pero, además de ello, los temas aquí tratados deben buena parte de su impulso y realización a los pensamientos y a las acciones del Maestro. El trabajo como institución social y jurídica ha sido abordado por el Jurista en múltiples ocasiones, de hecho, sus textos¹ fueron y siguen siendo referente obligatorio de estudio en las facultades de Derecho y entre los profesionales del mismo. A esto hay que añadir que su práctica ha estado regida por una profunda ética a favor de las reivindicaciones sociales de los trabajadores. Por otro lado, las teorizaciones y las demandas respecto de los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas han tenido en él al *filósofo* y al *compañero de lucha*.² Por todo esto, nos aventuramos a plasmar por escrito algunas especulaciones respecto a dos de los temas que deben su estado actual en el Derecho a Julio César Trujillo: trabajo y *sumak kawsay*. En este sentido, este artículo pretende estudiar ambas instituciones justo en el punto en el que confluyen: la Constitución.

Como no escapará al lector, también el constitucionalismo ecuatoriano, tanto en su versión histórica como en aquella teórica, ha contado con el *Catedrático* como uno de sus exponentes principales, siempre a favor del constitucionalismo democrático y del respeto de los Derechos Humanos; sus aportaciones como Polí-

1. Cfr.: Julio César Trujillo, *Derecho del trabajo*, t. I y II, Quito, Editorial Don Bosco, 1973.
2. Solo a manera de ejemplo citamos algunos de sus más recientes trabajos: Julio César Trujillo, “El Ecuador como Estado Plurinacional”, en Alberto Acosta y Esperanza Martínez, comps., *Plurinacionalidad. Democracia en la diversidad*, Quito, Abya-Yala, 2009, pp. 63-79; “Sociedad civil, Estado y participación”, en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, eds., *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2009, pp. 21-44; sin contar las aportaciones sustanciales que hizo a las Constituciones de 1979 y la de 1998 respecto a la participación y los derechos como Asambleísta, y a la de 2008, como uno de sus principales ideólogos.

tico constituyente y como pensador son sustanciales para entender la evolución del Estado constitucional en el país.

A lo largo de estas páginas nos gustaría esbozar algunas de las implicaciones que tiene la noción de *sumak kawsay* para la Constitución económica y muy específicamente para el trabajo. Para ello empezaremos por delimitar brevemente el concepto y su relación con toda la Constitución, para luego avanzar en los vínculos con el trabajo. En ese orden de ideas pretendemos argumentar en torno a tres tesis:

1. El *sumak kawsay* informa y justifica toda la constitución y por tanto no puede ser reducida a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales o al régimen del Buen Vivir contenidos en la Constitución, como se ha venido haciendo.
2. El *sumak kawsay*, en cuanto a lo social y político, busca la superación de la colonialidad y la construcción de una sociedad más relacional, responsable y respetuosa de las diferencias.
3. El *sumak kawsay*, en cuanto a lo económico, supone tres transformaciones trascendentales:
 - a) Un cuestionamiento al modelo de desarrollo y su matriz productiva.
 - b) Una nueva relación trabajo-capital.
 - c) Una nueva relación naturaleza-ser humano.

Mas, como un preámbulo, es necesario acotar que el referirse al *sumak kawsay* cada vez que se debe hablar de la Constitución se ha convertido en un lugar común; sin embargo, la discusión sobre su contenido o sus implicaciones en el propio sentido de la Constitución ha sido sorteada intencional o inintencionalmente muy a menudo. Esto tiene su explicación no solo en que es un concepto nuevo, al menos para el constitucionalismo, no así para los pueblos y nacionalidades originarios de América andina, sino, y sobre todo, en que es una forma diferente de entender y enfrentar el mundo, estructurada en torno a principios que resultan en tensión con algunos principios fundamentales de la modernidad y quizás de la occidentalidad. Precisamente como resultado de esto último, para abordar la relación Constitución-*sumak kawsay*-trabajo, hay que enfrentar múltiples barreras epistémicas, al menos del lado de quienes somos mestizos y, además, abogados.

Como conocemos, formamos parte de una construcción identitaria nacional basada en la exclusión y la jerarquía que se hizo de espaldas a las culturas y forma de vida de los habitantes anteriores a la invasión española, los que luego pasaron a ser los olvidados o aquellos a ser superados con la modernización. Como bien lo señala Catherine Walsh, esto tiene que ver con la relación de colonialidad basada en el reconocimiento y valoración solo de algunos –que aún persiste en el Estado y sociedad ecuatorianas– y con la formación de la nación monocultural que busca un modelo civilizatorio en Europa.³

3. Catherine Walsh, “Estado plurinacional e interculturalidad”, en Alberto Acosta y Esperanza Martínez, comps., *Plurinacionalidad. Democracia en la diversidad*, pp. 163 y 164.

Por otro lado, la formación de los abogados en el país es debitoria de un positivismo reduccionista y legalista que toma como único elemento relevante del derecho el texto de la norma, además de compartir con la educación legal general, el aprendizaje de la jerarquización, como único mecanismo de relacionarse con el mundo. En palabras de Duncan Kennedy, la educación del derecho “es un entrenamiento ideológico para servir voluntariamente a la jerarquía del Estado de bienestar empresarial”.⁴

Al mismo tiempo, la conformación constitucional actual es un primer intento serio y comprometido por incorporar la cosmogonía andina en los principios que conforman el Estado ecuatoriano. Con ese afán, una de las cuestiones más relevantes fue el reconocimiento de la plurinacionalidad del Estado ecuatoriano; al respecto, Julio César Trujillo llama la atención sobre los siguientes puntos: en primer lugar nos hace notar que la reivindicación de la plurinacionalidad del Estado es el resultado de una larga lucha de los pueblos y nacionalidades; en segundo lugar, plantea la inclusión en la Constitución de una pluralidad de conceptos sobre nacionalidad que integran su dimensión jurídica, política y cultural; en tercer lugar, deja claro la deuda que todavía mantiene la Constitución en cuanto a la participación en el ejercicio del poder, y, por último, deja en claro que la participación en el ejercicio del poder estatal no agota sus derechos.⁵ Podríamos sostener entonces que parte de esa incorporación constitucional es también el reconocimiento del *sumak kawsay*.

2. EL SUMAK KAWSAY

Ahora bien, definir o, más modestamente, delimitar qué se entenderá por el *sumak kawsay* o por “el buen vivir”, como se lo ha traducido –no tan felizmente dicen–, requiere un esfuerzo proyectivo y de largo aliento, se trata de un concepto en construcción que exige la concurrencia de distintos saberes y conocimientos, pueden aportar en él tanto la racionalidad occidental como la de los pueblos originarios, la de las mayorías como las de las minorías, pero sobre todo es primordial la voz de los grupos que por largo tiempo fueron olvidados; el *sumak kawsay* no es solo un concepto innovador, es el resultado de luchas sociales, de la valoración de formas distintas de pensar y sentir el mundo. Por ser un asunto que irá formando sus contornos conforme avance la interpretación y aplicación intercultural de la

4. Duncan Kennedy, “La educación legal como preparación para la jerarquía”, en Christian Courtis, comp., *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2001, p. 549.
5. Julio César Trujillo, “El Ecuador como Estado plurinacional”, en Alberto Acosta y Esperanza Martínez, comps., *Plurinacionalidad. Democracia en la diversidad*, pp. 63-79.

Constitución, no es objeto de este trabajo su definición;⁶ sin embargo, es importante establecer qué entenderemos por él a lo largo de estas reflexiones.

En primer lugar es necesario plantear las distancias entre lo que con cierto reduccionismo y abuso del término nos permitiremos denominar la “racionalidad occidental” y el *sumak kawsay*. Siguiendo a Horkheimer⁷ plantearemos que la racionalidad en Occidente terminó abandonando la búsqueda de la verdad que la caracterizó tanto en la antigüedad como en la edad media, y en alguna medida en el liberalismo inicial, por el cálculo y la orientación a los fines, con lo que convirtió a la relación medios/fines, en la esencia de la misma⁸. En esa medida, podríamos sostener que la racionalidad occidental se sustenta en tres pilares: la subjetividad individual, lo que desaparece del horizonte la relación con los otros sujetos y con la naturaleza; la reducción a medios de todo lo que esté fuera del sujeto, incluidos

6. Pues parafraseando a Lucien Febvre: “toda definición es una cárcel, corremos el riesgo de dejar muchas cosas fuera y/o por el contrario, introducir otras que no correspondan. Las definiciones fijan las ideas y las sacan de los contextos vivos que las enriquecen”. Cfr. Lucien Febvre, *Combates por la historia*, México, Ariel, 1984.
7. Max Horkheimer, *Crítica de la razón instrumental*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1969, pp. 16-68.
8. En *Crítica de la razón instrumental*, Horkheimer explica como las dos concepciones de la razón, objetiva y subjetiva, pervivieron desde la antigüedad y solo con la llegada de la modernidad y sobre todo de la industrialización termina imponiéndose esta última en una versión pragmática. Es necesario distinguir entre estas dos formas de razón para intentar posteriormente explicar su transformación. Para él, la noción de razón objetiva se “afirmaba (en) la existencia de la razón como fuerza contenida no solo en la conciencia individual, sino también en el mundo objetivo: en las relaciones entre los hombres y entre las clases sociales, en instituciones sociales, en la naturaleza y sus manifestaciones” hombre y sus fines estaban contenidos en este sistema, pero además, servía de estándar para pensamientos y acciones humanas. Este concepto no excluía a la razón subjetiva, la consideraba una parte de la estructura, pero siempre imperfecta, incapaz de captarla en su totalidad. La segunda forma de entender la razón es desde una concepción subjetiva, “como una capacidad subjetiva del intelecto”, en este punto la racionalidad humana se convierte en la “capacidad de calcular probabilidades y de adecuar así los medios correctos a un fin dado”, es decir, esta forma de entender la razón instrumentaliza los objetos y conceptos, pues estos son relevantes solo en cuanto a su relación con el fin y no por sí mismos, el pensamiento entonces sirve o está instrumentalizado hacia algo. El problema frente a esta situación es que todo se relativiza y ningún fin, así como ningún medio, es válido en sí mismo, se han vaciado de su contenido y no dejan de ser más que en palabras de Horkheimer “meros envoltorios formales”, la razón así concebida habría renunciado inclusive –y en tanto relativa– a regular las decisiones y actos de los seres humanos. Con la llegada de la edad industrial, el individualismo y la idea de interés particular fue ganando paulatinamente espacio dejando de lado otros motivos considerados hasta entonces fundamentales para el actuar humano y social, como por ejemplo la búsqueda de la verdad. En cuanto más instrumentalizadas las ideas, pierden su autonomía y se convierten en cosas y la jerarquización de las mismas solo es hecha por una sola autoridad: la ciencia. La sociedad postindustrial solo tiene un sentido, servir a un fin, cuando las acciones y los hechos no tienen este destino son considerados inútiles o superfluos, solo aquello que puede ser instrumentalizado vale, inclusive los seres humanos y la naturaleza solo valen en cuanto se instrumentalizan (Max Horkheimer, *Crítica de la razón instrumental*, pp. 15-55).

por supuesto los otros seres humanos y la naturaleza; y, por último, el relativismo, vaciando de sustancia la noción y contenido de razón y disminuyendo su potencialidad a mera forma.

Desde un análisis siempre occidentalizado, encontramos, por otro lado, ciertas sociedades como la andina, que a través de la pervivencia de su cosmogonía⁹ cuestionan de manera sustancial la “racionalidad instrumental” del mundo en varios de sus aspectos. El mundo indígena¹⁰ es ante todo una *vivencia* que está conformada por el cruce –*chacanas*– de todos los seres en todos los tiempos y espacios, es decir, se caracteriza por la relacionalidad entre el mundo, los otros y el ser. Su explicación, por tanto, se hunde en la creencia y la racionalización, confluyen los mitos, los sueños, los deseos, pero también la verdad, la ética y la acción. Este entramado es el origen de los principios éticos del *runa* que le permiten sentirse parte del micro-macro-cosmos y lo arrojan no solamente a un actuar correctamente, sino a un actuar sacralizado, es decir, a una vivencia ritual y significativa que trasciende en el tiempo y en el espacio de su existencia, pues lo que haga o deje de hacer repercute en todos los niveles del universo.¹¹

Podríamos decir que tiene cierta similitud con la propuesta husserliana de la *experiencia de vida*, ya que involucra el *ontos* del ser. Pero la concepción indígena no se queda en la racionalidad de la fenomenología, sino que la sobrepasa al incluir un verdadero *ontos*, es decir, es más cercana a la comprensión *óntica* de todo el ser. La concepción indígena andina comprende al ser no como individuo, sino como *relacional*; algo es en tanto está en relación con otro algo, lo cual lo lleva a una dependencia y una responsabilidad ante todo lo que lo rodea, de allí los principios fundamentales de lo que llama Esterman –por denominarlo de alguna manera– “racionalidad andina”, que serían la *relacionalidad* como principio más importante y derivado de él: la *complementariedad*, la *correspondencia* y la *reciprocidad*.¹² En resumen, el pensar andino es la unión de todos los saberes (míticos, racionales, empíricos, sensitivos, proyectivos, retrospectivos y demás) que cualquier humano occidental percibe, pero que no puede demostrar. En una palabra, es la *sofoi*, sabiduría del mundo socrático y presocrático.¹³

Ahora bien, ¿cómo entender estos principios? es un asunto sustancial de la Filosofía del Derecho en el país, por lo pronto baste aquí dar algunas ideas generales

9. Por cosmogonía entendemos el sistema de pensamiento andino que incluye mitos, creencias, instituciones, racionalidades, etc.
10. Utilizamos la categoría conceptual “indígena” más como un término ilustrativo que como una realidad común existente, pues hay multiplicidad de formas de ser indígena.
11. Cfr.: Josef Esterman, *Filosofía andina. Estudio intercultural de la sabiduría autóctona*, Quito, Abya-Yala, 1998, pp. 139-189.
12. *Ibid.*, pp. 111-135.
13. Agradezco en esta parte los aportes y explicaciones de Tomás Sánchez Jaime, investigador de la UPEC.

del sentido que toman en este trabajo. Por relacionalidad¹⁴ entendemos la conexión que “todo tiene con todo”, la existencia misma depende de eso, “no se puede concebir un ente separado y aislado” ni la naturaleza, ni los seres humanos, ni la vida, ni la muerte, todos ellos se definen por el sistema de relaciones, no son posibles ni imaginar ni concretar individualidades aisladas, en esa medida no existen ni abstracciones absolutas (por ejemplo individuo en sí) ni relativismos absolutos (por ejemplo, un ente particular). Este que constituye el eje primordial de la forma de concebir el mundo andino, a su vez sirve de base para los otros principios: el de correspondencia, complementariedad y reciprocidad. La correspondencia se manifiesta en la medida en que los diferentes niveles de la vida guardan relación bidireccional de manera armoniosa, es decir, son relaciones de ida y de vuelta pero en diferentes campos, por ejemplo, entre lo macro y lo micro, entre lo grande y lo pequeño. Sin embargo, cabe anotar que esta correspondencia no es causal o inferencial sino simbólica, o sea, constituye una presentación sui géneris de la realidad. Con respecto al principio de complementariedad, que viene a ser una especie de concreción de los dos principios anteriores, es importante mencionar que en el mundo andino no existe un ser aislado pleno, sino que solo es tal en la medida en que coexiste con su complemento específico, así los pares dicotómicos: verdad y falsedad, vida y muerte, etc., no se excluyen entre sí sino que solo son inteligibles en la medida en que coexisten integrados en un principio más amplio. Por último tenemos el principio de reciprocidad que vendría a ser el nivel ético del principio de correspondencia, este principio representa más que una decisión un deber cósmico derivado de una integralidad del mundo y sus relaciones en las que participa el ser humano, por lo que no solo el principio de reciprocidad funciona frente a otros seres humanos, también lo hace frente a la naturaleza y frente al cosmos, etc.¹⁵

3. PRIMERA TESIS. EL *SUMAK KAWSAY* INFORMA Y JUSTIFICA TODA LA CONSTITUCIÓN Y POR TANTO NO PUEDE SER REDUCIDA A LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES O AL RÉGIMEN DEL BUEN VIVIR

El *sumak kawsay* se introduce en la Constitución como valor, como principio y como reglas¹⁶ constitucionales; aunque encontramos en estas tres manifestacio-

14. El principio de relacionalidad junto con el de equilibrio y armonía son explicados por Nina Pacari Vega en “Naturaleza y territorio desde la mirada de los pueblos indígenas”, en Alberto Acosta y Esperanza Martínez, comps., *Derechos de la Naturaleza. El futuro es ahora*, Quito, Abya-Yala, 2009, pp. 31 y ss.

15. Josef Esterman, *Filosofía andina. Estudio intercultural de la sabiduría autóctona*, pp. 11-135.

16. La distinción entre principios y reglas ha ocupado numerosas obras en los últimos años, intentando hacer una síntesis de las principales propuestas hallamos al menos tres: Zagrebelsky utiliza dos

nes su principal función en la Constitución, es como valor y como principio; como valor en cuanto justifica una serie de normas e instituciones constitucionales y como principio en la medida que de él derivan una serie de derechos fundamentales y garantías institucionales. Sin entrar en el largo debate de la diferencia entre valor-principio y regla, es importante mencionar qué entendemos por ellos, considerando el criterio de generalidad. Los valores dan el sentido básico y orientan la interpretación y aplicación de todo el derecho, representan las aspiraciones y el deber ser que busca una sociedad determinada, es decir constituyen el entramado de criterios que indican lo que es “bueno”; en ese sentido, están ubicados en la axiología. Por otro lado, encontramos los principios con un nivel menor de generalidad que teniendo algo más de concreción que los valores, especifican situaciones y consecuencias jurídicas que orientan su aplicación; estos corresponden al ámbito deontológico, es

criterios, ambos de carácter funcional; sostiene que la diferencia se puede encontrar por un lado en la forma de interpretación de las normas, y, por otro, en lo que “hacen las normas”; en el primer caso, sostiene que los principios no deben ser “interpretados” a través del análisis del lenguaje, sino “entendidos” en su *ethos*, es decir, al pertenecer al mundo de los valores, se remiten a “tradiciones históricas” o “contextos de significado” en los que las palabras son solo una “alusión”. En cambio, las reglas pueden y deben ser interpretadas con los variados métodos del derecho, es posible determinar lo que quieren decir mediante la interpretación del lenguaje. Con respecto al segundo punto plantea que la diferencia sustancial estriba en que las reglas establecen criterios de actuación; en cambio los principios criterios para tomar posición ante situaciones concretas que permanecían de antemano indeterminadas, en esa medida su significado será siempre operativo, es decir solo frente a un caso específico. De otro lado están quienes realizan el análisis a partir precisamente del lenguaje, entre ellos, Ricardo Guastini, quien ha echado mano del criterio de generalidad; él sostiene que en el lenguaje jurídico existen diferentes niveles de generalidad a través de los cuales se expresan las normas en las disposiciones jurídicas, según este grado se distinguen varios tipos de normas: reglas, principios y valores. La regla es una disposición específica, con una estructura que contiene “un enunciado condicional que conecta una consecuencia jurídica cualquiera con una clase de supuestos concretos”. En esa línea, funcionan como premisa mayor de un silogismo, la consecuencia jurídica puede ser el nacimiento de derecho o una obligación, una sanción, la adquisición de un estatus, etc. Constituyen mandatos imperativos por lo que admiten un juicio absoluto de cumplimiento o no cumplimiento. Los principios son una prescripción más genérica, no hacen referencia a comportamientos concretos sino que establecen estándares de comportamiento, para Guastini los principios son normas fundamentales en la medida en que caracterizan el sistema jurídico de que se trata, le da fundamento axiológico, no exigen ninguna fundamentación ética, porque se concibe como una norma naturalmente justa o correcta; son normas estructuralmente indeterminadas. Por último, nos parece importante recurrir a los aportes de Alexy, quien encuentra que hay otra distinción entre normas y principios que radica en que los principios son mandatos de optimización y las reglas mandatos definitivos, para los principios opera la orden de que algo sea realizado en la mayor medida posible de acuerdo a las posibilidades fácticas y jurídicas, estas últimas tienen que ver con las reglas y también los principios que operan en sentido contrario. En cambio las reglas o son obedecidas o no lo son. Al respecto se pueden ver: Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1995, p. 110; Ricardo Guastini, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Madrid, IJ-UNAM / Mínima Trotta, 2008, p. 74; Robert Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2004, p. 162.

decir indican “lo debido”. Los principios son una norma que contiene un imperativo de justicia.¹⁷

Sin embargo, la larga teorización sobre las diferencias estructurales entre las normas no logra superar el problema práctico de todo sistema axiológico, el procedimiento para establecer el sentido o dicho de mejor manera el contenido “correcto” del mismo. Se podría contraargumentar diciendo que para eso está la interpretación y sobre todo aquellos métodos considerados más propios de un Derecho por Principios –en el sentido de Zagrebelsky–,¹⁸ pero esta respuesta resulta al menos débil o inservible en la aplicación del derecho, pues habría que suponer un juez omnisciente y absolutamente impermeable a las presiones de la política, la economía y la ideología. Y la realidad tozudamente ha demostrado lo contrario. A esto habría que agregar que en sí el “sistema axiológico-deontológico” del *sumak kawsay* es desconocido y en algunas ocasiones inclusive menospreciado, pues viene de una cultura diferente a la que ha sido nombrada oficial en el país y cuestiona de manera severa la racionalidad occidental, que dicho sea de paso es el fundamento de la forma y la fuerza del derecho. En definitiva, sobre lo que queremos llamar la atención es que si en algún espacio resulta claro que los principios y valores no son tan autoevidentes o axiomas es precisamente en este, ya que el *sumak kawsay* debe ser al menos conocido mediante una decisión voluntaria o construida interculturalmente, y no se puede suponer incluido ya en las conciencias de los ecuatorianos y sus jueces.

A pesar de todas las preocupaciones arriba mencionadas, es una obligación reconocer que la Constituyente de Montecristi supone un avance sustancial en la consolidación de un constitucionalismo democrático, pues incluye como criterio de validez de todo el ordenamiento jurídico a una forma de concepción del mundo –una racionalidad– distinta de la hasta ahora proclamada como única, o quizás haya que reconocer más humildemente que adoptar el *sumak kawsay* exige la reconstrucción del derecho y su ejercicio.

Como se dijo ya, la Constitución ecuatoriana es prolífica en referencias al *sumak kawsay*, lo que nos indica que casi todas, sino todas, las instituciones jurídicas y políticas de la Constitución deben ser repensadas. Como valor podemos encontrar referencias al *sumak kawsay*, lo mismo en el preámbulo como en las normas referidas a los deberes del Estado (art. 3), al régimen especial del gobierno de Galápagos (art. 258), o al Régimen de Desarrollo (art. 275 y ss.). Como principio, tenemos a las normas que consagran los derechos del buen vivir (arts. 12-34) y aquellas referidas al Régimen del Buen Vivir (arts. 340 y ss.).¹⁹ La Constitución

17. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp. 63 y ss.

18. Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, pp. 109 y ss.

19. Alrededor de 111 normas constitucionales se refieren a ella.

hace referencia expresa al *sumak kawsay* en al menos 111 artículos repartidos a lo largo de todo el texto. Es decir, no se trata de un asunto relacionado exclusivamente con los derechos económicos, sociales y culturales sino que su influencia es tal, que a manera de hipótesis se puede hablar de que una filosofía del buen vivir subyace en toda la Constitución como eje integrador y transversal.

Todas las instituciones constitucionales, o al menos un buen porcentaje de ellas, deben ser pensadas desde el *sumak kawsay*: los derechos tanto los clásicos como los nuevos, la democracia, la división territorial, la justicia, la economía, pero para esto se requiere en términos de Boaventura de Sousa Santos²⁰ un debate civilizatorio, en el sentido de diálogo, un tránsito desde el colonialismo que supuso el olvido y el desprecio de los pueblos y nacionalidades, desde el racismo y la exclusión a la autodeterminación, a la igualdad de consideración de las culturas y al intercambio democrático, para eso tienen capital importancia la consideración de la plurinacionalidad del Estado, la participación democrática y la misma democracia. La Constitución así parece entenderlo, pues el artículo 95 reconoce además de las formas clásicas de entender la democracia: representativa, participativa y directa a la democracia comunitaria, es decir a aquella que por siglos ha sido construida en las comunidades y les ha servido de forma de gobierno. Con esto no queremos decir que en los pueblos y nacionalidades en el Ecuador solo tengan relaciones democráticas, sino que en muchos de sus espacios políticos y sociales (no reconocidos por el Estado), ha habido una larga tradición de democracia deliberativa y directa en la relación cara-cara.

4. SEGUNDA TESIS. EL *SUMAK KAWSAY* EN CUANTO A LO SOCIAL Y POLÍTICO BUSCA LA SUPERACIÓN DE LA COLONIALIDAD Y LA CONSTRUCCIÓN DE UNA SOCIEDAD MÁS RELACIONAL, RESPONSABLE Y RESPETUOSA DE LAS DIFERENCIAS

La cuestión social inicialmente concebida como el conjunto de problemas surgidos a raíz de la organización industrial del trabajo pronto incluyó otras manifestaciones más allá de la relación trabajo-capital, convirtiendo el asunto en uno de participación en el poder o dicho de manera más correcta de relaciones jerarquizadas que excluyeron y desigualaron a grandes grupos de la población. Boaventura de Sousa sostiene que con la consolidación del capitalismo operada a mediados del siglo XIX, se manifiestan de una renovada manera los sistemas jerarquizados de pertenencia: el sistema de desigualdad y el de exclusión.

20. Boaventura de Sousa Santos, *Las paradojas de nuestro tiempo y la plurinacionalidad*, documento entregado en los debates de la Asamblea Constituyente de Montecristi, Manta, marzo de 2008.

En el primer caso estamos frente a un fenómeno básicamente socio-económico en el que “la pertenencia se da por una integración subordinada”, es decir, su presencia es indispensable para el sistema mismo aunque en un nivel inferior de la escala, en este campo ubica Boaventura a la relación de trabajo; por otro lado, tenemos el sistema de exclusión de carácter principalmente cultural y social, que en cambio plantea que quienes están abajo están fuera del sistema,²¹ es decir la presencia del excluido no es necesaria para la supervivencia del sistema; v. gr.: la delincuencia. Además, reconoce una categoría intermedia en la que están el sexismo y el racismo que comparten elementos de ambos sistemas.

Si bien coincidimos con los planteamientos del maestro portugués, no podemos dejar de reconocer que los límites entre uno y otro cada vez se difuminan más, así por ejemplo, el sistema laboral con el implacable sometimiento del trabajo al mercado y con la transformación de la ética del trabajo por la estética del consumo –como dijera Bauman– ha generado verdaderos excluidos, que ya no son necesarios para la reproducción del sistema económico y social, el capital puede por primera vez en la historia reproducirse solo –al menos el financiero– prescindiendo incluso de los trabajadores, desechándolos como desempleados, incapaces de integrar la vida de consumo, desintegran los espacios de la solidaridad por la competitividad. Este desalojo no solo se produce con los trabajadores o quienes no pueden acceder al mercado del trabajo, sino también con aquellos que se han ocupado del cuidado de los otros, de las actividades de solidaridad y de cooperativismo, situándolos fuera del circuito social del consumo.²² Este devastador panorama tiene también sus expresiones en los países del Sur, aunque no con tanta fuerza como en el Norte, precisamente como forma de revocarlo y hacer retroceder esa tendencia están las innovaciones sociales, políticas y ahora con la nueva etapa constitucional, las jurídicas.

Los problemas pero también las innovaciones sociales poco se han reflejado en el Derecho, como sostiene Boaventura de Sousa, las razones que explican esta situación tienen que ver con nuevas formas de colonialismo que se manifiestan sobre todo en que los aparatos teórico-ideológicos que estudian la realidad pero también la transformación social, son elaborados en el Norte desconociendo o subestimando las aportaciones del sur.²³

Esta situación exige un replanteamiento del constitucionalismo en varios sentidos: el abandono de prácticas de simple traslación o réplica de debates, teorías y normas elaborados en otros contextos como el europeo y estadounidense; un

21. Boaventura de Sousa Santos, “Desigualdad, exclusión y globalización: hacia la construcción multicultural de la igualdad y la diferencia”, en Danilo Caicedo Tapia y Angélica Porras Velasco, eds., *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*, Quito, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2010, pp. 4-5.

22. Se puede ver al respecto: Zygmunt Bauman, *Vida de consumo*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007, y del mismo autor *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*, Barcelona, Gedisa, 1999.

23. Boaventura de Sousa Santos, *Las paradojas de nuestro tiempo y la plurinacionalidad*.

reconocimiento de los “constitucionalismos” propios, especialmente aquellos de los pueblos y nacionalidades; el avance en la concreción de la plurinacionalidad más allá de solo la participación en la distribución del poder; la recuperación de la historia, y la necesidad de incluir el consenso como forma de acercamiento intercultural a la Constitución.²⁴

La superación de las jerarquizaciones y las inferiorizaciones que produjo la modernidad como forma de manifestación del poder en todos los espacios implica además como metodología “aprender con el Sur”, es decir, reconocer nuevas prácticas y actores, articular las luchas contrahegemónicas, valorar la vinculación con el territorio y la tierra, formas desmercantilizadas de trabajo como las solidarias y cooperativas, y la aceptación de otros saberes.²⁵

5. TERCERA TESIS. EL *SUMAK KAWSAY*, EN CUANTO A LO ECONÓMICO, SUPONE VARIAS TRANSFORMACIONES

La Constitución de 2008 plantea, en el ámbito económico, un cambio de paradigma que lleva aparejado al menos cuatro transformaciones sustanciales: el cuestionamiento al contenido clásico de la noción de desarrollo y su matriz productiva basada en el libre mercado, el extractivismo y la empresa como única unidad productiva reconocida; en segundo lugar, la consideración del trabajo por sobre el capital y de esta forma la centralidad del ser humano en la actividad económica; en tercer lugar la conversión de la naturaleza en sujeto de derechos y no solamente en un recurso a ser explotado por el capital; y, en cuarto lugar, el fortalecimiento de las garantías de los derechos económicos y sociales. En este trabajo nos ocuparemos solo de las tres primeras por guardar relación con el tema planteado.

a) El modelo de desarrollo ha sido pensado durante décadas como antropocéntrico, cuyo único sujeto relevante ha sido el ser humano en detrimento de la naturaleza, y, economicista, atado a las “leyes” de la economía por encima de otras expresiones de la humanidad. El crecimiento económico ha sido la forma de entender el bienestar y esta forma de “entender la realidad” se ha extendido con más o menos fuerza a otras latitudes de aquellas en donde nació, valiéndose sobre todo de la tecnología presentada como única verdad científica y la ideología del positivismo, esta expansión llevó a homogeneizar en una sola forma la diversidad de la vida atándola a un supuesto “orden objetivo de las cosas”: las leyes del mercado,²⁶ generando espacios en los que las personas se dividen en productores y consumi-

24. *Ibid.*

25. *Ibid.*

26. Herbert Marcuse, *El hombre unidimensional*, México, Don Bosco, 1993, p. 171.

dores siempre en competencia, reduciendo a la ciudadanía a la única dimensión de consumidor. Este objetivo se convirtió en la razón de ser del proceso civilizatorio trasladado hasta los últimos rincones del mundo.²⁷

Sin embargo, a pesar de los agresivos y constantes intentos de Europa y luego de Estados Unidos por “desarrollar” las sociedades que desde su perspectiva no lo estaban, el proceso ha demostrado fisuras y deficiencias, principalmente en razón de la pervivencia de formas de organización social y económica diferentes, que no corresponden con el individuo productor/consumidor, sino que se han constituido en actividades económicas que han permitido la sobrevivencia como el trabajo de autosustento, cuidado humano y el trabajo en el hogar.

Ahora bien, por mucho tiempo se creyó que debíamos hacer todos los esfuerzos e incluso sacrificios para lograr ese desarrollo, a costa de la desigualdad pronunciada y hasta de la exclusión, que en su versión más extrema es la eliminación de ciertos grupos,²⁸ aquellos considerados incapaces de desarrollarse. A esto hay que añadir que la ideología detrás del desarrollo difundió la idea de que era totalmente responsabilidad individual el quedarse al margen del mismo. Sin embargo, la crisis financiera del mundo del norte desde 2008 y la crisis ecológica, han demostrado que es imposible seguir con ese modelo aunque quisiéramos, pues la sobrexplotación de los recursos naturales y la presión sobre el ambiente pueden llevar al colapso del planeta.

Frente a esto se presenta la disyuntiva siguiente, la estructura cultural montada alrededor de la idea del libre mercado y el consumo no puede ser sustituido simplemente por el Estado, convirtiendo al capitalismo de mercado en capitalismo de Estado. Como bien advierte Martha Harnecker, se trata de inaugurar una economía del trabajo, es decir, de apoyar aquellas iniciativas de la población encaminadas al trabajo entendido en sentido amplio y no solamente al empleo como relación de dependencia;²⁹ esto no es una cuestión solo de reconocimiento de los denominados (casi en sentido peyorativo) trabajos “reproductivos”, “informales” y de “autosustento”, sino de colocar en el centro de la cuestión al ser humano y su diversidad. Se trata entonces de una economía social que busca desarticular las estructuras de producción del capital tan generalizadas y devoradoras de otras y construir un sector que provea las necesidades con otros valores que desfundamentalicen la pro-

27. Patricio Carpio Benalcázar, “El Buen Vivir, más allá del desarrollo. La nueva perspectiva Constitucional en Ecuador”, en Alberto Acosta y Esperanza Martínez, comps., *El buen vivir. Una vía para el desarrollo*, Quito, Ediciones Abya-Yala, 2009, pp. 115 y ss.

28. Boaventura de Sousa Santos, “Desigualdad, exclusión y globalización: hacia la construcción multicultural de la igualdad y la diferencia”, en Danilo Caicedo Tapia y Angélica Porras Velasco, eds., *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*, p. 4.

29. Martha Harnecker, “El nuevo modelo económico del socialismo del siglo XXI. Algunos elementos para la discusión”, en Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo (SENPLADES), *Los nuevos retos de América Latina. Socialismo y sumak kawsay*, Quito, Senplades, 2010, pp. 77 y ss.

piedad individual a favor de la solidaridad. Se trata entonces de priorizar el valor de uso (dado por el uso que de él pueda hacer el ser humano), por sobre el valor de cambio (el que le da el mercado); poner en el centro de la relación a las personas y no al capital.

b) En cuanto a la dupla trabajo-capital abordaremos dos dimensiones importantes: los cambios producidos en su estructura y la estructura del trabajo en el país. Zygmunt Bauman, Manuel Castells, entre otros, han hecho notar en los últimos años, con bastante contundencia, la transformación de la estructura del trabajo, no pasa para nadie desapercibido que en las últimas décadas va desapareciendo el trabajo estable y ligado a la industria, ya sea por la importancia que ha tomado el sector servicios y financiero o por la preeminencia de los derechos del capital por sobre los del ser humano que han facilitado la flexibilización laboral asegurando mayores ganancias solo para algunos. Esa debilidad reconocida al trabajador en la relación laboral que sirvió de fundamento del Derecho del Trabajo, que evidenciaba que el trabajador era el lado que necesitaba protección del Estado y del Derecho, pues el trabajo constituía para él el único medio de subsistencia, no así para el dueño del capital, quien en cambio solo corría el riesgo de “diferir sus ganancias”;³⁰ queda ahora asediada por unas prácticas políticas y sociales que demuestran que el propio Estado y el Derecho permiten, facilitan o impulsan relaciones laborales que desconocen los derechos del trabajador. Un ejemplo muy recurrente en los últimos años es la denominada: contratos ocasionales sucesivos en el sector público.

Otra característica del trabajo en este esquema es su individualización, con la correlativa pérdida de su capacidad de integración social e identitaria, así, se reeditan y profundizan la descolectivización y la atomización de la relación laboral haciendo cada vez más escasa la capacidad de organización y negociación de los trabajadores.³¹ El trabajo tal y como se conoció durante el capitalismo clásico, se va situando fuera del sistema salarial.

En el caso ecuatoriano, podríamos hablar de “la nostalgia de lo que nunca fue”. No se contó en ningún momento histórico con un desarrollo de las fuerzas sociales que llevaran al país hacia la industrialización; el desarrollo de grandes masas de trabajadores industriales, además de ser parte del imaginario social, nunca existió como tal. Al contrario el país se caracterizó por la fragmentación del mercado de trabajo, pues el proceso de industrialización inacabado supuso la convivencia de un grupo estable de trabajadores asociados a la industria, un porcentaje de desempleo estructural y un gran porcentaje de subempleo. Sin embargo, esta lectura no solo es incompleta sino parcializada, olvida o esconde aquellas múltiples formas de generación de ingresos o producción de bienes y servicios no remunerados que

30. Julio César Trujillo, *Derecho del trabajo*, p. 36.

31. Zygmunt Bauman, *Modernidad líquida*, México, FCE, 2002, p. 146.

permitieron la subsistencia de la familia ecuatoriana pero sobre todo de los pobres: formas de trabajo de autosustento, de cuidado humano, trabajo en el hogar, de autoempleo, de trabajo autónomo, de trabajo cooperativo o asociativo, se constituyeron en un verdadero motor de la economía sobre todo en tiempos de crisis.

Esta diversidad está recogida en la Constitución ecuatoriana que reconoce como fin del sistema económico el buen vivir (art. 383), lo que implica el posicionamiento del ser humano en el centro del sistema capital-trabajo; la aceptación de formas de organización económica más allá de las clásicas pública y privada, como la mixta, popular y solidaria; y la consideración como trabajo productivo del trabajo autónomo, de subsistencia, de cuidado humano (art. 325, 319 y 333). Cabe decir que el avance constitucional en este tema es amplio y trascendente. A continuación presentamos algunos puntos relevantes al respecto:

- Las formas de organización de la producción y su gestión que integra la organización económica tanto pública, privada, mixta, popular y solidaria³² incluyen la economía de subsistencia desarrollada principalmente por campesinos indígenas³³ y mujeres; reconocen la economía solidaria a través de las diversas vías de asociatividad, cooperativismo y acciones comunitarias;³⁴ comprenden, además, la economía del cuidado humano,³⁵ es decir aquellas actividades orientadas a la atención de las personas que por cualquier situación no pueden cuidarse por sí mismas como: niños, adultos mayores, enfermos, etc.
- Los distintos tipos de propiedad reconocidos en la Constitución no solo protegen la propiedad privada y pública –con ciertas limitaciones sociales y ambientales– sino también la comunitaria, asociativa, cooperativa, entre otras. Todo esto ha desembocado en el retorno al papel preponderante del Estado en la economía, esto supone que la regulación y control de los procesos de apropiación, producción, comercialización y consumo no están enteramente sometidos a las fuerzas del mercado, sino que pueden organizarse en torno a objetivos políticos. Sin embargo, debido a la fuerte influencia de prácticas e instituciones debitorias del neoliberalismo, inclusive las empresas estatales han tenido que someterse a la búsqueda de la productividad y competitividad, muchas veces en franca violación de exigencias laborales, sociales y ambientales.³⁶

32. Constitución de la República del Ecuador, art. 283.

33. Constitución de la República del Ecuador, arts. 325 y 333.

34. Constitución de la República del Ecuador, arts. 283 y 319

35. Constitución de la República del Ecuador, art. 333.

36. Eduardo Gudynas, “Seis puntos clave en ambiente y desarrollo”, en Alberto Acosta y Esperanza Martínez, comps., *El buen vivir. Una vía para el desarrollo*, pp. 44 y 45.

- La Constitución actual mantiene la clásica división entre propiedad privada y pública, constante en las cartas constitucionales anteriores;³⁷ sin embargo, introduce una interesante innovación respecto a la propiedad comunitaria, asociativa, cooperativa, estatal y mixta, recogiendo una vieja aspiración ya recogida en la Constitución de 1979, aunque no define específicamente si acepta formas de propiedad que han sido parte de la vida social y económica ecuatoriana, sobre todo en los campesinos, pueblos y nacionalidades indígenas. La propia norma fundamental señala los límites de la propiedad, no solo circunscribiéndola a su función social, como había sido costumbre en algunas Constituciones anteriores, sino también refiriéndola a los límites ambientales.
- Ahora bien, el debate en torno a la función social del Estado ha sido largo pero, a pesar de ello, persisten concepciones contradictorias que van desde tomarla como una referencia formal sin contenido, hasta quienes encuentran en ella una forma de redistribución de la riqueza a través de la producción y en consecuencia a la generación de trabajo.³⁸
- La Constitución reconoce todas las modalidades de trabajo incluidos los de autosustento y cuidado humano y a sus actores como entes productivos.³⁹ Este posicionamiento parte de una crítica –principalmente feminista– a la economía convencional, con el fin de visibilizar las dimensiones reproductivas de la economía muy imbricadas con las productivas, a la vez que reivindica la necesidad de mejorar las condiciones de igualdad en que deben realizarse las actividades de cuidado humano.⁴⁰ Otra consecuencia de este acercamiento es que siendo todos ellos trabajadores, se les garantizan los derechos laborales,⁴¹ poniendo énfasis en ciertos grupos que han sido excluidos del acceso al trabajo o han sufrido precarización e informalización de la relación laboral como las mujeres y los jóvenes.⁴²
- En la sección de la democratización de los factores de producción, la Constitución promueve el acceso equitativo a ellos, para lo cual prohíbe la concentración y el acaparamiento, impulsa y apoya el desarrollo de conocimiento y tecnología, garantiza la producción sobre todo la encaminada a fortalecer la soberanía alimentaria y energética, promover los servicios financieros para

37. Constitución de la República del Ecuador, art. 321.

38. Constitución de la República del Ecuador, art. 321. Para un extenso análisis del tema de la propiedad en la Constitución de 2008, véase: Pablo Egas Reyes, “La propiedad en la Constitución de 2008”, en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, eds., *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, pp. 329 y ss.

39. Constitución de la República del Ecuador, art. 325.

40. Magdalena León, “Cambiar la economía para cambiar la vida. Desafíos de una economía para la vida”, en Alberto Acosta y Esperanza Martínez, comps., *El buen vivir. Una vía para el desarrollo*, pp. 63 y ss.

41. Constitución de la República del Ecuador, arts. 326, 327, 328.

42. Constitución de la República del Ecuador, arts. 329, 330, 331, 332.

mejorar el acceso al crédito y la toma de medidas específicas para erradicar la desigualdad y discriminación.⁴³

- La Constitución en la sección de intercambios económicos y comercio justo se ha preocupado por prohibir los monopolios, oligopolios, prácticas de acaparamiento; impulsar el comercio justo y la inversión del Estado en infraestructura que facilite el acopio, transformación y comercialización de productos.⁴⁴
- En el punto de ahorro e inversión, la Constitución pone énfasis en la regulación a las inversiones extranjeras, así como en la explicitación de lineamientos generales aplicables a la inversión nacional.⁴⁵
- Otros datos relevantes en la Constitución son los referidos a la prohibición de apropiación de las ciencias, tecnologías y saberes ancestrales, así como los recursos genéticos, diversidad biológica y agro-biodiversidad.⁴⁶ De la misma manera la Constitución introduce un elemento importante al garantizar la igualdad de derechos y oportunidades para las mujeres y los hombres en el acceso a la propiedad.⁴⁷

Todas estas nuevas formas de enfrentar la economía, en palabras de Martha Harnecker, suponen reestructurar la producción, la distribución y el consumo mediante: a) la propiedad social de los medios de producción (art. 334 de la Constitución), en donde además se incluye la garantía de la soberanía alimentaria y de la soberanía energética; sin embargo, hay que evitar la confusión que se produjo en el socialismo real que tendió a hacer semejantes la propiedad colectiva con la estatal, pues no basta para esta última la expropiación sino promover una real apropiación de los pobres de los medios de producción;⁴⁸ b) la organización de la producción por parte de los trabajadores; esto significa una transformación de los procesos laborales que permitan la participación de los trabajadores en su organización, para eso se requiere abandonar prácticas alienantes de los procesos laborales en las que se mantiene al trabajador al margen del conocimiento sobre los procesos productivos, divididos entre trabajadores manuales e intelectuales,⁴⁹ es necesaria la democratización del lugar del trabajo; c) la satisfacción de las necesidades sociales, si los medios de producción son de todos, y los procesos de producción involucran en su organización a todos, entonces los excedentes no pueden ser más que repartidos comunitariamente. La Constitución hace múltiples referencias a las necesidades de la

43. Constitución de la República del Ecuador, art. 334.

44. Constitución de la República del Ecuador, arts. 335, 336, 337.

45. Constitución de la República del Ecuador, arts. 338, 339.

46. Constitución de la República del Ecuador, art. 322.

47. Constitución de la República del Ecuador, art. 324.

48. Martha Harnecker, "El nuevo modelo económico del socialismo del siglo XXI. Algunos elementos para la discusión", pp. 77 y ss.

49. Llama la atención que el art. 229 de la CRE diferencie en el sector público entre obreros y servidores públicos.

población especialmente relacionadas con cuestiones específicas como presupuesto y plan nacional de desarrollo, pero no ha logrado orientar con claridad el sistema económico a la satisfacción de las necesidades colectivas más allá de los logros individuales, con excepción quizás del art. 395 de la Constitución, que se refiere a la biodiversidad, cuando dice que el modelo de desarrollo tiene como fin la satisfacción de necesidades de generaciones presentes y futuras. En múltiples ocasiones se refiere a las necesidades pero se queda corta en su identificación del elemento comunitario.

Sin embargo, todos estos elementos podrían no ser más que ilusiones, pues en un contexto en el que con más o menos violencia se ha individualizado al ser humano hasta hacerlo unidimensional, como ya lo denunciara Marcuse hace ya un buen tiempo, donde la existencia del ser humano se mide por su capacidad de consumir y aquellos que no pueden hacerlo son excluidos de la relación social. Hay que reconstruir nuevas relaciones, redimensionar al ser humano. Aquí es precisamente donde cobra total relevancia el *sumak kawsay*, con los principios de solidaridad, relacionalidad y respeto de la naturaleza.

Más aún cuando se pone en evidencia una posible tensión en la misma Constitución. Como señalara Julio Echeverría,⁵⁰ entran en oposición por un lado el rechazo del crecimiento económico como fin del modelo económico y, por otro, la necesidad de generar recursos para el cumplimiento de derechos. Es decir, nos enfrentamos con un deber primordial: redefinir la forma de los derechos en términos de *sumak kawsay* con el cuidado de la naturaleza y la inclusión de aquellos excluidos y desiguales. Pero esto, como señala François Houtart, no es una cuestión solo de racionalidad sino una de lucha social. No se trata del paso del capitalismo al socialismo, pues este último se basa también en premisas del socialismo fuertemente positivista y cientificista, creyente por tanto en un progreso sin límite y lineal.⁵¹

En este mismo orden de ideas se plantea no solo buscar formas alternativas de desarrollo sino alternativas al mismo, que respeten los pueblos, las culturas y las formas de ser diversas, así como instaure una distinta relación con la naturaleza respetuosa de sus derechos. Esto sería la dimensión colectiva del buen vivir, valores como la comunidad, la solidaridad deben ser rescatados y asumidos.

c) La otra relación relevante es la que se plantea entre naturaleza-capital-ser humano. Hasta ahora la naturaleza ha sido vista como objeto de propiedad, un factor más de la producción sobre el cual, según el régimen legal vigente, estaba

50. Julio Echeverría, "El Estado en la nueva Constitución", en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, eds., *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, pp. 11-20.

51. François Houtart, "Socialismo del siglo XXI. Superar la lógica capitalista", en Alberto Acosta y Esperanza Martínez, comps., *El buen vivir. Una vía para el desarrollo*, pp. 149-168.

autorizado la destrucción, la depredación⁵² y, en el mejor de los casos, la reparación en torno al daño producido en contra de las personas que vivían o estaban relacionadas con el espacio que fue dañado. Es decir, la naturaleza no se percibe más que como un lugar para el ser humano y a su servicio, un recurso que como tal debe ser cuidado pero solo en la medida en que es funcional, es decir que se lo puede utilizar. El modelo económico imperante no solo que ha degradado el ambiente sino también las formas culturales que han cultivado o mantenido una forma diferente de integrarse y asociarse con la naturaleza. Subvalora la diversidad cultural y desconoce al otro, mientras “privilegia el modo de producción y un estilo de vida insustentables que se han vuelto hegemónicos en el proceso de civilización”.⁵³

El modelo industrial depredador fundamentado en la dominación de la naturaleza, en la identificación de la riqueza con la acumulación y el consumo de bienes materiales y las expectativas de crecimiento ilimitado, se ha demostrado imposible, al menos para todos. La sociedad del consumo y la acumulación capitalista ha sobrepasado ya el límite de explotación de la tierra, llegando necesariamente a la reducción de los recursos de los pobres.⁵⁴ Nuevamente aquí aparece como sustancial acudir al *sumak kawsay*, que piensa al ser humano de manera relacional, no solo con otros seres humanos sino también con su entorno. Desde esta cosmovisión, la vida y la energía son atributos de todas las cosas y no exclusivamente de las personas, precisamente por eso, el equilibrio y la armonía entre ellas, los animales, las plantas y las cosas son la base del mundo.⁵⁵ Cualquier desequilibrio en la esfera de la naturaleza o el entorno afecta a todo incluyendo a los seres humanos.

El *sumak kawsay* que desarrolla la Constitución es una forma de entender el derecho, pero también la economía y el desarrollo basados en una concepción de la naturaleza como sujeto de derechos y no como objeto de explotación o de protección, por tanto el entendimiento de que una buena vida solo es posible si se protege y garantiza el cumplimiento de los derechos económicos y sociales⁵⁶ no es suficiente, es más, dependiendo de qué contenido demos a los derechos económicos y sociales, podría llegar a ser incluso contradictorio.

52. Alberto Acosta, “Los grandes cambios requieren de esfuerzos audaces. A manera de prólogo”, en Alberto Acosta y Esperanza Martínez, comps., *Derechos de la naturaleza. El futuro es ahora*, pp. 18-19.
53. Antonio Elizalde Hevia, “Derechos de la Naturaleza. ¿Problema jurídico o problema de supervivencia colectiva?”, en Alberto Acosta y Esperanza Martínez, comps., *Derechos de la naturaleza. El futuro es ahora*, pp. 66-67.
54. Edgardo Lander, “Hacia otra noción de riqueza”, en Alberto Acosta y Esperanza Martínez, comps., *El buen vivir. Una vía para el desarrollo*, pp. 31-32.
55. Nina Pacari, “Naturaleza y territorio desde una mirada de los pueblos indígenas”, en Alberto Acosta y Esperanza Martínez, comps., *Derechos de la naturaleza. El futuro es ahora*, pp. 31 y ss.
56. Eduardo Gudynas, “Seis puntos clave en ambiente y desarrollo”, pp. 43 y ss. Véase también: Magdalena León, “Cambiar la economía para cambiar la vida. Desafíos de una economía para la vida”, p. 64.

La titularidad de derechos de la naturaleza tiene diversas caracterizaciones conforme la propia Constitución, que se pueden recoger en las siguientes categorías:

a) La consideración de la naturaleza como sujeto de derechos, pues según lo sostiene Mario Melo “no es una simple cosa sujeta a propiedad. En (sic) un sujeto con existencia más real y concreta que las ‘personas jurídicas’, asociaciones de capitales con existencia ficticia a las que sí hemos reconocido derechos”.⁵⁷

Esta relacionalidad con la naturaleza constituye el abandono de la idea de ella simplemente como un factor de producción y el inicio de la construcción del camino para dejar atrás el modelo extractivista, que ha marcado la vida del país desde sus inicios como república y quizás más atrás. Esto que para algunos podría ser una “novelería” demuestra su profunda relevancia si tomamos en cuenta que la destrucción de la naturaleza que trae aparejado el sistema de producción capitalista actual pone en duda la permanencia de la misma especie humana en el planeta.

Sin embargo, cualquier cambio profundo no es inmediato y menos aún haciendo tabla rasa del pasado, por más inadecuado que este haya sido. Esto nos pone frente al dilema de los pasos a seguirse, siendo que ahora mismo la naturaleza es percibida enteramente como una cosa susceptible de explotación con muy pocos límites, entonces, como sostiene Gudynas, es menester: “generar un balance entre los usos económicos y la protección del ambiente. Es acompañar los usos económicos a los ritmos de la Naturaleza, igualar los ritmos de extracción a la cadencia de regeneración de la vida”.⁵⁸ En definitiva, en la edificación del respeto a la naturaleza y de su constitución efectiva como sujeto de derechos, se requiere –en cada momento– encontrar una armonía entre las necesidades de los seres humanos y las propias de la naturaleza.

b) La naturaleza, el entorno, no es exclusivamente capital natural, es el espacio donde todo se desarrolla, es el marco de la vida y como tal debe ser tratada, para eso son de vital importancia los aportes de los conocimientos y formas de vivir ancestrales, de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas y otros pueblos.

La Constitución reconoce como sujeto de derechos a la naturaleza en el capítulo séptimo del Título II. En esta parte señala que son sus derechos el respeto integral a su existencia, mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Varias ideas introduce la normativa constitucional en este aspecto. Por un lado, da una respuesta a un problema jurídico constantemente utilizado para argumentar en torno a la imposibilidad de que la naturaleza sea sujeto de derechos, y es la incapacidad de esta de exigir por sí misma sus

57. Mario Melo, “Los derechos de la naturaleza en la nueva Constitución ecuatoriana”, en Alberto Acosta y Esperanza Martínez, comps., *Derechos de la naturaleza. El futuro es ahora*, p. 53.

58. Eduardo Gudynas, “Seis puntos clave en ambiente y desarrollo”, p. 46.

derechos. Al respecto la Constitución señala que cualquier persona puede exigir a la autoridad pública el cumplimiento de esos derechos. Otra innovación es la doble obligación que se establece para el Estado y las personas naturales o jurídicas para indemnizar en caso de que haya perjudicados humanos por algún daño ambiental y restaurar los daños causados a la naturaleza.⁵⁹

En la parte orgánica, en el título VII, capítulo II, se señalan los principios, lineamientos de política pública, deberes del Estado y régimen institucional que garantizan los derechos del *sumak kawsay* referidos a la naturaleza. Estas normas están organizadas en siete secciones: naturaleza y ambiente, biodiversidad, patrimonio natural y ecosistema, recursos naturales, suelo, agua, biósfera, tecnología urbana y energías alternativas.⁶⁰ Varias cuestiones son transformadoras en esta parte, una de ellas es que por primera vez la norma constitucional se preocupa por desarrollar los límites de la actividad humana en la naturaleza tomando en cuenta las necesidades de las generaciones presentes y futuras, y la capacidad de regeneración natural de los ecosistemas; la responsabilidad del Estado; la posibilidad de que cualquier persona (independientemente de su interés directo) pueda obtener la tutela efectiva en materia ambiental; y la consulta a la comunidad que pudiera ser afectada ambientalmente por una decisión estatal.⁶¹

6. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Construir el *sumak kawsay*, liberarnos del neocolonialismo en todas sus versiones, impulsar la solidaridad y la relacionalidad tanto con otros seres humanos, pueblos y nacionalidades así como con la naturaleza, son tareas impostergables de los abogados y defensores de la dimensión transformadora del Derecho, pero ese es un deber que se podrá realizar solamente si concurrimos sin fundamentalismos y con el compromiso de aceptar la posibilidad de cambiar nuestras concepciones más profundas no solo por la fuerza de los argumentos del otro, sino también por sus necesidades, aspiraciones y creencias. Es decir, nuestro primer paso es tratar de reconstruir una racionalidad y una lógica diferentes, que no instrumentalicen a los seres humanos ni a la naturaleza y que se base en la solidaridad como principal forma de relacionalidad entre el micro y el macrocosmos; luego, habrá que dotar de contenido intercultural –en diálogo– a los principios y valores que contiene el *sumak kawsay* no solo como referente, criterio de validez del derecho y su aplicación y en esa medida instrumento de los jueces, sino encaminado a la construcción de una forma de entender el mundo y el derecho dirigida a todos los ecuatorianos

59. Constitución de la República del Ecuador, arts. 71-74.

60. Constitución de la República del Ecuador, arts. 395-415.

61. *Ibid.*

en compañía de otros pueblos que estén en ese mismo sendero; por último, habrá que entender que el tiempo no es una sucesión de “ahoras”, no es puntilloso, sino la conjunción del pasado y el futuro y nuestra responsabilidad se expande a todos esos momentos y a todas las personas, incluida la naturaleza, que allí se manifiesten.

Creo que ese trabajo se puede hacer y hay muestras contundentes de ello, de hecho el maestro Julio César, a quien dedicamos este trabajo, es ejemplo de ello. Su trabajo siempre se ha situado más allá de la dimensión meramente individual y nos permite sostener con toda contundencia y fe que contradice la triste conclusión de Duncan Kennedy respecto a que el Derecho solo nos prepara para la jerarquía, también lo hace para la lucha y la solidaridad y algunos profesores no son –al contrario de lo que explica el autor anglosajón– en su diferencia y compromiso meras anécdotas sino vivencia y demostración de que los valores de lo que llamaríamos en términos de racionalidad occidental igualdad, solidaridad e inclusión y en términos de cosmogonía indígena relacionalidad, complementariedad, correspondencia y reciprocidad.

7. BIBLIOGRAFÍA

- Acosta, Alberto,
2009 “Los grandes cambios requieren de esfuerzos audaces. A manera de prólogo”, en Alberto Acosta y Esperanza Martínez, comps., *Derechos de la naturaleza. El futuro es ahora*, Quito, Abya-Yala.
- Alexy, Robert,
2004 *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa.
- Bauman, Zygmunt,
1999 *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*, Barcelona, Gedisa.
2002 *Modernidad líquida*, México, FCE.
2007 *Vida de consumo*, México, Fondo de Cultura Económica.
- Carpio Benalcázar, Patricio,
2009 “El Buen Vivir, más allá del desarrollo. La nueva perspectiva constitucional en Ecuador”, en Alberto Acosta y Esperanza Martínez, comps., *El buen vivir. Una vía para el desarrollo*, Quito, Abya-Yala.
- De Sousa Santos, Boaventura,
2008 *Las paradojas de nuestro tiempo y la plurinacionalidad*, documento entregado en los debates de la Asamblea Constituyente de Montecristi, Manta, marzo.
- 2010 “Desigualdad, exclusión y globalización: hacia la construcción multicultural de la igualdad y la diferencia”, en Danilo Caicedo Tapia y Angélica Porras Velasco, eds., *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*, Quito, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos.
- Echeverría, Julio,
2009 “El Estado en la nueva Constitución”, en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, eds., *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e institucio-*

- nes, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional.
- Egas Reyes, Pablo,
2009 “La propiedad en la Constitución de 2008”, en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, eds., *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Quito, UASB-E / Corporación Editora Nacional.
- Elizalde, Antonio,
2009 “Derechos de la naturaleza. ¿Problema jurídico o problema de supervivencia colectiva?”, en Alberto Acosta y Esperanza Martínez, comps., *Derechos de la naturaleza. El futuro es ahora*, Quito, Abya-Yala.
- Esterman, Josef,
1998 *Filosofía andina. Estudio intercultural de la sabiduría autóctona*, Quito, Abya-Yala.
- Guastini, Ricardo,
2008 *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Madrid, IJ-UNAM / Mínima Trotta.
- Gudynas, Eduardo,
2009 “Seis puntos clave en ambiente y desarrollo”, en Alberto Acosta y Esperanza Martínez, comps., *El buen vivir. Una vía para el desarrollo*, Quito, Abya-Yala.
- Harnecker, Martha,
2010 “El nuevo modelo económico del socialismo del siglo XXI. Algunos elementos para la discusión”, en Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo (SENPLADES), *Los nuevos retos de América Latina. Socialismo y sumak kawsay*, Quito.
- Horkheimer, Max,
1969 *Crítica de la razón instrumental*, Buenos Aires, Sudamericana.
- Houtart, Francois,
2009 “Socialismo del siglo XXI. Superar la lógica capitalista”, en Alberto Acosta y Esperanza Martínez, comps., *El buen vivir. Una vía para el desarrollo*, Quito, Abya-Yala.
- Kennedy, Duncan,
2001 “La educación legal como preparación para la jerarquía”, en Christian Courtis, comp., *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, Eudeba.
- Lander, Edgardo,
2009 “Hacia otra noción de riqueza”, en Alberto Acosta y Esperanza Martínez, comps., *El buen vivir. Una vía para el desarrollo*, Quito, Abya-Yala.
- León, Magdalena,
2009 “Cambiar la economía para cambiar la vida. Desafíos de una economía para la vida”, en Alberto Acosta y Esperanza Martínez, comps., *El buen vivir. Una vía para el desarrollo*, Quito, Abya-Yala.
- Marcuse, Herbert,
1993 *El hombre unidimensional*, México, Don Bosco.
- Melo, Mario,
2009 “Los derechos de la naturaleza en la nueva Constitución ecuatoriana”, en Alberto Acosta y Esperanza Martínez, comps., *Derechos de la naturaleza. El futuro es ahora*, Quito, Abya-Yala.

Pacari Vega, Nina,

2009 “Naturaleza y territorio desde la mirada de los pueblos indígenas”, en Alberto Acosta y Esperanza Martínez, comps., *Derechos de la naturaleza. El futuro es ahora*, Quito, Abya-Yala.

Trujillo, Julio César,

1973 *Derecho del Trabajo*, t. I y II, Quito, Don Bosco.

2009 “Sociedad civil, Estado y participación”, en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, eds., *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional.

2009 “El Ecuador como Estado Plurinacional”, en Alberto Acosta y Esperanza Martínez, comps., *Plurinacionalidad. Democracia en la diversidad*, Quito, Abya-Yala.

Walsh, Catherine,

2009 “Estado plurinacional e interculturalidad”, en Alberto Acosta y Esperanza Martínez, comps., *Plurinacionalidad. Democracia en la diversidad*, Quito, Abya-Yala.

Zagrebelzky, Gustavo,

1995 *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta.

EL SALARIO DIGNO: UNA REALIDAD AÚN POR CONSTRUIR PARA EL EFECTIVO EJERCICIO DE LOS DERECHOS

Graciela Monesterolo

1. INTRODUCCIÓN

Hablar del salario implica referirse a uno de los elementos esenciales del trabajo dependiente y particularmente a la obligación principal que tiene el beneficiario de la prestación del servicio o de la ejecución de una determinada obra y que generalmente representa la motivación primordial de toda persona trabajadora; por lo que el tema de las obligaciones pecuniarias de los empleadores ha sido de especial interés y relevancia de los estudiosos del Derecho Laboral, entre los que sin duda ocupa un lugar preeminente el ilustre tratadista Dr. Julio César Trujillo Vásquez.

Remuneración es el término genérico para denominar la principal prestación dineraria que debe satisfacer el empleador al trabajador, que de conformidad al art. 80 del Código del Trabajo ecuatoriano puede ser sueldo y salario, según lo reciba el empleado de manera mensual, o el obrero semanalmente, respectivamente. En el contexto de la propuesta del gobierno y para efectos de presente análisis se emplea el término salario como genérico, es decir sin hacer la referida distinción, y, por ende, significa la contraprestación debida por el trabajo realizado en relación de dependencia.

El salario, independientemente sea su denominación, debe responder a los principios de igualdad, libertad y suficiencia, acordes a la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹ que consagra, en sus arts. 23 y 25, el derecho tanto al trabajo como a un salario equitativos y satisfactorios que aseguren a toda persona y a su familia una existencia conforme a la dignidad humana, un nivel de vida adecuado y el acceso a los servicios sociales necesarios.

Julio Grisolia sostiene que la dignidad del trabajo humano no está en el brillo exterior de lo producido sino justamente en que ha sido realizado por un ser

1. Declaración Universal de los Derechos Humanos, [<http://www.un.org/es/documents/udhr/>]. Acceso: 13-VI-11.

humano”²; ello cualquiera sea la forma de pensamiento humanista, toda vez que hay acuerdo en que “no puede existir valor ético allí donde existe una injusticia de base”.³

En el tema de salarios hablar de justicia de base implica precisamente la observancia de los principios antes enunciados, en concordancia con la Constitución que consagra, además, la obligación del Estado de asegurar al trabajador el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa y una remuneración justa que cubra sus necesidades y las de su familia (arts. 33 y 328).

En el marco del estado social de derechos y justicia, que proclama el artículo primero de la Constitución, el Ecuador se propuso la configuración del denominado salario digno, para todos los trabajadores que realizan actividades productivas. Desde el reconocimiento de la dignidad de la persona, este salario podría ser la oportunidad de construir condiciones materiales para la vida y el ejercicio pleno de los derechos de la persona trabajadora, aun cuando no se refiera a todo el universo de trabajadores dependientes; así como una estrategia eficaz para incidir en una más justa redistribución de la riqueza y la superación de los todavía altos índices de pobreza. No obstante, el salario digno establecido en el flamante Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (COPCI),⁴ por su naturaleza y alcance, no se perfila como tal, por las consideraciones que se realizarán a lo largo de todo este ensayo.

2. TRABAJO Y SALARIO

El reconocimiento de las situaciones asimétricas de poder entre el empleador, propietario del capital, y el trabajador, hace inaplazable la humanización del trabajo fundamentada en la dignidad humana, puesto que “existen dos umbrales que nos permiten caracterizar una vida como humana. El primero: las capacidades de los seres humanos para realizarse y funcionar dentro de la sociedad. El segundo: que las funciones y capacidades no sean tan mínimas, ni tan reducidas”.⁵

La noción de dignidad ha sido abordada desde diferentes dimensiones⁶ y constituye fundamento de los derechos humanos en tanto el ser humano es un fin en sí mismo y debe ser tratado como tal y no solo como medio.

2. Julio Armando Grisolia, *Manual de derecho laboral*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, 6a. ed., p. 11.
3. Marciano Vidal, *Diccionario de ética teológica*, Navarra, Verbo Divino, 1991, pp. 161-162.
4. Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, RO-S 351, 29-XII-10.
5. Martha Nussbaum, *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*, Barcelona, Paidós, 2006, citado en el Plan Nacional para el Buen Vivir, RO-S 144, 5-III-10, p. 19.
6. Francesc Torralba reconoce la ontológica relativa al ser humano y que “es irrenunciable y constitutiva”, la ética, que se refiere al obrar, a la naturaleza de los actos humanos, y de allí que se pueda afirmar que “hay actos que dignifican a la persona, mientras que hay actos que lo convierten en un ser indigno”, la teológica, atribuida a toda persona por “el hecho de ser imagen de Dios”, la jurídica

La ética humanista y cristiana resalta la “primacía axiológica del trabajo frente a cualquier otra realidad económica, incluida la propiedad”; ética en la que cobran fuerza las palabras de Juan Pablo II: “Se debe ante todo recordar un principio enseñado siempre por la iglesia: el principio de la prioridad del trabajo frente al capital”.⁷ En la doctrina cristiana del salario, por su parte, a la que se la llama también teoría del salario justo, entran tanto la justicia conmutativa como la social. “La primera adecuando la remuneración al rendimiento del obrero”, mientras que la segunda

Se apoya, por una parte, en un alto sentido de la dignidad humana y mira, por otro, hacia el bien común, de tal suerte que para resolver el problema del salario estima que este debe adecuarse a la subsistencia digna del obrero y de su familia, por lo que dice relación a la exigencias de la dignidad humana, y a la situación de la empresa y al bien común en general [...]. El salario justo se determina, pues, en función de diversos factores, resumidos por Pío XI en su Encíclica *Quadragesima Anno*, y que son los siguientes: rendimiento del trabajador, subsistencia del trabajador y de su familia, situación de la empresa y el bien común en general.⁸

Estas reflexiones coinciden con las expresiones de José María Guix Ferreres, quien nos dice que

las repercusiones económicas y sociales de la remuneración en la renta nacional y en el nivel de vida general imponen que la cuantía de ella guarde relación con las exigencias del bien común. Repugna a la justicia social un salario bajo, porque aumenta el desequilibrio, de suyo injusto, en la distribución de la riqueza y del ingreso nacional y, además, es motivo de hondo malestar social, es causa de las tensiones y violencias en las relaciones laborales, etc.⁹

En este sentido, Miguel Carbonell recoge como condiciones estructurales para el desarrollo del Estado social: la constatación del individuo incapaz de satisfacer por sí solo, o con la ayuda de su entorno social más inmediato, sus necesidades básicas; el surgimiento de nuevos riesgos sociales que no pueden enfrentarse desde la responsabilidad individual; y la convicción de que el estado debe asumir la responsabilidad de garantizar a sus ciudadanos un mínimo de bienestar.

ca que es la que se basa en el reconocimiento de derechos fundamentales, inalienables, más allá de que consten en textos normativos o legales; y la dignidad volitiva que “es la que se relaciona con el ejercicio de la libertad”. Ver Francesc Torralba, *Antropología del cuidar y Morir dignamente*, Bioética i Debat, 1998, 1-6, citado por Francisco Alarcos Martínez, *Bioética global, justicia y teología moral*, Madrid, Universidad Pontificia Comillas, 2005, pp. 156-158.

7. Marciano Vidal, *Diccionario de ética teológica*, p. 600.

8. Joaquín Viteri, *El salario*, s.l., s.e., s.f., p. 14.

9. José María Guix Ferreres, “La remuneración del trabajo (I)”, en *Comentarios a la Mater et Magistra*, Madrid, BAC, 1962, p. 239, citado por Julio César Trujillo, *Derecho del Trabajo*, t. 1, Quito, PUCE, 2008, p. 452.

Como ya se ha señalado, los primeros derechos sociales –que todavía no alcanzan el rango de derechos fundamentales– surgen como formas de protección a los obreros, tanto frente a los infortunios derivados del ejercicio del trabajo, como frente a los patrones para regular las condiciones laborales de forma que no se permita el menoscabo de la dignidad humana.¹⁰

Un mecanismo para garantizar un mínimo de bienestar ha sido el establecimiento, por parte del Estado, precisamente de un salario mínimo, entendido como aquel que debería satisfacer las necesidades normales y básicas del trabajador y las de su familia, según las condiciones económicas de la circunscripción territorial, las ramas generales de explotación, en relación con el desgaste de energía biofísica, el rendimiento del trabajo, así como las sugerencias y motivaciones de los interesados. El Código del Trabajo (art. 126) reconoce que los factores referidos “dependen de circunstancias sujetas a variación constante en el tiempo y en las diferentes ramas del trabajo y de la producción, [por lo que] el art. 122 del mismo Código prevé el funcionamiento de las Comisiones Sectoriales de Fijación y Revisión de Sueldos y Salarios Mínimos”,¹¹ de modo que la fijación de los mismos no quede sujeta a la libertad de los contratantes, pues si así fuese, muy probablemente primaría la voluntad unilateral del empleador dada la situación de subordinación en la que se encuentra la persona trabajadora dependiente y la gran necesidad de esta de encontrar y conservar una fuente de ingresos.

A propósito, resulta oportuno destacar, siguiendo las enseñanzas del profesor Trujillo, que en el derecho laboral ecuatoriano se han “consagrado dos clases de salarios mínimos: el salario básico y el salario mínimo sectorial”. El primero aquella entendido como la remuneración justa que cubra las necesidades del trabajador y las de su familia, que por disposición constitucional corresponde garantizar al Estado;¹² y el segundo, aquel en cuya determinación ha de intervenir además el factor de la producción, respecto a lo cual el Dr. Julio César Trujillo añade que “la equidad manda que el salario mínimo sectorial [...] no sea fijado de manera general, sino mediante Acuerdo Ministerial para cada rama del trabajo y rama de la explotación agrícola, industrial, mercantil, minera, etc.”¹³

En estos términos se introduce en nuestra legislación el que Sombart denomina ‘salario de sustento’ o ‘salario familiar’ en la terminología grata a la doctrina de los Papas, el cual de tal modo se lo considera obligatorio que un autorizado comentarista de la

10. Miguel Carbonell, “Eficacia de la Constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas”, en *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 63.

11. Julio César Trujillo, *Derecho del Trabajo*, t. 1, p. 446.

12. *Ibid.*, pp. 443-444.

13. *Ibid.*, p. 446.

Encíclica *Mater et Magistra* afirma [que] un sistema económico que no asegure este salario vital se condenaría a sí mismo como injusto e inhumano.¹⁴

El COPCI, que regula la actividad productiva, tiene entre sus fines el de “generar trabajo y empleo de calidad y dignos, que contribuyan a valorar todas las formas de trabajo y cumplan con los derechos laborales” (arts. 2-4), y define al salario básico como

la retribución económica mínima que debe recibir una persona por su trabajo de parte de su empleador, el cual forma parte de la remuneración y no incluye aquellos ingresos en dinero, especie o en servicio, que perciba por razón de trabajos extraordinarios y suplementarios, comisiones, participación en beneficios, los fondos de reserva, el porcentaje legal de utilidades, los viáticos o subsidios ocasionales, las remuneraciones adicionales, ni ninguna otra retribución que tenga carácter normal o convencional y todos aquellos que determine la Ley.¹⁵

Este salario básico será determinado por el Consejo Nacional de Salarios (CONADES), o en su defecto por el Ministerio de Relaciones Laborales, cuando no se logre el acuerdo en el referido Consejo, y deberá revisarse anualmente con carácter progresivo hasta alcanzar el salario digno.

La aspiración de toda persona trabajadora ha sido siempre contar con una retribución justa a su esfuerzo, acorde a su dignidad, que le permita cubrir todas sus necesidades y las de su familia, atentas las circunstancias del lugar y del sector laboral en que se desempeñe, razón por la cual se fijaron remuneraciones mínimas, siempre insuficientes que obligaron más tarde a crear de manera progresiva compensaciones y sobresueldos para palear de alguna manera el abismo permanente entre el costo de la canasta familiar y la remuneración básica; aunque, vale agregar, que los montos de esta última aún no permite a los trabajadores acceder a la referida canasta (cuyo costo es fijado por el Instituto Nacional de Estadística y Censos INEC)¹⁶ y por tanto gozar de una vida en condiciones equitativas y satisfactorias.

La serie de beneficios económicos que se fueron añadiendo a la remuneración como esfuerzos para “completar” los déficits de la misma terminaron atomizando los ingresos de los trabajadores haciendo cada vez más complejo y confuso los rubros a recibir cada mes, lo que a su vez facilitaba la vulneración de los derechos;

14. José María Guix, “La remuneración del trabajo (I)”, en *Comentarios a la Mater et Magistra*, Madrid, BAC, 1962, p. 209, citado por Julio César Trujillo, *Derecho del trabajo*, p. 444.
15. Se trata del primer componente del concepto de remuneración, en sentido amplio, según los arts. 328 y 95 de la Constitución de la República y el Código del Trabajo, respectivamente. Esta definición de salario básico consta en el segundo inciso del art. 81 del Código del Trabajo, introducido por el COPCI.
16. Para el mes de abril de 2010, fue de US \$ 555,27 [www.inec.gob.ec/web/guest/inicio]. Acceso: 10-VI-11.

situación que finalmente dio paso a la necesaria unificación salarial, por la que cual se incorporaron al sueldo mensual algunos de los beneficios que se pagaban en diferentes meses del año, concretamente, lo correspondiente al decimoquinto y decimosexto sueldos, la compensación por el alto costo de la vida y la bonificación complementaria.

3. EL SALARIO DIGNO

Generando condiciones para una vida digna

Una consideración fundamental que debe tenerse como premisa para abordar el tema del salario digno es el hecho de que “el proceso constituyente en el Ecuador trajo consigo la promesa de un cambio sustentado en una nueva Constitución que permitiera dar paso a otra institucionalidad estatal para construir una sociedad justa, equitativa y solidaria. Uno de los ejes en que se basó la propuesta fue la introducción de la figura del buen vivir o *sumak kawsay*”¹⁷ (con lo que se supera ampliamente las corrientes y doctrinas que hasta el presente se han desarrollado en torno al salario); y con ello la esperanza de una más efectiva protección de los derechos garantizados en la Constitución que consagra al trabajo, precisamente, como una de las 16 categorías de los derechos del buen vivir o *sumak kawsay* (categorización que recoge los derechos sociales reconocidos internacionalmente y que, a su vez, propone otros).

El trabajo es un derecho en sí mismo pero que se relaciona íntimamente con otros de igual jerarquía, y constituye a su vez un medio para el ejercicio del derecho a la alimentación, a la educación, a la vivienda, a la salud y a la seguridad, entre otros; y tiene además incidencia en el respeto y cumplimiento de derechos que nacen de las relaciones de familia.

En el marco de las políticas públicas que integran el sistema de garantías constitucionales (conjuntamente con las normativas y las jurisdiccionales), los derechos del buen vivir “constituyen el objetivo del Régimen de Desarrollo y, por lo tanto [...] se ubica a los derechos contenidos en esta clasificación en el centro de las políticas de desarrollo del Estado”.¹⁸

El Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013 destaca que “la atención no debe estar puesta exclusivamente sobre el acceso al bien mínimo, a tener lo ele-

17. Carolina Silva, “¿Qué es el buen vivir en la Constitución?”, en *Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis de la doctrina y el derecho comparado*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp. 111-112.

18. *Ibid.*, p. 131.

mental”, sino “el referente debe ser la vida digna y no la mera supervivencia”.¹⁹ Enuncia además que el desarrollo “debe tener como centro al ser humano”, conforme con la Constitución que reconoce al ser humano como sujeto y fin por lo que lo que corresponde no es medir “el PIB sino el nivel de vida de las personas, a través de indicadores relativos a la satisfacción de las necesidades humanas”; y que el énfasis debe radicar “en lo que las personas pueden ‘hacer y ser’ más que en lo que pueden tener”, por lo que la intención del Plan es la ‘construcción’ de la sociedad del Buen Vivir”;²⁰ lo que permite concluir que todo ello va acorde con la dignificación de la persona, las condiciones para el ejercicio de sus derechos y la revalorización del trabajo, como derecho social constitucionalizado y la conformación de un estado social de derechos y justicia que se organiza para garantizar los derechos reconocidos.

La función ejecutiva en ejercicio de la rectoría que ostenta (art. 141 CR) está sentando las bases para hacer realidad la propuesta de reemplazar la figura del salario básico por la del salario digno cuyo punto de partida fue la intención política de contribuir a la superación de la pobreza de quien realiza un trabajo en relación de dependencia.²¹

La propuesta del gobierno nacional, al promover el trabajo productivo digno, es lograr que “ninguna empresa se considere rentable hasta no alcanzar para cada uno de sus trabajadores un salario verdaderamente digno” (según palabras pronunciadas en el mismo discurso de posesión presidencial) por lo que el COPCI ha incorporado la compensación para el salario digno, para aquellos trabajadores que realizan actividades productivas.

Resulta por lo tanto importante tener en cuenta lo que sostiene Grisolia respecto a la debida retribución, en cuanto a que “no basta con otorgar una compensación económica suficiente (contraprestación material –remuneración–), sino que debe brindar cierta satisfacción económica al trabajador; a esto se denomina ‘salario psicológico’; puede consistir tanto en la autovaloración de lo producido como en el reconocimiento de un tercero o de aquel a quien va dirigido el resultado del esfuerzo realizado”.²² Por ello, la construcción de un sistema económico justo, democrático, productivo, solidario y sostenible, basado en la distribución equitativa de los beneficios del desarrollo, de los medios de producción y en la generación de trabajo digno y estable, es precisamente uno de los objetivos del régimen de desarrollo de conformidad a la Constitución de la República (art. 276, num. 2).

19. Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013, RO-S 144, 5-III-10, p. 19.

20. *Ibid.*, p. 15.

21. El presidente Rafael Correa, en su discurso de posesión, el 10 de agosto de 2009, sostuvo que “un salario que ni siquiera alcance para que una familia salga del umbral de la pobreza, pueda considerarse un salario justo” [www.cadtm.org/Discurso-de-posesion-del]. Acceso: 18-VI-11.

22. Julio Armando Grisolia, *Manual de derecho laboral*, pp. 11-12.

Concepto y naturaleza

El salario digno, introducido por el COPCI, es definido en el mismo como aquel que cubre al menos las necesidades básicas de la persona trabajadora así como las de su familia, y corresponde al costo de la canasta básica familiar dividido para el número de perceptores del hogar. La norma dispone que tanto el costo de la canasta básica familiar como el número de perceptores del hogar serán determinados por el organismo rector de las estadísticas y censos nacionales oficiales del país (actualmente, el Instituto Ecuatoriano de Estadística y Censos), de manera anual, lo cual servirá de base para la determinación del salario digno por parte del Ministerio de Relaciones Laborales.

Por lo tanto, si bien cabría concluir que salario digno es simplemente la remuneración requerida por una familia para estar en condiciones de adquirir la canasta básica, podríamos sostener que es el ingreso justo que en relación con las exigencias del buen vivir, debería percibir toda persona trabajadora (y no solo las que realicen actividades productivas) como contraprestación de su esfuerzo y trabajo, que se sustenta en el reconocimiento de su dignidad, de sus atributos como persona humana, así como de la situación socio-política y económica imperante en un determinado tiempo y lugar, que le permite contar con condiciones suficientes, equitativas y satisfactorias para el ejercicio de sus derechos y los de su familia, para el goce de una vida decorosa y de bienestar.

El Código en referencia dispone que el salario digno es una compensación económica obligatoria y adicional a la remuneración (art. 9). Del texto legal se pueden inferir sus características y alcances, según se enuncian a continuación:

- será pagada como aporte para que las personas trabajadoras de sectores productivos alcancen el salario digno;
- no será parte de la remuneración;
- no constituirá ingreso gravable para el régimen de seguro social, ni para el impuesto a la renta del trabajador. Habrá de entenderse que de lograrse que el salario digno reemplace al salario básico, entonces sí se convertiría en ingreso gravable, por tratarse entonces de un beneficio económico regular, ya no accesorio ni complementario, del trabajador;
- será de carácter estrictamente temporal hasta alcanzar el salario digno;
- los empleadores que no hubieren pagado a todos sus trabajadores un monto igual o superior al salario digno mensual deberán pagar, a partir del ejercicio fiscal 2011, una compensación económica para alcanzar el salario digno; obligación que rige para todos los empleadores que sean sociedades o personas naturales obligadas a llevar contabilidad; que al final del período fiscal tuvieren utilidades del ejercicio; y que, en el ejercicio fiscal, hayan pagado un anticipo al impuesto a la renta inferior a la utilidad (art. 10);

- no constituirá un incremento mensual de los ingresos de la persona trabajadora sujeta al Código del Trabajo, ni aun de aquellas que laboren en sectores productivos;
- habrá lugar a la compensación para completar el salario digno, mientras la sumatoria del salario básico unificado, más sus componentes descritos en el art. 9 del Código de la Producción, Comercio e Inversiones, sea inferior al salario digno, o bien hasta que el salario básico alcance el monto del salario digno, por sí solo;
- en ningún caso se convertirá en un derecho adquirido para los trabajadores.

Componentes y forma de pago

Para determinar el monto del salario digno es preciso considerar los componentes que son enunciados en el art. 9 del COPCI (los que difieren de los componentes de la remuneración, a los que se refieren los arts. 328 de la Constitución y 95 del Código del Trabajo). Estos son:

- el sueldo o salario mensual (entiéndase al menos el básico, ya sea del trabajador en general o el sectorial, de ser el caso);
- la decimotercera y decimocuarta remuneraciones divididas para doce, cuyo período de cálculo y pago estará acorde a lo establecido en los artículos 111 y 113 del Código del Trabajo, respectivamente;
- las comisiones variables, que pague el empleador a los trabajadores, que obedezcan a prácticas mercantiles legítimas y usuales;
- el monto de la participación del trabajador en las utilidades de la empresa de conformidad con la Ley, igualmente divididas para doce;
- los beneficios adicionales percibidos en dinero por el trabajador por contratos colectivos, que no constituyan obligaciones legales,
- las contribuciones voluntarias periódicas hechas en dinero por el empleador a sus trabajadores; y
- los fondos de reserva.

El cálculo será proporcional al tiempo de trabajo cuando sea inferior a un año.

Estos componentes se sumarán única y exclusivamente para fines de cálculo, por lo que en ningún caso esto implica que se pagará de manera mensual la decimotercera, decimocuarta remuneración y lo que corresponda a cada trabajador en la participación de las utilidades, beneficios que seguirán percibiendo de modo íntegro los trabajadores en los montos, formas y fechas previstas por la Ley, es decir, que no supone un incremento mensual.

La compensación económica para el salario digno se deberá liquidar hasta el 31 de diciembre de cada ejercicio fiscal y se podrá distribuir hasta el mes de marzo del año siguiente, por una vez al año, entre los trabajadores, que laboran en sectores productivos, que no hubieran recibido el equivalente al salario digno en el ejerci-

cio fiscal anterior. Se establece que para el efecto el empleador deberá destinar el porcentaje de hasta el 100% de las utilidades del ejercicio, de ser necesario, y de no ser esto suficiente se repartirá la compensación entre todos los trabajadores con derecho a ella, de manera proporcional.

Aplicación práctica

A continuación se propone un ejemplo para favorecer la comprensión del cálculo de la compensación económica para alcanzar el salario digno, cuyas premisas, para este caso, son:

- el sueldo básico del año 2011, que es de US \$ 264;
- el trabajador solo recibe el valor del sueldo básico.

Con estos datos pasamos a realizar el cálculo, que se resume de la siguiente manera:

Nótese que si hubiéramos considerado las comisiones variables que eventualmente pudiera recibir el trabajador, o la cantidad que le correspondería por concepto de participación en las utilidades de la empresa (que de haberlas también deberían dividirse para doce, para efectos tan solo del cálculo), lo más seguro es que en el caso propuesto, no haya lugar a la compensación para el salario digno, como muy probablemente suceda con un alto porcentaje de trabajadores, al no existir diferencia entre el resultado del cálculo realizado, según los cuadros precedentes, correspondiente al ingreso anual del trabajador con el salario digno, igualmente anual.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

El ‘buen vivir’ consagrado en la Constitución ecuatoriana como búsqueda incesante de un mejor modelo de vida, pretende orientar el nuevo pacto social en el que “el centro del desarrollo es el ser humano” y por ende exige “mejorar la calidad de vida”,²³ para que los trabajadores no se conformen o allanen a un salario básico o mínimo, sino a uno digno que permita el efectivo ejercicio de sus derechos, para su bienestar y el de toda su familia.

Sin embargo, no toda persona trabajadora en el Ecuador percibe aún un salario real que le permita satisfacer dignamente sus necesidades y las de su familia, ni aun sumando todos los componentes salariales y las remuneraciones adicionales, pese a los grandes esfuerzos y, por qué no decir, efectivos avances que al respecto se han dado en los últimos años.

23. Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013, RO-S 144, 5-III-10, p. 23.

Razón por la cual, a más del salario básico que fija anualmente el CONADES, o en su defecto las Comisiones de Fijación de Sueldos y Salarios básicos, o por último, el Ministro de Relaciones Laborales, a partir de la vigencia del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones se ha regulado el salario digno, que si bien se deberá cancelar a partir del próximo año en los casos y en los términos que el mismo cuerpo legal establece, no recortará la diferencia existente entre el valor de la canasta familiar y lo que percibe la persona trabajadora como contraprestación de su esfuerzo, puesto que, como ya lo advirtiéramos, no significará un incremento real ni efectivo y es posible que se quede simplemente en una falsa expectativa para una gran mayoría de trabajadores, aún cuando la propuesta sea lograr en un mediano plazo que el salario básico alcance al salario digno y así responder a los postulados del Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013.

Más aún, hay que destacar que la compensación para el salario digno será un aporte destinado tan solo a trabajadores que laboren en sectores productivos, pese a que entre los objetivos del Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013 se encuentra el “garantizar el trabajo estable, justo y digno en su diversidad de formas” para consolidar los derechos sociales y económicos de toda persona trabajadora, como fundamento de nuestra sociedad, lo que exige no desmayar en los esfuerzos por construir las condiciones que favorezcan, entre otras, una remuneración que responda a tales postulados, sin ningún tipo de discriminación.

El salario digno, en la forma prescrita por el Código tantas veces enunciado, inicialmente y hasta tanto se vayan incrementando los actuales salarios básicos, será simplemente un referente para el cálculo de la compensación que deberán pagar determinados empleadores a los trabajadores antes de repartir las utilidades, en caso de haberlas, como un mecanismo para ir cerrando la brecha existente entre lo que el trabajador reciba durante el año de servicios y lo que falte para completar el valor de la canasta familiar (aún cuando para ello se estime que existen 1.6 perceptores del salario por familia); pero lo que en verdad se busca, y es precisamente el camino por construir, es que el salario digno (aquel que al menos cubra el costo de la canasta básica familiar) llegue a ser el básico mensual al que cada trabajador tenga derecho.

Así, el salario digno debe comprenderse en las dimensiones del ser y del deber ser, como obligación para los empleadores del sector productivo y responsabilidad ineludible del Estado, como la fundamentación de lo que puede ser considerado como una retribución justa a la luz de la constitución y el estado social de derechos y justicia que se organiza para garantizar los derechos de las personas y, por tanto, como horizonte para generar condiciones para el ejercicio de los derechos.

Resulta por ende imperativo que empleadores y empresarios en general comprendan la verdadera dimensión de “la condición humana para, desde una permanente actitud de entendimiento de las personas [y me permito agregar, de su consecuente e irrenunciable dignidad], plantearse el cumplimiento de los legítimos

objetivos relacionados con resultados económicos con proyección en el tiempo”,²⁴ los que no pueden ni deben dejar de lado la obligación de hacer partícipes a los trabajadores de los beneficios de la actividad productiva, más allá de las utilidades, que de por sí son eventuales, aleatorias, variables y que no llegan consecuentemente a todos los trabajadores, sino a través del establecimiento y efectivo pago de salarios verdaderamente dignos, como consecuencia de lo que Juan Morales llama una “gerencia humanizada” que permita “alcanzar los objetivos institucionales en el marco de una ética aplicada”.²⁵

Sin embargo, el mismo autor nos advierte que si bien se ha introducido en el discurso de la sociedad ecuatoriana el concepto de la ética, “las empresas ecuatorianas no dan el paso para una real y potente vigencia de esta categoría. No se ve aún la necesidad de trabajar fundamentados en la ética, como una instancia ineludible del quehacer empresarial en todos sus ámbitos. Se habla de ética, pero no se actúa éticamente”,²⁶ muestra de ello es que existen aún muchos trabajadores que no son suficiente ni, peor aún, legalmente remunerados, y cuya expectativa es apenas alcanzar, entre todos los perceptores del hogar, un salario que apenas le permita satisfacer sus congruas necesidades, pero que no le garantiza el ejercicio efectivo de sus derechos ni una vida decorosa.

Por lo dicho, el tema de las remuneraciones, y muy particularmente el del salario digno, es corresponsabilidad de toda la sociedad, y de cada ciudadano en particular, empresario o no, si acaso tienen la clara dimensión de lo que es vivir en un estado social de derechos y justicia y la debida sensibilidad e interés por los sectores más vulnerables, de lo que siempre ha sido un vivo ejemplo nuestro profesor de Derecho Laboral, el Dr. Julio César Trujillo, comprensión y sensibilidad que ha plasmado en el amplio desarrollo de doctrinas en diferentes ramas del Derecho a lo largo de más de 50 años de vida profesional, académica y docente, que deja como legado imborrable al Ecuador y al mundo entero.

Hacemos votos por que vengan mejores días para el país, de manera que toda persona trabajadora, sin distinción alguna, perciba por lo menos el equivalente del salario digno, lo que podrá darse en la medida en que se avance en la transformación de estructuras injustas, se fortalezca la institucionalidad que garantiza derechos y cuenta con los mecanismos para su exigibilidad y efectividad, y construyamos entre todos una sociedad que reconoce y valora a la persona trabajadora, y establece relaciones horizontales donde el trabajo (productivo o no) sea reconocido, valorado y dignificado por las condiciones en las que se realiza como por la forma económica en la que se le retribuye.

24. Juan Morales, “Gerencia humanizada”, en *Ética y sociedad*, Cuenca, Imprenta de la Universidad del Azuay, 2011, 2a. ed., p. 456.

25. *Ibid.*, p. 457.

26. Juan Morales, “Ética y Educación en la empresa ecuatoriana”, en *Ética y sociedad*, p. 443.

5. BIBLIOGRAFÍA

- Alarcos Martínez, Francisco,
2005 *Bioética global, justicia y teología moral*, Madrid, Universidad Pontificia Comillas.
- Carbonell, Miguel,
2009 “Eficacia de la Constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas”, en *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Grisolia, Julio Armando,
2010 *Manual de derecho laboral*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 6a. ed.
- Monesterolo Lencioni, Graciela Ana,
2010 *Instituciones de derecho laboral individual. Herramientas didácticas*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 3a. ed.
- Morales Ordóñez, Juan,
2011 “Gerencia humanizada”, en *Ética y sociedad*, Cuenca, Imprenta de la Universidad del Azuay, 2a. ed.
- 2011 “Ética y Educación en la empresa ecuatoriana”, en *Ética y sociedad*, Cuenca, Imprenta de la Universidad del Azuay, 2a. ed.
- Silva Portero, Carolina,
2008 “¿Qué es el buen vivir en la Constitución?”, en *Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis de la doctrina y el derecho comparado*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Trujillo Vásquez, Julio César,
1992 *Ley 133*, Quito, PUCE.
- 2008 *Derecho del trabajo*, t. 1, Quito, PUCE.
- Vidal, Marciano,
1991 *Diccionario de ética teológica*, Navarra, Verbo Divino.
- Viteri Ll., Joaquín,
s.f. *El salario*, s.l., s.e.

Normativa

- Código del Trabajo.
Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, RO-S 351, 29-XII-10.
Constitución de la República del Ecuador 2008.
Ley para el pago mensual del fondo de reserva, RO-S 644, 29-VII-09.
Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013, RO-S 144, 5-III-10.

Netgrafía

- [<http://www.un.org/es/documents/udhr/>].
[<http://www.inec.gob.ec/web/guest/inicio>].
[<http://www.inec.gob.ec/web/guest/inicio>].
[<http://www.cadtm.org/Discurso-de-posesión-del>].

¿DERECHO AL TRABAJO?

Juan Pablo Aguilar Andrade

1. DE CÓMO EL TRABAJO SE CONVIRTIÓ EN DERECHO

*Si queremos que todo siga como está,
es preciso que todo cambie.*

Lampedusa, *El Gatopardo*

Para que el trabajo pueda pensarse como un derecho, es necesario que se lo considere como algo de lo cual se puede carecer, algo que se obtiene de un tercero o que puede ser arrebatado por un tercero.

Sociedades cuya organización mantuvo los medios para producir en manos de los productores jamás se plantearon el problema de no contar con los instrumentos necesarios para ejecutar un trabajo ni, por ende, concibieron la idea de un derecho al trabajo.

Pero cuando la producción se organiza sobre la base de la división entre un grupo de propietarios de los medios necesarios para producir y otro de personas que, por carecer de ellos, se ven obligadas a ceder su trabajo a un tercero para sobrevivir, surge la posibilidad de carecer de trabajo y, con ella, la idea de protegerse contra esa eventualidad por medio de mecanismos que garanticen el acceso a los puestos de trabajo y la permanencia en ellos.

Pero la idea del derecho al trabajo no fue un producto natural de esta evolución hacia un nuevo modo de producir y aquí está, precisamente, la razón para que sea un elemento extraño dentro del sistema vigente.

La sociedad moderna se basa en el mercado y el fin primordial de la producción es el intercambio; los bienes no se producen para ser utilizados por el productor, sino para intercambiarse, para convertirse en mercaderías que, esto es obvio, no actúan por sí solas ni tienen voluntad propia, sino que son llevadas al mercado por sus propietarios. Vivimos en una sociedad de propietarios que se relacionan por medio del intercambio.

La categoría de propietarios iguala a todas las personas a un nivel formal. Todos, en cuanto propietarios de mercancías, son libres e iguales para acudir y actuar en el mercado, con independencia de las desigualdades concretas que pudieran existir.

Surgen enseguida dos preguntas: ¿si los seres humanos son libres e iguales, cómo se explica el trabajo para otro?; ¿qué ocurre con aquellos que carecen de propiedades y, por ende, no pueden acudir al mercado para intercambiarlas?

Hay una sola respuesta para contestar estas dos preguntas: el trabajo es una mercancía más.

Todo ser humano es libre, dice Fichte, y como tal “posee su cuerpo como libre instrumento de su voluntad”.¹ La libertad es lo que permite a las personas disponer a voluntad de su propio cuerpo, ser propietarias de sí mismas, y es esta, precisamente, la propiedad primera y el fundamento de toda propiedad.

El hombre –dice Locke–, por cuanto es dueño de sí mismo y propietario de su propia persona y de los actos y trabajo de esta, ha llevado siempre consigo el primer fundamento de la propiedad.²

Pero esta propiedad sobre sí mismo no puede ser tal que lleve al ser humano a desprenderse de su libertad, porque “renunciar a la propia libertad es renunciar a la cualidad de hombre, a los derechos de la humanidad”.³

Un contrato civil –dirá Montesquieu– no puede derogar el derecho natural, conforme al cual los hombres son esencialmente libres.⁴

Es necesario, entonces, dar un paso más y distinguir entre la persona misma y su trabajo. Aquí, precisamente, está el punto de ruptura en el largo camino que lleva desde la esclavitud al contrato de trabajo.⁵

1. Citado por E. B. Pashukanis, *La teoría general del derecho y el marxismo*, México, Grijalbo, 1976, p. 110. Locke afirma: “Aunque la tierra y todas las criaturas inferiores sean comunes a todos los hombres, cada uno tiene la propiedad de su propia persona, a la cual nadie más que él tiene derecho”. Citado por Umberto Cerroni, *Marx y el derecho moderno*, México, Grijalbo, 1975, p. 242.
2. Umberto Cerroni, *Marx y el derecho moderno*, p. 242.
3. Jean-Jacques Rousseau, *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres. El contrato social*, Barcelona, Orbis, 1984, p. 161. También: “[...] como el derecho de propiedad es institución convencional y humana, cualquier hombre puede a su capricho disponer de lo que posee; pero no sucede lo mismo con los dones esenciales de la naturaleza, tales como la vida y la libertad, de las que se permite a todos disfrutar, pero de las cuales es por lo menos dudoso que se pueda prescindir enajenándolas. Despojándose de la una se degrada su ser; quitándose la otra se reduce a la nada cuando en él existe. Y como ningún bien temporal puede indemnizar de una y otra, sería ofender al mismo tiempo a la naturaleza y a la razón renunciar a aquellas por precio alguno”, *Ibid.*, pp. 119-120.
4. Manuel Alonso Olea, *De la servidumbre al contrato de trabajo*, Madrid, Tecnos, 1979, p. 67.
5. Para una historia del desarrollo de las ideas que culminaron en la noción de contrato de trabajo, puede verse Manuel Alonso Olea, *De la servidumbre al contrato de trabajo*.

Una persona, como ser libre, no puede ponerse al servicio de otra sin enajenar su libertad.⁶ Pero si concebimos a la capacidad para producir, al trabajo, como algo distinto y exterior al ser humano, muy bien puede disponerse de esa capacidad sin que la libertad se vea afectada.

De mis aptitudes propias, corporales y espirituales y de las posibilidades de la acción, puedo vender a otros productos singulares y un uso limitado en el tiempo, ya que según esta limitación, dichas disposiciones mantienen una relación externa con mi totalidad y universalidad.⁷

De esta forma de entender las cosas surge la idea del trabajo como mercancía susceptible de ser negociada, como cualquier otra, por medio de un contrato que el derecho civil calificó originalmente como arrendamiento o locación de servicios. Los juristas toman la palabra a través de Pothier: “un hombre libre no es susceptible de contrato de venta, pero él puede arrendar sus servicios”.⁸

La construcción está completa: si todos los seres humanos son propietarios, todos son iguales; no hay uno solo que no cuente, al menos, con su trabajo, para intercambiarlo en el mercado. La libertad y la propiedad han igualado a las personas solo a un nivel abstracto, prescindiendo de las desigualdades concretas.

La lógica de esta elaboración teórica excluye la posibilidad de un derecho al trabajo. Si este es una propiedad más de las personas, el único derecho que se tiene con respecto a él se refiere a la forma de utilizarlo; no hay derecho al trabajo, sino derecho de trabajar o, más propiamente, libertad de trabajo, facultad para trabajar o dejar de hacerlo.⁹

Pero la realidad se encargó de demostrar que la lógica no era suficiente y que la igualdad abstracta era incapaz de vencer a la desigualdad concreta. Veamos esto partiendo de la visión que sobre la libertad de trabajo nos da Francisco de Ferrari:

6. “[...] quien es un yo en cuanto poseedor de si no puede enajenarse sin dejar de serlo ni reducir ni anular su personalidad; perdería, de otra forma, su voluntad libre [...]”. Manuel Alonso Olea, *De la servidumbre al contrato de trabajo*, p. 115.
7. G. W. F. Hegel, *Filosofía del derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1985, p. 84.
8. Manuel Alonso Olea, *De la servidumbre al contrato de trabajo*, p. 80.
9. “[...] la aplicación de la actividad personal al servicio ajeno se encuentra proclamada como facultad de cada individuo, que cuenta con su libertad para concretar una prestación, para ofrecer sus servicios o para abstenerse, si no tiene absoluta necesidad de trabajar o mientras posea recursos para diferir el empeño laboral. Tal es el derecho de trabajar o la libertad de trabajar [...]”. “Cuando un sujeto quiere poner en obra aquella potestad o cumplir con el deber social del trabajo surge el derecho al trabajo, a encontrar empleo digno y suficiente para subvenir a sus necesidades, para atender a los que de él dependen económicamente y para mejorar su posición”. Luis Alcalá-Zamora y Guillermo Cabanellas, *Tratado de política laboral y social*, t. II, Buenos Aires, Heliasta, 1976, p. 630.

[...] el hombre puede emplear libremente su fuerza de trabajo o explotarla, en su propio beneficio, dedicándose a la industria, al arte o al comercio que desee; pero puede también, como un corolario de su libertad de trabajo, poner esa fuerza a disposición de otra persona de una manera más o menos continua o condicionada. En tal caso, accede a que otro hombre dirija su actividad y se aproveche de ella.¹⁰

Pero este mundo idílico en el que gobierna la “libre voluntad” de los individuos solo existe en la mente de los juristas. En la realidad, quien desea trabajar necesita tener los medios para ello y, si estos se encuentran en poder de otra persona, no le queda más remedio, para sobrevivir, que ponerse de acuerdo con esta última sobre la forma de utilización de esos medios de trabajo; y, en ese ponerse de acuerdo, contar con los instrumentos para trabajar es siempre un elemento que inclina la balanza a favor de quien aparece como dador de trabajo.

En efecto, la forma del contrato de trabajo, celebrado entre dos personas que la ley considera libres e iguales, “no revela la circunstancia de que en realidad el empresario es más poderoso que el obrero”,¹¹ no se toma en cuenta, así, que quien tiene las de ganar y puede hacer que sea su voluntad la que se imponga, es el poseedor de los medios de trabajo y que “quien manda sobre los medios de producción tiene en sus manos la suerte de los trabajadores”.¹²

[...] es inevitable que aquellos que no poseen más propiedad que su fuerza de trabajo tengan que transformarse continua y ‘voluntariamente’ en esclavos de otros que se han hecho propietarios de las condiciones objetivas de trabajo. Pues todos los medios de producción se encuentran en alguna ‘empresa’, todas las empresas se encuentran en poder de algún ‘propietario’, y los trabajadores, que no poseen ningún medio de producción, solo pueden trabajar con la autorización de los propietarios de las empresas, es decir, solo pueden vivir con su autorización.¹³

[...] frente a la libertad e igualdad de las partes de la relación laboral, formalmente proclamada por la ley, la realidad diaria se encargaba de demostrar el predominio absoluto del capital y la voluntad del empresario como única fuente del contenido del contrato de trabajo.¹⁴

Las citas sobre este tema podrían abundar, y cualquiera sabe los extremos a los que llevó la aplicación de la doctrina de la libre voluntad en la relación laboral. Es precisamente para evitar esos extremos, y respondiendo a los reclamos de los

10. Francisco de Ferrari, *Derecho del trabajo*, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1976, p. 14.

11. Franz Neumann, *El Estado democrático y el Estado autoritario*, Buenos Aires, Paidós, 1968, p. 65.

12. Eduardo Novoa Monreal, *El derecho como obstáculo al cambio social*, México, Siglo XXI, 1980, p. 112.

13. Karl Korsch, *Lucha de clases y derecho del trabajo*, Barcelona, Ariel, 1980, pp. 12-13.

14. Manuel Palomeque, *Derecho del trabajo e ideología*, Madrid, Akal / Universitaria, 1984, p. 17.

grandes grupos de perjudicados, que se piensa en normas que regulen la intervención estatal en el campo laboral, pongan límites a la libertad contractual y fijen las condiciones mínimas a las que deben sujetarse los contratos de trabajo. Dentro de estas normas, que darán origen al derecho laboral, se encuentran aquellas relacionadas con el derecho al trabajo.

¿De qué manera modificó esto el fondo del problema?

El derecho laboral introduce cambios en el sistema en la medida en que pone límites a la voluntad de las partes (que como hemos visto era fundamentalmente la voluntad del empleador); pero poner límites no significa, en modo alguno, alterar la base del sistema: este se mantiene siendo tal en la medida en que no se modifica la realidad del trabajo como objeto de un contrato, por más que este contrato se regule por normas distintas a las que norman, por ejemplo, la compraventa o el arrendamiento.

Camerlynck y Lyon-Caen se refieren con las siguientes palabras al caso francés:

Se ha creído por mucho tiempo que el Derecho del Trabajo generaba su propia ideología y que esta consistía en la intervención de la autoridad tutelar del Estado para proteger a los más débiles, es decir, a los trabajadores. Esta visión un tanto simplista no corresponde a la realidad. Por otra parte, haría suponer que todo liberalismo ha muerto y que las relaciones laborales son dirigidas desde el Estado.

La elaboración legislativa no significa la muerte del liberalismo, al igual en este caso que cuando el Estado legisla en materia de sociedades mercantiles. En realidad, salvo los raros períodos en que el dirigismo económico ha venido determinado por la penuria, el Derecho francés ha continuado siendo un derecho liberal. La libertad de trabajo continúa siendo la piedra angular de todo el edificio del Derecho del Trabajo. La libre conclusión y rescisión de los contratos individuales y colectivos, la libre fijación de los salarios son todavía los fundamentos del orden jurídico. Existen, ciertamente, una legislación y una administración laborales, pero su papel respectivo debe ser apreciado debidamente.

La legislación laboral da un marco a la negociación... y fija el mínimo social...¹⁵

La libertad de trabajo y la “libre” estipulación de los contratos sigue siendo el fundamento del derecho laboral; las limitaciones que se les imponga no las elimina; introducen, simplemente, elementos adicionales en la base de la organización, pero esta sigue conformada por propietarios de mercaderías, entre las cuales se encuentra el trabajo, que las intercambian en el mercado y que, en cuanto propietarios, se encuentran igualados a un nivel abstracto.¹⁶

15. G. H. Camerlynck y G. Lyon-Caen, *Derecho del trabajo*, Madrid, Aguilar, 1974, p. 28.

16. Nótese que la idea del derecho laboral es, precisamente, nivelar las desigualdades que ha reconocido existen entre las partes que intervienen en el contrato de trabajo. Ver Eduardo Novoa Monreal, *El derecho como obstáculo al cambio social*, p. 126. Se reconoce, entonces, la necesidad de que se comparezca al intercambio de mercadería en pie de igualdad y el derecho debe contribuir a que

Si hay que establecer limitaciones a un mecanismo “natural” es solo en la medida en que este subsiste. Está claro que... el derecho contemporáneo limita la explotación capitalista. ¿Pero es un sofisma afirmar que solo haya razones para limitarla en cuanto que ella se perpetúa y se perfecciona?¹⁷

El derecho laboral es, sí, un conjunto de importantes conquistas desde el punto de vista de los trabajadores, pero siempre ha estado presente en él la necesidad de preservar el sistema mediante regulaciones que limiten los excesos patronales.¹⁸

Si la esencia se mantiene incólume, el trabajo sigue siendo una mercancía que puede intercambiarse como cualquier otra, claro que siguiendo regulaciones especiales, y el único derecho que cabe respecto a él es la posibilidad de utilizarlo como más convenga a su propietario, esto es, la libertad de trabajo.

La única diferencia que existe en la actualidad es que mientras antes se reconocía abiertamente el carácter de mercancía de la fuerza de trabajo, hoy se lo oculta púdicamente, pretendiendo que ese silencio es suficiente para eliminar el problema.

La dignidad del trabajo humano, dice Mario de la Cueva, impide que pueda considerársele como una cosa que pueda ser objeto de contratación.¹⁹ Perfectamente de acuerdo; pero, ¿cuál es la solución que se ha buscado?

Pues, simplemente, elaborar toda una doctrina que sustenta la afirmación de que el trabajo no es una mercancía, gritarla a voz en cuello y convertirla en dogma del derecho laboral. La no resuelta disputa doctrinaria sobre la naturaleza del contrato de trabajo es una buena muestra del esfuerzo teórico por desterrar la idea

esto sea posible, si la realidad muestra la existencia de una desigualdad que conspira contra la libre expresión de la voluntad de las partes.

17. Antoine Jeammaud, “Propuestas para una Comprensión Materialista del Derecho del Trabajo”, en *La crítica jurídica en Francia*, Puebla, Universidad Autónoma de Puebla, 1986, pp. 105-106.
18. En el caso ecuatoriano puede verse esto muy claramente en planteamientos como los de Carlos Tobar y Borgoño, “La Protección Legal del Obrero en el Ecuador”, en *Revista de la Sociedad Jurídico-Literaria*, Quito, Imprenta de la Universidad, números 3 y 4, nueva serie, 1913, pp. 133-165. Las siguientes citas parecen suficientemente claras: “Precisamente la falta de lucha, precisamente la inconsciencia de nuestras masas, puede facilitar la obra de las clases dirigentes; precisamente esa falta de resistencia de nuestro pueblo nos permite que *le llevemos nosotros al goce de sus derechos, goce de derechos que en otras partes [...] es ya arrebatado por la fuerza, mediante triunfos del obrero; pero triunfos alcanzados con derrotas sangrientas del capital*, previas luchas crueles, previas crisis tremendas, previas convulsiones comerciales que perjudican tanto al obrero como al patrón ... Pues bien, nosotros que no tenemos luchas sociales violentas, aquí donde aún no conocemos el odio agresivo del trabajo al capital, aquí donde el obrero no reclama aún nada con la tea del incendiario y el hacha del asesino, aquí *nosotros debemos tratar de evolucionar no solo por humanidad y justicia, sino también por egoísmo y conveniencia*” (p. 137). “[...] si ni la justicia ni la moralidad [...] son motivos suficientes para levantar al obrero a la categoría de ser humano, la necesidad de evitar las crisis violentas, la *precisión de economizarnos la gran revuelta del mañana* ... nos obliga a que miremos el porvenir, nos obliga a evolucionar, debe inducirnos a *conceder de buen grado lo mismo que mañana nos será arrancado [...]*”, p. 140. Las cursivas son mías.
19. Mario de la Cueva, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, t. I, México, Porrúa, 1980, p. 186.

del trabajo mercancía y declaraciones como la del artículo 427 del Tratado de Versalles se presentan como prueba de que el trabajo ha dejado de ser considerado “como una mercancía o un artículo de comercio”.²⁰

La afirmación de que el trabajo es una mercancía repugna a nuestra sensibilidad y, entonces, se construye todo un edificio teórico que demuestra que no lo es y se tranquiliza así nuestra conciencia. Lastimosamente, no se conoce hasta ahora ningún caso en que las cosas hayan dejado de ser lo que son únicamente porque alguien lo haya dicho.

Confundir nuestras ilusiones con la realidad puede resultar satisfactorio, pero sostener contra viento y marea que el trabajo no es una mercancía no modifica la realidad cotidiana de su compra y su venta.

La aceptación universal de que el trabajo no es una mercancía y la creencia generalizada de que el derecho laboral es el que ha conseguido este notable avance, muestra a las claras cómo pueden encajar en el sistema conceptos abiertamente reñidos con su lógica. A estas alturas de la historia es fácil olvidar cuál fue el verdadero origen de nuestras instituciones y podemos darles sin mayor problema otro sentido, si eso contribuye a mejorar su fachada.

[...] ningún sistema, ni siquiera el más conservador (en el sentido liberal del término), puede limitarse a preservar; aún para hacer esto tiene que cambiar. Los valores que determinan el carácter de los cambios provienen obviamente del sistema legal. Llegan del exterior, pero por razones de propaganda se los presenta como exigencias legales y a menudo se pretende que tienen su origen en el derecho natural.²¹

La evolución histórica nos ha colocado en un momento en que resulta de mal gusto, por decir lo menos, rechazar planteamientos doctrinarios como los que constituyen el derecho laboral,²² pues ellos se han incorporado al conjunto de ideas que el sentido común considera válidas y dignas de ser reconocidas. La legislación, si quiere mantener su imagen de expresión de la justicia, no puede dejar de reconocer como válidas las ideas que la gran mayoría de la sociedad tiene acerca de lo que debe entenderse como justo.

La ventaja de estos reconocimientos es que pueden hacerse sin lesionar las bases de la estructura social vigente. Decir que existe un derecho al trabajo no afecta en lo más mínimo la organización de la economía basada en la propiedad privada y puede, inclusive, si no se intenta hurgar demasiado en la lógica del sistema, sostenerse que nos encontramos ante una idea absolutamente compatible con nuestra forma de organizar la sociedad.

20. Luis Alcalá-Zamora y Guillermo Cabanellas, *Tratado de política laboral y social*, t. II, p. 47.

21. Franz Neumann, *El Estado democrático y el Estado autoritario*, p. 166.

22. Esto no elimina, lógicamente, la disputa siempre presente sobre los contenidos concretos que esas ideas adoptan en cada legislación en particular.

2. LAS DESVENTURAS DE LO SAGRADO

*Tales son las leyes del cielo,
pero no las de la tierra.*

Shakespeare, *Medida por medida*

La forma en que el derecho laboral asumió tradicionalmente el problema del derecho al trabajo es una buena muestra de lo que hasta aquí se ha dicho.

Como sabemos, toda norma lleva implícita una valoración que considera su contenido como bueno, sea porque resulta adecuado para realizar una idea de justicia, sea porque se considera lógico y razonable o, finalmente, porque sirve de mejor manera a los intereses del grupo en el poder.²³

Si pensamos en el derecho al trabajo, se encuentra en la actualidad normativamente reconocido y se lo ha incluido tanto en declaraciones internacionales como en las legislaciones de diversos países. En el caso ecuatoriano, a partir de 1945 todas las constituciones lo regulan de una u otra manera; el artículo 33 de la actualmente en vigencia habla del trabajo como un derecho y un deber social y el número 1 del artículo 326 establece que “el Estado impulsará el pleno empleo y la eliminación del subempleo y del desempleo”.

Tenemos, entonces, indicios suficientes sobre la existencia de un juicio de valor para el cual la idea de un derecho al trabajo es valiosa. Pero, si tomamos en cuenta que lo valioso no tiene relación, necesariamente, con lo justo, pues bien puede ser que demos valor a algo únicamente porque lo consideramos útil o conveniente, es claro que aún no sabemos nada respecto al contenido de ese juicio de valor.

Para entenderlo mejor es necesario analizar la elaboración teórica que le da origen y, siendo la Doctrina Social de la Iglesia la que la expone de una forma clara y acabada, podemos servirnos de ella para este propósito.

Su planteamiento parte de un código ético que considera a la vida humana como un valor fundamental que merece ser defendido. La naturaleza misma de las cosas, dice León XIII, obliga al ser humano a defender su vida y, para ello, le es indispensable contar con el fruto de su trabajo que, en esta medida, se convierte en

23. “[...] no sería posible comprender una norma si no fuera posible, por algún mecanismo intelectual o lingüístico, extraer el juicio valorativo que la hace sustentable [...] Todo enunciado en que expresamente se diga que un cierto contenido es obligatorio o facultativo o permitido, puede ser redactado sin utilizar ese aparato modal, y formulado como un juicio de valor, en la medida en que un grupo no obliga, faculta o permite sino lo que puede ser visto como bueno. Y, al revés, lo prohibido puede ser considerado como malo”. Roberto José Vernengo, *Curso de teoría general del derecho*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1976, p. 147.

necesario²⁴ porque, lo dirá más tarde Pío XII, “sin él no se puede conseguir lo indispensable para la vida, cuyo mantenimiento es deber natural, grave e individual”²⁵

Joaquín Aspiazu sintetiza muy bien estos planteamientos al afirmar que el fundamento obvio del derecho al trabajo es “el derecho a la vida y el correspondiente deber de la sociedad de alimentar de los bienes superfluos al hombre que no tiene medios, o de darle medios aptos para su sustentación... Y como no hay derecho, ni más sagrado ni más natural, que el derecho a la vida; tampoco hay más sagrado que el de tener a la mano los instrumentos propios para mantenerlo”²⁶

Pero no se trata, tan solo, de atender al trabajo como medio de subsistencia; el valor de este viene dado, además y principalmente, por su contribución a la autorrealización humana. El trabajo, dice la *Gaudium et Spes*, no solo “aventaja a todos los demás elementos de la vida económica, ya que estos no son sino sus instrumentos”²⁷ sino que es la característica que permite a los humanos distinguirse de los demás seres y el factor mediante el cual las personas transforman la naturaleza, contribuyen a la obra de la creación y se hacen, al mismo tiempo, más humanas.²⁸

El trabajo es un bien del hombre –es un bien de su humanidad– porque mediante el trabajo el hombre no solo transforma la naturaleza adaptándola a las propias necesidades, sino que se realiza a sí mismo como hombre, es más, en un cierto sentido se hace más hombre.²⁹

Las personas tienen derecho a trabajar, entonces, porque ese es el medio que les permite sobrevivir pero, también, porque por medio de su esfuerzo se realizan plenamente como personas y, según la Iglesia, no solo contribuyen a la obra de la creación sino que se santifican y se redimen.

Si atendemos a estos argumentos, la valoración del derecho al trabajo no se basa en criterios de conveniencia u oportunidad sino en un juicio exclusivamente ético que, al equipararlo con el derecho a la vida, lo califica como sagrado y considera necesario su reconocimiento normativo para, por su intermedio, garantizar su realización.

Curiosamente este, que parece el final del camino, no es otra cosa que el comienzo del problema.

24. Encíclica *Rerum Novarum*, No. 19.

25. *La Solennità*, radiomensaje sobre la cuestión social, 1941, No. 19.

26. Carlos Vela Monsalve, *Derecho ecuatoriano del trabajo*, t. I, Quito, Fondo de Cultura Ecuatoriana, 1983, p. 104.

27. Concilio Vaticano II, *Constitución sobre la Iglesia en el mundo actual*, No. 67.

28. Ricardo Antoncich y José Miguel Munárriz, *La doctrina social de la Iglesia*, Cuenca, Ediciones Cristianas del Azuay, s.a., pp. 105 y ss.

29. Juan Pablo II, *Encíclica Laborem Exercens*, No. 9.

En efecto, así como el juicio de valor nos lleva a la norma, esta nos remite a la realidad para comprobar si sus enunciados tienen existencia concreta o han quedado encerrados dentro de los límites del papel que los contiene. Esto porque es necesario distinguir la existencia formal de la ley, que depende del hecho de que haya sido válidamente expedida por el órgano facultado para hacerlo dentro de un ordenamiento jurídico determinado, de la que podríamos denominar su existencia objetiva, esto es, su capacidad para dirigir conductas y condicionar la vida de los grupos y las personas a las que se dirige.

Las leyes nacen para producir efectos en la sociedad a la que pretenden regir y, si no los producen, pueden considerarse inexistentes.

El derecho, en tanto que fenómeno social objetivo, no puede ser agotado por la norma o la regla, ya sea escrita o no escrita [...] Para afirmar la existencia objetiva del derecho no basta [...] conocer su contenido normativo, sino que también hay que saber si ese contenido normativo es realizado en la vida, es decir, por las relaciones sociales [...] [...] Si ciertas relaciones se han formado efectivamente, eso significa que ha nacido un derecho correspondiente; pero si una ley o un decreto han sido solo promulgados sin que ninguna relación correspondiente haya aparecido en la práctica, eso significa que se ha realizado un ensayo de crear un derecho, pero sin éxito [...] ³⁰

La necesaria referencia a la realidad social y a la forma como se aplican en ella las normas jurídicas ha dado origen al concepto de eficacia, que permite distinguir entre la vigencia de la ley y el hecho de que los supuestos que ella establece se cumplan realmente.

En el caso del Ecuador, es indudable que la que consagra la existencia del derecho al trabajo es una norma vigente, por haber sido válidamente expedida por la autoridad facultada para ello; cabe preguntarse, entonces, si ha producido efectos en la realidad, esto es, si se trata de una norma eficaz.

No hace falta recurrir a las estadísticas para afirmar que el desempleo y el subempleo son una realidad que, hasta la fecha, podemos calificar como permanente. Parecería, entonces, que la realidad contradice a la norma; esta no parece ser un instrumento adecuado para materializar nuestras concepciones y juicios valorativos y, más bien, por algún extraño mecanismo, lo que la teoría tan fácilmente convirtió en sagrado se destruye apenas lo vertimos en los moldes de la ley.

Podríamos argumentar, sin embargo, que lo que hemos visto en el caso del derecho al trabajo es común a todos los derechos enumerados por cualquiera de las declaraciones que analicemos y que, así como la vida existe con independencia del derecho a ella y el derecho de propiedad no supone que todos puedan acceder al dominio sobre determinados bienes, la existencia de un derecho al trabajo no suprime la desocupación.

30. E. B. Pashukanis, *La teoría general del derecho y el marxismo*, pp. 73-75.

Esto porque la eficacia de una norma no depende de que sus disposiciones sean efectivamente acatadas siempre y por todos; no podemos pensar que un precepto legal es ineficaz porque hemos detectado que se lo ha infringido un elevado número de veces. Todo lo contrario, la misma existencia de una norma implica que entre esta y la realidad existe una posible discordancia; si no fuera así, el orden jurídico no tendría razón de ser.

En efecto, establecer por medio de una ley un comportamiento determinado o reconocer un derecho, es en realidad una confesión de que en la sociedad en la que esa ley rige, hay comportamientos contrarios al regulado y actividades que atentan contra el derecho que se reconoce; la ley misma no tendría sentido si regulara comportamientos o estableciera derechos que siempre y en todo caso serían seguidos o respetados.³¹

La eficacia se relaciona, más bien, con la reacción que se produce en el sistema, en los jueces y tribunales, cuando una norma es violada. Pensar, por ejemplo, que el derecho de propiedad no existe porque hay quienes se apropian de los bienes ajenos, sería absurdo; la existencia de violaciones se convierte, más bien, en un síntoma de buena salud cuando existe una reacción en las autoridades para sancionar los incumplimientos.

La ineficacia de la norma que confiere a los ecuatorianos el derecho al trabajo, según esto, está determinada menos por los índices de desocupación y subocupación, que por el hecho de que quienes carecen de empleo no pueden apelar a los órganos jurisdiccionales con la esperanza de ser atendidos.

Esto lo destacan los autores que se ocupan del tema. Vela Monsalve, por ejemplo, al analizar el artículo 174 de la Constitución ecuatoriana de 1946, vigente al momento de escribir su obra, sostiene que esa norma consagra un “derecho simplemente potencial”,

[...] insinuado como tal en la Carta Política, y no [...] un derecho asegurado y realizable; pues no se determina en ella, en forma concreta, el órgano de la Administración que debe procurar trabajo, o sea, el sujeto pasivo contra el cual puede el desocupado dirigir su petición; ni se determinan tampoco las condiciones en que deba hacerlo. Quizá –concluye el autor– la disposición que comentamos [...] no tiene otro alcance que recordar [...] al Estado, como gestor del bien común, la obligación en que está de crear un ambiente propicio y favorable, esto es, una organización social tal que asegure trabajo a todos los ciudadanos que lo demanden.³²

Si esto podía sostenerse en el caso de la Constitución de 1946, que expresamente hablaba del deber que tenía el Estado de “procurar trabajo a los desocu-

31. Véase Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1975, p. 141.

32. Carlos Vela Monsalve, *Derecho ecuatoriano del trabajo*, t. I, p. 101.

pados”, con mayor razón es aplicable al texto de la Constitución vigente, cuyo artículo del artículo 326:1 se reduce a imponer al Estado la obligación de impulsar, no asegurar ni garantizar, “el pleno empleo y la eliminación del subempleo y del desempleo”.

Vela Monsalve basa sus conclusiones en la inexistencia de una acción judicial y explica con claridad que la norma constitucional no determina, “en forma concreta, el órgano de la Administración que debe procurar trabajo, o sea, el sujeto pasivo contra el cual puede el desocupado dirigir su petición”.³³

La acción judicial es un elemento determinante para establecer la existencia de un derecho, pues no basta con una mera enunciación de facultades, sino que es indispensable crear los instrumentos que permitan ejercerlas.

Como vemos, esta incursión por el mundo de la eficacia nos devuelve al punto de partida. La norma que consagra el derecho al trabajo no es efectiva porque, en realidad, no confiere derecho alguno; se reduce simplemente a ser un enunciado incapaz de poner en marcha el aparato judicial en defensa de los intereses que debería proteger. En estricto sentido, el derecho al trabajo, contra lo que podría desprenderse de una revisión de los textos legales, no existe.

Curiosamente, la gran ausente a lo largo de razonamientos como los que se han reseñado es la pregunta que parece obvia: ¿qué convierte en “simplemente potencial” a un derecho que no se ha dudado en considerar tan sagrado como la vida? Vela Monsalve nada dice sobre las razones de esta súbita desacralización; es más, ni siquiera se plantea que exista. Se limita a bordear con admirable habilidad los límites del precipicio y estructura sus ideas de tal forma que los cimientos de barro de su construcción quedan en la penumbra. Como tantas otras veces, el problema no está en los argumentos, sino en los silencios.

Y, sobre todo, en la forma de exponer el tema, dividiendo el análisis doctrinal y el legislativo en dos compartimentos estancos que tienen en común únicamente el asunto que se trata. Así, puesto que el contenido de la ley se presenta como distinto o, al menos, independiente de los juicios valorativos y no como su consecuencia lógica, las contradicciones pasan a un segundo plano y se pierde de vista la curiosa realidad de una norma sustentada en un juicio de valor que no puede realizarse por medio de ella.

La vía que conduce del mundo de los derechos naturales a la realidad presenta demasiadas incomodidades como para ser incluida en el análisis. Y es en ella, precisamente, donde se produce el brusco fin de la euforia de las ideas y, sin explicación alguna, el sagrado derecho al trabajo sufre la metamorfosis que lo convierte en un “simplemente potencial”, solo “insinuado como tal” en la Constitución y que no puede considerarse asegurado y realizable.

Que lo sagrado se haga pedazos apenas trasponer los límites de la realidad es un hecho sin importancia, al menos para los juristas, a quienes no parece inquietar

33. *Ibid.*, p. 101.

el que un derecho que equiparan al derecho a la vida sea simplemente potencial, declarativo, programático o, como dicen algunos, no exista “en sentido jurídico”.

Sin duda la conciencia se tranquiliza con eso de que se trata, más bien, de un derecho natural,³⁴ como si todo se solucionara concediendo al derecho al trabajo una existencia que se supone privilegiada, en el cielo de las ideas.

Tal vez, lo que se encuentra en el fondo es aquello que Villey criticaba en los juristas: pocos “se preocupan por saber para qué sirven; se limitan a obedecer”.

Parecería, sin embargo, que el tema de la acción judicial prende una luz al final del túnel, y que bastaría con establecer esa acción para solucionar el problema. Pero, aunque parezca extraño, nadie se ha planteado esa posibilidad y, más bien, el hecho de que se ignore un remedio tan evidente eleva a la categoría de certeza la idea de que nos encontramos ante una actitud consciente de los autores de las normas.

Lo que ocurre es que la realidad económica es un muro contra el que se estrellan los más elaborados sueños y construcciones jurídicas.

Si pensamos en el derecho al que venimos haciendo referencia, que el Estado pueda cubrir las necesidades de trabajo de todos quienes lo requieren es un problema que se relaciona. En última instancia, con la existencia de recursos económicos suficientes y no con un mandato normativo, aunque sea de jerarquía constitucional.

Soluciones como el seguro de desempleo o el ingreso mínimo garantizado, pueden solventar el problema de la supervivencia, pero no el del trabajo si, como hemos visto, la valoración de este último se da no solamente como fuente de recursos económicos sino, repitiendo a la Doctrina Social de la Iglesia, como factor de humanización.

Incluso si pensamos en realidades como el despido intempestivo u otras formas en virtud de las cuales se arrebatada la fuente de trabajo a una persona, las soluciones legislativas prefieren las compensaciones monetarias al reintegro al trabajo atendiendo, indudablemente, a los problemas personales que generaría la convivencia entre un empleador y un trabajador que mantienen una relación laboral como resultado de una orden exterior, contra su propia voluntad o, al menos, contra la del empleador.

Lastimosamente, es claro que la economía basada en el mercado no puede sino girar alrededor de las mercaderías y sus propietarios y encuentra su base de sustentación en la propiedad, incluso y sobre todo la del trabajo humano. La propiedad es, para usar la expresión de Boaventura de Souza Santos,³⁵ el superhecho o

34. De hecho, el hilo argumental de Vela Monsalve empieza por descalificar jurídicamente al derecho al trabajo para luego, sobre la base de la Doctrina Social de la Iglesia, defender la existencia de un derecho natural cuya falta de concreción real jamás es abordada.

35. Boaventura de Souza Santos, “Una cartografía simbólica de las representaciones sociales. Prolegómenos a una concepción posmoderna del derecho”, en *Nueva Sociedad*, No. 116, Caracas, noviembre-diciembre de 1991, p. 29.

la supermetáfora que sustenta nuestro orden jurídico, la piedra angular del edificio, el límite que las normas no están autorizadas a franquear.

Si bien el Derecho del Trabajo procura conseguir todo lo que es deseable socialmente, no puede realizar más que lo que es posible económicamente. En todos sus aspectos, se encuentra bajo la férula de la coyuntura y de la superestructura económica.³⁶

Alcalá-Zamora y Cabanellas hablan de la imposibilidad de ejercicio del derecho al trabajo; parece claro que la única manera de que esa imposibilidad deje de ser tal se encuentra al otro lado del muro de la propiedad.

3. BIBLIOGRAFÍA

- Alcalá-Zamora, Luis, y Guillermo Cabanellas,
1976 *Tratado de política laboral y social*, Buenos Aires, Heliasta.
- Alonso Olea, Manuel,
1979 *De la servidumbre al contrato de trabajo*, Madrid, Tecnos.
- Antoncich, Ricardo, y José Miguel Munárriz,
s.a. *La doctrina social de la Iglesia*, Cuenca, Ediciones Cristianas del Azuay.
- Camerlynck, G. H., y G. Lyon-Caen,
1974 *Derecho del trabajo*, Madrid, Aguilar.
- Cerroni, Umberto,
1975 *Marx y el derecho moderno*, México, Grijalbo.
- De Ferrari, Francisco,
1976 *Derecho del trabajo*, Buenos Aires, Depalma.
- De la Cueva, Mario,
1980 *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, México, Porrúa.
- De Souza Santos, Boaventura,
1991 “Una cartografía simbólica de las representaciones sociales. Prolegómenos a una concepción posmoderna del derecho”, en *Nueva Sociedad*, No. 116, Caracas, noviembre-diciembre.
- Hegel, G. W. F.,
1985 *Filosofía del derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Jeamnaud, Antoine,
1986 “Propuestas para una Comprensión Materialista del Derecho del Trabajo”, en *La crítica jurídica en Francia*, Puebla, Universidad Autónoma de Puebla.
- Kelsen, Hans,
1975 *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- Korsch, Karl,
1980 *Lucha de clases y derecho del trabajo*, Barcelona, Ariel.

36. G. H. Camerlynck y G. Lyon-Caen, *Derecho del trabajo*, p. 25.

- Neumann, Franz,
1968 *El Estado democrático y el estado Autoritario*, Buenos Aires, Paidós.
- Novoa Monreal, Eduardo,
1980 *El derecho como obstáculo al cambio social*, México, Siglo XXI.
- Palomeque, Manuel,
1984 *Derecho del trabajo e ideología*, Madrid, Akal / Universitaria.
- Pashukanis, E. B.,
1976 *La teoría general del derecho y el marxismo*, México, Grijalbo.
- Rousseau, Jean-Jacques,
1984 *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres. El contrato social*, Barcelona, Orbis.
- Tobar y Borgoño, Carlos,
1913 “La Protección Legal del Obrero en el Ecuador”, en *Revista de la Sociedad Jurídico-Literaria*, Nos. 3 y 4, nueva serie, Quito, Imprenta de la Universidad.
- Vela Monsalve, Carlos,
1983 *Derecho ecuatoriano del trabajo*, Quito, Fondo de Cultura Ecuatoriana.
- Vernengo, Roberto José,
1976 *Curso de teoría general del derecho*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales.

LOS AUTORES

Juan Pablo Aguilar Andrade. Doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Abogado en libre ejercicio, consultor en temas de Derecho Público y Administrativo. En la actualidad se desempeña como profesor de Procedimiento Administrativo en la Universidad San Francisco de Quito y de Régimen Constitucional de la Administración en la Especialización Superior en Derecho Constitucional en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Es autor de varios artículos sobre Derecho Constitucional, Derecho Administrativo y Contratación Pública. [jpaguilar@accessinter.net].

Pamela Juliana Aguirre Castro. Abogada de los Tribunales de la República del Ecuador por la Universidad del Azuay, mejor egresada mención Honorato Vázquez (2007); Diploma en Derecho, mención Derecho Constitucional; Magister en Derecho, mención Derecho Tributario; Doctorado en Derecho (c) por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Actualmente se desempeña como Coordinadora del Grupo Técnico de Revisión de la Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición y profesora del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, en las materias de: Argumentación jurídica, Argumentación e interpretación penal, La creación de tributos, Los derechos y garantías de los contribuyentes. Entre sus publicaciones destacan: *La justicia penal policial y la unidad jurisdiccional* (Cuenca, 2007), *El principio constitucional de legalidad y la facultad normativa del Servicio de Rentas Internas* (Quito, 2009). [pame_aguirre@hotmail.com].

Pablo Andrés Alarcón Peña. Baccalaureus Artium en Ciencias Jurídicas Universidad San Francisco de Quito; Abogado Universidad San Francisco de Quito; Diploma Superior en Derecho, mención Derecho Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; Magister en Derecho, mención Derecho Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; Doctorando en Derecho (PhD), Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Actualmente se desempeña como Secretario Técnico Jurisdiccional de la Corte Constitucional para el período de Transición del Ecuador y docente del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Profesor de las materias: Sistemas jurídicos comparados, Sistemas de fuentes del derecho, Garantías constitucionales. Entre sus publicaciones destacan: *La protección de los derechos sociales en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana* (Quito, 2009); *Residualidad: elemento generador de la ordenación de la acción de protección* (Quito, 2010); *Exenciones tributarias: un derecho constitucional de las personas con discapacidad* (Quito, 2011). [palarconpe@gmail.com].

Arturo J. Donoso Castellón. Doctor en Jurisprudencia y Abogado, Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador; Juez del Tribunal Contencioso Electoral en funciones; Profesor del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, en Derecho Penal, Procesal y Penal Económico; autor de las publicaciones *Guía para estudio: Derecho Penal parte especial: delitos contra las personas*, y *Guía para estudio: Derecho Penal, parte especial: delitos contra el patrimonio y la administración pública*. [ajdonosoc@hotmail.com].

Agustín Grijalva Jiménez. Doctor en Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Máster en Ciencias Políticas por University of Kansas. PhD en Ciencias Políticas por la University of Pittsburgh. Actualmente es profesor de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, de Interpretación Constitucional. Profesor de la Universidad Católica del Ecuador. Es autor y editor de varias publicaciones, entre ellas, *Elecciones y representación política* (Premio José Mejía Lequerica), *La nueva Constitución del Ecuador* (coeditor con Santiago Andrade y Claudia Storini) y *Constitucionalismo en Ecuador, Courts and Political Parties in Ecuador*. Actualmente es miembro elegido por concurso de méritos del Consejo de Educación Superior del Ecuador. [agustin.grijalva@gmail.com].

María Elena Jara Vásquez. Doctora en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Especialista Superior en Tributación y Máster en Derecho, mención Derecho Económico, por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; Máster en Derecho, Medios Alternativos para la Solución de Conflictos, por la University of Missouri-Columbia (USA). Cursante de estudios doctorales en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Actualmente se desempeña como docente del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, y ejerce privadamente la profesión. Profesora universitaria de materias de Derecho Comercial y de Derecho Constitucional Económico. Ha escrito artículos vinculados con los siguientes temas: protección de la competencia, intervención pública en el mercado, y arbitraje. [mejara@uasb.edu.ec].

Sebastián López Hidalgo. Abogado y Doctor en Jurisprudencia por la Universidad del Azuay. Diplomado Superior en Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales por la Universidad Estatal de Cuenca. Magíster en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Exasesor de la Corte Constitucional del Ecuador. Abogado de la Procuraduría General del Estado. Profesor invitado en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. [sebaslopezhidalgo@yahoo.com].

Raúl Llasag Fernández. *Kichwa* de Cotopaxi, Doctor en Jurisprudencia por la Universidad Central del Ecuador, Máster en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, candidato a Doctorado en Poscolonialismo y Ciudadanías Global por la Universidad de Coimbra-Portugal, Investigador del Centro Estudios Sociales CES de la Universidad de Coimbra, docente de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Es autor de varios ensayos publicados en temas relacionados con la administración de justicia indígena, plurinacionalidad, *sumak kawsay* y derechos de la naturaleza. [raulllasag@yahoo.es].

Mario Melo Cevallos. Doctor en Jurisprudencia por la PUCE, Máster en Derecho Ambiental por la Universidad del País Vasco y Diplomado en Derechos Humanos por la Universidad de Chile. Ha sido consultor y responsable de proyectos para organismos nacionales e internacionales y asesor de instancias de decisión política nacional. Desde hace 15 años viene trabajando en la defensa y promoción de los derechos humanos de los pueblos amazó-

nicos a nivel regional y ha sido uno de los promotores del reconocimiento de los Derechos de la Naturaleza. Autor de varias publicaciones sobre temas indígenas, ambientales y jurídicos en Ecuador y en varios otros países. Profesor de Derecho en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, y en la PUCE. Actualmente es Asesor de Fundación Pachamama, abogado del Caso Sarayaku ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Co Coordinador de la Red Jurídica de Defensa de la Amazonía con alcance en Venezuela, Colombia, Ecuador, Perú, Brasil y Bolivia. [melo_napi@yahoo.com.ar].

Graciela Monesterolo. Doctora en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Máster en Docencia Universitaria e Investigación Educativa (PUCE), Diplomada Internacional de Certificación en Gestión Curricular y Diseño de Módulos por Competencias del Instituto CIFE (Medellín, Colombia). Actualmente se desempeña como docente principal a tiempo completo de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Profesora de Instituciones de Derecho Laboral y de varias asignaturas prácticas e investigativas. Autora de *Instituciones de derecho laboral individual. Herramientas didácticas* (Quito, 2011, 3a. ed.) y de *Instituciones de derecho laboral colectivo. Herramientas didácticas* (Quito 2011, 1a. ed.). Coautora de *Propuesta de un rediseño curricular y de Una metodología innovadora para la formación profesional en la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE* (realizada con Ernesto Vásquez R., Quito, 2007). [gamonesterolo@puce.edu.ec].

Ximena Moreno Echeverría. Doctora en Jurisprudencia por la Universidad Católica del Ecuador. Exdecana de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE y expresidenta de la Asociación de Profesores de la PUCE. Actualmente se desempeña como profesora titular de Instituciones de Derecho Laboral en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Autora de varios artículos en materia laboral. [xmoreno@andinanet.net].

Marco Navas Alvear. Doctor en Jurisprudencia por la Universidad Central del Ecuador, Dr. Phil. en Ciencias Políticas, Freie Universitaet Berlin. Actualmente se desempeña como docente de planta del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, y profesor de la Facultad de Derecho de la PUCE. Profesor de Teoría del Derecho, Derechos Humanos e Investigación Jurídica. Es autor y editor de varias publicaciones, la más reciente: "Citizenship reviewed-The transformation of the constitutional notion in Ecuador", en *Juridikum* No. 3/2010, Verlag Österreich, Viena. [mnavas@uasb.edu.ec].

Angélica Porras Velasco. Abogada y Doctora en Jurisprudencia por la Universidad Católica del Ecuador, Doctora en Ciencias Políticas por la Universidad de Salamanca, España. Ha sido catedrática en varias universidades de México y Ecuador. [angeporras@hotmail.com].

Silvana Sánchez Pinto. Doctora en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Especialista Superior en Derechos Humanos, Especialista Superior en Derecho Administrativo, Magíster en Derecho Constitucional de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Actualmente se desempeña como docente contratada del Programa Andino de Derechos Humanos y docente invitada del Área de Derecho de la UASB-E. Profesora de Constitucionalismos y derechos humanos, Sistema universal de derechos humanos, Ejecución penal y Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Es coautora de las publicaciones *Caja de herramientas para defensores y defensoras de derechos humanos* (Quito, 2005), *Ser más, hacer más, poder más, material de trabajo para mujeres líderes* (Quito, 2008), *Nuevas instituciones del derecho constitucional ecuatoriano*, tomo II (Quito, 2010). [sisanchez@uasb.edu.ec].

Carmen Amalia Simone Lasso. Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Diploma Superior y Magíster en Derecho Tributario por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Estudios doctorales en Derecho, UASB-E. Viceministra de Justicia, Derechos Humanos y Cultos. Profesora de la UASB-E, de la PUCE y de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil, en las cátedras: Derecho formal tributario, Derecho de los negocios internacionales, Procesos contenciosos por casos, Jurisprudencia tributaria, Procesos contencioso-administrativos y tributarios en sede jurisdiccional y Derecho procesal tributario. Autora de los estudios *Recopilación y análisis de la jurisprudencia de casación tributaria ecuatoriana 1993-2010* (Quito, 2011); *El principio de equidad tributaria en el Ecuador* (Quito, 2010); *La cláusula de hardship en la contratación comercial internacional* (Quito, 2008), entre otros. [carmensimone@hotmail.com].

José Vicente Troya Jaramillo. Doctor en Jurisprudencia, Abogado y Licenciado en Ciencias Públicas y Sociales por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Máster en Derecho Internacional por la Erasmus University de Rotterdam, Países Bajos (2000). Máster en Derecho del Comercio Internacional por la Universidad Nacional a Distancia de España (2004). Especialización en Finanzas Públicas y Derecho Tributario en la Universidad La Sapienza de Roma. Profesor Principal de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Profesor Principal del Instituto de Ciencias Internacionales y de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador. Magistrado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, por la República del Ecuador. Fue Presidente de la Corte Nacional de Justicia y Magistrado de la Corte Suprema de Justicia (desde 1997), Superintendente de Bancos y Seguros del Ecuador, Secretario de la Unión Internacional del Notariado Latino; hoy Consejero Honorario, Presidente del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario y Presidente del Instituto Ecuatoriano de Derecho Tributario. Autor de múltiples libros y ensayos académicos. [jvtroya1@hotmail.com].

Alex Iván Valle. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (2002) y Magíster en Derechos Humanos y Democracia, con mención en Mecanismos de Protección, por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador (2009). Magíster en Ciencias Sociales con mención en Sociología (c), FLACSO (2011). Actualmente se desempeña como docente invitado del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, en la materia de Mecanismos de protección internacional y Métodos de investigación aplicados al derecho penal. Es autor de *Los derechos en la movilidad humana: del control a la protección* (Ministerio de Justicia del Ecuador, 2009); *Análisis jurídico normativo respecto a la legislación ecuatoriana vigente en el tema migratoria. Tendencias y efectos de la migración en el Ecuador* (ALISEI, t. IV, 2005). [aivalle@hotmail.com].

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

Sede Ecuador

La Universidad Andina Simón Bolívar es una institución académica de nuevo tipo, creada para afrontar los desafíos del siglo XXI. Como centro de excelencia, se dedica a la investigación, la enseñanza y la prestación de servicios para la transmisión de conocimientos científicos y tecnológicos.

La Universidad es un centro académico abierto a la cooperación internacional, tiene como eje fundamental de trabajo la reflexión sobre América Andina, su historia, su cultura, su desarrollo científico y tecnológico, su proceso de integración, y el papel de la Subregión en Sudamérica, América Latina y el mundo.

La Universidad Andina Simón Bolívar es una institución de la Comunidad Andina (CAN). Como tal forma parte del Sistema Andino de Integración. Fue creada en 1985 por el Parlamento Andino. Además de su carácter de institución académica autónoma, goza del estatus de organismo de derecho público internacional. Tiene sedes académicas en Sucre (Bolivia), Quito (Ecuador), sedes locales en La Paz y Santa Cruz (Bolivia), y oficinas en Bogotá (Colombia) y Lima (Perú). La Universidad tiene especial relación con los países de la UNASUR.

La Universidad Andina Simón Bolívar se estableció en Ecuador en 1992. En ese año la Universidad suscribió un convenio de sede con el gobierno del Ecuador, representado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, que ratifica su carácter de organismo académico internacional. En 1997, el Congreso de la República del Ecuador, mediante ley, la incorporó al sistema de educación superior del Ecuador, y la Constitución de 1998 reconoció su estatus jurídico, ratificado posteriormente por la legislación ecuatoriana vigente. Es la primera universidad del Ecuador en recibir un certificado internacional de calidad y excelencia.

La Sede Ecuador realiza actividades, con alcance nacional e internacional, dirigidas a la Comunidad Andina, América Latina y otros ámbitos del mundo, en el marco de áreas y programas de Letras, Estudios Culturales, Comunicación, Derecho, Relaciones Internacionales, Integración y Comercio, Estudios Latinoamericanos, Historia, Estudios sobre Democracia, Educación, Adolescencia, Salud y Medicinas Tradicionales, Medio Ambiente, Derechos Humanos, Migraciones, Gestión Pública, Dirección de Empresas, Economía y Finanzas, Estudios Agrarios, Estudios Interculturales, Indígenas y Afroecuatorianos.

SERIE ESTUDIOS JURÍDICOS

1. **José Vicente Troya**, ESTUDIOS DE DERECHO TRIBUTARIO
2. **Aníbal Guzmán Lara**, DICCIONARIO EXPLICATIVO DEL DERECHO DEL TRABAJO EN EL ECUADOR I
3. **Aníbal Guzmán Lara**, DICCIONARIO EXPLICATIVO DEL DERECHO DEL TRABAJO EN EL ECUADOR II
4. **José Vicente Troya**, DERECHO INTERNACIONAL TRIBUTARIO
5. **Orlando Amores**, DERECHO ECOLÓGICO ECUATORIANO
6. **Alberto Wray, Elizabeth García y René Larenas, eds.**, EL MENOR ANTE LA LEY
7. **Varios**, LA CASACIÓN: estudios sobre la Ley No. 27
8. **Julio César Trujillo**, TEORÍA DEL ESTADO EN EL ECUADOR: estudio de Derecho constitucional
9. **Varios**, MEDIOS ALTERNATIVOS EN LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS LEGALES
10. **Edmundo S. Hendler**, LAS RAÍCES ARCAICAS DEL DERECHO PENAL: aportes de la antropología social al derecho penal
11. **Marco Antonio Guzmán**, DERECHO ECONÓMICO ECUATORIANO I
12. **Marco Antonio Guzmán**, DERECHO ECONÓMICO ECUATORIANO II
13. **José Vicente Troya J., edit.**, ESTUDIOS DE DERECHO ECONÓMICO
14. **Genaro Eguiguren, edit.**, CELEBRACIÓN DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS
15. **Genaro Eguiguren, edit.**, REAJUSTES Y CONFLICTOS EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS
16. **Genaro Eguiguren, edit.**, NUEVAS INSTITUCIONES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA
17. **Pablo Estrella Vintimilla, edit.**, LA EDUCACIÓN LEGAL EN EL ECUADOR
18. **Juan Isaac Lovato Vargas**, PROGRAMA ANALÍTICO DEL DERECHO PROCESAL CIVIL ECUATORIANO
19. **Berenice Pólit Montes de Oca**, EL AMPARO CONSTITUCIONAL: su aplicación y límites
20. **César Montaña Galarza, edit.**, TEMAS ESPECIALES DE DERECHO ECONÓMICO
21. **Luis Moreno Guerra**, DERECHO TERRITORIAL
22. **Andrés Páez, comp.**, JURISPRUDENCIA DEL RÉGIMEN SECCIONAL. Primera parte: resoluciones del Tribunal Constitucional
23. **Andrés Páez, comp.**, JURISPRUDENCIA DEL RÉGIMEN SECCIONAL. Segunda parte: dictámenes de la Procuraduría General del Estado y fallos de la Corte Suprema de Justicia
24. **Santiago Andrade, Julio César Trujillo y Roberto Viciano, eds.**, LA ESTRUCTURA CONSTITUCIONAL DEL ESTADO ECUATORIANO
25. **César Montaña Galarza**, MANUAL DE DERECHO TRIBUTARIO INTERNACIONAL
26. **Dunia Martínez, edit.**, TÓPICOS ACTUALES DE DERECHO ECONÓMICO INTERNACIONAL
27. **Luis Toscano Soria, edit.**, NUEVOS ESTUDIOS SOBRE DERECHO TRIBUTARIO
28. **Gina Chávez, Xavier Gómez y Agustín Grijalva**, TEMAS DE PROPIEDAD INTELECTUAL: Introducción a la propiedad intelectual • Internet y derechos de autor • Los derechos intelectuales de los pueblos indígenas • Las patentes de segundo uso
29. **Genaro Eguiguren**, DERECHO DE PROPIEDAD EN EL ECUADOR: incluye jurisprudencia
30. **Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, eds.**, LA NUEVA CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR: Estado, derechos e instituciones
31. **Ramiro Ávila Santamaría, comp.**, PROTESTA SOCIAL, LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO PENAL
32. **Ramiro Ávila Santamaría y Enrique Ayala Mora, comps.**, EL SILENCIO ANTE UN ATROPELLO ES IMPOSIBLE: estudios sobre el pensamiento jurídico de Julio César Trujillo
33. **Ramiro Ávila Santamaría, comp.**, ESTADO, DERECHO Y JUSTICIA: estudios en honor a Julio César Trujillo
34. **Julio César Trujillo**, CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO: teoría, procesos, procedimientos y retos

CORPORACIÓN EDITORA NACIONAL

Proyectos editoriales:

HISTORIA

Biblioteca de Historia • Nueva Historia del Ecuador • Biblioteca Ecuatoriana de Arqueología • *Procesos*: revista ecuatoriana de historia • Libro del Sesquicentenario • Colección Quitumbe

TESTIMONIOS

Colección “Ecuador” • Colección “Testimonios”

GEOGRAFÍA

Estudios de Geografía • Los peligros volcánicos en Ecuador • Investigaciones en Geociencias • El riesgo sísmico en el Ecuador

CIENCIAS SOCIALES

Biblioteca de Ciencias Sociales • Colección Temas • Colección Popular “15 de Noviembre” • Elecciones y Democracia en el Ecuador • Serie Estudios Internacionales • *Comentario Internacional*: revista del Centro Andino de Estudios Internacionales • Serie Alternativa

PENSAMIENTO ECUATORIANO

Obras de Hernán Malo González • Pensamiento Fundamental Ecuatoriano • Biblioteca Básica del Pensamiento Ecuatoriano

DERECHO

Estudios Jurídicos • Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en el Ecuador • *Foro*: revista de derecho

LENGUA Y LITERATURA

Colección Kashkanchikrakmi • Historia de las literaturas del Ecuador • *Kipus*: revista andina de letras

EDUCACIÓN Y CIENCIAS

Colección Nuevos Caminos • Biblioteca Ecuatoriana de la Familia • Biblioteca General de Cultura • Biblioteca Ecuatoriana de Ciencias • Serie Magister • Serie “Debate Universitario” • Serie Manuales Educativos

ADMINISTRACIÓN

Serie Gestión

OTRAS COLECCIONES

Libros de bolsillo

ESTADO, DERECHO Y JUSTICIA

La Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, ha preparado tres libros en homenaje a Julio César Trujillo, brillante jurisconsulto y destacado político de nuestro país.

El primero reúne estudios que comentan y analizan el pensamiento y la obra jurídica de Trujillo, especialmente en lo concerniente al Derecho constitucional y al Derecho laboral.

Esta segunda publicación incluye otros que versan sobre: Derecho constitucional, teoría política, pluralismo jurídico y Derecho laboral. Los enfoques y la temática de los ensayos

son diversos, pero tienen en común que nos ofrecen una visión contemporánea, sustentada y propositiva, de los problemas tratados.

Los estudios en torno al Derecho constitucional han sido elaborados por José Vicente Troya, Carmen Simone, Sebastián López, Alex Valle,

Pamela Aguirre y Pablo Alarcón. Sobre teoría política tratan Agustín Grijalva, Silvana Sánchez, Arturo Donoso Castellón y Marco

Navas Alvear. Sobre temas de pluralismo jurídico escriben Mario Melo y Raúl Llasag, y sobre Derecho laboral los estudios corresponden a Ximena Moreno, Angélica Porras, Graciela Monesterolo y Juan Pablo Aguilar.

El tercer libro contiene una selección de textos inéditos escritos por Julio César Trujillo.

A la publicación de estos volúmenes se ha sumado la Corporación Editora Nacional.



ESTUDIOS JURÍDICOS **33**



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador — *20 años*



CORPORACIÓN
EDITORIA NACIONAL

