

Los temas de la Constituyente

El Estado Social de Derecho
y la presión política por el cambio

Carlos Gaviria

El reto de tomarnos en serio
el Estado Social de Derecho

Judith Salgado Álvarez

La Asamblea Constituyente

Rafael Oyarte Martínez

La función judicial y la nueva
Constitución Política de la República

Santiago Andrade Ubidia

¿Constitución sin constitucionalismo?:
urgencia de un Tribunal Constitucional independiente

Agustín Grijalva Jiménez

Compromiso político y organismos de control

Juan Pablo Aguilar Andrade

La Constitución económica, más allá del neoliberalismo

Julio César Trujillo Vásquez

Los derechos fundamentales en el Derecho de la Unión
Europea: del "homo economicus" al ciudadano

Rosario Valpuesta Fernández

Revista del Área de Derecho
UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
Sede Ecuador

ISSN 1390-2466

Primer semestre de 2007 • Número 7

DIRECTOR

José Vicente Troya Jaramillo

EDITOR

Ernesto Albán Gómez

COMITÉ EDITORIAL

Santiago Andrade Ubidia

Ramiro Ávila Santamaría

Fernando Chamorro Garcés

Ximena Endara Osejo

Genaro Eguiguren Valdiviezo

Patricia Herrmann Fernández

Judith Salgado Álvarez

Julio César Trujillo Vásquez

COORDINADORA EDITORIAL

Dunia Martínez Molina

SUPERVISIÓN EDITORIAL

Jorge Ortega

CORRECCIÓN DE TEXTOS

Manuel Mesa

CUBIERTA

Raúl Yépez

IMPRESIÓN

Editorial Ecuador,

Santiago Oe2-131 y Versalles, Quito



FORO es una publicación semestral arbitrada por el Comité Editorial. Las ideas emitidas en los artículos son de responsabilidad de sus autores. Se permite la reproducción si se cita la fuente.

FORO

revista de derecho

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador /
Corporación Editora Nacional
No. 7 • I semestre 2007

	Editorial	
	<i>Ernesto Albán Gómez</i>	3
TEMA CENTRAL	LOS TEMAS DE LA CONSTITUYENTE	
	El Estado Social de Derecho y la presión política por el cambio	
	<i>Carlos Gaviria</i>	5
	El reto de tomarnos en serio el Estado Social de Derecho	
	<i>Judith Salgado Álvarez</i>	15
	La Asamblea Constituyente	
	<i>Rafael Oyarte Martínez</i>	33
	La Función Judicial y la nueva Constitución Política de la República	
	<i>Santiago Andrade Ubidia</i>	51
	¿Constitución sin constitucionalismo?: urgencia de un Tribunal Constitucional independiente	
	<i>Agustín Grijalva Jiménez</i>	75
	Compromiso político y organismos de control	
	<i>Juan Pablo Aguilar Andrade</i>	97
	La Constitución económica, más allá del neoliberalismo	
	<i>Julio César Trujillo Vásquez</i>	111
	Las garantías de los derechos humanos en tiempos de constitucionalismo: propuesta de reformas para la Constituyente	
	<i>Ramiro Ávila Santamaría</i>	135
	Hermenéutica y Tribunal Constitucional	
	<i>Claudia Storini</i>	159
	Uniones homo-afectivas y Constitución en el Ecuador	
	<i>Rafael Centeno Rodríguez</i>	187
ARTÍCULOS VARIOS	Los derechos fundamentales en el Derecho de la Unión Europea: del “homo economicus” al ciudadano	
	<i>Rosario Valpuesta Fernández</i>	203

Contenido

	Las rutas de tráfico ilegal de migrantes hacia Estados Unidos de América. Labor de la marina ecuatoriana. Análisis de la normativa aplicable en los países de tránsito (México y Guatemala) <i>María Gabriela Troya Rodríguez</i>	225
RECENSIONES	Gina Chávez, Xavier Gómez y Agustín Grijalva, <i>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</i>, por Jorge Chávez Picasso	251
	Ramiro Ávila Santamaría, José Valencia Amores, <i>ECUADOR Y EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO [DIH]: ESTUDIO SOBRE LA COMPATIBILIDAD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO Y LAS NORMAS DEL DIH</i>, por Fernando Chamorro Garcés	257
	Iván Castro Patiño, <i>LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN</i>, por Jorge Paladines Rodríguez	261
JURISPRUDENCIA	La “cesación” de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador (2004) y el Sistema Interamericano. Comentarios a la admisión del reclamo por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos <i>Ramiro Ávila Santamaría</i>	265
	Colaboradores	291
	Normas para colaboradores	293

Editorial

El Ecuador se encuentra actualmente inmerso en un arduo debate sobre la próxima reunión de una Asamblea Constituyente, que deberá dictar una nueva Constitución. Pero el debate, no exento de pasión y aun de virulencia, se ha constreñido a los aspectos políticos que han determinado su convocatoria. Y, en cambio, es muy escaso el aporte que se ha producido sobre lo que deberían ser los contenidos de ese nuevo texto fundamental. FORO quiere, precisamente, superar ese clima de enfrentamiento y formular propuestas serias para que sean analizadas por los asambleístas.

Esta reflexión constitucional comienza por determinar qué debe entenderse por un Estado Social de Derecho, modelo político y jurídico bajo el cual queremos formular ese nuevo pacto. Los trabajos de Carlos Gaviria, jurista y político colombiano, y de Judith Salgado, profesora ecuatoriana, nos permiten apreciar que tal declaración no consiste en una fórmula más o menos acomodaticia, sino que responde a una visión y a un proyecto de auténtica raigambre democrática.

Pero el proceso de elaboración constitucional debe enfrentar, en la actual coyuntura ecuatoriana, varios retos especialmente críticos. Y el primero será el establecer, a la luz de la doctrina y de las experiencias nacionales, cuál es la función que debe cumplir la propia Asamblea y cuáles son sus límites. Rafael Oyarte examina la cuestión, de indudables contornos polémicos.

Hay algunos temas que en los últimos años se han convertido en la piedra de toque de las debilidades institucionales: la independencia de la Función Judicial, la composición y las atribuciones del Tribunal Constitucional, la designación de los órganos de control. Santiago Andrade, Agustín Grijalva, Juan Pablo Aguilar, respectivamente, formulan sus propuestas para superar las actuales deficiencias.

El texto constitucional vigente se destaca por la consolidación de los derechos de las personas y la incorporación de los derechos colectivos y difusos. Pero el trabajo de Ramiro Ávila nos advierte sobre la necesidad de reforzar el sistema de garantías de esos derechos, para que las declaraciones puedan llevarse a la práctica.

¿Cuál debe ser el papel que la Constitución asigna al Estado en el ámbito de la economía? Esta pregunta admite una variedad de respuestas. Julio César Trujillo nos entrega su punto de vista. También Claudia Storini y Rafael Centeno aportan novedosamente a estas reflexiones en materia constitucional.

Destacamos igualmente los dos trabajos que se incluyen en la sección de artículos varios: el de Rosario Valpuesta sobre los derechos fundamentales en el Derecho de la Unión Europea y el de María Gabriela Troya sobre las funciones de control y prevención en el tráfico de emigrantes.

*Ernesto Albán Gómez
Editor*

El Estado Social de Derecho y la presión política por el cambio*

Carlos Gaviria**

El autor aborda el tema desde la comparación de dos paradigmas: el Estado de Derecho y el Estado Social de Derecho.

El Estado de Derecho responde a una primera concepción histórica de la dignidad, basada en el *iusnaturalismo* racional, que tiene como fin la protección de la libertad negativa (abstención por parte del Estado), la seguridad y la libertad. A este modelo se le critica por ser formal y hasta, como diría Marx, ser un engaño.

El Estado Social de Derecho no abandona los presupuestos anteriores, se basa en una concepción más avanzada de la dignidad, que implica materializar los derechos fundamentales (tanto derechos civiles y políticos como derechos económicos, sociales y culturales), a través de prestaciones del Estado y de garantías judiciales (amparo) para su eficaz cumplimiento.

FORO

Voy a presentar el Estado Social de Derecho, como suelo hacerlo, como un proceso o una etapa dentro de un proceso liberador. Creo que es pertinente refrescar unas nociones elementales que todos tenemos en mente, pero que nos sirve como punto inicial para la reflexión sobre el Estado Social de Derecho.

Lo primero es referirnos al Estado de Derecho. El Estado de Derecho es una etapa de un proceso liberador, en la medida en que constituye una lucha contra la arbitrariedad, lo que el Estado de Derecho se propone es algo muy simple pero de una trascendencia singular, es fijar límites al ejercicio del poder, es borrar esa línea odiosa que separa a gobernantes y gobernados, ¿borrarla de qué manera?, borrarla some-

* Conferencia presentada en las Jornadas de Debate Nacional “Los temas de la constituyente: del enfrentamiento a la propuesta”, Quito, Taller de Constitucionalismo y Democracia, Área de Derecho, Universidad Andina Simón Bolívar, 6, 7 y 8 de marzo de 2007. Agradecemos la colaboración de Daniel Achá Lemaitre quien realizó la transcripción de este documento.

** Ex presidente de la Corte Constitucional colombiana. Ex senador y candidato a la Presidencia de Colombia. Actualmente preside la coalición Polo Democrático.

tiendo a los gobernantes también a la vigencia de la regla, quedan sometidos, quedan limitados en el ejercicio del poder por la norma del derecho, por eso el Estado se llama así, Estado de Derecho, esa forma de organización política que es tan familiar y tan esquiva a la vez.

¿Qué se propone el Estado de Derecho mediante la lucha contra la arbitrariedad? El rescate de lo que puede llamarse la libertad-seguridad; podemos asumir que en la revolución francesa se da gradualmente una lucha por la libertad y esa lucha por la libertad podemos desdoblarla en la lucha por la libertad-seguridad y por la libertad-participación. La libertad-seguridad sería lo que pudiéramos llamar la libertad liberal, la libertad típica de la filosofía liberal, la no injerencia, el que nadie interfiera en mis decisiones, el que nadie toque una órbita que precisamente me está reservada y, podemos vincular ese concepto de libertad-seguridad con un concepto de libertad que ha elaborado Berlin, “Isaiah Berlin” un autor muy conocido en un ensayo memorable que se llama: “Las dos formas de libertad: la libertad negativa y la libertad positiva”.

La libertad negativa surge justamente de esa ausencia de obstáculos para que yo desarrolle libremente mi personalidad, esa es la primera fase de la lucha por la libertad en el Estado de Derecho y específicamente en la revolución francesa. Pero con posterioridad se da la lucha por lo que se denomina la libertad-participación, que consiste, en que la persona tenga la posibilidad de tomar parte en la toma de decisiones que la afecta y, pudiéramos decir que ésta es la típica libertad democrática. Quienes hayan leído a “Constant” saben que, en su libro sobre política constitucional, él establece también una dicotomía de las libertades, de esta manera: la libertad de los modernos y la libertad de los antiguos. La libertad de los antiguos es justamente la libertad participación. En Grecia era libre quien podía participar en las decisiones que se tomaban en las asambleas. La libertad hasta allí tiene un sentido eminentemente social, las personas se dividen en libres y esclavas, las libres son las que pueden participar en esa toma de decisiones y a eso se le llama posteriormente la libertad participación. Hablamos de un régimen demoliberal, porque la libertad-seguridad y la libertad-participación se requieren mutuamente, pero pueden vivir separadas. Podemos pensar tranquilamente en un régimen liberal no democrático, por ejemplo un déspota ilustrado, Federico el Grande, les da libertades a sus súbditos, gozan de esa libertad que hemos llamado, bajo otra terminología, libertad-seguridad o desde la perspectiva de Berlin libertad negativa, pero nadie puede reclamar, participar en las decisiones que vayan a afectarlo, hay liberalismo pero no democracia. De la misma manera podemos pensar perfectamente en un régimen, en un sistema de gobierno, donde lo que prevalece es el criterio mayoritario para tomar decisiones y por tanto un régimen democrático, pero podemos convenir que en ese régimen democrático ciertas libertades no tienen vigencia y entonces tenemos un régimen democrático no liberal.

Pero, desde luego, esas dos libertades se requieren mutuamente, porque la mejor manera de defender un bien tan precioso como es la libertad y esa que hemos llamado libertad-seguridad, es formando parte en las decisiones que pueden restringir o incrementar esa libertad.

Me refería a la dicotomía establecida por Berlin que habla de la libertad negativa y la libertad positiva. La libertad negativa es la ausencia de obstáculos, que cuando yo vaya a actuar no encuentre que alguien me lo impida y por tanto un obstáculo insuperable para hacer lo que he decidido hacer. Pero la libertad positiva es algo más, es posible que yo decida hacer algo y no encuentre un obstáculo externo que me lo impida, pero que no esté en capacidad de llevar a cabo mi decisión. Pongamos un ejemplo claro con el derecho del sufragio, si yo voy a votar y encuentro que hay alguien que me impide votar o me impide hacerlo por quien yo quiera, ese alguien está interfiriendo en mi libertad negativa, en mi libertad-seguridad. Pero yo llego a la urna y voy a votar y no sé por quién votar, no tengo un criterio que me permita decidir si es mejor para mí la opción uno o la opción dos, allí entra en juego la libertad positiva o sea que yo me encuentre en condiciones de llevar a término aquello que he decidido votar, y además de estar en posición de una ilustración que me permita ejercitar responsable y fructíferamente ese derecho.

Benjamín Erhart decía que la ilustración es el primer derecho de un pueblo en una democracia; claro, si en una democracia de lo que se trata es de que las personas participen en las decisiones que les afectan. Lo importante es que estas personas tengan suficientes conocimientos para saber qué consecuencias se siguen de su acción, qué consecuencias se siguen de su voto. Y digamos que esas dos libertades están conjugadas en el Estado de Derecho que triunfa en la revolución francesa. Y si nos preguntamos todavía más, y ¿cuál es el fundamento de esos derechos que constituyen lo que, bajo una terminología un poco desgastada ya, se llama derechos de primera generación y ese derecho a tomar parte de las decisiones que afectan a cada uno?, la respuesta me parece que es esta: es la dignidad humana. Con ello estamos diciendo que los derechos de la persona humana tienen un fundamento y que ese fundamento es su dignidad. Esto que parece muy moderno nosotros pensamos en la dignidad y pensamos en la revolución francesa, pero pensamos en Kant. La persona humana es un fin en sí misma y no un medio para un fin. Está sin embargo ya hermosamente conceptualizado en el siglo quince, en un texto muy bello de Giovanni Pico della Mirandola que se llama precisamente “oración por la dignidad humana” y en ese texto Pico della Mirandola dice que lo que distingue a las criaturas humanas de las demás criaturas es que son las únicas capaces de anticipar y forjarse su propio destino. Yo anticipo mi futuro, deseo optar por un camino en la vida, deseo realizarme de un cierto modo y dispongo de los medios para lograrlo, ojalá; esto hace parte, como decíamos, de la libertad positiva, pero ahí tienen ustedes ya la dignidad humana vinculada a algo muy im-

portante, a la autonomía. La persona humana es digna en la medida en que es autónoma y, es autónoma en la medida en que ella es la que elige su destino y nadie lo elige por ella. Por eso la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 condensa lo que pudiéramos llamar esa libertad liberal o libertad negativa en términos de Berlin o libertad seguridad en términos, por ejemplo del maestro Gerardo Molina, en un bello libro que se llama: “Proceso y destino de la libertad”.

Esa concepción y ese logro que es el Estado de Derecho, sin embargo, ha sido sometido a muchas críticas. La primera de todas las libertades que se consagran, por ejemplo, en la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, son libertades eminentemente formales, lo que significa que se plasman en el papel, pero no garantizan que la persona pueda disfrutar de ellas en la realidad. En el manifiesto comunista de Marx y Engels en 1848 se plasma una crítica a ese tipo de libertades y, por tanto, al Estado Liberal o Estado de Derecho a secas, porque se considera que esas libertades así concebidas y así plasmadas son un engaño.

Hay quienes consideran que el Estado Social de Derecho implica una concepción contrapuesta al Estado Liberal o al Estado de Derecho a secas. Mi concepto es otro. Yo pienso que el Estado Social de Derecho es también una fase de ese proceso que yo he llamado un proceso liberador y que va a responder precisamente a una observación como esa; si a la persona le dicen que es libre de moverse por todo el territorio de su país pero no tiene manera de hacerlo, porque por ejemplo carece de medios económicos para costearse un pasaje, entonces esa libertad es una libertad eminentemente formal, libertad negativa...sí, nadie se opone, el Estado no se opone a que usted se desplace, pero si usted necesita por ejemplo desplazarse a una ciudad donde se va hacer un tratamiento médico urgente y no tiene con qué, ese no es un problema del Estado, ese es problema suyo. Ahí tienen ustedes la observación que ahora citábamos, en el sentido de que entonces a la persona le dicen que es libre, pero los medios para ejercer esa libertad nadie se los suministra.

El Estado Social de Derecho tiende a la satisfacción de necesidades que van a darles contenido y van a materializar una buena parte de esas libertades o derechos llamados de primera generación. Les decía ahora que esa terminología derechos de primera generación, de segunda y de tercera generación, que ha sido muy usada, yo la encuentro un tanto inexacta o inconveniente más bien, da la impresión de que hay una primera generación de derechos y después no se sabe de qué manera otros se generan y luego todavía otros: segunda y tercera generación.

Yo he citado la dignidad humana y me he referido a Pico della Mirandola para mostrar cómo desde el siglo XV ya estaba conceptualizada la dignidad humana para referir a ella los derechos, tanto los llamados de primera generación, como los de segunda generación.

Todos sabemos que la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 se formula desde una perspectiva eminentemente racionalista, con una pretensión de universalidad al modo de las verdades matemáticas. Si el teorema de Pitágoras era válido en el siglo sexto antes de Cristo y lo sigue siendo hoy, entonces esa tabla de derechos del hombre y del ciudadano de 1789 no era solamente válida para los ciudadanos franceses de fines del siglo XVIII, sino para todos los ciudadanos que en el mundo han sido, para todas las personas en todo tiempo y lugar. Esa visión tiene una ventaja y es que les confiere una universalidad indiscutible a los derechos humanos, pero los *deshistoriza*, los excluye de la historia a los derechos humanos, no son a modo de verdades matemáticas, más bien podemos decir que esa tabla de derechos del hombre y del ciudadano, formulada a fines del siglo XVIII, obedece a un concepto de la dignidad humana que en ese momento se tenía y por tanto podemos llamar a esos derechos, derechos que se conforman al primer paradigma de la dignidad humana.

Para ser más explícitos, si a finales del siglo XXIII preguntamos cuál debe ser el trato que una persona debe recibir para ser tratada de acuerdo con su dignidad, se diría reconocerle la libertad de conciencia, la libertad religiosa, la libertad de pensamiento, la libertad de locomoción, el debido proceso, la propiedad, etc. Y si se reconocen esos derechos, la persona está recibiendo un trato de acuerdo con su dignidad. Pero el Estado Social de Derecho tiene una sustancia más ambiciosa. Cuando hablamos de derechos económicos, sociales y culturales estamos ya apuntando hacia la creación de condiciones materiales que hagan ejercitables y que les den contenido a esos derechos constitutivos del primer paradigma de la dignidad humana. Por tanto, cuando hablamos del derecho a la salud, del derecho a la educación, del derecho al trabajo, del derecho a la alimentación, del derecho a la vivienda digna, estamos en una fase del proceso liberador más avanzada. Mientras en la primera fase el Estado cumple absteniéndose, en la segunda fase el Estado cumple haciendo una prestación, dando o permitiendo que la persona materialmente se encuentre en condiciones de ejercer sus derechos; y por tanto pudiéramos, digamos, por razones heurísticas, pedagógicas, pensar que recogiendo las críticas hechas desde muchas perspectivas ideológicas, políticas y filosóficas, pero específicamente desde el marxismo, pudiera decirse... para que esas libertades no sean inanes, para que esos derechos no sean vacíos, no sean derechos simplemente en el papel, es necesario que el Estado cumpla una prestación, que el Estado diseñe políticas públicas que estén encaminadas a la satisfacción de las necesidades básicas de las personas, porque cuando una persona no tiene satisfecha la necesidad básica de alimentarse, de tener un techo donde vivir, de tener una escuela donde ilustrarse, de tener una institución hospitalaria donde puedan tratarla cuando esté enferma, podemos decir que es falso que esa persona sea libre y es falso que esa persona pueda realizarse autónomamente como sujeto humano, como lo quería Pico della Mirandola.

Entonces, vistas así las cosas, el Estado Social de Derecho es un Estado más ambicioso que el Estado de Derecho, no abandona... al menos ésta es mi perspectiva, no abandona los propósitos iniciales del Estado de Derecho de luchar contra las arbitrariedades, de fijarle límites al ejercicio del poder, sino que da un paso más adelante, la arbitrariedad está excluida, el poder solo puede ejercerse bajo determinados límites que están constituidos por la norma jurídica y por tanto la idea del Estado de Derecho permanece. Pero para satisfacer la dignidad humana bajo este segundo paradigma, es necesario que el Estado haga algo más que abstenerse, de interferir, de omitir cosas; es necesario que haga y por tanto podemos mirar esa historicidad de los derechos de este modo.

Cuando surgen los derechos económicos, sociales y culturales, podemos decir las necesidades, las ambiciones, los deseos de las personas que hay que atender, son más exigentes que aquellos que tenían lugar durante el triunfo del Estado de Derecho y por tanto eso nos permite ver la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, no como una tabla de verdades morales, universales, al modo de las verdades matemáticas, sino como una serie de aspiraciones, de metas por satisfacer en una determinada época. Pero en otra época, en un momento posterior, como hemos dicho, en la segunda fase de este proceso liberador, se advierte que para que la persona humana sea tratada de acuerdo con su dignidad, es necesario que disponga de medios que le den contenido a su autonomía, que le permitan materializar sus decisiones, a eso apunta el Estado Social de Derecho que se ha llamado también genéricamente Estado de Bienestar. Pero se mantiene, digamos, una categorización dentro de esa terminología, que yo llamaba un tanto desgastada de derechos de primera y segunda generación. Podemos decir que los derechos de primera generación tienen formas de protección más expeditas que los derechos de segunda generación o que las libertades que corresponden al primer paradigma de la dignidad humana, son más fácilmente protegibles que los derechos o la garantía de los derechos que corresponden a ese segundo paradigma de la dignidad humana, digamos las aspiraciones humanas, los deseos, las metas que se van transformando históricamente y por tanto, mirar los derechos de esa manera como correspondientes a distintas concepciones de la dignidad humana, a distintos paradigmas de la dignidad humana, nos permite articular los derechos humanos en la historia.

Les decía que en esta segunda fase, los derechos, derechos tales como el derecho a la salud, el derecho a la educación, el derecho al trabajo, el derecho a la vivienda digna, el derecho a la alimentación digna, son desde luego más difíciles de satisfacer, ¿por qué? Habíamos dicho que el Estado no puede simplemente omitir, sino que el Estado debe hacer, esto implica decisiones en materia de prioridades en el gasto, de prioridades en el gasto público. ¿Qué hay que hacer, cómo repartir y en qué gastar los bienes del Estado? Estos derechos entonces han sido tenidos no como dere-

chos de un segundo paradigma de la dignidad humana, sino como de una categoría inferior.

Los derechos llamados de primera generación, aquellos que constituyen el catálogo de la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, son de mejor familia y son más fácilmente protegibles y eso le permite al Estado, entonces, desentenderse un poco de su obligación, especialmente cuando en una Constitución se consagra al Estado como un Estado Social de Derecho de las prestaciones que debe cumplir para que las personas satisfagan al menos sus necesidades esenciales. Ese es un pretexto ordinariamente para que el Estado se abstenga de cumplir con obligaciones que contrae cuando se constituye como un Estado Social de Derecho. La teoría jurídica contemporánea tiende a borrar esa división y hablar de la inescindibilidad de los derechos fundamentales, pero hemos introducido, digamos de una manera indebida, un término que antes no habíamos utilizado, un concepto que no hemos definido y es el de derechos fundamentales... una categoría relativamente reciente. Y... ¿qué son los derechos fundamentales? Podemos decir que son aquellos sin los cuales no podemos concebir que una persona sea tal, y ¿cuáles son esos? una vez más no hay una respuesta única y dada desde un momento y para siempre, sino que hay que plantearse esa interrogante desde un momento determinado de la historia. Nosotros pudiéramos hacer incluso un ejercicio, en virtud del cual, cada uno de nosotros escribiría una tabla de aquellos derechos sin cuya garantía considera que la persona no está siendo tratada de acuerdo con su dignidad y esas tablas pueden no coincidir. Hay un grado alto de subjetividad o al menos un grado de subjetividad en la selección de esos derechos; pero en algunos seguramente coincidiríamos y coincidiríamos especialmente si somos contemporáneos, si vivimos en situaciones similares, en una coyuntura histórica parecida, podríamos llegar a elaborar tablas de esos derechos bastante similares.

¿Qué ocurre con los derechos fundamentales? Aquí hago una alusión muy breve a una fundamentación de los derechos humanos en el derecho natural. Lo que triunfa en la revolución francesa es una corriente filosófica que se denomina “ius naturalismo racionalista” que consiste en afirmar que la persona cuando nace, nace ya con ciertos derechos que son inherentes a ella, derechos subjetivos en el sentido jurídico o sea potestades, facultades legítimas de actuar.

Ese grado de subjetividad sí que es alto, ¿cuáles son esos derechos esenciales de la persona humana? El positivismo y el *ius naturalismo* han librado una lucha secular y yo diría hasta milenaria, el uno enfatizando la justicia —el *ius naturalismo*— y el otro en la seguridad jurídica, ¿por qué? Porque la justicia cuando nosotros vamos a identificar el tratamiento justo que a una persona le corresponde, podemos formular muchos esquemas de tratamiento justo no coincidentes entre sí, entonces, el *ius naturalismo* que busca la realización de la justicia, deja un gran margen de inseguridad,

mientras que el positivismo dice que hay que tener como derechos aquellos que se han positivizado, es decir, que se han establecido mediante un acto humano de conocimiento y voluntad, bien por la vía legislativa o bien por la vía consuetudinaria. Entonces ¿qué es lo que ha hecho el constitucionalismo moderno para superar esa disputa? Ha positivizado todos los derechos que se consideran por parte del respectivo constituyente como derechos fundamentales, entonces, la noción de derechos fundamentales va a jugar un gran papel, un rol muy importante en el derecho constitucional moderno.

Ha existido la tendencia a pensar que los derechos fundamentales son aquellos que, dentro de las categorizaciones que muy brevemente analizábamos, corresponden a los derechos de primera generación o libertades negativas y no a los derechos llamados de segunda generación o libertades positivas o libertad o derecho de participación y que nosotros hemos caracterizado más bien como correspondientes a un paradigma más avanzado de la dignidad humana.

La tendencia actual a la que hacía alusión es a borrar esa línea divisoria entre las distintas categorías de derechos y a considerar lo que ahora llamaba la inescindibilidad de los derechos humanos, y bajo esta perspectiva, a considerar tan fundamental el derecho a la libertad de conciencia, a la libertad de expresión, al debido proceso como el derecho a la salud, como el derecho a la educación, como el derecho a la vivienda digna, como el derecho a la alimentación.

En el constitucionalismo latinoamericano reciente –y de él hacen parte tanto la Constitución colombiana como la Constitución ecuatoriana– esos derechos se consagran, pero ordinariamente quedan escritos en el papel. En la Corte Constitucional colombiana –y esta es una experiencia que ilustra un poco lo que vengo diciendo–, se hicieron ejercicios hermenéuticos que me parecen positivos, imaginativos, creadores para lograr que mediante un instrumento como la tutela, que en el Ecuador y en la mayoría de los países latinoamericanos se llama más bien recurso de amparo, para lograr que mediante ese recurso, que estaría diseñado únicamente para proteger los derechos correspondientes al primer paradigma de la dignidad humana, fueran también protegibles los derechos económicos, sociales y culturales que pertenecen a un paradigma más avanzado. ¿Cómo? Les pongo un ejemplo muy claro. En la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* ni siquiera se habla del derecho a la vida, porque es un supuesto para que podamos hablar de derechos que alguien esté vivo y por tanto ni siquiera está en cuestión el derecho a la vida, pudiéramos decir es el derecho correspondiente al primer paradigma de la dignidad humana por excelencia y desde luego también al segundo paradigma de la dignidad humana. ¿Qué hacía la Corte Constitucional, si una persona se encontraba padeciendo una enfermedad que exigiera un tratamiento clínico o un tratamiento quirúrgico sin el cual la muerte sobrevendría?, entonces la Corte ordenaba el tratamiento con una argumentación de

esta clase: no se esta protegiendo el derecho a la salud sino el derecho a la vida porque si a esa persona no se le hace ese tratamiento, inexorablemente va morir, y ese ejercicio de conexidad alimentó durante un buen tiempo la jurisprudencia y la doctrina de la Corte Constitucional colombiana. Pero ¿qué ha ocurrido? Yo pienso que la teoría se ha afinado, el constitucionalismo va en un progreso creciente y hoy podemos hacer una afirmación distinta, esos derechos son fundamentales por naturaleza y no únicamente por conexidad con otros que se consideran de esa clase. En otros términos, el derecho a la salud puede considerarse como un derecho fundamental, no únicamente por conexidad con el derecho a la vida, sino porque el tratamiento digno que la persona humana requiere implica atender su salud. ¿Qué ocurre entonces?... porque viene el problema y entonces ¿de qué manera el Estado atiende esos derechos o cómo son exigibles? Voy a hacer una consideración que puede ser un tanto árida pero muy breve y tratando de ser muy claro, asimilando esos derechos que corresponden al primer paradigma de la dignidad humana, las libertades de conciencia, de expresión, de movimiento, etc., con lo que Kant llama el imperativo categórico. Para Kant el imperativo categórico es el mandato de una conducta que nos vincula incondicionalmente, significa siempre, en todo tiempo y en todo lugar, por ejemplo respetar la vida ajena, pero uno se pregunta ¿y ese mandato, es cierto que rige en todo momento y en todo lugar?, y entonces ¿la legítima defensa en qué queda?... NO, a pesar de que el mandato se formula incondicionalmente podemos encontrar condiciones bajo las cuales la vida no merece igual protección, cuando una persona es atacada injustamente por otra y no tiene otro medio para repeler la agresión que darle muerte, es legítimo darle muerte y por tanto a pesar de que ese mandato “respetar la vida ajena” se formula de manera categórica e incondicional, encontramos circunstancias bajo las cuales estamos dispensados de cumplir ese mandato. En cambio, los imperativos hipotéticos, también dentro de Kant, son conductas que solo obligan, solo resultan como debidas u obligatorias bajo determinadas circunstancias, y por tanto podemos decir que mientras los imperativos categóricos nos vinculan siempre, los imperativos hipotéticos solo en determinadas circunstancias y les pongo un ejemplo, el Código Civil colombiano dice esto: “si alguien por malicia o negligencia ocasiona daño a otro, debe reparar”. Entonces, ¿existe el deber de reparar? Claro que existe, pero ¿cuándo? Cuando se dan esas circunstancias que lo generan, que alguien haya ocasionado un daño y que ese daño lo haya ocasionado por malicia o negligencia, o sea, existe ese deber pero excepcionalmente, mientras que en el imperativo categórico la excepción es la dispensa del cumplimiento del deber, en el imperativo hipotético lo excepcional es que debemos cumplir con el deber porque nosotros no estamos diariamente atentando contra el patrimonio de los demás y por tanto solo excepcionalmente surgirá a nuestro cargo el deber de reparar. Pues ¿qué ocurre? Que con los derechos de primera generación o derechos correspondientes al primer paradigma de

la dignidad humana, esos derechos podemos asimilarlos a imperativos categóricos que rigen siempre, demandan protección siempre, salvo en escasas excepciones y; los derechos económicos, sociales y culturales a imperativos hipotéticos que solo bajo determinadas condiciones son reclamables y por tanto que cuando un ciudadano se encuentra desprovisto de bienes, necesita de un tratamiento que no puede costearse y que sin el cual muere o se encuentra en estado de destitución económica, de pobreza tal que no tiene manera de alimentarse y no por su culpa sino por ejemplo porque no encuentra empleo y ha hecho esfuerzos para conseguir empleo –no se trata simplemente de un haragán– entonces bajo esas circunstancias no queda duda que el Estado debe satisfacer esa necesidad y por tanto puede reclamarse el cumplimiento y exigirse esa prestación como un auténtico derecho.

Ustedes dirán, esas son decisiones temerarias de una Corte como la Corte Constitucional colombiana, les advierto, que en la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos se han tomado decisiones que avalan una concepción de los derechos, sin una justificación como la que yo les estoy haciendo, pero que han amparado derechos de esa naturaleza y en esa clase.

El Estado Social de Derecho implica desde luego entonces, como les había planteado, el esquema inicialmente, una fase más avanzada en el proceso de liberación de la persona humana y cuando un Estado asume esa forma, asume una responsabilidad y es darle a la persona humana un tratamiento mucho más exigente pero acorde con su dignidad humana.

El reto de tomarnos en serio el Estado Social de Derecho

Judith Salgado Álvarez*

Este artículo describe los elementos centrales que conforman dos formas de Estado: el Estado liberal de Derecho y el Estado Social de Derecho. Respecto de este último desarrolla con mayor profundidad dos de sus elementos constitutivos: el valor de la igualdad sustancial o real y el reconocimiento y garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Plantea algunas reflexiones en la coyuntura actual del Ecuador respecto de la constituyente y las ventajas y desventajas del denominado *constitucionalismo aspiracional*. Finalmente propone la incorporación constitucional de tres aspectos que pueden apuntalar a nivel normativo la igualdad real y los DESC con el fin de consolidar el Estado Social de Derecho y los derechos humanos como razón de ser del Estado y factor de legitimación del mismo. No deja de advertir que la Constitución es una herramienta que puede o no servir para transformaciones sociales y que el reto fundamental de encarnarla en la cotidianidad pasa por un esfuerzo sostenido y complejo.

FORO

Coincido con Carlos Gaviria en que el Estado Social de Derecho (ESD) no implica una concepción contrapuesta al Estado liberal o Estado de Derecho (ED), sino que ambos son fases en un proceso de emancipación de los seres humanos.¹ El ESD viene a mostrar los vacíos y límites del Estado liberal de Derecho, buscando un estadio más avanzado en la concreción de la dignidad humana.

Por lo mismo no podemos hablar del ESD sin antes hacer mención al ED. Este último surge históricamente en oposición al absolutismo del denominado *Ancien Régime* y constituye sin duda un avance significativo en el proceso de emancipación de los seres humanos. En efecto, los pilares que sostienen el ED son el principio de li-

* Docente de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Coordinadora del Programa Andino de Derechos Humanos, PADH, UASB-E.

1. Carlos Gaviria, *Estado Social de Derecho*, conferencia presentada en las Jornadas de Debate Nacional "Los temas de la constituyente: del enfrentamiento a la propuesta", Quito, Taller de Constitucionalismo y Democracia, Área de Derecho, Universidad Andina Simón Bolívar, 6, 7 y 8 de marzo de 2007.

bertad por el cual los/as ciudadanos/as pueden hacer todo lo que no está prohibido sin interferencias de ninguna clase; la primacía de la ley como expresión de la voluntad popular; el sometimiento del poder al derecho, expresado en el principio de legalidad por el cual para el Estado todo lo que no está expresamente permitido está prohibido y la separación de los poderes del Estado.

Quizá el valor más importante de esta forma de Estado es la búsqueda de eliminación de la arbitrariedad en el ejercicio de la actividad estatal que afecta a los ciudadanos/as, la ruptura con el paradigma de poder absoluto e ilimitado. Este viene a ser reemplazado por los límites que pone el Derecho al poder, a través del principio de legalidad y de la igualdad ante la ley, entendida en el sentido de suprimir privilegios y desarmar fueros, de tal manera que toda persona, incluyendo quienes ejercen el poder a través de las instituciones del Estado, se encuentre sometida al Derecho y no por encima o fuera de él.

Ahora bien, un valor fundamental que sustenta la noción de Estado de Derecho es el principio de la dignidad humana que en palabras de la Corte Constitucional de Colombia se concreta:

....en considerar al ser humano como un fin en sí mismo y no como un instrumento o un medio para la realización de la voluntad o intereses ajenos. El principio de dignidad humana protege “i) la autonomía o posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como se quiere), ii) ciertas condiciones materiales de existencia (vivir bien), iii) la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones)”.²

De acuerdo con Ferrajoli el ED tomado en el sentido de un modelo de organización política se caracteriza por tres principios:

a) el principio de *legalidad* de toda actividad del Estado, es decir, de su subordinación a leyes generales y abstractas emanadas de órganos políticos-representativos y vinculadas, a su vez, al respeto de ciertas garantías fundamentales de libertad y de inmunidad personales así como de ciertos derechos de los ciudadanos procesalmente justiciables; b) el principio de *publicidad* de los actos tanto legislativos, administrativos y judiciales, que impone al ejercicio de todos los poderes, sedes, formas y procedimientos visibles, además de normativamente preconstruidos por leyes (el “gobierno del poder público en público”, por usar las palabras de Norberto Bobbio); c) la sujeción a *control* de todas las actividades estatales bajo la doble forma de control jurisdiccional de legitimidad, ejercido por jue-

2. Sentencia T-881 de 2002. Corte Constitucional de Colombia.

ces independientes y de control político ejercido por el Parlamento sobre los aparatos ejecutivos y administrativos y por los electores sobre el Parlamento.³

Siguiendo a este autor, el desarrollo del Estado de Bienestar ha tenido como efecto relevante la crisis del modelo del ED. Sin duda las funciones de gobierno estatal de la economía y las prestaciones públicas de naturaleza social y asistencial entran en directa contradicción con los principios del ED al dotar de mayores espacios de discrecionalidad a las autoridades estatales que diseñan tales políticas y al ampliar el radio de incidencia a ámbitos antes vedados. Ciertamente las desigualdades sociales del sistema capitalista y la presión política de los grupos afectados exigen una mayor intervención del estado en funciones que no calzan en el modelo liberal clásico de ED, pero adicionalmente son precisamente estas nuevas funciones las que se constituyen en un elemento de legitimación político-democrática.⁴

En este contexto surge el ESD que según Garrorena supone los siguientes elementos reconocidos constitucionalmente: i) Asumir el valor de la igualdad real o sustancial; ii) regular constitucionalmente el proceso económico y sus principales actores; iii) reconocer y garantizar los derechos económicos, sociales y culturales (DESC); iv) limitar el derecho a la propiedad, supeditándolo a que cumpla su función social; v) asumir la transformación funcional y estructural del Estado por la cual éste se convierte en gestor de prestaciones, servicios y asistencias destinadas a garantizar las condiciones fundamentales de la existencia humana; asume su función de intervención y tutela de la economía a través de la planificación y regulación; y cumple su función de remodelación social reconociendo la existencia de una estructura social injusta que debe ser corregida a través principalmente de su accionar; vi) concebir las relaciones Estado/sociedad civil como interrelacionadas y no autónomas como afirma el pensamiento liberal.⁵

En este artículo me centraré en dos de estos elementos. De una parte el valor constitucional de la igualdad sustancial y el reconocimiento y garantía de los DESC.

IGUALDAD, DIFERENCIA Y NO DISCRIMINACIÓN

En primer lugar quiero resaltar que existe una tensión constante entre la igualdad y la diferencia. En efecto, todos los seres humanos somos iguales en dignidad y me-

3. Luigi Ferrajoli, "Estado Social y Estado de Derecho", en Víctor Abramovich, María José Añón y Christian Cortis, comps., *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México D.F., Distribuciones Fontamara, 2001, p. 11.

4. *Ibidem*, pp. 12-13.

5. Ángel Garrorena Morales, *El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho*, Madrid, Editorial Tecnos, 1991, pp. 48-85.

recemos igual respeto, pero también todas las personas somos diferentes con características específicas sobre las cuales construimos nuestras identidades. Así encontramos diferencias de género, clase, etnia, color, orientación sexual, edad, creencias religiosas, políticas, nacionalidad, condiciones de salud, discapacidades, etc.

Ahora bien, el pensamiento moderno se ha construido a base de dualismos opuestos tales como hombre/mujer; blanco/negro; mestizo/indígena; rico/pobre; país desarrollado/país subdesarrollado; adultos/adolescentes o niños/as; heterosexual/homosexual, creyente/ateo/a, etc. Estos pares opuestos han sido jerarquizados, así uno de ellos ha sido considerado superior y el otro inferior. De esta manera se ha asumido la diferencia o la diversidad como sinónimo de desigualdad, basada en relaciones de poder asimétricas.

Precisamente como cuestionamiento a esta lógica dicotómica y jerarquizada, la teoría feminista ha puesto en evidencia los límites de la igualdad ante la ley o igualdad formal que aunque en la retórica incluye a todos, en la práctica excluye a muchos/as. Un análisis de género permite por ejemplo comprender que el paradigma de lo humano ha sido el varón, blanco, heterosexual y con recursos económicos y que en la práctica todos aquellas/os que no calzan en tal modelo de humanidad han sido excluidos/as.

Marcela Lagarde afirma:

El concepto humanidad encubre ideológicamente la dominación al pretender la confluencia abarcadora de todos y todas. Por eso, al homologar a la humanidad con el hombre, se la enuncia excluyente ya que se deja fuera, o sea subsume en el sujeto histórico (patriarcal, genérico, clasista, étnico, racista, religioso, etario, político) a quienes están sometidos por el dominio, a quienes no son el sujeto y, en consecuencia, no son suficientemente humanos.⁶

Así también Judith Butler plantea que la afirmación pública de identidades lesbianas y gay ha puesto en el debate la disputa por ser considerados como personas, como sujetos de derechos. Su sugestivo planteamiento va más allá. “Pero si luchamos no solo para ser concebidos como personas, sino para crear una transformación social del significado mismo de persona, entonces la afirmación de los derechos se convierte en una manera de intervenir en el proceso político y social por el cual se articula lo humano”.⁷

6. Marcela Lagarde, “Identidad de género y derechos humanos. La construcción de las humanas”, en *Módulo de Capacitación Caminando hacia la igualdad real*, ILANUD, p. 273.

7. Judith Butler, *Deshacer el género*, traducción de Patricia Soley, Barcelona, Ediciones Paidós, 2006, p. 56.

Las preguntas sobre qué es lo humano, a quién se considera humano, son ineludibles entonces, pues definirán los límites de quiénes son considerados sujetos de derechos humanos en lo concreto y no en lo abstracto. Gallardo expone este punto de manera esclarecedora:

El procedimiento de sustancialización excluyente es sencillo: se exterioriza o proyecta un modelo de comportamiento humano; se designa la proyección resultante como Humanidad constitutiva y se juzga –y condena– a quienes no encajan en esa representación/valor como no humanos y antihumanos... El procedimiento sirve tanto para entregarse efectiva identidad humana... como para negársela a quienes se ha construido como *los otros*... Un corolario de esta lógica que hace de una Humanidad abstractamente determinada el canon de la humanidad de los individuos, es decir, que se representa a los seres humanos con independencia de sus relaciones sociales, es que permite reivindicar la humanidad genérica –inexistente– de los individuos, pero no su opción sexual o comunista, o su realidad de género.⁸

Uno de los aportes desde el feminismo ha sido enfatizar que la tensión entre igualdad y diversidad requiere ser abordada en el intento de desmontar las relaciones de poder dominación/subordinación y desechar las diversas manifestaciones de discriminación.

Joan Williams plantea que el análisis de igualdad que incluya uno del género como poder social, elimina la confusión sobre si igualdad de género implica que se trate igual o diferente a mujeres y hombres. Su interesante propuesta se resume en las siguientes líneas:

La igualdad requiere igual tratamiento de ambos sexos ante normas que no estén diseñadas alrededor de los cuerpos y los patrones de vida de los hombres. En algunos contextos, esto no requiere más que igual trato ante leyes y normas existentes. En otros, exige el cambio de una sola institución, ley o norma; o el cambio en la forma en la cual la persona toma las decisiones pertinentes, aplica la norma o ley existente.

En otras ocasiones no será posible llegar a la igualdad de género simplemente con el cambio de una norma o institución, porque el proceso de toma de decisiones involucra a muchos/as actores/as sociales, muchos/as de ellas/os motivadas/os por estereotipos que les llevan a discriminar contra las mujeres. En tales contextos, en los cuales muchos/as actores/as operan en un proceso de toma de decisiones descentralizado, la igualdad de género exige no solo tratamiento ante leyes y normas existentes o cambios a una ley o norma específica, sino que también exige acción afirmativa.^{9, 10}

8. Helio Gallardo, *Política y transformación social. Discusión sobre Derechos Humanos*, Quito, Editorial Tierra Nueva, 2000, pp. 50-51.

9. La Convención de Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) se refiere en su art. 4 a medidas especiales de carácter temporal, encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y

La deconstrucción de la igualdad por su carácter androcéntrico, la ruptura de la noción de un sujeto universal, la necesidad de reconocer la diversidad de los sujetos, el análisis de género en la reconstrucción de la igualdad son aportes sumamente valiosos que desde el feminismo han movido las aguas del debate sobre igualdad, complejizándolo sin duda.

Darle un nuevo contenido a la igualdad implicaría superar los planteamientos contrapuestos, ya sea de trato idéntico o de trato diferenciado, para poner el acento en el análisis del poder que regula las relaciones económicas, políticas, sociales y culturales.

En suma, asumir, tal como nos plantea MacKinnon, que "... la desigualdad no es una cuestión de identidad y diferencia, sino de dominio y subordinación. La desigualdad tiene que ver con el poder, su definición y su incorrecta distribución".¹¹

De su parte Sousa Santos distingue dos sistemas de pertenencia jerarquizada: la desigualdad y la exclusión. Según este autor Marx es el gran teorizador de la desigualdad y Foucault de la exclusión. Afirma que si la desigualdad es un fenómeno socioeconómico, la exclusión es sobre todo un fenómeno cultural y social, un fenómeno de civilización.

En el sistema de desigualdad, la pertenencia se da por la integración subordinada, mientras que en el sistema de exclusión la pertenencia se da por la exclusión. La desigualdad implica un sistema jerárquico de integración social. Quien se encuentra abajo está adentro y su presencia es indispensable. Por el contrario, la exclusión presupone un sistema igualmente jerárquico pero dominado por el principio de exclusión: se pertenece por la forma como se es excluido. Quien está abajo, está fuera. Así formulados, estos dos sistemas de jerarquización social son tipos ideales, pues en la práctica los grupos sociales se introducen simultáneamente en los dos sistemas, formando complejas combinaciones.¹²

El típico ejemplo de desigualdad es la que tiene como base la clase social, mientras que el heterosexismo y la homofobia son claros ejemplos de exclusión, basada por lo general en la noción de lo "anormal". El grado extremo de exclusión es el exterminio y de la desigualdad es la esclavitud.

la mujer. Estas medidas no se considerarán discriminatorias. Nos encontramos en ese caso frente a las denominadas acciones afirmativas.

10. Joan Williams, "Igualdad sin discriminación", en *Género y Derecho*, Santiago de Chile, Ediciones LOM, 2000, p. 79.

11. Catharine A. MacKinnon, *Hacia una teoría feminista del Estado*, Madrid, Ediciones Cátedra, 1995, p. 435.

12. Boaventura Sousa Santos, *La caída del Angelus Novus. Ensayos para una nueva teoría social y una nueva práctica política*, Bogotá, ILSA/Universidad Nacional de Colombia, 2003, p. 125.

El racismo y el sexismo son formas híbridas que combinan la desigualdad y la exclusión.

En el caso del racismo, el principio de exclusión radica en la jerarquía de las razas, y la integración desigual se manifiesta primero a través de la explotación colonial y luego a través de la inmigración. En el caso del sexismo, el principio de exclusión se funda en la distinción entre el espacio público y el espacio privado y el principio de integración desigual, así como en el papel de la mujer en la reproducción de la fuerza de trabajo en el seno de la familia y más tarde tal como ocurre en el racismo por la integración en formas desvalorizadas de fuerza de trabajo.¹³

Un análisis de la realidad nos lleva a constatar una preocupante vigencia de diversas formas de desigualdad y exclusión que por lo mismo retan el principio de igualdad y no discriminación, pilar de los derechos humanos y del Estado Social de Derecho. Surgen al respecto varias preguntas. ¿Cómo lograr que todas las personas sean tratadas con igual dignidad y respeto, sin dejar de lado sus características que reclaman ser consideradas precisamente para que su dignidad humana sea una vivencia cotidiana y no una fórmula vacía? ¿Cómo alcanzamos una igualdad real/sustancial que vaya más allá de la igualdad formal? ¿Cómo logramos que las diferencias se desconecten de las jerarquías y de las relaciones de poder/dominación?

Precisamente tal como señala Garrorena la primera de las proyecciones de la calificación “ ‘Estado social’ [...] es la aceptación de la *igualdad*, es decir, de la *corrección de las desigualdades sociales*, como uno de los ‘valores superiores’ llamados a inspirar el ordenamiento jurídico”.¹⁴ En efecto, según este autor:

...no se puede entender el principio de igualdad en su escueta y originaria versión liberal, como simple producto de la condición de “generalidad” que debe predicarse de la relación que liga a la ley con el ciudadano, ni –por tanto– como interdicción de toda forma de diferenciación jurídico-formal; eso no sería igualdad sino “identidad”. [...] que carece de sentido en el seno del vigente Estado Social de Derecho donde precisamente el legislador, cada día más, se ve obligado a realizar el valor “igualdad” distinguiendo entre situaciones que merecen ser distinguidas. [...] Consiguientemente, el contenido esencial de la igualdad no se encuentra en la prohibición de establecer tratamientos normativos diferenciados, sino en la interdicción de formaciones diferenciadas no justificadas, esto es arbitrarias o discriminatorias [...] la clave del principio de igualdad no radica en la “no diferenciación”, sino en la “no discriminación”.¹⁵

13. *Ibidem*, pp. 126-127.

14. Ángel Garrorena Morales, *El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho*, p. 48.

15. *Ibidem*, pp. 50-51.

Entonces no todo trato idéntico es siempre equitativo (igualitario, justo), ni todo trato diferente es siempre discriminatorio. Para distinguir el trato diferente del discriminatorio contamos con el test de razonabilidad que implica responder la pregunta de si el trato diferente ha sido razonablemente justificado, considerando los siguientes elementos: i) la existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato diferente, ii) la validez de ese objetivo a la luz de la Constitución, iii) la razonabilidad del trato diferente y la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido.

La razonabilidad del trato diferente marcará la frontera con la discriminación. Un ejemplo paradigmático al respecto son las denominadas acciones afirmativas que son medidas especiales de carácter temporal, encaminadas a acelerar la igualdad real entre grupos, cuando uno de ellos ha sido históricamente discriminado. Son requisitos de toda acción afirmativa: i) que exista una desigualdad o exclusión real que ubique a un grupo de personas en desventaja frente al resto, ii) que la desigualdad o exclusión se dé por la pertenencia a un grupo étnico, sexual, económico, etc., iii) que el trato diferente sea razonable y proporcional, iv) que la medida sea temporal hasta alcanzar la igualdad real.

En este punto resulta necesario poner en claro los elementos que configuran la discriminación, a saber: i) toda distinción, exclusión o restricción, ii) basada en motivos de raza, color, etnia, sexo, género, religión, edad, nacionalidad, opiniones políticas o de otra índole, idioma, opción sexual, discapacidad visible, condición económica, social y en general por otras causas o condiciones, iii) que tengan por objeto o resultado impedir, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad de los derechos humanos y libertades fundamentales, iv) en las esferas política, económica, social, cultural, civil, familiar o en cualquier otra esfera.

En toda forma de discriminación (sexismo, racismo, homofobia, xenofobia, adultocentrismo, intolerancia religiosa, etc.) encontraremos una relación jerarquizada (superior/inferior), basada en prejuicios y estereotipos que reafirman lazos de poder/dominación.

Recordemos que la discriminación puede manifestarse tanto en la normativa, en su aplicación por parte de las autoridades competentes, como en las relaciones sociales y la vida cotidiana.

Entonces, tomarnos en serio la calificación del Estado ecuatoriano como un Estado Social de Derecho implica problematizar la reducción de la igualdad a un trato idéntico, incorporar el reconocimiento de la diferencia siempre que esto permita ampliar la noción de sujetos de derechos humanos, poner toda la institucionalidad estatal al servicio de la eliminación de desigualdades y exclusiones y de los obstáculos que impiden el goce efectivo de los derechos humanos individuales y colectivos y

ciertamente deconstruir relaciones de poder asimétricas que reproducen la dominación e impiden la igualdad real.

A propósito del mayor énfasis que se ha dado a la desigualdad o a la exclusión, ha surgido la controversia entre los defensores de las políticas de igualdad (redistributivas) que tienen como eje la categoría clase y los defensores de las políticas de la diferencia (de reconocimiento) que han esencializado e idealizado las diferencias, enfatizando ciertas categorías como raza, etnia, género, sexualidades, etc.

Es un riesgo a mi modo de ver, tanto la tendencia a una homogeneización cultural a nivel global y el desconocimiento y rechazo a la diferencia, como también la fragmentación atomizada en nombre de la diferencia cultural que puede caer en la creación de *ghettos* aislados. En ambos casos las respuestas racistas, xenofóbicas y discriminatorias tienen perfecta cabida.

Nancy Fraser rechaza la elección de carácter disyuntivo. ¿Políticas de clase o políticas de identidad? ¿Políticas sociales o políticas culturales? ¿Redistribución o reconocimiento? Niega que se trate de alternativas mutuamente excluyentes. Al contrario, plantea que no hay reconocimiento sin redistribución y que son tareas cruciales cuestionar la distinción entre cultura y economía; entender cómo las dos esferas actúan conjuntamente para producir injusticias; y descubrir cómo, en cuanto prerrequisito para remediar las injusticias, las exigencias de reconocimiento pueden ser integradas con las pretensiones de redistribución en un proyecto omnicomprensivo.¹⁶

Si bien, Sousa Santos coincide con el criterio de que no es posible el reconocimiento sin distribución y viceversa, no plantea una teoría general de la transformación, sino un proceso de traducción que facilita inteligibilidad entre las luchas basadas en el principio de la igualdad y las luchas basadas en el principio de la diferencia. En este sentido, afirma que la globalización *contrahegemónica* requiere manejar un equilibrio tenso y dinámico entre la diferencia y la igualdad, entre la identidad y la solidaridad, entre la autonomía y la cooperación, entre el reconocimiento y la redistribución. *Asumir que tenemos derecho a ser iguales cada vez que la diferencia nos inferioriza o mengua nuestra posición y que tenemos derecho a ser diferentes cuando la igualdad nos descaracteriza o uniformiza.*¹⁷ (El resaltado es nuestro)

Por consiguiente, si bien es un avance del Estado Social de Derecho el incluir como uno de sus valores fundamentales la igualdad sustancial/real, lo que he intentado mostrar en este punto es que no basta incluir la categoría clase para salvar desigual-

16. Nancy Fraser, *Iustitia Interrupta Reflexiones críticas desde la posición "postsocialista"*, Bogotá, Siglo de Hombrs Editores, 1997, p. 6.

17. Boaventura Sousa Santos, *La caída del Angelus Novus. Ensayos para una nueva teoría social y una nueva práctica política*, pp. 90-91 y 154.

dades. Garrorena ha dicho que el Estado Social de Derecho parte del reconocimiento de la injusticia y desigualdad que afecta al sistema capitalista y que busca corregirlas. Y este es un primer y muy importante paso, pero las injusticias también se presentan como exclusión o como combinaciones complejas de formas de desigualdad económica y exclusiones y por lo mismo no hay que perderlas de vista al momento de concretar el valor de la igualdad sustancial.

En suma, el debate sobre igualdad/diferencia/no discriminación es central en nuestros días. De hecho, las desigualdades y exclusiones producen diversas redes de inequidad e injusticia en las que las categorías clase, género, edad, raza, etnia, orientación sexual, nacionalidad, religión se entrelazan. El predominio de una o más de estas categorías varía de acuerdo al contexto. La realidad de inequidad es compleja, en consecuencia, las políticas en respuesta no deben dejar de lado dicha complejidad.

DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Otro de los elementos centrales de un Estado Social de Derecho es el reconocimiento y garantía de los DESC.¹⁸

Este es un elemento fundamental, más aún si consideramos que todavía hoy prevalece la idea de que los DESC no son derechos y que se trata de normas programáticas, una especie de aspiración política.

Esta idea tiene su antecedente histórico en la Guerra Fría. La bipolaridad entre el capitalismo y el socialismo tuvo su correlato en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En la práctica los regímenes capitalistas asumieron la defensa de los derechos civiles y políticos (DCP), también denominados derechos de libertad, como la esencia de la existencia de un sistema democrático, aparejado a esto vino el desconocimiento de los DESC como derechos. De su parte los regímenes socialistas consideraron a los DCP como la manifestación de privilegios burgueses y asumieron a los DESC como su política prioritaria y como la demostración de que su régimen al favorecer a las mayorías más necesitadas era realmente democrático. Estas visiones contrapuestas tuvieron como consecuencia el que, a pesar de contar con la Declaración Universal de Derechos Humanos, no se consiguiera consenso para aprobar un Pacto Internacional de Derechos Humanos, sino que se elaboraran dos instrumentos separados: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

18. Los DESC comprenden el derecho al trabajo, derechos sindicales, a la alimentación, a la educación, a la salud, a la vivienda, a un nivel de vida adecuado, etc.

A partir de ahí, la tendencia dominante en el ámbito de los derechos humanos ha consolidado una marcada dicotomía entre DCP y DESC. El punto central de dicha dicotomía ha sido el considerar a los primeros plenos derechos y por lo mismo exigibles y justiciables, mientras que a los segundos se les ha negado dicha calidad.

Para el efecto se ha argumentado que los DCP demandan del Estado únicamente obligaciones negativas (de no hacer, no interferir, y que por lo mismo no implican un gasto), en tanto que los DESC exigen obligaciones de hacer, de cumplir con prestaciones que por lo mismo están supeditadas a la disponibilidad de recursos económicos.

Ahora bien, estos argumentos han sido a mi modo de ver sólidamente desmontados por autores como Abramovich, Courtis y Bolívar,¹⁹ entre otros.

Efectivamente, han mostrado que tanto los DCP como los DESC suponen obligaciones negativas y positivas por parte del Estado.

Abramovich y Courtis retoman a van Hoof quien plantea cuatro “niveles” de obligaciones del Estado en materia de derechos humanos.

Las obligaciones de *respetar* se definen por el deber del Estado de no interferir, obstaculizar o impedir el acceso al goce de los bienes que constituye el objeto del derecho. Las obligaciones de *proteger* consisten en impedir que terceros interfieran, obstaculicen o impidan el acceso a esos bienes. Las obligaciones de *asegurar* suponen asegurar que el titular del derecho acceda al bien cuando no puede hacerlo por sí mismo. Las obligaciones de *promover* se caracterizan por el deber de desarrollar condiciones para que postulares del derecho accedan al bien.²⁰

Estos cuatro “niveles” son aplicables tanto a DCP como a DESC. Por ejemplo el derecho al debido proceso requiere sin duda que el Poder Ejecutivo y el Legislativo no interfieran en la tutela judicial, pero requiere así mismo la asignación de recursos suficientes para el funcionamiento de la Administración de Justicia y la dotación de defensores públicos para las personas que están imposibilitadas de asumir el costo de

19. Se pueden consultar los siguientes textos: Víctor Abramovich y Christian Courtis, “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales”, en *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Ed. del Puerto, 1997; Víctor Abramovich, María José Añón y Christian Courtis, comps., *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México D.F., Distribuciones Fontamara, 2001; Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Editorial Trotta, 2002; Ligia Bolívar, “Derechos Económicos, Sociales y Culturales: derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes. Una visión desde la (in)experiencia de América Latina”, en *Estudios Básicos de Derechos Humanos V*, Costa Rica, IIDH, 1996, pp. 85-136.

20. Víctor Abramovich y Christian Courtis, “Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales”, en Víctor Abramovich, María José Añón y Christian Courtis, comps., *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México D.F., Distribuciones Fontamara, 2001, p. 59.

tal patrocinio. Así también el derecho a la vivienda requiere la no injerencia del Estado cuando ya se está gozando de ese derecho, la implementación de políticas públicas que faciliten el acceso a crédito para la construcción de vivienda propia, el funcionamiento de una administración de justicia que frente a las violaciones al derecho a la vivienda brinden una efectiva protección, la existencia de albergues para personas imposibilitadas de trabajar, etc.

Precisamente como una respuesta en contracorriente con la división entre estos derechos surge la noción de integralidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos en su totalidad. Esta noción implica asumir que la efectiva vigencia y goce de los derechos humanos requiere una relación sinérgica entre los diferentes tipos de derechos. Se trata de romper con una visión que por cuestiones ideológicas propugnó una relación de jerarquización y exclusión entre derechos.

Entonces, la calificación de un estado como Estado Social de Derecho constituye un avance muy importante para desarmar la dicotomía entre DCP y DESC y propugnar la integralidad de los derechos humanos.

Esto trae aparejado el desarrollar los distintos niveles de obligación del Estado para todos los derechos, tanto en la normativa, en la aplicación de la justicia y en el diseño, ejecución y evaluación de políticas públicas.

Ahora bien, plantear la integralidad de los derechos humanos no implica desconocer las dificultades que la exigibilidad y justiciabilidad de los DESC presenta en la práctica. Para Abramovich los principales obstáculos son: i) La falta de especificación concreta de los contenidos de los DESC (que debe ser trabajada desde la reglamentación legislativa y administrativa, la jurisprudencia y el desarrollo de la dogmática jurídica); ii) la autorrestricción del Poder Judicial frente a cuestiones políticas y técnicas; iii) la inadecuación de los mecanismos procesales tradicionales para la tutela de los derechos (respecto a legitimación activa, prueba, mecanismos de reparación, prevención, etc.); y iv) La escasa tradición de control judicial en la materia.²¹

Estas constataciones lo que hacen es evidenciar un reto pendiente para asegurar la efectiva vigencia de los DESC más aún si consideramos que constituyen uno de los elementos centrales de un ESD.

Ferrajoli afirma:

...hay que reconocer que para la mayor parte de tales derechos [DESC] nuestra tradición jurídica no ha elaborado técnicas de garantías tan eficaces como las establecidas para los

21. Víctor Abramovich y Christian Courtis, "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales", en *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales*, pp. 68-78.

derechos de libertad y propiedad. Pero eso depende sobre todo de un retraso de las ciencias jurídicas y políticas, que hasta la fecha no han teorizado ni diseñado un Estado Social de Derecho equiparable al viejo Estado de derecho liberal, y han permitido que el Estado social se desarrollase de hecho a través de una simple ampliación de discrecionalidad de los aparatos administrativos, el juego no reglado de grupos de presión y las clientelas y la proliferación de las discriminaciones y los privilegios y el desarrollo del caos normativo que ellas mismas denuncian y contemplan ahora como “crisis de la capacidad regulativa del derecho”.²²

No podemos como juristas conformarnos con decir que dado que estos derechos no se ajustan completamente a los mecanismos de justiciabilidad existentes, no es posible demandar su protección y hacer justicia a quienes han sufrido la violación de los mismos. Al contrario, esta constatación nos desafía a dar respuestas creativas e innovadoras, de tal manera que el Derecho responda a las necesidades sociales y sea efectivamente un instrumento para la realización de la justicia.

En suma, asumir que el Ecuador es un ESD trae como consecuencia directa que los DESC son tomados en serio como derechos y no meras aspiraciones como se propugna en un ED.

ALGUNAS REFLEXIONES RESPECTO A LA CONSTITUYENTE

En mi criterio, la actual Constitución Política del Ecuador cuenta con elementos suficientemente adecuados desde lo normativo, sobre todo en su parte dogmática, para procesar una profunda transformación social que contraste las enormes desigualdades existentes, el irrespeto a la diversidad, las formas persistentes de exclusión y discriminación. El marco normativo constitucional no es perfecto, pero brinda suficientes herramientas para supeditar la función de las entidades estatales a la construcción de existencias más dignas, tanto desde la producción legislativa, la implementación de políticas públicas, la administración de justicia en casos concretos, el control de la gestión pública, etc.

El problema central, a mi modo de ver, es que la normativa constitucional no ha permeabilizado el quehacer de las instituciones estatales. En suma, que no nos hemos tomado en serio ni la Constitución, ni la calificación del Ecuador como ESD, ni los derechos humanos como elemento legitimador del Estado. Parafraseando a García nuestra Constitución ha sido más un arma retórica que un arma jurídica.²³ Según es-

22. Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Editorial Trotta, 1999, p. 30.

23. Mauricio García, “Los límites del constitucionalismo”, en *Modernidades, Nueva Constitución y Poderes Constituyentes*, Bogotá, UNIJUS, Universidad Nacional de Colombia, p. 48.

te autor el *constitucionalismo progresista o aspiracional* es precisamente fuerte en aquellos países donde hay más brecha entre las aspiraciones y las realidades sociales, es decir, que en aquellos países donde hay más ausencia de protección de derechos y donde más precario es el constitucionalismo, las constituciones son más progresistas.

García ubica 3 desventajas en la idea aspiracional de la Constitución: i) Deposita esperanzas exageradas en el Estado e implica cierto demérito en cuanto a la capacidad de la sociedad de encontrar su propio destino o de mejorar, “sobrestima las posibilidades constitucionales de cambio social”; ii) Propicia un reformismo permanente como contracara del déficit de maniobra política de los gobiernos; iii) Implica una desvalorización del Derecho y del presente. Lo político y el futuro (revolución social²⁴) es lo importante. De otra parte mira como ventajas de esta idea aspiracional que: i) denuncia la injusticia al evidenciar la brecha entre lo real y lo ideal; ii) crea algo de eficacia instrumental de protección de derechos como por ejemplo con la tutela; y iii) crea una conexión simbólica entre líderes de movimientos sociales y la Constitución a través del uso de estrategias jurídicas para el logro de beneficios políticos.²⁵

Me parece que este análisis es en gran medida aplicable al caso ecuatoriano. Un aspecto sumamente importante que a mi modo de ver constituye una ventaja de esta idea aspiracional de la Constitución y que se evidencia ahora en el Ecuador en este ambiente pro Constituyente que ha puesto en el debate público la discusión de conceptos cruciales para la convivencia. La Constitución empieza a ser leída, conocida, se discute qué se aspira como país, qué tipo de democracia se quiere construir, se delibera en espacios barriales, de movimientos sociales, organizaciones e instituciones, se reaviva una discusión que debe ser sostenida.

Sin desdeñar, en modo alguno, la importancia de la normativa, más aún de la constitucional, considero que es clave analizar de manera integral las posibilidades de su efectiva vigencia. Esto implica, a mi modo de ver y siguiendo a Facio,²⁶ tomar en cuenta a más del *componente normativo* (texto constitucional en este caso) el que ella llama el *componente estructural/institucional*, esto es, preguntarnos ¿de qué manera toman las decisiones las instituciones y autoridades en el ejercicio de su función? ¿Qué principios aplican? ¿Consideran en sus decisiones las implicaciones con-

24. En la coyuntura actual del Ecuador el presidente Rafael Correa propugna la “revolución ciudadana”. Su primera propuesta de campaña ya cumplida es el convocar a una Asamblea Constituyente.

25. Mauricio García, “Los límites del constitucionalismo”, en *Modernidades, Nueva Constitución y Poderes Constituyentes*, pp. 45-48.

26. Alda Facio, “Metodología para el análisis de género del fenómeno legal”, en Alda Facio y Lorena Fries, eds., *Género y Derecho*, Santiago de Chile, Ediciones LOM, 1999, pp. 99-136.

cretas de ser un ESD? ¿Cómo aplican y ponen en práctica los derechos humanos?, ¿Quién controla el cumplimiento de sus deberes? ¿Cómo funciona ese control? ¿Cómo se decide el presupuesto del Estado? ¿Cuáles son las prioridades en el gasto fiscal? Este componente dice relación directa con la aplicación concreta de la norma constitucional por parte de quienes ejercen cualquier autoridad. Adicionalmente esta autora recomienda considerar también el *componente político cultural*, es decir, de qué manera la agenda de grupos políticos, sociales, académicos está dando contenidos restrictivos o expansivos a estas nociones clave de la organización política social. Cómo se expresa por ejemplo la comprensión de la igualdad, la interculturalidad, la solidaridad, la dignidad, la equidad, la libertad, la democracia, el ESD en los grupos organizados y en las relaciones cotidianas.

Este enfoque demanda un análisis complejo de la realidad, que sin duda es necesario más ahora cuando en el caso del Ecuador la apuesta por la Asamblea Constituyente se ha tornado en una especie de nuevo Mesías que viene a salvarnos de todos los males prácticamente.

El avasallante triunfo de la propuesta de instalar una Asamblea Constituyente para transformar el marco institucional del Estado, y para elaborar una nueva Constitución es un claro mensaje de una población que anhela cambios profundos y que está poniendo en el centro del debate la inconformidad con un modelo político, económico, social, cultural excluyente, inequitativo, opresivo que es el que funciona en la práctica, divorciado de la normativa constitucional y los derechos humanos.

El riesgo que veo es que la nueva Constitución se convierta en una meta en sí misma. Me parece que debemos insistir en que la Constitución no sea la meta sino el medio. La Constitución vigente desde 1998 brinda herramientas que sin embargo no han sido utilizadas para lograr esa necesaria transformación social ¿Qué nos garantiza que una nueva Constitución no correrá el mismo destino?

En mi criterio, cambiar esa tendencia implica un trabajo sostenido de aporte y seguimiento de cómo la normativa constitucional se constituye en referente obligado en la práctica, en la elaboración de la normativa secundaria, en las decisiones de jueces, tribunales, autoridades, en las políticas públicas, en las relaciones internacionales, etc. Este seguimiento requiere una fuerte participación de la sociedad civil organizada, a través de diversos mecanismos de participación y veeduría ciudadana.

Ahora bien de cara al escenario actual, a las puertas de la instalación de la Asamblea Nacional Constituyente me parece que el primer punto de una agenda progresista es defender los derechos humanos reconocidos en la Constitución de 1998 y avanzar en la profundización y ampliación de los mismos, así como de las garantías para su efectiva protección.

En el marco del tema que he venido analizando, considero que debe fortalecerse el reconocimiento del Ecuador como un Estado Social de Derecho, e incluir algunas reformas que precisamente consolidarán esta forma de Estado, sobre todo en cuanto a la igualdad sustancial y la protección de los DESC. En esta línea propongo:

- a) Incorporar de manera explícita en el nuevo texto constitucional el Principio de que la dignidad humana es el fundamento del orden político y de la paz social.
- b) Si bien la Constitución Política del Ecuador vigente incluye en su art. 17 el deber del Estado de garantizar el ejercicio y goce de los derechos humanos sin discriminación alguna y el art. 23.3 reconoce el derecho a la igualdad y no discriminación,²⁷ en mi opinión sería necesario adicionalmente incorporar en el nuevo texto constitucional, de manera más explícita, el deber del Estado de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y remover los obstáculos para alcanzar tal igualdad.²⁸ En este sentido sería importante reconocer las acciones afirmativas como uno de los mecanismos idóneos para que grupos históricamente discriminados puedan alcanzar una igualdad sustancial. En el mismo sentido sería conveniente adoptar la definición de discriminación de la CEDAW pero sin restringirla a la condición de sexo.²⁹
- c) Expandir la garantía de los DESC considerando los obstáculos que su justicia-bilidad presenta y haciendo sobre todo de la acción de amparo un mecanismo innovador y creativo para la protección de estos derechos.³⁰

Finalmente, me parece que es muy pertinente concluir esta reflexión con la siguiente advertencia.

27. Art. 17: “El estado garantizará a todos sus habitantes, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes. Adoptará, mediante planes y programas permanentes y periódicos, medidas para el efectivo goce de estos derechos”; art. 23.3. “Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes: 3. La igualdad ante la ley. Todas las personas serán consideradas iguales y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación en razón de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma, religión, filiación política, posición económica, orientación sexual, estado de salud, discapacidad, o diferencia de cualquier otra índole.”

28. Ver por ejemplo el art. 13 inciso 2 de la Constitución colombiana y el art. 9 numeral 2 de la Constitución española.

29. Agradezco esta sugerencia a Ramiro Ávila. La definición de discriminación quedaría entonces así: La expresión “discriminación” denotará toda distinción, exclusión o restricción en razón de nacimiento, edad, género, etnia, color, origen social, idioma, religión, filiación política, posición económica, orientación sexual, estado civil, estado de salud, discapacidad, o diferencia de cualquier otra índole, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

30. Al respecto revisar la propuesta trabajada por Ramiro Ávila, docente de la UASB-E y miembro del Taller de Constitucionalismo de esta Universidad.

Las constituciones no son varitas mágicas ni son *Mesías* que cambian la sociedad simplemente modificando los textos de las constituciones. Las constituciones son instrumentos que sirven o no sirven muchas veces, para cambiar la sociedad.³¹

El hecho de que finalmente la normativa constitucional se convierta en herramienta de transformación social dependerá de un esfuerzo sostenido por encarnarla en la cotidianidad.

BIBLIOGRAFÍA

- Abramovich, Víctor, María José Añón y Christian Courtis, comps., *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México D.F., Distribuciones Fontamara, 2001.
- “Estado Social y Estado de Derecho”, en Víctor Abramovich, María José Añón y Christian Courtis, comps., *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México D.F., Distribuciones Fontamara, 2001.
- Butler, Judith, *Deshacer el género*, traducción de Patricia Soley, Barcelona, Ediciones Paidós, 2006.
- Facio, Alda, y Lorena Frías, eds., *Género y Derecho*, Santiago de Chile, Ediciones LOM, 1999.
- Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999.
- Fraser, Nancy, *Iustitia Interrupta Reflexiones críticas desde la posición “postsocialista”*, Bogotá, Siglo de Hombres Editores, 1997.
- Frías, Lorena, “Los derechos humanos de las mujeres: aportes y desafíos”, en *Las fisuras del Patriarcado: reflexiones sobre Feminismo y Derecho*, FLACSO-CONAMU, Quito, 2000.
- García, Mauricio, “Los límites del constitucionalismo”, en Miguel Ángel Herrera Zbaib, edit., *Modernidades, Nueva Constitución y Poderes Constituyentes*, Bogotá, UNIJUS, Universidad Nacional de Colombia.
- Garrarena, Ángel, *El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho*, Madrid, Editorial Tecnos, 1991.
- Gaviria, Carlos, “El Estado Social de Derecho y la presión política por el cambio”, conferencia presentada en las Jornadas de Debate Nacional “Los temas de la constituyente: del enfrentamiento a la propuesta”, Quito, Taller de Constitucionalismo y Democracia, Área de Derecho, Universidad Andina Simón Bolívar, 6, 7 y 8 de marzo de 2007.
- Lagarde, Marcela, “Identidad de género y derechos humanos. La construcción de las humanas”, en *Módulo de capacitación caminando hacia la igualdad real*, ILANUD, 1997.

31. Mauricio García, “Los límites del constitucionalismo”, en *Modernidades, Nueva Constitución y Poderes Constituyentes*, p. 49.

MacKinnon, Catharine, *Hacia una teoría feminista del Estado*, Madrid, Ediciones Cátedra, 1995.

Sousa Santos, Boaventura, *La caída del Angelus Novus. Ensayos para una nueva teoría social y una nueva práctica política*, Bogotá, ILSA/Universidad Nacional de Colombia, 2003.

Williams, Joan, “Igualdad sin discriminación”, en Alda Facio y Lorena Frías, eds., *Género y Derecho*, Santiago de Chile, Ediciones LOM, 2000.

Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Editorial Trotta, 2002.

Constitución Política de Colombia.

Constitución Política del Ecuador.

Convención de eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

Sentencia T-881 de 2002. Corte Constitucional de Colombia.

La Asamblea Constituyente

Rafael Oyarte Martínez*

Mucho se ha escrito, por lo menos en el Ecuador, sobre reformas constitucionales concretas, pero muy poco sobre la institución misma de la reforma constitucional, al punto que no se la ha distinguido del cambio de Constitución. Al respecto, se revisará entonces lo que han sido las asambleas constituyentes en el Ecuador y en el Derecho comparado, y su relación con la Asamblea Nacional que estuvo en funciones desde el 20 de diciembre de 1997 hasta el 8 de mayo de 1998, con la finalidad de determinar su naturaleza jurídica y las competencias que, en estricto Derecho, pudo ejercer.

FORO

LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE

Se revisará, en esta sección, el órgano extraordinario a cuyo cargo puede quedar la tarea de reformar la Constitución.

Humberto Nogueira y Francisco Cumplido recuerdan que la asamblea constituyente se cuenta entre los procedimientos democráticos de elaboración o de reforma de la Constitución –además del plebiscito o referéndum–, pues como el poder constituyente radica en el pueblo solo éste puede darse, legítimamente, una Constitución.¹ Mediante esta técnica se “propone la función constituyente a una Asamblea o Convención integrada por representantes elegidos por la ciudadanía especialmente para tal efecto”.²

* Profesor de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de la Universidad Regional Autónoma de los Andes, y de la Universidad de Cuenca.

1. Cfr. Francisco Cumplido y Humberto Nogueira, *Teoría de la Constitución*, Santiago, Universidad Nacional Andrés Bello, 1990, 2a. ed., p. 136.
2. Mario Verdugo y Ana María García Bazelatto, *Manual de Derecho Político*, vol. I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996, 3a. ed., p. 270.

ENTIDAD DIFERENTE AL ÓRGANO LEGISLATIVO

A diferencia del órgano legislativo, la asamblea constituyente es un órgano extraordinario, elegido por el pueblo para que elabore una Constitución o para que la reforme. Este carácter extraordinario lo resuelve Ignacio de Otto al decir que “lo más frecuente en el constitucionalismo del siglo XX es que la Constitución sea aprobada por una asamblea constituida *ad hoc*, esto es, con esa específica finalidad –asamblea constituyente– que se disuelve tras la entrada en vigor de la Constitución”.³

De hecho, salvo la Constitución de 1978-79 que fue aprobada mediante referéndum, las restantes Cartas Políticas del Ecuador fueron elaboradas y aprobadas por asambleas constituyentes. Pero en cambio, hasta 1997, todas las reformas constitucionales ha sido aprobadas por el Legislativo –en ejercicio del poder constituyente derivado– o mediante consulta popular.⁴

Se debe insistir en que el poder constituyente no es el poder soberano –cosa distinta es que, en un sentido originario, su titular sea el soberano–, idea que es sostenida por Sieyès al afirmar que, si bien el poder constituyente “no puede ejercerse por la Nación misma, porque tal cosa, entendida literalmente, resulta imposible; por ello, ha de ejercerse por medio de representantes”, pero que estos representantes, “como forman un poder especial, superior y diferente a los poderes constituidos ordinarios, son unos representantes extraordinarios, los cuales están vinculados por un compromiso, [...] la comunidad no se despoja del derecho de imponer su voluntad, [...] de manera que los delegados o representantes carecen de la plenitud de poderes”, y por ello “no pueden dedicarse a funciones que corresponden a los poderes ordinarios”.⁵

Esta última afirmación se encuentra expresamente establecida en la Constitución Nacional del Paraguay, la que prevé a la Convención Nacional Constituyente como órgano encargado de la reforma de la Carta Fundamental –que en el sistema paraguayo equivale a su cambio– y a la enmienda de determinadas materias constitucionales. Dicha Convención solo puede realizar sus labores de reforma por lo que se le

3. Ignacio de Otto, *Derecho Constitucional: sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1988, 2a. ed., p. 52.

4. En diciembre de 1998 se integró una asamblea reformadora, denominada Asamblea Nacional, convocada como resultado de la consulta popular efectuada en junio de 1997.

5. Antonio Carlos Pereira Menaut, *Lecciones de Teoría Constitucional*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1987, 2a. ed., pp. 50-51. Del mismo modo, *vid.*, Sieyès, “Preliminar de la Constitución. Reconocimiento y exposición razonada de los derechos del hombre y el ciudadano”, en David Pantoja Morán [compilador], *Escritos Políticos de Sieyès*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 183. A pesar de esto, la doctrina constitucional ecuatoriana se ha mostrado partidaria de considerar al poder constituyente como un poder ilimitado, soberano, problema que se revisa más adelante.

prohíbe el arrogarse las atribuciones de los poderes del Estado, no puede sustituir a las personas que los ejerzan, ni acortar o ampliar su mandato.⁶

Ahora bien, tenemos un problema: las atribuciones de la asamblea constituyente, las cuales difieren de la asamblea reformadora, lo cual se revisará más adelante.

¿DEBE ESTAR PREVISTA POR LA CONSTITUCIÓN?

Se debe recordar que no se pueden ejercer atribuciones no previstas en la Constitución, ni por órganos no previstos por ella (art. 119 CE). Jaime Urcullo Reyes sostiene que en caso de no estar prevista por la Constitución no se puede convocar a este órgano, pues ello es válido “solamente para los Estados a formarse o constituirse; pero no para los Estados ya constituidos, en los cuales el pueblo delega sus facultades soberanas, por haber adoptado la forma de República, o sea de democracia representativa”.⁷

Si bien estimo que, en cierta medida, existe la mencionada delegación de facultades, no por ello el pueblo ha renunciado a su soberanía. De esta forma, la asamblea constituyente es un órgano que ejerce poder constituyente originario, en la que el pueblo soberano elige representantes para poner en práctica dicho poder por éste conferido –de este modo el poder constituyente originario puede ser ejercido por el pueblo directamente, a través de los mecanismos de democracia directa, o a través de representantes elegidos para ello–, tanto así que su labor consiste en elaborar y dictar una Constitución, con lo cual nos encontramos ante un poder fáctico, ni establecido ni limitado por normas positivas.

Si es necesario que la asamblea constituyente se encuentre prevista por la Constitución sería un órgano que ejerce poder constituyente derivado,⁸ aunque lo dicho no excluye en lo absoluto que una Constitución pueda prever la existencia de este tipo de órganos –como lo hacen las Constituciones de Paraguay, Nicaragua y Costa Rica–, pues en este caso solo se estarían determinando las normas preconstituyentes en el código político.⁹

La asamblea constituyente, al ejercer poder constituyente originario, puede cambiar la Constitución, conformando un poder superior dentro del ordenamiento jurídico

6. Constitución Política del Paraguay, art. 291.

7. Jaime Urcullo Reyes, *Proceso Democrático, Situación Jurídica y Reforma Constitucional en Bolivia*, La Paz, Editora Urquiza, 1993, p. 102.

8. *Vid.* la sección relativa a la asamblea reformadora.

9. *Vid. infra*, las diferencias entre las asambleas constituyentes y las que son únicamente reformadoras, a pesar de la denominación que les determine el Código Fundamental, como sucede en los casos argentino y colombiano.

co, y, por tanto, podrá también reformarla, con la diferencia que no puede ser objeto de limitaciones formales –de procedimiento– o materiales explícitas –cláusulas pétreas–.¹⁰

INICIATIVA PARA CONVOCAR

Al ser la asamblea constituyente un órgano no regulado por el Derecho positivo ¿quién puede convocarla? Este es un problema bastante serio, si se tiene en cuenta que ningún órgano del poder público puede ejercer atribuciones que la Constitución y las leyes no le han conferido, como es el caso de la facultad de convocatoria. De ese modo, en 1876, el entonces presidente de la República, Antonio Borrero Cortázar se niega la competencia de convocar una asamblea constituyente para reformar la Constitución de 1869, por no estar facultado para ello según la Constitución y las leyes.¹¹ Como se verá más adelante, en el Ecuador ha sido, generalmente, el Presidente de la República –o quien ejerciera el cargo a cualquier título: constitucional o de facto– o el Parlamento quienes han asumido la facultad de convocar a asamblea constituyente.

Como se ha señalado, la asamblea constituyente es un órgano que ejerce poder constituyente originario, y la convocatoria que hacen los poderes públicos para su conformación va dirigida a que los electores –el pueblo soberano– designen a sus representantes ante dicho órgano.

Pero ¿ello es correcto dentro de la juridicidad?, pues si bien, como se observó en un principio, la convocatoria que hacen los poderes públicos va encaminada a que el pueblo elija sus representantes, la decisión de quien ha ejercido la facultad de convocarla va dirigida a que se produzcan modificaciones constitucionales, vía reforma de la Constitución o cambio de la Carta Suprema, determinándose un poder preconstituyente ejercido de hecho.

En todo caso, la asamblea constituyente no es un órgano que deba estar previsto en la Constitución –no es, ni ejerce, un poder constituido– ni sus atribuciones emanan del Texto Fundamental, escapando del ámbito del Derecho positivo. Pero ello no

10. Hugo Ordóñez Espinoza, “17 apuntes para la reforma constitucional”, en *Revista Jurídica Ruptura*, No. 37, tomo II, Quito, PUCE, 1994, p. 64, se muestra partidario de la institucionalización de la asamblea constituyente en la Constitución del Ecuador, pero del mismo modo que en la Carta colombiana, por lo que este autor se refiere propiamente a una asamblea reformadora y no a una constituyente.

11. Cfr. Simón Espinosa, *Presidentes del Ecuador*, Quito, Editora Nacional, 1995, pp. 63-67. En realidad lo que se pretendía era cambiar la Constitución no reformarla por la vía constitucional del Congreso (art. 115 de la Constitución de 1869), como proponía Borrero, lo que le costó el cargo de Presidente de la República al ser derrocado por el general Veintemilla, quien llamó a una asamblea constituyente adicta en el año de 1878 la cual además de dictar la nueva Constitución, le eligió Presidente Constitucional.

responde a la interrogante relativa a la arrogación de la facultad preconstituyente por parte de quien la convoca.

Una respuesta al dilema de la iniciativa es que, quien tenga la facultad, convoque a consulta popular en el sentido de que sea el pueblo, el titular de la soberanía y del poder constituyente, el que decida si se convoca a una asamblea constituyente y a la posterior elección de representantes a la misma, lo cual puede realizarse en el mismo acto electoral.¹² Otra solución es que el propio texto constitucional determine la iniciativa para convocar la asamblea constituyente para ejercer el poder constituyente originario, la que puede tener el propio Congreso con un determinado *quórum*, tal como se ha establecido en las Constituciones de Paraguay, Costa Rica y Nicaragua.¹³ En Venezuela, por su parte, la iniciativa para convocar la asamblea constituyente corresponde al Presidente de la República, al órgano legislativo por decisión de las dos terceras partes de sus integrantes, las dos terceras partes de los concejos municipales y al quince por ciento de electores.¹⁴

En la práctica, de modo general, la convocatoria a asamblea constituyente ha sido realizada por quien detenta el poder, y lo ha realizado de hecho, sin fundamentar dicha atribución en normas jurídicas.¹⁵

Ahora bien, el problema cambia cuando se trata de una asamblea reformadora –como la argentina o la colombiana, a pesar de su denominación–, como se verá a continuación. En estos casos, la iniciativa de convocatoria la tienen quienes la propia Constitución establece.

12. Por ello estimo positiva, en un sentido jurídico, la acción del presidente Fabián Alarcón de decidir la convocatoria de la Asamblea Nacional vía consulta popular en mayo de 1997.

13. En este tipo de asambleas, quien tiene iniciativa solo la tiene para la convocatoria, mas no para determinar la labor de tal asamblea, pues no se trata de un órgano constituido como lo son las asambleas reformadoras. Las diferencias entre ambas asambleas las trataremos en el párrafo siguiente.

14. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, art. 348.

15. De este modo, a manera de ejemplo, en Bolivia el general Barrientos y el general Bánzer Suárez convocaron a asambleas constituyentes, el primero para aprobar la Constitución de 1967 y el segundo, en 1978, para que se la reforme o se la cambie. La diferencia radica en que Barrientos, a pesar de haber llegado al poder derrocando a Víctor Paz Estensoro, del cual era vicepresidente, se legitimó por elecciones generales; en cambio la elección a la que llama Hugo Bánzer fue anulada, presentando él su renuncia, produciéndose el golpe del general Juan Pereda Asbún, candidato oficialista que alegaba haber obtenido el triunfo en dichas elecciones que el mismo pidió anular a la Corte Nacional Electoral. Cfr. Urcullo R., *Proceso Democrático*, pp. 29-33.

LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE EN EL ECUADOR

ASAMBLEAS CONSTITUYENTES CON CARÁCTER FUNDACIONAL O PRIMIGENIO

Dos han sido las asambleas que han tenido este carácter en la historia constitucional ecuatoriana. La primera asamblea es en realidad un antecedente: la que se reunió en 1812 con el fin de fundar el Estado de Quito y que, además, dicta su Constitución, hecho que no tuvo efectos prácticos.¹⁶

El 14 de agosto de 1830 se reúne en Riobamba la Convención Constituyente, que funda el Estado del Ecuador y dicta la primera Constitución ecuatoriana.¹⁷

ASAMBLEAS QUE EJERCIERON PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO

Las demás asambleas respetan la fundación del Estado ecuatoriano realizada en 1830, limitándose a reestructurar jurídicamente al país.

Se debe tener presente que todas las constituciones ecuatorianas han sido elaboradas por medio de asambleas o convenciones constituyentes, salvo la Constitución de 1978-79 que fue dictada por el pueblo ecuatoriano mediante referéndum.

El poder constituyente originario implica, como ya se ha señalado, la facultad de elaborar una Constitución; es el límite de este poder, el cual se ejerce sin restricciones jurídicas positivas: ninguna norma de rigidez constitucional le afecta, ni se encuentra sometido materialmente a la Constitución que va a ser abrogada.¹⁸ Las asambleas ecuatorianas, en este sentido, siempre obraron como supremas o ilimitadas positivamente, es decir, sin respetar los procedimientos legales y constitucionales previstos, abrogaban una Constitución y ponían en vigencia otra, a veces en un período muy corto de tiempo, como es el caso de la Constitución de 1851, abrogada por la de 1852 y la Carta Suprema de 1945, por la de 1946.

En la historia constitucional ecuatoriana no solo que no se han sometido al ordenamiento jurídico,¹⁹ sino que, inclusive, se han declarado *soberanas*, de guisa tal que

16. Vid. Hernán Salgado Pesantes, "La Constitución Quiteña: un antecedente honroso", en *Revista Jurídica Ruptura*, No. 32, Quito, AED, 1988, pp. 21-29.

17. En realidad establece el Estado del Ecuador, con fines de confederación con Colombia (art. 2).

18. Vid. *supra*, los límites y limitaciones al ejercicio del poder constituyente.

19. Muchas de las asambleas fueron convocadas precisamente para evitar la rigidez de las constituciones que impedirían, en gran medida, que se reformara el texto fundamental mediante el procedimiento señalado por el mismo.

se han extralimitado. De esta manera, no solo han cambiado la Constitución precedente, abrogándola, sino que han intervenido contra los poderes constituidos,²⁰ eligiendo presidentes de la República y clausurando congresos. En ese sentido, baste recordar que la asamblea de 1830 elige a Juan José Flores; la de 1835 a Vicente Rocafuerte –pues, al amparo de la Constitución de 1830, no se habían tomado las medidas tendentes a hacer efectiva la elección presidencial, siendo Rocafuerte proclamado jefe Supremo por una junta popular, y éste, en su calidad de tal convoca a dicha asamblea–. En 1843 la convención elige, para un período de ocho años, a Juan José Flores –quien había sido elegido por segunda ocasión en 1839 por el Congreso, tal como se encontraba previsto en la Constitución de 1835–, el cual, de este modo, iniciaba su tercera presidencia. En 1845 la asamblea elige a Vicente Ramón Roca. La constituyente de 1851 nombra a Diego Noboa y la de 1852 al general José María Urbina, que había derrocado a Noboa, del cual era colaborador. Las asambleas de 1861 y 1869 eligen a Gabriel García Moreno. La convención de 1878 nombra al general Ignacio de Veintemilla, quien había derrocado a Borrero por no proceder a dicha convocatoria con la finalidad de abrogar la Carta de 1869. La asamblea constituyente reunida en 1883 –que elaboró la Carta de 1884– eligió a José María Plácido Caamaño; y la que se reunió entre el 19 de octubre de 1896 y el 14 de enero de 1897 designó al general Eloy Alfaro, lo cual se repite en la de 1906. La asamblea reunida del 9 de diciembre de 1928 al 26 de mayo de 1929 nombró a Isidro Ayora, primero como interino y luego como presidente constitucional. La constituyente de 1938 nombra a Aurelio Mosquera Narváez, quien posteriormente no promulgaría la Constitución por ésta elaborada.²¹ En 1944 la asamblea elegía a José María Velasco Ibarra y dicta la

20. En estricto Derecho –no meramente positivo–, el poder constituyente originario no puede intervenir a los poderes constituidos pues estos se encuentran fuera de su área de competencia –la cual se debe ceñir a la elaboración de una Constitución–, y le hace perder su característica de ser un poder extraordinario, a diferencia de los poderes constituidos que son permanentes.

21. La no promulgación de este Código Político originó un problema: cuál es la Constitución que debía regir. El Congreso Nacional, en sesión de 1 de febrero de 1939, acordó reconocer la vigencia de la Constitución de 1906, por las siguientes razones: que el ejemplar auténtico de la Carta de 1938 depositada en el Archivo del Poder Legislativo no se encontraba autorizado con las firmas de los miembros de la Asamblea, sino que simplemente llevaba un certificado adjunto suscrito por los secretarios y dos empleados de esa Asamblea; que la redacción del proyecto de Constitución fue aprobado solo en parte por la Asamblea, y no su totalidad; que las actas de discusión no se encontraban aprobadas; que a partir del art. 121 la redacción se realizó con posterioridad al término de las sesiones de la Asamblea, por parte de una comisión que no había sido autorizada para el efecto; que algunas actas *in solennes* de discusión fueron manuscritas después de la redacción del texto constitucional; que ese texto constitucional no fue, ni podía ser, promulgado, por lo que no adquirió la condición de Constitución; que en la Jefatura Suprema de Federico Páez que se inició en 1935 se terminó la vigencia de la Constitución de 1929 y que se declaró vigente la de 1906; que la Asamblea Constituyente de 1937, al iniciar sus labores, declaró la vigencia de la Constitución de 1906; que, asimismo, el encargado del mando supremo, general Alberto Enríquez Gallo, declaró la vigencia de la misma Constitución; y, que ese orden jurídico no ha sido modificado por ninguna Constitución posterior. El texto de este acuerdo se puede encontrar en Carlos Alberto Arroyo del Río, *Por la Pendiente del Sacrificio*, Quito, Ediciones del Banco Central del Ecuador, 1999, pp. 421 y 422.

Constitución de 1945, el mismo que, a su vez, convoca a otra constituyente, la cual le designa para un nuevo período constitucional y elabora la Carta de 1946 –aunque históricamente se toma a todo este período como su segunda presidencia–. Por último, la asamblea constituyente de 1966, además de dictar la Constitución de 1967, eligió a Otto Arosemena Gómez como presidente interino.

A pesar de esta práctica, bastante repetida en el caso ecuatoriano, el poder constituyente no es un poder soberano –tesis que defienden varios autores–, pues este último es del pueblo de forma intransferible.²² El poder soberano no admite superior; y si bien el poder constituyente es el que determina a los demás poderes mediante la Constitución, éste tiene un límite el cual consiste, insisto, en la elaboración de la Constitución y nada más allá de aquello. Diferente es el caso que el titular del poder constituyente sea, o deba ser, el soberano, lo cual no puede llevarnos a confundir el poder constituyente con el poder soberano.

En el Ecuador, en el transcurso de su historia constitucional, la convocatoria a este tipo de asambleas se ha identificado con etapas de convulsión política, con la finalidad de *retornar a la normalidad institucional*. De este modo, a manera de ejemplo, la convocatoria a la asamblea de 1845 se produce luego de la revolución marcionista, que marca el fin del régimen floreano; en 1861, luego de la crisis interna y externa iniciada en 1859;²³ en 1879, luego del triunfo de la revolución liberal, la que se consolida en 1906; la de 1929, que da paso al constitucionalismo social, luego del período de inestabilidad política comenzada por la revolución juliana en 1925; la de 1945 procede del movimiento revolucionario de 1944, producto del desastre internacional de 1941 y del Gobierno de Carlos Arroyo del Río.

Asimismo, la convocatoria a este tipo de órganos también ha sido identificada en el Ecuador como un sinónimo del *retorno a la institucionalidad democrática* luego de un período de régimen de facto, tal como ocurrió, por ejemplo, en la asamblea de 1938 que elige a Mosquera Narváez luego de las jefaturas supremas de Federico Páez y del general Alberto Enríquez Gallo; y, en la constituyente de 1966 se posibilita la salida del poder por parte de los militares que gobernaban desde 1963.²⁴

22. Sobre esta imposibilidad de transferencia de soberanía. Ignacio de Otto, *Derecho Constitucional*, pp. 64-65, indica que “si el pueblo tiene un poder al que renuncia, la norma en la que se contiene esa renuncia no puede tener su fundamento en el poder del pueblo, porque esto significa que no ha habido tal renuncia”.

23. En esta crisis se ocurren cuatro gobiernos simultáneos y autónomos, la posterior ocupación peruana de territorios ecuatorianos y el bloqueo del puerto de Guayaquil, todo lo cual casi conlleva la desaparición del Ecuador, amenazado por una inminente *polonización*.

24. Sobre estos aspectos, véase el análisis que con mayor detenimiento hacen: Enrique Ayala Mora, “Política y sociedad en el Ecuador republicano 1830-1980”; y, Rodrigo Borja Cevallos, “Breves apuntes sobre el desarrollo constitucional del Ecuador 1830-1980”, ambos en *Política y Sociedad, Ecuador: 1830-1980*, Quito, Corporación Editora Nacional, 1980, pp. 13-31 y 85-93, respectivamente.

Por otra parte, el poder de convocatoria siempre fue ejercido de hecho por quien detentaba el poder, el único que no se reconoció dicha facultad fue derrocado, y quien lo defenestró procedió a su ulterior llamamiento.²⁵ Por este motivo, muchas asambleas fueron adictas a un caudillo, y tanto su convocatoria como la posterior elaboración del texto constitucional respondían a los intereses del mismo. Los ejemplos más claros son los de Juan José Flores –1843–, Gabriel García Moreno –1869–, Eloy Alfaro –1906– y Velasco Ibarra –1946–. Por ello podemos afirmar que el mecanismo por el cual fue convocada la Asamblea Nacional en 1997 por parte del entonces presidente Alarcón fue el jurídicamente adecuado: el pueblo soberano hace dicha convocatoria en pronunciamiento directo emitido en consulta popular.²⁶

Como consecuencia de lo dicho, muchas de las constituciones ecuatorianas elaboradas por estas asambleas o convenciones constituyentes no representaron mayor novedad, no significaron en estricto sentido un cambio de Carta Política, sino meras reformas a la anterior o una readaptación de alguna otra, como las de 1845 y 1852 respecto de la de 1835; las de 1878 y 1884 en relación a la de 1861; y, la misma Constitución vigente (1978-79) que, en su texto original, siguió los lineamientos de las Cartas de 1945 y 1967.²⁷ La causa principal de este hecho se debe a que se utilizó la vía del cambio constitucional para evitar la rigidez de la Carta Política al momento de proceder a su reforma.

ASAMBLEA CONSTITUYENTE Y ASAMBLEA REFORMADORA

EL PROBLEMA EN EL DERECHO COMPARADO LATINOAMERICANO

Se establecerán las diferencias, si es que en realidad existen, entre la asamblea constituyente –con potestad para cambiar una Constitución, al elaborar y dictar una nueva– y la asamblea reformadora, para luego dilucidar la naturaleza jurídica de la Asamblea Nacional que se reunió desde el 20 de diciembre de 1997 al 5 de junio de 1998 y que reformó la Constitución de 1978-79.

25. El citado caso de Borrero derrocado por Veintemilla.

26. En virtud de la amplia atribución presidencial de convocar a consulta popular “cuando a su juicio, se trate de cuestiones de trascendental importancia para el Estado”. Cuarta codificación de la Constitución Política del Ecuador, art. 58, letra b.

27. Cfr. Hernán Salgado Pesantes, *Instituciones Políticas y Constitución del Ecuador*, Quito, ILDIS, 1987, pp. 134-149.

Quiroga Lavié recuerda que la asamblea constituyente “funciona cuando se funda un Estado o cuando se cambia totalmente de Constitución”, y que la convención constituyente –denominación que le asigna la Constitución argentina– “se reúne para reformar la Constitución siguiendo el procedimiento que ella establece”.²⁸

La Constitución de Colombia prevé la asamblea constituyente como uno de los órganos encargados de reformar la Constitución, además del pueblo mediante referendo y del Congreso.

La convocatoria a asamblea constituyente, en Colombia, se realiza “mediante ley aprobada por mayoría de los miembros de una u otra cámara”, de ese modo el Congreso puede disponer que el pueblo, en votación popular, decida si convoca a la asamblea constituyente con la competencia, el período y la composición que establezca la mencionada ley. La convocatoria a asamblea constituyente se realiza si el pueblo lo aprueba con una tercera parte de integrantes del censo electoral –no de los votos, pues el sufragio en Colombia no es obligatorio–.²⁹

En Argentina la convocatoria a Convención Constituyente la realiza exclusivamente el Poder Legislativo, aprobándose la “necesidad de reforma” por los dos tercios de los miembros del Congreso.³⁰

En Guatemala, la Constitución prevé la convocatoria a Asamblea Nacional Constituyente para reformar los capítulos relativos a los derechos individuales y el que trata de la reforma de la Constitución. Para ello es necesario que, previamente, el Congreso de la República convoque a dicho órgano especial por las dos terceras partes de sus miembros, el que señalará, asimismo, los artículos que deben revisarse por la Asamblea Nacional Constituyente. En definitiva es el Congreso quien convoca al órgano especial y establece los artículos que tiene que tratar dicho ente encargado de tramitar la reforma proyectada.³¹

La Constitución Política del Paraguay establece la necesidad de que se convoque a una Convención Nacional Constituyente para que realice el procedimiento de reforma de la Constitución, que en el sistema paraguayo equivale a su cambio, y también para la enmienda de las disposiciones constitucionales que afecten al modo de elección, duración del mandato y a las atribuciones de los poderes del Estado, o a las disposiciones relativas al título II, de los derechos, deberes y garantías, en lo que hace relación a la vida y el ambiente, la libertad, la igualdad y los derechos de familia. La solicitud de reforma –o enmienda de las materias señaladas– puede ser realizada

28. Humberto Quiroga Lavié, *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1978, p. 57.

29. Constitución de Colombia, art. 376, incs. 1 y 2.

30. Constitución Política de Argentina, art. 30.

31. Constitución Política de Guatemala, art. 278.

por el veinticinco por ciento de los legisladores de cualquiera de las cámaras, por el Presidente de la República o treinta mil electores. Para ello la necesidad de reforma debe ser aprobada por la mayoría de dos tercios de los miembros de cada Cámara; decidida esta necesidad se llama a elecciones para conformar la mencionada Convención.³²

Del mismo modo, para tramitar la “reforma general” y “reforma total” de la Constitución –que equivalen a su cambio–, las Cartas Fundamentales de Costa Rica y Nicaragua, respectivamente, prevén la convocatoria a las que cada una denomina como “Asamblea Constituyente” y “Asamblea Nacional Constituyente”.³³ Del mismo modo, en Venezuela se debe convocar a la llamada Asamblea Nacional Constituyente si se pretende la redacción de un nuevo Código Político, mas la reforma se deja en manos del órgano legislativo.³⁴

Estos siete casos reseñados: ¿son realmente asambleas o convenciones constituyentes o tienen otro carácter?

Según John Alexander Jameson, éstas vienen a ser convenciones constitucionales que difieren de las constituyentes ordinarias “no simplemente porque tenga como objeto la elaboración [sic] o enmienda de constituciones, sino además por estar limitada por la ley fundamental más interior que exteriormente, como dependiente y subordinada y no hostil y suprema respecto de ella”.³⁵

Linares Quintana, siguiendo a Sánchez Viamonte, señala que estas asambleas, –como la argentina y la colombiana, entre otras– son constituyentes desde que pueden enmendar una Constitución, pero que son constitucionales desde que son establecidas por la Constitución, lo que sería contradictorio. Por ello, para este tipo de órgano representante del pueblo que ejercita un poder constituido –ya que las establecen las mismas Constituciones– son más bien convenciones o asambleas reformadoras, criterio con el que coincide Bidart Campos.³⁶

Este tipo de órgano se trata de una asamblea o convención con “poderes determinados y limitados, en cuanto solamente puede considerar la revisión de aquellos puntos de la Constitución cuya reforma fue declarada necesaria por el Congreso” y la convención no puede declarar por sí misma la necesidad de efectuar otras reformas.³⁷

32. Constitución del Paraguay, arts. 289 y 290 inc. final.

33. Constitución Política de Costa Rica, art. 196; y, Constitución de Nicaragua, art. 193.

34. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, arts. 347 y 342.

35. Citado por Segundo Linares Quintana, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, III, Buenos Aires, Plus Ultra, 1978, 2a. ed., p. 288.

36. Linares, *Tratado de Derecho Constitucional*, III, p. 288. Del mismo modo, Bidart Campos, *Derecho Político*, Buenos Aires, Aguilar Argentina, 1972, 4a. ed., p. 526.

37. Linares, *Tratado de Derecho Constitucional*, III, p. 289.

Ello está claramente determinado en los ordenamientos constitucionales, de la Argentina, Colombia y Guatemala, en los cuales son los cuerpos legislativos los que determinan dicha necesidad de reforma que debe ser tramitada por las asambleas o convenciones respectivas.

A diferencia de la asamblea constituyente, la asamblea reformadora –cualquiera sea la denominación que se le dé en la respectiva Constitución– está sujeta a las limitaciones que emanan de la Constitución vigente, por lo que ejercen poder constituyente derivado,³⁸ “solo dispone de una competencia y es acotada por la declaración de necesidad de reforma del Congreso. El Congreso es titular del poder ‘preconstituyente’ y condiciona a la Convención”, por lo cual este tipo de asambleas reformadoras no son originarias.³⁹

Pero, dentro del marco de las limitaciones formales y explícitas que emanan de la propia Carta Fundamental, ¿puede una convención convocada y elegida para reformar la Constitución cambiarla totalmente?

Para Ramella, este tipo de convención, aunque se reúna “para reformar solo unos artículos de la Constitución [...] tiene que someterse a los puntos establecidos, pero no por ello deja de ser poder constituyente originario, pues dentro de los términos de la convocatoria, la convención constituyente es suprema”.⁴⁰ Cabe recordar que Ramella, como Quiroga Lavié, no distingue el poder constituyente originario del derivado, para este autor ambos son supremos.⁴¹

Considero que si la convención constituyente está prevista por la Constitución, y si ésta le otorga las atribuciones que puede ejercer –como es el caso de las asambleas argentina, colombiana y guatemalteca–, ese es su límite –no limitación–: reformar la Constitución, y por tanto no tiene aptitudes para cambiarla totalmente.

En los casos paraguayo, costarricense y nicaragüense, en cambio, las asambleas al tratar el procedimiento de reforma constitucional, reforma general o reforma total, respectivamente, lo que equivale al cambio de Constitución, se tratan de asambleas

38. Linares, *Tratado de Derecho Constitucional*, III, p. 293.

39. Pedro J. Frías, “La eventual reforma de la Constitución argentina”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 20, No. 2-3, tomo II, Santiago, Pontificia Universidad Católica, 1993, p. 529. La Convención Constituyente argentina sería autónoma y no soberana, pues “puede no suprimir las normas que el Congreso enumera para suprimir [...]. Puede no ocuparse de temas que el Congreso ‘habilita para agregar’. Puede no ‘modificar’ los artículos mencionados por el Congreso. Además, si lo hace, no está condicionada por las intenciones prevaletentes en el debate”. Por ello la convención argentina no puede salirse de la declaratoria de la necesidad de reforma realizada por el Congreso de acuerdo al art. 30 de la Constitución, pues no es soberana, debe actuar, autónomamente, dentro de este marco. Debemos observar, sin embargo, que la Convención Constituyente argentina sobrepasó la necesidad de reforma declarada por el Congreso en las enmiendas realizadas en 1994.

40. Pablo A. Ramella, *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1982, 2a. ed., p. 17.

41. *Vid. supra*, el acápite “Asambleas constituyentes con carácter fundacional o primigenio”.

constituyentes propiamente tales. Su competencia no la determina la Constitución, solo establece la forma cómo puede ser convocado este órgano, como norma preconstituyente, por lo que estas asambleas no someten su actuación a aquélla.

En el caso paraguayo hay que tener en cuenta que al tratarse del procedimiento de enmienda sobre determinadas materias señaladas por la Constitución, como de competencia de la Convención, ésta solo ejerce la labor de una asamblea reformadora, pues no puede salirse de las materias indicadas por el Congreso como de “necesidad de reforma”. Pero cuando se trata del trámite de la “reforma” –cambio de Constitución–, la Convención no está limitada materialmente por la Carta Suprema, puede cambiarla, ejerciendo el poder supremo, esto es: sin limitaciones positivas. En este caso la Convención puede, una vez declarada la necesidad de reforma por parte del Congreso, efectivamente cambiarla, o bien solo reformarla, o bien no realizarla, pues no se encuentra vinculada a la “necesidad de reforma”, en el sentido de estar obligada a realizarla.

En resumen, las asambleas paraguaya, costarricense, nicaragüense y venezolana, en su labor de reforma o cambio de Constitución, si la realizan, lo hacen, en un sentido material, independientemente de la Constitución, y, por otra parte, no se encuentran obligadas a realizar la reforma o cambio constitucional calificada de necesarias por el órgano que las convoca. En cambio, las asambleas reformadoras –como la colombiana, argentina, guatemalteca y paraguaya en los casos de enmienda que son de su competencia exclusiva–, si bien no se encuentran obligadas a realizar la reforma proyectada, en caso de realizarla deben someterse a dicha declaratoria, no pudiendo ir más allá de aquella, ni tampoco les es posible desconocer la Constitución que modifican.

En el caso argentino y colombiano se presenta un problema, si quien determina lo que ha de reformarse es el Congreso respectivo, ¿puede éste declarar la necesidad de una reforma total?⁴² Sánchez Viamonte sostiene que sí, pues la redacción del art. 30 de la Constitución argentina no lo impide,⁴³ lo mismo que el art. 376, inciso primero, del Código Político colombiano. No estoy de acuerdo con esta posición, pues el Congreso, como poder constituido, no puede sobrepasar la Constitución sino que debe respetarla.

Ahora bien, y es algo que ocurrió en el caso colombiano en 1991, ¿qué hacer si la asamblea se declara a sí misma “constituyente” y no simplemente reformadora? La

42. Este problema no se presenta en la Constitución de Guatemala, pues el texto constitucional determina las materias que pueden ser tratadas por la Asamblea Nacional Constituyente, lo mismo que en la Carta Política paraguaya cuando se refiere a la enmienda de determinadas materias como competencia de la Convención Nacional Constituyente.

43. Carlos Sánchez Viamonte, *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Kapelusz, 1952, 4a. ed., p. 348.

labor de la constituyente colombiana era la de reformar la Constitución de 1886, pero lo que realizó en su lugar fue el cambio de carta fundamental. Ello nos deriva al problema del control de la actividad del constituyente.⁴⁴

El problema se presenta con las asambleas constituyentes, ¿quién determina sus atribuciones? En todo caso estas asambleas son originarias y no se someten a limitaciones positivas, pues para ella nada existe con anterioridad. Cuando ejercen su labor de cambio de Constitución pueden en efecto cambiarla; y determinar sus atribuciones, menoscándolas, las convierten en meras asambleas reformadoras.

LA ASAMBLEA NACIONAL DE 1997-98: ¿CONSTITUYENTE O REFORMADORA?

Cuando el entonces presidente Fabián Alarcón realizó la convocatoria a la consulta popular de mayo de 1997, proponiendo el llamado a una asamblea nacional con el exclusivo propósito de *reformar* la Carta Política del Estado, lo hizo con la clara intención de evitar que, mediante el emplazamiento de una constituyente, la asamblea se declarara “soberana”, es decir, que se extralimitara en sus funciones de elaboración constitucional e interviniera, por lo tanto, a los poderes constituidos.

Si bien todo indica que esa fue la intención del Gobierno, lo único jurídicamente indudable es que se convocó a una asamblea reformadora –con el exclusivo propósito de reformar la Carta Política– y no una asamblea constituyente.

Es claro que la asamblea constituyente tiene plenos poderes positivos para elaborar una Constitución, siendo éste su límite, aunque ilimitada positivamente dentro de estas actuaciones, no jurídicamente, pues debe respetar la juridicidad; en tanto que la asamblea reformadora solo puede, valga la redundancia, reformar la Carta Política.⁴⁵

Ahora bien, la diferencia entre cambio y reforma de la Constitución no es meramente cuantitativo –como el simple hecho de denominar una carta fundamental como “Constitución de 1978”– pues ello sería sostener un concepto eminentemente numérico, lo cual daría ninguna característica de fondo que diferenciara estos dos poderes.

Como se ha señalado, la diferencia sustancial entre cambio y reforma de la Constitución se encuentra en el contenido esencial de la Carta Política,⁴⁶ es decir, las que

44. Este es un tema que si bien ya se revisó, será objeto de estudio específico respecto de la actividad de las asambleas al final de este título.

45. Cabe señalar que la asamblea constituyente puede también realizar el simple papel de reformar una Constitución, pues sí puede lo más también tiene la posibilidad de ejercer un poder menor.

46. Se pueden reformar todos y cada uno de los artículos de una Constitución sin significar su cambio; y, por otra parte, un cambio de la carta fundamental puede operar reformando un artículo del Código Político.

contienen las bases de la institucionalidad del Estado.⁴⁷ Estos principios positivizados en la Carta Política deben ser respetados por el constituyente derivado al momento de realizar su labor de reforma constitucional, por lo que toda la Constitución debe encontrarse en conformidad a ellos.

En verdad no existe un acuerdo entre los autores respecto de lo dicho, en especial en lo que respecta a las diferencias doctrinarias entre el cambio y reforma de la Constitución. En todo caso, se señala que una simple reforma constitucional no puede alterar la forma del Estado –de unitario a federal y viceversa– o a la forma de gobierno –de republicana a monárquica–.⁴⁸

Volviendo al tema específico, la asamblea constituyente no tiene limitaciones legales (es ilimitada positivamente), por lo que no le afectan las condiciones de rigidez constitucional previstas para la reforma.⁴⁹ Por otra parte, como se expresó anteriormente, no se encuentra sometida materialmente a la Constitución que abrogará.

La asamblea reformadora, en cambio, está sometida formal y materialmente a la Constitución: formalmente siguiendo el procedimiento que indica la Carta Suprema y materialmente respetando sus principios básicos.

De este modo, la Asamblea Nacional debió ceñir su actuación a la Constitución vigente. Así, en la decimoséptima disposición transitoria incorporada a la cuarta codificación constitucional de 1997, se señaló el período y lugares donde debía sesionar esta Asamblea, además de su conformación. De la misma manera, la Carta Política señaló un hecho que en doctrina constitucional es incontrovertible: ninguna autoridad puede suspender las labores de esta Asamblea y, asimismo, ésta no puede intervenir contra los poderes constituidos. La Constitución también le señaló la formalidad que debe seguir para llevar a cabo su labor de reforma constitucional al otorgarle a la misma Asamblea la facultad de dictarse sus normas de carácter orgánico y de procedimiento –las que deben aprobarse por mayoría absoluta–, dejándole en libertad de determinar el *quórum* de aprobación de las reformas. Del mismo modo la Constitución señaló que no era necesario que la Asamblea someta al Presidente de la República, para su sanción u objeción, las reformas por ella aprobadas, por lo que se promulgarán en el Registro Oficial sin este requisito, aunque no indicó si la publica-

47. Estas bases de la institucionalidad se encuentran en el título preliminar de la Constitución ecuatoriana: estado democrático, unitario, republicano y presidencialista, el reconocimiento de la soberanía popular, la finalidad instrumental del Estado de promover el bien común, entre los más importantes.

48. En el caso ecuatoriano estas situaciones se encuentran positivizadas en el art. 1 de la Carta Política: el Ecuador es un Estado unitario y su gobierno es republicano y presidencialista. Alterar estos preceptos equivaldría a cambiar la Constitución.

49. Como quedó dicho, esta fue la causa principal para convocar a convenciones constituyentes en el Ecuador durante el siglo pasado: evitar la rigidez constitucional al seguir el procedimiento de reforma previsto en las diversas cartas fundamentales.

ción se haría en bloque –una vez aprobadas todas las reformas– o si se las publican a medida que vayan siendo aprobadas, lo cual dejó abierta de manera válida las dos posibilidades, inclinándose la Asamblea por la primera forma.

Se debe dejar en claro, además, que ninguna asamblea, ni constituyente ni reformadora, como tampoco ningún poder constituido, pueden alterar principios básicos del constitucionalismo como son: soberanía popular, separación de poderes, eliminación de la declaración de derechos o de la dignidad de persona humana a determinados grupos o individuos. En caso contrario la Carta Política se tornaría antijurídica –lo jurídico no es lo que arbitrariamente determine el legislador o el constituyente, sino lo apegado a Derecho en sentido amplio– y regirá por la fuerza de los hechos y no por la fuerza del Derecho.

Un problema que se presentó respecto a esta Asamblea, como con toda conveniencia que ejerza poder constituyente –en especial si se trata de una asamblea constituyente como tal– es el del control.

Respecto de la Asamblea Nacional ecuatoriana, antes de reunirse algunos nos preguntábamos ¿qué sucedería si se declarara constituyente,⁵⁰ e incluso soberana, o bien si violara los principios antes expresados? El Tribunal Constitucional no tenía, ni tiene, atribuciones para conocer reformas constitucionales –aunque en algunas resoluciones se haya declarado competente, interpretando la atribución constitucional de manera extensiva–.⁵¹ El Presidente de la República no estaba facultado para sancionar ni objetar sus actuaciones, y los demás poderes constituidos –el Legislativo y el Judicial, específicamente– no podían intervenir en contra de ella, ni aun en el ejercicio de sus facultades de control.

Pues bien, el caso se presentó, la Asamblea Nacional se autoproclamó *constituyente*, pero en concreto no solo que no se definió como *soberana*, como era la “tradicción” ecuatoriana, sino que únicamente se remitió a reformar la Constitución. Esta situación queda clara no solo de lo que se desprende del texto de la disposición final del Texto Constitucional⁵² por ésta codificado, sino del mismo contenido material de la Constitución, en el que no varían los principios básicos de la institucionalidad del Estado ecuatoriano.⁵³

50. Presentándose un caso similar al ocurrido en Colombia, en que la Asamblea Constituyente prevista por la Constitución –que en verdad ejerce poder constituyente derivado, tal como quedó establecido anteriormente– se declaró propiamente constituyente –como ejercicio del poder constituyente originario– y procedió a elaborar una nueva Constitución en 1991.

51. Entre otras, las resoluciones 065-1-97, 071-1-97 y 097-1-97.

52. En esta disposición transitoria se señala que el texto es una mera codificación “que contiene reformas y textos no reformados de la actual”.

53. Mucho se discutió, y se discute aún, la cuestión de la plurinacionalidad, que, en mi opinión, pudo implicar un

Un hecho irregular que se presentó fue la anómala auto extensión de su mandato en ocho días, situación antijurídica desde que este período estaba definido en la Constitución a la que se debía someter, lo cual provocó la pugna política sobre si las reformas aprobadas en dicho período de extensión serían o no publicadas, con lo que volvemos al problema del control: el Presidente de la República no podía negarse a publicar un texto normativo sobre el que no tenía la facultad de objetarlo, incluso por un acto violatorio a la Carta Política: la Asamblea Nacional no era controlable.⁵⁴

Otro asunto irregular fue la declaratoria de inconstitucionalidad del núm. 9 del art. 130 de la codificación constitucional de 1998, aprobada por la Asamblea, relativa al juicio político, decidida por el Tribunal Constitucional, órgano que, insisto, no estaba ni está facultado para pronunciarse sobre reformas constitucionales.⁵⁵

cambio de Constitución dependiendo de que si su contenido atentaba o no contra el carácter unitario del Estado ecuatoriano.

54. Aquí se quiebra el Estado de Derecho al faltar uno de sus principios fundamentales: la Asamblea se debía someter a la juridicidad, pero no existía un órgano que ejerciera el control de sus actuaciones.

55. Tribunal Constitucional. Resolución No. 024-99-TP, adoptada en el caso No. 867-98-TC, con el voto salvado del magistrado Marco Morales Tobar. Al respecto, *vid. infra*, el tomo II de este Curso, pp. 192-193.

La Función Judicial y la nueva Constitución Política de la República*

*Santiago Andrade Ubidia***

Este artículo examina la estructura de la Función Judicial en la vigente Constitución Política de la República, se anotan los problemas que se han presentado a partir de 1998 en que entró en vigencia la Carta Fundamental y se insinúan algunas posibles reformas en orden a alcanzar una organización de la Función Judicial que supere las falencias detectadas.

FORO

Más del ochenta por ciento de los electores ecuatorianos se han pronunciado afirmativamente por un cambio institucional y la convocatoria a una asamblea constituyente que elabore una nueva Constitución Política para el Estado, la número 20 en menos de 180 años de vida independiente, que será sometida a referéndum.

Existe gran expectativa y mucha esperanza de que la asamblea constituyente, que estará dotada de plenos poderes, encuentre los caminos para solucionar los graves problemas de inequidad, exclusión, desigualdad y segregación en que vive un alto porcentaje de la población ecuatoriana.

La asamblea constituyente, por sí sola, tiene pocas posibilidades de poner remedio a los graves problemas que aquejan al país; es cierto que puede elaborar una Constitución Política que supere a la anterior, e inclusive dictar leyes que estén de acuerdo con la nueva carta fundamental, pero se necesita algo más, que quizá es el elemento fundamental: la voluntad positiva de todos los habitantes del territorio nacional de modificar nuestros patrones de conducta y nuestros comportamientos indi-

* Este artículo se escribió antes de que se integrara la Comisión del CONESUP para elaborar la propuesta de Constitución en la cual ha intervenido el Dr. Santiago Andrade Ubidia. Algunas de las ideas expresadas por el Dr. Andrade, respecto al sector justicia, fueron recogidas por la Comisión.

** Vicerrector de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, presidente de su Comité de Doctorado. Profesor principal del Área de Derecho de la UASB. Miembro de la Comisión de juristas del CONESUP para la elaboración del Proyecto de Constitución, autor de varias publicaciones sobre el tema.

vidualistas, egoístas, excluyentes, abusivos, consumistas, que están en total contraposición con los deberes de profundo sentido ético, espíritu de sacrificio, amor por el bien común, generosidad, patriotismo y solidaridad que son indispensables para construir una nueva sociedad y de esta manera progresar con equidad y democracia, *requisitos sine qua non* para que, países como el nuestro, que se hallan sumidos en el subdesarrollo, salgan del estado de postración en que se hallan y alcancen niveles compatibles con la dignidad humana para todos los ciudadanos y ciudadanas.

¿EXISTE O NO INDEPENDENCIA JUDICIAL?

El primer tema que debe abordarse es respecto de la independencia del tercer poder del Estado. Clásicamente, “siguiendo las pautas de Maurice Hauriou, *políticos* eran el Poder Ejecutivo y el Legislativo, a más del constituyente, formados por individuos que *hacían* política y creaban la ley. La judicatura, en cambio, pertrechada como *administradora de justicia*, o a lo sumo como Poder profesionalizado y neutro, solamente debía asumir roles *jurídicos* sin creación jurídica alguna”.¹ Precisamente esta concepción de poder jurídico y no político ha sido la causa de la gran debilidad de la Función Judicial, que se ha traducido en su falta de independencia. Para alcanzarla es necesario “[...] admitir que para que exista una efectiva cuota de *independencia* de un Poder, debe mediar una situación de previo *equilibrio* entre ese Poder y los demás. Dicho de otro modo, un Poder enclenque o minusválido difícilmente será *independiente* de los otros, más robustos que él. Y en este orden de ideas, cabe detectar que, históricamente, el Poder Judicial se ha encontrado en una seria inferioridad de condiciones si se lo compara con sus *pares*; a menudo ha padecido una debilidad congénita, a la que se suma una falta de identidad y el hecho de haber afrontado y continuar enfrentando situaciones tensivas de acoso, domesticación y fraccionamiento”² lo cual se ha traducido en un poder huérfano y confundido, débil, domesticado y acosado, y finalmente dividido.³

Es de conocimiento público el acoso permanente que en nuestra patria ha sufrido la Función Judicial, sea de parte de las otras funciones del Estado, y de los grupos de poder, llámense cámaras de la producción y más grupos de poder económico, bufetes de abogados, organizaciones de la sociedad civil, organizaciones sindicales etc.

-
1. Néstor P. Sagüés, *El tercer Poder; Notas sobre el poder político del Poder Judicial*, Buenos Aires, LexisNexis, 2005, p. XIX.
 2. *Ibidem*, p. 3.
 3. Una amplia explicación de las aristas más conflictivas antes enumeradas, se encuentra en Néstor P. Sagüés, *El tercer Poder; Notas sobre el poder político del Poder Judicial*, pp. 4-10.

El problema de la injerencia abusiva en las actividades jurisdiccionales, la lucha por la independencia y las claudicaciones, es de vieja data, puede decirse que desde los albores de la República. Quisiera transcribir lo que escribió Juan Montalvo en su quinta “Catilinaria”, en la que relata lo ocurrido con un clérigo a quien el Presidente perseguía acusándolo de calumniador. El encausado después de seis meses de cárcel, en las más duras condiciones, obtuvo sentencia absolutoria de los juzgadores de primera y segunda instancia y de la misma Corte Suprema; pero Veintemilla declaró que

[...]la sentencia de la Corte no valía una chita y que en el calabozo ha de morir el triste si no firma el papel que él le presenta, si no canta la parodia, o más bien, si no jura el santo nombre de Dios en vano, llamando mentira la verdad, día la noche... la firma o la vida se le ha pedido: guarda la vida, entrega la firma. Firma el infelice diciendo lo contrario de lo que ha dicho[...]⁴

Pero no es esto todo, ya que en represalia Veintemilla suprimió el sueldo de los magistrados de la Corte Suprema y el gran polemista, indignado, añade estas lapidarias palabras:

Pero no fue corriente ni moliente el vil aguante de la mencionada Corte, esa humildad con que se echó a pedirle perdón al malhechor público, cuando éste le hubo castigado su justicia con suprimirle el sueldo, irrogando de este modo agravio irreparable a una corporación ilustre, y pervirtiendo la moral, fundamento de la sociedad humana. Que Ignacio Veintemilla se hubiese estrellado contra un tribunal eminente, no fue mucho, puesto que nos hallamos acordes en el dictamen de que los móviles de sus acciones son puramente físicos; pero que todos unos Oidores, entidades grandiosas en la República, hubiesen puesto a los pies de un idiota la justicia, diciéndole “He aquí, señor, nuestra conciencia, nuestra honra y dignidad, haced de ellas lo que fueredes servido, pero devolvednos nuestro sueldo”; esto es lo que admira y aflige a hombres que, huyendo de esta Sodoma de la política, vuelven los ojos cargados de esperanza al templo de la justicia. ¿Quién se fiará en adelante en la integridad de estos Radamantos enlodados, cuando vaya del interés del verdugo presidente? Cuando se quedaron en la Corte, contrajeron con él un tácito compromiso de imprimir la fuerza de su voluntad a sus sentencias; de otra suerte, como hombres de bien, jueces inflexibles y ciudadanos honestos, hubieran dicho: “Suprimirnos el sueldo es imponernos multa, porque no hemos fallado a su antojo, es castigarnos la justicia: no quiera Dios vengamos nosotros a ser los fautores que éste necesita para el reinado de la iniquidad y la violencia”. Y echando allí la toga, como reyes ofendidos, hubieran ganado el hogar, iluminados por la resplandeciente pobreza que mantiene e ilumina a los hombres de buen corazón y alma grande.⁵

4. Catilinarías de Juan Montalvo, Quinta (tercera edición), Guayaquil, Imprenta de “El Tiempo”, 1894, p. 15.

5. *Ibidem*, pp. 17-18. En esta obra Montalvo hace la más grande exaltación de la grandeza de la justicia, por ello su indignación ante la quiebra moral de los jueces que claudicaron a sus principios.

Estas situaciones, que nos parecerían tan lejanas, porque datan de los años ochenta del siglo XIX, sin embargo, cíclicamente se reproducen, cambian los actores y los mecanismos pero, a la final se termina en el mismo punto: los jueces ceden al poder o se reorganizan los tribunales y son cesados quienes tuvieron la entereza de resistir las presiones.

La conciencia democrática de los ecuatorianos no debe olvidar jamás los sucesos del 25 de noviembre y del 8 de diciembre de 2004 en que se repitió la grosera intromisión en el Poder Judicial por los poderes Legislativo y Ejecutivo, los que, buscando mezquinos logros políticos inmediatos, no vacilaron en destruir la institucionalidad del país cesando tanto al Tribunal Constitucional como a la Corte Suprema de Justicia.

Procurando poner fin al abuso y al atropello de la Función Judicial y de los magistrados y jueces, en las reformas constitucionales de 1998 se incorporó el art. 191 que dice:

Los órganos de la Función Judicial serán independientes en el ejercicio de sus deberes y atribuciones. Ninguna función del Estado podrá interferir en los asuntos propios de aquéllos.

Los magistrados y jueces serán independientes en el ejercicio de su potestad jurisdiccional aun frente a los demás órganos de la Función Judicial, solo estarán sometidos a la Constitución y a la ley.

Con estas disposiciones tan claras, que consagran con precisión meridiana tanto la independencia externa del Poder Judicial (inc. 1) como la independencia interna de los magistrados y jueces (inc. 2) y que no dan lugar a dudas, se creyó al fin haber llegado a sentar uno de los supuestos básicos de una organización judicial moderna, democrática y respetuosa de los derechos fundamentales, que parte del supuesto de la imparcialidad, la que no puede alcanzarse si es que el Poder Judicial y los magistrados y jueces no son independientes porque estén constreñidos por fuerzas externas o internas que determinan su modo de obrar, sin darles oportunidad de actuar libremente y asumir sus responsabilidades.

Sin embargo de las buenas intenciones, las cosas no funcionaron como se esperaba sino que, por el contrario, se agravó hasta límites inauditos el atropello. Es público y notorio cómo se manipuló la Función Judicial para alcanzar determinadas ventajas políticas en las designaciones y aun en la resolución de ciertas causas, ya que a la justicia se la utilizó como un instrumento de los enfrentamientos políticos partidistas mediante la degradación de la praxis en lo que se conoce como la *politización de la justicia*; igualmente, es de conocimiento general que ciertos políticos se constituyeron en tramitadores de causas y presionaban a los magistrados y jueces a fin de que

dictaran resoluciones que favorecieran a las personas que ellos señalaban, sin importarles que no estuvieran asistidas por el derecho y la razón.

La crisis institucional se fue agravando hasta llegar a la inconstitucional e inmoral intervención en los órganos máximos de la justicia con la sustitución del Tribunal Constitucional el 25 de noviembre de 2004 y de la Corte Suprema de Justicia el 8 de diciembre del mismo año, lo que originó una reacción ciudadana nunca antes vista, reclamando el retorno al Estado de Derecho.

El período comprendido entre diciembre 2004 y noviembre 2005 es uno de los más nefastos en nuestra vida republicana. Lo único que ha quedado en claro es que del irrespeto a la Constitución y la ley se ha hecho un hábito, y que el oportunismo ha campeado libremente.

Hay que establecer para el futuro mecanismos de defensa de la constitucionalidad y la legalidad, asegurando la independencia judicial para que lo que se ha vivido en los últimos años no vuelva a suceder.

Para que en realidad exista verdadera independencia judicial es necesario cambiar el paradigma. Es necesario reconocer que, sin desarrollar una actividad político partidista, la Función Judicial también cumple un rol político de trascendencia para el conglomerado social. No es éste el sitio para tratar del tema, pero es imperativo realizar una honda reflexión sobre el mismo si se quiere encontrar soluciones duraderas al gravísimo problema de la falta de independencia de la Función Judicial.

En la nueva Constitución debe asegurarse la independencia interna y externa de la Función Judicial con medidas prácticas, tales como la de asegurar su autonomía económica, sea mediante la creación de impuestos específicos o la asignación de un porcentaje mínimo presupuestario en relación con el PIB y la transferencia automática de las rentas, así como con la penalización de todos los atentados contra la independencia de la Función Judicial o de los magistrados y jueces.

LA CRISIS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Pero hay que ser realistas, existe una total falta de confianza en la administración de justicia. Hay conciencia nacional de que está, prácticamente colapsada. No solamente por el absurdo atropello a la Constitución y la Ley que realizó la llamada *mayoría institucional* de diputados del Congreso Nacional, con el entusiasta apoyo del Presidente de la República, mediante la destitución y reemplazo del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, que a la larga condujo a un período de *vacancia* en la administración de justicia en su más alto nivel que duró prácticamente un año hasta que concluyó el proceso de designación de la nueva Corte, sino tam-

bién y fundamentalmente por la general desconfianza que siente la sociedad ecuatoriana respecto de la administración de justicia.⁶

Pero, sería hasta una ingenuidad pensar que la crisis judicial ecuatoriana es resultado exclusivamente de la *judicialización de la política*, como suele denominarse al proceso degenerativo de la praxis política que utiliza como arma de su lucha el proceso penal. El problema es más hondo. Alcanza a todos los niveles, como se puede constatar a diario.

Un resultado de la desconfianza en el aparato judicial estatal, es el que hayan proliferado los casos de administración de justicia por *mano propia*, en que se castiga físicamente e inclusive se linchan a presuntos delincuentes sorprendidos *in fraganti*, las juntas campesinas que se organizan para combatir el cuatrерismo van tomado cada vez más fuerza y realizan su propia *administración de justicia*,⁷ en las comunidades indígenas se desconoce por completo la autoridad del Estado y ejecutan su propia justicia, no solamente en casos de conflictos internos sino en contra de extraños a tales comunidades. Los casos de intimidación a los jueces y fiscales en varias provincias de parte de grupos humanos organizados son cosa de todos los días,⁸ de manera que con frecuencia se encuentran imposibilitados de cumplir con sus funciones. En los centros poblados también funcionan *oficinas de cobranzas* que se encargan de solucionar toda clase de asuntos utilizando mecanismos extra-jurisdiccionales, inclusive algunos abiertamente delictivos.

Pero si estos grupos paralelos proliferan es porque la justicia estatal simplemente no funciona. Son muchas y muy complejas las razones para ello, entre las que se encuentra la insuficiencia y mala distribución de los despachos judiciales, el sistema procesal obsoleto (escrito, ritualista, lleno de complicaciones), la discordancia entre el sistema legal de corte continental y la realidad cultural ecuatoriana que inclusive

6. Los sucesos del mes de abril de 2006 respecto de la remoción sin observar las garantías del debido proceso a agentes fiscales y jueces penales en la ciudad de Guayaquil, son una clara muestra del repudio social hacia esa rama de la administración de justicia. Y si bien en las medidas adoptadas por la Ministra Fiscal y por el Consejo Nacional de la Judicatura podían haberse violentado procedimientos y atropellado derechos fundamentales de los fiscales y jueces involucrados, sin embargo la reacción ciudadana ha sido de apoyo a tales medidas.

7. Ver Jaime Vintimilla Saldaña, "Ausencia del Estado, violencia, derecho y justicia comunitaria. El caso de las Juntas Campesinas", en Jaime Vintimilla Saldaña y Santiago Andrade Ubidia, comps., *Los métodos alternativos de manejo de conflictos y la justicia comunitaria*, CIDES/Unión Europea/Programa Regional de Justicia de Paz/Programa Andino de Derechos Humanos y Democracia 2002-2005, Quito, 2003.

8. En los cursos de Especialización Superior en Derecho procesal que lleva a cabo la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, dan sus testimonios los jueces que participan en ellos, y que desempeñan sus funciones en las provincias de Imbabura, Cotopaxi, Tungurahua, Chimborazo y Bolívar, en donde relatan, en forma realmente dramática, la serie de atropellos físicos y psicológicos que soportan de parte de grupos humanos que les exigen se inhiban de conocer determinados casos o que expidan resoluciones favorables a favor de determinadas personas, sin que reciban del Estado la debida protección.

conduce a una especie de *sincretismo jurídico* que no es en absoluto comprendido por los jueces, las prácticas corruptas de ciertos servidores judiciales (la coima como medio para que se despachen las causas, etc.), el desaliento de los servidores judiciales que no tienen la seguridad en sus cargos, ni esperanzas fundadas de lograr ascensos gracias a los méritos, la obligada intervención de letrados patrocinando a las partes, los cuales no tienen interés en una rápida solución de los conflictos sino que, por su formación litigante y por devengar más altos honorarios, se ocupan y se preocupan de complicar los procesos,⁹ la conciencia de que los fallos se obtienen gracias a influencias externas, etc.

Hay un grupo muy grande de casos que nunca llegan a los tribunales de justicia, o si logran acceder es para sufrir un verdadero vía crucis hasta alcanzar una solución, que no siempre son las más satisfactorias, porque los costos son exageradamente altos, muchas veces para acudir a los despachos judiciales deben realizarse viajes largos, son frecuentes los discrimenes por factores raciales, culturales, lingüísticos, de género, etc., los tiempos judiciales son dilatados por lo que las resoluciones se demoran excesivamente, mientras que la necesidad de solución que tiene el justiciable es inmediata.

Estos casos, que nunca son conocidos por los tribunales estatales o que lo hacen en forma muy insatisfactoria, reclaman una solución. La Constitución Política previó, en su art. 191, la existencia de judicaturas de paz, que sin lugar a dudas contribuyen a solucionar en buena parte esta falta de atención judicial, pero hasta la presente fecha no se ha dictado la ley respectiva y esas judicaturas han quedado solamente en enunciados líricos de la Carta Fundamental.

La mora judicial es una queja constante y en estos días ha sido noticia nacional con lo ocurrido en el caso *Filanbanco* que ha culminado con la destitución de un magistrado de la Corte Suprema de Justicia. Es reclamo constante también el triunfo de las formalidades, que determina el altísimo número de rechazos de acciones y recursos, incluidos los de casación, lo cual respecto de los últimos mencionados está poniendo en riesgo la supervivencia de esta institución procesal.

El inmovilismo conceptual determina que el mandato contenido en el art. 18 de la Constitución Política en la práctica no tenga aplicación. Muchas veces los fallos judiciales son abiertamente violatorios de la Constitución Política y de la ley y no existe, en la práctica, posibilidad de reclamar, de manera que se ha configurado una ver-

9. La Ley de la Federación de Abogados, que fija los baremos de los honorarios judiciales, no privilegia la solución rápida de los conflictos sino que, al contrario, prácticamente la penalizan, ya que disminuye, en lugar de elevar, los honorarios a que tienen derecho los letrados si es que alcanzan un avenimiento antes de haber agotado las diversas fases procesales (ver art. 42).

dadera impunidad en las resoluciones judiciales, ya que está vedada la posibilidad de interponer un recurso constitucional en contra de ellas, por lo que dispone el art. 95 inc. 2 de la Constitución Política.

Constantemente, ante los casos de abuso judicial, se formula la siguiente pregunta: ¿se hace efectiva la responsabilidad civil, penal y administrativa de los jueces? La respuesta es que muy esporádicamente ello ocurre.

Han sido múltiples los conflictos entre los órganos, particularmente al interno de la propia Función Judicial, entre la Corte Suprema de Justicia y el Consejo Nacional de la Judicatura, lo cual ha entorpecido seriamente la buena marcha de la administración de la Función Judicial.

LOS ÓRGANOS DE LA FUNCIÓN JUDICIAL

El art. 198 de la Constitución Política enumera los órganos de la Función Judicial: Corte Suprema de Justicia, cortes, tribunales y juzgados que establezcan la Constitución y la ley, y el Consejo Nacional de la Judicatura.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

1. El art. 200 de la Carta Fundamental señala que este órgano tiene jurisdicción en todo el territorio nacional y su sede es Quito, que actuará como tribunal de casación a través de salas especializadas, y ejercerá, además, todas las atribuciones que le señalen la Constitución y las leyes.

Con la finalidad de alcanzar que la Corte Suprema únicamente realice la actividad jurisdiccional, y para poner fin a la idea de que la administración de justicia tiene una organización jerarquizada vertical, en que hay órganos superiores e inferiores y uno *supremo*, se ha propuesto que cambie el nombre de este órgano y que pase a denominarse “Corte de Casación”, y en caso de que se introduzca el recurso de revisión en todas las materias (que actualmente existe tan solo en la penal), que se denomine “Corte de Casación y Revisión”.

En este punto, se debe ser muy claro: la Corte Suprema no es el órgano “*máximo*” de la Función Judicial, en el sentido de ser el órgano *supremo* en sentido jerárquico vertical, ni que se ubique por encima de los restantes órganos de la Función Judicial. Todos los jueces son iguales, se diferencian únicamente en razón de la materia, el territorio y los grados; todos están sometidos tan solo a la Constitución, los tratados internacionales y la ley. Con este cambio de denominación posiblemente cesaría uno de los mayores conflictos internos, el de la violación de la independencia ju-

dicial por quienes, sintiéndose superiores o *supremos*, consideran que tienen derecho para presionar a los *inferiores* a que fallen en determinado sentido.

2. La Constitución Política no señala el número de salas especializadas con que contará la Corte Suprema. Es la Ley Orgánica de la Función Judicial la que determina que habrán tres salas especializadas para lo penal y lo civil, dos para lo laboral y social y una para lo contencioso administrativo y lo fiscal. Aquí se advierten dos problemas graves:

a) La falta de una sala especializada para asuntos atinentes a la niñez y la adolescencia, por lo que la Corte Suprema resolvió que los asuntos relativos a los derechos de la niñez y la adolescencia sean conocidos por las salas de lo civil, y lo relativo a los adolescentes infractores por las salas de lo penal. Sin desconocer que los magistrados que integran estas salas son personas con una destacada vida profesional y amplios conocimientos en las materias de su especialización, aparece a todas luces que no es lo más conveniente que sean ellos quienes conozcan de los asuntos relativos a la niñez y la adolescencia, porque ésta es una materia de hondo contenido social, que precisa no solamente de conocimientos técnico-jurídicos, sino de una especial sensibilidad para comprender a cabalidad y aplicar los principios que informan el interés superior del niño, a más de que la propia Carta Fundamental en el art. 51 manda que los menores de diez y ocho años estén sujetos a la legislación de menores y a una *administración de justicia especializada en la Función Judicial* lo que no se está cumpliendo a nivel de Corte Suprema de Justicia.

Es necesario que este órgano cuente con una sala especializada para que conozca los asuntos atinentes a la niñez y la adolescencia.

b) La existencia de varias salas especializadas en la misma materia ha demostrado, en la práctica, ser inconveniente, ya que no siempre hay unidad de criterio entre las diversas salas de la misma materia, lo que ha determinado que se produzcan muchos casos de fallos contradictorios, inclusive en casos de triple reiteración sobre la misma materia, que de conformidad con el art. 19 de la Ley de Casación constituyen precedentes obligatorios y vinculantes para los tribunales y jueces de instancia, con lo cual se atenta directamente contra el derecho a la seguridad jurídica que está consagrado en el art. 23 No. 26 de la Carta Fundamental.

Hay que buscar una solución a este problema. Que la Corte Suprema en pleno expida una norma dirimente con el carácter general obligatoria se ha comprobado que no es operativo, porque muy excepcionalmente se han dictado estos fallos dirimientes.¹⁰

10. Entre octubre de 1997 y diciembre de 2004 se dictaron apenas siete resoluciones obligatorias en casos de fallos contradictorios, mientras que en el mismo período se expidieron treinta y siete o para absolver casos de duda o

Posiblemente la solución no es que exista únicamente una sola sala por materia, compuesta de tres magistrados, porque la enorme carga de trabajo haría imposible el pronto despacho de las causas. Pero se solucionaría este problema si, existiendo una sola sala por materia, cada una de ellas estuviera integrada por el número de magistrados que sea menester (seis, nueve, doce, etc., atendiendo el volumen de trabajo), quienes se organizarían en secciones para conocer de las diferentes causas, debiendo el presidente de la sala tener bajo su responsabilidad, antes de que una resolución se expida, controlar que no se emitan fallos contradictorios, y en caso de producirse esta discrepancia con lo anteriormente resuelto, convoque a todos los integrantes de la sala a fin de que analicen y resuelvan lo que sea conforme a derecho en el caso concreto. Puede modificarse el criterio anterior, ya que ni siquiera los precedentes de triple reiteración son obligatorios para las salas de la Corte Suprema, pero en tal supuesto se deberá fundamentar adecuadamente la nueva resolución, explicando ampliamente las razones por las que se modifica el criterio anterior, a fin de que los justiciables conozcan adecuadamente las razones que han determinado el cambio.

Existen propuestas concretas en este sentido, que bien valdría se las considere para incorporar una norma en este sentido en la nueva Constitución.

3. El art. 201 señala los requisitos para ser magistrados de la Corte Suprema de Justicia. Muchas propuestas para la elaboración de la nueva Constitución se han formulado en el sentido de revisarlos; por ejemplo, se considera que no existe una razón de peso para señalar como edad mínima los cuarenta y cinco años; pero al mismo tiempo existe conciencia general de que en la Corte Suprema y en todos los niveles de la judicatura debe señalarse una edad máxima, que puede situarse entre setenta y setenta y cinco años, que se considera son los umbrales de la plena capacidad física y síquica del ser humano. Habría dos posibles soluciones:

- a) que se fije la edad mínima en 40 años y la máxima en 70 o 75 años; o
- b) que se elimine el requisito de edad y que se señale un período adecuado, entre 6 y 9 años, para el desempeño del cargo, sin posibilidad de reelección.

Se vuelve sobre el tema más adelante.

Igualmente, se señala que debe exigirse un tiempo mínimo de posesión del doctorado, a fin de evitar que se convierta en un mero formalismo y que se acudan a procedimientos (no siempre los más honestos) para alcanzar esta titulación, lo que se ha facilitado por la mercantilización de la formación universitaria.

vacio legal (ver: Santiago Andrade Ubidia, *La Casación Civil en el Ecuador*, Quito, Andrade y Asociados, 2005, p. 59 y nota 90).

4. El art. 202 declara que los magistrados de la Corte Suprema de Justicia no están sometidos a período fijo y señala el mecanismo para su reemplazo por el sistema de cooptación, con determinación del origen de los designados: el ejercicio de la judicatura, la docencia universitaria o haber permanecido en libre ejercicio profesional, en ese orden. Aquí, también se presentan dos cuestionamientos:

a) El carácter *vitalicio* de los nombramientos es generalmente criticado. Se señala que la permanencia indefinida en el cargo no se compadece con una de las características de un régimen democrático, el de la alternabilidad, tanto más cuanto que en ningún caso, ni siquiera en el último proceso de designación, existe legitimación de origen, porque tales nombramientos no surgen en forma directa del pueblo, que es el depositario de la soberanía. Por ello, se propone que el nombramiento sea por períodos adecuadamente largos, entre seis y nueve años, sin posibilidad de reelección y con reemplazo escalonado en la primera vez, para que en lo posterior todos los que se designen cumplan el período completo de seis o nueve años. Se probó este sistema en las reformas constitucionales de 1992, pero fracasó por el manejo político que se hizo del mecanismo y porque cabía la reelección, por lo que deben adoptarse resguardos para que no se repita esta anomalía, (por ejemplo, que aprobada la Constitución Política, en una disposición transitoria se disponga que dentro de los treinta días siguientes al inicio de su vigencia, el Consejo Nacional de la Judicatura realice un sorteo y ubique a los actuales magistrados en tres grupos de igual número, debiendo el primero permanecer en funciones la tercera parte del período, el segundo las dos terceras partes y el tercero el período completo).¹¹

Pero si se considera inconveniente el señalamiento de período, sea que se fije o no una edad máxima para el desempeño del cargo, se debería disponer que los magistrados se sometan obligatoriamente a evaluación permanente en su rendimiento, de manera que, si no alcanzan los niveles mínimos, sean reemplazados. Sin embargo, este sistema corre el peligro de que un mal entendido espíritu de cuerpo determine que ningún magistrado sea evaluado negativamente, o que por el mal desempeño de un magistrado sean perjudicados todos los integrantes de la sala, salvo que se adopte el sistema de magistrados ponentes, ya que en ese caso la evaluación de desempeño no sería de la sala sino de cada magistrado individualmente.

Debe afinarse la disposición constitucional relativa a la cooptación. Debe incorporarse el requisito de que los aspirantes a magistrados también se sometan al concurso de merecimientos, debiendo preverse requisitos específicos para cada uno de

11. Aunque los actuales magistrados de la Corte Suprema no fueron designados con intervención ni siquiera indirecta del pueblo, ya que la comisión que lo hizo no estaba conformada por sus representantes, sin embargo en ningún caso será conveniente que se los sustituya, porque cada vez que se reorganiza un poder del Estado, cambiando a sus integrantes, se lesiona gravemente la institucionalidad.

los sectores de donde deben provenir los candidatos. En el caso de quienes hayan ejercido la judicatura, necesariamente deben provenir de las cortes superiores (que más bien deben denominarse “de apelación”) y de los tribunales distritales, que hayan recibido las más altas evaluaciones y demuestren estar capacitados para desempeñar satisfactoriamente las nuevas funciones, de manera que sea una recompensa a una larga y honrosa carrera judicial. Debe cuidarse que no vuelva a producirse el desequilibrio de manera que predominen los provenientes de un cierto sector (por ejemplo, la docencia universitaria), sino que se guarden estrictamente las proporciones señaladas por la Carta Fundamental. No parece razonable que se someta a oposiciones a quienes van a integrar un tribunal de casación ya que, siendo doctores en derecho y con amplia experiencia profesional acreditada, queda fuera de lugar que deban rendir exámenes de conocimientos, que además serán evaluados por personas que difícilmente tendrán su nivel de conocimientos. Las oposiciones deben limitarse para quienes ingresan a los primeros niveles del servicio judicial.

Actualmente se critica seriamente los resultados de los concursos de merecimientos y oposición, pero ello posiblemente se deba a que no existe un cabal conocimiento del sistema, ni se tiene suficiente experiencia. No hay que dejar espacios para la discrecionalidad y el proceso debe llevarse con absoluta transparencia, permitiendo la impugnación de aquellos resultados que sean violatorios de la Constitución o la ley.

Se cuestiona el que sea tan bajo el porcentaje de los magistrados provenientes de la judicatura, porque apenas alcanza un tercio, y que además no se lo cumple, por lo que se reclama que no sea el cincuenta sino el sesenta por ciento porque, como se dice coloquialmente, para ser juez y para cualquier otra actividad, más aún para ser magistrado de casación, *se necesita oficio*.

También se debate respecto del órgano que debe realizar el concurso y la designación. Depende de las funciones que se asignen al Consejo Nacional de la Judicatura. Es opinión muy extendida que este organismo es el que debe encargarse de conducir el proceso y realizar las designaciones de quienes hayan triunfado en el concurso de merecimientos. Por cierto que los resultados de los concursos necesariamente deben ser *vinculantes*, de manera que siempre se nombre al triunfador en ellos, salvo que se impugne el proceso y se declare el vicio que invalide el concurso, o se excluya del mismo a quien aparece como triunfador. Como acto administrativo que es, todo concurso puede ser impugnado en sede jurisdiccional.

5. El art. 204 reconoce y garantiza la carrera judicial, pero excluye del concurso de merecimientos y oposición a los magistrados de la Corte Suprema. No hay duda que la carrera judicial comprende también a los magistrados de la Corte Suprema, excepto exclusivamente en lo que respecta al mecanismo para su designación.

No se ve razón para que no se aplique el mecanismo de concurso para llenar las vacantes de magistrados de la Corte Suprema, así lo debe establecer la nueva Constitución Política, y en la Ley Orgánica de la Función Judicial debe desarrollarse el modo de proceder a ello. Debe aclararse la frase “*concurso de merecimientos y oposición, según corresponda, de acuerdo con lo establecido en la ley*” que consta en el art. 204 inc. 2, dejando en claro que no siempre es necesario que haya tanto el concurso de merecimientos como la oposición, ya que cuando se trata de llenar vacantes en los niveles más altos, como en la Corte Suprema o en el Consejo Nacional de la Judicatura, resulta fuera de lugar que se les someta a exámenes de conocimientos, que es en lo que consiste la oposición a la que se refiere la Carta Fundamental.

Por lo restante, los deberes, derechos y prohibiciones son los mismos que de cualquier juez cuando incurren en faltas; deben igualmente ser juzgados y sancionados. La ley debe prever el órgano que conocerá y sancionará esas faltas. Actualmente no existe un mecanismo legal para analizar la responsabilidad administrativa de los magistrados de la Corte Suprema, la cual ha procurado subsanar el vacío dictando resoluciones para el efecto. No parece ser lo más adecuado que sea la misma Corte la que juzgue a sus integrantes. Si se da al Consejo Nacional de la Judicatura un alto nivel, éste debe ser el órgano que conozca y resuelva acerca de la responsabilidad administrativa de los magistrados, quedando siempre a salvo el derecho a impugnar en sede jurisdiccional sus resoluciones. El que puedan ser juzgados por el órgano legislativo no parece ser la mejor solución, porque implica violar la independencia de la Función Judicial. Este es un problema muy complejo, que debe ser analizado detenidamente por el asambleísta constituyente para dar la mejor solución posible.

6. El art. 205 prohíbe a los magistrados y jueces el ejercer la abogacía o desempeñar otro cargo público o privado, a excepción de la docencia universitaria; tampoco podrán ejercer funciones en los partidos políticos, ni intervenir en contiendas electorales. Al respecto, caben dos anotaciones: no se alcanza a ver razón alguna para que se prohíba que puedan ejercer la auto defensa en causa propia, la actual prohibición les obliga a contratar los servicios de abogados en libre ejercicio, con lo cual se crean lazos de dependencia no deseables. De otra parte, debe limitarse el ejercicio de la docencia, que ciertamente enriquece a la cátedra y a la magistratura, para que se lo haga en horas marginales y en días de descanso obligatorio, a fin de que estas actividades no interfieran en el ejercicio de la judicatura.

7. El art. 197 faculta a la Corte Suprema de Justicia para expedir la norma dirimente que tendrá el carácter de obligatoria, mientras el órgano legislativo no disponga lo contrario, para dirimir fallos contradictorios sobre un mismo punto de derecho, dictados por las salas de casación, los tribunales distritales y las cortes de apelación o superiores. Parece conveniente que se extienda la misma facultad para los casos de dudas o vacíos legales, facultad que actualmente está contenida en el art. 15 de la Ley

Orgánica de la Función Judicial pero que carece de base constitucional, por lo que se ha puesto en duda la constitucionalidad o el carácter generalmente obligatorias de tales resoluciones. Éste es un mecanismo adecuado para mantener al día la interpretación e integrar los vacíos y contradicciones de la ley, que ha sido de mucha aplicación debido a que el órgano legislativo no suele expedir leyes interpretativas con la necesaria agilidad.

En el mismo orden de ideas, se debe establecer que las salas especializadas ejerzan, mediante resoluciones generales y obligatorias, el control de legalidad de normas de inferior jerarquía, en relación a los tratados internacionales y la ley, mientras que el control de la constitucionalidad de las leyes y demás cuerpos normativos es de competencia exclusiva del Tribunal Constitucional, sin perjuicio del control difuso de constitucionalidad que realizan todos los jueces.

Además, debe incorporarse a la Constitución Política el texto del art. 19 de la Ley de Casación, relativo a que los fallos de triple reiteración sobre un mismo punto de derecho constituyen precedentes jurisprudenciales obligatorios y vinculantes para los jueces y tribunales de instancia.

8. Actualmente, la inmunidad de los miembros del órgano legislativo se ha convertido en verdadera impunidad, creando un sinnúmero de problemas y una general insatisfacción. Es necesario revisar el contenido del actual art. 137 inc. 2 de la Constitución Política, que en la forma cómo está actualmente redactado constituye una violación de la independencia judicial. El pleno de la Corte Suprema de Justicia debe juzgar los casos de delitos de los que sean acusados los diputados (representantes, parlamentarios o asambleístas, según se les vaya a denominar a estos representantes del pueblo), sin necesidad de la previa autorización del órgano legislativo al cual pertenezcan.

9. Debe examinarse si es o no conveniente mantener las facultades judiciales del Presidente de la República para indultar, rebajar o conmutar las penas, de conformidad con la ley (art. 171 No. 20), y del órgano legislativo para conceder amnistías generales por delitos políticos, e indultos por delitos comunes, siempre que medien motivos humanitarios, actualmente consagradas (art. 130 No. 15), ya que constituye interferencia, por razones de índole política o personal, en la actividad judicial. Pero si se considera que es conveniente mantener estas facultades, debe analizarse la conveniencia de que se prohíba al Presidente de la República que indulte por delitos contra la administración pública, al igual de lo que hoy ocurre respecto del indulto legislativo, porque no se ve razón para que no se prohíba al Presidente de la República lo que está vedado al órgano legislativo en igual situación.

TRIBUNALES Y JUZGADOS DE INSTANCIA

El art. 198 No. 2 señala como órganos judiciales a las cortes, tribunales y juzgados que establezca la Constitución y la ley y señala que la ley determinará su estructura, jurisdicción y competencia.

1. Con la idea de eliminar los rastros de una organización jerárquica vertical, en la Constitución debe hablarse de las “cortes de apelaciones”, como se ha señalado en líneas anteriores.

2. Es necesario que en la propia Constitución se establezca el fuero constitucional, creando juzgados de primera instancia y cortes de apelaciones para el conocimiento de las acciones constitucionales, a fin de aproximar la justicia a los justiciables y asegurar una administración de justicia constitucional especializada, aliviando de la carga de trabajo, ya enorme, a los juzgados de instancia.

3. Los procesos de descentralización y autonomía provocarán muchos conflictos entre los organismos seccionales y los administrados, con motivo de ejercicio por dichos órganos de las funciones, atribuciones, competencias, responsabilidades y recursos transferidos, por lo que la nueva constitución política debe ordenar que se creen juzgados administrativos y fiscales de primer nivel y tribunales distritales en todas las provincias, para que atiendan las reclamaciones que se lleguen a formular.

CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA

1. Es necesario que, definitivamente, se deje en claro la naturaleza de este órgano de la Función Judicial, sea reduciéndole a órgano auxiliar que ejecute las políticas de acción determinadas por la Corte Suprema de Justicia, eliminando la palabra *gobierno*, sea reiterándole su carácter de órgano de gobierno, administrativo y disciplinario, para lo cual deben establecerse claramente sus atribuciones, precisando nítidamente el significado de la palabra *gobierno*, disponiendo que se elimine de la ley la atribución de la Corte Suprema de señalar sus políticas de acción, a fin de que sea realmente independiente y no se encuentre subordinado a ella en el ejercicio de sus atribuciones administrativas y disciplinarias, precisando además que no se trata de un problema de jerarquías, de manera que tampoco la Corte Suprema se halle en situación de dependencia en cuanto al ejercicio de sus atribuciones jurisdiccionales.

La falta de definición de la naturaleza propia del Consejo Nacional de la Judicatura ha originado múltiples conflictos de competencia, lo que ha derivado en una pugna permanente entre los dos órganos o en una sumisión del Consejo Nacional de la Judicatura respecto de la Corte Suprema de Justicia, siendo totalmente inconveniente una y otra situación.

No es admisible que el Consejo Nacional de la Judicatura sea un órgano dependiente de la Corte Suprema de Justicia. Los magistrados de este órgano judicial deben dedicarse por completo a administrar justicia y a coadyuvar directamente en el proceso de la creación legislativa, sea mediante la iniciativa para la expedición de leyes, que actualmente se contempla en el art. 144 No. 3 de la Constitución Política, sea mediante la dirimencia de fallos contradictorios o la absolución de consultas en caso de oscuridad o vacío de la ley, sea mediante la creación de la doctrina jurisprudencial por medio de los fallos de triple reiteración, o mediante el control de la legalidad en normas de inferior jerarquía a la ley, sin inmiscuirse en los asuntos relativos a la administración de la Función Judicial. Esta materia debe quedar reservada al Consejo Nacional de la Judicatura, a fin de que lo atienda en forma técnica y con plena responsabilidad.

2. Es indispensable asegurar la independencia del Consejo Nacional de la Judicatura, para lo cual debe a más de determinar con absoluta claridad la naturaleza y campo de acción de este órgano, modificar la forma de designación de sus miembros. Actualmente, el hecho de que la Corte Suprema realice la designación de los vocales del Consejo Nacional de la Judicatura y que pueda removerlos ha sido un factor de conflicto, porque por un lado en la Corte Suprema de Justicia ha primado el criterio de que, por ser el órgano nominador, le está subordinado, y por otro lado ha llegado a crearse un sentimiento de dependencia y sumisión en los vocales del Consejo.

3. La representación estamentaria igualmente ha demostrado ser inconveniente, ya que los vocales designados de las ternas enviadas por las Cortes Superiores y tribunales distritales, la FENAJE, las facultades de jurisprudencia y los colegios de abogados se han sentido representantes de tales organismos y comprometidos con los intereses de los mismos por encima de los altos intereses de la justicia. Siendo el órgano de control de magistrados, jueces y más servidores judiciales, no debe integrarse con vocales propuestos por los entes controlados.

Es necesario imaginar otro sistema de designación que debe constar en la Constitución Política; es necesario que quienes aspiran ser vocales del Consejo se sometan a concurso de merecimientos, debiendo conducir el proceso otro organismo (por ejemplo el órgano electoral), siempre y cuando sean vinculantes los resultados de tal concurso, de manera que necesariamente se designen a quienes deben ocupar los primeros lugares en los concursos. El órgano nominador puede ser el Poder Legislativo o el Presidente de la República (como ocurre en casi todos los países), aunque es posible que se alegue que la intervención del Legislativo o del Ejecutivo atente contra la independencia de la Función Judicial. Pero el encargar esta nominación a comisiones especiales no es democrático, por más que sus integrantes sean personalidades de gran valía, ya que ellos no tienen la representación del pueblo y, por lo tanto, los nombrados carecerían de legitimación originaria. Si los resultados del concurso son

vinculantes, no existe en absoluto inconveniente para que la nominación la haga el Poder Ejecutivo o el Legislativo. Lo que debe vigilarse es que el proceso del concurso se lleve a cabo con absoluto sometimiento a la ley y con total transparencia.

4. En la Constitución Política debe señalarse las funciones del Consejo Nacional de la Judicatura, que fundamentalmente deben ser:

Determinar las políticas de acción y realizar la planificación en coordinación con la planificación nacional, representar a la Función Judicial, controlar el funcionamiento de las comisiones administrativa, financiera, de recursos humanos, conocer las impugnaciones que se presenten contra lo resuelto por dichas comisiones, sin perjuicio de la acción contencioso administrativa a que tengan derecho quienes se sientan perjudicados por las decisiones del Consejo.

5. En la Constitución Política debe señalarse los requisitos para ser vocal del Consejo Nacional de la Judicatura. No se ve razón para que necesariamente sean abogados, porque si van a manejar asuntos administrativos, financieros, de personal, para ello necesitan de conocimientos técnicos y científicos especializados, que no necesariamente poseen los abogados. Por lo tanto, bien pueden integrarse economistas, administradores, etc., lo que se precisa es que sean de alto nivel profesional, moral y humano, lo que puede establecerse a través del respectivo concurso de merecimientos.

Respecto del tiempo de duración en los cargos y su reemplazo, se debe estar a lo que se disponga para los magistrados de la Corte Suprema, e igualmente sin posibilidad de reelección.

6. Debe consagrarse expresamente en la Constitución Política el deber de evaluar periódicamente el rendimiento de los vocales del Consejo Nacional de la Judicatura, en la misma forma que a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia. Respecto del conocimiento y sanción de las faltas disciplinarias en que puedan incurrir los vocales, debe preverse el órgano que se encargaría de ello, que no debe ser el mismo Consejo, por el peligro de que un falso sentimiento de cuerpo impida que se proceda con la necesaria imparcialidad. Tampoco es conveniente que lo haga el órgano legislativo, porque constituiría una violación de su independencia. Tal vez lo más conveniente sería que se lo encargue al Tribunal Constitucional.

LA ACTIVIDAD JUDICIAL

LAS GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO

En la nueva constitución deben revisarse las disposiciones constitucionales que limitan esos derechos.

Debe consagrarse el principio de la doble instancia y las salvedades. En materia penal esto constituye un problema grave, ya que convenios internacionales establecen el doble conforme. Actualmente se lo hace a través del fallo del tribunal penal y de la casación por la Corte Suprema, pero tiene el inconveniente de que por esta razón se haya desvirtuado la casación penal, la que ha pasado a ser un recurso ordinario.

En una norma transitoria debe derogarse la disposición del art. 328 del Código de Procedimiento Penal que limita la vigencia del principio de *non reformatio in peius* consagrado actualmente en el art. 24 No. 13 de la Carta Constitucional.

Igualmente, debe revisarse la imprescriptibilidad de las acciones y de las penas y el juzgamiento en ausencia, que constan en el art. 121 de la vigente Constitución, por ser una grave violación al derecho de defensa consagrado en el art. 24 No. 10; también debe revisarse la presunción de culpabilidad y traslado de la carga de la prueba que constan en el art. 122 inc. 2, porque violan la presunción de inocencia consagrada en el art. 24 No. 7.

Es conveniente revisar los plazos máximos para la prisión preventiva, fijándolos de acuerdo a las etapas procesales.

LA ACCIÓN DE AMPARO

Se insiste en que debe revisarse lo relativo a la acción de amparo, y hay dos posiciones contrapuestas: la una, reductivista, que pretende limitar aún más esta acción, lo cual es inaceptable, y la otra que insiste en que se deben eliminar los escollos que actualmente existen para su ejercicio y desarrollar temas como el amparo por omisión.

EL HÁBEAS CORPUS

Hay un sentimiento muy extendido de que el conocimiento de los hábeas corpus pase de los alcaldes cantorales a los jueces, ya que son asuntos atinentes a la vigencia de los derechos constitucionales y se ha visto, particularmente en los últimos años, que se ha deteriorado gravemente la figura por el manejo irresponsable que de ella han hecho ciertos alcaldes cantorales. Lo más conveniente sería que, creándose el fuero constitucional, sean los jueces constitucionales quienes conozcan tanto del hábeas corpus como de las acciones de amparo, hábeas data y de acceso a la información que igualmente debe incorporarse en la nueva constitución.

RECURSO EXTRAORDINARIO CONTRA LAS RESOLUCIONES JUDICIALES VIOLATORIAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES O DE LAS GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO

Debe crearse un recurso extraordinario de amparo o tutela, de carácter residual, contra las resoluciones judiciales definitivas en las cuales se hayan violando los derechos fundamentales y las garantías del debido proceso consagrados en la Constitución Política, ya que existe una profunda insatisfacción de parte de quienes han sufrido la denegación de justicia y el atropello de sus derechos fundamentales en virtud de resoluciones judiciales abiertamente inconstitucionales. No debe ser la acción de amparo, sino un recurso extraordinario y residual, que bien puede denominarse de tutela, que se puede interponer únicamente cuando la causa haya concluido por resolución final y definitiva, contra la cual no quepa ningún recurso judicial.

LOS PRINCIPIOS APLICABLES AL PROCESO JUDICIAL

En la vigente Constitución se han incorporado en forma muy amplia los principios aplicables al proceso judicial, en los arts. 192 a 195.

Sin embargo, se ha cuestionado que el principio dispositivo tenga rango constitucional porque, se señala, que en materias de hondo contenido social como la laboral, de la niñez y la adolescencia, o en las atinentes al orden público, el proceso muchas veces ha de responder al principio de necesidad y no al dispositivo, sin embargo, debe anotarse que ni el sistema dispositivo ni el inquisitivo, en ninguna parte del mundo opera en forma pura, el adoptado por el ordenamiento legal siempre incorpora elementos del otro sistema; la solución es de naturaleza legal, no constitucional, se halla en que en las materias de naturaleza social o de orden público se refuerce la potestad del juez de disponer la práctica de diligencias probatorias para mejor proveer, más allá de lo que actualmente se hace en el art. 118 del Código de Procedimiento Civil y que se disponga la consulta obligatoria en caso de fallos adversos al trabajador y al menor, como hoy ocurre en los fallos de primera instancia adversos al Estado, municipalidades, consejos provinciales y otras entidades del sector público (sexta disposición general de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado).

Igualmente, se objeta la vigencia del sistema acusatorio, que es una derivación del principio dispositivo en materia penal, y se afirma que ha conducido a la concentración de poderes en manos del Ministerio Público, cuyos integrantes muchas veces abusan de ellos, que la etapa de instrucción no debe estar en manos del fiscal sino de un juez de instrucción y que, desde la etapa intermedia, el proceso pase a conocimiento de otro juez, que por no haber intervenido en la etapa anterior, estaría en

posibilidad de resolver con total imparcialidad lo que corresponda conforme a derecho. Sin embargo, también en este caso la solución es de naturaleza legal, no constitucional.

LA BUENA FE Y LA LEALTAD PROCESAL

Es necesario consagrar, como un principio constitucional, el deber de actuar en todos los procesos con buena fe y lealtad procesal, sancionándose particularmente el abuso del derecho procesal. Hoy este principio se recoge muy limitadamente en el art. 207 inciso final de la Constitución, en que se dispone que la persona que litigue temerariamente pagará a quien haya ganado el juicio las tasas que éste haya satisfecho, sin que en este caso se admita exención alguna, lo cual es insuficiente, también debe condenársele a que pague las costas y costos sufragados e indemnice de los perjuicios causados, y debe establecerse solidaridad entre la parte y su defensor.

LA GRATUIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Debe revisarse la actual disposición del art. 207 sobre los casos en que la justicia es gratuita. Se objeta que en los casos de los llamados “delitos de cuello blanco”, de narcotráfico y otros de especial gravedad se litigue gratuitamente, igual cosa puede decirse respecto de los casos laborales y de la niñez y adolescencia, cuando se establezca que la parte demandada actuó temerariamente, ya que, según el inciso 2 de este artículo, no estarían obligados a pagar tasa alguna a la otra parte, porque ésta no los habrá sufragado.

Debe establecerse la gratuidad, en forma general, únicamente a favor de los grupos vulnerables y de quienes se encuentran bajo los umbrales de la pobreza y debe disponerse que se prevea un mecanismo sencillo e inmediato de concesión del beneficio de pobreza para que puedan litigar gratuitamente, en cualquier materia, quienes se encuentran en tales situaciones.

OTROS ASUNTOS

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Muchas opiniones se han vertido en el sentido de que debe suprimirse el Tribunal Constitucional y que sus actuales atribuciones las ejerza una sala especializada de la Corte Suprema de Justicia.

Sin formular un juicio de valor respecto del desempeño de este alto tribunal de justicia constitucional, que no corresponde hacerlo en este lugar, la realidad es que hay un sentimiento negativo generalizado en la ciudadanía respecto del mismo, ya que se considera que actúa y resuelve por razones de política partidista o para servir los intereses de los grupos de presión.

Posiblemente el problema de la insatisfacción se origine en la forma cómo se integra este alto tribunal, con representación eminentemente política y estamentaria.

Entre los dos sistemas de control constitucional, en nuestra patria se ensayó el judicial a cargo de la sala de lo constitucional de la Corte Suprema, entre 1993 y 1997, pero el resultado no fue satisfactorio, por ello se prefirió crear el Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional es parte del Poder Judicial porque tiene a su cargo la administración de la más alta expresión de la justicia, la constitucional; sin embargo, debe mantener la autonomía respecto de los otros órganos judiciales para asegurar su independencia, entre otras razones porque está llamado a realizar el control de la constitucionalidad de las decisiones judiciales. En este punto, se insiste en lo dicho anteriormente: no es posible dejar en la impunidad las violaciones a los derechos fundamentales y a las violaciones del debido proceso en que incurran los órganos judiciales en sus resoluciones finales y definitivas, negando en esta forma a los justiciables su derecho al debido proceso consagrado en el art. 23 No. 26 y al acceso a la justicia que se contiene en el art. 24 No. 17 de la Carta Fundamental, por lo que es indispensable crear un recurso extraordinario de amparo o tutela, de carácter residual, para solucionar estas situaciones.

LA JUSTICIA ELECTORAL

También ha sido motivo de debate el tema de la justicia electoral. Una posibilidad es la de crear un tribunal o corte electoral, la otra es que sea una sala especializada de la Corte Suprema la que conozca y resuelva sobre la materia. Siendo las resoluciones del organismo electoral, de naturaleza administrativa, le corresponde a la sala especializada de lo contencioso administrativo.

Lo más conveniente sería que se separen las funciones de administración del proceso electoral, que estaría a cargo de un organismo técnico y autónomo, y de justicia electoral que debe ser de conocimiento del fuero contencioso administrativo: las resoluciones de los órganos provinciales por los tribunales distritales, y las del órgano nacional por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

EL MINISTERIO PÚBLICO

Se ha preguntado si el Ministerio Público debe integrarse en la Función Judicial, aunque conservando su autonomía.

Este punto debe ser objeto del debido análisis. Ministerio Público y administración de justicia se hallan indisolublemente unidos, deben trabajar coordinadamente a base de una planificación conjunta, lo cual sería un argumento a favor. Pero también hay inconvenientes. Si el Ministerio Público tiene a su cargo la acusación de los delitos, carece de la imparcialidad que es nota fundamental del quehacer judicial.

LA DEFENSORÍA PÚBLICA

Es necesario crear un órgano que se encargue de la defensoría pública. Si el Ministerio Público entra a formar parte de la Función Judicial, también debe serlo la Defensoría Pública, aunque también puede objetarse diciendo que tampoco carece de imparcialidad, porque le corresponde actuar como parte defendiendo a quienes carecen de medios para contar con una defensa privada.

Actualmente, con el escaso número de defensores públicos, que forman parte de la Función Judicial, se está incumpliendo con los mandatos constitucionales contenidos en el art. 24 No. 5 y No. 10.

EL SISTEMA PENITENCIARIO

El art. 219 inc. 2 dispone que el Ministerio Público vigile el funcionamiento y aplicación del régimen penitenciario y la rehabilitación social del delincuente. Es de conocimiento público la lamentable situación en que se encuentran los centros de detención. Hay que buscar una solución al problema. Se ha visto que el Ministerio Público poco o nada puede hacer para que los gravísimos problemas se solucionen y los atropellos a los derechos fundamentales de los detenidos se producen a diario, a vista y paciencia de las autoridades y de la sociedad.

Es necesario crear juzgados de ejecución de penas que se encarguen de velar por el respeto a los derechos de los detenidos.

LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA POR LAS AUTORIDADES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Respecto de la administración de justicia por las autoridades de los pueblos indígenas, es necesario perfeccionar la actual norma constitucional, a fin de alcanzar el efectivo reconocimiento por el Estado de este derecho de los pueblos indígenas e incluir el de los pueblos afro-ecuatorianos, asegurando la vigencia de las garantías fundamentales de las personas y evitando conflictos como los que se presenta cuando las controversias se suscitan entre los miembros de una comunidad y los que no pertenecen a ella.

LOS MEDIOS ALTERNATIVOS PARA LA SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS

Debe reiterarse el reconocimiento de los medios alternativos de solución de los conflictos como la mediación, la conciliación, el arbitraje, pero es necesario reconocer que en estos campos también pueden producirse, y de hecho se han producido, violaciones a los derechos fundamentales y a las garantías del debido proceso, por lo que ha de preverse la posibilidad de acudir a la justicia estatal, reclamando por estos atropellos mediante la interposición del recuso extraordinario de casación. Además, debe aclararse perfectamente los supuestos en los cuales las entidades del Estado pueden acudir a estos medios de solución de conflictos.

LA JUSTICIA DE PAZ

Debe conservarse la actual disposición relativa a las judicaturas de paz, y en una norma transitoria debe disponerse que, en un plazo perentorio, el órgano legislativo dicte la ley orgánica de la justicia de paz, o debe hacerlo la propia asamblea constituyente.

LEYES QUE DEBEN DICTARSE DE INMEDIATO

Para que la nueva Constitución tenga efectiva vigencia y aplicación, es necesario que de inmediato se dicten nuevas leyes o se reformen las existentes que lo permitan. Hay un número alto de proyectos que descansan en el Congreso Nacional. En lo que a la Función Judicial respecta, existen proyectos de Ley de Unidad Jurisdiccional, de Ley Orgánica de la Función Ejecutiva, de Ley Orgánica para la Justicia de Paz, y existen proyectos concluidos o muy avanzados de Código de Procedimiento Civil, de Código Administrativo, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, etc.

Bien puede la asamblea constituyente expedirlos o fijar un plazo perentorio para que el órgano legislativo lo haga, caso contrario que entren en vigencia los proyectos existentes, que pueden ser revisados por la Corte Suprema de Justicia en un plazo igualmente perentorio, previendo además una sanción para quienes incumplan con este deber. No es posible permitir que se haga caso omiso del mandato constitucional como ocurrió con la disposición transitoria vigésima quinta de la actual Constitución Política.

¿Constitución sin constitucionalismo?

Urgencia de un Tribunal Constitucional independiente*

*Agustín Grijalva Jiménez***

En este artículo se desarrollan dos temáticas relacionadas: 1. una aproximación a la importancia jurídica y política de la Corte o Tribunal Constitucional, y 2. una serie de propuestas para la nueva Constitución ecuatoriana para ser discutida por la Constituyente de 2007-2008. Estos planteamientos derivan en una propuesta de articulado constitucional sobre la integración y funciones del Tribunal o Corte Constitucional. Las ideas centrales del análisis y de la propuesta responden al objetivo político de fortalecimiento del Tribunal Constitucional mediante la preservación de su independencia, así como la especialización y fortalecimiento de sus atribuciones. Más específicamente, se propone un Tribunal realmente independiente del Congreso y con poder para controlar la constitucionalidad de sus actos.

FORO

IMPORTANCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Hoy que en Ecuador se discute la necesidad de una nueva Constitución, es conveniente y necesario preguntarse sobre la vigencia de la Constitución y del Derecho Constitucional. ¿Por qué en el país el respeto a la Constitución es tan precario? A esta simple pregunta corresponden sin duda muchas respuestas complejas. Aquí solo nos aproximamos a una de ellas: el examen de la independencia y poder de la justicia constitucional, y en particular del Tribunal Constitucional. El razonamiento

* Parte de este texto se basa en el informe para el proyecto “Control Constitucional en el Ecuador y en Colombia”, financiado por el Fondo de Investigaciones de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Quito, 2007. La propuesta sobre articulado fue desarrollado en el marco de las mesas de discusión sobre “Las Izquierdas y la Constituyente” organizadas por ILDIS, Quito, 19 de junio de 2007. Una versión simplificada fue publicada en la Revista Electrónica del Programa Andino de Derechos Humanos de la Universidad Andina. <http://www.uasb.edu.ec/>

** Coordinador académico y docente de la Maestría Internacional en Derecho, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

de partida es sencillo: para que la Constitución tenga vigencia, es decir para que sea una ley por sobre todas las demás leyes y normas inferiores a la ley, es necesario un juez ante el cual reclamar por su violación, un juez que determine estas violaciones y que tenga poder para sancionarlas.¹

Por esta razón, la oleada mundial de nuevas democracias y nuevos sistemas constitucionales que se inició en los años ochenta del siglo XX, y mostró sus mayores intensidades en Asia, Europa Oriental y América Latina, ha incluido el desarrollo de tribunales constitucionales.² Estas instituciones son concebidas como un mecanismo básico para garantizar la eficacia de la Constitución. Un Tribunal Constitucional vendría a ser, para usar un símil, lo que es un árbitro para asegurar que se cumpla un reglamento en cualquier juego. Sin árbitro, en cierto sentido, no hay reglamento aunque éste exista, pues no se dan condiciones suficientes para su eficacia. Sin Tribunal Constitucional –o más ampliamente justicia constitucional– no hay, en cierto sentido, Constitución pues ésta queda reducida a una declaración o programa político sin medios jurídicos reales para asegurar su eficacia.

Por supuesto, la mera existencia de un Tribunal Constitucional no asegura la eficacia de la Constitución. El Tribunal Constitucional –o el órgano que desempeñe sus funciones– debe ser independiente y tener poder real, debe ser altamente profesional y respetado por la opinión pública y la comunidad jurídica. Sin estas condiciones –igual que con un pésimo árbitro y un juego caótico– lo mejor a lo que se puede aspirar es a una Constitución precaria.

La justicia constitucional tiene una importancia vital para la protección de los derechos humanos. Hoy los tribunales constitucionales son fundamentalmente tribunales de derechos humanos,³ puesto que su labor se orienta a la protección de estos derechos contra las acciones del Estado, e incluso contra las leyes u otras normas jurídicas violatorias de la Constitución.

Los tribunales constitucionales protegen estos derechos por una vía directa y una vía indirecta. La vía directa está integrada por todas las acciones –técnicamente llamadas *garantías*– que el ciudadano o un colectivo puede utilizar para exigir que se respete un derecho humano. En Ecuador, el amparo, el hábeas corpus y el hábeas data son las garantías fundamentales.

1. Este es el clásico y contundente argumento de *Marbury vs. Madison* (1803).

2. O alternativamente la asignación de funciones de control constitucional a la Corte Suprema.

3. Héctor Fix Zamudio, “Justicia Constitucional y Derechos Humanos en América Latina”, en Luis López Guerra, coord., *La Justicia Constitucional en la Actualidad*, Quito, Instituto de Derecho Público Comparado-Universidad Carlos III de Madrid / Comisión Europea / Tribunal Constitucional del Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2002.

La vía indirecta consiste en la llamada *acción de inconstitucionalidad*. Cuando una ley u otra norma jurídica viola un derecho humano⁴ –lo cual es perfectamente posible– el Tribunal Constitucional puede declarar la inconstitucionalidad de esa ley o norma, dejarla insubsistente, por contrariar tales derechos. Por supuesto, si la ley ha sido promulgada violando los procedimientos que la Constitución establece, esta sería otra razón para su inconstitucionalidad. Es lo que se denomina *inconstitucionalidad por la forma*.

Pese a su importancia, en Ecuador el Tribunal Constitucional y las garantías constitucionales son aún instituciones lejanas e incluso incomprensibles para la mayoría de ciudadanos. Sin embargo, ello solo confirma la falta de condiciones para la eficacia de la Constitución, y no disminuye ni la necesidad, ni la importancia de tales instituciones para la vigencia de los derechos humanos.

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LOS CONFLICTOS POLÍTICOS

En Ecuador el problema central del Tribunal Constitucional es su dependencia política.⁵ Así como sucede con la Fiscalía, la Contraloría y la Defensoría del Pueblo, los partidos políticos utilizan su poder de designación y remoción de los miembros del Tribunal para influir sobre sus procesos decisorios o incluso determinarlos.

En el país no se ha concebido la existencia de un órgano judicial de control constitucional realmente *independiente*, tanto de las fuerzas partidarias operantes en el Congreso como del Ejecutivo. Por el contrario, tanto los partidos políticos como otros sectores sociales que participan en el nombramiento de los magistrados del Tribunal perciben a éste como un espacio de poder que puede y debe ser objeto de negociación y distribución, no como un órgano jurisdiccional que necesita ser independiente de ellos para cumplir adecuadamente su función constitucional y política.⁶

4. Esta situación puede ser incluso meramente potencial, como en el caso de un proyecto de ley. Para el efecto se establecen mecanismos como un control previo por parte del Tribunal Constitucional, o la objeción presidencial por inconstitucionalidad.

5. Independencia, por supuesto, no significa aislamiento o asepsia política. En Ecuador como en todo el mundo los tribunales constitucionales, dados los tipos de asuntos que resuelven, están sujetos a frecuentes presiones políticas de partidos, grupos de presión, opinión pública, etc., pero estas presiones no pueden ni deben ser tan intensas que sustituyan o eliminen sistemáticamente los parámetros y racionalidad jurídica que deben primar en las decisiones de estos órganos. La labor interpretativa de un Tribunal Constitucional no solo es jurídica sino también política, pero en un sentido estrictamente específico que implica un alto grado de independencia respecto de otros actores políticos. Para ampliar este tema véase Fernando De Trazegnies, “El Rol Político del Abogado Litigante”, en Galo Chiriboga y Luis Verdesoto, coords., *Los Abogados y la Democracia en América Latina*, Quito, ILSA, 1986.

6. Así por ejemplo, en 1994, una propuesta de reforma constitucional de los movimientos sociales planteaba crear una Corte Constitucional para conocer solo sobre inconstitucionalidad, y un Tribunal de Garantías Constitucio-

Esta dependencia afecta también la actividad legislativa en el sentido que impide que el Tribunal actúe efectivamente como *juez del legislador*, esto es, como el órgano judicial encargado de asegurar que el legislador actúe con libertad política pero dentro del marco que la Constitución le impone, y que por tanto tal actuación goce de adecuada juridicidad y legitimidad. Ante la falta de un efectivo control constitucional, el proceso legislativo viola frecuentemente los procedimientos constitucionales de formación de la ley y de reforma constitucional. En otros casos el contenido mismo de las leyes aprobadas por el Congreso, es contrario a uno o varios derechos fundamentales,⁷ dando lugar a la paradoja de que la ley viole estos derechos en lugar de desarrollarlos.

También los mecanismos de control político ejercidos por el Congreso sobre otras funciones o instituciones públicas pueden requerir eventualmente control constitucional para que no violen derechos, como el debido proceso. Si bien el control político, a diferencia del jurídico,⁸ actúa voluntariamente bajo criterios de oportunidad y necesidad ello no significa que pueda ser arbitrario. Así por ejemplo, las destituciones presidenciales o de otros altos funcionarios, en varias ocasiones, no se han ajustado al procedimiento establecido para el juicio político.

Por otra parte, el Tribunal debe funcionar como un foro judicial para la oposición parlamentaria, cuando ésta constituye una minoría en el Congreso y desea cuestionar la constitucionalidad de una ley aprobada por el Presidente y la mayoría legislativa. Es decir, el Tribunal cumple una importante función de protección de derechos no solo de minorías sexuales, culturales, etc., sino también de resguardo a los derechos de las minorías políticas, y por tanto del sistema democrático.

En contraste, cuando es la oposición al Presidente la que predomina en el Congreso, hay siempre algún riesgo de que ello genere crisis políticas profundas, las cuales, en Ecuador, han derivado incluso en destituciones claramente inconstitucionales del Presidente de la República o de diputados. En tal situación el Tribunal ha sido reemplazado en su rol arbitral por las Fuerzas Armadas, la cual dado su monopolio de la fuerza ha “legitimado” a uno u otro sector político. Este tipo de desenlaces de las cri-

nales para proteger derechos humanos. En este último caso el proyecto ampliaba la representación en el Tribunal de organismos de derechos humanos, de defensa de los niños, mujeres, organizaciones del medio ambiente, entre otras, ver Foro Democrático, *El Pueblo decide su destino: propuesta de reformas constitucionales*, Quito, CDS, 1994.

7. Un caso paradigmático a este respecto fue el de la detención en firme establecida en las reformas al Código de Procedimiento Penal.
8. El control jurídico, que el Tribunal Constitucional ejerce, actúa en cambio obligatoriamente bajo criterios normativos. Para profundizar en esta diferenciación consultar Manuel Aragón, “La Interpretación de la Constitución y el Carácter Objetivado del Control Constitucional”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor, coord., *Interpretación Constitucional*, México, Editorial Porrúa, pp. 26-34.

sis si bien evita la violencia, desmantela las bases constitucionales del Estado de Derecho, lo cual obviamente facilita nuevas y recurrentes crisis.

Adicionalmente, la dependencia del Tribunal respecto al Congreso hace que el órgano de control constitucional se vea sistemáticamente afectado por la inestabilidad del legislativo. De esta forma, la volatilidad de las mayorías parlamentarias, tan propia del Ecuador, es una fuente constante de presiones políticas sobre el Tribunal. Estas presiones incluyen la posibilidad de juicio político o de remoción por otras vías de los miembros del Tribunal, así como la negación de reelección de los vocales por parte de sus partidos.

En definitiva, es urgente entender en el Ecuador que las pugnas entre Legislativo y Ejecutivo, así como al interior del Congreso, son en cierta medida procesos políticos normales pero que requieren de instituciones que los procesen.⁹ Una de estas instituciones es el Tribunal Constitucional, el cual desde el punto de vista político debe operar como árbitro jurídico en estos conflictos políticos.¹⁰ La politización partidaria del Tribunal, empero, lo deslegitima en ese rol, impidiéndole mediar adecuadamente en el conflicto, y muchas veces intensificándolo. Así, se propicia la actuación autoritaria sea del Ejecutivo o del Congreso.

EL TRIBUNAL Y LOS DERECHOS¹¹

Un grave efecto político y jurídico de la debilidad del Tribunal Constitucional, ya sugerido más arriba, es la precariedad en la protección de los derechos fundamentales. Una baja incidencia de las decisiones de la jurisdicción constitucional sobre el conjunto del sistema jurídico y político determina una débil protección de derechos.¹² Sin control constitucional adecuado, la actividad judicial, la ley misma, así como otras normas jurídicas, y la gestión pública se convierten, paradójicamente, en fuentes frecuentes de violación antes que de realización de derechos fundamentales, generando una erosión estructural del Estado Constitucional.

No solo el Congreso sino también el Ejecutivo puede violar derechos fundamentales mediante sus actos y normas.¹³ De hecho, si la Constitución es visualizada co-

9. La introducción de mecanismos *semiparlamentarios*, por ejemplo, puede ser otro de estos mecanismos.

10. En los estados federales la mediación se extiende a los conflictos entre estados y de éstos con el gobierno federal.

11. Para un examen de la relación entre derechos y garantías ver el artículo de Ramiro Ávila, publicado en esta revista.

12. Desplegar la evidencia de esta aseveración requiere un artículo aparte. Remitimos al lector a la siguiente obra de próxima publicación: Claudia Escobar, “Estudio Comparativo del Proceso de Judicialización Constitucional en Colombia y en el Ecuador”, tesis de la maestría internacional en Derecho, Serie Magister, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2006.

13. Hay por supuesto que diferenciar a la justicia constitucional de la administrativa, debiendo esta última respon-

mo un programa social, las dos vías inmediatas de realización de este programa son las políticas públicas y la jurisprudencia constitucional. Esta última mediante la dilucidación del contenido concreto de los derechos sociales y económicos, y de ser necesaria su protección judicial, encauza constitucionalmente las políticas públicas cuando ellas se desvían radicalmente de estos parámetros hacia lógicas clientelares, populistas o de pura eficiencia económica.¹⁴

Por tanto, entre las tareas claves de un Tribunal Constitucional está la definición, junto con el legislador, del *contenido de los derechos fundamentales*, lo cual es vital para su protección. Esta labor el Tribunal debe realizarla mediante su jurisprudencia, la cual requiere una compleja labor interpretativa de alto nivel técnico, entre otras por la siguiente razón: los derechos humanos en la Constitución están formulados en forma de *principios*, esto es como directrices, normas imperativas pero muy generales que establecen marcos u orientaciones básicas.¹⁵ Por ejemplo, ¿qué implican principios o derechos como el derecho a la información, a la intimidad, a la igualdad, o a la salud? Es al conocer casos concretos en que se violan estos derechos cuando el juez constitucional va definiendo el contenido de los mismos, conforme a la propia Constitución. Esta labor de definición o “*concreción*” de derechos permite entonces determinar en qué consiste más exactamente un derecho, y permite su mejor protección en casos similares.¹⁶

Así mismo, los derechos establecidos en una Constitución pueden entrar en colisión. Por ejemplo, cuando se difunde información sobre un personaje público, el derecho a la información puede entrar en conflicto con el derecho a la intimidad. Cuando se impide ciertas prácticas médicas, como una transfusión de sangre, por razones religiosas, la libertad religiosa puede entrar en tensión con el derecho a la salud e incluso a la vida. Estas situaciones el Tribunal constitucional las resuelve *pesando o ponderando los derechos* en juego en cada caso, y su jurisprudencia provee información sobre cómo estas valoraciones pueden jugar hacia futuro. Así, por ejemplo, es-

der también al modelo de Estado constitucional. Para una aproximación al tema véase Antonio Manuel Peña Freire, *La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho*, Madrid, Editorial Trotta, 1997, pp. 265-279.

14. Por ejemplo cuando ciertas medidas o políticos de educación o salud son regresivas y configuran la violación de derechos sociales.
15. La distinción técnica entre principios y reglas puede encontrarse en una amplia bibliografía contemporánea. Para una introducción es recomendable: Iván Vila Casado, *Nuevo Derecho Constitucional*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002, pp. 329 a 342. Un tratamiento algo más sofisticado se encuentra en Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil*, Madrid, Editorial Trotta, 1997, pp. 109 a 126 (El Derecho por Principios).
16. Por ejemplo, en un famoso caso sobre libertad de información y derecho a la intimidad el Tribunal Constitucional Español definió el *contenido de este derecho* en el sentido de que la libertad de información protegía el derecho a comunicar información que sea 1. veraz y 2. de interés público. Véase STC 171/90 y STC 172/90 publicado en Luis López Guerra, *Las Sentencias Básicas del Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, pp. 202-248 (casos comandante Patiño I y II).

tableciendo límites relativos o condiciones para la libertad de información o la libertad religiosa que permitan la simultánea protección de éstos e incluso otros derechos.

En la jurisprudencia constitucional ecuatoriana tanto la concreción como la ponderación de derechos son casi inexistentes. Esto implica que la Constitución, sea cual sea ésta, no está siendo adecuadamente desarrollada por los jueces constitucionales. Debido a la ausencia de este proceso de definición de la Constitución vía jurisprudencia, el Tribunal Constitucional con excesiva frecuencia en un caso “aplica” la Constitución de uno modo, y luego en otro caso similar el propio tribunal u otras autoridades la aplican de otro modo.

PROPUESTAS PARA LA NUEVA CONSTITUCIÓN

Pese a las limitaciones señaladas, la reforma constitucional de 1996 ratificada por la Constituyente de 1998 expresa un proceso lento, incluso errático, pero positivo, de fortalecimiento de la dimensión jurídica del Tribunal Constitucional. Este proceso, iniciado en 1945 con el Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC) ha incluido una serie de innovaciones adecuadas, tales como ampliación de las facultades del Tribunal y de los períodos de sus magistrados (mal llamados vocales), integración del organismo con profesionales del Derecho (hasta 1992 no se requería ser abogado), y una actividad relativamente progresiva si bien aun insuficiente en la protección de derechos.

Frente a estos avances persisten las deficiencias estructurales antes señaladas. La remoción inconstitucional del Tribunal por parte del Congreso en numerosas ocasiones, la forma cómo se ha designado a los siguientes tribunales, la suspensión de la justicia constitucional por varios meses durante el 2005, son claras demostraciones de la persistencia de estas graves deficiencias. Por tanto, el Tribunal Constitucional ecuatoriano se halla actualmente en una fase crucial de desafíos respecto a su institucionalización, entre las cuales la principal, por ahora, es la de su independencia.

Para lograr este objetivo son necesarios varios cambios de orden político e institucional. En este artículo nos concentramos en estos últimos puesto que ellos son los que pueden incluirse en la nueva Constitución.

FORTALECER AL TRIBUNAL

La propuesta de una reforma constitucional para reemplazar al actual Tribunal Constitucional por una sala de la Corte Suprema es, en el caso ecuatoriano, definitivamente inconveniente por múltiples razones.

Es cierto que, como plantean varios autores, en teoría la concentración del control constitucional en una Corte Suprema o en un Tribunal Constitucional especializado no son –pese a sus relativas ventajas y desventajas– los factores decisivos para una buena justicia constitucional. Ambos sistemas pueden funcionar bien o pueden funcionar mal, y ninguno es inherentemente superior al otro. De hecho, en América Latina tenemos ejemplos exitosos de ambos sistemas, como lo son la sala constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, y la Corte Constitucional de Colombia. Lo realmente importante es que en uno u otro sistema haya independencia y alto nivel profesional.

Sin embargo, en el caso ecuatoriano este asunto no debe juzgarse en abstracto, pues existe una historia constitucional e institucional que tomar muy en cuenta. En Ecuador en el pasado y por varias ocasiones, la Corte Suprema reemplazó total o parcialmente al Tribunal o coexistió con él, y los resultados fueron muy negativos. El cuadro 1 publicado en anexos muestra esta errática evolución. De este cuadro se deducen cambios constantes en las funciones de control constitucional entre ambas instituciones.

En varias ocasiones se transfirió parte de las facultades del Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC) a la Corte Suprema. Apenas creado en 1945, el TGC fue eliminado en 1946, para volver a reaparecer en 1967 por unos pocos años, debilitado frente a las atribuciones de control constitucional de la Corte Suprema de Justicia (CSJ). El TGC vuelve a reaparecer en 1978 básicamente con las mismas facultades de 1967, pero en 1983 y en 1992 se transfieren parte de sus facultades a la CSJ. En 1983 la Corte Suprema podía declarar inaplicable una ley, y el TGC suspenderla; en 1992 se atribuyó a una sala constitucional de la Corte Suprema la facultad de decidir finalmente sobre las suspensiones decididas por el TGC. Estas reformas lo único que lograron fue propiciar constantes y agudos enfrentamientos entre Tribunal Constitucional y Corte Suprema.

Estos constantes cambios tuvieron un alto desde las reformas constitucionales de 1995 y 1996 en que se crea el Tribunal Constitucional (TC), y se establece que los fallos de éste causan ejecutoria y no son susceptibles de recurso alguno. Desde entonces han transcurrido más de diez años de relativa pero comparativamente excepcional estabilidad de esta institución en la historia del país. Continuidad que hoy algunos pretenden desechar, para volver a los experimentos de los años ochenta e inicios del noventa del siglo anterior.

Pero no solo es el TC sino además la Corte Suprema la que sería afectada al transferirle nuevamente facultades especializadas de control constitucional. Desde 1992, es decir durante los últimos quince años, la Corte Suprema funciona como corte de casación, por tanto su organización en salas, su jurisprudencia y experiencia institu-

cional se han concentrado en este ámbito. La casación, como sabemos, es un *control de legalidad* que opera sobre las sentencias bajo consideraciones estrictamente de Derecho. La casación es por tanto una institución muy distinta del *control de constitucionalidad*, el cual se aplica a normas infraconstitucionales, para lo cual debe considerar aspectos no solo de derecho sino también de hecho.

En otras palabras, la casación se desarrolla fundamentalmente en el ámbito de la interpretación legal,¹⁷ en tanto el control constitucional complementa a ésta con métodos específicos de interpretación desarrollados por el moderno constitucionalismo.¹⁸ Se dirá que la creación de una sala constitucional se orienta justamente a evitar conflictos entre TC y CSJ, pero en realidad en el caso ecuatoriano, tal reforma solo trasladaría los conflictos al interior de la CSJ, generando conflictos entre la sala y el pleno, y lo que es peor sometiéndolo el control constitucional a cánones interpretativos que no le son propios.

En efecto, si la nueva Constitución incluye, como debe incluir, la facultad de presentar acciones de amparo contra sentencias judiciales violatorias del derecho constitucional al debido proceso, algunos de estos amparos van a dirigirse contra las sentencias de la actual Corte Suprema. Pero si es la misma Corte Suprema la que mediante una de sus salas resuelve finalmente sobre tales amparos, tendríamos una confluencia en que el órgano controlado es también el que controla.

Por otra parte los perfiles del juez constitucional y del juez de casación son diversos.¹⁹ El juez constitucional resuelve jurídicamente conflictos de alto contenido político o ético, lo cual le exige un particular conocimiento y sensibilidad respecto a la coyuntura política y social, una clara percepción de tendencias en la opinión pública, y un conocimiento especializado del Derecho constitucional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Su labor interpretativa, como se expuso, requiere una constante dilucidación de principios constitucionales, y de su relación con las reglas.

Hay adicionalmente consideraciones de orden práctico que vuelven poco aconsejable eliminar el TC. Si los perfiles y funciones de los jueces constitucionales son distintos a los de la Corte Suprema, unos y otros pueden requerir formas de elección y períodos diversos. Por otra parte, una sala constitucional en la Corte Suprema, al menos con su actual estructura, difícilmente puede tener el número de jueces y el per-

17. Lo cual no la vuelve ajena a la Constitución.

18. Para una breve introducción al tema véase Iván Vila Casado, *Nuevo Derecho Constitucional*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002, pp. 329 a 342.

19. César Landa, *Estudios sobre Derecho Procesal Constitucional*, México, Editorial Porrúa, 2006, pp. 94-109.

sonal necesario para desempeñar adecuadamente su labor, la cual es intensa y especializada dado el número y complejidad de algunas causas.

Tenemos, por tanto, con todas sus serias limitaciones, dos procesos de especialización institucional, el del TC y el de la CSJ, que la propuesta de una sala constitucional simplemente ignora. Es mejor dar continuidad, perfeccionar y consolidar lo que hoy tenemos, antes que volver a comenzar de cero y reiterar la discontinuidad en el desarrollo de nuestras instituciones. En el actual Tribunal hay, pese a sus deficiencias, conocimientos y experiencia acumulada, así como algunos asesores, y empleados que pueden contribuir positivamente a un Tribunal renovado, permaneciendo en él bajo concurso. Por supuesto esta relativa –y selectiva– continuidad no puede darse a costa de los profundos cambios que la institución requiere.

AMPLIACIÓN DEL PERÍODO DE LOS MAGISTRADOS DEL TC

El actual período de cuatro años es demasiado corto –el más corto junto con Honduras en América Latina–. Es necesario un período de al menos seis años o hasta nueve años que permita una mayor estabilidad y continuidad para el desarrollo de la jurisprudencia constitucional, y que además no coincida con los períodos legislativo y presidencial. También es conveniente una renovación parcial del Tribunal, por tercios, de forma que no todos los jueces inicien y terminen sus períodos simultáneamente y se logre así combinar permanentemente la experiencia de los magistrados con más años en funciones, con las innovaciones de nuevos magistrados. Estas reformas también contribuyen a aumentar el grado de independencia puesto que dificultan, a los organismos nominadores y de designación, el control de la mayoría de magistrados al interior del Tribunal.

NO REELECCIÓN

Para mejorar la independencia de los magistrados del Tribunal es necesario también suprimir la actual posibilidad de que sean reelegidos. La reelección es una fuente de dependencia respecto a quienes pueden reelegir, lo cual empeora si el período es corto como en el caso ecuatoriano. En el actual sistema ese inadecuado poder lo tiene finalmente el Congreso Nacional. Esta facultad del Congreso no tiene sentido puesto que el Tribunal Constitucional tiene entre sus principales funciones la de controlar la labor del Congreso, evitando que mediante el contenido o el procedimiento en la formación de las leyes se violen derechos fundamentales y, en general, la Constitución. Por tanto, la reelección de magistrados del Tribunal Constitucional quizás

más que cualquier otra institución genera dependencia, y por ello predomina su exclusión en la mayoría de países.

NUEVA FORMA DE DESIGNACIÓN

Ninguna forma de designación es perfecta ni asegura absoluta independencia del nombrado respecto a quien nombra. De hecho, para que cualquier sistema de designación funcione bien es necesario un acuerdo político previo, para tener un Tribunal realmente independiente, entendida tal *independencia* como libertad para juzgar en el marco del Derecho. Sin embargo, no todas las formas de designación son idénticas, ni las condiciones institucionales son irrelevantes. Normas adecuadas pueden expresar y facilitar este acuerdo político, que en el caso ecuatoriano es realmente urgente.

El actual sistema en que el Congreso elige a los miembros del Tribunal a base de ternas enviadas, no solo por la CSJ y el Presidente, sino además por sindicatos, cámaras empresariales, organizaciones de indígenas y campesinos, y gobiernos seccionales, es totalmente inadecuado para la elección de magistrados constitucionales. Estos magistrados por su propia condición de jueces y consiguiente necesidad de independencia nunca pueden ser “representantes” de sectores gremiales, sectoriales o corporativos. De hecho, el sistema ecuatoriano de designación es *sui generis* a este respecto, pues en general no se halla en otros países, y la experiencia histórica ecuatoriana ha demostrado claramente su inconveniencia, ya que genera una dependencia de los magistrados por vía doble: respecto a las organizaciones o sectores que los nominan, y a los partidos que los nombran en el Congreso.

Una alternativa a la actual forma de designación puede consistir en que cada función del Estado designe *directamente* un tercio de los miembros del Tribunal Constitucional, pues es necesario disminuir el actual predominio del Congreso en tal designación. La participación del Congreso, de mantenerse, debe además exigir una mayoría de dos tercios de sus miembros en la correspondiente designación, pues reglas de mayoría más exigentes implican consensos políticos más amplios.

Un sistema próximo a éste lo tiene Colombia, donde el Senado designa a los miembros de la Corte Constitucional de ternas enviadas por el Presidente de la República, la Corte Suprema y el Consejo de Estado, de esta forma se busca lograr cierto equilibrio de poder entre las tres clásicas funciones del Estado, aunque dándole alguna preeminencia a la Función Judicial.²⁰

20. Manuel José Cepeda, *La Defensa Judicial de la Constitución en Fernando Cepeda, Fortalezas de Colombia*, Bogotá, Editorial Planeta, pp. 149-151.

La designación del Tribunal por las tres funciones del Estado, como cualquier otro sistema de nombramiento, no deja de presentar ciertos riesgos políticos. Por ejemplo, si el Presidente de la República tiene un período largo o puede ser reelecto inmediatamente, le sería posible eventualmente obtener una mayoría en el Congreso, y por tanto puede también designar a la mayoría de magistrados del Tribunal, minando o al menos disminuyendo potencialmente su independencia.²¹

En el caso ecuatoriano, en particular, la participación del Congreso en la designación ha sido muy negativa. El Congreso sistemáticamente ha tratado de someter políticamente al Tribunal, sea mediante la designación de magistrados obsecuentes a los partidos, mediante constantes amenazas de juicios políticos, o por la reiterada e inconstitucional destitución de magistrados por simple resolución legislativa (ver cuadro 2). Esta experiencia plantea la inconveniencia de que en Ecuador el Congreso designe a los magistrados directa e incluso indirectamente. Mientras el Congreso participe de alguna forma en la elección, los partidos políticos tendrán un mayor incentivo para controlar los procesos de postulación, nominación e impugnación y una justificación, aunque fuere inconstitucional, para remover a los magistrados que han nombrado.

Si se elimina la designación de magistrados por parte del Congreso, puede en cambio introducirse una designación directa de un tercio del Tribunal por parte del Presidente de la República, puesto que éste provee cierta legitimidad dado su carácter de dignatario de elección popular, y solo puede incidir en la selección de un tercio de los miembros de la Corte. Los otros dos tercios son designados por la Corte Suprema y el Consejo de la Judicatura, es decir, por el sector judicial. De esta forma el mayor peso en el nombramiento proviene del sector judicial, pero el Presidente aporta a la legitimidad democrática de la Corte, sin poner en riesgo su independencia.

En todo caso, a este sistema de nombramiento es conveniente agregarle un mecanismo previo y adicional que contribuya a una mejor selección: una fase de postulación e impugnación. Esta fase no constituye un concurso de méritos y oposición sino un filtro o barrera que debe superar todos quienes deseen ser considerados elegibles.²² En esta fase las organizaciones de la sociedad civil debe participar activamente en la impugnación, la cual incluye un sistema de audiencias públicas, para que se

21. Estudios políticos empíricos en países donde se suceden presidentes con y sin mayoría en el Congreso muestran que la independencia judicial tiende a disminuir cuando el Presidente controla la mayoría parlamentaria. Ver por ejemplo Rebecca Bill Chávez, *The Rule of Law in Nascent Democracies: Judicial Politics in Argentina*, Stanford University Press, 2004, Helmke Gretchen, 2002, "The Logic of Strategic Defection: Court-Executive Relations in Argentina under Dictatorship and Democracy" *American Political Science Review* 96(2): 291-303.

22. Un sistema análogo lo establece la actual Constitución venezolana en su art. 271.

consideren elegibles solo a quienes realmente lo son y posteriormente, de este grupo se seleccionen a los magistrados a base de méritos profesionales y académicos impidiendo así el acceso al Tribunal de quienes no reúnen el perfil y los requisitos para estas funciones.

ELIMINACIÓN DEL JUICIO POLÍTICO

Según la actual Constitución los miembros del Tribunal pueden ser enjuiciados políticamente y, de ser del caso, destituidos por el Congreso. Esta es otra fuente de su dependencia; históricamente el Congreso ecuatoriano ha sido irresponsable en el ejercicio de esta facultad puesto que ha procedido a remover al conjunto del Tribunal sin seguir siquiera el procedimiento constitucional y legal del juicio político (ver cuadro 2).

La eliminación del juicio político, empero, crea un problema de rendición de cuentas, puesto que el Tribunal Constitucional debe responder ante alguna instancia pública, y ante la ciudadanía en general. La alternativa consiste en considerar al Tribunal Constitucional como parte de la Función Judicial para que se someta al control administrativo del Consejo de la Judicatura. De esta forma, cuando la actividad de un magistrado evidencie responsabilidades administrativas, civiles e incluso penales, debe responder ante el Consejo, como cualquier otro juez de la República.

Para cerrar, al menos en lo formal, la posibilidad de destitución inconstitucional de los miembros del Tribunal debe establecerse que estos no pueden ser destituidos por quienes los nombraron.

FORTALECIMIENTO DE LAS FACULTADES DEL TRIBUNAL

La independencia no es suficiente para obtener un control constitucional adecuado. Un Tribunal Constitucional puede ser independiente pero débil en sus atribuciones, como lo era hasta las reformas constitucionales del 26 de agosto de 2005 el Tribunal chileno, o dependiente y con importantes atribuciones, como lo es hoy el Tribunal ecuatoriano. Pero un control constitucional efectivo requiere la confluencia de ambas condiciones: independencia y atribuciones suficientes y adecuadas. La nueva Constitución, en todo caso, debe incluir nuevas atribuciones y suprimir otras que la Constitución de 1998 hoy contiene.

Un eje transversal que debe cruzar todas las atribuciones del Tribunal que se añadan o mantengan es el de la eficacia de las sentencias y de la jurisprudencia constitucional. De nada sirven nuevas atribuciones si las decisiones del Tribunal son intrascendentes. La interpretación final de la Constitución debe ser claramente radicada en

el Tribunal Constitucional. En línea con este poder debe precisarse que los efectos de una sentencia, que declara la inconstitucionalidad de un acto normativo, consiste en la invalidez jurídica de éste y no la mera suspensión de sus efectos,²³ como equivocadamente indican los arts. 276 numeral 1 y 278 primer párrafo de la Constitución de 1998. En esta misma lógica, la jurisprudencia constitucional debe ser fuente obligatoria de Derecho, los dictámenes de las consultas que el Tribunal absuelva deben ser vinculantes y con efecto general, y el incumplimiento de sentencias constitucionales debe ser severamente sancionado.

En esta línea de fortalecimiento del control constitucional debe incluirse la inconstitucionalidad por omisión,²⁴ pues la Constitución puede violarse no solo por lo que se hace, por acciones positivas, sino por lo que se deja de hacer, como cuando el Congreso no realiza las designaciones de altos funcionarios públicos, o deja de dictar leyes específicas, en el plazo que la Constitución le ordena, lo cual puede acarrear incluso la violación de derechos fundamentales.

Una nueva atribución para considerar es el control sobre reformas constitucionales y convocatoria a consultas populares, orientadas a reformas constitucionales, así como convocatorias a constituyentes. En todos estos casos el Tribunal puede controlar más que aspectos materiales el hecho de que se acaten los procedimientos constitucionales, de forma que se obvien o disminuyan los conflictos políticos que estos importantes cambios jurídicos han implicado en el Ecuador.

Otro cambio muy importante consiste en atribuir al Tribunal la facultad de seleccionar los casos de amparo, hábeas corpus y hábeas data sobre los que desea pronunciarse. Esta reforma disminuiría dramáticamente el número de amparos que el Tribunal conoce, pero a cambio daría a los magistrados más tiempo para concentrarse en casos complejos claves cuya resolución tiene mayor impacto en el conjunto del sistema jurídico y político mediante el sistema de jurisprudencia obligatoria. En otras palabras el tiempo que hoy se invierte en cantidad de las sentencias constitucionales puede invertirse en calidad.

También en materia de amparo es necesario incluir la posibilidad de interponerlo contra decisiones judiciales que violen derechos fundamentales, y especialmente el derecho al debido proceso.

23. Julio César Trujillo, *Teoría del Estado en el Ecuador*, Quito, Corporación Editora Nacional / Universidad Andina Simón Bolívar, 2006, pp. 230 a 233. Jorge Zabala Egas, “El Control de la Supremacía Constitucional en el Ámbito Normativo por parte del Tribunal Constitucional”, en Alberto Wray, edit., *Derecho Procesal Constitucional*, Quito, Universidad San Francisco de Quito, 2002, pp. 68-69.

24. Al respecto, para una visión sintética en Ecuador, ver Iván Castro Patiño, “Inconstitucionalidad por Omisión”, en *Jornadas Internacionales de Derecho Constitucional*, Quito, Tribunal Constitucional del Ecuador, 2007, pp. 219-234.

Por otra parte, es necesario especializar al Tribunal y por tanto eliminar funciones que no le resultan inherentes, tales como el control de inconstitucionalidad de actos administrativos (actual art. 276 num. 1 y 2), lo cual puede ser demandado vía amparo cuando se violan derechos fundamentales, o conocido por el Tribunal Contencioso-Administrativo si se trata de actos normativos.

PROPUESTA DE ARTICULADO

Art... La Corte Constitucional será el máximo órgano de control e interpretación constitucional,²⁵ posee jurisdicción nacional, y tendrá su sede en Quito. Lo integrarán nueve magistrados, quienes tendrán sus respectivos suplentes. Desempeñarán sus funciones durante nueve años, se renovarán por tercios cada tres años, y no podrán ser reelegidos.²⁶ Las normas para su organización y funcionamiento así como los procedimientos para su actuación se regularán mediante ley orgánica.

Art... Para ser magistrado de la Corte Constitucional, se requerirá:

1. Ser ecuatoriano por nacimiento.
2. Hallarse en goce de los derechos políticos.
3. Tener título de doctor en jurisprudencia, derecho o ciencias jurídicas.
4. Haber ejercido de forma destacada la profesión de abogado, la judicatura o la docencia universitaria en Derecho Constitucional o Derechos Humanos por un lapso mínimo de diez años.
5. Los demás requisitos de idoneidad que fije la ley.

No serán responsables por los votos que emitan y por las opiniones que formulen en el ejercicio de su cargo.

Art... Los magistrados de la Corte Constitucional y sus suplentes serán designados previo proceso de postulación y preselección, bajo veeduría e impugnación ciudadana que incluirá audiencias públicas y será organizado por una comisión de postulaciones y regulado por ley. Podrá además contarse con veeduría internacional. La comisión de postulaciones determinará los candidatos elegibles de entre los cuales se designará a los magistrados de la siguiente manera:

- tres elegidos por la Corte de Casación,
- tres elegidos por el Consejo de la Judicatura,

25. A diferencia de lo que sucede en la Constitución actual, la Corte Constitucional será parte del Poder Judicial y, por tanto, rendirá cuentas en el aspecto administrativo ante el Consejo Nacional de la Judicatura. Correlativamente se elimina el juicio político por parte del Congreso.

26. La posibilidad de juicio político contra los miembros de la Corte Constitucional será eliminado.

- tres por el Presidente de la República.

La Corte Constitucional elegirá, de entre sus miembros, un presidente y un vicepresidente, que desempeñarán sus funciones durante tres años y no podrán ser reelegidos.

Art... Los magistrados de la Corte Constitucional no podrán en ningún caso ser cesados en sus funciones por quienes los designan. La Corte Constitucional tendrá autonomía administrativa, financiera y técnica; se halla bajo supervisión del Consejo de la Judicatura. La destitución de un magistrado constitucional debido a una falta administrativa grave declarada por el Consejo de la Judicatura requerirá el voto de al menos seis magistrados.

Art... Competerá a la Corte Constitucional:

1. Conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad, de fondo o de forma, que se presenten sobre leyes, interpretarlas constitucionalmente y, de ser el caso, declarar su invalidez.
2. Conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad, de fondo o de forma, de actos normativos y de ser el caso, declarar su invalidez.
3. Conocer y resolver sobre las demandas de inconstitucionalidad por omisión, adoptando las medidas necesarias para cesar la violación constitucional.
4. Absolver consultas sobre interpretación constitucional. Sus dictámenes serán vinculantes y tendrán efecto general.
5. Conocer las resoluciones que denieguen el hábeas corpus, el hábeas data y el amparo y revisarlas, cuando a su juicio sea necesario pronunciarse sobre ellas, para el desarrollo de la jurisprudencia constitucional.
6. Dictaminar sobre las objeciones de inconstitucionalidad que haya hecho el Presidente de la República, en el proceso de formación de las leyes.
7. Dictaminar sobre tratados o convenios internacionales antes de su aprobación por el Congreso Nacional.
8. Dirimir conflictos de competencias o de atribuciones asignadas por la Constitución.
9. Decidir sobre la inconstitucionalidad de reformas constitucionales por vicios en el procedimiento legislativo.
10. Decidir, previo al pronunciamiento ciudadano, sobre la constitucionalidad de convocatoria a consulta popular sobre reformas constitucionales y convocatoria a asamblea constituyente.

La jurisprudencia constitucional constituye fuente obligatoria de Derecho.

Art... Las demandas de inconstitucionalidad podrán ser presentadas por cualquier ciudadano. En todos los casos, incluyendo demandas presentadas por autoridades u órganos públicos, se contará con la opinión no vinculante del Defensor del Pueblo.

La dirimencia de competencia prevista en el número 8 del mismo artículo será solicitada por quien la reclama.

Art... La sentencia que declara la inconstitucionalidad implica la invalidez jurídica de la disposición o el acto declarado inconstitucional. La sentencia es obligatoria para las partes desde que se ejecutoria, y tiene efectos generales desde su publicación en el Registro Oficial. La declaratoria generalmente no tendrá efecto retroactivo, salvo que viole derechos fundamentales, ni respecto de ella habrá recurso alguno.

Si transcurridos treinta días desde la fecha en que la sentencia se ejecutoria, el funcionario o funcionarios responsables no la cumplieren, el Tribunal, de oficio o a petición de parte, los sancionará de conformidad con la ley, la cual establecerá las responsabilidades administrativas, civiles y penales correspondientes.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

De la Corte Constitucional: Tres de los magistrados designados por primera vez al entrar en vigencia esta Constitución y escogidos por sorteo, cesarán en sus funciones al cumplirse tres años de su elección. Con el mismo procedimiento cesarán en sus funciones otros tres magistrados al cumplirse seis años de su elección.

Cuadro 1
SÍNTESIS DE LOS TIPOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN ECUADOR

Constitución	Órgano competente*	Integración/ Nombramiento	Período Requisitos
1929	Control a priori es ejercido por el Consejo de Estado (CE) y por la Corte Suprema de Justicia (CSJ) Respecto a constituciones anteriores, se extiende control a posteriori abstracto del CE a decretos y estatutos dictados por el Ejecutivo. CE puede declararlos nulos.	CE: Once miembros de distinto origen. Cuatro son legisladores. CSJ: Designados por el Congreso	CE: CSJ: Seis años, reelegibles
1945	Control a priori pasa de CSJ al Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC). TGC suspende leyes (control a posteriori) hasta que Congreso toma decisión final; TGC puede actuar solo a petición de un juez de última instancia. El Tribunal solo puede formular observaciones sobre normas inferiores a la ley.	Nueve miembros, Congreso nombra cinco. Se incluyen tres diputados, un representante de los trabajadores, altos funcionarios públicos, sus delegados y representantes corporativos.	Dos años, pueden ser reelegidos.
1946	CSJ reasume control a priori . CE reemplaza al TC en varias funciones, pero no realiza control constitucional de la ley. CSJ realiza control abstracto a posteriori formal.		CSJ: Cuatro años, pueden ser reelegidos. CE:

Constitución	Órgano competente*	Integración/ Nombramiento	Período Requisitos
1967	CSJ realiza control a priori CSJ suspende leyes debido a inconstitucionalidad por forma o fondo. TC hace observaciones sobre inconstitucionalidad de leyes y otras normas.	10 miembros, Congreso nombra seis. Se incluye un senador y dos diputados, altos funcionarios, sus delegados y representantes corporativos. Se elimina representación de los trabajadores.	Dos años, pueden ser reelegidos.
1978	Se elimina control a priori . CSJ puede inaplicar y suspender leyes hasta decisión final del Congreso. TC realiza observaciones sobre constitucionalidad de decretos y otras normas (exceptuando leyes), lo cual puede ser revisado por el Congreso.	11 miembros, Congreso nombra tres. Se excluye a diputados y senadores; se incluye a altos funcionarios, sus delegados y representantes corporativos	Un año, pueden ser reelectos
1983 reforma constitucional	CSJ puede declarar inaplicable una ley. TGC conoce el caso para determinar si <i>suspense</i> la norma jurídica. TGC puede suspender normas inconstitucionales; Congreso resuelve definitivamente.	11 miembros nombrados por el Congreso , 3 directamente y 8 de ternas enviadas por el presidente, la Corte Suprema, y por colegios electorales de los trabajadores y cámaras de la producción.	2 años, pueden ser reelegidos. Vocales nombrados por Ejecutivo, Legislativo deben reunir iguales requisitos que para magistrados de la CSJ.
1992 reforma constitucional	TC puede suspender leyes y otras normas. Sala Constitucional de CS tiene decisión final.	11 miembros nombrados por 2/3 del Congreso de entre varias listas. Todos los miembros deben ser abogados	4 años, pueden ser reelegidos.

Constitución	Órgano competente*	Integración/ Nombramiento	Período Requisitos
1995-96 re- forma consti- tucional	Se restablece control a priori como atribución del TC, incluyendo ciertos tratados. Todos los tribunales de última instancia pueden inaplicar leyes inconstitucionales. TC tiene decisión final en cuestiones de inconstitucionalidad.	9 miembros nombrados por mayoría absoluta (?) en el Congreso.	4 años, pueden ser reelegidos. Todos los miembros del TC deben reunir los mismos requisitos que magistrados de la CSJ
1998 nueva codificación	Todos los jueces pueden inaplicar normas inconstitucionales.	9 miembros nombrados por mayoría absoluta en el Congreso.	4 años, pueden ser reelegidos.

* Todas las constituciones ecuatorianas han incluido, al menos en términos formales, algún artículo en la Constitución estableciendo que el Congreso es el intérprete final de la Constitución.

Fuentes: Larrea, 1998; Salgado, 2004; Rivadeneira, 2005.

Cuadro 2
ACCIONES DE INTERVENCIÓN POLÍTICA SOBRE EL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL EN ECUADOR
1978-2006

Año	Antecedentes	Tipo de acción
1997	Destitución del presidente de la República, Abdalá Bucaram (6 de febrero).	Destitución del TC
1999	TC juzga constitucionalidad de Ley para las Reforma de las Finanzas Públicas	Congreso destituye al TC
2001	Inconstitucionalidad de aumento del Impuesto al Valor Agregado	Presidente Gustavo Noboa plantea reemplazo del TC por sala constitucional en la Corte Suprema
2004	Reorganización de la Corte Suprema y del Tribunal Supremo Electoral por parte del Congreso (24 nov).	Congreso destituye al TC (noviembre-diciembre) Congreso designa nuevos vocales (25 nov.)
2005	Congreso nombra nuevo TC	Nueva mayoría legislativa deja sin efecto nueva designación de TC. TC queda inactivo por meses.
2007	TC restituye a 50 diputados destituidos por el Tribunal Supremo Electoral.	Destitución del TC (24 de abril).

Fuentes: Ramiro Ávila, "Justicia Constitucional y Derechos Humanos", en *Foro*, No. 4, Quito, Corporación Editora Nacional / Universidad Andina Simón Bolívar, 2005.

Elaboración: Agustín Grijalva y Luis Ávila.

Compromiso político y organismos de control

Juan Pablo Aguilar A.*

El texto analiza la forma en que la Constitución vigente regula la estructura, atribuciones y funcionamiento de los organismos de control y propone la forma en la que el tema debe ser tratado en una nueva Constitución. Para ello, se considera necesario tomar en cuenta la naturaleza de cada institución, lo que implica quitar a la Procuraduría General del Estado el carácter de órgano de control, y establecer un sistema de control fuerte concentrado en una única institución y no, como ocurre actualmente, disperso en varias entidades. La eliminación de la Comisión de Control Cívico de la Corrupción se muestra por ello como necesaria y, para contribuir a la independencia de la Contraloría General del Estado, poner especial atención en el período de funciones del Contralor, a fin de que éste no coincida con los períodos presidenciales. La utilización de las nuevas tecnologías para informar a la ciudadanía y permitir su participación en el control de la gestión pública es, también, indispensable.

FORO

QUÉ ENTENDEMOS POR ORGANISMOS DE CONTROL

Lo primero que conviene hacer, para abordar el tema propuesto, es definir con claridad qué entendemos por organismos de control.

Esto porque el control es una de las funciones propias del Estado y lo ejercen, de una u otra manera, todas las instituciones que lo conforman. En efecto, regular la actividad privada, mediante normas, es uno de los cometidos estatales, pero resulta insuficiente si no viene acompañado del ejercicio de funciones de control que aseguren el efectivo cumplimiento de esas normas.¹

Es claro, entonces, que si bien podemos hablar de organismos de control en áreas específicas de la actividad privada (control tributario, financiero o aeronáutico, por

* Docente de Derecho Administrativo, PUCE y Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Enrique Sayagués Laso, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, Montevideo, Martín Bianchi, 1986, pp. 52-55.

ejemplo), cuando nos referimos a organismos de control, así, genéricamente, no pensamos, precisamente, en el control del ejercicio de las actividades privadas. Y es así porque si todo organismo público, en mayor o menor medida, ejerce atribuciones de control, no tiene sentido hablar de un género en el que todos están incluidos.

Si la referencia a organismos de control no se relaciona con el ejercicio de actividades privadas, es necesario volver los ojos al propio Estado y al control que se ejerce sobre las instituciones que lo conforman.

Este control sobre la actividad estatal se fundamenta en la necesidad de preservar el principio de legalidad, principio básico del Derecho público que nuestra Constitución recoge en el primer inciso de su art. 119;² si todas las actividades de las instituciones del Estado deben someterse a la ley, es necesario asegurar, mediante un control adecuado, que esto ocurra efectivamente, como única forma de hacer efectivas las responsabilidades a las que se refieren los arts. 20, 21, 22, 120 y 121 de la Constitución Política de la República.

Pero también este control se expresa de múltiples maneras, desde el control de constitucionalidad que corresponde al Tribunal Constitucional,³ hasta los controles que los superiores jerárquicos ejercen sobre la actividad de sus subordinados,⁴ pasando por el control político a cargo del Congreso Nacional⁵ o el control de la observancia de los derechos fundamentales que la Constitución asigna al Defensor del Pueblo.⁶

En el lenguaje común existe, sin embargo, cierto acuerdo en considerar que la referencia a control, o a organismos de control, tiene que ver con la corrección en el manejo de los recursos públicos o con lo que podemos denominar fiscalización administrativa, entendida en el viejo sentido de actividad de promoción de los intereses del fisco o, ya que recurrimos a la terminología clásica, del tesoro público.⁷

Se trata, entonces, de un sentido implícito que nos ha llevado a usar un término genérico (organismos de control), cuando nos referimos a una clase específica del control: el que podemos llamar control gubernamental o control hacendario y que, en palabras de Luis Hidalgo López, se refiere a “la administración de recursos financie-

2. “Las instituciones del Estado, sus organismos y dependencias y los funcionarios públicos no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y en la ley, y tendrán el deber de coordinar sus acciones para la consecución del bien común.”

3. Constitución Política de la República, art. 276.

4. Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, art. 77.

5. Constitución Política de la República, art. 130:8 y 9.

6. Constitución Política de la República, art. 96.

7. Es bueno tomar en cuenta que autores como Dromi incluyen en la fiscalización administrativa, la totalidad de actividades de control del Estado, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1997, pp. 743-764.

ros ajenos –de propiedad de la colectividad– por parte de los empleados públicos con destino a la obtención de fines predeterminados –la hacienda pública–, y su control global”.⁸

LOS ORGANISMOS DE CONTROL EN LA CONSTITUCIÓN

Las precisiones que hemos hecho son necesarias porque la Constitución Política de la República, al regular en su título X los que denomina organismos de control, considera que son tales la Contraloría General del Estado, la Procuraduría General del Estado, el Ministerio Público, la Comisión de Control Cívico de la Corrupción y las superintendencias.

Evidentes son las contradicciones entre esta forma de entender el tema y los razonamientos que se han hecho anteriormente. La redacción actual del texto constitucional, sin embargo, se explica por la forma en que ha ido evolucionando la regulación de esta materia desde la primera aparición del Ministerio Público, la Contraloría General y la Superintendencia de Bancos en la Constitución de 1929.

En resumen, y para no entrar en detalles,⁹ nuevas instituciones que surgieron a

-
8. Luis Hidalgo López, *La responsabilidad civil de los empleados públicos. Las glosas de la Contraloría*, Quito, Pudeleco, 1996, pp. 103-104.
 9. La siguiente es la evolución constitucional en esta materia: la Constitución de 1929 es la primera que menciona a varias de estas instituciones. En ella se hace referencia expresa, en título aparte, al Ministerio Público, cuyo ejercicio se encarga al Procurador General de la Nación (art. 134) y, si bien no se habla de la Contraloría General ni de la Superintendencia de Bancos, sí se regulan, en varios artículos, el nombramiento y las funciones del Contralor y del Superintendente (arts. 30, 50: 5, 105, 115 y 117: 11). La Constitución de 1945 mantiene un título dedicado al Ministerio Público, también a cargo del Procurador General de la Nación (título XI, arts. 134-136), y añade uno más en el que agrupa a la Contraloría General de la Nación y a la Superintendencia de Bancos (título XII, arts. 137-140). Es la Constitución de 1946 la que incluye a todas estas instituciones en un solo título, el X, que se titula “organizaciones varias” e incluye una sección dedicada al Consejo de Estado, otra al Ministerio Público a cargo del Procurador (arts. 147-148) y una tercera a la Contraloría y a la Superintendencia de Bancos (arts. 148-152). También la Constitución de 1967 agrupa a todas las instituciones a las que nos referimos en un título único, el X, que se denomina “otros organismos del Estado”, pero trata a la Contraloría y a la Superintendencia de Bancos en dos capítulos distintos e incluye una nueva superintendencia: la de compañías. La Constitución vigente, en su texto original de 1978, mantiene un título, el IV, que denomina impropiaamente “organismos del Estado”, en el que se incluyen tres secciones, una que se refiere al Tribunal Supremo Electoral (art. 109); otra sobre la Procuraduría General del Estado, a la que se encarga el ejercicio del ministerio público (arts. 110-112); y una tercera que se denomina “organismos de control” y que incluye a la Contraloría General del Estado y a las superintendencias de bancos y de compañías (arts. 113-116). Las reformas constitucionales, codificadas en 1996, mantienen idéntico tratamiento (título V, arts. 137-147), pero crean una sección especial destinada al ministerio público, cuyo ejercicio se encarga al Ministro Fiscal General (arts. 141-142). Una reforma constitucional de julio de 1997 agrega un nuevo organismo de control: la Superintendencia de Telecomunicaciones (ley sin número, Registro Oficial 120, 31 de julio de 1997). El texto vigente de la Constitución mantiene la agrupación de todas las instituciones que hemos señalado en un mismo título, pero excluye de él al Tri-

partir de la década de 1920 (el Ministerio Público a cargo de la Procuraduría General, la Contraloría y la Superintendencia de Bancos) fueron incluidas en un grupo único para su tratamiento constitucional, grupo que la Constitución de 1946 denomina, con mucha propiedad, “organizaciones varias” y la de 1967 pasa a llamar, también apropiadamente, “otros organismos del Estado”. Igual cosa se hizo con las instituciones que surgieron posteriormente (las nuevas superintendencias, el Ministerio Público separado de la Procuraduría General del Estado y la Comisión de Control Cívico de la Corrupción).

La Constitución de 1978 habla únicamente de “organismos del Estado”, como si no hubiera otros que deban recibir la misma denominación, pero se refiere ya a la Contraloría y a las superintendencias como organismos de control; el texto vigente de la Constitución, por último, convierte a todas estas organizaciones varias de la Constitución de 1946 u otros organismos del Estado de la de 1967, en organismos de control.

En otras palabras, las instituciones a las que nos hemos referido tienen un tratamiento y una denominación común porque, desde su nacimiento constitucional, estuvieron juntas dentro de un mismo grupo de organismos del Estado.

Es preciso, sin embargo, hacer una clasificación más precisa, que considere como organismos de control únicamente a los que lo son en sentido estricto, esto es, conforme a lo ya dicho, los que ejercen funciones de control gubernamental o hacendario, dirigidas a velar por la correcta utilización de los recursos públicos.

PROCURADURÍA, MINISTERIO PÚBLICO Y SUPERINTENDENCIAS

Antes de referirnos a los organismos de control propiamente dichos, conviene dejar de lado a las instituciones que, pese a no serlo, son consideradas tales por la Constitución.

La primera es la Procuraduría General del Estado cuyo titular, el Procurador General, es el representante judicial del Estado,¹⁰ al que la Constitución le asigna funciones de patrocinio y asesoramiento legal,¹¹ ninguna de las cuales puede ser consi-

bunal Supremo Electoral, incluye a la Comisión de Control Cívico de la Corrupción, se refiere a las superintendencias de manera general y utiliza, para referirse a todas estas instituciones, la denominación organismos de control.

10. Constitución Política de la República, art. 215: “El Procurador General será el representante judicial del Estado y podrá delegar dicha representación, de acuerdo con la ley. Deberá reunir los requisitos exigidos para ser ministro de la Corte Suprema de Justicia”.

11. Constitución Política de la República, art. 216: “Corresponderá al Procurador General el patrocinio del Estado, el asesoramiento legal y las demás funciones que determine la ley”.

derada como de control. La Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado ha pretendido dar contenido al calificativo constitucional recalcando que la Procuraduría es un “organismo público de control”¹² y asignándole la supervisión de la ejecución de algunos contratos públicos¹³ (supervisión que no puede hacerse desde el punto de vista exclusivamente jurídico) y “precautelar el control de la legalidad de los actos del sector público y los intereses del Estado”¹⁴ (que no es sino una expresión de sus funciones de asesoría jurídica).

El Procurador es el abogado del Estado y, como tal, tiene con este último la misma relación que cualquier abogado con sus clientes. Esta relación, que es la esencia de la función de la Procuraduría, se desdibuja cuando se la quiere considerar como organismo de control; un abogado asesora, aconseja y representa judicialmente a su cliente, no le controla. Actividades como la emisión de informes previos para determinados contratos son actividades de asesoría jurídica y no labores de control, si se entiende estas últimas como vigilancia del uso de los recursos públicos y su correcta utilización.

Conviene tomar en cuenta que la Procuraduría General del Estado tiene su razón de ser en la representación judicial y la asesoría a las instituciones que conforman la persona jurídica Estado; carece de sentido, por ello, su presencia en el caso de instituciones con personalidad jurídica que, como tales, cuentan con sus propios representantes legales y judiciales. Las atribuciones de la Procuraduría, por ello, deben limitarse a la persona jurídica Estado y dejar bajo la competencia de sus propios procuradores o asesores legales, a las demás personas jurídicas de Derecho público, lo que adicionalmente le liberaría de una grande e innecesaria carga de trabajo.

En el caso del Ministerio Público, su función es específica y nada tiene que ver con el control, salvo que demos al concepto un sentido mucho más amplio que el propuesto anteriormente. Sus competencias, conforme el art. 219 de la Constitución, son las de dirigir y promover la investigación preprocesal y procesal penal y, de ser el caso, acusar a los presuntos infractores ante los jueces y tribunales competentes.

La atribución que el mismo artículo le asigna para coordinar y dirigir la lucha contra la corrupción, si bien se relaciona con el tema que nos preocupa no es, ni mucho

12. Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, art. 1: “La Procuraduría General del Estado es un organismo público de control, con personería jurídica, patrimonio y fondos propios, autonomía administrativa, presupuestaria y financiera, dirigido y representado legalmente por el Procurador General del Estado. Tendrá su sede en la Capital de la República y podrá establecer delegaciones distritales o provinciales, de acuerdo a sus necesidades administrativas”.

13. Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, art. 3: g.

14. Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, art. 13: 6.

menos, la principal función del Ministerio Público ni justifica, por sí sola, la inclusión de la institución entre los organismos de control. Es claro que el Ministerio Público debe intervenir ante la comisión de delitos contra la administración pública y, concretamente, delitos que se relacionen con el uso indebido de los recursos públicos, pero su razón de ser no es esa; en otras palabras, el Ministerio Público actúa en estos casos no porque la administración y sus recursos se encuentren involucrados, sino porque se trata de delitos.

Aparte de lo dicho, ni la Constitución ni la letra l) del art. 2 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, que repite el texto constitucional, especifican la forma en que se hará efectiva la dirección y coordinación de la lucha contra la corrupción, ni se llega en ningún momento a conferir, a quien ejerza la Fiscalía General, competencias concretas para dirigir a los demás organismos que la Constitución considera como de control, lo que hace que la norma no sea ni eficaz ni efectiva. No creo equivocarme si aseguro que las normas citadas son letra muerta.

Las superintendencias son, indudablemente, organismos de control, pero conforme la diferenciación que hemos hecho inicialmente, se trata de un control de las actividades privadas, que no se relaciona con el que se hace sobre el manejo de recursos del sector público. En esencia, las superintendencias no se diferencian de otros organismos que ejercen atribuciones similares, pero que no han sido establecidos constitucionalmente; el Consejo Nacional de Electrificación, la Dirección de Aviación Civil o la Dirección de Cooperativas, son un buen ejemplo de ello.

La constitucionalización de las superintendencias se explica más por motivos históricos o por el mayor peso que se ha concedido al control de ciertas áreas, que por exigencias de técnica jurídica o de la organización administrativa. No hay, entonces, razones de fondo para dar a las superintendencias un tratamiento distinto del que se concede a otros organismos de regulación y control de actividades privadas.

COMISIÓN DE CONTROL CÍVICO DE LA CORRUPCIÓN

Organismos de control propiamente dichos, esto es, encargados de velar por el buen uso de los recursos públicos, solo son dos de los mencionados por la Constitución: la Comisión de Control Cívico de la Corrupción y la Contraloría General del Estado.

Analicemos, pues, a estas dos instituciones y revisemos la conveniencia de mantener o modificar el tratamiento que reciben en la Constitución vigente.

La Comisión de Control Cívico de la Corrupción fue establecida, originalmente, como Comisión Anticorrupción, con propósitos definidos, expresados en los consi-

derandos del Decreto Ejecutivo que la creó;¹⁵ esos propósitos surgían de las especiales circunstancias históricas vividas por el Ecuador a inicios de 1997, circunstancias que parecían justificar que se pusiera especial atención a las actuaciones del depuesto gobierno de Abdalá Bucaram sobre el que, como dice el primero de los referidos considerandos, habían “recaído múltiples denuncias de manejos desordenados e irresponsables de las entidades, bienes y recursos del sector público”.

La Comisión tuvo, inicialmente, carácter temporal, como se desprende del Decreto Ejecutivo 506,¹⁶ que tres meses después de creado el organismo dispuso que el mismo se mantendría en funciones hasta el 10 de agosto de 1998. Pero no solo que esto no ocurrió, sino que la Comisión adquirió rango constitucional mediante las reformas aprobadas y codificadas por la Asamblea de 1997 a 1998 que, como hemos visto, la incluyó entre los organismos de control.

Nos encontramos, entonces, frente a un organismo que nació en una circunstancia histórica especial y para responder a necesidades políticas concretas; nunca, sin embargo, ha encajado en la lógica del sistema ecuatoriano de control, ni ha tenido más atribuciones que las de investigación y denuncia. Su existencia, por eso, no se justifica.

En efecto, ¿qué sentido tiene contar con dos organismos públicos encargados de un mismo ámbito de control? Peor aún, ¿cuál es la razón para mantener esos dos organismos, si uno de ellos no puede ejercer sus competencias sin recurrir a otras instituciones del Estado?

Como veremos enseguida, la columna vertebral del sistema ecuatoriano de control es la Contraloría General del Estado. Es ésta la que tiene atribuciones, tanto para investigar las actuaciones relacionadas con el manejo de los recursos públicos, como para determinar responsabilidades e imponer sanciones en los casos en que se justifique. Solo en materia penal la Contraloría se limita a remitir la información correspondiente al Ministerio Público,¹⁷ pero hubo un tiempo en que incluso en este campo las atribuciones de la entidad eran mayores: si se revisa el texto original del art. 342 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control,¹⁸ podrá constatar que los funcionarios de la Contraloría General que encontraban indicios de responsabilidad penal podían, con el solo visto bueno del respectivo jefe de equipo, ordenar la detención provisional del presunto responsable y ponerlo a disposición del juez penal dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes.

15. Decreto Ejecutivo 107-A, Registro Oficial 19, 10 de marzo de 1997.

16. Suplemento del Registro Oficial 120, 31 de julio de 1997.

17. Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, art. 65.

18. Registro Oficial 337, 16 de mayo de 1977.

Si existe un organismo de control y éste cuenta con los instrumentos necesarios para el buen ejercicio de sus atribuciones, si la Constitución y la ley han construido un sistema adecuado para controlar el manejo de los recursos públicos y sancionar a quienes mal utilicen estos últimos, ¿qué justifica la creación de un nuevo organismo de control como la Comisión de Control Cívico de la Corrupción?

Sin duda, solo razones de orden político.

En efecto, hemos visto que la Comisión nació en un especial momento histórico, como respuesta a demandas surgidas por la percepción generalizada de que los actos de corrupción se habían multiplicado de una manera inadmisibles y de que el sistema de control, la Contraloría General, específicamente, no funcionaba.

El gobierno que sustituyó al de Abdalá Bucaram necesitaba hechos concretos que hicieran evidente su compromiso en la lucha contra la corrupción; crear la Comisión fue el acto político que permitió mostrar el interés gubernamental en el tema.

La Comisión, sin embargo, podía justificarse como lo que fue en un inicio: un organismo temporal, llamado a poner especial atención en un gobierno cuyas actuaciones se consideraban especialmente dignas de investigación y sanción. Pero cuando se piensa en establecer un organismo permanente, lo primero que se debe resolver es la relación que ese organismo mantendrá con el sistema de control existente o, en otras palabras, la manera en que la creación de ese organismo reforma y perfecciona el sistema de control.

Pero, como veremos, los problemas del control no están en la ingeniería institucional del sistema, ni dependen de simples reformas legislativas. Por eso, la Comisión de Control Cívico de la Corrupción fue concebida desde un inicio, no como parte de una reforma estructural del sistema de control, sino como un organismo paralelo a la Contraloría General, que en nada toca la organización y funciones de ésta.

En definitiva, se trató de crear más una apariencia que una esencia, pues si el problema eran las deficiencias del sistema de control, no parece que éstas pudieran solucionarse manteniendo intocado ese sistema y creando, para que funcione paralelamente a éste, una nueva estructura de control que, para empeorar las cosas, cuenta con atribuciones limitadas.

Si comparamos las competencias que se asignan a la Contraloría y a la Comisión, veremos que tanto a la una como a la otra se atribuyen funciones relacionadas con la investigación del buen manejo de los recursos públicos. La diferencia está en que la Contraloría puede, por sí misma, establecer responsabilidades y sancionar a quienes hayan actuado irregularmente; la Comisión, por más elementos que haya reunido para establecer que, en efecto, se cometieron actos indebidos, no puede hacer más que poner sus investigaciones en conocimiento de la Contraloría General o del Ministerio Público.

¿Qué sentido tiene crear una institución si ésta se limita a ejercer las mismas competencias que ya se han asignado a otra?

Los resultados prácticos del trabajo de la Comisión son un factor adicional que refuerza lo que hasta aquí se ha dicho. La Comisión investiga, establece indicios de responsabilidad y remite los casos a las instituciones que deben adoptar medidas, ¿qué se consigue con ello? Difícil saberlo. El informe de labores de la Comisión del año 2005¹⁹ nos hace saber que existe una unidad administrativa encargada del seguimiento de los casos remitidos a las instituciones encargadas de emitir las resoluciones correspondientes y que esa unidad abre un expediente por cada recomendación que realiza la Comisión. Lo único que nos dice el informe, sin embargo, es que desde el año 2000 se ha dado seguimiento a 737 recomendaciones de la Comisión,²⁰ pero no sabemos si éstas fueron acogidas o desechadas y en qué porcentaje.

El caso es grave, porque periódicamente la Comisión informa sobre sus hallazgos y sobre los indicios de responsabilidades que ha podido establecer, pero no es posible saber cuántos errores pudieron cometerse en el trabajo de la Comisión o si los involucrados desvanecieron o no las imputaciones que se les hicieron. Si a esto añadimos que la Comisión se limita a investigar los hechos, pero que el derecho de defensa de los imputados se ejerce ante los organismos competentes para imponer sanciones, no queda sino admitir que se ha creado una entidad que hace públicas posibles irregularidades, pese a que puede establecerse que éstas no son tales una vez que los hechos se contrastan debidamente o los imputados ejercen su derecho de defensa.

Puede sostenerse, sin embargo, que las recomendaciones de la Comisión no son atendidas por las deficiencias propias de un sistema de control aquejado por las mismas enfermedades que está llamado a remediar. Pero si esto es así, la solución no es crear un organismo paralelo que choque indefinidamente contra la ineficiencia de los entes de control, sino acometer los cambios que estos últimos requieren para cumplir a cabalidad los cometidos que tienen asignados.

¿Se justifica, al menos, la existencia de la Comisión como una instancia de control desde la ciudadanía? Creo que no, porque tanto el Contralor General como los miembros de la Comisión de Control Cívico de la Corrupción son funcionarios públicos y como tales actúan. ¿La forma de designación implica alguna diferencia? Tampoco, porque lo que se ha hecho simplemente es recurrir a dos variantes de la representación: en el caso del Contralor, la decisión de representantes elegidos por voto popular; en el caso de los miembros de la Comisión, dudosamente democrática la

19. Puede consultarse el documento en www.comisionanticorrupcion.com

20. Página 126 del informe.

representación corporativa²¹ que, por otro lado, mostró ya sus deficiencias cuando se trató de integrar la Comisión actualmente en funciones.

LA CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO

Que la Comisión de Control Cívico de la Corrupción sea innecesaria no implica que el sistema de control ecuatoriano funcione adecuadamente. De hecho, hay muchos indicios que apuntan a la existencia de graves deficiencias que es necesario solucionar.

Conviene preguntarse, sin embargo, si esas deficiencias son de aquellas que exigen una reforma legal o, peor aún, si el problema está en que la Constitución aborde el tema de manera inadecuada.

Tal vez convenga, para solucionar estas inquietudes, preguntarse sobre qué entendemos por sistema de control y cómo debe estructurarse para que funcione adecuadamente.

En principio un sistema de control, para ser verdaderamente tal, debe impedir que se cometan actos irregulares en el manejo de los recursos públicos y permitir, si estos se cometen, que puedan ser investigados, conocidos y sancionados.

¿Existe esto en el Ecuador? Una simple revisión de la Constitución y de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado muestra que sí.

La ley últimamente citada, por ejemplo, establece con claridad que el control debe ser previo, continuo y posterior,²² esto es, que debe estar presente en todos los momentos de la actividad pública. Tanto la Constitución como la ley confieren a la Contraloría potestades suficientes para investigar, determinar responsabilidades y sancionar las actuaciones irregulares relacionadas con el manejo de los recursos públicos.

¿Dónde está el problema? Evidentemente, no en las disposiciones legales.

En efecto, si pensamos que son éstas las que deben modificarse, debemos inventar algún sistema alternativo al vigente, pero ni bien nos pongamos a la obra podemos

21. Según el art. 4 de la Ley Orgánica de la Comisión de Control Cívico de la Corrupción, integran la Comisión siete vocales elegidos por el Consejo Nacional de Universidades y Escuelas Politécnicas; la Asociación Ecuatoriana de Editores de Periódicos, de Canales de Televisión, de Radiodifusión y la Federación Nacional de Periodistas; las federaciones nacionales de las cámaras de la producción; las centrales sindicales y organizaciones indígenas, afroecuatorianas y campesinas de carácter nacional, legalmente reconocidas; las organizaciones nacionales de mujeres, legalmente reconocidas; y, las organizaciones de derechos humanos y de defensa de los consumidores, legalmente reconocidas.

22. Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, art. 12.

constatar que poco se puede innovar en la materia y, salvo ciertas reformas puntuales, el esquema básico seguirá siendo el mismo.

Si, como parece, los instrumentos son adecuados, el problema está, sin duda, en su utilización.

Y aquí sí vamos a encontrar serias dificultades.

Las deficiencias del sistema de control no son, en realidad, deficiencias de su estructura institucional, sino de la forma en que la Contraloría General del Estado encara su trabajo. Esa forma tiene mucho que ver con la importancia que se da a determinados temas, en detrimento de otros, y con la carga de trabajo que implica atender problemas secundarios, dejando de lado los que tienen verdadera importancia.

Pero también es bueno tomar en cuenta que los resultados del trabajo de la Contraloría muestran que dentro de ella no ha llegado a comprenderse a cabalidad el sistema de control que está en sus manos. Un buen ejemplo de ello es un tema que ha sido ya estudiado en detalle por personas más capacitadas:²³ la determinación de responsabilidades.

Temas tan básicos como la noción de culpa o la necesaria relación de causa a efecto que debe existir entre un hecho y un daño, parecen ser desconocidos por muchos de los funcionarios que tienen a su cargo la determinación de responsabilidades. El resultado: resoluciones deficientes, ejemplos destacados de cómo no hacer una argumentación jurídica y personas acusadas injustamente sobre la base de criterios que ningún tribunal acogería como válidos.

Sobre este tema basta hacerse una pregunta: ¿cuántas de las responsabilidades determinadas por la Contraloría General pasan la prueba de los tribunales contencioso administrativos?

Lamentablemente, como en el caso de las resoluciones de la Comisión de Control Cívico de la Corrupción, tampoco aquí hay estadísticas que puedan resultar esclarecedoras. Los informes de la Contraloría traen siempre datos de cuántas responsabilidades, y por qué monto se establecieron, pero no nos es posible saber cuántas de esas se hicieron efectivas.

Hay, entonces, un problema de actuación institucional que nada tiene que ver con la reforma constitucional y legal. Lamentablemente, el esfuerzo que requiere modificar esa actuación institucional es, sin duda, más grande que el que implica aprobar un Decreto Ejecutivo o una reforma legislativa; esa es, sin duda, la explicación de

23. Un análisis completo y detallado sobre el tema se hace en Luis Hidalgo López, *La responsabilidad civil de los empleados públicos. Las glosas de la Contraloría*.

que se prefiera crear comisiones o secretarías anticorrupción, que siempre son noticia, a emprender el duro y callado trabajo de la reforma institucional.

Pero si problemas como los anotados no pueden solucionarse con cambios en la Constitución o en la ley, hay un tema que al parecer preocupa a todos quienes, al tratar sobre las posibles reformas constitucionales, se refieren a los organismos de control: la forma de designación del Contralor General.

Personalmente, no creo mucho en las novelorías que se puedan inventar en esta materia.

Desde que la Contraloría General del Estado adquirió rango constitucional, la designación del Contralor fue hecha por el Congreso Nacional, de la terna presentada por el Presidente de la República;²⁴ solo la Constitución de 1945 estableció que el nombramiento lo haría el Congreso, sin necesidad de terna.²⁵ Es la Constitución vigente la que invirtió los términos, disponiendo que al Contralor debe designarlo el Presidente de la República, de terna enviada por el Congreso;²⁶ el texto constitucional, sin embargo, tiene graves defectos, a los que pueden imputarse el bloqueo que, hasta hace poco, ha existido en la elección del Contralor.

En efecto, cuando se trata del Contralor la Constitución no establece los recaudos que pone para otras designaciones que se hacen sobre la base de ternas presentadas por el Presidente de la República. En estos casos, la Constitución fija un plazo para la presentación de la terna y, si ésta se pone en conocimiento del Congreso, un plazo para la elección; el incumplimiento de los plazos ocasiona, en el primer caso, que el Congreso pueda hacer la designación directamente y, en el segundo, que quien ocupa el primer lugar de la terna asuma la función para la que fue candidatizado.

En el caso del Contralor, ninguno de esos plazos existe y las consecuencias las hemos vivido: el Congreso pasó cuatro años sin presentar la terna y, una vez presentada, muy bien pudo ocurrir que el Presidente de la República la dejara en el limbo si se empeñaba en impedir que cualquiera de los candidatizados se convirtiera en Contralor.

Pero la preocupación de quienes se refieren a este tema va más allá de estos defectos de ingeniería legal. A lo que apuntan es a lo que denominan despolitización de los organismos de control o, mejor, la creación de un sistema capaz de asegurar la independencia del Contralor General frente a los partidos políticos y a las funciones del Estado.

24. Constitución de 1929, art. 50: 5; Constitución de 1946, art. 55:4; Constitución de 1967, art. 227; Constitución de 1979, art. 59: j.

25. Art. 34: 24.

26. Art. 130: 12.

Suena bien, ¿pero cómo lograrlo? La novelería puede ser inagotable si se trata de dar salidas a este problema; no creo, sin embargo, que esas salidas sean adecuadas, ni que aseguren conseguir el objetivo propuesto.

La elección popular, por ejemplo, tiene a los partidos como principales protagonistas, con candidatos propios; la designación corporativa solo reduce el número de los posibles interesados y no garantiza que puedan evitarse manipulaciones externas, como ya se ha visto en casos como el del Tribunal Constitucional; la creación de comisiones especiales puede ser una buena alternativa si todos, cada vez que se deba designar al Contralor, pueden ponerse de acuerdo qué personas deben integrarlas y confiáramos en sus decisiones (la designación de la última Corte Suprema fue una buena muestra de los problemas a los que puede enfrentarse esta alternativa).

Toda posible solución tropieza con el mismo problema: ¿Quién debe hacer la designación? ¿Cómo asegurar que esta última no responda a intereses determinados?

Convertir en realidad el deseo general de un sistema de designación que destierre conveniencias particulares y políticas es, sin embargo, una simple ilusión que tropieza con la imposibilidad de conseguir una persona o un grupo de personas perfectas y carentes de intereses.

Mucho se habla de la *meritocracia*, de la necesidad de que la elección no quede librada al arbitrio del Congreso o del Presidente y de que responda a un concurso que permita escoger a la persona más capacitada para desempeñar el cargo. Otra vez, sin embargo, la pregunta es la misma: ¿quién maneja el concurso? La elección de la Corte Suprema y la reciente de Fiscal General son buenos ejemplos de la puesta en práctica de esta alternativa.

Por mi parte, desconfío de la posibilidad de establecer un sistema matemático que nos permita encontrar al funcionario ideal. Pensemos, por ejemplo, en los muchos pésimos profesores que hemos debido aguantar a lo largo de nuestra vida y en los puntos que van a conseguir en un concurso por sus años de docencia; pensemos en profesionales brillantes que no han publicado libros y en mediocres escritores que nos inundan de adefesios; o en los muchos graduados y posgraduados que con un simple cartón pueden haber superado en puntaje a Alfredo Pareja Diezcanseco, que no fue bachiller.

La ilusión de la elección perfecta, desinteresada, “apolítica”, es solo eso: una ilusión. La sociedad está llena de intereses y, sin duda, estos son mayores en temas como el que nos ocupa. Conviene, entonces, resignarnos a vivir con ellos, porque solo si dejamos de ignorarlos podemos encontrar caminos para neutralizarlos de alguna manera, aunque sepamos que siempre pueden acabar ganando la partida.

Dos caminos se me ocurren para esa neutralización.

El primero parece simple, pero sin duda tendrá algún mérito, pues en repetidas ocasiones se ha impedido que pueda ponerse en práctica. Me refiero a la necesidad de establecer períodos para el Contralor General que sean distintos de los del Congreso y el Presidente de la República. Un período de seis o, mejor, siete años, puede asegurar, por ejemplo, que en determinados momentos el Contralor no tenga relación con el gobierno de turno o que, incluso, a este último no le corresponda participar en la elección de Contralor.

El segundo camino tiene que ver con la participación ciudadana, participación que no debe ser entendida desde el punto de vista corporativo que ha primado, por ejemplo, en el caso de la Comisión de Control Cívico de la Corrupción, sino a partir de los nuevos instrumentos que pone en nuestras manos la tecnología.

Todo lo que recientemente se ha avanzado en materia de transparencia informativa, por ejemplo, constituye un aporte invaluable en la lucha contra actuaciones administrativas irregulares. Transparentar procedimientos y actuaciones es, sin duda, el mejor camino para impedir abusos y corruptelas y creo que es un campo en el que debe trabajarse con denodado esfuerzo y en el que el progreso técnico nos ha proporcionado instrumentos privilegiados.

En definitiva, no creo que los principales problemas que afronta el Ecuador en materia de control tengan que ver, fundamentalmente, con la reforma constitucional o legal. Quedarnos en ella distrae del trabajo principal, crea novelorías inútiles y, lejos de consolidar una institucionalidad fuerte para el control de los recursos públicos, dispersa esfuerzos, multiplica el gasto, genera desconfianza y reproduce la ineficiencia.

La Constitución económica, más allá del neoliberalismo

Julio César Trujillo Vásquez*

Se analiza los principios y normas relativas a la Constitución económica del Ecuador, desde la perspectiva del Estado social y democrático de Derecho. Se realiza un estudio crítico de los derechos en los que se sustenta la intervención del Estado en la economía con especial énfasis en el de propiedad e igualdad. Adicionalmente se revisan las funciones del Estado, los órganos y facultades de los que puede valerse para cumplirlas; entre ellos, la regulación de relaciones económicas y sociales, la dirección global y planificación de la economía, la promoción y el fomento, los servicios públicos, la gestión empresarial, la actividad financiera, el régimen tributario y el presupuesto, la política crediticia y la competencia entre otras.

FORO

INTRODUCCIÓN

Todas las normas de la Constitución Política de la República deben ser entendidas en el marco del Estado social y democrático de derecho, que es como el art. 1 califica al Estado ecuatoriano.

Es por demás sabido que el Estado social justifica la intervención de éste en la vida económica, social y cultural de los que expresamente se abstenía el Estado liberal de derecho del siglo XIX y por esto el Estado social constituye un compromiso entre la organización del Estado liberal abstencionista y la organización que, en su hora, adoptó el Estado socialista según el marxismo leninismo que actuaba “no solo como portador del poder político, sino también como propietario de los medios de producción”.¹

* Docente y director del Taller de Constitucionalismo y Democracia del Área de Derecho, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. V. Láptev, redactor responsable, *Derecho Económico*, traducido del ruso por Lic. René Gómez Manzano, Moscú, Editorial Progreso, 1983, p. 26.

Pero, como los términos Estado social fueran también acogidos por los modelos de Estado que, en Europa, configuraron los fascismos que se extendieron en Alemania, Italia, España, Portugal y amenazaron a otros Estados del mismo continente, el término democrático parece útil para diferenciar a los modelos que rigen la mayoría de Estados europeos y a buen número de los latinoamericanos de esos y otros modelos en los que no rige la democracia liberal.²

A partir de la década del 30 del siglo XX, las constituciones de Latinoamérica, aunque sin denominar así a los Estados que rigen o pretenden regir, acogen elementos del Estado social; México es el pionero con su Constitución 1917.³

Actualmente, todos los Estados miembros de la Comunidad Andina –CAN– adoptan, con diferentes términos, el modelo del Estado social y democrático de derecho y porque este modelo ha servido lo mismo a regímenes en los que son importantes los aportes del socialismo democrático y a los regímenes solapadamente neoliberales, es necesario desentrañar los elementos con los que, en cada país, se trata de justificar la calificación adoptada.⁴

CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN ECONÓMICA

Con la Constitución de Weimar (1919) se empezó a hablar, en la doctrina constitucional alemana, de la Constitución económica para referirse a los principios y normas de jerarquía constitucional que se ocupan de determinar el sistema económico del país, del régimen de propiedad de los bienes de producción, de las funciones y límites que se fijan a la intervención del Estado en la economía, organización social y cultura y de los medios de que debe valerse para lograr la garantía y goce efectivo de los derechos de la persona, especialmente de los derechos sociales, económicos y culturales.

-
2. Ángel Garrarena Morales, *El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho*, Madrid, Editorial Tecnos S.A., 1991, pp. 30-41, 4a. reimp. Otra diferencia sustancial que, mi juicio, hay que tener en cuenta es entre el Estado de bienestar (Welfare State) y el Estado social y democrático de derecho que está en que mientras en éste la intervención del Estado en los campos económicos, social y cultural está prescrita en el ordenamiento jurídico del mismo Estado, en cambio, en el Estado de Bienestar los campos y medios de la intervención dependen de las políticas públicas a cargo del Jefe de Gobierno. Ver 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., pp. 300 y ss.
 3. Cuba es el único país latinoamericano que constitucionalmente se define como un Estado socialista (art. 1), en el que rige la propiedad socialista de los bienes de producción (art. 15), salvo la pequeña propiedad de la tierra y otros medios e instrumentos de producción (art. 20) y la actividad económica se organiza y dirige por el Plan Único de Desarrollo Económico y Social (art. 16).
 4. La Constitución de Bolivia define a ésta como Estado social y democrático en el art. 1.II, la de Colombia en el art. 1, la del Perú en el art. 43, y la de la República Bolivariana de Venezuela en el art. 299.

Desde entonces y muy especialmente después de la Segunda Guerra Mundial muchas constituciones, sobre toda europeas, a diferencia de las constituciones del siglo XIX, contienen normas y principios al respecto, dentro del marco jurídico del Estado social y democrático de derecho. La nuestra viene haciéndolo desde la Constitución de 1929 aunque la calificación de Estado social y democrático se introdujo en las reformas de 1998.

El Ecuador, en el art. 1 de la Constitución, repetimos, se autodenomina Estado social y democrático de derecho y en el art. 244 añade que la economía se inscribe en el sistema social de mercado y de economía mixta, en el que la propiedad privada y la comunitaria de los bienes de producción coexisten con la propiedad estatal y en el que mientras la gestión de la economía se rige por la planificación, más o menos efectiva del Estado, en el sector público, prevalecen las leyes del mercado en el sector privado, aunque con intervención relativamente importante del Estado mediante la regulación de la competencia, las políticas de fomento, promoción, organización de empresas y servicios públicos, etc.

La propiedad y si se quiere el sector comunitario, salvo las cooperativas, no ha merecido el desarrollo legislativo que, con razón, exigen sus partícipes.

La intervención del Estado en la economía parte de la revisión o reconceptuación de dos de los derechos que vienen reconocidos desde las primeras declaraciones de derechos del siglo XVIII; estos son el derecho de propiedad y el de igualdad.

LA PROPIEDAD

Locke fue de los primeros en asignar al Estado la función de reconocer y garantizar el derecho de propiedad, pero tuvo cuidado en aclarar que este término comprende todos los derechos de la persona, además del derecho de usar, gozar y disponer de los bienes de producción y de consumo; más tarde la Revolución Francesa y la burguesía encontró en la acepción lockiana del derecho de propiedad el fundamento del derecho de propiedad privada de los bienes de producción y de la teoría de los derechos subjetivos.⁵

El Estado ecuatoriano, respeta la tradición de garantizar la propiedad como derecho civil y también en la acepción de derecho a usar, gozar y disponer de bienes de producción, pero a éste lo matiza con la propiedad estatal y la comunitaria y además lo condiciona al cumplimiento de la función social, a tono con las exigencias de su condición de Estado social y democrático de derecho.

5. John Locke, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, traducción y notas de Carlos Mellizo, Madrid, El libro de bolsillo, Filosofía, Alianza Editorial, 2000, pp. 134 y ss.

La propiedad privada

En el Ecuador desde 1929, de modo más categórico en 1945, la garantía del derecho de propiedad sobre los bienes de producción viene vinculada al cumplimiento de su función social, término cuyo concepto debe ser determinado por la ley y de hecho lo ha sido, en varios cuerpos normativos, aunque no de manera uniforme y permanente a través del tiempo.

La actual Constitución hace una importante distinción; en primer lugar garantiza el derecho de todos los habitantes del Ecuador para acceder a la propiedad (art. 23.23) y la obligación del Estado de adoptar planes y programas permanentes y periódicos para el efectivo goce de éste y de todos los demás derechos constitucionalmente reconocidos (art. 17), en segundo lugar, compromete al Estado garantizar el derecho de los actuales propietarios de los bienes de producción a condición de que cumplan la función social (art. 30).

Esto significa dos cosas: primero, que el Estado debe remover todos los obstáculos y/o impedimentos para que, los habitantes del Ecuador que no tienen ahora mismo ningún bien de su propiedad, puedan llegar a tenerlo en cuanto sea necesario para su realización personal, la misma Constitución se refiere a algunos bienes que, a su juicio, reúnen esta calidad de necesarios, tales son la vivienda (art. 33) y los bienes de producción de toda especie organizados en la empresa (art. 31), este precepto además de prever la legislación que facilite la reforma de la empresa para hacer efectiva la democracia económica, requiere la participación de los trabajadores en la gestión de la empresa.

Asimismo, la Constitución considera la propiedad sobre la tierra como derecho necesario, en cuanto medio de trabajo y de realización personal para los habitantes del campo que desean dedicarse a las actividades agropecuarias y forestales (art. 267).

La función social está claramente vinculada a los objetivos de la organización de la economía, uno de los cuales es la distribución equitativa de la riqueza (art. 243.4); para el efecto el Estado es investido de la facultad de expropiar cualquier clase de bienes y aun sectores de la economía (art. 33). Esta facultad para determinados objetivos no requiere de ley que la singularice y regule, porque la misma Constitución los determina.

Con esta justificación faculta a las municipalidades expropiar terrenos de propiedad privada y aun reservar áreas más o menos extensas de terrenos, para hacer realidad los derechos a la vivienda y a un medio ambiente sano (art. 32), aún más, también puede expropiar terrenos para el futuro desarrollo de los centros poblados que debe ser programado de acuerdo con la Ley de Régimen Municipal. De esta forma en la función social se ha incluido la función ambiental o ecológica, como prefieren

decir otros ordenamientos jurídicos; esta tesis ha sido adoptada por el Tribunal Constitucional en la Resolución (fallo) dictada en el caso No. 0328-2003-RA que se publica en la Gaceta Constitucional No. 13.

Otra área en la que la expropiación es un imperativo para el Estado ecuatoriano es el área agropecuaria, ya que para ello el art. 267 le impone la tarea de erradicar la pobreza rural y dar acceso a los pobres a los recursos productivos de todo género, para el efecto, le autoriza emplear medidas redistributivas y proscribire el latifundio y, en general, toda forma de acaparamiento de la tierra.

Conviene destacar, que tanto para la expropiación de bienes de propiedad privada, con el objeto de hacer efectivo el derecho a la vivienda y la conservación del medio ambiente, las municipalidades no tienen necesidad de leyes especiales, basta que así decidan mediante ordenanzas, porque la Constitución que, es norma suprema de aplicación directa e inmediata, así les autoriza.

Por la misma razón, el Gobierno central no necesita de ley para adoptar planes y programas permanentes y periódicos de redistribución de los recursos productivos del agro para que accedan a ellos los pobres, en especial si se trata de latifundios u otras formas de acaparamiento de ellos que proscribire o prohíbe y todos sabemos que los actos prohibidos son nulos y de ningún valor.

Pero no solo las necesidades de alcanzar los objetivos de la organización de la economía y, en especial, sus objetivos productivos, comprende la función social de la propiedad y por ella la facultad del Estado de limitar el uso y goce del derecho del propietario, sino que también importan la preservación del patrimonio cultural del Ecuador (art. 64), del cual forman parte indivisible el patrimonio cultural e histórico de las nacionalidades indígenas y de los pueblos afroecuatorianos (arts. 84.10 y 85), al igual que la preservación del medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado (art. 86).

Por cierto, está prohibida constitucionalmente la confiscación y no creo conveniente ni oportuno eliminar esta prohibición, tanto por la oposición que a esto se levantaría en la opinión no solo de los actuales propietarios sino también de los pequeños y medianos propietarios y aun de los pobres que aspiran a serlo, como también porque nos sería desfavorable la opinión pública internacional.

Pero, debe quedar claro que la Constitución proscribire los latifundios y más formas de acaparamiento de tierras, que los actos prohibidos por la ley no generan derechos y que la propiedad sobre los medios de producción goza de la protección del Estado mientras cumpla la función social; deja de gozar de esta protección cuando no la cumpla; y los latifundios y más formas de acaparamiento de la tierra que no cumplan la función social, de conformidad con la misma Constitución, no tienen el amparo constitucional del que deriva el derecho a reclamar indemnización.

La Propiedad Estatal

Las tradicionales definición y clasificación de los bienes nacionales del Código Civil sufren importantes cambios, aunque sigue siendo válida la prescripción de que “el Estado es dueño de las minas y yacimientos”, pero la Constitución va más allá cuando dispone que son de propiedad inalienable e imprescriptible los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo, los minerales y sustancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo, “incluso los que se encuentran en las áreas cubiertas por las aguas del mar territorial”.

La aguas de cualquier fuente, desde hace algún tiempo no son susceptibles de apropiación privada, actualmente está constitucionalizado el dominio inalienable e imprescriptible del Estado sobre ellas (art. 247), su uso y goce puede ser concedido a los particulares, pero de conformidad con las condiciones y términos que fija la ley.

Aunque no se puede hablar de propiedad sobre las frecuencias electromagnéticas, diversidad biológica, reservas naturales, áreas protegidas y parques nacionales, la Constitución reconoce un dominio que puede ser propiedad, en unos casos, y simple imperio, en otros casos, lo que sí ocurrirá siempre es que nadie puede hacer uso de ellos sin concesión o autorización del Estado, ni este puede monopolizar su explotación sin la participación de los ciudadanos y de las comunidades humanas que puedan ser afectadas o interesadas.

En lo que concierne a la biodiversidad o diversidad biológica, lo mismo que a las reservas naturales, áreas protegidas y parques nacionales aunque tampoco puede hablarse de propiedad del Estado, el art. 248 de la Constitución los coloca bajo su imperio y, por lo mismo, solo él puede decidir qué hacer o qué no hacer respecto de ellos, regular su conservación y utilización; incluso el mismo Estado debe ceñir sus decisiones y acciones a la misma Constitución que al respecto dispone que: “El Estado tiene derecho soberano sobre la diversidad biológica, reservas naturales, áreas protegidas y parques nacionales”.

La prohibición de que el Estado puede hacer uso monopólico de las frecuencias electromagnéticas tiende a proteger otros derechos de la persona que dependen de los modernos medios de comunicación, como es el caso del derecho a la información.

A estos bienes hay que sumar todos los que el Estado adquiera de cualquier modo y a cualquier título para las actividades económicas y la organización y prestación de servicios públicos que asuma por disposición de la Constitución o de las leyes, amén de los bienes nacionales tanto de uso público como los fiscales de que se ocupa el Código Civil que debe reformarse a tono con las innovaciones constitucionales.

De este modo queda constituido un sistema de economía mixta, tanto por la propiedad de los bienes de producción, cuanto por la forma de dirección de la economía

y gestión de empresas productivas, como ya lo dijimos y veremos luego; confirman el carácter mixto de la economía las sociedades de economía mixta que contempla el art. 245 de la Constitución.

La Propiedad Comunitaria

La Constitución no se detiene en los dos tipos de propiedad, la privada y la estatal y más bien desciende a los instrumentos que, aparte de las empresas pública y mixta que el Estado puede constituir, han de contribuir a la consecución de los objetivos económicos, sociales, culturales y hasta políticos del Estado y trata de incorporar protagónicamente al sistema económico a la empresa comunitaria, a las empresas artesanales (art. 246) y en el art. 253 al sector informal y dispone que el Estado le ha de dar a este sector acceso a los servicios estatales de información, capacitación, comercialización y seguridad social.

Es preciso recordar que de la forma de la propiedad de los bienes de producción dependen las relaciones de producción y por eso la empresa comunitaria supone la ruptura de las relaciones de producción capitalistas que se sustentan en la separación de la propiedad en manos del capitalista y el trabajo en manos del trabajador asalariado e implica la concentración de los dos factores de la producción en las mismas manos, sin perjuicio del empleo ocasional de trabajo asalariado.

La Constitución obliga al Estado fomentar la empresa comunitaria y artesanal, la atención a las micro-empresas del sector informal para incorporarles al sistema económico, en cuanto actores y agentes del desarrollo, instrumentos para combatir la pobreza, deben ser además instituciones de la democracia económica con trascendencia en la democracia política y acaso sea menester reformar la Constitución para incorporar la propiedad y gestión comunitarias como un tercer sector de la economía, a la manera de lo que constaba en la Constitución de 1978-1979, antes de las reformas de 1996.

Cuanto se ha hecho y cuanto se ha dejado de hacer para fomentar la empresa comunitaria debe ser objeto de la evaluación en los informes del Ejecutivo al Congreso y éste al juzgar el informe; para esto, el uno y el otro debieron reorganizarse, el primero en virtud de la facultad que le confiere al art. 171.9 de la Constitución y el otro mediante la reforma de la Ley Orgánica y Reglamento (art. 131).

LA IGUALDAD

Sin desconocer que la persona humana, cualquiera que sea el individuo en la que se concrete, es igual en cuanto ser inteligente, libre y social, en el Estado social y de-

mocrático de derecho se tiene en cuenta además que las circunstancias en las que se desenvuelve su vida no son las mismas para todos, ni todos disponen de los medios necesarios para gozar igualmente de los derechos constitucionales.

Por consiguiente, para que haya igualdad real o material es menester considerar si las circunstancias y los medios son los mismos o equivalentes y, en caso contrario, considerar si la diversidad es determinante para que unos gocen de derechos de los que otros son privados o discriminados y de serlo adoptar las medidas para eliminar los factores que, para algunos, sean poco o muchos, anulan o menoscaban el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos.

En definitiva, el Estado social y democrático de derecho busca la igualdad real o material sin sacrificar la igualdad formal o ante la ley, para ello debe adoptar medidas adecuadas en planes y programas permanentes y periódicos (art. 17).

LAS FUNCIONES DEL ESTADO

Es sabido que con las enseñanzas de Locke, de la Ilustración y de Adam Smith, el Estado, en el siglo XIX, no tenía otras funciones que las de mantener el orden interno, garantizar la seguridad externa y atender limitados servicios que la iniciativa privada no tenía interés, por no ser lucrativos, de organizarlos y prestarlos a los habitantes del respectivo país; para realizar esas funciones debía resolver los conflictos de derecho en los que los individuos en sus relaciones sociales se vieran involucrados, lo cual presupone que debe dictar leyes, además de organizar y mantener ejércitos y el cuerpo diplomático y organizar restringidos servicios públicos.

Las actividades económicas, la organización social y la vida cultural eran cuestiones ajenas al Estado y de las que, por lo mismo, solo debía ocuparse para regularlas en cuanto fueran realizadas por los particulares, con el objeto de que en estas relaciones pudieran surgir o surgieran conflictos que el Estado tuviera que resolver para mantener la paz y el orden interno.

No voy a detenerme en el detalle de las consecuencias y vicisitudes por las cuales atravesó este Estado abstencionista, tan solo diré que ante las tremendas injusticias y modos de opresión que impuso el capitalismo, favorecido por la revolución industrial y la libertad contractual, las víctimas se rebelaron y para frenar las amenazas que representaba su furia y su protesta airada, el Estado no tuvo sino que acoger las nuevas ideas que provenían de todos los frentes.

Por lo tanto, tuvo que reconceptuar los derechos civiles y políticos, en particular como ya vimos, el derecho de propiedad y de igualdad, reconocer, bajo el nombre de derechos económicos, sociales y culturales, los que el respeto de la dignidad humana exigía en las nuevas circunstancias en las que se desenvolvía la existencia de la

mujer y del hombre, asumir nuevas funciones en materia económica, social y cultural, y reestructurarse política y jurídicamente.

Las nuevas funciones no significan la renuncia de las funciones tradicionales: Legislativa, Ejecutiva y Judicial, aunque sí la superación y el enriquecimiento de su contenido.

LA REGULACIÓN DE LAS RELACIONES ECONÓMICAS Y SOCIALES

La función que el Estado social y democrático de derecho mantiene del Estado liberal es la de regular, mediante normas jurídicas, las relaciones sociales que por su trascendencia pública no pueden quedar abandonadas a la decisión de los particulares, sin grave riesgo de la convivencia pacífica y del bien común que, entonces se reducía a mantener el orden interno y la seguridad externa; sin embargo, el universo de las relaciones sociales que son reguladas jurídicamente por el Estado social y democrático se amplía considerablemente.

Al Estado social y democrático de derecho le interesan además, las relaciones económicas, sociales y culturales con un nuevo espíritu, pues el Estado liberal las regulaba, según ya dije, como los actos de los particulares en los que no tenía parte, ya que él se declaraba neutral, guardián del orden público, como el policía que evita los choques y la congestión de tránsito, mientras que el Estado social y democrático de derecho se involucra en ellas, unas veces como parte y otras como tercero interesado en que ninguna de las partes abuse de cualquier forma de poder o influencia en perjuicio de la otra parte, para ello limita la libertad contractual, etc.

De esta manera da origen al Derecho económico y al Derecho social que rompen la clásica división del Derecho en público y privado; reconoce la autonomía del Derecho administrativo que se desarrolla gracias a la ampliación de los servicios públicos y el consiguiente crecimiento de la administración pública y legitima la penetración del Derecho público en el derecho privado, tipifica nuevas figuras del Derecho penal, con los delitos económicos y delitos sociales, en especial los laborales, etc.⁶

Este fenómeno vive el Ecuador, como ya dijimos, a partir de la transitoria Constitución de 1929 que, no obstante su corta duración, por recoger las demandas del pueblo y el progreso de las ciencias, sus principios y valores son desarrollados en las abundantes instituciones y legislación que se dicta en los años posteriores, incluso

6. Ángel Latorre, *Introducción al Derecho*, Barcelona, Editorial Ariel, S.A., 2003, p. 169.

durante el período en que retóricamente regía, en su lugar, la Constitución liberal de 1906 que no se ocupaba de estos temas.

En 1945 se reconstituye el constitucionalismo social y con este fundamento continúa el desarrollo del Derecho económico y el Derecho social, y aun el Administrativo, aunque disperso en varias leyes y reglamentos que no logran conformar un sistema unitario y coherente; este modelo se reproduce con más o menos claridad hasta la Constitución de 1978-1979.

Entre nosotros, en la década del 80 del siglo XX entra en crisis el Estado social y democrático de derecho y el neoliberalismo se encarna en leyes y reglamentos que, hasta con violación de la Constitución, son dictadas por las mayorías simples del Congreso, unas por primera vez y otras en calidad de reformas, con espíritu claramente opuesto al que había inspirado, poco antes, la expedición de las leyes que se reformaban y cuando el neoliberalismo consigue el respaldo de la opinión pública y, en consecuencia, de las dos terceras partes del Congreso avanza a la reforma de la Constitución, como ocurrió en 1996.

Acogido el neoliberalismo por las dos terceras partes del Congreso Nacional, el neoliberalismo en 1996 se consolida en los principios y reglas, sobre todo, respecto de la organización de la economía y de la organización sindical, al abrigo de importantes avances en materia de garantías constitucionales, como es el caso de la Defensoría del Pueblo, acciones de amparo y hábeas data, Tribunal Constitucional y otras.

El acceso del capital privado, nacional o extranjero, a las actividades económicas en la que había incursionado el Estado y muy especialmente a la exploración y explotación del petróleo fue, desde luego, el objetivo cardinal de las reformas constitucionales de 1996, cosa que ya había logrado por medio de ingeniosos contratos que al filo de la Constitución se habían venido celebrando desde mucho tiempo antes; también fue víctima propiciatoria el movimiento sindical para que abandonara el rol que, a través del tiempo, había alcanzado en calidad de protagonista del proceso productivo, cosa que con violación de la Constitución ya había conseguido la Ley 133 que descalabró el Derecho del Trabajo en 1991.

Son paradigmáticos, a mi juicio, los numerosos decretos leyes del Gobierno del Ing. León Febres Cordero; en el Gobierno de Sixto Durán Ballén la nefasta Ley de Desarrollo Agrario a pesar de la lucha valerosa del movimiento indígena y de las reformas que consiguieron introducir con esas luchas, la demoledora Ley General de las Instituciones del Sistema Financiero que a pretexto de liberalización del sistema financiero del país puso las bases de la crisis bancaria que tanto costó a los ecuatorianos. Esta Ley fue reformada después de la crisis bancaria.

La Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada junto con la *Ley de Modernización cons-*

tituyen una Constitución neoliberal alternativa a la Constitución Política de la República y así las leyes que reforman decenas de leyes y a las que sabiamente la opinión pública bautizó de “leyes trole”, incluida la Ley No. 2000-4 que nos humilló con la abdicación de la soberanía monetaria y que ahora se encuentra codificada en la *Ley Orgánica de Régimen Monetario y Banco del Estado*.

Todas estas leyes institucionalizan el triunfo del neoliberalismo; cuyo último éxito es la *Ley Orgánica de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público*, en cuanto tiende a reducir el gasto público en remuneraciones, para incrementar los recursos para el pago de la deuda externa y sustraer del Derecho del trabajo, aun en contra del mandato constitucional, a los trabajadores del sector público.

A estas leyes debemos agregar otras que, como las mencionadas, dan vida y sustentan diariamente al neoliberalismo que no queda fuera del ordenamiento jurídico del país por el hecho de que se dicte la nueva Constitución, ya que, ahora mismo, pese a que la Constitución prescribe que las empresas se clasifican en públicas, privadas, mixtas y comunitarias por la propiedad del capital y bienes con que operan y la finalidad que persiguen, más de una ley dispone que son privadas: ANDINATEL, PACIFICTEL, TRANS-ELECTRIC, EMPRESAS ELÉCTRICAS y otras que manejan el patrimonio del pueblo ecuatoriano.

Pero no son solo las leyes sino también otras fuentes del Derecho ecuatoriano que han dejado a la Constitución, en esta y otras materias, como una Constitución simplemente nominal que no rige, como debe hacer, todo nuestro ordenamiento jurídico; el neoliberalismo ha hecho metástasis en este ordenamiento y no precisamente en la cabeza que es la Constitución.

Importantes elementos del Estado social y democrático de derecho se logró recuperar en las reformas de 1998, con las que además se caracteriza a la economía del país como una economía social de mercado que además de la función de regulación jurídica de las relaciones económicas, sociales y culturales recurre a instrumentos económicos y no estrictamente jurídicos para realizar los objetivos sociales y económicos que se le atribuyen al Estado jurídicamente y mediante tareas que se encargan al mismo Estado.

Los objetivos de la economía, en nuestra Constitución, están fijados en el art. 243, para cuyo análisis me remito a lo dicho en mi libro *Teoría del Estado en el Ecuador*, pero siempre habrá que tenerlos presentes para la correcta interpretación de todas sus instituciones y normas.

Los instrumentos económicos, cuya naturaleza jurídica se discute, son la dirección global y planificación, la promoción y fomento, la gestión empresarial y los servicios públicos, la evaluación y las políticas de competencia, las políticas crediticia y financiera y en ésta la política tributaria y el presupuesto.

La base de todo este aparato radica en la revisión conceptual del derecho de propiedad de los bienes de producción y en la superación, que no es eliminación, de la igualdad formal por la igualdad real o material.

DIRECCIÓN GLOBAL Y PLANIFICACIÓN

Una vez que se ha reconocido que las leyes del mercado nunca sirven a la consecución de los objetivos de la economía al servicio de la persona humana y admitida, en consecuencia, la intervención del Estado en ella, se le ha confiado a éste la dirección global de la economía y se ha puesto en sus manos las herramientas de la planificación, fomento de las actividades económicas, necesarias para el desarrollo del Ecuador, la promoción de otras no existentes o poco conocidas, prestación de servicios públicos y aun la gestión de empresas públicas.⁷

A diferencia de lo que han previsto otros países, en el nuestro la Constitución deja en manos del Presidente de la República la responsabilidad de la planificación y al efecto le provee de una Secretaría que ha de encargarse del sistema nacional de planificación con la participación de los gobiernos seccionales autónomos que han de representar las diversidades locales y regionales con sus intereses legítimos y de las organizaciones sociales que representen la diversidad de género, étnico-cultural, generacional (art. 255).

Para cumplir este mandato constitucional debió dictarse una ley, pero en su lugar se han dictado decretos del Presidente de la República que, no obstante, sus reiteradas reformas no recogen con fidelidad la norma constitucional, en cuanto a la participación que han de tener las organizaciones sociales, ni la Secretaría ha cumplido la función que es propia de un sistema nacional de planificación y desde el 11 de agosto de 1998, fecha desde la cual se encuentra vigente la norma constitucional, no hemos tenido el plan de desarrollo.

Recién con el actual gobierno de Rafael Correa, el Secretario de Planificación, nos ofreció entregar un plan en mayo de este año y prometió también contar, para su preparación, con las organizaciones sociales, como prescribe la Constitución.

El Presidente de la República debe presentar, al momento de su posesión, el plan de gobierno (art. 171.2) e informar anualmente, al pueblo ecuatoriano, a través del Congreso Nacional, sobre la ejecución de ese plan y requerir del mismo Congreso las leyes y los presupuestos que necesita para el objeto (art. 171.7); hasta el momento, a pesar de que han transcurrido más de ocho años de vigencia del mandato constitucio-

7. Martin Bassols Coma, *Constitución y Sistema Económico*, Madrid, Editorial Tecnos, S.A., 1988, 2a. ed., pp. 34-35.

nal y de que se han sucedido en la Presidencia cuatro jefes de Estado, ni estos han presentado el plan y el informe, ni el Congreso está preparado para conocerlos y juzgarlos.

En esta materia, en cambio, no han faltado leyes y tenemos la *Ley del Presupuesto del Sector Público* que prescribe que estos presupuestos han de ser la expresión financiera de los planes y programas que no se han adoptado, ni siquiera en el Gobierno que la propuso o la *Ley Orgánica de Responsabilidad, Estabilización y Transparencia Fiscal* que prevé planes plurianuales que no han llegado a aprobarse, pese a las reformas que se han expedido a esas leyes, suponemos para hacerlas más viables.

Por supuesto, la planificación constitucionalmente consagrada es la planificación obligatoria para el sector público de la economía y referencial, tan solo, para el sector privado (art. 254); no está demás repetir que desde que se incorporó la planificación en el texto constitucional, salvo transitorios y aislados ensayos, no hemos logrado preparar un plan nacional, aunque la experiencia de los países que han alcanzado a salir del atraso, y aun de los escombros de la guerra, nos hacen abrigar la leve esperanza que la planificación puede ayudarnos a superar el subdesarrollo y el azar en la conducción del país.

LA PROMOCIÓN Y FOMENTO

Es posible una mayor y mejor intervención del Estado ecuatoriano en el desarrollo económico y en el progreso social; sin embargo, el que no lo haya hecho no puede atribuirse a impedimentos constitucionales, porque la Constitución le obliga a promover actividades productivas que sean necesarias, primero, para abastecer al mercado interno con los productos en variedad y calidad que éste demande (art. 243.3) y además para concurrir al mercado internacional y competir con otros proveedores en calidad y variedad que garanticen el éxito (art. 244.5).

Hay un objetivo que cubre todas las funciones y actividades del Estado, compromete a todas sus instituciones incluidas las empresas y este es el crear las condiciones para que todos los habitantes del Ecuador gocen efectivamente de los derechos que la Constitución les reconoce (art. 17).

La especificación de qué actividades han de promoverse con los objetivos fijados en la Constitución compete al legislador mediante ley y al Presidente de la República en el plan de desarrollo y en los programas, así como también en las políticas públicas que adopte para satisfacer, en cada momento, las demandas del pueblo.

No obstante, la misma Constitución se encarga de fijar prioridades y las actividades consiguientes, ellas son: la nutrición y seguridad alimentaria (art. 20.23), la agrí-

cola, pecuaria, acuícola, pesquera, agroindustrial forestal y la reforestación (art. 266); la empresa comunitaria (art. 246); etc.

SERVICIOS PÚBLICOS

Ya sea porque el reconocimiento de los derechos que algunos autores llaman derechos de prestación y ya también porque es evidente que no todos los habitantes del país cuentan con los medios para gozar, en igualdad de condiciones, de muchos derechos que la Constitución les garantiza, el Estado tiene el deber de organizar los servicios que se requieren para que todos gocen de tales derechos y esto lo hace a través de los servicios públicos.

Para prestar los servicios públicos prescritos en la Constitución o en las leyes, el Estado necesita tan solo de la decisión del Jefe de Estado o de quien tenga a su cargo la facultad de adoptar las políticas públicas; esta misma autoridad puede decidir además prestarlos directamente, a través de organismos o dependencias burocráticas, como es el caso de la educación a cargo del Ministerio del ramo o con la participación de instituciones públicas creadas expresamente para el efecto, como las universidades y escuelas politécnicas, también puede delegar a empresas mixtas o totalmente privadas (art. 249).

Para que los presten las instituciones públicas o mixtas es menester que sean creadas por ley o por un acto de voluntad del órgano que tenga competencia para el efecto y, en cambio, para delegar a las empresas privadas será indispensable distinguir si se trata de servicios que la Constitución atribuye al Estado y autoriza, a la vez, a la iniciativa privada (art. 67) o si, en cambio, se trata de servicios cuya prestación responsabiliza al Estado y le autoriza a este delegar al sector privado (art. 248); en el primer caso los particulares podrán emprender esas actividades, pero previamente deben obtener autorización de la autoridad pública y someterse al control del Estado; en el segundo hace falta el acto de delegación, sea este unilateral o contractual.

Estos servicios públicos, estén previstos en la Constitución o estén en las leyes, y lo mismo en el caso de los que se pongan a disposición del público en empresas públicas que cuando se los delegue a empresas mixtas o privadas, estarán bajo control del Estado y sometidos a su regulación, funcionarán de acuerdo con los principios de eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, continuidad y calidad, sus precios o tarifas serán equitativos, deberán cumplir los deberes y cargas establecidos en la ley o fijados por la autoridad competente, pero, a cambio, serán garantizados con privilegios que compensen los deberes y cargas.

La accesibilidad, por ejemplo, significa que no podrá haber discriminación de ninguna especie entre quienes demandan la prestación de ellos y entonces es sinóni-

mo de universalidad, pero implica además que su precio o tarifa debe ser tal que nadie quede privado de su uso por razones económicas; que ha de ser eficiente significa que el servicio satisfaga la necesidad para la cual se ha creado y que lo haga con oportunidad y con la complacencia de los usuarios; por la continuidad nunca debe interrumpirse, para esto incluso se prohíbe la huelga a sus trabajadores, pero igualmente queda prohibido el paro del empleador por todo motivo y causa, etc.

Cuando delega al sector privado o a empresas mixtas, el art. 249 de la Constitución garantiza al inversionista que el Estado no modificará las estipulaciones de los contratos por los cuales se le haya delegado la organización y la prestación de los servicios públicos; pero por esto no ha de entenderse que el Estado y por él sus instituciones renuncien a la facultad de control y, en consecuencia, a la de sancionar, aun con la terminación del contrato, en el caso de que el servicio no responda a los principios constitucionales arriba mencionados o en el de incumplimiento del mismo contrato.

Hay quienes proponen que se prive de este privilegio al inversionista, ya que implica eximir a estos contratos de las cláusulas exorbitantes propias de los contratos administrativos, en virtud del interés público que representa el Estado y sus instituciones.

Soy partidario de que más bien, ya sea en la ley o en los contratos, quede claro el alcance de la facultad de control que constitucionalmente compete al Estado o que, mediante reforma constitucional, quede prescrito que, puedan gozar de ese privilegio, solo cuando en el contrato conste estipulación expresa, según la cual el Estado no hará uso de las cláusulas exorbitantes, como sucede ahora en el caso de las inversiones en actividades productivas, pues esto considero necesario a fin de conciliar la vigencia de esta especie de cláusulas con las obligaciones contraídas por el Ecuador en los numerosos tratados internacionales sobre protección a la inversión extranjera, en su defecto, se debe denunciar o revisar los instrumentos internacionales sobre la materia.⁸

LA GESTIÓN EMPRESARIAL

Tanto para la explotación de las actividades económicas que el Estado asume por mandato de la Constitución o de la ley (art. 244.7), cuanto para la prestación de los servicios públicos (art. 249), puede constituir y gestionar empresas, en el sentido de

8. A la fecha hemos podido establecer 21 tratados o convenios bilaterales sobre protección de la inversión extranjera y el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados –CIADI– publicado en el Registro Oficial No. 386 de 3 de marzo de 1986, aparte del Convenio de la Corporación Interamericana de Inversiones, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 153, del 25 de noviembre de 2005.

organización jurídica de los factores de la producción para proveer al mercado de los bienes y servicios que éste demanda.

Estas empresas pueden ser mixtas o públicas por el capital y bienes de la producción con los que operan y la finalidad que persiguen. Son mixtas cuando en ellas participan el Estado y el capital privado, son empresas públicas si el capital y los bienes son del Estado o de sus instituciones y la finalidad es de interés general (art. 245).

Estas empresas públicas jurídicamente pueden adoptar y han adoptado la forma de las entidades del Derecho civil, como corporaciones o fundaciones o de entidades del Derecho mercantil como sociedades o compañías anónimas, pero no por esto dejan de ser públicas por la propiedad de los recursos que manejan y por las finalidades que persiguen.

En estas empresas, las relaciones con terceros, sean ellos proveedores, distribuidores, compradores, trabajadores, etc., se rigen por las mismas normas que rigen las relaciones de las empresas del sector privado (art. 244.1) con las que debe competir, mientras que las relaciones de los administradores con el Estado o instituciones del Estado, dueñas del capital y bienes de producción y determinantes de sus objetivos, se rigen por el Derecho público (arts. 121 y 211).

No obstante, como ya dije en otra parte, por una lamentable cuando no intencionada confusión, en varias leyes y aun en la jurisprudencia se las ha catalogado entre las empresas privadas a las que según la Constitución son empresas públicas y hasta ha sido necesario una reforma a la *Ley Orgánica de Administración Financiera y Control* (LOAFYC) para someter, no sin resistencia, a estas empresas a la Contraloría General del Estado.

La intención de catalogar estas empresas públicas y mixtas en el conjunto de las empresas privadas se puso de manifiesto cuando se trató de ceder las participaciones de las empresas públicas a los inversionistas del sector privado; este intento quedó fallido gracias a la sentencia del Tribunal Constitucional en la Resolución 193-2000-TP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 231 del 26 de diciembre del año 2000.

El área en la que más se han desarrollado estas empresas es la relativa a la explotación de hidrocarburos, energía eléctrica y telecomunicaciones, así como también en el campo de los servicios públicos que prestan los municipios y aunque la Constitución ecuatoriana antes de las reformas de 1996 protegía mejor a este sector público de las privatizaciones, fue mediante la *Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada* (año 1993) cuando se emprendió una agresiva delegación de estas actividades a la inversión privada ecuatoriana y especialmente extranjera.

Los inversionistas han sido estimulados además por convenios y tratados internacionales que protegen sus inversiones, como es el caso del *Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados Nacionales de otros Estados –CIADI–* vigente, para el Ecuador, desde su publicación en el Registro Oficial No. 386 del 3 de marzo de 1986.

Desde 1998 el art. 247 de la Constitución legitima la concesión de la exploración y explotación de los recursos naturales no renovables y en especial el petróleo a las empresas privadas tanto nacionales como extranjeras, lo cual no impide, sin embargo, que el Estado en cualquier momento recupere para si de modo exclusivo la exploración y explotación de tales recursos, por la vía de la expropiación si fuera del caso, la decisión para esto, por ahora, constitucionalmente compete al Jefe de Estado, responsable de la política sobre hidrocarburos.

Los contratos de concesión son contratos administrativos y como tales sujetos a la potestad estatal exorbitante en virtud de la cual puede modificarlos durante todo el tiempo de su vigencia, a menos que en los mismos contratos se hayan estipulado garantías y seguridades especiales por las que no puedan ser modificados en virtud de leyes u otros actos unilaterales del poder público (art. 271).

Conviene enfatizar que, por tratarse de inversiones para la producción y que ellas son autorizadas mediante contratos administrativos, el principio es que los contratos pueden ser modificados por el Estado en cualquier momento y siempre que haya razones de interés nacional que los justifiquen. Para que esto no ocurra hace falta que en el mismo contrato conste una o más cláusulas, por las que el Estado se haya obligado a respetar el texto original aunque se dicten leyes que modifiquen esa especie de contratos; esta es además la tesis del Tribunal Constitucional en la Resolución No. 0008-06-TC y 0010-06-TC.

Por lo que hace a las relaciones de las personas que presentan servicios en estas empresas y las instituciones a las que ellas pertenecen estaban redactadas mejor y más explícitamente en el texto de las disposiciones pertinentes de la Constitución de 1978-1979 (art. 125) antes de las reformas al respecto de 1996 que las flexibilizaron; la actual, después de las reformas de 1998 (art. 35.9) no ha podido recuperar la claridad de la de 1979, ni en lo tocante a las relaciones laborales, ni respecto de las actividades que por estratégicas estaban reservadas al Estado.

Favorece la flexibilización del Derecho laboral introducida en las relaciones de los trabajadores con las instituciones del Estado y las empresas públicas por las reformas constitucionales de 1996 la LOSCA y la deplorable sentencia del Tribunal Constitucional publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 440 del 12 de octubre del año 2004.

LA ACTIVIDAD FINANCIERA

Materia trascendental y delicada es la actividad financiera del Estado que tiene tres capítulos, cada uno de suma importancia: uno es de los tributos de los que se ocupa el Derecho tributario, otro es el Presupuesto que trata de los ingresos y gastos públicos y, por fin, el tercero trata de la administración del patrimonio estatal.⁹

Sostengo que si no en todas las materias de las que se ocupan estos capítulos, en algunas de ellas, por lo menos, hay espacio para innovaciones, con seguridad no revolucionarias pero sí transformadoras, como ninguna otra, mas para ello es menester mucho estudio, mucha más creatividad y todavía más valor y aun audacia para apartarse de las doctrinas y de las teorías que por repetidas por los especialistas son tenidas por verdades inconcusas.

El régimen tributario

No creo que haya mayores discrepancias acerca de que en la Constitución conste la potestad del Estado para crear tributos, modificarlos, derogarlos y establecer excepciones a la obligación de pagarlos, lo mismo que la determinación de los órganos del Estado a quienes se les atribuye la competencia para ejercer esa potestad, los instrumentos jurídicos de que ellos han de valerse y los principios básicos que han de guiar al legislador y a la administración en este campo.

Sin embargo, este es asunto que tiene íntima relación con el ordenamiento territorial del país y, por lo mismo, deben volver a discutirse los dos temas conjuntamente, por ahora el art. 226 de la Constitución prescribe que la fijación de la política tributaria es competencia del Gobierno Central, no susceptible de descentralización; parece que esto debe mantenerse a condición de que se impulse realmente la descentralización en todos los otros campos autorizados constitucionalmente, con el fin de fortalecer la participación ciudadana y el ordenamiento territorial que conduzca a mediano plazo el desarrollo armónico del país todo como dispone el art. 225 de la misma Constitución.

Asunto pendiente es este del reordenamiento territorial del país. Sobre él abundan iniciativas y de las que no me he ocupado en esta ocasión para no alejarme del tema que se me ha encargado y que versa de la Constitución económica; sin embargo, no puedo dejar de sostener que el reordenamiento territorial debe partir del objetivo de que las condiciones de vida digna lleguen a todos los rincones del país, de manera

9. Suplemento del R.O. No. 234 del 29 de diciembre del año 2000.

que nadie esté privado, al menos, de educación de calidad, de servicios de salud preventiva y de recuperación, trabajo digno, vivienda asimismo digna, movilización y recreación donde quiera que viva.

En cuanto al tema del régimen tributario, es tarea de las políticas públicas y de la educación formar la conciencia colectiva para transformar en virtud ciudadana el deber de “pagar los tributos establecidos por la ley” (art. 97.10), sustituir el espíritu rentista que, a causa de la producción del petróleo, a todos nos apoca, con la convicción de que el progreso duradero y efectivo es el que se sustenta en el trabajo productivo y que el presupuesto del Estado propio de un pueblo esforzado y digno es el que se alimenta de las contribuciones que pagan los ciudadanos.

Educarnos todos en el principio de que todos debemos pagar los tributos, pero que si hemos de pagar todos, más deben pagar los que más pueden, debe constituirse en el objetivo de todos los factores reales del poder en el Ecuador, para ello algo puede ayudar el que se sustituya el actual principio de proporcionalidad (art. 256) por el de progresividad, en el sentido de que la justicia tributaria supone que al regular los tributos que hemos de pagar, se debe tener en cuenta la capacidad contributiva y el sacrificio que para cada grupo de contribuyentes significa el tributo.¹⁰

Pero, debe mantenerse el mandato y debemos esforzarnos que la legislación secundaria cumpla que: “Las leyes tributarias estimularán la inversión, la reinversión, el ahorro, y su empleo para el desarrollo nacional. Procurarán una justa distribución de las rentas y de la riqueza entre todos los habitantes del país”.

Para hacer realidad este mandato constitucional necesitamos el concurso de nuestros especialistas en materia tributaria, para que sin ignorar las dificultades para hacerlo realidad, nos provean de los medios para cumplir lo que nos manda la Constitución; miramos con simpatía los propósitos de la actual administración financiera de revertir la realidad actual en que los impuestos indirectos por naturaleza regresivos rindan más que los impuestos progresivos.

Conscientes de que la única inversión extranjera que merece ser bien recibida en el Ecuador debe ser la que sirve a su desarrollo integral, debemos adoptar la tesis de que se revisen los tratados de protección a la inversión extranjera, y cuando haya los de doble tributación, para incluir cláusulas por las cuales las empresas extranjeras paguen aquí los tributos de ley, incluso los de la renta de sus funcionarios en el Ecuador, y que este pago les exima del pago de tributos en los países de origen y que la evasión y cualquier forma de elusión aquí sean sancionadas en sus países de origen con las mismas sanciones con las que se sancionan allá los fraudes tributarios.

10. Julio César Trujillo, *Teoría del Estado en el Ecuador; Estudio de Derecho Constitucional*, p. 323.

El presupuesto

Herramienta complementaria de los planes y programas del Gobierno es el Presupuesto del Estado y así lo concibe el art. 256 de la Constitución Política de la República y por eso su preparación encarga al Presidente que, por lo antes dicho, es el responsable de la aprobación del plan que el Presupuesto ha de financiarlo y si bien el Congreso Nacional ha de aprobarlo, éste no tiene competencia para incrementar el monto estimado de los ingresos y de los egresos previstos en la pro forma presupuestaria o proyecto del Presidente.

Los especialistas encuentran serias dificultades en asegurar la vigencia de los principios que, sobre el presupuesto, consideran clásicos y merecedores de todo respeto, no obstante, con toda la admiración que guardo a los maestros del Derecho Presupuestario, es aquí donde debemos ser valerosamente innovadores, ya en el campo de los ingresos como en los de los egresos públicos.

No creo que la clasificación de los ingresos por su origen o la autonomía de las instituciones del Estado impidan que se registren todos los ingresos de todas las instituciones del Estado y decimos de todas sin excepción para saber el monto real de los recursos públicos y de la misma manera todos los egresos, con determinación de su destino, para conocer las necesidades que son atendidas por el Estado y sus instituciones, incluso las autónomas, y solo entonces juzgar si en cada institución y localidad se cumple el plan y si se cumple cómo se cumple, así como los programas tendientes a que en todo el Ecuador se creen las condiciones para que todos los habitantes gocen efectivamente de los derechos reconocidos constitucionalmente.

De los ingresos conocidos, el proveniente del crédito público ha de merecer cambios notables, sobre todo el que viene del exterior, sea en forma de préstamos reembolsables o no reembolsables, o a cualquier otro título; primero para clasificarlos si son fruto de tratados con otros Estados u organismos internacionales, o de contratos con la banca o proveedores extranjeros y aun ecuatorianos, para someter el endeudamiento a la responsabilidad y control compartido del Congreso y del Ejecutivo “aquel para que fije sus límites y condiciones generales y flexibles de monto, plazo, interés y éste la celebración de los instrumentos por los que se contraiga el empréstito y se estipulen los pormenores del mismo”.

Del capital extranjero como inversión me he ocupado ya y no volveré sobre el tema.

Sin desmerecer las respetables enseñanzas que clasifican los egresos en presupuesto de gasto y presupuesto de inversiones, nos parece que debe optarse por una clasificación que refleje las necesidades que hemos decidido satisfacer y al mismo tiempo establezca la prioridad con la que lo haremos de conformidad con la prescri-

ta en la Constitución, primero y luego según la establecida en las políticas públicas que deben estar recogidas en el plan y los programas que el Presupuesto ha de financiar.

De otra parte, sostenemos que hay que superar los criterios con arreglo a los cuales se incluye en el presupuesto de gastos improductivos los valores con los que se pagan los servicios de los maestros, investigadores, médicos, enfermeras/os, etc., que trabajan en la educación y la salud, en la creación de la ciencia y el desarrollo tecnológico, con subestimación de la trascendencia de estos servicios en el desarrollo del Ecuador y de los que depende determinadamente la economía en nuestros días y la movilidad social.

LA POLÍTICA MONETARIA Y CAMBIARIA

Las cuestiones monetaria y cambiaria han salido de la competencia del Ecuador desde que los gobernantes renunciaron a la soberanía del Estado en estas materias y no podemos dejar de precisar con dolor que fueron nuestros gobernantes quienes nos humillaron de este modo, porque fueron los presidentes de la República y la mayoría del Congreso quienes, sin consultar con el pueblo, atribuyeron al dólar de los Estados Unidos de América las funciones de la moneda en el país.¹¹

Si dejamos de lado la disparatada, aunque quizá demagógica propuesta de elevar a norma constitucional, la decisión de que el dólar sea la moneda ecuatoriana, el Ecuador tiene pocas opciones en esta materia, una podía ser no tratar de ella en la Constitución y dejarla para que la regule la ley, otra puede consistir en declarar la meta a la que, al respecto, deseamos llegar que no puede ser sino la de recuperar nuestra moneda, en los ámbitos interno, subregional o regional y, entre tanto, reconocer en una disposición transitoria, con amargura, la bochornosa verdad a la que nos condenaron los gobernantes que, en su hora, traicionaron la confianza que en ellos puso el pueblo para su desgracia, al atribuir, como ya dije, al dólar de los Estados Unidos de América las funciones de la moneda nacional.

Calificamos de disparatada la propuesta que, con el discurso de modernidad, se nos ofrece y que es la de declarar al dólar como moneda nacional, porque si el dólar de que se habla es el de los Estados Unidos de América, la propuesta no tiene asidero jurídico ni político, pues ya el mismo nombre delata que no es nuestra moneda, sino la de otra potencia y esta potencia jamás nos permitirá que manejen su mone-

11. Esta ofensa de lesa patria fue legalizada en la Ley 2000-4, promulgada en el R.O. No. 34 del 13 de marzo del año 2000 y a la que nos referimos más arriba y que ahora se encuentra codificada en la *Ley Orgánica de Régimen Monetario y Banco del Estado*.

da como nuestra y que podamos decidir cuánta moneda se ha de emitir, cuál es el tipo de cambio de ésta con las otras monedas del mundo, y tantas otras decisiones inherentes a la soberanía monetaria.

Pero si lo que se nos ofrece es instituir el dólar ecuatoriano en lugar del sucre de la Constitución vigente, no tenemos otra explicación para esta vía torcida para volver a tener moneda ecuatoriana que el espíritu nada orgulloso de nuestra identidad y acaso servil de quienes esto ofrecen, ya que recuperar nuestra moneda será cuando lo hagamos con nuestro sello y con los nombres de nuestras mujeres o de nuestros hombres que, por fortuna, nos sobran.

LAS POLÍTICAS CREDITICIA Y OTRAS

Menos difícil es la fijación y la administración de la política crediticia, aunque para ello hace falta reformar las leyes que, a pretexto de liberalizar el mercado de capitales, le arrebataron al Estado la facultad de regular el mercado de capitales y controlar eficazmente al sistema financiero, para conciliar la necesidad de estimular el ahorro, auxiliar al aparato productivo y proteger al ahorrista para que confíe en la banca e instituciones del sistema y no en piratas que les venden ilusiones y a cambio les roban el dinero.

Las políticas públicas en el campo económico no pueden estar dissociadas de las políticas sociales y de éstas la creación de empleo digno, salario que garantice la existencia decorosa del trabajador y su familia, educación, salud, vivienda, recreación, movilización y transporte y otras necesidades cuya satisfacción exige el desarrollo humano y la libertad real que supere la libertad formal de que ahora gozamos la minoría.

LA COMPETENCIA

El Estado social y democrático de derecho con una economía social de mercado protege, por supuesto, la competencia entre empresas para que ninguna aproveche de ventajas doloosas que por ello se denominan desleales; pero, al mismo tiempo, protege también o debe proteger al consumidor.

La Constitución, a la vez, que ha de crear órganos de supervisión y control e investirlos de las facultades necesarias para que puedan reprimir la competencia desleal en cualquiera de sus formas, sea acuerdos para fijar precios, repartirse mercados, abusar de la posición dominante, etc., etc., pero además debe promover la competencia y para el objeto aplicar políticas que amplíen los mercados internos y habida cuenta la estrechez de estos fomentar las pequeñas y medianas empresas –PYMES–,

difundir las tecnologías intensivas en mano de obra, controlar la calidad y los precios, etc., etc.

El Estado puede constituirse en empresario, en especial para explotar los monopolios naturales y competir con la empresa privada que abuse o pueda abusar de la reducida dimensión del mercado, además de reconocer los derechos del consumidor, protegerlos aun con mecanismos jurisdiccionales y estimular las asociaciones de consumidores con potestades semipúblicas “para mejorar el nivel y la distribución de información de mercado y para impedir el abuso de ventajas de información”, evitar la concentración de la oferta, la publicidad engañosa, etc.

Hay que devolver al Estado la facultad de asumir las actividades económicas que “por su trascendencia y magnitud” pueden subordinar el poder político y/o la libertad ciudadana a los designios de quienes se dedican a ellas, sean inversionistas ecuatorianos o extranjeros.

LA INTEGRACIÓN

Un último tema del que se ocupa la Constitución económica es la integración subregional y latinoamericana; pero debido a que ésta depende de la voluntad de los otros Estados miembros de la CAN y de Latinoamérica, no me parece posible ir más allá de la disposición de que el Ecuador debe propugnarla y participar decididamente en los procesos en los que convengamos con los otros países, sin dejar de tener presentes las lecciones de pasadas experiencias.

La integración debemos concebirla como instrumento para fortalecer nuestra capacidad de negociación con las potencias del mundo y al mismo tiempo para conquistar la soberanía real de los Estados partícipes de la integración, aunque para ello debamos sacrificar algo de la soberanía formal de la que ahora nos ufamamos con grandes costos en todos los órdenes de la vida individual y social.

Me parece que un proyecto esperanzador es el de fundar el Banco Central del Sur que puede ayudar a financiar el desarrollo de Latinoamérica con el ahorro de los pueblos latinoamericanos y de acuerdo con las decisiones soberanas de los miembros del Banco, a condición de que se aparte del criterio de que los miembros han de tomar parte en las deliberaciones y sobre todo en las decisiones en proporción al capital que aporten; aquí hay espacio y oportunidad para quebrantar los principios y reglas con las que opera el capitalismo.

BIBLIOGRAFÍA

- Bassols Coma, Martín, *Constitución y Sistema Económico*, Madrid, Editorial Tecnos S.A., 1988, 2a. ed.
- Garrorena Morales, Ángel, *El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho*, Madrid, Editorial Tecnos S.A., 1991, 4a. reimp.
- Láptev, V., redactor responsable, *Derecho Económico*, traducido del ruso por Lic. René Gómez Manzano, Moscú, Editorial Progreso, 1983.
- Latorre, Ángel, *Introducción al Derecho*, Barcelona, Editorial Ariel S.A., 2003.
- Locke, John, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, traducción y notas de Carlos Mellizo, Madrid, El libro de bolsillo, Filosofía, Alianza Editorial, 2000.
- Suplemento del R.O. No. 234 del 29 de diciembre del año 2000.
- Trujillo, Julio César, *Teoría del Estado en el Ecuador. Estudio de Derecho Constitucional*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador/Corporación Editora Nacional, 2006, 2a. ed.

Las garantías de los derechos humanos en tiempos de constitucionalismo

Propuesta de reformas para la constituyente

*Ramiro Ávila Santamaría**

Hay dos reformas constitucionales que son claves y que, solo si ellas se logran, bastarían para justificar toda la inversión política y económica en la Asamblea Constituyente: el fortalecimiento de un órgano supremo de control constitucional¹ y la expansión de las garantías constitucionales a los derechos humanos, reconocidos por la Constitución y otros instrumentos jurídicos.

En este ensayo abordaremos el tema de las garantías y lo trataremos desde dos perspectivas: la una teórica y la otra concreta.

En la parte teórica se pretende contextualizar las reformas a las garantías en la teoría del Estado Social de Derecho. La garantía, en este modelo de Estado, la encontramos en las normas jurídicas, en la estructura del Estado y, en particular, en el rol de los jueces que ejercen control constitucional. En la parte concreta, abordaremos una propuesta de diseño constitucional sobre la regulación de las garantías y breves explicaciones que justifican su regulación.

Esperamos persuadir la necesidad de adaptar las garantías judiciales constitucionales para poder solucionar las graves y cotidianas violaciones a los derechos humanos.

FORO

CONTEXTUALIZACIÓN DE LAS REFORMAS

EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Afirmar que el Ecuador es un Estado Social de Derecho no es mera retórica.² El calificativo tiene profundas explicaciones de carácter histórico, político, filosófico y jurídico.

* Docente del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar y profesor de Derechos Humanos de la PUCE.

1. Ver, en esta misma revista, el ensayo escrito por Agustín Grijalva, “¿Constitución sin constitucionalismo?: Urgencia de un Tribunal Constitucional independiente”.
2. Constitución Política del Ecuador, art. 1: “El Ecuador es un estado social de derecho...”.

El Estado Social de Derecho refleja, al momento, la cúspide de la evolución de la teoría sobre el Estado: del absolutismo, pasando por Estado legal o Estado de derecho, al Estado Social de Derecho. Revisemos brevemente estos dos últimos modelos.³

El poder concentrado ha sido una de las características de los regímenes políticos autoritarios o absolutos.

El gran avance en la teoría política, en el siglo XVIII, fue la división de poderes. La división de poderes, en el fondo, no es otra cosa que la limitación de un poder por otro.

El Estado de Derecho, que se configura jurídicamente a partir de la Revolución Francesa, es el resultado de la transacción entre dos poderes en pugna: los económicos (representados por la emergente clase burguesa o comerciante) y los políticos (representado por la aristocracia). La materialización de estos poderes se manifiesta en la división del Estado en el poder que ejecuta leyes o la administración pública, y el poder que define las leyes o legislativo.

El Estado se somete al derecho y, en concreto, al principio de legalidad. Esta es la garantía primaria que se evidencia en el liberalismo. El Parlamento emite las leyes y la administración se sujeta a sus límites.

El principio de legalidad penetró todos los ámbitos del derecho a través de la figura de la reserva legal. Solo mediante ley se podía crear, restringir o anular los derechos de las personas y las obligaciones.

La ley es fuente exclusiva del Derecho. Mediante ley restringió la libertad. Mediante ley se crearon impuestos. Mediante ley se pueden crear infracciones penales. Mediante ley se configuran las obligaciones de la administración. Mediante ley se determina la competencia de los jueces.

En otras palabras, el Poder Legislativo, al establecer los vínculos y límites del poder, se constituyó como el verdadero poder.

El Estado de Derecho tuvo múltiples variantes, en los que hubo mayor o menor protagonismo de los poderes administrativos o legislativos, tales como el Estado liberal, el Estado de bienestar y el Estado socialista.

El Estado de Derecho, como modelo de organización política en la Europa occidental, entró en crisis sin duda después de la Segunda Guerra Mundial. ¿Qué pasa cuando el Parlamento tiene tanto poder que no tiene garantía que la limite? O cuando el Poder Legislativo se confabula con el Poder Ejecutivo; esto es, cuando la clase política, que predomina en el Parlamento, es la misma que preside el Ejecutivo.

3. Para apreciar el proceso histórico con perspectiva política y jurídica, se recomienda leer el libro de Juan Ramón Capella, *Fruta Prohibida*, Madrid, Editorial Trotta, 2001. Libro al que debo muchas de las ideas expresadas en este capítulo.

Los hechos históricos y las cifras son elocuentes: en la Segunda Guerra Mundial y en las múltiples guerras que se produjeron en la conocida “Guerra Fría” tenemos millones de muertos, torturados, perseguidos políticos, desaparecidos o, para hablar en un lenguaje moderno, se cometieron genocidios, delitos de lesa humanidad, agresiones y crímenes de guerra.

El formalismo legal del Estado de Derecho no distingue entre democracia y absolutismo. De hecho, el exceso de formalismo suele derivar en autoritarismo. La realidad se restringe, en cuanto a regulación jurídica, a lo normativo. La realidad, por tanto, no se altera y el conflicto social, por la neutralidad del derecho, tiende a incrementarse. Además, la ley pierde la capacidad de prever la solución de todos los conflictos sociales. La ley, “que era el elemento unificador y coherente fruto de la voluntad general, pasa a ser vista como un acto personalizado impregnado de intereses sociales y políticos casi nunca generalizables...”⁴

El Parlamento debía estar sujeto también a normas superiores, a principios intangibles y al control de otro poder autónomo e independiente. El Parlamento, y las mayorías que deciden, para evitar excesos, debían tener límites.

Los límites fueron los Derechos Fundamentales o Derechos Humanos, y estos se recogieron, como parte sustancial, en las constituciones. Los derechos justifican el sistema jurídico y político.⁵ A decir de Robert Alexy, “en un discurso racional no se puede justificar cualquier sistema jurídico, sino solo aquellos que llenen elementales exigencias de la razón práctica. Entre estas cuentan las garantías de los derechos fundamentales (...)”⁶

El paso adelante del modelo de Estado de Derecho estaba encaminado a la efectividad de los derechos y del sometimiento de todos los poderes, incluso el legislativo, a principios y normas superiores: la Constitución. La forma cede ante la sustancia.⁷ Se pretende que los derechos fundamentales, principio y fin del Estado, puedan tener efectos reales en la vida de las personas y colectividades.

La persona humana, su expansión en cuanto a libertades, y su protección, es el eje central del quehacer del Estado.⁸

4. Antonio Manuel Peña Freire, *La garantía en el Estado constitucional de Derecho*, Madrid, Editorial Trotta, p. 56.

5. En este sentido, no es casual la redacción de nuestro art. 16 de la Constitución de 1998: “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución”.

6. Robert Alexy, *Teoría del discurso y derechos humanos*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, Serie Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No. 1, 1995, p. 53.

7. Ver Luigi Ferrajoli, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Madrid, Editorial Trotta, 2002, pp. 50-55.

8. Antonio Manuel Peña Freire, *La garantía en el Estado constitucional de Derecho*, p. 64.

Esta afirmación breve y formulación sencilla tiene profundas consecuencias para la organización del Estado y para la teoría general del Estado y del Derecho.

La administración no solo está sujeta a la ley. El Parlamento no tiene libertad para configurar la ley. Las normas jurídicas no solo están descritas y definidas en la ley. El juez ya no es la mera boca de la ley. Todos los poderes y funciones del Estado, sin excepción, están obligadas y vinculadas por los derechos fundamentales (incluso a los no recogidos por el ordenamiento jurídico ecuatoriano).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en reiteradas ocasiones ha resuelto que los Estados tienen la obligación de organizar todo el aparato del Estado para respetar y garantizar los derechos,⁹ incluyendo al Poder Legislativo, que tiene la obligación de adecuar el sistema jurídico a los estándares internacionales.¹⁰

Para prevenir las violaciones a los derechos fundamentales y evitar responsabilidad internacional, las mayorías representadas en el Congreso, el administrador del Estado e incluso los jueces, están sujetos al control constitucional de una autoridad revestida de poder especial que revisa la constitucionalidad del ejercicio de sus funciones. Incluso el órgano constitucional está sometido, como parte del Estado, al control y supervisión internacional a través de los mecanismos de protección internacional de derechos humanos.¹¹

Si el Estado deja de estar al servicio del Parlamento, como sucedía en términos reales en las democracias liberales, sino que está al servicio de las personas, que es en donde supuestamente reside la fuente del poder, estas personas deben estar dotadas de herramientas –poderes– que le permitan controlar los excesos de todos los poderes del Estado. Estos poderes o herramientas de control se llaman las garantías.

El concepto de garantía como control de la actividad total de los poderes del Estado solo se producen en un Estado Social de Derecho o, como también se lo conoce en la doctrina, en un Estado democrático constitucional.¹²

EL ESTADO COMO GARANTE DE LOS DERECHOS HUMANOS

Si el Estado pasa de servir a una persona (primer momento: Estado absoluto), a las normas jurídicas (segundo momento: Estado de Derecho), a todas las personas sin

9. Corte I.D.H., Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 164; Corte I.D.H., Caso Godínez Cruz, Sentencia de 20 de enero de 1989, párr. 171. Ver Convención Americana de Derechos Humanos, art. 1(1).

10. Convención Americana de Derechos Humanos, art. 2.

11. Convención Americana de Derechos Humanos, art. 48 y art. 61.

12. Sobre la evolución y las implicancias del concepto, ver Gustavo Zagrebeltzky, *El derecho dúctil*, Madrid, Editorial Trotta, 2002, p. 33 en adelante.

discriminación (tercer momento: Estado Social de Derecho), no cabe duda que todo el Estado se organiza para promover y proteger los Derechos Humanos.

Luigi Ferrajoli considera que existen dos tipos de garantías: las primarias y las secundarias.¹³ Las primarias que son las normas jurídicas y que determinaban la conducta de las autoridades del Estado. Primarias porque imponían límites y vínculos al quehacer público. Estos límites, insistimos, son los derechos humanos, y por tanto las leyes que no podían ser definidas sino en función del objetivo del Estado.

Las garantías secundarias son de dos tipos: las políticas públicas, que corresponden a la administración del Estado, y las garantías judiciales.

Con mayor sistematicidad, Gregorio Peces Barba divide en dos grandes categorías, unas generales, que hace alusión a toda la teoría que implica el Estado Social y Democrático de Derecho, y específicas, que se refieren a las funciones del Estado para cumplir sus fines.¹⁴ Éstas a su vez se subdividen en cinco categorías que, como se aprecia en el siguiente cuadro, involucran a todos los poderes y funciones del Estado.

Tipo de garantía	Objeto	Responsable
De regulación (adecuación).	Reconocimiento, desarrollo y reformas de los derechos fundamentales a través de normas jurídicas.	Poder Legislativo.
De control y fiscalización.	Supervisar aplicación de los derechos de los entes administrativos.	Defensoría del Pueblo. Comisión de Derechos Humanos del Congreso.
De respeto.	Proyección de los derechos en todas las actividades públicas y privadas, limitando y vinculando la acción y la omisión.	Poder Ejecutivo. Estado y particulares.
De aplicación.	Respeto al contenido esencial de cada derecho.	Poder Ejecutivo. Estado y particulares.
De protección.	Exigibilidad de derechos.	Tribunal Constitucional (TC). Función Judicial.

En un modelo ideal abstracto, la Constitución positiviza principios que son ampliamente aceptados y sin los cuales no puede realizarse la vida en común. Estos principios guían el quehacer de todos los poderes del Estado. El Congreso dicta le-

13. Ver Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Editorial Trotta, 2001, pp. 45-52.

14. Gregorio Peces-Barba Martínez, *Curso de derechos fundamentales, Teoría General*, Universidad Carlos III de Madrid, 1999, pp. 501-546.

yes en las que, desde la discusión y configuración normativa, incluye los principios. De igual modo el Ejecutivo al administrar el Estado y el Poder Judicial al dictar resoluciones y sentencias, aplican principios. Todos y todas, en suma, cumplen y aplican los derechos humanos.

La realidad dista del ideal abstracto, sin embargo. Existe una brecha considerable entre los principios rectores del Estado y su aplicación a la vida cotidiana. El Congreso dicta leyes no ponderadas o, lo que es peor, leyes en franca y abierta contradicción con los principios constitucionales. El Ejecutivo viola los derechos humanos en su quehacer administrativo. El Poder Judicial no administra justicia, ya por tardar en la sustanciación de los juicios, ya por dar preferencia a una de las partes, ya porque dicta resoluciones o fallos contra la Constitución (aun cuando dicte resoluciones o sentencias conforme a la ley).

Conviene, entonces, describir al órgano constitucional que controla a todos los demás poderes del Estado, y que será el encargado de instrumentar las garantías constitucionales.

LA GARANTÍA JUDICIAL CONSTITUCIONAL

En este contexto de alejamiento de la Constitución, el sistema jurídico debe dotar al ordenamiento de una garantía, que tenga la virtud de corregir los defectos en la aplicación de los principios constitucionales. Esta garantía debe ser independiente de los otros poderes, eficaz, sencilla, rápida, flexible, accesible.¹⁵

Dos modelos para esta garantía. El uno ubicado en el Poder Judicial, siempre que este poder esté en condiciones de ser independiente, de autocorregirse y que tenga tradición de controlar la Constitución. El ejemplo más ilustrativo es sin duda el modelo norteamericano.¹⁶

El otro modelo, un órgano autónomo, diferente al Poder Judicial, que esté en capacidad de controlar a los tres poderes del Estado. Cuando los tres poderes del Estado adolecen de prácticas ajenas a la Constitución, como parece ser la práctica ecuatoriana. Este órgano autónomo suele denominarse Tribunal Constitucional y teóricamente fue concebido por Kelsen.¹⁷

15. Las características, en términos de estándares internacionales, las encontramos en la Convención Americana de Derechos Humanos, art. 25 y art. 8.

16. El hito histórico, mediante el cual se establece la institución del *judicial Review*, es el caso *Marbury vs. Madison* (1803). Ver Edward W. Knapman, *Great American Trials*, Visible Ink, USA, 1994, pp. 68-71.

17. Ver Francisco Zúñiga Urbina, "Derechos humanos y jurisprudencia del tribunal constitucional 1981-1989: el pluralismo político e ideológico en Chile", en *Ius et Praxis*, vol. 9, No. 1, Talca 2003, <http://www.scielo.cl/scielo> (visita 28 de mayo 2007).

Un tercer modelo, que podemos llamar mixto “concentrado”, que tiene un órgano controlador de la constitucionalidad pero inserto, con autonomía e independencia, en el Poder Judicial.

Ecuador, actualmente, tiene una mezcla entre el modelo concentrado en el Poder Judicial y el autónomo en el Tribunal Constitucional, separado del Poder Judicial, que podemos llamarlo mixto “autónomo”. Por un lado, cualquier juez puede inaplicar una norma por considerarla inconstitucional (cita legal). Por otro, existe un TC que resuelve en última instancia y con carácter general la constitucionalidad de las normas.

Estas garantías son, sin duda, judiciales.

Peces-Barba sostiene que “la piedra angular de la protección de los derechos fundamentales es el control jurisdiccional. Solamente cuando el derecho fundamental puede ser alegado por su titular ante un Tribunal de Justicia, es posible hablar realmente y en sentido integral de protección”.¹⁸

Según este autor, las garantías son sobre la regulación, que a su vez son abstractas y concretas, y garantías del ejercicio y disfrute.

Las garantías judiciales

Sobre la regulación	Inconstitucionalidad de normas.
• Abstracta	Recurso de inconstitucionalidad.
• Concreta	Control difuso de constitucionalidad.
Del ejercicio y disfrute	Acciones constitucionales (amparo, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información).

Hasta este punto lo que hemos pretendido afirmar es que todo el Estado Social de Derecho es en general una garantía, y en particular la eficacia de los postulados dependen de la Función Judicial, cuando ejerce control constitucional.

Conviene, en este sentido, definir lo que entenderemos por una garantía:

Garantías son todos aquellos procedimientos funcionalmente dispuestos por el sistema jurídico para asegurar la máxima corrección y la mínima desviación entre planos o determinaciones normativas del derecho y sus distintas realizaciones operativas.¹⁹

18. Gregorio Peces-Barba Martínez, *Curso de derechos fundamentales, Teoría General*, p. 513.

19. Antonio Manuel Peña Freire, *La garantía en el Estado constitucional de Derecho*, p. 28.

En otras palabras, la garantía es el mecanismo a través del cual se acorta la brecha entre el ideal constitucional (deber ser) y la realidad del Estado en cuanto a su funcionamiento y a su resistencia para cumplir los objetivos declarados por la Constitución (ser).

Las garantías pueden tener un sentido formal o débil, como sucedió en el Estado legal de derecho, o pueden tener un sentido sustancial, estricto o fuerte, que es el que debe caracterizar al Estado constitucional o social de derecho y que es lo que intentaremos proponer.

LA EXPANSIÓN DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

Se ha dicho, y se escucha con harta frecuencia, que en el Ecuador ha existido un abuso del amparo constitucional.²⁰ Este prejuicio a una de las garantías fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, ha llevado a no pocas iniciativas para restringirla. Así lo ha hecho el mismo Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia, la Corte Suprema de Justicia a través de resoluciones interpretativas, el Congreso Nacional a través de la Ley Orgánica de Control Constitucional y el Poder Ejecutivo, a través de reiterados incumplimientos.

En el contexto que hemos sostenido, un Estado Social de Derecho tiene el deber de expandir las posibilidades de protección y, en cierta manera, promover el uso, que nunca puede ser considerado abuso de las garantías constitucionales para alterar una realidad de violaciones sistemáticas a los derechos humanos.

¿Hasta cuando el abuso de las acciones de garantía constitucional? Hasta que se frenen los abusos a los derechos humanos de las personas. Si alguien puede abusar de una garantía, es el poder público por una mala interpretación y aplicación de la garantía. Si alguien tiene el derecho de “usar ampliamente” de las garantías son las víctimas de violaciones a los derechos humanos.

Consideraciones generales para todas las acciones constitucionales

a) *Actio popularis*: así como en la protección clásica del Derecho penal, que supuestamente protege de forma intensa bienes jurídicos que se consideran en sociedad importantes, se permite que cualquier persona denuncie, no cabe duda que, cuando

20. “Que han existido problemas [con el amparo constitucional], es innegable, que ha habido ejercicio abusivo, evidente”, Rafael Oyarte, *La acción de amparo constitucional, Jurisprudencia, dogmática y doctrina*, Fundación Andrade y Asociados, Quito, 2006, 2a. ed., p. 11.

se trata de derechos humanos fundamentales, también cualquier persona que conozca de la violación de un derecho debe hacerla conocer al Estado.

Al Estado Social de Derecho le conviene, por cualquier medio, conocer y reparar las violaciones a los derechos humanos. Cuando a una persona se le violan sus derechos humanos, todo el sistema político y jurídico se afecta, y todo este sistema tiene que corregirlo.

Cuando se habla de “cualquier persona” se entiende tanto a la persona que ha sufrido la violación de sus derechos, como un tercero que conoce el hecho. Este tercero puede ser una persona natural o una organización no gubernamental.

La Constitución actual y la jurisprudencia del TC restringen la “legitimidad de personería” exclusivamente a la víctima.

b) Los derechos exigibles: todos los derechos humanos reconocidos por la Constitución y convenios internacionales sobre derechos humanos, sin distinción de derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales, colectivos, pueden ser invocados cuando se trate de una violación.

En la teoría de los derechos humanos, todos los derechos tienen una dimensión positiva (que obliga a actuar al Estado) y dimensión negativa (que obliga al Estado a abstenerse).²¹

No cabe esa distinción clásica y ya caduca de que solo los derechos civiles y políticos, también considerados como derechos de primera generación, son tutelables por ser de fácil distinción la obligación del Estado; y que los derechos económicos, sociales y culturales son progresivos y que dependen de la existencia de recursos. Múltiple jurisprudencia²² y doctrina²³ confirman lo contrario.

21. El estudio más significativo que ha intentado romper este mito, de lo que conozco, se encuentra en el libro escrito por Stephen Holmes y Cass R. Sunstein, *The cost of rights, why liberty depends on taxes*, Norton, New York, 1999.

22. Ver Cámara Contencioso Administrativa Federal de Buenos Aires, Sala V, Caso Viceconte, Mariela c/ Estado nacional-Ministerio de Salud y Acción Social, causa n. 31.777/96, Constitutional Court of South Africa, Soobramoney vs. Minister of Health (Kwasulu Natal), Case CCT 32/97, 27 november 1997, en Henry Steiner y Philip Alston, *International Human Rights in context, law, politics, morals*, Oxford University Press, 2000, second edition, pp. 293-299; Supreme Court of India, Olga Tellis vs. Bombay Municipal Corporation, AIR 1986 Supreme Court 18, 1985 en Henry Steiner y Philip Alston, *International Human Rights in context, law, politics, morals*, Oxford University Press, 2000, second edition, pp. 286-291; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observaciones Generales, en Oficina Colombiana del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, Bogotá, 2003.

23. Ver Ligia Bolívar, “DESC: Derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes” en Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Serie Estudios Básicos, vol. V. pp. 85-136; Víctor Abramovich y Christian Courtis, “Introducción, la estructura de los derechos sociales y el problema de su exigibilidad”, en *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.

El principio constitucional, que se caracteriza por no tener un supuesto de hecho y tampoco la obligación determinada en la norma, debe ser construido por el juez a través de un proceso interpretativo.²⁴

De más decir que se puede invocar un derecho que no consta en la Constitución y que lo encontramos en normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ya escritas por ser convencionales, ya no escritas por ser *ius cogens*.²⁵

No hay que olvidar, finalmente, que se puede invocar “cualquier derecho que se derive de la naturaleza humana”. Esta cláusula abierta, que confirma la superioridad de la protección de la persona sobre las limitaciones de las definiciones normativas, se encuentra en múltiples constituciones. Por ejemplo, la enmienda IX de la Constitución norteamericana²⁶ y el famoso artículo uno de la Ley Fundamental Alemana que alude al concepto abstracto de la “dignidad”.²⁷

c) Los formalismos: se puede juzgar a la administración de justicia por su accesibilidad. Entonces, el sistema puede ser abierto, si es de fácil acceso (distancia, dinero, formalismos), o cerrado, si sucede lo contrario. Lo óptimo, desde la perspectiva democrática, es que los sistemas sean abiertos.

Para que sea abierta la justicia constitucional, se puede presentar por escrito o verbalmente la acción, no se requiere de intermediación de un profesional del derecho (aun cuando se recomiende y el Estado debe garantizar el acceso vía atención de la Defensoría del Pueblo o la Defensoría Pública), debe ser gratuito, puede presentarse ante cualquier juez, no se requiere, siquiera, poder determinar qué derecho humano reconocido en el ordenamiento jurídico se violó (esta tarea de traducción le corresponde al Estado), tampoco se requiere tener días específicos para la garantía. En estas condiciones, el juez no puede inhibirse o dejar de tramitar. Si lo hace, comete una falta grave por no hacer efectivas las garantías y puede ser hasta penalmente responsable.

24. Sobre la interpretación de DESC y la construcción del supuesto de hecho, ver Rodolfo Arango, “el supuesto de hecho de los derechos sociales fundamentales”, en *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Legis / Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2005, pp. 119-174.

25. Existen normas imperativas no escritas que pueden ser invocadas aun en contra de normas positivas. Por ejemplo, todas las normas de protección de las personas en conflictos armados que no se encuentran ni el art. 3 común de los Convenios de Ginebra del año 1949, ni en el Protocolo Adicional del año 1977. Ver Jean Marie Henkaerts y Louis Doswald-Beck, *Customary international humanitarian law*, ICRC, Cambridge, 2005.

26. Ver Akhil Reed Amar, *The bill of rights*, Yale University Press, 1998, pp. 149 en adelante.

27. Alexy sostiene que a partir del sucinto texto de la ley que dice proteger la dignidad, existen ahora 94 volúmenes de sentencias del Tribunal Constitucional alemán. Ver Alexy Robert, “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, en Miguel Carbonell, edit., *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Editorial Trotta, 2003, p. 35.

Si hay algo que ha vuelto a las acciones de amparo inaccesibles o ineficaces, es el formalismo jurídico. Por la forma, se deja de considerar el fondo. Así, por ejemplo, los juramentos, la necesidad de contar con el patrocinio de un abogado, la no determinación del nombre y de la dirección del funcionario del Estado, el no señalamiento del casillero judicial.

d) El trámite preferente y sumario: desde que existe justicia constitucional, se pueden distinguir dos tipos de procedimientos: uno ordinario y otro constitucional. El ordinario está conformado por todos esos juicios, de raíz civil, penal y administrativo, que tienen cuerpos de normas sustantivas y adjetivas plasmadas, en detalle, en leyes. El derecho sustantivo y procesal constitucional básicamente está previsto en la misma Constitución.

Dada la importancia de los casos que se conocen en la justicia constitucional, en particular la cuestión de los derechos humanos de las personas, aun por el principio clásico de la especialidad, se debe dar importancia a las que se refieren a derechos.

Entonces, los jueces y tribunales deben dejar de lado sus juicios ordinarios y deben dedicar el tiempo que se merece, que debe ser, respetando el debido proceso, el más corto posible. De ahí lo preferente y sumario.

e) La prueba: existe la falsa percepción de que en las acciones constitucionales basta la afirmación del accionante, puesto que la prueba reposa en poder del Estado. También, que conviene acudir con los medios probatorios que se tenga al momento de presentar la acción.

Sin embargo, en la práctica existen casos de difícil resolución que no solo ameritan pruebas, sino contar con criterios especializados para resolver. Por ejemplo, nadie duda que para resolver sobre el contenido de arsénico en el agua, para saber los efectos de las ondas electromagnéticas de los teléfonos celulares, para determinar el alcance de lo que significa territorio para la cultura indígena, para determinar el daño provocado por las fumigaciones con glifosato en el suelo y la piel de la gente... se requiere más que la sola afirmación del accionante o de los informes que aporte el organismo del Estado demandado.

La práctica de pruebas es facultativa para el juzgador. Si el juez o tribunal se forma criterio con la intervención de las partes, la prueba puede convertirse en una formalidad más que retarde innecesariamente el proceso.

Entonces, no todo caso requiere prueba, ni todo caso puede resolverse sin prueba.

f) El cumplimiento inmediato: resuelto la acción a favor de la persona, el Estado debe cumplir de inmediato la resolución. No cabe que se ejecutorie la resolución o que se espere que el superior, si se ha apelado, confirme o revoque la resolución (efecto devolutivo). El razonamiento es simple. Si alguien me violó el derecho, hecho que no debió haber sucedido por aquello de las garantías primarias, lo más razo-

nable es que tan pronto como la autoridad competente me da la razón, en el acto se ejecute lo resuelto.

g) La apelación: en la apelación podemos distinguir dos sistemas. El uno que tiene un órgano especializado, autónomo de la Función Judicial. La ventaja de este sistema es que podemos encontrar más de un argumento para sostener que conviene un órgano que esté por sobre los otros tres poderes tradicionales y los controle.

El otro sistema, en la que el órgano de control forma parte de la Función Judicial. Este puede ser una sala de la máxima corte de justicia o, como sugerimos nosotros, que sea una corte especializada que tenga el máximo poder interpretativo de la Constitución y que, además, represente al Poder Judicial.

Si la Constitución es la norma suprema, luego el órgano encargado de garantizar su vigencia también debe tener ese rango.

La ventaja de ubicar el control constitucional en el Poder Judicial es que, poco a poco, con esa tendencia evolutiva, progresiva, efectiva y contextual, todos y cada uno de los jueces tengan la posibilidad de conocer y resolver sobre estos problemas jurídicos todavía invisibles que son, de paso los más importantes y graves, las violaciones a los derechos humanos.

Por el contrario, si se saca el control constitucional de los jueces ordinarios, incluidos los de primera instancia, como sugieren algunos sectores, hay una tendencia a reforzar y anquilosar la justicia ordinaria, que no puede ser ajena a los derechos humanos, y además resulta una reforma costosa (especializar a ciertos jueces, crear juzgados, imposibilidad de hacerlo en ciudades pequeñas...)

Creemos que a mediano plazo la justicia constitucional, por ser más cercana a la realidad cotidiana de la gente, será la que predomine en la resolución de los casos de la administración de justicia; y, creemos además, que la justicia más cercana a la norma jurídica abstraída de la realidad, será relegada a un plano secundario.

Al momento solo los jueces de primera instancia tienen la posibilidad de resolver acciones constitucionales de protección de derechos. La idea es ampliar esta posibilidad a los superiores jerárquicos, esto es a la Corte de Apelaciones o quien haga sus veces y hasta a la Corte con competencia para conocer la casación y revisión.

El Control último y definitivo será de la Corte Constitucional, que tendrá la misión de unificar jurisprudencia, dar luces para la resolución e interpretación de casos paradigmáticos y establecer normas de conducta vinculante, de tal forma que una vez detectada y resuelta una violación de derechos, esta no vuelva a ocurrir. La jurisprudencia constitucional se convierte, pues, en una garantía de no repetición.

h) Sanción por incumplimiento: se supone que el derecho efectivo es aquel que tiene la posibilidad de ser declarado y ejecutado. En la justicia civil existe un proce-

dimiento para la ejecución de sentencias y en la justicia penal existe la posibilidad de ejercer medidas coercitivas con la fuerza pública para cumplir las sentencias.

En la justicia constitucional, en cambio, salvo el caso del Hábeas Corpus, no existen los procedimientos o las medidas no se las aplican. Si se toma en serio a los derechos de las personas, también hay que tomar en serio las garantías.

El juez tiene todo el poder para que sus resoluciones se cumplan. Este poder se refleja en las medidas que puede tomar, que pueden ser sancionatorias y están previstas en la Constitución (amonestación, multa, destitución), y pueden ser aquellas que siendo creativas y posibles, se les ocurra al juez o tribunal.

Reconocida una violación, el Estado se organiza para repararlo.

El amparo constitucional

El amparo, que no es otra cosa que un proceso constitucional que tiene la finalidad de proteger derechos humanos, debe distinguirse, de acuerdo a la necesidad de protección inmediata o no, en dos: un amparo preventivo y otro reparativo.

a) El amparo preventivo: el amparo preventivo se caracteriza por la existencia de un acto u omisión que puede ocasionar un daño grave. Tiene como finalidad evitar, si está por ocurrir; el cesar, si está ocurriendo, y reparar inmediatamente la violación. Es lo que se conoce internacionalmente como una acción urgente o medidas provisionales.²⁸ El amparo preventivo no requiere formalidades ni mayor exigencia probatoria. Tiene que ser sumamente rápido y efectivo. Como no resuelve el problema de fondo, el juez o tribunal emite una resolución, que tiene carácter provisional.

b) El amparo reparativo: el amparo reparativo requiere un acto u omisión que viola derechos humanos, y que produzca un daño. Este sería un juicio de conocimiento o de fondo. El juez o tribunal dicta sentencia y declara la violación de un derecho y, consecuentemente, debe repararlo íntegramente.

El amparo reparativo es residual. Si hay una manera distinta de resolver la violación por vía ordinaria y ésta es eficaz, hay que acudir a ella. Por ejemplo, si la pretensión es investigar y sancionar a los responsables, debe usarse la vía penal. Si la pretensión es reparar los efectos de una tortura en la personalidad de la víctima, la vía será el amparo reparativo.

28. Convención Americana de Derechos Humanos, art. 63 (2): “En casos de extrema gravedad y urgencia y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes...”

c) La reparación integral: los conceptos civiles de indemnización no son suficientes, no solo porque abordan un aspecto específico del daño sino porque no fueron diseñados para ser aplicados en casos de violación a los derechos humanos. La reparación es un concepto muy amplio que tiene mucho que ver con la percepción de la víctima y con la necesidad de prevenir efectivamente futuras violaciones.

A nivel de sistema interamericano se está desarrollando la teoría del “proyecto de vida” para reparar integralmente a las víctimas; esto es, contar con elementos objetivos para presumir que hubiese pasado si es que la violación no ocurría.²⁹

No puede regularse todas las formas existentes de reparación. Esto dependerá mucho de los casos y de la creatividad de los jueces y tribunales.

d) Violación al debido proceso: un derecho que ha cobrado mucha importancia por ser al mismo tiempo una garantía contra la arbitrariedad y los abusos de poder, es el debido proceso. No resulta coherente declarar que todos los derechos reconocidos por la Constitución son exigibles mediante amparo y luego excepcionar las resoluciones o sentencias del Poder Judicial.

Cabe distinguir dos situaciones distintas. La una en la que se evidencia la violación al debido proceso durante la sustanciación del caso, y la otra cuando se viola este derecho en sentencia.

Cuando ocurre una violación en el proceso, ya que el juez o tribunal tiene competencia constitucional, se abrirá un incidente dentro de la misma causa que tendrá prioridad y será resuelto inmediatamente. Si no hay respuesta favorable, cabe el amparo. Hay que discutir si este amparo será conocido por el juez o tribunal de primera instancia o si se lo presenta al juez a quien corresponde, por la competencia, conocer la apelación. Parece que esta segunda opción sería la más adecuada para evitar interferencias entre jurisdicciones.

Cuando ocurre la violación en la sentencia, siempre que no exista otro recurso ordinario donde se pueda alegar la infracción constitucional, se presentará el amparo ante el juzgador a quien corresponda conocer la apelación o casación; si la sentencia fue expedida por la Corte de Casación y Revisión, el amparo lo conocerá la Corte Constitucional.

29. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Loayza Tamayo contra Perú, Sentencia de Reparaciones, 28 de noviembre de 1998, párr. 144.

El Hábeas Corpus

La acción constitucional de Hábeas Corpus ha sido regulada por la Constitución Política, la Ley de Régimen Municipal y, en relación a la protección de la libertad, también por el Código de Procedimiento Penal, en este último caso conocido como “amparo de libertad” o “amparo judicial”.

Si uno lee con detenimiento el “amparo de libertad” establecido en el Código de Procedimiento Penal, se encontrará con varias sorpresas positivas: es más protector que el hábeas corpus. De acuerdo a un principio básico de los derechos humanos, el principio *pro homine*, se debe regular, aplicar e interpretar, el sistema jurídico, de conformidad con lo que más favorezca a la realización del ser humanos. Si a este le juntamos otro, el principio de progresividad, tenemos como resultado que la Constitución debe regular de acuerdo a las normas más protectoras.

Desde esta perspectiva, como puede verse, se propone constitucionalizar algunas normas ya recogidas en la ley.

a) La competencia judicial: si el máximo garante de la Constitución es el Poder Judicial, no cabe que la acción esté en manos de un órgano local y político como el municipio. En Ecuador existen lugares en donde funciona eficazmente, pero en otros es una acción ilusoria. Además el alcalde no tiene las garantías propias del Poder Judicial, como la independencia e imparcialidad, ni tampoco tiene controles administrativos. Por ello, conviene que el juzgador sea parte del Poder Judicial.

b) Los derechos violados: el hábeas corpus protege la libertad, no solo cuando se le ha privado a una persona, sino también cuando existe la amenaza de hacerlo.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que el Hábeas Corpus también protege uno de los derechos más expuestos en períodos de privación de libertad: la integridad física;³⁰ es decir, precautela que las personas no sean tratadas cruel e inhumanamente y peor torturadas. Si esto sucede, por la teoría de fruto del árbol prohibido la prueba o declaración no tiene validez alguna y esa persona tiene que salir en libertad, además que este hecho, desde la perspectiva penal, no puede quedar impune.

Finalmente, la acción protege a las personas desaparecidas. Estas si bien son privadas de libertad, también se les privan del derecho al debido proceso, a la integridad y hasta la vida. La Corte Interamericana ha considerado que el recurso de hábeas

30. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, Opinión Consultiva OC-8/87, 30 de enero de 1987. Serie A, No. 8.

corpus es el adecuado para promover por parte del Estado la protección a las víctimas de estos delitos.³¹

c) Los violadores del derecho: la privación de libertad, por lo general, se produce por parte de agentes del Estado. Pero también, y esto hay que enfatizar, puede ocurrir por parte de personas ajenas al Estado. Por ejemplo, casos de violencia doméstica cuando hay restricciones a la libertad de movimiento, u hospitales privados que no permiten la salida de las personas cuando no cancelan por la atención médica. En estos casos también cabe el hábeas corpus. Al momento, estas violaciones no tienen forma inmediata de resolverse. Grave falencia en un Estado garantista.

d) El tiempo para resolver la acción: tradicionalmente ha sido 24 horas. Ahora, dado que existe la norma más protectora en el Código de Procedimiento Penal, el plazo sería de 12 horas.³² Si por razones de logística la persona privada de libertad no puede ser trasladada en este plazo, el juez o tribunal puede concurrir al lugar de detención.

La resolución debe tomarse en el acto o audiencia cuando el juez o tribunal llega a la convicción de que la privación de libertad es ilegal o arbitraria. No cabe esperar que la ponga por escrito o que ésta se ejecutorie en el plazo de tres días. Hay que recordar que la justicia no se sacrifica por omisión de formalidades.

El acceso a la información pública

El derecho al acceso a la información pública ha cobrado una importancia extrema últimamente. Se dice que vivimos en la era de la información y que acceder a ella es una condición básica de la persona. Este derecho tiene varias dimensiones. Por un lado, es un derecho autónomo y, por otro, es un derecho que sirve como medio para ejercer otros derechos.³³

Como derecho autónomo, la información pública debe ser accesible para satisfacer la necesidad de conocimiento de las personas.

Como derecho instrumental, la información pública es indispensable y condición para ejercer derechos políticos –solo puedo decidir si tengo información; derechos civiles –solo puedo ejercer mis libertades si tengo información; derechos sociales –so-

31. Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987, Serie C No. 1; y Corte IDH, Caso Godínez Cruz vs. Honduras, Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987, Serie C, No. 3.

32. Código de Procedimiento Penal, art. 425.

33. Ver Víctor Abromovich y Christian Courtis, “El acceso a la información y derechos sociales”, en *El umbral de la ciudadanía, el significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Estudios del Puerto, Buenos Aires, 2006, pp. 171-198.

lo puedo saber si soy elegible a programas de vivienda, si tengo información sobre ellos; derechos colectivos –solo sabré si me violan el derecho a un ambiente sano, si conozco el informe de impacto ambiental.

Además, las democracias se fortalecen cuando la ciudadanía tiene información para controlar y hacer rendir cuentas a las autoridades.

El principio de publicidad de la información determina que mientras más transparente es el ejercicio de la autoridad, menos corrupción existe.

Por estas razones, conviene una acción con características propias y que esté, dada su importancia, reconocida en la Constitución.

a) La información pública: toda información que esté en poder del Estado pertenece a la ciudadanía, salvo que sea información reservada o confidencial. Si la información no se entrega por cualquier razón, existe la posibilidad de la revisión judicial. Así se evita que arbitrariamente se califique de información reservada cuando no lo es, o se niegue la información confidencial cuando su conocimiento tiene trascendencia pública.

b) La resolución y las medidas cautelares: el juez o tribunal debe tomar medidas, cuando fuere el caso, para entregar la información, que son las mismas de las acciones constitucionales. De igual modo, si existe riesgo de desaparición o destrucción de la información, el juez o tribunal debe tomar medidas cautelares para protegerla.

El hábeas data

La acción constitucional de hábeas data protege la información confidencial. Esta ha sido regulada adecuadamente por la Constitución de 1998 y no se sugiere cambios.

La Defensoría del Pueblo

La Defensoría del Pueblo es una institución básica de garantía del Estado Social de Derecho. Tiene la ventaja de ser un mecanismo ágil e informal.

Parece que existe la necesidad de reforzar la manera de designación del Defensor del Pueblo, para garantizar competencia en las funciones e independencia.

La competencia del Defensor puede garantizarse si es que existe un concurso de méritos, en los que se demuestre conocimientos y experiencia en el área de derechos humanos, y además exigiendo los mismos requisitos de la Corte Constitucional.

La independencia se garantiza en cuanto a la forma de designación y remoción. Lo designa el Consejo Nacional de la Judicatura, suponiendo que este es indepen-

diente y técnico, y mediante un procedimiento público, transparente, con veedurías y con posibilidad de impugnación. También la independencia se garantiza con períodos de tiempo distintos a los cargos de elección para diputados, con la no reelección para evitar que existan actos políticos tendentes a que esto suceda. Finalmente, la remoción solo cabe por actos determinados en la ley, después de un debido proceso y por parte de un órgano independiente, que puede ser el Consejo Nacional de la Judicatura.

Tenemos que reconocer que los mecanismos de selección de los funcionarios son claves y que no estamos seguros en la propuesta. Puede ser –y esta propuesta evidencia mis dudas y mi inseguridad–, por el principio democrático, el Congreso Nacional posiblemente de una terna remitida por la Corte Constitucional.

Las formas de designación de autoridades públicas no electas, debe ser motivo de un profundo y serio debate.

PROPUESTAS DE REFORMAS SOBRE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

CAPÍTULO

DE LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS³⁴

Sección primera

Normas comunes de las acciones constitucionales

Art... Cuando de cualquier manera se afectare uno o varios de los derechos reconocidos por esta Constitución, tanto el titular del derecho como cualquier persona que asuma su representación, con o sin mandato escrito, podrá demandar su protección ante cualquier juez o tribunal bajo cuya jurisdicción se encuentre.

Para las acciones constitucionales no habrá inhibición del juez que deba conocerla y todos los días serán hábiles. Si el juez o tribunal no tramitare el recurso, será civil y penalmente responsable, de conformidad con la ley.

Art... Las acciones constitucionales podrán ser propuestas oralmente o mediante escrito, sin formalidades. Si se propone oralmente, se deberá elaborar un acta.

Art... Las acciones constitucionales serán tramitadas de modo preferente y suma-

34. Esta propuesta ha sido enriquecida por la discusión (y hasta editada en algunos artículos) por Juan Pablo Aguilar, Agustín Grijalva y Judith Salgado.

rio. No serán aplicables las normas procesales que se opongan a la acción de amparo, ni las disposiciones que tiendan a retardar su ágil despacho.

Art... Las resoluciones o sentencias que se pronuncien como resultado de las acciones constitucionales, serán cumplidas de forma inmediata, aunque se hubieren presentado recursos contra ellas.

Art... El juez o tribunal podrá ordenar la producción de prueba durante la audiencia.

Art... Las resoluciones y las sentencias podrán ser apeladas para su confirmación o revocatoria, ante la Corte de Apelaciones.

Art... Quien no acate las órdenes, resoluciones o sentencia de un juez o tribunal que resuelva sobre una acción constitucional, será sancionado con la multa que establezca la ley y, si se trata de una persona que preste sus servicios, a cualquier título, en una institución del Estado, podrá ser suspendido o destituido de sus funciones, de justificarlo la gravedad de la falta.

La sanción será impuesta directamente por el juez o tribunal o, si se trata de personas sometidas a fueros especiales, por el juez del fuero.

Para asegurar el cumplimiento de las acciones constitucionales, el juez o tribunal podrá adoptar cualquier otra medida que considere pertinente, e incluso acudir a la ayuda de la fuerza pública.

Las sanciones impuestas conforme este artículo podrán impugnarse únicamente en vía judicial.

Art... Para hacer efectiva la resolución o sentencia del juez, tribunal o Corte Constitucional, y determinar las sanciones dispuestas en el artículo anterior, se podrá interponer una acción de cumplimiento, que será regulada mediante ley.

Sección segunda

Del amparo

Art... Mediante la acción de amparo se requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o reparar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos, que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente, y que, de modo inminente, amenace con causar un daño grave.

El juez convocará de inmediato a las partes, para oír las en audiencia pública dentro de las veinticuatro horas siguientes y, en la misma providencia, de existir fundamento, ordenará la suspensión de cualquier acto que pueda traducirse en violación de un derecho.

Dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez dictará la resolución, la cual se cumplirá de inmediato.

Art... También se podrá presentar acción de amparo, cuando no exista otra vía judicial, para declarar, mediante sentencia, la violación de un derecho, la responsabilidad del agente violador y la reparación integral a la víctima. La ley regulará el procedimiento que será también preferente y sumario y que garantizará el derecho al debido proceso de la persona acusada de la violación de derechos.

Art... Cuando exista la violación al derecho al debido proceso, dentro de un procedimiento judicial que se sustancia en el Poder Judicial, deberá ser alegada ante el mismo juez o tribunal, y tendrá que ser tramitada de forma preferente y sumaria. Si no fuere resuelta o fuere desfavorable, podrá presentarse una acción de amparo constitucional ante el juzgador a quien corresponda conocer la apelación o casación.

También procederá la acción de amparo por violación al debido proceso en contra de sentencias dictadas por cualquier juez o tribunal del Poder Judicial, respecto de los cuales no quepa ningún recurso judicial, se presentará ante el juzgador a quien corresponda conocer la apelación o casación; si la sentencia fue expedida por la Corte de Casación y Revisión, el amparo lo conocerá la Corte Constitucional.

En estos casos, si el amparo fue presentado para obstaculizar la justicia, retardar la sustanciación de la causa o como otra instancia más, el juez deberá rechazar la acción y, si es el caso, sancionar al infractor de conformidad con la ley.

Sección tercera

Del hábeas corpus

Art... Podrá presentarse la acción de hábeas corpus para obtener la libertad inmediata de cualquier persona a la que se considere ilegal o arbitrariamente privada de su libertad. Si la orden de privación de la libertad ha sido dispuesta dentro de un proceso, el recurso se interpondrá ante el juez o tribunal superior

El juez o tribunal, en el plazo de doce horas, contadas a partir de la recepción de la solicitud, ordenará que el recurrente sea conducido inmediatamente a su presencia, que se exhiba la orden de privación de libertad y que la autoridad denunciada informe sobre la privación de libertad. De ser necesario, el juez o tribunal se puede constituir en el lugar de la privación de la libertad.

Si se desconoce la identidad de la autoridad que ordenó la privación de libertad, se debe convocar a la audiencia al funcionario responsable de la dependencia indicada por el solicitante y en su falta al jefe de la dependencia donde guarda prisión.

Su mandato será obedecido sin observación ni excusa, por los encargados del centro de rehabilitación o del lugar de detención.

Finalizada la audiencia, el juez o tribunal dictará su resolución inmediatamente. Dispondrá la inmediata libertad de la persona privada de la libertad, si la persona no fuere presentada, si no se exhibiere la orden, si ésta no cumpliera los requisitos legales o constitucionales, si se hubiere incurrido en vicios de procedimiento en la detención, si se constata la ilegitimidad de la privación de libertad o si se hubiere justificado el fundamento de la acción.

Art... Cuando se denuncie una amenaza actual e inminente de privación de libertad, el juez o tribunal debe ordenar a la autoridad que la dispuso que informe en un plazo de doce horas, y posteriormente convocará a la audiencia para sustanciar el amparo.

Cuando se trate de una orden de prisión preventiva no ejecutada, el amparo debe ser conocido por la Corte Superior correspondiente.

Se puede realizar una investigación sumaria para comprobar la existencia de la amenaza. Si se constata, se debe ordenar que la fuerza pública proteja a la persona, durante el tiempo que indique la resolución.

Art... Cuando se haya propuesto un hábeas corpus y no se conozca el lugar donde se encuentra la persona en cuyo favor se propuso y existan sospechas fundadas de que ha sido privada de su libertad por algún funcionario público o miembro de la fuerza pública, el juez o tribunal debe ordenar una investigación urgente para ubicarla.

Art... También procederá el Hábeas Corpus para proteger la integridad física de las personas privadas de libertad. Si el juez o tribunal detecta cualquier forma de trato cruel, inhumano o degradante o torturas, remitirá inmediatamente la causa a las autoridades competentes para su investigación y sanción, y dispondrá la libertad y la atención de la víctima.

Sección cuarta

Del acceso a la información pública

Art... Toda persona que requiera conocer información pública de cualquier índole podrá plantear la acción prevista por este artículo si aquella información le fuere negada o le fuere entregada incompleta, alterada o con vicios de falsedad, se argumente o no el carácter reservado o confidencial de los archivos o documentos involucrados.

La acción de acceso a la información se podrá interponer ante cualquier juez de lo civil o tribunal de instancia del domicilio del poseedor del archivo o los documentos de que se trate.

Admitida la acción, los representantes de la institución del Estado o la persona natural accionada, harán entrega inmediata al juez de toda la información requerida.

En el caso de archivos o documentos reservados o confidenciales, se deberá demostrar documentada y motivadamente, con el listado índice, que esa clasificación se ha hecho legal y correctamente. Solo en este caso el juez o tribunal, rechazará la acción.

Cuando la información se encuentre en riesgo de ocultación, desaparición o destrucción, el juez o tribunal, de oficio o a petición de parte, dictará las medidas cautelares que crea convenientes.

Sección quinta

Del hábeas data

Art. 94. Toda persona tendrá derecho a acceder a los documentos, bancos de datos e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, consten en entidades públicas o privadas, así como a conocer el uso que se haga de ellos y su propósito.

Podrá solicitar ante el funcionario respectivo, la actualización de los datos o su rectificación, eliminación o anulación, si fueren erróneos o afectaren ilegítimamente sus derechos.

Si la falta de atención causare perjuicio, el afectado podrá demandar indemnización.

La ley establecerá un procedimiento especial para acceder a los datos personales que consten en los archivos relacionados con la defensa nacional.

Sección sexta

De la Defensoría del Pueblo

Art... Habrá un Defensor del Pueblo, con competencia nacional, para promover o patrocinar acciones constitucionales de las personas que lo requieran; defender y excitar la observancia de los derechos fundamentales que esta Constitución garantiza; observar la calidad de los servicios públicos y ejercer las demás funciones que le asigne la ley.

El Defensor del Pueblo reunirá los mismos requisitos para ser magistrado de la Corte Constitucional, además demostrar experiencia en la defensa y promoción de derechos humanos. Será designado por el Consejo Nacional de la Judicatura, mediante concurso de méritos, con veeduría ciudadanía y un proceso de impugnación, que será regulado por la ley. Desempeñará sus funciones durante cinco años y no podrá ser reelegido. El Defensor del Pueblo rendirá informe anual de labores al Congreso Nacional y al Consejo Nacional de la Judicatura.

Tendrá independencia y autonomía económica y administrativa; gozará de fuero e inmunidad en los términos que señale la ley.

BIBLIOGRAFÍA

- Abramovich, Víctor, y Christian Courtis, “Introducción, la estructura de los derechos sociales y el problema de su exigibilidad”, en *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.
- “El acceso a la información y derechos sociales”, en *El umbral de la ciudadanía, el significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Buenos Aires, Estudios del Puerto, 2006.
- Alexy, Robert, *Teoría del discurso y derechos humanos*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, Serie Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, No. 1, 1995.
- “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, en Miguel Carbonell, edit., *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Editorial Trotta, 2003.
- Amar, Akhil Reed, *The bill of rights*, Yale University Press, 1998.
- Arango, Rodolfo, “El supuesto de hecho de los derechos sociales fundamentales”, en *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis / Universidad Nacional de Colombia, 2005.
- Bolívar, Ligia, “DESC: derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes”, en *Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Serie Estudios Básicos, vol. V.
- Cámara Contencioso Administrativa Federal de Buenos Aires, Sala V, Caso Viceconte, Mariela c/ Estado nacional-Ministerio de Salud y Acción Social, causa n. 31.777/96.
- Capella, Juan Ramón, *Fruta Prohibida*, Madrid, Editorial Trotta, 2001, 3a. ed.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observaciones Generales, en Oficina Colombiana del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, Bogotá, 2003.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, “El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, Opinión Consultiva OC-8/87, 30 de enero de 1987. Serie A, No. 8.
- Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988.
- Caso Godínez Cruz, Sentencia de 20 de enero de 1989.
- Caso Loayza Tamayo contra Perú, Sentencia de Reparaciones, 28 de noviembre de 1998.
- Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Editorial Trotta, 2001.
- *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Madrid, Editorial Trotta, 2002, 3a. ed.
- Henckaerts, Jean Marie, y Louis Doswald-Beck, *Costumary international humanitarian law*, Cambridge, ICRC, 2005.

- Holmes, Stephen, y Cass R. Sunstein, *The cost of rights, why liberty depends on taxes*, New York, Norton, 1999.
- Knappman, Edward W., *Great American Trials*, USA, Visible Ink, 1994.
- Oyarte, Rafael, *La acción de amparo constitucional, Jurisprudencia, dogmática y doctrina*, Quito, Fundación Andrade y Asociados, 2006, 2a. ed.
- Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, Universidad Carlos III de Madrid, 1999.
- Peña Freire, Antonio Manuel, *La garantía en el Estado constitucional de Derecho*, Madrid, Editorial Trotta.
- Steiner, Henry, y Philip Alston, *International Human Rights in context, law, politics, morals*, Oxford University Press, 2000, second edition.
- Zagrebeltzky, Gustav, *El derecho dúctil*, Madrid, Editorial Trotta, 2002, 4a. ed.
- Zúñiga Urbina, Francisco, “Derechos humanos y jurisprudencia del tribunal constitucional 1981-1989: el pluralismo político e ideológico en Chile”, en *Ius et Praxis*, vol. 9, No. 1, Talca 2003, <http://www.scielo.cl/scielo>

Hermenéutica y Tribunal Constitucional

*Claudia Storini**

En este artículo se reflexiona sobre las decisiones del Tribunal Constitucional, que al no disponer de una legitimación popular directa pueden considerarse legítimas tan solo si aparecen como aplicación de Derecho, y no como creación política de normas. Para ello se analiza la relevancia que, en este proceso de legitimación, pueden tener las teorías de la interpretación en consideración de la peculiaridad de los enunciados normativos de la Constitución que evidencian cómo el problema de la objetividad del parámetro de control no puede encontrar su solución desde el punto de vista teórico-normativo, llegando a la conclusión que la misma condición jurídica o política del control de constitucionalidad dependerá de la existencia de criterios de valoración permanentes, esto es, de una teoría de la interpretación elaborada por cada uno de los tribunales constitucionales.

FORO

INTRODUCCIÓN

El relevante papel que se le atribuye a la interpretación constitucional, en el marco del Estado democrático de Derecho, ha sido resumido por Ignacio de Otto. Según este autor “al decir que la jurisdicción constitucional hace política se está haciendo una afirmación que es al mismo tiempo obvia y falsa. Es obvia en el sentido de que, si bien aplica derecho, lo hace de un modo distinto al de los órganos jurisdiccionales, con una carga mucho mayor de decisión política. Es falsa en la medida en que, a pesar de ello, su actividad no tiene las mismas características que la de los órganos específicamente políticos. Y esta paradoja, que la tesis sea al mismo tiempo obvia y falsa, se debe a un insuficiente análisis de la forma en que el Tribunal Constitucional esté vinculado a las normas jurídicas, se debe en concreto a que no se analiza con detenimiento cuál es la verdadera índole de la relación entre las decisiones del Tribunal Constitucional y las normas jurídicas que en ellas se activan. El proble-

* Investigadora del Programa Juan de la Cierva, Universidad de Valencia (España).

ma del carácter político o no político de la jurisdicción constitucional es en definitiva el problema de la interpretación constitucional”.¹

La cuestión que este autor plantea tiene, como es sabido, origen en la misma introducción de la jurisdicción constitucional en los diferentes ordenamientos jurídicos, la cual suscitó desde el primer momento una serie de críticas y reservas hacia el órgano encargado de defender la Constitución, todas ellas unidas por un rasgo común: la sospecha de que los tribunales constitucionales puedan ser órganos políticos y no jurídicos, órganos que a través de su poder jurisdiccional puedan hacer algo más que “decidir el Derecho”.

Esta crítica refleja una evidente preocupación por su legitimación democrática, que se sustancia en la necesidad de justificar que si bien el Tribunal Constitucional no dispone de una legitimación popular directa, sus decisiones pueden considerarse legítimas tan solo si aparecen como aplicación de Derecho y no como creación política de normas. Este es el presupuesto que hace que para la jurisdicción constitucional llegue a ser de vital importancia asegurar su carácter jurisdiccional, porque dicho carácter constituye la fuente principal de legitimación de aquellos órganos del Estado llamados a aplicar las leyes y decidir sobre litigios concretos.

Con el fin de analizar la relevancia que, en este proceso de legitimación de la labor del Tribunal Constitucional, pueden tener las teorías de la interpretación, resulta conveniente intentar separar los diferentes elementos que componen este difícil rompecabezas y que, muy a menudo, se confunden entre sí, ya que, por ejemplo, defender la naturaleza política de una decisión no es lo mismo que defender la naturaleza política del órgano encargado de tomarla; del mismo modo, defender el uso de un procedimiento judicial no significa necesariamente excluir el ejercicio de una función política, ni reconocer la jurisprudencia como fuente del Derecho supone admitir la total libertad de interpretación.

Así pues, para poder proceder al mencionado análisis es necesario destacar que tanto la previsión de un órgano encargado de controlar el respeto de la Constitución, como las funciones encomendadas a la justicia constitucional, dependen directamente del significado que en cada contexto histórico adquiere el término “Constitución”.

1. “La posición del Tribunal Constitucional a partir de la doctrina de la interpretación constitucional”, en VV. AA., *El Tribunal Constitucional*, vol. II, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1981, p. 1940.

EL SIGNIFICADO DEL TERMINO “CONSTITUCIÓN” Y SU RELACIÓN CON LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

A) LAS CONSTITUCIONES REVOLUCIONARIAS: ESTADOS UNIDOS VS. FRANCIA

Las Constituciones revolucionarias –norteamericana y francesa– representan el presupuesto teórico de la existencia de un sistema de garantías constitucionales.² En este contexto la Constitución asume el significado de norma que instituye y disciplina la vida política, independientemente de las relaciones de fuerzas existentes entre los actores constitucionales. La Constitución se concibe como instrumento jurídico capaz de adaptar a sí misma la vida constitucional; desde este momento ya no serán las relaciones constitucionales materiales las llamadas a constituir la Norma Fundamental, como ocurría en el Antiguo Régimen, sino que, al revés, es la Constitución la que posibilita las relaciones constitucionales materiales.

Se cristalizan desde la vida política una serie de reglas fundamentales que se independizan respecto del desarrollo constitucional concreto y se basan en el consenso entre las fuerzas constitucionales para considerarlas como constitutivas, es decir, substraídas a la variación de las relaciones de poder y a las vicisitudes de la vida política. Las asambleas constituyentes son expresión concreta de esta general disponibilidad de trabajar en común, para concretar e individualizar un ámbito de la vida pública que puede definirse como neutral y someterse a unas reglas estables consagradas en un texto escrito. Sirven de base a esta concepción las doctrinas que reconocen la Constitución como expresión de la soberanía popular o nacional y conciben los poderes constitucionales como poderes constituidos sobre la base de una delegación realizada por la misma Constitución. Una vez que el pueblo o la nación haya ejercido el poder constituyente no pueden existir poderes sin limitaciones. Más allá de las fases constituyentes ya no existen poderes originarios, sino tan solo poderes derivados que encuentran su legitimidad en la Constitución.³

Esta concepción de la Constitución posibilita la elaboración teórica de un sistema de control constitucional, en el que un órgano, independiente de las fuerzas constitucionales, sea el encargado de resolver las controversias entre éstas por medio de la aplicación del Derecho constitucional. La Constitución, entendida como fuente que

2. R. Blanco Valdés, *El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*, Madrid, Alianza Editorial 1994; P. Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, CEC, 1987.

3. M. Galizia, *La teoría della sovranità. Dal Medio Evo alla Rivoluzione francese*, Milán, Giuffrè, pp. 424-455.

disciplina las relaciones entre los órganos constitucionales, requiere un “órgano de la Constitución” que esté llamado a defenderla aplicándola a los casos controvertidos. Existe una conexión lógica entre Constitución escrita y justicia constitucional, una conexión que representa la base de los dos discursos que sientan los cimientos de la justicia constitucional en los Estados Unidos y en Francia: la decisión del Tribunal Supremo en el caso *Marbury vs. Madison* de 1803 y la propuesta de Sieyès de 1795.⁴

Para entender las razones del diferente éxito que tuvieron estas propuestas ayuda poner de relieve las diferencias entre dos conceptos de Constitución que en ese momento histórico adquieren una identidad precisa, es decir, el *Agreement of the People* y el *Instrument of Government*, Constitución como documento político y Constitución como documento jurídico, Constitución como contrato y Constitución como acto, la primera como cauce de integración de la sociedad y la segunda como cauce de racionalización del proceso decisional.⁵ Esta doble característica de la Constitución permite diferenciar la experiencia francesa de la norteamericana. Y ello porque, mientras en el constitucionalismo norteamericano prevalece la idea de una Constitución-contrato, sobre cuya base se define la unión por medio de un acuerdo de los individuos sobre los principios morales fundamentales para la propia convivencia, en el constitucionalismo francés prevalece, sin embargo, la idea de Constitución-acto, como decisión respecto de la forma de la existencia política de un pueblo considerado como sujeto de una voluntad colectiva. El constitucionalismo norteamericano desarrolla una función que puede definirse como *nation-building*, ya que no tiene a sus espaldas un Estado que haya forjado una nación, mientras que el francés se sitúa en el plano de un *state-building*, es decir, de la redefinición del orden entre poderes del Estado, porque la nación había ya sido plasmada con anterioridad por el Estado absoluto.⁶

Una segunda diferencia entre los dos modelos revolucionarios, en relación con el concepto de nación, puede ser observada evidenciando que en la Europa del siglo XVIII detrás de la nación se esconde una sociedad en gran medida heterogénea, mucho más heterogénea que la sociedad norteamericana, y el concepto de nación será utilizado como ficción apta para respaldar el poder constituyente, lo cual demuestra

-
4. Ambas son estudiadas por R. Blanco Valdés, *El valor de la Constitución*, pp. 143-160 y 207-238; E. Sieyès, *Scritti e discorsi della rivoluzione*, Turin, Einaudi, pp. 220-268; A. Bradley Thayer, *The Origin and the Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, pp. 1-39.
 5. Tanto en el caso del “*greement of the People* presentado al Alargo Parlamento” en el 1647, como en el del *Instrument of Government*, promulgado por Cromwell en 1653, se trata de constituciones escritas, que afirman su propia superioridad normativa estableciendo la nulidad de los actos y de las leyes del Parlamento que van en contra de ellas. El texto de ambos documentos pueden consultarse en J. W. Gough, *Fundamental Law in English Constitutional History*, Oxford, A. Kelley, 1955.
 6. G. Sartori, *Elementi di Teoria politica*, Bolonia, Il Mulino, 1987, pp. 23 y ss.

que, mientras el modelo norteamericano tiene como objetivo la institucionalización de un orden ya existente, el francés pretende instaurar un orden que todavía no existía.⁷

Estas diferentes concepciones de la Constitución tuvieron repercusiones también respecto de las atribuciones del Poder Judicial. Como es sabido, en el constitucionalismo norteamericano la doctrina del juez Marshall constituyó la base del sistema de control jurisdiccional de las leyes, confirmándose de esta manera la idea de la Constitución como garantía,⁸ mientras que la propuesta de Sieyès fue rechazada porque la fuerza de la voluntad general, que se traducía en la potenciación de la concepción de la Constitución, como acto de delimitación de un poder en nombre de otro, no podía sino resistirse a la idea de un control de constitucionalidad de las leyes.⁹ Las razones del diferente éxito de las dos propuestas no se basan por tanto sobre las premisas teóricas del control judicial de las leyes, que se dio en ambos casos, sino en la premisa material o concreta, que existía en Estados Unidos y no en Francia: la consideración de la Constitución como garantía del pluralismo, un pluralismo institucional (o estatal), social, étnico y religioso,¹⁰ que permitió a la Corte Suprema afirmar su papel de control del respeto del equilibrio entre estas fuerzas, en un ámbito que se reconoció como superior al de las vicisitudes políticas contingentes.

B) LA CONSTITUCIÓN “OTORGADA”

El carácter jurídico y político de la Constitución de las monarquías constitucionales del siglo XIX es consustancial a la utilización de éstas como instrumento de limitación de la plenitud de poderes del Rey. Como es sabido, la premisa histórica de las monarquías constitucionales fue la asunción por parte del Rey de la plenitud de los poderes que habían caracterizado el período del absolutismo. La Constitución de las monarquías constitucionales del siglo XIX no se limita a reflejar, como las del Antiguo Régimen, puntuales acuerdos pactados, después de períodos de lucha, entre las diferentes fuerzas constitucionales concurrentes (la monarquía, la iglesia, la nobleza

-
7. Estas divergencias se reflejan también en las diferentes concepciones del poder constituyente: la Revolución Francesa asoció el ejercicio del poder constituyente a la imagen de una originaria unidad política soberana capaz de imponer su voluntad, llamada pueblo o nación, mientras la Revolución Norteamericana asoció el ejercicio de dicho poder al establecimiento de reglas fundamentales que debían imponerse a los mismos poderes constituidos, incluido el legislador. Véase G. Zagrebelsky, “Storia e costituzione”, en VV. AA., *Il futuro della Costituzione*, Turín, Einaudi, 1991, p. 39.
 8. A. Hamilton, *et al.*, *El Federalista; Hamilton, Madison y Jay*, México, Fondo de Cultura Económica, 1957, 2a. ed., pp. 332-333.
 9. G. Fioravanti, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, Padua, Cedam, p. 146.
 10. A. de Tocqueville, *La democrazia in America*, vol. I, Milán, Rizzoli, 1982, pp. 77 y ss.

y la burguesía), sino que constituye un nuevo orden para la organización de las funciones del Estado. El elemento más relevante de este orden es la limitación de la plenitud de los poderes del Rey y de su administración, en favor de los ciudadanos-burgueses representados en la asamblea elegida por medio de sistemas electorales censatarios. La Constitución establece formas puntuales de ejercicio del poder monárquico, y, en muchos ámbitos, dicho poder se condiciona al consentimiento del órgano representativo. De esta manera, la Constitución no crea por sí misma el poder político; lo presupone ya existente en el monarca y lo único que hace es someterlo a reglas y limitaciones más allá de las cuales se queda fundamentalmente libre. Esta organización constitucional es expresión de un compromiso ya que el pueblo, representado por la burguesía, no tenía todavía la fuerza suficiente como para asumir la dirección del Estado y llegar a ser el dueño absoluto de la Constitución. No obstante, tenía la fuerza necesaria para condicionar al monarca en el ejercicio de sus funciones. Este compromiso dejaba en el aire la importante cuestión de la atribución de la soberanía al pueblo o al Rey; lo que llevó a definir las monarquías dualistas del siglo pasado como regímenes en los que la soberanía era “indefinible”.¹¹ Las controversias todavía existentes en relación con la revocabilidad de las cartas constitucionales por parte del Monarca y acerca de su posible modificación demuestran la ambigüedad que conlleva este tipo de orden constitucional.¹² En este contexto, la defensa de la Constitución se traduce en el respeto de la lealtad y se consideran como garantías constitucionales instrumentos de control que no tienen ninguna relación con la justicia constitucional: el juramento de fidelidad a la Constitución por parte del Rey o la responsabilidad de los ministros ante el Parlamento. Estos instrumentos configuran de modo unilateral el problema de las garantías, en concordancia con el significado de la Constitución como límite del poder soberano en favor de la burguesía y de sus representantes. A su vez el Rey podía pretender garantías como el juramento de fidelidad a la Constitución por parte de los diputados o el derecho de sancionar las leyes. Las características de las Constituciones del siglo XIX explican por sí mismas las razones que impedían la instauración de un órgano encargado de resolver imparcialmente las controversias constitucionales. De hecho, en abstracto, en esta situación dual, cada parte del compromiso constitucional podía considerarse como garante de la Constitución con relación a su ámbito, y en la realidad, dependiendo de la posición del intérprete, la defensa de la Constitución se otorgaba bien al Rey, como residuo de su originaria soberanía, autolimitada con la concesión de la Constitución, o bien a la

11. Así E. Cortese, “voce Sovranità (storia)”, en *Enciclopedia del diritto*, vol. XLIII, Milán, Giuffrè, 1990, p. 385.

12. Este debate ha sido eficazmente ilustrado por A Biral, “Per una storia della sovranità”, *Filosofia Politica*, No. 1, 1991, pp. 5-50.

Cámara, entendiendo la Constitución como limitación del poder del Monarca, con el fin de garantizar la defensa de la autonomía y de la libertad individual.¹³

La evolución sustancial de este orden constitucional, bajo Cartas constitucionales formalmente dualistas, condujo hasta la afirmación del régimen parlamentario, donde la omnipotencia del Parlamento representaba una nueva razón que obstaculizaba la previsión de un defensor de la Constitución. En toda situación de hegemonía incontestada de una fuerza homogénea, la justicia constitucional pierde su valor teórico, antes que práctico, ya que la misma Constitución cambia su naturaleza. La discusión sobre el carácter rígido o flexible de las Cartas constitucionales del siglo XIX no representaba un simple debate teórico sobre una de las características de la Constitución, sino un instrumento para institucionalizar dicha hegemonía, ya que "Constitución rígida" significaba norma jurídica vinculante para los actores políticos, mientras una "Constitución flexible" asumía el significado de norma subordinada a las exigencias de dichas fuerzas que se expresaban en la ley ordinaria. En este contexto no podía imaginarse una Constitución que representase un obstáculo al desarrollo de la vida política, conforme a la voluntad de las fuerzas hegemónicas. A estas fuerzas se les tenía que reconocer el poder de convertir en constitucional, por medio de la ley, lo que, aunque contrastara con la Constitución, fuese necesario al desarrollo de sus fines. Por esto en el Estado liberal, una vez afirmada la tesis del carácter flexible de las Cartas constitucionales, ya no se reconoce una verdadera Constitución sino una ley con contenidos constitucionales, a la que nadie tendrá que defender.¹⁴

Tan solo pudo afirmarse una justicia constitucional en las organizaciones de los Estados federales, es decir, allí donde la Constitución representa un contrato entre los Estados que deciden unirse. En este tipo de organización política se introduce una nueva instancia, con el fin de decidir acerca de las controversias entre los Estados miembros.

La Constitución adquiere un carácter pluralista –en el sentido de pluralismo estatal– de contrato federal entre varias, partes y la garantía del respeto hacia este contrato es atribuida a un órgano suprapartes, llamado a arbitrar los conflictos constitucionales entre los miembros de la Federación y entre la propia Federación y sus miembros. El pluralismo institucional es el que posibilita la realización de las primeras formas de justicia constitucional en Europa.¹⁵ Este tipo de justicia constitucional

13. En este sentido se expresa V. Miceli, "Analisi giuridica della nozione d'incostituzionalità", en *Enciclopedia giuridica italiana*, Milán, SEI, 1901, p. 56.

14. Para un análisis de los términos del debate sobre las características que configuran la "rigidez" de una Constitución, ver el debate entre A. Pace y J. Varela publicado en *La rigidez de las Constituciones escritas*, Cuadernos y debates, No. 58, Madrid, CEC, 1995.

15. En la Confederación helvética desde 1874 existe un Tribunal federal encargado de vigilar la conformidad del

tiene la función de garantizar la ordenada convivencia entre diferentes niveles de poder político existentes en el Estado y se diferencia de aquella que se relaciona con el pluralismo social y que tiene como función la salvaguardia de los derechos individuales y sociales reconocidos por la Constitución. No obstante ambas tienen algo en común: la necesidad de garantizar el pluralismo.¹⁶

C) LA CONSTITUCIÓN COMO COMPROMISO DE CLASE

En la mayor parte de los países europeos, después de la Primera Guerra Mundial, cuando las masas populares organizadas en partidos y sindicatos empiezan a reivindicar poder político y reformas sociales, la solución constitucional que se intenta perseguir es el compromiso de clase, y es en ese nuevo contexto donde ve la luz un nuevo dualismo que intenta establecer un equilibrio entre dos fuerzas antagónicas: la burguesía y el proletariado. Esta situación llegó a ser codificada en las primeras Constituciones democráticas. El ejemplo más relevante estuvo representado por la Constitución del *Reich* alemán de 1919; es decir, la Constitución de Weimar. Con ella se reconocían una serie de derechos sociales destinados a mejorar las condiciones de vida del pueblo, se abría la posibilidad a la realización de reformas económicas y sociales profundas para proseguir una mayor justicia social y permitir la participación política de todo el pueblo gracias a la previsión del sufragio universal. Como todas las Constituciones dualistas, la Constitución de Weimar era una Constitución sin soberano, es decir, una Constitución que dejaba sin solución, desde el punto de vista sustancial, el problema de cuál era la fuerza predominante, remitiendo al enfrentamiento político y social la solución de tal problema. En estas condiciones, las Constituciones reflejaban la inexistencia de una cláusula de bloqueo de la situación política y social, siendo así neutrales, capaces de adaptarse a todo tipo de transformación.

Derecho de los cantones al Derecho federal y a la Constitución. En el Estado monárquico-federal austriaco, desde 1867 fue instituido un Tribunal imperial para solucionar los conflictos entre el *Reich* y los *Länder* y entre los propios *Länder*. En Alemania, con la Constitución de Weimar se introdujo una Corte de Justicia estatal del *Reich* alemán con competencias sobre las controversias entre *Reich* y *Länder*. Los tres modelos son estudiados por, P. Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad*, (1918-1939), pp. 49 y ss. Madrid, CEC, 1987, y por J. Acosta Sánchez, *Formación de la constitución y jurisdicción constitucional. Fundamentos de la democracia constitucional*, Madrid, Tecnos, 1998, pp. 230 y ss. Sobre la Confederación Helvética, A. E. Grisel, "La Jurisdiction constitutionnelle du Tribunal fédéral suisse", en VV. AA., *Costituzione e giustizia costituzionale nel diritto comparato*, Maggioli, Rimini, 1985, pp. 140 y ss.; sobre el sistema austriaco, J. Vernet i Llobet, *El sistema federal austriaco*, Madrid, Marcial Pons, 1977, pp. 17 y ss. la Constitución de Weimar ha sido estudiada por H. Schulze, *La Repubblica di Weimar. La Germania dal 1917 al 1933*, Bolonia, Il Mulino, 1987, así como F. Lanchester, *Alle origini di Weimar. Il dibattito costituzionale tedesco tra il 1900 e il 1918*, Milán, Giuffrè, 1985.

16. G. Zagrebelsky, *Storia e costituzione* p. 67.

Con este fin, los derechos clásicos de los que depende la estructura fundamental de la sociedad, el derecho de propiedad y el derecho de iniciativa económica, están reconocidos, pero al mismo tiempo se condicionaban a los intereses sociales generales defendidos por medio de la ley. La defensa de esta clase de Constitución evidentemente no podía ser garantizada por medio del poder jurisdiccional, ya que ninguna de las partes enfrentadas confiaba la solución del problema sustancial de la soberanía a un órgano jurisdiccional. Por tanto, la estabilidad de esta situación constitucional solo podía ser garantizada por un poder político.¹⁷ Este poder se manifestaba, o bien en un fuerte partido central capaz de conciliar las tensiones políticas y sociales –como por ejemplo en el caso italiano–,¹⁸ o bien por medio de la acción de un Jefe de Estado, no comprometido con ninguna de las partes –como en el caso alemán ocurrió con Weimar–. Pero, como es sabido, ambos modelos quebraron.¹⁹

Por otra parte y en este mismo contexto, se desarrolló en Austria, con la Constitución de 1920, el primer modelo orgánico de justicia constitucional, abierto al control de constitucionalidad de las leyes, hasta entonces considerado no realizable. De esta manera, la evolución era completa y la justicia constitucional llegaba, en Europa, a su punto de desarrollo más avanzado: el control del legislador en nombre de la Constitución.²⁰ Se trataba de un avance que evidentemente ponía en duda la misma soberanía parlamentaria y en el que probablemente influyeron más que en otros lugares los anticipos provenientes de la teoría constitucional, bajo el estímulo de Kel-

-
17. El silencio constitucional, como es sabido, dará lugar a la polémica doctrinal más importante del período, íntimamente vinculada a la de “quién deba ser el defensor de la Constitución”. A este respecto escribía C. Shmitt: “La Constitución de Weimar presupone el pueblo alemán como unidad que opera por sí misma de mediadora, sin las organizaciones sociales, es capaz de obrar, puede expresar su voluntad y en el momento decisivo, superando las divisiones plurales, debe reunirse e imponerse. La Constitución intenta dar sobre todo al presidente del *Reich* la posibilidad de unirse a la voluntad política general y por tanto de actuar como guardián y defensor de la unidad constitucional y de la totalidad del pueblo”. En *Teoría de la Constitución*, p. 89. Sobre el control de constitucionalidad en la República de Weimar, ver, P. Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, cit., pp. 71 y ss.
18. “Donde la garantía de estabilidad tendría que haberse manifestado a través de la acción de un fuerte partido político central, un Apartido de la Constitución” capaz de romper el dualismo destructivo y de actuar como amortiguador de las tensiones políticas y sociales. Ver C. Morandi, *I partiti politici nella storia d'Italia*, Florencia, Felice Lemonní, 1978, pp. 49-73; R. Mondolfo, *Il pensiero politico nel Risorgimento italiano*, Milán, Giuffrè, 1959, pp. 77-84.
19. Para un análisis de las razones que provocaron las crisis de estos sistemas ver, entre otros, R. Vivarelli, *Il fallimento del liberalismo. Studi sulle origini del fascismo*, Bolonia, Il Mulino, 1981; H. Schulze, *La Repubblica di Weimar. La Germania dal 1917 al 1933*, Bolonia, Il Mulino, 1987, pp. 129 y ss.
20. Sobre la jurisdicción constitucional en la Constitución austriaca de 1920 véanse, P. Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad*, (1918-1939), cit., pp. 232 y ss.; J. Acosta Sánchez, *Formación de la constitución y jurisdicción constitucional*, cit., pp. 246 y ss.; T. Öhlinger, “La giurisdizione costituzionale in Austria”, *Quaderni costituzionali*, No. 4, 1982, pp. 537 y ss.; B. Caravita, *Corte Costituzionale Agiudice “a quo” e introduzione del giudizio sulle leggi. La Corte costituzionale austriaca*, vol. I, Padua, Cedam, 1985, pp. 38 y ss.

sen.²¹ De hecho, la aplicación efectiva del control de constitucionalidad de las leyes en un primer momento fue muy limitada y tan solo, en coincidencia con el cambio de las características de la vida política constitucionalmente garantizada, la justicia constitucional austriaca llegó a desarrollar toda su potencialidad de conformidad con lo que ocurría en todos los demás países en los que se institucionalizó un sistema de justicia constitucional.

D) LA CONSTITUCIÓN PLURALISTA

Después de la Segunda Guerra Mundial, la Constitución adquiere un nuevo significado. La tarea política de los Estados después de los regímenes dictatoriales y de una guerra es la de construir los pilares sobre los cuales pueda descansar una nueva convivencia, no solo política sino también social. Por tanto, no solo la organización política sino también la social son objeto de disciplina constitucional.

En esta nueva situación, la sociedad necesita una nueva articulación. Todo lo que es general y tiene algo que ver con la vida de todos, tanto en la sociedad como en el Estado, tiene que ser formulado de nuevo ya que no queda nada del pasado.

La Constitución asume una tarea que en ninguna época precedente había tenido, es decir, la de volver a organizar la sociedad sobre la base de valores que pudieran expresar la unión de voluntades. Las Constituciones contemporáneas, por tanto, representan un contrato o un compromiso entre las partes, por medio del cual es posible crear un nuevo orden social y político. Y respecto de este nuevo orden, cada fuerza política representa tan solo un fragmento. Con estas constituciones viene a modificarse, y tal vez se puede decir que muere el concepto de soberanía, entendida como necesaria existencia de una fuerza predominante, concretamente identificable y titular de un poder último.

En la actual fase política la Constitución es un documento pluralista y en ella ya no existe un soberano comparable con el que existía en las constituciones del siglo XIX, ni una lucha por la soberanía, cada sujeto social lucha para mejorar sus posiciones dentro de un contexto caracterizado por la presencia de muchas fuerzas políticas, económicas, sociales y culturales.

Tal número de fuerzas conlleva la imposibilidad de la existencia de una sola de ellas capaz de ejercer un poder soberano, tal y como éste había venido siendo entendido hasta entonces. Decir que la soberanía pertenece al pueblo no hace más que abrir el camino a una multiplicidad de sujetos sociales y a sus acuerdos.²² En este contex-

21. H. Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Tecnos, 1995.

22. M. Luciani, "l'antisovrano e la crisi delle costituzioni", en *Rivista di diritto costituzionale*, No. 1, 1996, p. 155.

to, la necesidad de una justicia constitucional ya no puede explicarse como garantía de un ordenamiento en peligro, faltando la tensión destructora de la lucha por la soberanía, y por tanto el Tribunal Constitucional, de ser considerado como un simple garante de la Norma Suprema, como era defendido por Kelsen, queda configurado, también, como un garante de su propio funcionamiento.²³

LA NECESARIA VINCULACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL A LA UTILIZACIÓN DE CRITERIOS DE VALORACIÓN CONSTANTES PARA DEFENDER LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

A) PODER CONSTITUYENTE Y CONSTITUCIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

La mutación de las funciones atribuidas a los tribunales constitucionales en los sistemas contemporáneos puede ser puesta de relieve, también, estudiando la relación existente entre soberanía, poder constituyente, reforma de la Norma Fundamental y Tribunal Constitucional.

Forma parte de la lógica del mismo Estado constitucional el que, una vez aprobada la Constitución, el poder constituyente desaparezca, dejando su lugar a la propia norma por él creada. Todos los poderes pasan a ser así poderes constituidos, y la Constitución se configura como Norma Suprema. Se entiende, de esta manera, la definición del poder constituyente como “el canto del cisne de la soberanía”, como un acto extremo de autoafirmación que conlleva su misma limitación.²⁴ El único poder verdaderamente soberano es el poder constituyente; en el Estado constitucional no existe ningún órgano que ostente un poder ilimitado como para suspender el ordenamiento jurídico existente y crear un nuevo orden normativo, ni siquiera el Estado de excepción puede albergar en su seno un detentador concreto de la soberanía.

La historia del Estado moderno es la historia de un Estado legislativo que progresivamente expropia al legislador sus poderes. Aquel proceso de expropiación que, en primer lugar, se había dirigido en contra de la monarquía acaba por afectar, también, al órgano legislativo; al legislador se le sustituye por un concepto de ley como cosmos de normas impersonales y abstractas, respecto del cual el acto creador del poder

23. V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, Padua, Cedam, 1978, p. 202.

24. M. Dogliani, “Potere costituente e revisione costituzionale”, *Quaderni costituzionali*, No. 1, 1995, p. 223. Se refiere a la soberanía jurídica como soberanía limitada y por tanto como no-soberanía, M. Luciani, “L’antisovrano e la crisi delle costituzioni”, p. 144.

constituyente está destinado a permanecer como algo externo e intangible.²⁵ Con el tiempo, la atomización de las leyes y la heterogeneidad de sus contenidos convierten a aquéllas en actos imperativos a disposición de intereses particulares y así la Constitución del Estado de derecho liberal demostrará su falta de aptitud para asegurar las garantías de las libertades que constituyen el primer requisito de todo constitucionalismo. En este contexto adquiere siempre más importancia para la definición de la Constitución la problemática de los derechos fundamentales. Como defendió Kelsen, la Constitución no es solo “una regla de procedimiento sino, además, una regla substancial”, es decir, atañe a normas que disciplinan “no solo la formación sino también el contenido de las leyes”. En este sentido, “la Constitución individúa principios, directrices y límites al contenido de las leyes futuras”.²⁶

Se afirma así el principio de la supremacía de la Constitución, en un contexto en el que el legislador era el intérprete exclusivo de la voluntad general y la reserva de ley venía a desarrollar un papel preeminente respecto de la garantía de los derechos. No obstante, se llega a la convicción de que la plena protección de esos derechos se puede conseguir tan solo pasando de un universo jurídico que postula la soberanía de la ley, a uno que afirma la soberanía de la Constitución.²⁷ Así, en un contexto jurídico en el que el legislador asumía la función de intérprete autorizado y exclusivo de la voluntad general, la reserva de ley tenía un papel fundamental respecto de la misma garantía de los derechos fundamentales. No obstante, como es sabido, la plena protección de estos derechos se logrará tan solo con el cambio que implica el tránsito desde un ordenamiento jurídico que postula la soberanía de la ley, a uno que afirma la soberanía de la Constitución, y no en el sentido legalista de la superposición de un legislador extraordinario a uno ordinario, sino en un sentido que, potenciando la faceta material de Derecho y por tanto su dimensión ética, otorga a la Constitución el carácter de marco de reglas, principios y valores sobre los cuales puede y debe realizarse la integración de la sociedad.²⁸

25. Para G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1997, p. 11, “Sobre el fundamental principio de la soberanía ha sido construido el derecho público del Estado moderno de la Europa continental (...) desde el punto de vista jurídico, la soberanía se expresaba, y casi se visualizaba, mediante la reconducción de cualquier manifestación de fuerza política a la *persona* soberana del Estado: una grandiosa metáfora que permitía a los juristas hablar del Estado como de un sujeto unitario abstracto y capaz, sin embargo, de manifestar su voluntad y realizar acciones concretas a través de sus órganos (...) el derecho relativo a esta *persona* soberana y a sus *órganos* era el *derecho del Estado*”.

26. H. Kelsen, “La garanzia giurisdizionale della costituzione (la giustizia costituzionale)”, en *La giustizia costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1981, pp. 146 y ss.

27. P. Portinaro, “Il grande legislatore e il custode della Costituzione”, en VV. AA., *Il futuro della Costituzione*, Turín, Einaudi, 1996, p. 27.

28. G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, cit., p. 39.

B) LA CONSTITUCIÓN COMO COMPROMISO ENTRE CONSERVACIÓN Y RENOVACIÓN: REFORMA CONSTITUCIONAL VS. DERECHO CONSTITUCIONAL JURISPRUDENCIAL

Esta transformación de la concepción de la relación entre poder constituyente y Constitución no podía dejar de tener efectos en el modo de concebir el poder de revisión constitucional. De hecho, la problemática de los límites del poder constituyente se plantea en términos extremos tan solo con las revoluciones modernas. El modelo de constitucionalismo garantista, el británico, se caracteriza por su elevada flexibilidad. Pero mientras el constitucionalismo británico, madurado, a partir de la Edad Media, a través de una evolución constante de las técnicas de garantía de las libertades, llega a ser paradigma de las constituciones flexibles, el constitucionalismo nacido de las revoluciones modernas será paradigma de las constituciones rígidas. Se puede además argumentar que la rigidez es una connotación específica de la Constitución como contrato. Si el orden natural es estable, el orden artificial, aunque creado por una voluntad general, puede ser constantemente puesto en discusión.²⁹ La fragilidad de los órdenes artificiales hace necesaria la creación de barreras que limiten las posibilidades de cambio, pero estas barreras pueden crear dificultades para la lógica innovación constitucional y llegar a configurarse como una patología de la conservación.³⁰ Sería de hecho irreal defender que una determinada cristalización jurídi-

29. El constitucionalismo del siglo XX aunque dejando de concebir el sistema democrático como una simple lucha entre opiniones diferentes que pueden adquirir fuerza vinculante a través de los procedimientos en los que se sustancia el Estado, no puede interpretarse como un regreso al iusnaturalismo. No hay nada de natural en la forma de Estado que se constitucionaliza. No se trata de un conjunto de principios que son asumidos porque describen el orden racional de la sociedad y del Estado. La forma de Estado social es una elección de las fuerzas que de hecho han prevalecido, se concibe como la afirmación de un proyecto, de un orden, del que se hacen portadores los grupos sociales dominantes. La Constitución encuentra su razón de ser en un acto de voluntad y es garantizada tan solo por la permanencia de dicha voluntad. En este sentido no se puede aceptar la posición de aquellos que consideran el Estado social como expresión de la reviviscencia iusnaturalista, que se expresa en la absolutización de los derechos fundamentales elevados a rango preestatal. Aun siendo cierto que la Constitución delega su realización a la eficacia política que de hecho sus principios logran expresar, no puede llegarse a afirmar que dichos principios sean “naturales”, porque la voluntad que ha elegido el programa establecido por la Constitución debe ser reafirmada continuamente y en este proceso el papel realizado por la Constitución es precisamente el de consentir que dicha voluntad no se exprese solo como voluntad política, sino también como voluntad jurídica. Así M. Dogliani, *Interpretazione della Costituzione*, Milán, Cedam, 1982, pp. 50 y ss.

30. La tensión existente entre la garantía de la Constitución y la capacidad de esta última para adaptarse a los cambios fue felizmente resumida por Tocqueville: “en Francia la Constitución es obra inmutable o se considera como tal, ningún poder la puede cambiar. En Inglaterra se reconoce al Parlamento el derecho de modificar la Constitución. El Parlamento, además de ser un órgano legislativo, es órgano constituyente (...) Una Constitución americana no es considerada inmutable como en Francia, pero tampoco puede ser modificada por los poderes ordinarios como en Inglaterra. Ella constituye una obra aparte que, representando la voluntad del pueblo, es obligatoria para el legislador y para los ciudadanos, pero puede ser cambiada por voluntad del pueblo, según procedimientos establecidos y casos previstos”. Véase, del autor, *La democracia en América*, p. 103.

ca pueda parar la historia, así como sería injusto también edificar sobre la base de una decisión lejana en el tiempo una especie de tiranía inter generacional.³¹

La Constitución llega de esta manera a representar un compromiso entre conservación y renovación, y su continua adaptación a las mutaciones sociales se transforma en una función fundamental a desarrollar por parte de uno de los órganos constituidos.

En esta dinámica de mutaciones constitucionales, el equilibrio entre poder de revisión constitucional y defensor de la Constitución ha sido y sigue siendo un objetivo difícil de alcanzar. Y en la búsqueda de este equilibrio no puede dejarse de evidenciar la escasa atención reservada por parte de la teoría jurídica y política al tema de la revisión constitucional, como cauce ordinario para realizar la adaptación de la Constitución al cambio histórico. Esto deriva, en primer lugar, de la consideración de la reforma constitucional como algo que encierra riesgos para el prestigio y la propia efectividad de la Ley Fundamental,³² y, en segundo lugar, de la peculiar conformación de las disposiciones previstas en las constituciones modernas, que, como todo resultado de un compromiso, ofrecen la suficiente amplitud y ambigüedad para permitir realizar dentro de su contexto políticas que obedezcan a ideologías distintas. Esta última consideración explica la razón por la que se puede llegar a definir la interpretación constitucional como la otra cara del problema de la adaptación de la Constitución al cambio histórico y por qué los tribunales constitucionales, como intérpretes de la Constitución, han ido asumiendo cada vez más el papel de innovadores y modificadores del ordenamiento.³³ Esta idea lleva a la conclusión de que las Constituciones contemporáneas son rígidas respecto del Poder Legislativo y flexibles respecto del poder político-judicial de las cortes supremas.

Ante la recurrente afirmación de que hoy el constitucionalismo está en las manos de los tribunales constitucionales, desde la que se llega incluso a sustentar la posible recaída en formas de Estados jurisdiccionales,³⁴ no puede dejarse de plantear la cuestión de si el excesivo crédito atribuido al defensor de la Constitución puede llevar a una Constitución de sus defensores. A este respecto, no se puede negar que el problema de la coordinación entre evolución formal y material del Texto Constitucional de-

31. S. Holmes, "Vincoli costituzionali e paradosso della democrazia", en VV. AA., *Il futuro della Costituzione*, cit., p. 171.

32. En la teoría de la Constitución, es idea generalizada que, para mantener su prestigio, e incluso su eficacia normativa, las Constituciones no deben reformarse con frecuencia. En este sentido, por ejemplo K. Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, CEC, 1992, p. 74; K. Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1986, p. 174. A este respecto, P. De Vega puntualiza: "que políticamente toda reforma encierre riesgos para el prestigio y la propia eficacia normativa de la ley fundamental, no implica en modo alguno que las reformas hayan de ser sistemáticamente eludidas", en *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, p. 92.

33. Conclusiones a las que llega, por ejemplo N. Mateucci, "Costituzionalismo", en VV. AA., *Lo Stato moderno. Lessico e Percorsi*, Bolonia, Il Mulino, 1993, p. 168.

34. Así E. W. Böckenförde, *Escritos sobre Derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos, 1993, p. 199.

be encontrar necesariamente un cauce para ser solucionado. Si se considera que, por una parte, la utilización del procedimiento de reforma constitucional se convierte, con el paso del tiempo, en un instrumento al servicio de una orientación que puede ser definida como conservadora, y se piensa que, por otro lado, el desarrollo de las sociedades contemporáneas hace que se amplifique la aceleración de los procesos de cambio de la Constitución desde el punto de vista material, tal vez pueda entenderse cómo la conflictividad entre las dos realidades, antes descritas, no puede sino descargar sobre los tribunales constitucionales el problema de la conexión entre una nueva realidad y la defensa del Texto Constitucional.³⁵

Por todo ello, los ámbitos de acción del defensor de la Constitución llegan necesariamente a ser dos, es decir, el material y el formal, porque tan solo así se pueden atemperar las razones de la estabilidad con las de la mutación. A través de la interpretación de la Norma Fundamental se puede ir operando su adaptación a las necesidades y urgencias de la realidad, sin necesidad de operar su reforma. No obstante, cuando la velocidad de la mutación social llega a ser demasiado rápida, la noción de defensor de la Constitución puede empezar a plantear problemas porque, en virtud de esta dinámica material, la Constitución, en sentido formal, empieza a perder su efectividad y su capacidad de vincular a la totalidad de los actores, considerándose como instrumento cada día menos apto para disciplinar las actividades de un Estado que, por una parte, adquiere funciones siempre más articuladas en el ámbito social y, por otra, comienza a perder el control de importantes sectores de la convivencia. En la medida en que la Constitución material se impone a la formal, se potencia el papel del los tribunales constitucionales como garantes de la adecuación de la Constitución a las cambiantes cláusulas contractuales en ella contenidas.³⁶

C) LA CONEXIÓN ENTRE LEGITIMIDAD DEL TC COMO “CONSTITUYENTE PERMANENTE” Y SU VINCULACIÓN CON UNA DETERMINADA METODOLOGÍA HERMENÉUTICA

En este contexto, las definiciones del órgano de justicia constitucional como “poder constituyente continuo”, “constituyente permanente” o “comisionado del poder

35. Es suficiente pensar, por ejemplo, en la Constitución económica, tal y como fue descrita por S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, NEI, 1995, pp. 3-4, donde se ponen en evidencia los diferentes valores que este concepto puede asumir, es decir: a) como fórmula que resume las normas constitucionales que disciplinan las relaciones económicas en sentido formal; b) como expresión sintética de las orientaciones públicas en materia económica que se traducen en la praxis legislativa; c) como fórmula que involucra a todo el “derecho viviente” que concierne a las relaciones económicas y a las empresas.

36. G. Zagrebelsky, “Considerazioni sulla fortuna attuale della dottrina della costituzione in censo materiale”, en VV. AA., *Studi Elia*, vol. II, Milán, Cedam, 1975, pp. 1773 y ss.

constituyente” han sido criticadas con diferentes argumentos. Respecto de la primera definición,³⁷ se defiende su peculiaridad en relación con el sistema norteamericano de control de constitucionalidad, así como la imposibilidad de trasladarla a Europa de la segunda mitad del siglo XX, dada la atrofia del poder de reforma constitucional en Estados Unidos. Una atrofia que conlleva una sustitución de la base formal del ordenamiento por otra material, generada por la jurisprudencia de más de dos siglos.³⁸ Dicho argumento puede ser superado demostrando la escasa, si no nula, utilización con este fin de la reforma constitucional en los países europeos, confirmada por el papel que, como ya se ha puesto de relieve, han venido asumiendo los tribunales constitucionales, lo cual demuestra que es posible la aplicación de esta definición a la justicia constitucional europea.

Las críticas a la segunda definición se basan en la defensa del principio democrático, que impide considerar a dichos tribunales como “comisionado del poder constituyente o como constituyentes permanentes”.³⁹ Asumir dicha definición significa atribuir a este órgano el poder de actuar “como poder constituyente, en su propio nombre, para seguir realizando la labor constituyente”, con el fin de completar la labor que aquel poder dejó inacabado.⁴⁰ No obstante, a este respecto, más que defender, como hace el autor de esta definición, que la legitimidad de dicha actuación del órgano encargado de la jurisdicción constitucional reside en que el pueblo –como titular del poder constituyente– cuando entienda que el Tribunal en su función interpretativa llegue a una conclusión inaceptable puede –a través del poder de revisión constitucional– definir una nueva norma,⁴¹ habrá que postular que la legitimación de los tribunales constitucionales tan solo puede descansar en la posibilidad de evaluar jurídicamente sus interpretaciones, es decir, en la capacidad de controlar que dicho

37. Esta expresión es utilizada por primera vez para calificar al Tribunal Supremo federal, por W. Wilson en su obra *Congressional Government*, de 1885 (John Hopkins, University Press, Baltimore, 1981) y luego en *Constitutional Government in the United States* (Columbia University Press, Nueva York, 1921). Sobre el pensamiento y la obra de W. Wilson, ver, entre otros, C. Wolfe, *La transformación de la interpretación constitucional*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 281-294.

38. Así, por ejemplo, J. Acosta Sánchez, *Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional*, cit., p. 365.

39. Define al Tribunal Constitucional como “comisionado del poder constituyente” E. García de Enterría, “La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas”, en VV. AA., *El Tribunal Constitucional*, vol. I, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1981, p. 94, y en *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1983, p. 197. En sentido parecido, F. Balaguer Callejón, “Tribunal Constitucional, Poder legislativo y Poder constituyente”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, No. 3-4, 1988, pp. 329 y ss., acepta como más acertada la tesis del Tribunal Constitucional como comisionado del poder constituyente, aunque realizando algunos matices al respecto.

40. M. Aragón Reyes, *Constitución y democracia*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 119. Esta calificación tampoco es compartida por M. A. Aparicio Pérez, “Algunas consideraciones sobre la justicia constitucional y el Poder Judicial”, *Revista Jurídica de Cataluña*, No. 1, 1983, p. 958.

41. E. García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, p. 201.

órgano cumpla la necesaria función de adaptación de la Constitución formal a la realidad social, utilizando instrumentos puestos a su alcance por el mismo ordenamiento constitucional.

Por todo ello, para conseguir legitimar la labor del Tribunal Constitucional se torna necesaria la individualización de unos parámetros jurídicos aptos para vincular la labor de este órgano y, por consiguiente, la individuación de una serie de argumentos interpretativos que, a través de la teoría de la interpretación, pueden ascender a la condición de parámetros jurídicos, con los que sería posible evaluar las decisiones del órgano encargado de ser el mediador entre el texto constitucional y la realidad a la que se debe aplicar.

D) LA IRRELEVANCIA DE LA DISCUSIÓN ACERCA DE LA COMPOSICIÓN Y NATURALEZA DE LAS FUNCIONES DEL TC

Como es sabido, las diversas tendencias acerca de la definición de la naturaleza de las decisiones del órgano encargado de la jurisdicción constitucional se deben a las diferencias existentes entre control jurídico y control político.⁴²

En la Constitución no se incluye ninguna definición respecto de la naturaleza del Tribunal Constitucional.⁴³ No obstante, el lenguaje utilizado por los textos legales y

42. Una discusión que arranca desde los mismos orígenes de la construcción kelseniana. Baste con pensar que en la descripción de la *Verfassungsgerichtsbarkeit*, este autor, trae inspiración de la misma linealidad del esquema utilizado por representar la politización de la justicia: para conseguir un Tribunal depositario de “la legalidad”, se trata de liberar la razón de su precaria convivencia con la voluntad, con el fin de conseguir que la interpretación de la Constitución pueda ser controlada exclusivamente por la primera. Se trata de extender lo más posible la esfera de dominio de la razón y de reducir al mínimo el ámbito de la voluntad. La función del Tribunal Constitucional es la de conocer y no la de evaluar; no puede imponer su voluntad –ya que en este caso se realizaría un intolerable desplazamiento de poderes desde el Parlamento al juez de la constitucionalidad–; debe tan solo reconducir la voluntad del Parlamento, es decir, la política, dentro de los límites de la razón. Así se explica la calificación de “legislador negativo”. “Legislador” porque anular las leyes significa crear una norma general aunque negativa. En el adjetivo “negativo” se reúnen los elementos más significativos de la teoría kelseniana de la *Verfassungsgerichtsbarkeit*. El Tribunal no crea normas en positivo; su acción debe limitarse a un *contrarius actus* ya que esta última no puede oponerse al Parlamento en el plano de la voluntad, sino solo en el de la razón, y solo con la fuerza de la razón no es posible extraer de la Constitución, por vía interpretativa, la norma justa. La persecución de la idea de justicia pertenece a la esfera de la política legislativa de la voluntad y de los juicios de valores y, por tanto, a la esfera de competencias reservada al Parlamento. H. Kelsen, “La garanzia giurisdizionale della costituzione (la giustizia costituzionale)”, pp. 173 y ss. También en *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, p. 256.

43. En la Asamblea Constituyente la naturaleza jurisdiccional del Tribunal Constitucional español fue apenas contestada. Las reservas existentes no fueron más allá de simples objeciones, tan solo en relación con su composición y se concretaron en puras matizaciones no excesivamente importantes respecto de las competencias del mismo. Ver F. Rubio Llorente y J. Jiménez Campo, *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*, Madrid, McGraw-Hill, 1998, pp. 1 y 2.

constitucionales viene a indicar la consideración del juez constitucional como un órgano jurisdiccional. Si nominalmente se habla de Tribunal, jurisdicción, recurso, legitimación, sentencias, y se asegura la independencia e inamovilidad de los miembros en el ejercicio de su mandato, la procedencia de los jueces constitucionales pone de manifiesto una primera cuestión controvertida: la definición del órgano atendiendo a su composición.

El principal argumento que se ha utilizado para defender la naturaleza política del Tribunal Constitucional ha sido, de hecho, el de su composición.⁴⁴ Las razones que están en la base de su definición como órgano político, jurisdiccional o mixto, son suficientemente conocidas y, a la luz de estas teorías,⁴⁵ parece indiscutible el predominio del criterio político en la elección del Tribunal Constitucional, necesario con el fin de garantizar un equilibrio entre tecnicismo jurídico y sensibilidad política por parte de todos aquellos que han de acceder al Tribunal Constitucional.⁴⁶ Por esta razón, el predominio de la vertiente política en la elección de los miembros del Tribunal no puede encontrar su razón de ser en la necesidad de dar a este órgano una legitimación democrática indirecta,⁴⁷ porque el significado de la composición del órgano de justicia constitucional no se puede explicar en términos de mayor o menor legitimidad democrática, sino tan solo como el producto de una mediación entre exigencias potencialmente contrapuestas, como puede ser la de resolver jurídicamente los problemas más relevantes de la convivencia social y política.⁴⁸ No obstante, reconocer el eminente significado político de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional no significa admitir que no se trate de un tribunal y que sus funciones no sean jurisdiccionales.⁴⁹

A este respecto, puede causar confusión la cuestión, que a menudo se plantea acerca del carácter democrático del Tribunal Constitucional, especialmente si se to-

44. Para una visión de conjunto de las objeciones más importantes formuladas contra el carácter jurisdiccional de la justicia constitucional, puede verse E. García de Enterría, “Posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas”, en *El Tribunal Constitucional*, pp. 56 y ss.

45. Ver, por ejemplo, J. A. Marín, *Naturaleza jurídica del Tribunal Constitucional*, Barcelona, Ariel, 1998, pp. 17 y ss. Para una comparación entre los diferentes modelos de justicia constitucional, ver, M. Capeletti, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milán, Giuffrè, 1970.

46. En este sentido baste con comparar las diferentes composiciones de los órganos de garantías constitucionales para poner en evidencia cómo la mayor parte de ellos, aun siendo de composición exclusivamente técnica, son de designación política. Véase, M. Capeletti, *ibidem*, pp. 37 y ss.

47. Por ejemplo, P. Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad*, destaca la necesidad —en la órbita jurídica y política de Europa continental— de que los tribunales constitucionales tengan una “intensa legitimación democrática” a través de un sistema de elección de sus miembros de carácter fundamentalmente parlamentario, pp. 411 y ss.

48. A. M. Sandulli, “La Corte e la politica”, *Diritto e società*, No. 2, 1983, p. 393.

49. H. Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, p. 242.

ma en consideración, desde el punto de vista de su naturaleza, sin plantearse la distinción entre democracia como tipo de elección y democracia como tipo de función. Si se puede admitir la existencia de órganos democráticamente constituidos que desarrollan funciones no democráticas o, al revés, órganos no democráticamente constituidos que desarrollan funciones importantes para la democracia, no será difícil demostrar que estos últimos son, precisamente, los jueces, en general, y los tribunales constitucionales, en particular.⁵⁰ Al Tribunal Constitucional le corresponde garantizar el respeto del límite constitucional ante la democracia mayoritaria. Así se puede llegar, de un lado, hasta defender que este órgano se configura como enemigo de la democracia, siempre a condición de entender la democracia en un sentido que puede ser definido como “jacobino”. O bien, por otro, y en coherencia con el mismo desarrollo del concepto de Constitución, considerarlo como elemento esencial para el respeto de la democracia pluralista.⁵¹

El segundo problema que se plantea al hilo de la naturaleza del Tribunal Constitucional es el de la naturaleza de sus funciones. Desde el punto de vista funcional se encomienda al Tribunal la jurisdicción constitucional, entendiendo como tal “todo procedimiento judicial de control de constitucionalidad de los actos estatales”.⁵²

Las funciones que pueden derivarse del control de la constitucionalidad de los actos estatales son, fundamentalmente, tres: una función que puede ser definida como estrictamente jurisdiccional, la de pronunciarse sobre el reparto de competencias en-

50. V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, p. 203.

51. G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, p. 41. En este sentido, las críticas que a menudo han sido planteadas en relación con la esquemática contraposición kelseniana entre voluntad y razón, pueden replantearse considerando que a través de dicha contraposición, y de su corolario según el cual la técnica jurídica no conduce a la comprensión de la norma “justa”, este autor intuye algo que va más allá de la politización del juez: intuye la disolución del binomio entre razón y justicia. Las preposiciones de la *Stufentheorie*, más allá de su aparente esquematismo, están orientadas a justificar el producto de las inquietudes de la época de la secularización. La descomposición plural del mundo ha liberado energías espirituales, que antes estaban unificadas bajo una égida común, provocando una dispersión pluri direccional de la justicia que no puede ya ser conocida tan solo por la razón. Así las cosas, si puede afirmarse que Kelsen sea iuspositivista, es necesario entender que se trata de un positivismo que ha perdido sus coordenadas teóricas y es consciente de su íntima debilidad. Un positivismo en el que los antiguos lazos entre la razón y la justicia se han convertido en hilos tan sutiles que ya no logran infundirle fuerza y seguridad. En el *iter* parlamentario, del que procede la ley positiva de Kelsen, la quiebra de la idea de justicia vuelve precaria toda idea de conocimiento. La diarquía entre voluntad y razón que conforma el proceso de formación del Derecho puede por tanto convertirse en ciega e irracional dictadura de la voluntad. La salvación de la forma de gobierno parlamentaria se conecta así a la perspectiva de una garantía externa de la supervivencia de la razón. El Tribunal Constitucional kelseniano representa esta garantía.

Sobre la idea kelseniana de la justicia en contraposición con las teorías iusnaturalistas, véase, H. Kelsen, “Che cos’è la giustizia”, en *I fondamenti della democrazia*, Bolonia, Il Mulino, 1970, pp. 391 y ss. Sobre este tema véase también, A. Giovannelli, “Alcune considerazioni sul modello della *Verfassungsgerichtsbarkeit* kelseniana nel contesto del dibattito sulla funzione ‘politica’ della Corte costituzionale”, *Annali della Facoltà di Scienze Politiche dell’Università di Genova*, 1980-1982, pp. 60 y ss.

52. Así, por ejemplo, J. Acosta Sánchez, *Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional*, cit., p. 341.

tre la Constitución y la ley, una función política o de participación en la dirección política del Estado, estableciendo unos límites a la acción de los poderes públicos y regulando la distribución del poder, y una función normativa, participando en la producción tanto de la ley como del Derecho Constitucional.⁵³

La naturaleza de la composición del Tribunal Constitucional así como la naturaleza de sus funciones no permiten, por sí mismas, afirmar sin paliativos el carácter absolutamente político del juez constitucional, ya que a este fin viene a ser determinante el tipo de procedimiento utilizado por este órgano en el desarrollo de sus funciones, pues el procedimiento de control llevado a cabo por el Tribunal Constitucional puede adoptar diversas modalidades, es decir, puede ser un control jurídico o bien político.

Como es sabido, el control político se define por su carácter subjetivo y su ejercicio voluntario por el órgano que goza de superioridad jerárquica; por el contrario, el control jurídico se caracteriza por su objetividad, es decir, por estar basado en razones jurídicas, y por ser ejercido por un órgano independiente e imparcial, dotado de competencia para resolver cuestiones de Derecho. No obstante, la frontera entre política y Derecho no puede definirse como la que separa la decisión de la deducción metódica, sino como la que distingue los modos de fundamentación y argumentación de las decisiones. Ambas decisiones, por tanto, son susceptibles de una argumentación racional, pero la racionalidad difiere en cada una de ellas. Lo que identifica una decisión política es que se argumenta y es argumentable desde los fines que persigue, de manera que dicha decisión es defendible a partir de datos empíricos y de las consecuencias que, previsiblemente, puede tener.

No ocurre lo mismo con la decisión jurídica o judicial, que solo puede alcanzar legitimación si se basa en unas premisas que, a su vez, gocen de aceptación, porque del juez se exige que resuelva todos los casos iguales del mismo modo, imparcialmente, y que justifique cualquier tratamiento diferenciado. Esta exigencia de fundamentación en criterios de aceptación general se cumple por medio de una regla estable de aplicación de las disposiciones normativas, es decir, por medio del criterio que utiliza el juez para justificar su decisión, en el marco de las posibilidades que el texto permite.⁵⁴ De esta forma, la decisión jurídica encuentra su legitimidad si la adop-

53. *Ibidem*, p. 343.

54. I. de Otto, "La posición del Tribunal Constitucional a partir de la doctrina de la interpretación constitucional", en AA. VV., *El Tribunal Constitucional*, vol. III, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1981, p. 1946, condiciona el cumplimiento de la exigencia de fundamentación en criterios de aceptación general, también en la sumisión del juez a la norma como legitimación en la que pone el acento la formulación clásica y que ve el acto del juez como el simple producto de una operación silogística y al juez mismo como la boca por la que habla la ley. No obstante, esta fuente de legitimación, como el propio autor admite, ha sido relativizada por la hermenéutica moderna.

ción de la misma no obedece al criterio particular del juez, sino a reglas generales de aplicación, es decir, a reglas aceptadas por la sociedad y consideradas jurídicamente como válidas.⁵⁵

E) LAS CARACTERÍSTICAS DEL CONTROL JURÍDICO:

CARÁCTER OBJETIVO DEL PARÁMETRO DE CONTROL Y DEL CANON DE VALORACIÓN DEL PARÁMETRO. LA IMPOSIBLE OBJETIVACIÓN DE LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES

Para establecer si el control realizado por el Tribunal Constitucional es un control jurídico o no, es necesario, en consecuencia, estudiar si se cumplen las características de dicho control: en primer lugar, el carácter objetivo del parámetro de control, y, en segundo lugar, el carácter objetivado del canon de valoración del propio parámetro.

Se dice que una de las dos características del control jurídico es que el parámetro lo constituyen normas abstractas, predeterminadas, que le vienen impuestas al órgano que ejerce dicho control, el cual se limita a aplicarlas en cada caso. Para establecer la jurisdiccionalidad del control realizado por el Tribunal será, por tanto, necesario, en primer lugar, saber si es posible o no objetivar el peculiar parámetro constituido por las normas constitucionales.

La objetivación del parámetro constitucional consiste en individuar las características de los enunciados que constituyen la Norma Fundamental y diferenciar los efectos que cada uno de ellos puede tener en el proceso de aplicación de esta última.

Aunque el objeto de esta exposición no es estudiar la problemática y todavía debatida distinción entre reglas, principios, valores y normas programáticas, resulta necesaria una breve referencia a ella para clarificar en qué sentido se utilizan dichos términos.⁵⁶

Hay que destacar, en primer lugar, que en algunas ocasiones el término “norma” se utiliza como sinónimo de “regla”.⁵⁷ Esta equiparación debe, probablemente, po-

55. Sobre la naturaleza del control jurisdiccional, y en particular sobre el deslinde entre “decisión” y “justificación”, véase, por ejemplo, J. Igartua Salaverria, *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, Madrid, Civitas, 1998, pp. 75 y ss.

56. La literatura sobre el modo de entender la diferencia entre reglas, principios y valores es muy extensa y constituye por sí misma la demostración elocuente del carácter problemático de esta distinción.

57. L. Prieto Sanchís, *Sobre principios y normas, Problemas de razonamiento jurídico*, Madrid, CEC, 1993, p. 87, diferencia entre normas y principios en lugar de hacerlo entre regla y principios, A. Ollero Tassara, “La Constitución, entre normativismo y axiología”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. IV, 1987, p. 397, también habla de normas, principios y valores. E. García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, p. 68, explícitamente afirma que no todos los artículos de la Constitución tienen un mismo alcance y significa-

nerse en relación con la duda existente respecto de la idoneidad de las normas de principio y de los valores para operar como verdaderas normas jurídicas.⁵⁸

No obstante, aunque formulada con el fin de defender el carácter normativo de todas las disposiciones constitucionales, dicha equiparación ha de rechazarse.

En segundo lugar, es necesario hacer mención a la diferencia entre principios y valores. Sin entrar a fondo en la cuestión, puede decirse que los criterios de distinción que han sido utilizados por la doctrina se mueven en ámbitos muy heterogéneos. Si, por una parte, se diferencia entre el carácter axiológico o teleológico de los valores y el carácter deontológico de los principios, es decir, lo que en un modelo de valores es lo mejor o más recomendable, en el modelo de los principios es lo debido,⁵⁹ o se distingue entre la eficacia puramente interpretativa de los valores y la proyección normativa de los principios,⁶⁰ por otra parte, o se evidencia el contenido político de los principios frente al ético de los valores,⁶¹ o se ordenan en virtud de su menor o mayor concreción, de tal manera que los valores serían normas de segundo grado respecto de los principios y de tercer grado respecto de las reglas.⁶²

Esta falta de homogeneidad en la individuación doctrinal de los elementos diferenciadores de las normas constitucionales y la dificultad para llegar a formular una distinción tajante entre principios y valores, demuestra que la naturaleza de estos

ción normativa, pero todos, rotundamente, enuncian efectivas normas jurídicas (...) sea cual sea su posible imprecisión o indeterminación”.

58. A este respecto, el debate teórico más importante es el que tuvo lugar cuando se crearon las primeras formas de jurisdicción constitucional en Europa y luego en la época de las nuevas Constituciones de la Segunda Posguerra Mundial en relación con lo que había que entender como “Derecho constitucional auténtico”. El debate sobre la naturaleza de las normas constitucionales se desarrolló en casi todas las asambleas constituyentes, como manifestación del contraste entre el positivismo jurídico y el nuevo contexto constitucional. El entendimiento de que las nuevas Constituciones no quieren restaurar o emancipar ningún orden social es común en todas las experiencias europeas; en Francia, Alemania e Italia la Constitución representa antes que todo la tentativa de fundar un ordenamiento político capaz de conquistar *ex novo* su legitimación a través del programa en el que se substancia y ya no solo mediante la instauración de un sistema procedimental neutro y abierto a todos los posibles desarrollos de la lucha política. En este contexto, la necesidad de la efectividad de todas las normas constitucionales se identifica con la negación de su utopía, es decir, con el reconocimiento de una concreta posibilidad —prevista y aceptada por todas las fuerzas constitucionales— de edificar un ordenamiento institucional diferente en una diferente sociedad. Así G. Peces-Barba, “Los valores superiores”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. IV, 1987, pp. 373 y ss.
59. El carácter axiológico de los valores es defendido por R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 1993, pp. 147 y ss.; el teleológico por J. Habermas, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998, pp. 328 y ss. Entre las dos parece más acertada la definición utilizada por Hábermas ya que la axiología debería ser entendida como “teoría de los valores”.
60. Así M. Aragón, *Constitución y democracia*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 92 y 93.
61. R. Canosa Usera, *Interpretación constitucional y fórmula política*, Madrid, CEC, 1988, pp. 158 y 159.
62. A. E. Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1986, pp. 291 y 292.

conceptos no es cualitativamente distinta y que, por tanto, puede utilizarse el término “principio” en un sentido amplio y comprensivo de ambos.

Finalmente, hay que hacer mención a las que se definen como normas constitucionales programáticas. Estas normas se suelen distinguir de los principios –aunque las líneas de demarcación no sean tan claras ya que cada principio tiene una eficacia que puede definirse, genéricamente, como programática– porque su aplicación implica un determinado desarrollo del ordenamiento, del mismo modo que, por otra parte, cada programa implica la asunción de un determinado criterio como principio de acción.⁶³ Por esto, hablar de normas programáticas o directrices políticas sería, de alguna manera, como hacer referencia a normas que pueden entenderse como principios o como valores. Buena prueba de ello es, por una parte, el hecho de que generalmente en la doctrina se habla al mismo tiempo de valores y normas programáticas y, por otra, que la distinción entre normas programáticas y de principio se puede reducir a una distinción interna dentro de estos últimos, entre las directrices que marcan objetivos o metas –“principios programáticos”– y los principios “estricto *sensu*”, que tienen un sentido relacionado con la justicia, la equidad o la moral positiva.⁶⁴

La fuerza normativa de la Constitución debe ser evaluada en relación con las diferentes categorías en las que se pueden dividir las normas constitucionales. Si bien todas pueden ser entendidas como normas vinculantes o preceptivas, respecto de su eficacia negativa, más allá de este aspecto negativo la distinción entre normas de eficacia directa y eficacia indirecta es válida, porque es consecuencia de una diferente calidad normativa.⁶⁵ En particular, las normas con eficacia directa son todas aquellas que son idóneas por sí mismas para regular determinados casos; en cambio, las normas con eficacia indirecta son aquellas que necesitan ser concretadas por medio de una ulterior actividad normativa.

63. Holmes, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984, p. 93.

64. Así G. R. Carrió, *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970, p. 52; L. Prieto Sanchís, “Diez argumentos a propósito de los principios”, *Jueces para la democracia*, No. 26, julio 1996, pp. 43-44. En el mismo sentido R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 86, habla de “mandatos de optimización”.

65. G. Zagrebelsky, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Turín, EGEC, 1984, p. 104. A NIETO, “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, *Revista de Administración Pública*, No. 100-102, vol. I, 1983; defiende a este respecto que: “La tesis de que la Constitución es una norma es importante, desde luego; pero con tal afirmación nos quedamos a la mitad del camino, ya que todavía resulta necesario precisar las peculiaridades de su naturaleza y efectos. La Constitución es algo más que una norma jurídica ordinaria, o si se quiere, es una norma muy peculiar (...)”. En el complejo normativo que forman los diversos preceptos de la Constitución hay normas “completas” y normas “incompletas”, normas de aplicación inmediata y de aplicación diferida, normas de definición de valores, normas de reenvío a otras normas del ordenamiento, y, por supuesto, principios expresos, o no expresos pero que cabe inferir. Y ello porque “la Constitución es algo más que la norma jurídica suprema del ordenamiento jurídico (la cúspide de la simplista pirámide kelseniana) es el centro del ordenamiento jurídico, por donde pasan todos los hilos del Derecho”. Respectivamente pp. 395 y 399.

Allí donde la disposición constitucional disciplina concretamente un determinado supuesto como para poder valer como regla, con el fin de solucionar casos concretos, dicha norma se puede utilizar directamente por todos los sujetos del ordenamiento jurídico. La Constitución, por tanto, es fuente directa de posiciones subjetivas para los sujetos del ordenamiento, en todos los tipos de relaciones en los que aquellos pueden entrar.

A diferencia de las Constituciones del siglo XIX que, al no aspirar a la realización por medio del Derecho de un particular modelo de la sociedad, se basaban en el reconocimiento de la sociedad burguesa como presupuesto de la propia Constitución, las Constituciones vigentes en la actualidad, así como el ordenamiento jurídico en general, intervienen directamente en las relaciones sociales para estructurarlas. Las Constituciones liberales del siglo XIX garantizaban un ámbito de libertad individual respecto del Estado o del poder público y operaban, por tanto, como limitación de este último frente a la libertad de la sociedad civil. Por esto, los verdaderos destinatarios de las normas constitucionales eran los poderes del Estado y los derechos constitucionales se entendían como autolimitación del Estado respecto de los ciudadanos.

Hoy la Constitución se dirige directamente a las relaciones entre los particulares y a las relaciones sociales, ya no opera tan solo verticalmente en la relación “libertad-autoridad”, sino también horizontalmente en la relación entre sujetos sociales. Las normas constitucionales, por tanto, allí donde sea posible, es decir, allí donde se configuren como reglas, pueden ser invocadas directamente.⁶⁶

En la categoría de las normas constitucionales de eficacia indirecta se incluyen todas aquellas que cuentan con una estructura incompleta o no suficientemente completa como para regular casos concretos. Estas normas suelen ser identificadas como normas de eficacia diferida, normas constitucionales de principio, normas programáticas, o valores.

En la categoría de las normas de eficacia diferida entran todas aquellas normas de organización que necesitan, para ser efectivas, una ulterior disciplina normativa. Es el caso, por ejemplo, en el ordenamiento español, del art. 165 CE, en relación con el Tribunal Constitucional, o del art. 107 CE, relativo al Consejo de Estado. La eficacia de las prescripciones constitucionales en estos casos quedará diferida al momen-

66. Las diferentes articulaciones técnicas del valor normativo directo y general reconocido a las normas constitucionales han sido analizadas, entre otros, por E. García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, pp. 65 y ss. Sobre el principio de la eficacia directa de la Constitución en las relaciones sociales, véase, L. Elia, “I diritti umani nella politica. Una politica per i diritti umani”, en VV. AA., *Diritti umani e politica*, Padua, Cedam, 1983, pp. 109 y ss.

to en el que se apruebe la normativa de desarrollo. La actuación de la organización constitucional resulta, por tanto, remitida a las fuentes previstas por ella.⁶⁷

Muchas normas constitucionales contienen principios jurídicos. La distinción entre reglas y principios resulta relevante con el fin de comprender la diferente función que unas y otros tienen en ellas. Mientras las reglas establecen lo que es obligatorio hacer o no hacer en una concreta situación jurídica determinada por ellas mismas, los principios establecen orientaciones generales que deben ser atendidas en una serie indefinida de aplicaciones que pueden verificarse sin estar predeterminadas por el principio.⁶⁸

El principio goza, por tanto, de una capacidad expansiva mayor que la regla, pero, a diferencia de ésta, necesita de una ulterior actividad de concreción que lo ponga en relación con los casos específicos. El principio en estos supuestos sirve para unificar las diferentes elecciones legislativas particulares, desarrollando una función sistemática. Esta actividad de concreción es, en primer lugar, una tarea del legislador que debe desarrollar la potencialidad del principio en relación con casos específicos.⁶⁹ No obstante, esta afirmación no excluye que la concreción del principio pueda ser realizada directamente por el intérprete, es decir, el juez y en particular el juez constitucional. La sustitución del legislador por el juez puede ser admitida en todos

67. Contrariamente a esta opinión E. García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, p. 79, defiende la aplicación directa de toda la parte orgánica de la Constitución aunque admitiendo que “Los órganos constitucionales son los construidos o definidos por la Constitución. Muchos de ellos no precisan de desarrollo normativo ulterior sobre la regulación constitucional; otros sí requieren ese desarrollo para su plena efectividad y para su funcionamiento; a veces, en fin, hay una simple previsión genérica de un órgano y de su misión y la remisión íntegra de su organización y funcionamiento a una Ley Orgánica”.

68. Los criterios propuestos para la distinción entre reglas y principios son numerosos. El de generalidad es el que más frecuentemente se utiliza. Como otros criterios de distinción se discuten la “determinabilidad de los casos de aplicación”; la distinción entre normas “creadas” y “desarrolladas”; el carácter explícito del contenido valorativo; según que sean fundamentos de reglas o reglas ellos mismos, o según se trate de normas de argumentación o de comportamiento. Sobre la base de estos criterios se han formulado tesis totalmente diferentes en torno a la distinción entre reglas y principios. En primer lugar, la que rechaza todo tipo de diferenciación en relación con la pluralidad de criterios de distinción existentes; en segundo lugar, la que considera que las normas pueden dividirse tan solo entre reglas y principios siendo, no obstante, esta distinción únicamente *de grado*, y por último, la que defiende que las normas pueden dividirse en reglas y principios y que entre ellos existe no solo una diferencia gradual sino cualitativa. Esta última es la tesis defendida, entre otros, por R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 82 y ss. Según G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, p. 111, a las reglas “se obedece” mientras a los principios “se le presta atención”, véanse también, R. Dworkin, *Los derechos en serio*, pp. 93 y ss.; L. Prieto Sanchís, *Sobre principios y normas*, pp. 141 y ss.; M. Atienza y J. Ruiz Manero, “Sobre principios y reglas”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 10, 1991, pp. 101-120.

69. Según R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 86, “el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. (...) En cambio, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no”.

aquellos casos en los que el desarrollo del principio conduce a resultados obligados, en un contexto operativo ya definido –por ejemplo en el ámbito procesal penal– y regulado por la legislación vigente en esta materia. Puede ocurrir que en el cumplimiento de determinadas actividades procesales se descuiden algunos aspectos del derecho de defensa; dicha laguna puede ser subsanada gracias a la concreción directa del principio constitucional, estableciendo por vía judicial lo que resulte necesario para su efectividad.

En todos estos casos las normas constitucionales de principio pueden y deben tener eficacia directa.⁷⁰ No obstante, en algunos casos, a falta de una ley, no existe un contexto suficientemente definido en el que el principio pueda hacerse valer, ya que la concreción del mismo requiere, antes que nada, su determinación en sede legislativa, como expresión de determinadas elecciones en el amplio ámbito de las que son discrecionalmente posibles. La interpretación en estos casos sustituirá la labor del legislador, traicionando su función. A pesar de esto, la línea de demarcación entre estas dos hipótesis no siempre resulta bien definida y allí donde no se mantiene este criterio de repartición de funciones entre Poder Legislativo y Poder Jurisdiccional, se abre la posibilidad de atribución al intérprete de una función de libre creación del Derecho que llega a borrar la distinción entre función creadora y función interpretativa del Derecho.

La problemática de llevar a la práctica esta distinción demuestra cómo la existencia de normas constitucionales de principios, que deben ser consideradas como normas para todos los efectos y que, por tanto, deben tener una eficacia directa sobre los casos concretos, ha venido alterando y ampliando la función, en primer lugar, de los jueces en relación con la ley, porque la “sumisión al imperio de la ley” asume un diferente significado respecto del que tenía en el pasado, cuando las normas constitucionales se consideraban dirigidas esencialmente al legislador y la actividad de los jueces estaba vinculada a la ley y no a los principios constitucionales de justicia material. Y, en segundo lugar, se ha alterado y ampliado la función del Tribunal Constitucional, que no tiene solo que garantizar que el desarrollo legislativo de la Constitución no sea contrario a esta última sino que, además, como intérprete supremo de la Constitución tiene la función de explicitar y justificar, en última instancia, el alcance de los principios constitucionales por medio de los cuales se realiza la adaptación de la Constitución a las realidades cambiantes.⁷¹

70. Véase, E. García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, pp. 63 y ss.

71. En este sentido, el propio Kelsen ofreció dos versiones opuestas del Tribunal Constitucional. De un lado, el Tribunal depositario de la racionalidad jurídica al que se le confía una tarea de puro conocimiento; del otro, un Tribunal, el de la réplica a Schmitt, que aun manteniendo su posición de independencia formal respecto de los contendientes y actuando de forma contenciosa –todo lo cual lo convierte en una instancia más fiable en relación

La peculiaridad de las normas de principio conlleva una ulterior característica, que no es otra sino la necesidad de un recíproco ensamblaje entre las mismas. De hecho, si el conflicto entre reglas se concreta en una antinomia, es decir, en una situación de incompatibilidad que puede ser solucionada o bien declarando inválida una de las dos reglas, o bien introduciendo en una de ella una cláusula de excepción, los conflictos de principios deben ser solucionados de manera totalmente distinta. Cuando dos principios entran en conflicto, ha de haber uno que ceda en beneficio del otro; lo cual no significa declarar la invalidez del principio que queda desplazado, ni que en este último se haya de introducir una cláusula de excepción. Lo que sucede en estos casos es que, bajo ciertas circunstancias, uno de los principios se antepone al otro, sin perjuicio de que, en otros supuestos, la cuestión de precedencia pueda ser solucionada de manera inversa.⁷²

En dichas circunstancias, la objetivación del parámetro resulta muy compleja. Tanto es así que se ha llegado a defender que el concepto de ponderación no constituye un método que permita un control racional de la utilización del mismo, pues nunca podría hablarse de ponderación correcta o falsa. Los valores y principios no regulan por sí mismos su aplicación y, por tanto, la ponderación quedaría sujeta al arbitrio de los intérpretes.⁷³ Estas objeciones son válidas tan solo si se defiende que la ponderación no es un procedimiento que conduce en cada caso a un mismo resultado, pero dejan de serlo si son utilizadas para afirmar que la ponderación no es un procedimiento racional. Si la ponderación consistiera simplemente en la formulación de un enunciado de preferencia de determinación de una regla respecto a otra, sin seguir criterios uniformes, se trataría de un procedimiento irracional, ya que quien pondera seguiría exclusivamente sus concepciones subjetivas prescindiendo de todo tipo de parámetros fijos. No obstante, al modelo de decisión pura y simple hay que contraponerle el modelo de fundamentación o argumentación, es decir, de justificación de la ponderación realizada, a la que el juez está vinculado.

con el garante “decisionista”–, actúa como mediador de conflictos político-sociales, es decir, como juez de la oportunidad y no como juez de la legitimidad de las leyes. Todo viene a depender de la extensión del dominio constitucional: a un ámbito material amplio corresponde una acentuación del carácter político del control de constitucionalidad, carácter que puede volverse absorbente en el caso de principios y valores constitucionales no jerarquizados o en el de una extensa utilización de conceptos indeterminados. A un ámbito más restringido corresponde, al contrario, un aumento del nivel positivo y una relativa prevalencia del carácter de neutralidad. Neutralidad relativa porque el dominio de la técnica jurídica, también en la hipótesis de comprensión máxima de la materia constitucional, no puede nunca ser absoluto y existirá siempre un margen para la actividad “creadora” del Tribunal Constitucional. Así en H. Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución*, cit., pp. 259 y ss.

72. R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 87 y ss.

73. La crítica más articulada a las normas programáticas ha sido planteada por E. Forsthoﬀ, en la recopilación de sus ensayos *Stato di diritto in trasformazione*, Milán, Giuffrè, 1973, pp. 29 y ss., y 287 y ss.

Una ponderación es racional cuando el enunciado de preferencia al que conduce puede ser fundamentado racionalmente. El procedimiento de ponderación puede, por tanto, ser racional pero a pesar de esto no es un procedimiento que en cada supuesto conduzca a una solución unívoca sino a una solución razonable, es decir, justificada en Derecho. En este sentido, la ponderación es un procedimiento abierto que conduce también a una apertura del sistema normativo determinado por la Constitución; no obstante, debe no implicar el libre arbitrio del intérprete.⁷⁴

Todo lo cual indica que el valor concreto de los principios constitucionales es una entidad que no puede llegar a ser definida; la Constitución establece tan solo las líneas esenciales, dejando al libre proceso político espacios para afirmar jerarquías de valores que pueden ser renovadas en cada momento.⁷⁵ En un contexto tan flexible como el que hasta aquí se ha descrito, la decisión del juez encuentra su justificación última únicamente en la racionalidad del discurso jurídico que está en la base de la fijación y alcance de estos principios de índole valorativa y meta jurídica; es decir, un discurso que no entre en contradicción con la letra de la Constitución y que se fundamente en criterios interpretativos estables.

Las peculiaridades de los enunciados normativos de la Constitución evidencian cómo el problema de la objetivación del parámetro de control no puede encontrar su solución desde el punto de vista teórico-normativo.

La Constitución se concreta por medio de la interpretación; por este motivo se ve potenciada la importancia de la motivación de la decisión del Tribunal Constitucional, porque, en cuanto relación entre argumentación y decisión, será el único instrumento que permita establecer si el parámetro de control es o no objetivable en la medida en que esta concreción lo sea. Por tanto, la misma condición jurídica o política del control de constitucionalidad dependerá tan solo de la existencia de criterios de valoración predeterminados a los que quede sometida la interpretación de este conjunto de normas con características tan peculiares.⁷⁶

74. F. Tomás y Valiente, "La resistencia constitucional y los valores", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 15-16, p. 642, puso de relieve que la recta utilización de los valores favorece la resistencia constitucional en cuanto adaptabilidad o apertura a nuevas exigencias éticas concretas; de esta manera la Constitución puede alcanzar vigencia efectiva y duración prolongada, sin necesidad de reformas agravadas.

75. R. Canosa Usera, *Interpretación constitucional y fórmula política*, cit., pp. 11-112.

76. E. Pérez Luño, "La interpretación de la Constitución", en *Revista de las Cortes Generales*, No. 1, 1984, p. 95.

Uniones homo-afectivas y Constitución en el Ecuador

*Rafael Centeno Rodríguez**

La Constitución Ecuatoriana de 1998 reconoce la no discriminación “por orientación sexual”; sin embargo, este principio no ha logrado efectivizarse en las normas menores, ni por vía legislativa, ni por vía judicial; a pesar de que socialmente se ha llegado a un consenso de aceptación del homosexualismo. Este trabajo pretende afirmar que la vía más adecuada para consolidar los derechos de las personas homosexuales es el Tribunal Constitucional, si embargo éste se ve bloqueado por sistemas de dominación de género y por la politización del que es víctima.

FORO

Este análisis parte del supuesto básico de que la Constitución y por ende todo el ordenamiento jurídico de un Estado se basa en un consenso social, donde las mayorías y actualmente las minorías, logran representar sus intereses dentro del texto constitucional; y, que el propio Estado Social de Derecho busca la igualdad de condiciones entre todos sus miembros y el respeto de los derechos fundamentales, no como principios subsidiarios de los vacíos legales, sino como base real y fundamento último de toda acción estatal (legislativa, judicial e incluso ejecutiva).

La pregunta que se intentará resolver es en qué medida las luchas de género de las personas homosexuales han provocado en la sociedad un consenso, lo suficientemente amplio como para cambiar las estructuras estatales y provocar reformas a nivel subconstitucional; y, en qué medida el Tribunal Constitucional es el órgano llamado a realizar dichas reformas, partiendo de una interpretación social de las normas constitucionales.

* Abogado en libre ejercicio profesional. Magíster en Derecho Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DE GÉNERO EN EL ECUADOR

A primera vista puede pensarse que en Ecuador el consenso al que se refieren líneas anteriores ya no debe ser tema de debate, pues la propia Constitución de 1998 en el art. 23 consagra la no discriminación por orientación sexual,¹ producto de un proceso constituyente que lo volvió principio de eficacia directa;² sin embargo, para que un principio pueda llegar a ser efectivo y aceptado por la sociedad se necesitan otros factores que sin ser ajenos a la norma, la superan.

Antes de que entrara en vigencia la actual Constitución Política del Ecuador (en adelante CPE) el proceso de aceptación y asimilación social de la *otredad* homosexual ya se había iniciado. En 1997 se presentó un recurso de inconstitucionalidad del art. 516 del Código Penal Ecuatoriano³ que sancionaba como delito sexual al homosexualismo consentido. El recurso fue aceptado, pero el Tribunal mediante sentencia solo declaró inconstitucional el primer inciso del artículo impugnado.⁴

Dicha sentencia generó una mayor controversia en el seno de los grupos involucrados. Se criticó su contenido discriminatorio y la falta de criterios interpretativos constitucionales. El tema de las relaciones homoafectivas y los derechos humanos inherentes a la libertad sexual, libertad de expresión y no discriminación, así como su relación con los derechos de los grupos heterosexuales fueron analizados bajo un lente *hetero-*

-
1. Art. 23. Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes: 3. La igualdad ante la ley. Todas las personas serán consideradas iguales y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación en razón de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma; religión, filiación política, posición económica, orientación sexual; estado de salud, discapacidad, o diferencia de cualquier otra índole.
 2. Debido a la nueva constituyente ha nacido un debate en la comunidad homosexual por el temor de que ciertos grupos de poder extremadamente conservadores, como el Opus Dei, vayan a intentar eliminar de la Constitución este principio. Los derechos humanos son inalienables, por tanto, los esfuerzos de estos grupos deben ser infructuosos, en un Estado de Derecho real. Sin embargo, la única manera de proteger un principio de minorías es lograr reflejarlo en todo el ordenamiento jurídico para que no sea solo declarativo, sino efectivo; es decir, que se encuentre legislado y reglado a través de leyes antihomofóbicas y que dentro de la propia Constitución aparezca como un eje rector en sus distintas partes.
 3. Art. 516. En los casos de homosexualismo, que no constituyan violación, los dos correos serán reprimidos con reclusión mayor de cuatro a ocho años.
Cuando el homosexualismo se cometiere por el padre u otro ascendiente en la persona del hijo u otro descendiente, la pena será de reclusión mayor de ocho a doce años y privación de los derechos y prerrogativas que el Código Civil concede sobre la persona y bienes del hijo.
Si ha sido cometido por ministros del culto, maestros de escuela, profesores de colegio, o institutores, en las personas confiadas a su dirección o cuidado, la pena será de reclusión mayor de ocho a doce años.
 4. Sentencia del Tribunal Constitucional Ecuatoriano No. 111-97 de 1997.

patriarcal, ponderándose el principio de protección a la familia y equiparando la homosexualidad a una enfermedad y degeneración. Judith Salgado lo resume así:

la representación de homosexualidad que maneja el TC (Tribunal Constitucional) se construye a partir de nociones de anormalidad, disfunción, amenaza, conducta no exaltable, etc. La igualdad que propugna el TC es una igualdad abstracta que desconoce el reconocimiento y la protección de la diversidad sexual y por tanto es discriminatoria. Más aún, el TC construye un conflicto ficticio entre el principio de igualdad aplicado a los homosexuales y la protección a la familia y los menores, que tiene como base un prejuicio homofóbico que ve en la homosexualidad *per se* una permanente amenaza.⁵

No es de extrañar entonces que con resoluciones de este tipo, que amenazan la propia integridad de los derechos de los grupos minoritarios, en el país no se hayan vuelto a presentar demandas de inconstitucionalidad en razón de discriminación por razón de la orientación sexual, probablemente por el temor de que los resultados terminen siendo más gravosos que la propia discriminación, incluso en contra de la Constitución de 1998 que consagró una lista de derechos mucho más amplia que las anteriores constituciones y de que los movimientos universales de los derechos homosexuales estén hoy más desarrollados.⁶

FACTORES METAJURÍDICOS DEL DERECHO DE LOS HOMOSEXUALES

Hemos dicho que para que un principio constitucional sea completamente efectivo no basta con que se encuentre plasmado en el texto de la Constitución, necesita encontrar medios que lo visibilicen para poder ser asimilado por la sociedad. Conjuntamente a lo anterior, el derecho de los homosexuales se enfrenta a otro obstáculo, ya que aceptar los derechos a una igualdad sexual real puede llegar a ser una verdadera amenaza a las creencias del poder heterosexual sobre el que se asienta el orden jurídico actual.

La Congregación para la doctrina de la fe, prelado fundamental del Vaticano y del catolicismo, ha emitido un documento llamado “consideraciones acerca de los pro-

5. Judith Salgado, “Análisis de la interpretación de inconstitucionalidad de la penalización de la homosexualidad en el Ecuador”, en *Foro: revista de derecho*, No. 3, Quito, 2004, p. 123.

6. Solo en Ecuador existen más de siete organizaciones especializadas en brindar ayuda a grupos GLBTT, entre ellas: Alcohólicos Anónimos para G & L.; Grupo Gay ALFIL; Fundación Amigos por la Vida.; Fundación Ecuatoriana para el Fomento y Promoción de la Ciudadanía y Bienestar Social de las Comunidades GLBTT “EQUIDAD”; FEDAEPS; Fundación Salud, Orientación General y Ayuda (SOGA); Fundación Ecuatoriana de Minorías Sexuales FEMIS.; etc. <http://gayquitoec.tripod.com/ayuda.htm>

yectos de reconocimiento legal de las uniones entre personas homosexuales” en el cual entre otras cosas dice:

No existe ningún fundamento para asimilar o establecer analogías, ni siquiera remotas, entre las uniones homosexuales y el designio de Dios sobre el matrimonio y la familia. El matrimonio es santo, mientras que las relaciones homosexuales contrastan con la ley moral natural. Los actos homosexuales, en efecto, “cierran el acto sexual al don de la vida. No proceden de una verdadera complementariedad afectiva y sexual. No pueden recibir aprobación en ningún caso”.⁷

Debido a la fuerte influencia histórica que ha ejercido la religión católica en la generación de los ordenamientos jurídicos y pensamiento occidentales, es difícil romper con este tipo de concepciones y lograr que la sociedad desmitifique a los homosexuales y deje de verlos como monstruos sociales.⁸

La institución de la familia occidental tradicional ha sido el punto de partida y la fortaleza más grande del sistema de dominación machista, donde se ha forjado la cultura y las verdades se han construido al crisol de los intereses de los dominantes, por esto es tan difícil cambiar, aunque sea ligeramente, sus bases, porque transformarla es cambiar el sistema social dominante, quitándoles el poder absoluto a los hombres blancos heterosexuales y redistribuyéndolo entre todos aquellos que han sido excluidos y ocultados del ámbito social (mujeres, negros, indios, GLBTT). Esto justifica las actuaciones de los grupos conservadores que obstruyen y luchan contra cualquier reforma posible.

La estructura clerical excluyó totalmente de su seno a las mujeres, reduciéndolas a congregaciones menores de servicio e incapacitadas de realizar funciones sacerdotales, así mismo se le negó la posibilidad a todo hombre que no perteneciera a la esfera imperial (de otras razas o clases y homosexuales) equiparándolos a las mujeres, asentando el poder del grupo tiránico. Este mismo sistema se reproduce en la sociedad debido a que, en algún momento de la historia, el hombre comenzó a dominar las estructuras sociales, pero como su poder no era natural éste tuvo que crear un sistema represivo que lo asegurara, nacieron así el Derecho y el Estado como fórmulas de represión clasista y de aseguramiento de un sistema familiar y social eminentemente heteropatriarcal.

7. http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20030731_homosexual-unions_sp.html, el texto cita al *Catecismo de la Iglesia Católica*, No. 2357.

8. Antonio Lafuente y Nuria Valverde, “¿Qué se puede hacer con los monstruos?”, en AA.VV. *Monstruos y seres imaginarios en la Biblioteca Nacional*, Madrid, Biblioteca Nacional, 2000.

Por ello, aceptar que existen otras realidades distintas al concepto de dominación machista es en última instancia el obligatorio reconocimiento del derecho de ejercicio del otro y la eventual disminución de su propio dominio. Es decir, si el derecho reconoce constitucionalmente la libertad sexual de los individuos y su igualdad, esto puede significar mucho más de lo que en principio está dispuesto a reconocer.

Existen muchos factores hoy en día que están influyendo para que el poder hegemónico se perturbe, conseguir que el principio de no discriminación por razón de la orientación sexual se incluya en la CPE fue un primer paso, efecto y causa de movimientos sociales mucho más extensos y que son producto de las siguientes confluencias históricas:

LOS MOVIMIENTOS GLBTT

La formación de todos los movimientos homosexuales se pueden retraer hasta el año 1869 en que el médico húngaro Benkert (inventor del término homosexual) escribe una larga carta abierta al ministro de justicia prusiano en contra del nuevo código penal que castigaba los actos homosexuales masculinos.

Sin embargo, los movimientos de gays, lesbianas, bisexuales, travestís y transgénero (GLBTT) se han desarrollado y luchado abiertamente desde finales de los años sesenta. Para muchos la partida de nacimiento del movimiento gay moderno se halla en el 28 de junio de 1969 con los eventos ocurridos en el bar Stonewall Inn de Nueva York, donde se produce una revuelta provocada por el hartazgo que habían causado las sucesivas redadas en bares de ambiente gay. Uno de los detenidos, al intentar escapar, muere en un accidente. La revuelta da lugar al grupo Gay Liberation Front.⁹

Si bien se han conseguido reconocimientos importantes que han definido una ruta a seguir, aún no se ha llegado a la meta, los derechos a una igualdad y libertad sexual real. Aun así, no se puede dejar de incluir en este apartado hechos tan importantes como: la internacionalización del derecho y de los órganos supranacionales para la protección de derechos humanos, que han sido un fuerte aliado para las reformas en esta materia y cambios sociales.

9. http://www.fundaciontriangulo.es/informes/e_Historia.htm

LA GLOBALIZACIÓN

La globalización ha transformado la forma de percepción que tenemos del mundo, reduciendo las distancias y los tiempos para que la información se vuelva pública. Las discusiones en el seno de la sociedad ya no pertenecen a un núcleo de “sabios” que dirigen a los demás, sino que los medios han permitido que la información y las críticas de la misma, puedan ser canalizadas por muchas vías y analizadas por muchas personas, llegando a la mayoría de los miembros sociales.

Este fenómeno ha significado también el contacto con sociedades diversas, lo cual ha permitido dejar de ver al otro como un ser ajeno y distante; y, asimilándolo como una realidad tangible y modificadora de sus propias conductas. “El proceso de globalización supone la característica distintiva del mundo moderno, es un proceso que se ha intensificado de manera distintiva en las últimas décadas”.¹⁰

La declaración de legalidad de las *uniones homoafectivas*, en países como Inglaterra, Francia o Países Bajos, generan un efecto inmediato en todo el mundo, creando debates, modificando legislaciones (es el caso de Argentina), poniendo sobre la mesa problemas de fondo, como la discriminación que sufren los transexuales y transgénero en América Latina.

LA COTIDIANIDAD

Hasta hace algunos años la noticia del matrimonio de un personaje público como Elton John con su pareja David Furnish con quién había convivido por quince años, creó un rechazo y repudio general, pero luego de un lento proceso de cambio social, fruto, no solo de la lucha inicial de los agentes inmersos, sino de la cotidianidad y reproducción que siguió a las mismas, se ha logrado romper las barreras de la discriminación, alcanzando un reconocimiento o visibilización de las abyecciones, que son comportamientos que se encuentran fuera de la norma hegemónica, como las llama Butler.¹¹

Este es, a nuestro parecer, el factor más importante de cambio social. La sola lucha por los derechos o la globalización, se han deformado para lograr un reforzamiento de la norma *heteropatriarcal*. Los medios de comunicación nos han saturado de conceptos de lo normal y aceptable, presentando ya no caricaturas denigrantes de

10. John B. Thompson, *Los medios y la modernidad: una teoría de los medios de comunicación*, Buenos Aires, Paidós, 1998, p. 200-

11. Judith Butler, *Cuerpos que importan: sobre los límites materiales y discursivos del “sexo”*, Buenos Aires, Paidós, 2000, p. 3.

homosexuales, sino su lado humano y real; mostrando una visión progresista de las relaciones homoafectivas e incluyéndolos en todas sus producciones. En la actualidad existen pocas series de televisión donde falte algún personaje gay, lesbiana, travesti o transexual, respondiendo como todo mecanismo de mercado, a las preferencias y deseos de los televidentes.

LA CONSTITUCIÓN Y SUS MEDIOS DE PROTECCIÓN

Pese a todo lo anterior, aún ronda la pregunta acerca de la fuerza que tiene este cambio social en el Ecuador. Preguntarse acerca de la libertad de orientación sexual es aún enfrentarse a un fantasma *dismorfo* que recorre todas las instituciones estatales. La CPE promueve las libertades y derechos fundamentales de los individuos, pero no propone los medios necesarios para alcanzarlos, como se verá a continuación.

La Constitución Ecuatoriana en su sección tercera trata acerca del amparo; en su art. 95 dispone:

Cualquier persona, por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad, podrá proponer una acción de amparo ante el órgano de la Función Judicial designado por la ley. Mediante esta acción, que se tramitará en forma preferente y sumaria, se requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente, y que, de modo inminente, amenace con causar un daño grave. También podrá interponerse la acción si el acto o la omisión hubieren sido realizados por personas que presten servicios públicos o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública.

El órgano al que se refiere la Constitución es el juez de primer nivel y luego por apelación al Tribunal Constitucional (TC).

Nuestro país no posee una cultura del litigio, los trámites tienen altos costos y la mayoría de jueces de primer nivel carecen de las herramientas hermenéuticas constitucionales necesarias. Adicionalmente, la publicidad del amparo exige al demandante hacer notoria su calidad de homosexual, si a esto sumamos que no existe ninguna garantía de que el juez falle a su favor, pues todavía se manejan discursos religioso-moralistas, el uso de este recurso queda enormemente restringido.

Por otro lado, nuestro TC, por ser sus vocales elegidos por el legislativo, dista mucho de ser un órgano autónomo y suficientemente neutral, como lo definiera Kelsen, pero no es distinto el caso de otros países, como Colombia, donde la doctrina constitucional se encuentra mucho más adelantada y los procesos hermenéuticos llevan

normalmente a nuevas dimensiones el derecho positivo, pero al enfrentarse a situaciones que rompen con el sistema hegemónico presenta iguales deficiencias que el órgano ecuatoriano, como se muestra a continuación.

ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA Y DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ECUATORIANO

La sentencia de la Corte Constitucional Colombiana SU.623/01 del 14 de junio de 2001, analiza el caso de una tutela solicitada por una persona que pide se incluya como beneficiaria al sistema de seguridad social de salud a su pareja homosexual, con la que ha convivido desde noviembre de 1994, es decir, más de dos años continuos, que es lo que se requiere reglamentariamente. En este caso, primero se niega la solicitud por parte del órgano competente del sistema de seguridad, por lo cual se presenta una acción de tutela que luego de agotar las instancias previstas en la propia ley, llega a conocimiento de la Corte Constitucional, la cual ratifica las sentencias anteriores, en que se negaba la tutela pero con mayoría de un solo voto.

Nos interesa citar el análisis que realiza Jairo Rivera Sierra, al respecto de las razones de los cuatro magistrados que disintieron del voto mayoritario.

¿La Constitución prohíbe hacer cualquier tipo de comparación entre parejas heterosexuales y parejas homosexuales?... Creen que los dos tipos de parejas sí pueden ser comparadas y que deben serlo porque tienen en común el hecho de constituir una comunidad de vida, que se funda en la “voluntad responsable de conformarla” cuando son estables. En los dos tipos de parejas hay una atracción sexual, deseo de compañía, compromiso de apoyo mutuo y afecto. La única diferencia entre las dos se da en la restricción constitucional que tiene la segunda en materia matrimonial. Ahora bien, cuando las uniones heterosexuales son de hecho, no están excluidas del sistema de salud, pueden procrear naturalmente, aunque hay parejas heterosexuales que no pueden hacerlo y sin embargo no están desprotegidas del sistema de salud.¹²

Contraria a esta sentencia, el 7 de febrero de 2007, mediante sentencia C-075/07 la misma Corte declara la exequibilidad condicionada de la Ley 54 de 1990 que se refiere a las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005, en el entendido que el régimen de protección en ellas contenido se aplica también a las parejas homosexuales.

12. Jairo Rivera Sierra, *Un debate a propósito de la familia constitucional. ¿Las parejas homosexuales estables conforman una familia? Algunas notas sobre el juicio de Salomón*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 77-98.

Esto quiere decir, que las parejas homosexuales que vivan por más de dos años juntas, podrán crear un régimen patrimonial conjunto, mediante escritura pública.

Esta sentencia presenta varias falencias que los votos salvados hacen notar:

El magistrado JAIME ARAUJO RENTERÍA manifestó su salvamento de voto, por considerar que esta decisión dejó sin resolver el problema que en su criterio, se plantea en este caso, cual es el del reconocimiento de las parejas homosexuales permanentes como uniones maritales de hecho, con todas las consecuencias jurídicas que de ello se derivan en plano de igualdad con las parejas heterosexuales. En su concepto, el fallo sigue siendo restrictivo de los efectos jurídicos que implica la eliminación del trato discriminatorio de dichas parejas, al limitarlo a los efectos patrimoniales, esto es, a la conformación de la sociedad patrimonial, lo cual implica un reconocimiento a medias de los derechos de las personas homosexuales en cuanto parejas permanentes, en contravía de lo que consagra nuestra Constitución, fundada en los principios de dignidad, libertad e igualdad que les deben ser reconocido. A su juicio, esta decisión aparenta ser progresiva, pero no hace sino retardar de nuevo y una vez más el reconocimiento radical y coherente de la dignidad humana y la igualdad de derechos de los homosexuales. Por su parte, el magistrado MARCO GERARDO MONROY CABRA aclaró el voto, en el sentido que la aplicación de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005 a las parejas del mismo sexo, no significa que se haya cambiado la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el concepto de familia previsto en el artículo 42 de la Constitución, el cual requiere que los vínculos naturales o jurídicos se creen por decisión libre de un hombre y una mujer.¹³

En otra sentencia de la misma Corte Constitucional de Colombia (C814 del 2 de agosto de 2001), se trata acerca de la adopción de menores por parte de personas homosexuales, en relación al requisito de moralidad que menciona el art. 89 del Código del Menor en ese país. Al igual que en el primer caso y en el voto de aclaración anterior se afirma que la familia a la que se refiere la Constitución es la familia heterosexual y que como la adopción es una institución que busca proteger a los menores, no es adecuado que se otorgue la adopción a personas que no comparten la moral general.

Como vemos en los casos de sentencias constitucionales que se han analizado,¹⁴ tanto la ecuatoriana como las tres colombianas, lo que se hace es asegurar el sistema dominante heterosexual. Al cerrarse, especialmente en Ecuador la vía jurisprudencial, se obliga a las personas excluidas por cualquier motivo a buscar nuevos frentes de lucha para hacer reconocer sus intereses.

13. Comunicado de Prensa de la Corte Constitucional Colombiana No. 3 del 7 de febrero de 2007, expediente D-6232, Sentencia C-075-07.

14. Las sentencias citadas no son las únicas, se puede revisar las Sentencias de la Corte Colombiana: T-290-95; T-618-00; T-301-04; T-101-98; T-999-00; T-1426-00; T-539-94; C-098-96; T268-00; T-725-04, entre otras.

Si bien las sentencias de la Corte Constitucional Colombiana han ido reconociendo cada vez más derechos a las personas homosexuales, como por ejemplo eliminar al homosexualismo como falta disciplinaria de los docentes (Sentencia C-481-98) afirmando que existe el derecho al libre desarrollo de la personalidad, que implica la libre elección de la identidad sexual y entre éstas la homosexual; y que:

Conforme a la Constitución y a los tratados de derechos humanos, es claro que la homosexualidad no puede ser considerada una enfermedad, ni una anormalidad patológica, que deba ser curada o combatida, sino que constituye una orientación sexual legítima, que constituye un elemento esencial e íntimo de la identidad de una persona, por lo cual goza de una protección constitucional especial, tanto en virtud de la fuerza normativa de la igualdad como por la consagración del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Todo lenguaje tendiente a estigmatizar a una persona por su orientación sexual es entonces contrario a la Carta y es explícitamente rechazado por esta Corporación. En ese mismo orden de ideas, toda diferencia de trato fundada en la diversa orientación sexual equivale a una posible discriminación por razón de sexo y se encuentra sometida a un control constitucional estricto.¹⁵

Habiendo, con esta sentencia, superado largamente la doctrina constitucional ecuatoriana, aunque en el voto aclaratorio se afirme que existe libertad para desarrollar la personalidad, en la medida que no afecte el desarrollo de las futuras generaciones. Al enfrentarse al reconocimiento del derecho de las personas homosexuales a tener el mismo reconocimiento social y legal de sus relaciones afectivas, es decir, a darle la categoría de familia, todas las acciones sin excepción se han visto rechazadas, bajo una falsa imagen de modernidad y tolerancia.

LIMITACIONES HERMENÉUTICAS DE LOS ÓRGANOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL

Empezaremos aclarando que “las acepciones de interpretación y hermenéutica han sido siempre términos relacionados, incluso equivalentes, que sugieren la idea de develación, revelación *del sentido de la norma, en este caso constitucional*. No obstante lo anterior, nosotros encontramos una diferencia substancial entre los términos ya que el primero es el fin último y el segundo es el medio para alcanzarlo. Ahora bien, toda búsqueda de la plenitud sistemática parte de diferentes tipologías interpretativas que presuponen una controversia entre argumentos verosímiles, lo que con-

15. Sentencia C-418-98 del 9 de septiembre de 1998.

vierte a la tarea hermenéutica en un procedimiento dialéctico para establecer un significado válido”.¹⁶

Si el medio es la hermenéutica, en este capítulo se analizará cuáles son las limitaciones sociopolíticas que tiene el Tribunal Constitucional Ecuatoriano para llegar a una interpretación acorde con las exigencias de igualdad de los grupos minoritarios.

La interpretación a la que llegan el Tribunal Constitucional Ecuatoriano, pone de manifiesto que no equipara los valores constitucionales, sino que los jerarquiza, haciendo superiores a unos sobre otros, incluso puede pensarse que este hecho responde en última instancia al fenómeno democrático, entendido en su sentido plebiscitario, donde la idiosincrasia de la mayoría define los lineamientos del judicial. Sin embargo, aceptar lo anterior sería negar todo un proceso mundial, que busca entender a la democracia como una fuerza representativa de las clases minoritarias. Como medio de lucha continua por lograr mayores y mejores reconocimientos que logren la igualdad efectiva y no solo frente a la ley de los grupos más necesitados.

Hemos analizado cuatro sentencias en las que la hermenéutica (el medio de interpretación) de principios se ha basado en proteger definiciones que buscan en última instancia asentar el poder instituido y rechazar la posibilidad de otorgar espacios a otras realidades. Estos mecanismos llevan a definiciones excluyentes, *de familia*, que velan la realidad y se contradicen, *de moral*, que denigran la imagen de los grupos minoritarios; y, *de derechos*, que pueden ser ejercidos solo ocultos del ojo social, para que no afecten el desarrollo normal de las nuevas generaciones.

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD, LIBERTAD SEXUAL Y PROTECCIÓN A LA FAMILIA

El principio de igualdad acepta tratos diferenciados en situaciones diferentes, por ello se debe realizar un *test de razonabilidad* para descubrir si estas diferencias son lo suficientemente “razonables” para acarrear un trato peculiar, pero debe también ir en sentido contrario y aceptar que muchas diferencias, todas ellas recogidas por la Constitución, de raza, sexo, orientación sexual, cultura, clase social, no deben imponerse como estigmas que menoscaben el derecho a presentarse libremente ante la sociedad y vivir a plenitud sus propios anhelos y pretensiones. Este principio busca en definitiva, reconocer las diferencias y permitirles existir en su propia dimensión y dentro de un mismo espacio, sin limitar aquello que no afecte a los demás. Una verdadera igualdad es un motor de cambios, de verdades y de justicia.

16. <http://www.todoelderecho.com/Destacados/LA%20CONSTITUCION%20DE%20LA%20UNION%20INTERNACIONAL%20DE%20TELECOMUNICACIONES.htm>

Solo en plena igualdad la libertad sexual será una realidad tangible, las prácticas sexuales diversas generan un reproche y rechazo que no nace de la naturaleza, sino de las prácticas culturales. Como simple ilustración vale señalar que las mujeres eran consideradas hasta el siglo XVIII como hombres incompletos, faltos de calor vital y los genitales femeninos no tuvieron nombre propio hasta 1700, negándose la existencia de la mujer, a pesar de que la realidad material era abrumadora en afirmar lo contrario.¹⁷ Igual sucede con todas las otras realidades materiales sexuales, el uso del sexo está permitido solo en un sentido reproductivo, negándose el placer por sí mismo, sin ninguna razón que no sea cultural. Solo en los últimos años se ha redescubierto al cuerpo como objeto, tanto de las presiones sociales como de los estigmas culturales, devolviéndole el derecho a ser medio de comunicación entre las personas y lugar donde se satisfacen y cumplen las necesidades personales. Sin embargo, el derecho aún no logra incorporar esta sexualidad a su ordenamiento, no existe norma que permita las expresiones sexuales libres. Las normas jurídicas existentes reprimen u ocultan las prácticas sexuales, como el caso de la prostitución, el aborto terapéutico, el exhibicionismo y todas aquellas formas aún penadas por el ordenamiento jurídico o hasta hace poco tiempo consideradas como enfermedades mentales (recuérdese el argumento del Tribunal Constitucional Ecuatoriano para despenalizar el homosexualismo).

Ante una realidad que nos enmarca en un sistema de control heterosexual, de conceptos y cultura occidental excluyente y eminentemente masculino, no es de extrañar que los principios de igualdad y libertad de orientación sexual, antes anotados, sean vistos de una forma precaria, huidiza y deformada, como lo demuestra la definición de familia que hace el Tribunal Constitucional Colombiano; o, la discriminatoria conclusión a la que llega el ecuatoriano al no declarar inconstitucional los incisos segundo y tercero del art. 516 del Código Penal, aludiendo a que se lo hace para proteger a la familia de este tipo de degeneración.

Vale decir que el principio de protección de la familia se encuentra viciado en su propio origen, en la definición de familia. Sus orígenes se encuentran en la Roma antigua, que respondía a un sistema esclavista y en consecuencia generó una relación entre los miembros de la familia de superioridad de unos hacia otros, incluso llegando a calificar a sus miembros femeninos y menores de edad como incapaces, es decir, incompetentes de gobernarse a sí mismos.

La familia debe reestructurarse, redefiniéndose para responder a la nueva realidad social, partiendo de la necesidad de las personas, sin importar su sexo, de realizarse

17. Thomas Laqueur, *La construcción del sexo. Cuerpo y género desde los griegos hasta Freud*, Madrid, Ediciones Cátedra, 1994, p. 45.

dentro una institución que consagra la vida conyugal, la ayuda mutua y eventualmente la procreación, entendiendo que la falta de esta última no es causal de terminación de los vínculos matrimoniales.

Frente a esto, es difícil sostener que los tribunales constitucionales tengan el poder de cambiar los ordenamientos en aras de una mayor justicia. En este trabajo se ha analizado el aspecto político del análisis que realizan jueces constitucionales, pero ese mismo análisis nos lleva a ver a través de la historia, en especial de la estadounidense, que su fuerza radica en que responde no solo a la letra yerma de la ley, sino a las luchas y revoluciones mayores o menores que se dan en su entorno. Es decir, no son los Tribunales y Cortes Constitucionales los que crean los cambios, sino solo los reconocen cuando ya estos han sido ganados en el seno social. No es posible que un Tribunal reconozca una situación que antes no haya sido aprobada por el pueblo, a pena de que se niegue su derecho a existir como tal Tribunal.

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ECUATORIANO

En este punto cabe preguntarse si el actual Tribunal Constitucional debe ser el órgano pertinente para resolver sobre la seguridad y tutela de principios y derechos; y, caso contrario, cuál sería el sistema más eficaz de cumplimiento de los derechos a la igualdad real.

Según los movimientos GLBTT, el mayor problema radica justamente en que si bien la sociedad se encuentra más preparada que antes para tratar acerca de los derechos de los excluidos sociales, los órganos judiciales de nuestro país se encuentran completamente politizados. Esto impide que los mismos puedan realizar correctamente las funciones a las que están llamados.

Adicionalmente existe una nueva ola de conservadurismo extremo que viene dado tanto desde la influencia católica con el nuevo Papa, como de la nueva práctica política electoral que utiliza la religión y religiosidad como plataforma para ganar adeptos.

Por último, al ser el Tribunal Constitucional Ecuatoriano controlado por el Poder Legislativo, peca de ser juez y parte, emitiendo sentencias que se apegan al texto de ley, negando la existencia de derechos subjetivos supralegales y llevando a límites exagerados el principio de legalidad, que se refiere a que toda ley goza de dos presupuestos básicos: que el legislador cumplió sus funciones dentro de los límites constitucionales; y, que la ley es concordante con la Constitución.

Nuestra posición, incluso frente a lo anterior, es que el medio más eficaz e inmediato de protección de los derechos tanto de la comunidad GLBTT, como de otros grupos suprimidos, son los órganos de control constitucional, frente a las otras vías

posibles que serían: 1. a través del órgano legislativo para conformar una Ley de protección; o, 2. mediante situaciones de hecho, pero solo en aquellos casos en que no se exige una respuesta del Estado, pues aquellos en que se requiere un acción por parte del Estado para la protección de las personas, las situaciones de hecho son imposibles de sostener, como se ha visto en las tres sentencias citadas, ya que no solo niegan derechos, sino que impiden el libre desarrollo de las libertades individuales.

Nos encontramos frente a una notoria paradoja, por un lado el Tribunal Constitucional se ve constreñido por los intereses de los grupos dominantes que lo crean y por el otro, es el órgano llamado a salvaguardar los intereses de los grupos minoritarios, actuando con una visión reformadora y defendiendo la igualdad de estos grupos frente al hegemónico.

BENEFICIOS DEL SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL

Como se lee en líneas anteriores, la vía más rápida de acceso a la reforma del ordenamiento jurídico y a la protección de los derechos personales se logra a través de los órganos judiciales y de control, pero la producción de sentencias debe ser más casuística y por tanto más numerosa; lográndose esto a través de la reducción de las dificultades, tanto procesales como sustantivas para acceder a esos tribunales.

Al necesitarse un consenso y un interés político que motive al legislativo a mover el engranaje de la creación legal, este camino se vuelve pantanoso y lento, incapaz de dar respuestas ágiles a situaciones que necesitan la mayor de las veces una respuesta inmediata, para que no se siga vulnerando los derechos de las personas.

Estas situaciones de hecho que, como se ha escrito, están más allá de las leyes ordinarias, crean situaciones que muchas veces exponen a las personas a gravámenes sociales, económicos y culturales, que previstos, aunque sea de forma muy general en la Constitución, permiten mediante el amparo y otras formas de protección al Tribunal Constitucional hacer valer los derechos de aquellos afectados, incluso más allá de los intereses de las clases dominantes.

CONCLUSIONES

De lo escrito se puede deducir en primer lugar que los cambios sociales se generan en el seno de la sociedad y que en la actualidad estos cambios son impulsados por la globalización, los medios de comunicación, el contacto con otras culturas y el mercantilismo, más que por las actuaciones que puedan realizar los jueces o legisladores.

Segundo, que mientras se mantenga el sistema de dominación heterosexual machista, la lucha por las reivindicaciones sociales será lenta y llena de injusticias.

Tercero, que si bien el Tribunal Constitucional es la vía más rápida para el reconocimiento de los nuevos derechos, éste es incapaz de ir más allá de lo que se ha ganado en el seno social, es decir, en la confrontación político-mediática del reconocimiento y visibilización de los otros excluidos.

Por último, los tribunales constitucionales lograrán cumplir estas metas siempre y cuando actúen libres de las presiones políticas, no de la política y con una mirada progresista.

BIBLIOGRAFÍA

Butler, Judith, *Cuerpos que importan: sobre los límites materiales y discursivos del "sexo"*, Buenos Aires, Paidós, 2000.

Rivera Sierra, Jairo, *Un debate a propósito de la familia constitucional. ¿Las parejas homosexuales estables conforman una familia? Algunas notas sobre el juicio de Salomón*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

Salgado, Judith, "Análisis de la interpretación de inconstitucionalidad de la penalización de la homosexualidad en el Ecuador", en *Foro: revista de derecho*, No. 3, Quito, 2004.

Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-075/07 del 7 de febrero de 2007.

Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-481-98 del 9 de septiembre de 1998.

Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C814 del 2 de agosto de 2001.

Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana SU.623/01 del 14 de junio de 2001.

Sentencia No. 111-1997 dictada por el Tribunal Constitucional Ecuatoriano.

Thompson, John B., *Los medios y la modernidad: una teoría de los medios de comunicación*, Buenos Aires, Paidós, 1998.

Thomas Laqueur, *La construcción del sexo. Cuerpo y género desde los griegos hasta Freud*, Madrid, Ediciones Cátedra, 1994.

http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc-con_cfaith_doc_20030731_homosexual-unions_sp.html

http://www.fundaciontriangulo.es/informes/e_Historia.htm

<http://www.todoelderecho.com/Destacados/LA%20CONSTITUCION%20DE%20LA%20UNION%20INTERNACIONAL%20DE%20TELECOMUNICACIONES.htm>

Los derechos fundamentales en el Derecho de la Unión Europea

Del “homo economicus” al ciudadano

*Rosario Valpuesta Fernández**

Este artículo evidencia la necesidad de analizar los derechos fundamentales en el seno de la Unión Europea, su tratamiento jurisprudencial, en especial el principio de igualdad desde una visión diferente a facetas únicamente economicistas y de las relaciones patrimoniales. Se indaga la dimensión que la persona y sus derechos tienen para los principios que inspiran el Derecho comunitario.

FORO

PLANTEAMIENTO

Se me ha encomendado una reflexión sobre el desenvolvimiento del Derecho comunitario insertado en una concreta dialéctica: la que existe entre los principios que inspiran el proceso de convergencia, y las personas, destinatarias últimas del conjunto de soluciones que las instituciones diseñan; en definitiva, se trata de razonar acerca de la capacidad que el Derecho comunitario tiene para desarrollar un conjunto normativo que pivotee en última instancia en torno a la persona, o las personas, como protagonistas del sistema político que se está elaborando. Y la reflexión tiene sentido por cuanto, como es sabido, la integración regional de la Unión Europea es obra de la colaboración política de los Estados miembros, que asumiendo la representación de sus ciudadanos han creado una superestructura de poder en la que, con dificultad, se ha ido abriendo paso una participación más directa de la ciudadanía en la que, en última instancia, se asientan las instituciones comunitarias. Esta participación se ha materializado esencialmente en el Parlamento Europeo, cuya limitada influencia en la política de la Unión nos alerta acerca de cuánto queda aún por hacer.¹

* Catedrática de Derecho civil, Universidad Pablo de Olavide, España.

1. En el Tratado de Maastricht (1997) se modifica sensiblemente la situación del Parlamento a fin de atender los requerimientos de una mayor participación en la toma de decisiones, en Jean Boulouis, *Droit Institutionnel de*

Y es que el método en este caso, como en cualquier otro supuesto de diseño del gobierno de los pueblos, tiene una gran trascendencia sobre el resultado por alcanzar. Por ello, en la reflexión que se haga acerca del Derecho comunitario se ha de tener en cuenta necesariamente el proceso de integración europea, sus hitos y sus avances.

Pero al margen de esto, que desde luego no supone una cuestión de menor entidad, considero que la reflexión que se propone quiere indagar acerca del contenido de ese conjunto normativo que conocemos como Derecho comunitario, a fin de saber la dimensión que las personas y sus derechos tienen para los principios que lo inspiran, en las reglas que lo componen y en las resoluciones que lo completan. Y en esta línea parece que no hablamos de titularidades indiscriminadas de derechos, entendidos como simples situaciones subjetivas que otorgan poderes y facultades, es decir, de posibilidades de actuación jurídica, sino que nos referimos a aquellos derechos que adornan a la persona en cuanto tal, aquellos que constituyen la expresión de su apriorismo político en la construcción democrática, y que la convierten en el eje vertebrador de las relaciones políticas y sociales.

En este sentido, podemos adelantar el escaso protagonismo de la persona en el Derecho comunitario. Claro está que las normas que se han generado tienen en última instancia como destinatarias a las personas, pero éstas se han considerado en facetas muy concretas, ligadas esencialmente a la lógica *economicista* que caracteriza al Derecho de la Unión; es decir, como empresario, como trabajador o como consumidor, en las actividades específicas en las que ha habido una cesión de competencias por parte de los Estados.² Sin embargo, no existe en este ámbito un régimen acabado de su *estatus*. Incluso en las iniciativas que se están produciendo, tanto de origen institucional como privado, para la unificación del Derecho privado, se constata que éstas se centran preferentemente en las relaciones patrimoniales, esencialmente contratos y relaciones obligatorias, que son las que en última instancia preocupan.³ Pero aún más, un diseño del modelo de relaciones económicas exige una decisión previa de naturaleza política acerca del marco en el que se quiere que se desenvuelva la actividad económica. Hablamos entonces de un pacto previo, aquél que necesariamente se ha de dar entre el mercado y el poder político, que representa los inte-

L'Union Européenne, París, 2000, p. 89. Un completa exposición en Oliver Costa, *Le parlement européen*, Buxelles, 2000, en especial, pp. 19-64.

2. Ma. Paz García Rubio, "Los sujetos de la relación jurídica privada en el Derecho comunitario. La persona física", en Sergio Cámara, coord., *Derecho privado europeo*, Madrid, 2003, p. 237.
3. Sobre el tema, Sixto Sánchez Lorenzo, *Derecho privado europeo*, Granada, 2002. Cámara Lapuente, "El futuro del Derecho del consumo en el nuevo entorno del Derecho contractual europeo", en M.J. Reyes López, coord., *Derecho privado del Consumo*, Valencia, 2005, pp. 49 y ss. Peter Cristian Müller-Graf, "Private Law unification by Means other than of Codification", en A.S. Hartkamp, M. W. Hondius, C.E. du Perron, J.B.M. Vranken, *Towards a European Civil Code*, Dordrecht/Boston/London, 1994, 1a. ed., pp. 20 y ss.

reses generales de sus ciudadanos. Un pacto que expresa la disciplina constitucional del tráfico de bienes y servicios, y que se verbaliza en términos jurídicos en el tratamiento que se dé a la titularidad de los bienes, al ejercicio de la iniciativa económica, a los límites a estos derechos, a las facultades de intervención de los poderes públicos, o al ejercicio por estos de la actividad económica... Y este pacto, previo y necesario, tampoco se ha producido en el seno de la Unión, con lo que encontramos que el Derecho que se está produciendo en este ámbito camina a la deriva, impulsado por coyunturas políticas concretas, o por requerimientos económicos de influencia exterior, sin que exista un planteamiento político de largo alcance.

Y estas fallas o ausencias tienen aún más relevancia si se tiene en cuenta la incidencia que las decisiones de las instituciones comunitarias tienen para los ciudadanos, cuyos derechos se ven afectados cada vez en mayor medida. Baste tener en cuenta la última disposición acerca del almacenamiento de los datos de las llamadas telefónicas por las empresas gestoras,⁴ o las relativas a la libre circulación en el espacio europeo,⁵ las que regulan la cooperación judicial;⁶ pero también los acuerdos sobre la producción agropecuaria que afectan a la propiedad rústica y ganadera, o los que recaen sobre la explotación de recursos naturales, o los que se refieren a la protección de los consumidores, que están modificando el Derecho interno de los países miembros, y muchos más, imposibles de relatar en estas páginas. Junto a ellos se deben considerar las iniciativas institucionales o de origen privado para la unificación del Derecho privado, a las que hemos hecho referencia.

Y entre todas estas medidas, pocas normas se han aprobado que tengan como objeto regular los derechos de las personas de la Unión Europea. Sirva como excepción

-
4. Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE.
 5. Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) No. 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE.
 6. Reglamento (CE) No. 1348/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil; Reglamento (CE) No. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Reglamento (CE) No. 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil. Directiva 2002/8/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios. Reglamento (CE) No. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) No. 1347/2000.

la Directiva 95/46/CE relativa a la *protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de esos datos*, de 24 de octubre de 1995, y la Directiva 97/66 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al *tratamiento de datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones*, que ha sido sustituida por la Directiva 2002/58/CE.

Respecto a la aplicación del principio de igualdad, existe una larga tradición en su aplicación al ámbito de las relaciones laborales, la que se remonta al año 1975, y que ha culminado con la aprobación de la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio, relativa a la *aplicación del principio de igualdad de oportunidades y de igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación*, que viene a refundir disposiciones anteriores.

Está también la Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000, relativa a la *aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico*.

De especial interés es la directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, *por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y suministro*, que analizaremos más adelante.

También se deben considerar las Resoluciones del Parlamento Europeo sobre la bioética y la biotecnología, de 14 de marzo de 1989, y sobre la paridad de derechos de los homosexuales, de 8 de febrero de 1994.⁷

Pero en todo caso la cuestión planteada tiene mucho que ver con el tratamiento de los derechos fundamentales en el seno de la Unión.

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL DERECHO COMUNITARIO

A) SU TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL

La protección de los derechos fundamentales frente a los actos de las instituciones comunitarias no ha sido una cuestión fácil de resolver en el proceso de la construcción europea. El carácter eminentemente económico de las primeras Comunidades llevó a la convicción de que estos derechos no se podían ver afectados por unas medidas que estaban muy alejadas de los intereses concretos de los ciudadanos. Y es-

7. Sobre el tema, Ma. Paz García Rubio, “Los sujetos de la relación jurídica privada en el Derecho comunitario. La persona física”, en Sergio Cámara, coord., *Derecho privado europeo*, pp. 249 y ss.

ta fue la posición que durante mucho tiempo mantuvo el Tribunal de Justicia de las Comunidades.⁸ Pero este planteamiento llevaba a la creación de espacios exentos a la vigencia de unos derechos que eran exigibles, de una u otra forma, en los países que integraban las Comunidades. El argumento de la inocuidad de las medidas que pudieran adoptar las instituciones comunitarias tampoco resultaba convincente, pues algunas de sus disposiciones podían incidir sobre los derechos de los ciudadanos. Concretamente, se llegó a plantear la limitación de las facultades del propietario al que se le impedía un determinado cultivo o se regulaba su producción. Pero la vigencia de este criterio, es decir, la no relevancia de los derechos fundamentales en los actos de las instituciones comunitarias, podía suponer un freno al proceso de integración si las competencias que se transferían se desligaban de las garantías constitucionales que funcionaban en los diferentes países. De esta época es paradigmática la sentencia del caso *Store*, sentencia de 4 de febrero de 1959. Unas empresas de la República Federal de Alemania recurrieron a una decisión de la Alta Autoridad de la CECA, por entender que se había violado su derecho a ejercer su capacidad y a realizar sin trabas su profesión. La respuesta judicial fue contundente: la Alta Autoridad no estaba llamada a aplicar más que el Derecho de la comunidad, y en éste no entraban los derechos fundamentales.

Es solo a partir de 1969, ante la reclamación de unos ciudadanos de la República Federal de Alemania, cuando el Tribunal de Justicia de las Comunidades cambia la orientación jurisprudencial, al afirmar que los derechos fundamentales deben ser respetados por los actos emanados por los órganos comunitarios.

Entonces surge el problema de identificar esos derechos, es decir, el de contar con un catálogo en el que los mismos se especifiquen. Ese llegará mucho más tarde, pues no será hasta la Conferencia de Niza (2001) cuando la Unión se dote de una Carta Fundamental en esta materia, si bien la misma carezca de eficacia vinculante.⁹ Y es que la ausencia de un referente normativo complicaba aún más cosas para la asunción de los derechos fundamentales en el seno de las disposiciones de la Comunida-

8. El TJCE se configura como un modelo híbrido que guarda cierto paralelismo tanto con el sistema americano como con el germánico. Por lo que respecta a las similitudes con el modelo americano, con el que probablemente se encuentre más emparentado, ambos tribunales, la Corte Suprema de los EE.UU. y el TJCE, a través de su labor pretoriana en la interpretación incidental del Derecho, han contribuido decisivamente a consolidar los procesos de integración americano y europeo, afirma José Martín y Pérez de Nanclares desde su visión federalista del proceso de integración, *El sistema de competencias de la Comunidad Europea*, Madrid, 1997, p. 97.

Una completa exposición en Brown and Jacobs, *The Court of Justice of The European Communities*. London, 2000; también, Cristian Pennera, "La genèse et l'installation de la Cour de Justice des Communautés Européennes", en *Le Cour de Justice des Communautés Européennes, 1952-2002. Bilau et perspectives*, Bruxelles, 2002, pp. 37 ss. E Itziar Gimenez Sánchez, *La eficacia de las sentencias dictadas por el T.J.C.E.*, Navarra, 2004.

9. En la Cumbre Europea celebrada en Bruselas en junio de 2007, se forma, entre otros, el acuerdo que dota de efecto vinculante a la Carta Europea de Derechos Fundamentales aprobada en Niza.

des. Ante tal ausencia, parecía que el fundamento de la reclamación debía ser pues el Derecho interno de cada país, pero esta solución llevaba a la confrontación del Derecho comunitario emergente con las disposiciones nacionales; debemos tener en cuenta igualmente que en esos años el proceso de construcción acusaba la fragilidad de los comienzos y las dificultades se percibían como una amenaza.

Había que superar pues la confrontación de los dos ordenamientos, y respetar la vinculación exclusiva de los órganos de las instituciones creadas al Derecho comunitario.¹⁰

Y ello se produce con la sentencia que resuelve el caso Stauder (sentencia del 12 de noviembre de 1969), que supuso un giro en la línea jurisprudencial hasta entonces vigente. Nos referimos al recurso interpuesto por un ciudadano alemán beneficiario de la asistencia social acordada en una Decisión de la Comisión, al entender que la inclusión de sus datos personales en el documento que debía presentar para recibir dicha asistencia atentaba a su dignidad personal. La reclamación es estimada por poner en cuestión, se dice, los derechos fundamentales de las personas comprendidos en *los principios generales del Derecho Comunitario*. Se recurre a una fuente de Derecho comunitario, como son los principios generales, para salvar la contradicción que suponía en la Europa democrática ignorar los derechos fundamentales de los ciudadanos.¹¹ Pero este inteligente recurso se desenvuelve todavía en la órbita del Derecho de las Comunidades, de eficacia necesariamente limitada en el tema que nos ocupa, pues bien podía ocurrir que no se pudieran extraer de los principios de los Tratados todos los derechos protegidos en los diferentes Estados. Con esta solución no se

10. La supremacía del Derecho comunitario sobre los Derechos nacionales es una exigencia de la integración. Sobre las relaciones de ambos ordenamientos, Jean-Victor Louis, *El Ordenamiento jurídico comunitario*, Luxemburgo, 1995, pp. 141 y ss. Además, había que responder a la amenaza que suponía la actitud de ciertas jurisdicciones constitucionales que ponían en duda la supremacía del Derecho comunitario cuando consideraban que existía un riesgo de debilitamiento de los derechos fundamentales reconocidos en sus Constituciones, Olivier de Shutter, “Les droits fondamentaux dans le projet européen”, en Olivier de Shutter et Paul Nehone, coords., *Une Constitution pour l'Europe. Reflexions sur les transformations du Droit de l'Union Européenne*, p. 93.

11. Más recientemente se han concretado dichos principios en: principios generales del Derecho Comunitario recogidos en la jurisprudencia; principios generales comunes a los Estados miembros; principios generales relativos a la protección de los derechos humanos; principios constitucionales específicos del Derecho comunitario; y principios generales del Derecho de gentes, Gregorio Garzón Clariana, “Las fuentes del Derecho comunitario”, en Gil Carlos Rodríguez Iglesias y Diego Liñán Noguera, *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Madrid, 1999, p. 52.

Para Ángel G. Chueca Sancho, la denominación derechos fundamentales no se puede considerar unívoca en lo que respecta al segundo de sus términos, El Tribunal de justicia de las CCEE, a partir de 1969, habla en ocasiones de principios, y en otras de principios fundamentales, en el sentido de principios de carácter estructural del ordenamiento comunitario, *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Barcelona, 1999, 2a. ed., p. 11. Una exposición acerca del acervo comunitario y los principios informativos de dicho ordenamiento en Andreu Olesti Rayo, *Los principios del Tratado de la Unión Europea. Del Tratado de Maastricht al Tratado de Amsterdam*, Barcelona, 1998, pp. 36 y ss.

salvaba una posible confrontación entre el Derecho comunitario y los ordenamientos internos de los Estados, y el Tribunal no estaba dispuesto a cuestionar la supremacía del Derecho comunitario frente al de los países miembros, aunque las disposiciones alegadas tuvieran rango constitucional.¹²

Se recurre entonces a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros (caso *Internationale Handelsgesellschaft*) que se incorporan a las fuentes del Derecho comunitario, con lo que se produce un punto de conexión de los Derechos nacionales y el Derecho de la Unión.¹³ Se llega así a reconocer que no se pueden admitir medidas incompatibles con los derechos reconocidos y garantizados por las Constituciones de los Estados. En una fase posterior el Tribunal amplió su marco de referencia, incluyendo los derechos reconocidos en los Tratados internacionales, sin hacer mención en un primer momento al Convenio de Roma, al que después asumirá expresamente.¹⁴

Se desarrolla pues una protección de los derechos fundamentales de naturaleza jurisprudencial; un Derecho pretoriano que evoluciona a impulsos de reclamaciones individuales y se integra con argumentos *ad hoc* elaborados por el Tribunal. Y un dato que debe tenerse en cuenta: los principales impulsores de esta jurisprudencia no serán las personas naturales, sino las jurídicas, esencialmente empresas que se considerarán coartadas en su actividad por las disposiciones comunitarias.

El problema de fondo reside en la ausencia de un cuerpo normativo que reconozca los derechos de los ciudadanos europeos en relación a los actos de las instituciones.¹⁵

12. Sobre la supremacía del Derecho comunitario, Araceli Mangas, "Las relaciones entre el Derecho comunitario y el Derecho interno de los Estados miembros a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia", en Gil Carlos Rodríguez Iglesias y Diego Liñán Noguera, *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, pp. 55 y ss.

13. Gerard Cohen-Jonathan, *Aspet européens des droits fondamentaux. Libertés et droit fondamentaux*, Paris, 1999, pp. 153 y ss. Por su parte, Tim Koopmans pone de relieve la influencia del Derecho francés, alemán y de la Common Law en la jurisprudencia comunitaria, "The Court of Justice and National Legal Traditions", en *Le Cour de Justice des Communautés Européennes, 1952-2002, Bilau et perspectives*, Bruxelles, pp. 15 y ss.

14. Gerard Cohen-Jonathan, *Aspet européens des droits fondamentaux. Libertés et droit fondamentaux*, pp. 169 y ss. Koen Lenaerts, "The Court of Justice of European Communities and the European Court of Human rights- and old couple in new setting", en *Le Cour de Justice des Communautés Européennes, 1952-2002, Bilau et perspectives*, pp. 89 y ss. Alessandra Gianelli, *Unione europea e diritto internazionale consuetudinario*, Torino, 2004.

15. Sobre ciudadanía y derechos fundamentales, Jordi Borja, Geneviève Dourthe y Valérie Peugeot, *La ciudadanía europea*, Barcelona, 2001, pp. 9 y ss.

B) LAS PERSONAS EN LOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE LA CONSTRUCCIÓN EUROPEA

Los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas¹⁶ al responder esencialmente a intereses económicos, no tenían entre sus preocupaciones los derechos fundamentales, que quedaban a resguardo en los distintos Estados que la conformaban.¹⁷ Y esta primera orientación estará muy presente en el desarrollo futuro de la Unión, aunque hubo intentos, siempre fracasados, de caminar hacia una construcción política que incluyera declaraciones acerca de los derechos de la ciudadanía.¹⁸ Desde el principio en Europa se debaten dos corrientes de opinión: los unionistas, partidarios de colaboraciones estatales en ámbitos más específicos, y los federalistas, defensores de la integración política de los Estados, y son los primeros, con el Reino Unido a la cabeza, los que han ido triunfando en los distintos hitos de un proceso necesariamente abocado por la fuerza de los hechos a una unidad de dimensión política, aunque, justo es decirlo, con demasiados contratiempos y retrasos.

Hay que esperar al Acta Única Europea¹⁹ para que aparezca por primera vez una referencia a los derechos fundamentales, si bien sea en su Preámbulo: Los Estados signatarios se hallan “decididos a promover conjuntamente la democracia, basándose en los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones y leyes de los Estados miembros, en la Convención europea de salvaguarda de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y en la Carta social europea, sobre todo la libertad, la igualdad y la justicia social”. Este Tratado modifica los instrumentos constitutivos en materias tan importantes como la consecución del mercado interior y la introducción de la cohesión económica y social, además de regular por primera vez la Cooperación Política Europea.

16. Tratado para la creación de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, París, 18 de abril de 1951; Tratados constitutivos de la Comunidad Económica Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, Roma, 25 de marzo de 1957.

17. En este sentido, Manuel Pérez González, “La Unión Europea y sus principios básicos”, en Marcelino Oreja Aguirre, coord., *El Tratado de Amsterdam. Análisis y comentarios*, t. I, Madrid, 1998, pp. 149 y ss.

18. Iniciativas fracasadas: el fallido Tratado de la Comunidad Europea de Defensa, firmado el 27 de mayo de 1952, cuya ratificación fue rechazada por la Asamblea Nacional Francesa 30 de agosto de 1954, art. 3 obligaba a la nonata comunidad a respetar “las libertades públicas y los derechos fundamentales de los individuos”. También en el fallido Estatuto de la Comunidad Política Europea, 1952-1954. Tras los fracasos de la Comunidad europea de defensa y de la comunidad política se aprobaron en Roma el 25 de marzo de 1957, los Tratados de la Comunidad económica europea y de la Comunidad económica de la energía atómica. Cabe apuntar igualmente el fracaso en 1984 en el que se pretendía establecer la Unión Europea auspiciado por Spinelli, que constitucionalizaba los derechos fundamentales en la futura Unión.

19. Firmada en Luxemburgo y La Haya los días 17 y 28 de febrero de 1986, entrando en vigor el 1 de enero de 1987.

Con el Tratado de Maastricht²⁰ se procede a la constitucionalización definitiva de la protección de tales derechos, sin contener un catálogo de los mismos. Se trata de una protección que se extiende a los tres pilares de la UE: las Comunidades europeas, la política exterior y la seguridad común y cooperación en asuntos de justicia. Además, dicho Tratado contiene un primer intento de construir una ciudadanía europea,²¹ arts. 17 a 22.²² Hasta entonces esta ciudadanía se había configurado como un conjunto de actuaciones heterogéneas, vinculadas a las realizaciones socioeconómicas comunitarias y destinadas a acercar la construcción comunitaria a los ciudadanos.²³

Los objetivos de la Unión fueron reforzados en el Tratado de Amsterdam.²⁴ En el mismo se afirma la adhesión de los Estados miembros a la protección de los derechos humanos, al progreso económico y social de dichos Estados y su desarrollo sostenible; también se establece un espacio de seguridad, libertad y justicia, en el que esté garantizada la libre circulación de las personas, conjuntamente con medidas adecuadas respecto al control de las fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y la prevención y la lucha contra la delincuencia, (art. 2, añadir el art. 6).

Pero la novedad de este último Tratado está en el compromiso con la extensión de la igualdad más allá del ámbito de las relaciones laborales, habilitando a los órganos de la Unión a combatir la discriminación por razón de sexo, raza o etnia, religión o creencia, discapacidad, edad u orientación sexual (art. 13), si bien se exige la unanimidad para adoptar este tipo de medidas. Hasta entonces la igualdad solo se había proclamado respecto de las mujeres y los hombres en el ámbito laboral y, más en concreto, en el aspecto retributivo, y también la igualdad de los nacionales de los distin-

20. Firmado el 7 de febrero de 1992, entrando en vigor el 1 de enero de 1993.

21. Se contempla en las normas primarias del Derecho comunitario una atribución de derechos no vinculada al ámbito de la competencia material del Tratado sino al hecho de ser ciudadano de la Unión Europea, condición que se obtiene por el vínculo de nacionalidad con un Estado miembro, D. J. Liñán Noguera, "La ciudadanía de la Unión Europea", G.C Rodríguez y D. J. Liñán Noguera, dirs., *El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Madrid, 1993, p. 272.

22. Expresión de esta ciudadanía son: el derecho de libre circulación y residencia, el derecho de sufragio al Parlamento Europeo y el de petición, que ya existían, a los que se añaden el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales, el derecho de protección diplomática y consular, y el derecho de petición ante el Defensor del Pueblo Europeo. Sobre el tema, E. Salomé Císnal de Ugarte, Carlos R. Fernández de Liesa y Carlos Moreira González, *Tratado de la Unión Europea*, Madrid, 1993, p. 23 y ss. pone de relieve las limitaciones y dificultades de la ciudadanía europea, Diego J. Liñán Noguera, "La ciudadanía de la Unión Europea", en Gil Carlos Rodríguez Iglesias y Diego Liñán Noguera, *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, pp. 271 y ss. María Fraile Ortiz, *El significado de la ciudadanía europea*, Madrid, 2003.

23. Manuel Díez de Velasco, *Las organizaciones internacionales*, Madrid, 2003, 13a. ed., p. 603.

24. Se firmó el 2 de octubre de 1997 y entró en vigor el 1 de mayo de 1999. En el mismo la construcción de la ciudadanía se refuerza con un nuevo derecho, el de todo ciudadano de la Unión a acceder a los documentos de las instituciones y órganos de la misma, art. 255. Un completo estudio sobre este Tratado en Marcelino Oreja Aguirre, coord., *El Tratado de Amsterdam. Análisis y comentarios*, t. 1 y 2, Madrid, 1998.

tos Estados. Sin embargo, este art. 13 al que hemos hecho referencia, carece de eficacia directa, pues deja a la iniciativa de las instituciones comunitarias su aplicación.

Es pues en Niza²⁵ cuando se aprueba la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea. En el punto 2 del Preámbulo se afirma: *La Unión está fundada en los principios indivisibles de dignidad de hombres y mujeres, libertad, igualdad y solidaridad; reposa en el principio de democracia y el Estado de Derecho*. El catálogo de derechos se integra en cinco capítulos bajo las siguientes rúbricas: dignidad, libertades, igualdad, solidaridad, ciudadanía y justicia. En líneas generales se puede afirmar que el elenco de los derechos protegidos se corresponde con la tradicional lista o catálogo de los derechos y libertades públicas. Se observan, no obstante, algunas incorporaciones impuestas o exigidas por la evolución tecnológica, como la prohibición de clonación reproductora de los seres humanos. En todo caso, el reconocimiento de los derechos se circunscribe a los ciudadanos de la Unión.²⁶

Respecto a los derechos sociales, vigentes en los Estados que integran la Unión, la Carta se caracteriza por su parquedad. Así, en el capítulo referido a la igualdad, se garantiza la igualdad de trato entre hombre y mujer, sin que se asuma ningún compromiso sobre políticas públicas en este sentido (art. 22); también se reconoce el derecho de los niños a su bienestar, protección y cuidado, sin más (art. 23); o el de las personas discapacitadas a su integración (art. 24); igualmente, se alude al derecho a la educación (art. 14); incluso, en el capítulo sobre la solidaridad, no se reconoce, aunque solo sea formalmente, el derecho al trabajo, más bien parece que lo que se le permite es trabajar, con unos derechos básicos, como el derecho al despido, la negociación colectiva, condiciones justas y equitativas en el trabajo, seguridad social..., igualmente se contempla el derecho a la salud (art. 33) cuya satisfacción se deja a las iniciativas de los Estados, la protección del medio ambiente (art. 35) y de los consumidores (art. 36). No se supera el déficit de eficacia jurídica que estos derechos tienen en la tradición constitucional europea, pues su satisfacción se deja a las políticas concretas que se desarrollen. Como ejemplo podemos citar el derecho a la ayuda social al que hace referencia el art. 32.2, cuya aplicación, se dice, se realizará según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales.

25. Firmado el 26 de febrero de 2001. Respecto a la aprobación de dicha Carta, Jordi Borja, Geneviève Dourthe y Valérie Peugeot afirman que supone un desafío democrático comparable a los que se han dado en el pasado en el ámbito de los Estados nacionales: el salto de un sistema de democracia limitada y excluyente, con aspectos oligárquicos y censatarios, a una democracia plenamente representativa y con múltiples posibilidades de participación, *La ciudadanía europea*, Barcelona, 2001, p. 31.

26. Jordi Borja, Geneviève Dourthe y Valérie Peugeot proponen la desvinculación de la ciudadanía europea de la nacionalidad, incluso la extensión de dicha ciudadanía a los que no pertenecen a ningún Estado, siempre que residan durante algún tiempo en algunos de los países que integran la unión, *La ciudadanía europea*, pp. 44 y ss.

En este aspecto la Carta viene a consagrar lo que ha sido la política de la Unión Europea en esta materia, la renuncia a establecer un régimen sustantivo, aunque fuera mínimo, de estos derechos sociales, una práctica que se puede comprobar respecto a la disciplina laboral, cuya competencia había sido atribuida a las instituciones comunitarias desde el principio. Así, un seguimiento de las medidas que en este ámbito se han ido adoptando ponen de manifiesto que se evitó asegurar, en el plano normativo las conquistas que los trabajadores comunitarios habían alcanzado en el ámbito de sus respectivos Estados. Se ha desenvuelto, por el contrario, el Derecho comunitario en un plano de mínimos, cuya finalidad no ha sido otra que la de impedir que el *dumping* social amenazara a las economías más desarrolladas. Es decir, se ha querido evitar que una rebaja excesiva de los costes sociales amenazara la actividad productiva de los Estados más potentes económicamente, pero se ha renunciado a extender al espacio europeo los avances laborales consolidados en algunos Estados.

Y es que las medidas sociales de la Unión han estado muy condicionadas o, más bien, justificadas por los objetivos económicos que han guiado su proceso de construcción. Ello lo podemos observar en materia de protección de los consumidores, a la que se refiere igualmente en la Carta. El conjunto de medidas que en este ámbito se han ido adoptando, con la aprobación de importantes Directivas, ha respondido, sin duda, a la necesidad de fortalecer el mercado interior, más que a un convencimiento de la necesidad de su protección. En efecto, para potenciar el intercambio en el ámbito europeo se entendió que un buen instrumento era el generar la confianza de los consumidores en la adquisición de bienes y servicios en el espacio europeo, ofreciéndoles un nivel de protección semejante al que ya gozaban en el ámbito estatal. Pero esta protección, no lo olvidemos, está supeditada a los intereses de las empresas que hay que preservar en todo caso. Por ello, algunas de estas Directivas se han aplicado con criterios de máximos, a fin de impedir que el pacto con las empresas, en lo concerniente a la protección de los consumidores, pueda ser alterado por los Estados, mejorando la condición de estos últimos; al menos este parece ser el fundamento de las sentencias del Tribunal de Justicia cuando condenó a España e Italia por defecto de trasposición de la Directiva sobre responsabilidad por productos defectuosos.²⁷

Esta debilidad de la Unión europea en la política social supone sin duda un motivo de preocupación en unos tiempos en los que la globalización, las olas privatizadoras, las necesidades de los Estados emergentes, están minando las conquistas sociales alcanzadas en el viejo continente.

27. Francisco Infante Ruiz, "¿Qué ocurre cuando el legislador se confía frente a una Directiva?", *Revista de la Facultad de Derecho de Granada*, 9, 2006, pp. 469-493.

Cuando se elabora el texto del Tratado de Constitución de la Unión Europea se consagra definitivamente la ciudadanía de la Unión, incorporando la Carta a la que hemos hecho referencia, con algunas modificaciones.²⁸ Por ejemplo, se contempla expresamente el derecho de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural (art. II-85).

EN ESPECIAL, EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

En este breve recorrido por los derechos de las personas en el ámbito del Derecho comunitario, merece una especial atención el principio de igualdad, y, más específicamente, la igualdad entre mujeres y hombres.

A nadie escapa que uno de los grandes retos a los que se enfrentó el Estado democrático, después de la Segunda Guerra Mundial, fue alcanzar en todos los ámbitos la igualdad de género. La situación de partida, en la que se encontraban las primeras respecto a los varones, reflejaba una lacerante discriminación en la titularidad y ejercicio de los derechos. Los Estados acometieron reformas trascendentes en sus ordenamientos a fin de eliminar todo vestigio de desigualdad, pero en la realidad de los hechos la situación no ha evolucionado en los mismos términos, por lo que han sido muchas las reclamaciones que se han interpuesto a fin de erradicar una práctica incompatible con la democracia.

La cuestión llegó igualmente al Derecho comunitario y, más en concreto, al Tribunal de Justicia.

Inicialmente estas reclamaciones se plantearon en el ámbito del trabajo, por dos razones: de un lado, porque ésta era una materia sobre la que tenían competencia las Comunidades europeas y, de otro, porque las prácticas laborales durante mucho tiempo y aún ahora dispensan un trato discriminatorio a las mujeres.

El Tratado de Roma, constitutivo de las Comunidades europeas, de 1957, ya hacía referencia a la igualdad de las mujeres respecto de los hombres en el trabajo, aunque ésta se limitara al aspecto retributivo, art. 119; parece que el motivo de esta mención de nuevo era económico, pues tal norma respondía a una exigencia de Francia, con una alta población laboral femenina, que quería evitar la competitividad de otras empresas con menores salarios para las mujeres.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia en la aplicación del principio de igualdad no se limitó a este aspecto, sino que lo extendió a todo el campo laboral. A partir del ca-

28. Olivier de Shutter et Paul Nehone, coords., *Une Constitutions pour l'Europe. Reflexions sur les transformations du Droit de l'Union Européenn*, p. 93.

so Defrenne II, en la sentencia de 8 de abril de 1976, el Tribunal declaró la aplicación directa el mencionado art. 119 del Tratado, y estimó la reclamación de una mujer por entender que se había discriminado a la litigante, que recibía menor sueldo a igual trabajo que el varón. Esta primera decisión judicial se consolidó, y extendió, como hemos dicho, su ámbito de aplicación a todos los aspectos de las relaciones laborales. Se empezó a distinguir igualmente entre la discriminación directa, fácilmente apreciable en el plano jurídico, y la discriminación indirecta, de mayor complejidad en la medida que requiere tener en cuenta otros elementos extraídos de la realidad social a la que se aplica. En todo caso estas primeras resoluciones del Tribunal se desarrollaron en el plano de la igualdad formal, sin entrar aún en las medidas de acción positiva. Estas llegan a su conocimiento en 1995, como cuestión prejudicial.

Entretanto, la Comisión europea a mediados de los años setenta, a través de los Programas de Acción Social y después de los Programas de Igualdad, impulsó la adopción de medidas tendentes a la equiparación de la mujer y el hombre en el ámbito de las relaciones de trabajo, lo que ha provocado la adopción de 12 Directivas y otros actos comunitarios. Así, se pueden destacar, la Directiva 75/117/CE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, *relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos*; la importante Directiva 76/207/CE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, *relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres respecto al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional y a las condiciones de trabajo*, modificada por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002,²⁹ finalmente, la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de junio, *relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades y de igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación*. En las mismas se consagra la igualdad formal de ambos sexos en las relaciones de trabajo; en su art. 1. apartado 1 se declara la igualdad entre hombres y mujeres, lo que supone *la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente*. Sin embargo, se abre la posibilidad de que los Estados puedan adoptar medidas de acción positiva que favorezcan la inserción y promoción

29. También, se aprueban otras Directivas: la Directiva 79/7, de 19 de diciembre de 1979, sobre seguridad social pública; la Directiva 86/378, de 24 de julio 1986, sobre seguridad social privada; la Directiva 86/613, de 11 de diciembre de 1986, sobre trabajo autónomo; la Directiva 92/1985, de 19 de octubre de 1992, sobre protección de la maternidad; la Directiva 96/34, de 3 de junio de 1996, sobre permiso parental; la Directiva 75/1997, de 15 de diciembre de 1997, que extiende la anterior al Reino Unido; la Directiva 96/1997, de 20 de diciembre de 1996, modificativa de la Directiva 86/378, de 24 de julio, sobre seguridad social privada; la Directiva 97/1980, de 15 de diciembre, sobre carga de la prueba; la Directiva 98/52, de 13 de julio de 1998, que extiende la anterior al Reino Unido.

laboral de las mujeres cuando estén discriminadas en la realidad de los hechos; así, en el apartado 4 del art. 2 de la mencionada Directiva se afirma que ésta *no obstará las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en materias contempladas en el apartado 1 del art. 1*, es decir, en el ámbito laboral.

Aparece en la escena jurídica la confrontación de la igualdad formal, que se considera prioritaria, y la igualdad sustancial que se ha de conseguir. La dialéctica entre las dos ya la conocemos; la segunda tiene como límite la interdicción de toda discriminación que no esté justificada o no sea razonable, y el juicio que sobre ello se haga está muy condicionado por el peso que la igualdad formal sigue teniendo en el sistema.

Con anterioridad el Tribunal de Justicia había tenido la oportunidad de manifestarse acerca las medidas de promoción de las mujeres, concretamente en 1995 se plantea ante dicho Tribunal como cuestión prejudicial,³⁰ la interpretación de las normas referidas a la igualdad de mujeres y hombres, entonces de la Directiva 76/207/CE, en relación a la normativa alemana que en igualdad de condiciones para acceso a un empleo, da preferencia a las mujeres cuando éstas estén infrarrepresentadas. Hablamos del caso Kalanke, en el que se dilucidaba el acceso a puesto de jefe de sección del servicio de parques y jardines de una mujer y un hombre con iguales méritos; la plaza se le concedió a aquella en aplicación de los criterios contenidos en la disposición que fue objeto de la cuestión de prejudicialidad ante el Tribunal de Justicia. La STJC 1995/172, de 17 de octubre, declaró la incompatibilidad de la norma alemana con la Directiva, al entender que la preferencia absoluta a favor de las mujeres implicaba una discriminación por razón de sexo. Sin embargo, este criterio jurisprudencial cambia en otra sentencia posterior, en la que se dilucida de nuevo una cuestión prejudicial presentada por Alemania en un caso similar; nos referimos a la STJC 1997/236, de 11 de noviembre. Los hechos que la provocan son muy parecidos: en este supuesto se trata de la promoción a profesor de un hombre y una mujer que tienen los mismos méritos, y en igualdad de condiciones se opta por la última, pero en este caso la norma sometida a valoración matiza la preferencia por la mujer: “Cuando en el sector del organismo competente en el que deba producirse la promoción, haya menos mujeres que hombres en el nivel del correspondiente puesto de la carrera, se concederá preferencia en promoción a las mujeres, a igualdad de aptitud, competencias y prestaciones profesionales, *salvo que concurran en la persona de un candidato motivos que inclinen la balanza a su favor...*” Esta excepción, llamada

30. Pierre Pescatore, “Las cuestiones prejudiciales”, en Gil Carlos Rodríguez Iglesias y Diego Liñán Noguera, *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, pp. 257 y ss.

cláusula de apertura, es la que inclina al Tribunal a estimar compatible la norma alemana con la Directiva. En su opinión se mitiga el rigor de la preferencia absoluta por la mujer en los términos antes expuestos, con la posibilidad de considerar en el candidato masculino motivos que puedan favorecerles en el acceso y promoción al trabajo.³¹ Con posterioridad el TJC confirma su tendencia a admitir las medidas de acción positiva a favor de la mujer trabajadora, como hace en la STJC 2000/56, de 28 de marzo, que resuelve de nuevo una cuestión prejudicial respecto a una normativa alemana, relativa a un plan de promoción de las mujeres en el ámbito científico o para auxiliares científicos, en las que estaban infrarrepresentadas. Sin embargo, cuando la preferencia por la mujer se impone sobre los méritos de los candidatos, se ha entendido que se viola el principio de no discriminación, como se ha afirmado en la STJC 2000/166, de 6 de julio, referida a disposiciones suecas.³²

A pesar de todo, la discriminación laboral de las mujeres en el seno de la Unión Europea todavía es una realidad, como lo demuestran las estadísticas acerca de su menor retribución respecto a los hombres, que puede llegar hasta un 30%, como ocurre en España; padecen también un mayor índice de desempleo, y su presencia es más limitada en determinados sectores productivos y profesionales, precisamente los más valorados, y en los órganos de decisión.³³

Ya una Recomendación del Consejo del 13 de diciembre de 1984 (84/635/CEE), reconocía la insuficiencia de las normas sobre igualdad de las trabajadoras y de los trabajadores, e instaba a los Estados a adoptar medidas de acción positiva destinadas a eliminar las desigualdades que de hecho son objeto las mujeres. En la misma línea el Tratado de Amsterdam (1999), siguiendo la tradición de la Directiva 76/207/CE, de 9 de febrero de 1976, en el art. 141.4 permite a los Estados adoptar medidas de acción positiva a favor de las mujeres, una norma que ha impulsado la modificación de aquella en el año 2002, a la que hemos hecho referencia.

Pero la novedad de este último Tratado está en el compromiso con la extensión de la igualdad entre mujeres y hombres a todos los ámbitos. Así se pronuncia el art. 13,

31. Una crítica general a la actuación del Tribunal, en Jo Shaw que afirma: Parece que el Tribunal recurre a argumentos legales, incluyendo la invocación de la igualdad y otros principios relacionados, para mostrar una mayor sensibilidad hacia la demanda de los gobiernos más que para mostrar una gran simpatía hacia una agenda progresista o feminista que promueva la relevancia del empleo del género como herramienta de análisis, "Gender and the Court of Justice", en Gráinne de Búrca and J. H. H. Weiler, eds., *The European Court of Justice*, Oxford, 2001, p. 132.

32. Jo Shaw pone de manifiesto el grado de inconsistencia del Tribunal al invocar principios extensos y flexibles para reforzar argumentos sobre la igualdad, hasta el punto de preguntarse: ¿Cuándo estos principios son invocados se hacen con la intención de traer el género al centro del análisis?, "Gender and the Court of Justice", en Gráinne de Búrca and J. H. H. Weiler, eds., *The European Court of Justice*, p. 132.

33. En la UE en el año 2005 la tasa de desempleo masculina fue 8,3 por ciento y la femenina 10 por ciento. Esurostat.

en el que se habilita a las instituciones comunitarias a tomar las medidas necesarias para combatir la discriminación, si bien se exige la unanimidad no estamos ante una norma directamente aplicable, pues su eficacia depende de las iniciativas comunitarias y, aún más, de los ámbitos en los que éstas tienen competencia.

Fruto de este compromiso es sin duda la Directiva 2004/113/CE, de 13 de diciembre, *relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro*.³⁴

Esta Directiva, como se desprende de su título, tiene vocación de generalidad. Una generalidad que se aprecia en el conjunto de los bienes y servicios a los que se refiere, pues solo se excluyen los contenidos de los medios de comunicación o de publicidad, ya regulados, la educación, y los asuntos relacionados con el empleo y la ocupación, también regulados. Y una generalidad que también está presente en los destinatarios, todas las personas, naturales o jurídicas, públicas o privadas. Y esto último es importante pues introduce la igualdad de tratamiento a las mujeres y los hombres en el seno de las relaciones jurídicas privadas, con lo que se consagra la eficacia horizontal de este principio, solventando con ello la difícil cuestión de la *Dritt-wirkung* del derecho fundamental a igualdad de trato.

También se aprecia los diferentes tipos de discriminación, la directa y la indirecta, contemplando también el acoso sexual, arts. 2 y 4. Igualmente, se autoriza a los Estados a adoptar medidas de acción positiva, art. 6. Especial mención se hace a los servicios de aseguramiento y financieros, en los que se prohíbe que el sexo pueda ser un factor de diferencia para las primas y prestaciones, aunque con alguna excepción. Y se prohíbe igualmente que los costes relacionados con el embarazo y la maternidad repercutan individualmente en las personas, art. 5.

Respecto a su protección se induce a los Estados a crear procedimientos judiciales o administrativos específicos, para garantizar la aplicación del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, previendo vías de conciliación, art. 8. En esta línea se invierte la carga de la prueba sobre la vulneración del principio de igualdad, cuando se aporten hechos que permitan presumir la discriminación, art. 9. Y finalmente, se establece la responsabilidad patrimonial por los actos que vulneren el principio de igualdad en los términos de la Directiva.

En todo caso, ésta solo establece unos criterios mínimos que pueden ser mejorados por los diferentes Estados, art. 7.

34. Esta Directiva está en consonancia con la Decisión 2001/51/CE del Consejo, de 20 de diciembre de 2000, por la que se establece un programa sobre la estrategia marco comunitaria en materia de igualdad entre hombres y mujeres (2001-2005).

Como se puede observar, la Directiva da un paso importante para la normativización de una exigencia constitucional, pero se desenvuelve en el plano de la igualdad formal que extiende a un sector muy importante de la vida de las personas, cual es el acceso a los bienes y servicios. Sin embargo, no da el paso hacia delante de asumir un compromiso con la igualdad real, pues ésta únicamente aparece como una posibilidad que tienen los Estados.³⁵

LOS LÍMITES Y LAS POSIBILIDADES DEL DERECHO COMUNITARIO RESPECTO DE LOS DERECHOS DE LA PERSONAS

Cuando se trata de hablar de personas y principios lo primero que llama la atención es la ausencia de un texto constitucional en la Unión Europea que refleje el pacto político de sus ciudadanos, acerca del modelo de sociedad que se quiere construir, una referencia indispensable para reflexionar en términos de valoración sobre el alcance y significado de las reglas que sus instituciones están generando; y, lo que resulta aún más llamativo, la ausencia de un catálogo de derechos fundamentales que sea vinculante para las instituciones comunitarias, tal como ocurre en el ámbito de los Estados que lo integran. Además, el conocido fracaso del Tratado para la Constitución Europea, tras el triunfo del *no* en Francia y Holanda, ha supuesto un freno en el proceso de construcción política de la región, y ha sumido a la Europa integrada en una crisis que aún no ha superado. Es cierto que el texto propuesto a referéndum, según las muchas críticas que se le hicieron, no respondía a las expectativas de aquellos que realmente querían construir una unión política fuerte; y es también cierto, según las mismas críticas, que el catálogo de derechos era muy reducido, pues se concretaba en aquellos que conocemos de primera generación, es decir, los tradicionales derechos y libertades burguesas, a pesar de las referencia a la Carta Europea de Derechos Sociales, cuyo cumplimiento no quedaba garantizado. Pero en todo caso el estancamiento del proceso político, abierto con la llamada Constitución europea, ha dejado a la unión huérfana de un referente fundamental para el desarrollo del Derecho comunitario. La situación descrita resulta tan peculiar que la podemos calificar de extraordinaria para los juristas contemporáneos, identificados con la fuerza legitimadora de las *constituciones*, y acostumbrados a buscar en ellas las raíces del sistema normativo. Incluso es opinión muy extendida de que existe un importante déficit demo-

35. Un poderoso prejuicio estructural en el sistema de la de la UE que impide que el análisis de género se convierta en un factor autónomo en la conformación de la evolución del Derecho y la política, así lo afirma Jo Shaw, "Gender and the Court of Justice", en Gráinne de Búrca and J. H. H. Weiler, eds., *The European Court of Justice*, p. 135.

crático en la Unión Europea, lo que viene a reforzar la idea de que se está construyendo un ámbito de decisión política sin Norma Fundamental y sin participación directa de la ciudadanía.

Las razones que nos expliquen la realidad actual quizás haya que buscarlas en el proceso de construcción de lo que hoy conocemos como Unión Europea, en el que la agenda ha estado marcada por la necesidad de defensa de intereses esencialmente económicos. Tanto es así, se afirma, que la dimensión social de algunas de las medidas que se han adoptado son tributarias de este tipo de intereses; así ha ocurrido con las normas laborales o las que protegen a los consumidores. Estas últimas tienen como finalidad dar seguridad a un mercado interior que se quiere sin duda reforzar. De ahí que no sea hasta época relativamente reciente cuando se empieza a plasmar en los Tratados constitutivos referencias a los derechos fundamentales de los ciudadanos de la Unión, y que solo en Niza (2001) se pueda consensuar una Carta de derechos, sin que ésta llegue a ser vinculante.

Pero esta explicación, sin dejar de ser cierta, no refleja en toda su dimensión la realidad de un proceso que entendemos mucho más complejo. Más complejo porque no se reduce al juego de las instituciones comunitarias, ni siquiera a los pactos que en cada momento llegaron los Estados integrantes de las comunidades, sino que involucra a lo que ha ocurrido en el seno de los distintos países. Para apreciar lo que está ocurriendo en la Europa integrada se han de considerar sin duda sus instituciones, pero también y sobre todo, sus Estados, porque Europa no se explica por sí misma, sino por la fuerza de sus países, los procesos en los que han estado inmersos y la situación en la que actualmente se encuentran.

Así, la construcción de la Europa comunitaria está marcada, como hemos dicho, por la necesidad de preservar un espacio en el que defender sus intereses económicos; pero un espacio también muy influenciado por las consecuencias de la Segunda Guerra Mundial y la división del continente. Tras la confrontación bélica, los Estados debieron afrontar la urgencia de la reconstrucción nacional, que no solo se planteaba en términos económicos, tras la aniquilación de su sistema productivo, sino también en términos morales o, mejor dicho, políticos, a fin de superar los traumas de un siglo que había traído desordenes sociales, regímenes autoritarios y dos grandes guerras.

En este contexto, la reflexión de fondo que se hizo estuvo muy ligada a la necesidad de asegurar la democracia como el único gobierno posible para la paz.³⁶ Hubo

36. La relación entre integración y democracia, en el sentido de exigir que éste sea el gobierno de los Estados miembros, llegará más tarde, comienza con la Declaración de la Cumbre de Copenhague de diciembre de 1973, también la Declaración sobre la Democracia del Consejo europeo de Copenhague de 1978. También se habla de una

entonces que buscar fórmulas que garantizaran la permanencia del sistema, y estas se encontraban de manera diferente según los Estados, dependiendo de su tradición jurídica. Pero en el pensamiento democrático se introdujo entonces una nueva perspectiva, la de la justicia social, convencidos como estaban de que la exclusión y la pobreza de amplias capas sociales, provocadas por el incontrolado desarrollo industrial, habían sido, sin duda, el caldo de cultivo de la inestabilidad política que había asolado a parte del continente; se contrapuso entonces a la igualdad formal de la democracia burguesa, la igualdad sustancial de los ciudadanos, que debía alcanzarse mediante políticas públicas de intervención en la economía y el reconocimiento de los derechos sociales. Se extendió así el Estado social como la fórmula de gobierno indispensable para la estabilidad política. Cobró entonces plena actualidad la reflexión que hiciera Hermann Heller³⁷ tras el fracaso de la Constitución de Weimar, al contraponer dictadura y democracia, entendiendo que solo era posible la última si había justicia social. Surgió la Europa social, que de nuevo se desenvuelve de forma diversa según los Estados.

En este contexto, la constitución de las primeras comunidades europeas responde a otro tipo de requerimientos, que se cifran en la necesidad de establecer una cooperación económica mediante la creación de un mercado interior.

El compromiso por una transformación social que lleve a una democracia estable pertenece a los Estados, no se liga a la construcción europea, tanto es así que la preocupación por el respeto a los derechos humanos en el continente no se residencia en el ámbito de las comunidades que se crean, sino que se le da una dimensión europea con la Convención de Roma, en 1950. Y este Tratado, que fue impulsado por los mismos países que iniciaron el proceso de la construcción europea, no se quedará al margen de las instituciones comunitarias, no será en ningún caso ajeno al desarrollo de los derechos fundamentales en el seno de las mismas, ni por supuesto en el interior de los Estados. Se puede afirmar que forma parte del acervo de la cultura jurídica que se genera en el viejo continente.³⁸

Europa evoluciona pues en dos planos que se superponen como dos capas permeables de una misma realidad: uno primero, que se desenvuelve al interior de los Estados, en el que son los ciudadanos los que impulsan la transformación del viejo Derecho en ordenamientos más respetuosos con las exigencias de la democracia y los

Comunidad de Derecho, expresión utilizada por el Tribunal en el Dictamen de 14 de diciembre de 1991, Ángel G. Chueca Sancho, *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, p. 43.

37. Pensamiento que desarrolla en un conjunto de trabajos recogidos en la obra *Escritos políticos*, versión española de Salvado Gómez Arteche, Madrid, 1985.

38. Tanto el Tribunal de Justicia de la Comunidad, como los Tratados más recientes, se remiten a la Convención para declarar su aplicabilidad al Derecho comunitario.

postulados del Estado social; y uno segundo, el de la construcción de la comunidad regional, en el que son los Estados los protagonistas del proceso. Y ambos planos tienden a encontrarse en la encrucijada en la que ahora estamos.

Así pues, la gran transformación del Derecho se ha producido en el seno de los Estados, en los que se han operado los cambios que han llevado a la construcción de la democracia que hoy conocemos. De estos ordenamientos se ha ido nutriendo el Derecho comunitario en su proceso de consolidación; de ahí que no haya manifestado una excesiva preocupación por los derechos de las personas, pues estos estaban amparados en los diferentes países; solo ha evolucionado a impulsos de reclamaciones concretas o de intereses esencialmente económicos.

Ahora bien, cuando la dimensión política de la Unión se ha planteado como una necesidad, es entonces cuando se ha puesto de manifiesto la importancia de reconocer a la ciudadanía un estatus fundamental, que tendrá que nutrirse de la experiencia jurídica de los diferentes Estados, y ahí empiezan los problemas.

En primer lugar, porque la relación entre el Derecho comunitario y los Derechos estatales se rige por el principio de supremacía y eficacia directa del primero,³⁹ lo que supone que la construcción del *estatus* de ciudadano europeo se integra en primer lugar por los principios y las disposiciones comunitarias,⁴⁰ que, como hemos visto, acusan una gran fragilidad en la materia que nos ocupa, pues la aplicación de los derechos fundamentales, en gran medida tributaria de los distintos Derechos nacionales, se ha hecho pasándolos por el tamiz de los intereses económicos que han primado en la construcción europea. Frente a ello se puede argumentar que la tradición jurídica

39. Como afirma Manuel Díez de Velasco: “La coexistencia en el ámbito interno del ordenamiento jurídico comunitario con el del Estado hace surgir el problema del conflicto entre normas de ambos, máxime cuando el derecho interno es un instrumento necesario para el desarrollo y la ejecución del derecho comunitario. El TJCE ha elaborado jurisprudencialmente los principios que resuelven este posible conflicto y articulan las relaciones entre el derecho comunitario y los derechos internos. El Dictamen 1/91 los sintetiza diciendo que “los rasgos esenciales del ordenamiento jurídico comunitario (...) son, en particular su supremacía con respecto al derecho de los Estados miembros, así como el efecto directo de toda una serie de disposiciones aplicables a sus nacionales y a ellos mismos (Estados miembros)” (rec. 1991, p. I-6102). A los principios de primacía y eficacia directa hay que añadir el principio de la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares como consecuencia de la violación del derecho comunitario, reconocido por una jurisprudencia que se inicia en la sentencia Francovich y en la Brasserie de pêcheur y Factortame”, *Las organizaciones internacionales*, Madrid, 2003, 13a. ed., p. 629.

40. Éste es el método que sigue el Grupo de Trabajo sobre no discriminación del Acquis Group. La disciplina constitucional de la UE no solo se integra con las disposiciones y principios del Derecho originario, sino con el Derecho derivado de mayor rango, Reglamentos y Directivas; así lo pone de relieve Miguel Martínez Cuadrado, cuando afirma que sin ser considerado plenamente aceptable en la naturaleza del constitucionalismo clásico, este Derecho termina aceptándose en sus efectos y trayectorias como Derecho de integración superior del constitucionalismo nacional, “La experiencia constitucional comparada en la consolidación del modelo jurídico-constitucional europeo”, Marcelino Oreja Aguirre, coord., *El Tratado de Amsterdam. Análisis y comentarios*, t. 1, p. 763.

de los Estados forma parte del acervo común de la Unión.⁴¹ Pero esta solución tampoco está exenta de problemas.

En primer lugar porque hay que conciliar distintas tradiciones en el constitucionalismo europeo, el anglosajón y el continental.⁴² Y también, y esto es importante, porque las conquistas sociales tienen un reflejo muy diferente en las respectivas Cartas fundamentales, e, incluso –en aquellos países que cuentan con una Constitución social– resulta que los derechos que la expresan carecen del mismo nivel de eficacia que las tradicionales derechos y libertades.

Y es que la Europa social ha sido una construcción más política que jurídica; no se dotó a los derechos sociales, en los países que los han reflejado en sus constituciones, de los instrumentos jurídicos necesarios para garantizar su cumplimiento.

Y de todo ello resulta que la crisis del Estado Social que padecemos no permite un Derecho originario de la Unión Europea que garantice un futuro de progreso y justicia para el conjunto de sus ciudadanos, como hemos podido comprobar en el texto del Tratado para la Constitución europea.

41. "La constelación de textos correspondientes a un sistema mixto de Derecho internacional, Derecho de integración regional, Derecho constitucional nacional configuran así un DERECHO CONSTITUCIONAL EMERGENTE para la Unión Europea, cuya singularidad aproxima el gobierno a un sistema federalizante en su objetivos y técnicas de Derecho público, y por extensión progresiva de Reglamentos y Directivas en el Derecho que rige la trama de la sociedad civil", Miguel Martínez Cuadrado, "La revisión de los Tratados y el poder constituyente de la Unión", Marcelino Oreja Aguirre, coord., *El Tratado de Amsterdam. Análisis y comentarios*, t. I, p. 51.

42. Miguel Martínez Cuadrado, "La experiencia constitucional comparada en la consolidación del modelo jurídico-constitucional europeo", Marcelino Oreja Aguirre, coord., *El Tratado de Amsterdam. Análisis y comentarios*, t. I, pp. 753 ss.

Las rutas del tráfico ilegal de migrantes hacia Estados Unidos de América.

Labor de la marina ecuatoriana

Análisis de la normativa aplicable en los países de tránsito (México y Guatemala)

*María Gabriela Troya Rodríguez**

Se presenta una visión global del tráfico ilegal de migrantes ecuatorianos que tienen como destino los Estados Unidos de América.

Se incluyen los puntos de salida y las rutas que utilizan los coyotes para transportar a los migrantes desde las costas ecuatorianas hacia diferentes puertos en Centroamérica, principalmente a Guatemala, para continuar por tierra hacia México, por lo que se expone la normativa guatemalteca en la materia y se analiza la legislación mexicana aplicable a migrantes irregulares, considerando que el Ecuador es el primer país, luego de los centroamericanos, con mayor número de deportados desde México.

En este contexto se estudia las funciones de control, así como las labores de prevención de la marina ecuatoriana en aguas jurisdiccionales.

Finalmente se proporcionan estadísticas relativas a embarcaciones capturadas por la marina, y migrantes ecuatorianos deportados desde México y Guatemala.

FORO

TRÁFICO ILEGAL DE MIGRANTES EN EL ECUADOR

En el Ecuador una de las principales formas de migrar es mediante el tráfico ilegal, en gran parte a través de la ruta marítima y en menor grado por tierra triangulando la salida por terceros países, para a su vez continuar por tierra o por vía aérea al lugar de destino. Si se tiene en consideración la realidad del país *caracterizada por la falta de oportunidades laborales, remuneraciones bajas, exclusión social,*

* Consejera del Servicio Exterior Ecuatoriano.

*restringido acceso a los servicios de salud y educación, así como la inestabilidad política, no es difícil concluir que el deseo de buscar oportunidades en el extranjero continuará y que, ante la imposibilidad de hacerlo legalmente debido a las restricciones de visado de los países de destino (Estados Unidos y los países de la Unión Europea) la principal vía será a través del tráfico ilegal.*¹

En la actualidad el Ecuador es parte de normas jurídicas internacionales que combaten el tráfico ilegal de migrantes como el *Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire*, (R.O. 364. 25.06.2004.) Adicionalmente cuenta con legislación nacional contenida en el art. 440 del Código Penal.²

Sin embargo, se debe reconocer que el tráfico ilegal de migrantes no terminará con el aumento de las sanciones; es una realidad que rebasa el área penal. Se deben buscar alternativas para la migración legal, como iniciar negociaciones con otros países para suscribir acuerdos de flujos migratorios como el que se tiene con España.

PUNTOS DE SALIDA Y RUTAS DE LA MIGRACIÓN ILEGAL

Las rutas por las cuales los ecuatorianos se dirigen hacia los Estados Unidos varían según los controles ejercidos en los lugares de salida en Ecuador, así como en los países de tránsito. Son rutas que también responden a las diferentes estrategias de los coyoteros para evadir los controles fronterizos.

Con el fin de contar con una idea aproximada de los diferentes caminos que se siguen en esta *peregrinación* baste citar las relaciones de estos hechos, recogidas de publicaciones de varios diarios nacionales de los últimos dos años:

Mayo 2005: Durante varios días permanecen en la Isla del Coco, en Costa Rica, 88 emigrantes, la mitad de ellos peruanos cuando su nave naufragó cerca de esas islas.

Junio 2005: Un grupo de migrantes ecuatorianos, colombianos y un boliviano fue detenido en La Paz por usar documentos falsificados con los que pretendían ingresar a Chile para viajar a Europa.

-
1. María Gabriela Troya, "Tráfico Ilegal de Migrantes" en *Cultura, Emigración y Política Exterior*, PLANEX 2020, Ministerio de Relaciones Exteriores, Quito, 2006, p. 167.
 2. El pasado 23 de noviembre de 2006 el Pleno del Congreso aprobó el Proyecto de Ley Reformativa al Código Penal, que amplía las actividades a ser consideradas dentro del delito, al añadir la promoción, la inducción, el financiamiento, la colaboración para el tráfico ilegal de migrantes, y agrava las penas. Se acompaña como Anexo 1 el texto de la reforma y que deberá ser finalmente conocido por el Presidente de la República.

Abril 2006: Son detenidos en el aeropuerto de Guatemala ciudadanos ecuatorianos con visas falsas guatemaltecas, obtenidas según afirmaron en Venezuela de una red internacional de tráfico de personas.

Julio 2006: 114 migrantes son rescatados en un barco frente a Manta.

Agosto de 2006: Un grupo de ecuatorianos conjuntamente con migrantes dominicanos fue deportado cuando pretendían ingresar ilegalmente a Puerto Rico.

Agosto 2006: En Nicaragua fueron detenidos migrantes dominicanos, ecuatorianos y colombianos que ingresaron ilegalmente al país en su tránsito a los Estados Unidos. En esta ocasión la ruta se originó en la isla colombiana de San Andrés continuando hacia la isla nicaragüense de Corns Island, en el Caribe, luego hacia el sur desde donde la intención era seguir a Honduras, rumbo a Guatemala, México y Estados Unidos.

Septiembre 2006: Una embarcación con ciudadanos ecuatorianos, peruanos y nepalíes a bordo, fue retenida por la Capitanía de Puerto de Salinas a pocas millas del puerto de Monteverde del cantón Santa Elena.

Noviembre 2006: Un barco con 69 emigrantes es rescatado del naufragio por la Marina ecuatoriana a siete kilómetros del sector El Palmar, frente a las costas de Manabí. En este grupo se encontraban varios menores de edad.

La triangulación de la migración por Bolivia, también es recurrente, ya que el migrante ingresa solamente con la tarjeta andina, se le provee de pasaporte boliviano falso lo que permite el ingreso a Guatemala.

Un gran número de los barcos que salen de las costas ecuatorianas tienen como destino la costa de Guatemala, particularmente Puerto Ocos, desde este punto los migrantes son trasladados a la frontera con México, país que se cruza por tierra, en camiones, buses y trenes. Continúa el viaje a los Estados Unidos, cruzando zonas desérticas y llegando a ciudades como Los Ángeles.

La provincia de El Oro en los últimos meses se ha convertido en una de las zonas de salida de embarcaciones con migrantes más utilizada por los traficantes. Es así como en el mes de julio de 2006 se registraron tres intentos de viaje clandestino de ecuatorianos y extranjeros con destino a Centroamérica. Según las autoridades de la capitanía hay alrededor de 40 puntos de los cuales se puede zarpar.

Es difícil establecer el número de embarcaciones que salen del país con migrantes a bordo. En criterio del Comisionado de la Defensoría del Pueblo en Manabí, William Salazar, 13 embarcaciones zarpan mensualmente de forma ilegal desde diversos puntos de la Costa del país. “De estos solo son capturados entre dos o máximo tres. Los otros consiguen llegar a su destino”, asevera (diario *El Universo* 4 de mayo 2006).

Como anexo a este trabajo reproduzco el testimonio de un ciudadano ecuatoriano quien relata con extremo detalle la aventura migratoria que se inició con la salida en un barco pesquero desde la costa de Esmeraldas y termina con su repatriación desde los Estados Unidos. La información contenida en este relato incluye las penurias experimentadas por los migrantes, el *modus operandi* de los coyoteros nacionales y de los países de tránsito, así como otra información valiosa que permite al lector conocer de primera mano la desventura (tragedia) diaria de nuestros compatriotas. (Anexo 2).

LABOR DE LA MARINA ECUATORIANA

La Dirección General de la Marina Mercante y del Litoral es la autoridad encargada de la vigilancia de las aguas jurisdiccionales ecuatorianas, por tanto, realiza operaciones de patrullaje que en gran parte tienen como resultado identificación de naves involucradas en actividades de narcotráfico y tráfico ilícito de migrantes.

Efectúa tareas de prevención como el censo de naves, a través del cual se verifica si la documentación está en orden y está implementando un proyecto de matriculación marítima para el personal mercante. Realiza seminarios en zonas de mayor emigración como es el Austro. Se capacita también en el tema a los oficiales de marina.

Cuentan con el número 149 de Servicio de Auxilio Marítimo, que se conecta con el Centro de Operaciones de Guardacostas, que está ubicado en la Base Sur de Guayaquil. También se pueden realizar denuncias de actividades ilícitas a través del correo electrónico: denuncias@digmer.org.

A partir del dramático naufragio de agosto de 2005 de una embarcación con un centenar de migrantes a bordo, se adoptaron por parte de la Marina políticas más específicas en relación con el tráfico ilícito de migrantes.

En junio de 2006 la Dirección General de la Marina Mercante informó sobre el plan *anticoyotaje* que implementa y que a partir de 2007 se iniciará el sistema de rastreo de barcos de más de 10 toneladas, a los cuales se les implantará un chip electrónico.

Este plan contempla un sistema de vigilancia costera para fortalecer el control del mar a través de radares, para ubicar a naves que zarparon de algún punto de la Costa de forma ilegal. La información será transmitida a un centro nacional de emergencias del Comando de Guardacostas que se asentará en Guayaquil.

El plan incluye el trabajo de 1.200 hombres de la Armada que vigilarán las costas ecuatorianas. Este personal (diario *Expreso* 17.09.2006) “está dotado de mapas, aparatos de localización satelital (GPS) y equipos de comunicación para las tareas de búsqueda de puntos de embarque. Mediante el trabajo de inteligencia han podido frenar las últimas acciones de los coyoteros”.

Según datos publicados en el diario *El Universo*, el día 16 de mayo de 2006, la Armada cuenta ya con un censo del número de embarcaciones registradas en el país, cuyo número asciende a 8.523 barcos sujetos a la vigilancia de las doce capitanías de puerto ubicadas en la Costa ecuatoriana. Existen aproximadamente 450 embarcaciones sin papeles en regla, 60 de las cuales se hallan ancladas y por tanto son “candidatas” a ser utilizadas para el tráfico de personas.

Adicionalmente, en diciembre de 2005 la Dirección General de la Marina Mercante firmó un Memorándum de Entendimiento con el Servicio de Guardacostas de los Estados Unidos de América sobre la “Búsqueda y Salvamento”,³ que tiene por finalidad principal cooperar en esas actividades en el Océano Pacífico. Como marco legal para este Memorando se tienen en cuenta la *Convención Internacional de Búsqueda y Salvamento Marítimo de 1979*, con enmiendas incluidas, y el *Manual Internacional de los Servicios Aeronáuticos y Marítimos de Búsqueda y Salvamento (IAMSAR)*.

El Memorando contiene las áreas de acción de cada parte, con el detalle de las coordenadas respectivas, sin que ello esté relacionado con las fronteras marítimas de cada país “ni las menoscaba”. Igualmente se acuerdan los procedimientos a seguir para la operación así como las recomendaciones de la *Organización de Aviación Civil Internacional (OACI)* y la *Organización Marítima Internacional (OMI)*.

Se establecen Centros de Coordinación de Salvamento, que en el caso de Ecuador será el Centro Nacional de Coordinación de Salvamento Marítimo de Guayaquil y en los Estados Unidos el que se halla en Alameda, California.⁴

LEGISLACIÓN DE ALGUNOS DE LOS PAÍSES DE TRÁNSITO: MÉXICO Y GUATEMALA

MÉXICO

Los asuntos relativos a migración están regulados en México por la Ley General de Población.⁵ En lo que se refiere al ingreso y salida de personas son responsables

-
3. Memorándum de entendimiento para la Cooperación entre la Dirección General de la Marina Mercante y del Litoral de la República del Ecuador y el Servicio de Guardacostas de los Estados Unidos de América relativa a Búsqueda y Salvamento. Copia proporcionada a la autora por la DGMM en julio 2006.
 4. El detalle de las naves capturadas por la Marina ecuatoriana en los últimos años se puede consultar en la página web de la DIGMER: [/www.digmer.org/portal/](http://www.digmer.org/portal/). Consultado 03.11.2006.
 5. Ley General de Población de 1974 Reformada. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 04.01.1999.

los servicios de migración, pertenecientes a la Secretaría de Gobernación y a la Policía Federal Preventiva (art. 16).

El control de migratorio mexicano tiene 2 sistemas:

1. Puntos fijos de revisión: aeropuertos, puertos marítimos, carreteras, puntos de frontera.
2. Puntos móviles: estratégicos, sobre todo en los estados del sur (Chiapas, Tabasco, Campeche).

Adicionalmente se realizan operativos aleatorios. Últimamente se encuentran muchos ilegales en los trenes, sobre todo porque las rutas de buses de línea regular o las carreteras federales, ya están vigiladas

Está prevista la figura de la denegación o rechazo de internación de extranjeros en el territorio mexicano, ya sea por no contar con documentación migratoria o por no estar la misma en regla (art. 27). En ese caso es responsabilidad de la empresa de transporte que trasladó al extranjero encargarse de su regreso.

El art. 37 establece las razones por las cuales se puede negar el ingreso de un extranjero al país, así como el cambio de su calidad migratoria.

Los aspectos relativos a la internación, estancia y salida de extranjeros son resueltos a través de un *procedimiento migratorio*, de carácter administrativo, que concluye con una resolución de parte de la respectiva autoridad migratoria. Si transcurridos 90 días no se ha emitido una resolución sobre el tema planteado, ésta se entiende denegada. Solo ante solicitud del interesado la autoridad podrá emitir constancia de ese hecho.

Adicionalmente existe un *Procedimiento de Verificación y Vigilancia*, por el cual la autoridad migratoria (art. 151) puede realizar visitas de verificación, citar al extranjero, aceptar denuncias, solicitar informes, revisar rutas o puntos provisionales.

En los casos que exista alguna infracción que amerite la expulsión el extranjero podrá ser asegurado. El aseguramiento es *la medida administrativa, mediante la cual se deja a disposición de la autoridad migratoria a un extranjero, para que se implemente respecto de él, un procedimiento migratorio, en el cual se resuelva sobre su regularización, salida o expulsión del territorio nacional.*⁶

Se puede también decidir que el extranjero asegurado sea entregado en custodia provisional a una persona o institución solvente (art. 153).

Cuando se hace comparecer al extranjero ante la autoridad migratoria se le hará conocer las razones y se levantará el acta respectiva. Cuando se procede a las revi-

6. Laura Ruiz García, *El Derecho Migratorio en México*, México, Editorial Porrúa, 2005, pp. 56-57.

siones en rutas o en puntos provisionales se debe establecer un registro de la misma y elaborar un informe sobre las actividades y zonas.

En 15 días la autoridad ante la que haya comparecido el extranjero o en el caso de que haya sido objeto de una revisión, deberá emitir una resolución que será notificada al interesado.

Esta ley es la que establece el delito de tráfico ilícito de personas, el art. 138 reza:

Artículo 138. Se impondrá pena de seis a doce años de prisión y multa de cien a diez mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal en el momento de consumir la conducta, a quien por sí o por interpósita persona, con propósito de tráfico, pretenda llevar o lleve mexicanos o extranjeros a internarse a otro país, sin la documentación correspondiente.

Igual pena se impondrá a quien por sí o por medio de otro u otros introduzca, sin la documentación correspondiente expedida por autoridad competente, a uno o varios extranjeros a territorio mexicano o, con propósito de tráfico, los albergue o transporte por el territorio nacional con el fin de ocultarlos para evadir la revisión migratoria.

A quien a sabiendas proporcione los medios, se preste o sirva para llevar a cabo las conductas descritas en los párrafos anteriores, se le impondrá pena de uno a cinco años de prisión y multa hasta el equivalente a cinco mil días de salario mínimo conforme al que esté vigente en el Distrito Federal.

Se aumentarán hasta en una mitad las penas previstas en los párrafos precedentes, cuando las conductas descritas se realicen respecto de menores de edad; o en condiciones o por medios que pongan en peligro la salud, la integridad o la vida de los indocumentados; o bien cuando el autor del delito sea servidor público.

Como se puede apreciar la norma mexicana sanciona no solo al traficante de personas, sino a quien los albergue o transporte, agravándose las penas cuando se ponga en peligro la integridad o vida de las personas. Asimismo resulta interesante el que incluya el *testaferrismo* del delito, es decir el que utilice a terceros (interpuesta persona) para la comisión del acto delictivo. El ejercicio de la acción penal en este caso estará a cargo del Ministerio Público Federal, estando sujeto a querrela a ser formulada por la Secretaría de Gobernación.

Serán sancionadas pecuniariamente las empresas de transporte que lleven a personas con documentación migratoria no vigente o que las desembarquen sin permiso de la autoridad migratoria respectiva. Las sanciones de carácter administrativo corren a cargo de las unidades administrativas respectivas.

El pasado 17 de julio de 2006 mantuve una entrevista en la Ciudad de México con el licenciado Israel Cárdenas, encargado de la Dirección de Estaciones Migratorias

del Instituto Nacional de Migración. Los siguientes dos párrafos contienen la valiosa información obtenida durante esta reunión.

Los migrantes irregulares, entre ellos los ecuatorianos, al momento de ser apresados en México tienen la categoría de retenidos, posteriormente son calificados en su mayoría como *asegurados*.

Con el acto de aseguramiento se inicia el *procedimiento migratorio* antes mencionado, esta actuación contempla una pequeña investigación, primero de carácter verbal, luego tienen lugar actuaciones escritas que constituyen la actuación en forma y que tendrá como consecuencia la determinación de asegurado. A partir de ese momento se dispone que sea alojado en alguna estación migratoria de las 52 que tiene México en su territorio. También existe la posibilidad de entregar al asegurado a la custodia de un particular, previo depósito de la respectiva fianza. Generalmente los ecuatorianos son ubicados en la estación de Iztapalapa, en el Distrito Federal ya que el Consulado se encuentra en la ciudad de México. En julio de 2006 tenía 21 ecuatorianos *asegurados*.

Como se afirmó anteriormente existen dos períodos que se tienen en cuenta durante este proceso; en un plazo de 15 días hábiles la autoridad migratoria debe resolver la situación jurídica del asegurado y 90 días es el período máximo de permanencia del asegurado en la estación migratoria, con las excepciones relativas a la falta de recursos financieros para su devolución, a la ausencia de representación diplomática de la nacionalidad del extranjero, a dificultades en la obtención del documento de viaje (salvoconducto o pasaporte), problemas con la reserva de pasajes aéreos para su retorno, enfermedad, interposición de recurso de amparo para impedir que se ejecute la resolución, entre otras causas.

Transcurridos los 90 días la autoridad migratoria deberá resolver si cabe:

1. La devolución (expulsión) al país de origen (acto físico); o
2. La salida: definitiva (tiene 15 días para dejar el país por sus propios medios para arreglar su situación migratoria, o, para ser entregado en custodia). En caso de salida definitiva se le proporciona un oficio con determinación del tiempo en el que debe salir del país.

Tanto la salida definitiva como la expulsión tienen restricciones para volver a ingresar al país, en la primera al menos en un año y en el caso de expulsión son tres años.

Cabe en este punto tener claro ciertos conceptos en materia migratoria para una mejor comprensión de este capítulo:

Salida. Acto administrativo por medio del cual la autoridad migratoria señala plazo cierto y determinado, para que un extranjero abandone el territorio nacional.

Expulsión. Acto administrativo por medio del cual la autoridad despacha, lanza materialmente a un extranjero del territorio nacional.

Rechazo. Es el acto administrativo mediante el cual la autoridad administrativa, niega permiso de internación a territorio nacional a un extranjero. Es una figura ficticia, dado que el extranjero se encuentra en el territorio nacional, pero jurídicamente no es así. Esta figura conlleva a la repatriación en el caso que el extranjero no pueda ser transportado en el mismo medio en el cual llegó a territorio nacional.⁷

En las estaciones migratorias, el 90 por ciento de los asegurados son centroamericanos (CA4: Honduras, El Salvador, Nicaragua y Guatemala),⁸ países con los cuales México tiene acuerdos bilaterales de repatriación. El 10 por ciento son de otras nacionalidades (48 nacionalidades diferentes).

El Ecuador en el 2005 ocupó el quinto lugar entre los asegurados, consecuentemente constituye la primera nacionalidad de los extrarregionales. Las repatriaciones de los CA4 se hacen por tierra. En el 2005 se repatriaron 3.276 ecuatorianos vía aérea. Muchos ecuatorianos alegan ser de los países del CA-4 para que no los devuelvan al Ecuador.

México cuenta con algunos acuerdos de repatriación con sus vecinos, tales como:

- Memorándum de Entendimiento entre la Secretaría de Gobernación y la Secretaría de Relaciones Exteriores de los Estados Unidos Mexicanos y el Departamento de Seguridad Interna de los Estados Unidos de América sobre la Repatriación Segura, Ordenada, Digna y Humana de Nacionales Mexicanos, 22 de febrero de 2004.
- Acuerdo entre la Secretaría de Gobernación de los Estados Unidos Mexicanos y el Ministerio de Gobernación de la República de Guatemala para la Repatriación Segura y Ordenada de Nacionales Guatemaltecos, Salvadoreños y Hondureños en las fronteras de México y Guatemala, 28 junio de 2005
- Acuerdo entre la Secretaría de Gobernación de los Estados Unidos Mexicanos y el Ministerio de Gobernación de la República de El Salvador para la Repatriación Ordenada, Ágil y Segura de Migrantes Salvadoreños Vía Terrestre desde México, 17 mayo de 2005.
- Memorándum de Entendimiento entre los Gobiernos de los Estados Unidos Mexicano, de la República de El Salvador, de la República de Guatemala, de la Re-

7. Laura Ruiz García, *El Derecho Migratorio en México*, p. 56.

8. CA4 o CM4 hace referencia a los procesos de facilitación migratoria regional entre los 4 países, que incluye un plan para la movilidad de las personas, que tiene previsto contar con una visa única para la región (VUCA), teniendo como fin último contar con un acuerdo marco.

pública de Honduras y de la República de Nicaragua, para la Repatriación Ordenada, Ágil y Segura de Nacionales Centroamericanos Vía Terrestre, de 5 de mayo de 2006.

El nivel de aseguramiento ha ido en crecimiento en un 50 por ciento, en los últimos 4 años. En el 2001 la cifra llegó a 114.000 y en el 2005 a 230.000. Otro aspecto interesante es que los movimientos migratorios irregulares tienen cierta tendencia estacional, se producen con más frecuencia entre los primeros meses del año hasta abril, en diciembre disminuye ya que se presume que las fiestas navideñas fomentan que las familias estén unidas en esa época.

A continuación constan algunos cuadros con información estadística del número de ecuatorianos rechazados, asegurados y devueltos de México durante el año 2005 y parte de 2006.

RECHAZO 2005

País de nacionalidad	Total	Part. %
Brasil	9.611	57,2
Ecuador	997	5,9
Guatemala	996	5,9
Costa Rica	840	5,0
Perú	577	3,4
Venezuela	574	3,4
Otras	3.198	19,2
Total	16.793	100,0

Fuente: Instituto Nacional de Migración.

ASEGURAMIENTO 2005

País de nacionalidad	Total	Part. %
Guatemala	100.948	42,0
Honduras	78.326	32,6
El salvador	42.674	17,8
Nicaragua	3.980	1,7
Ecuador	3.276	1,4
Cuba	2.660	1,1
Otras	8.405	3,4
Total	240.269	100,0

Fuente: Instituto Nacional de Migración.

DEVOLUCIÓN 2005

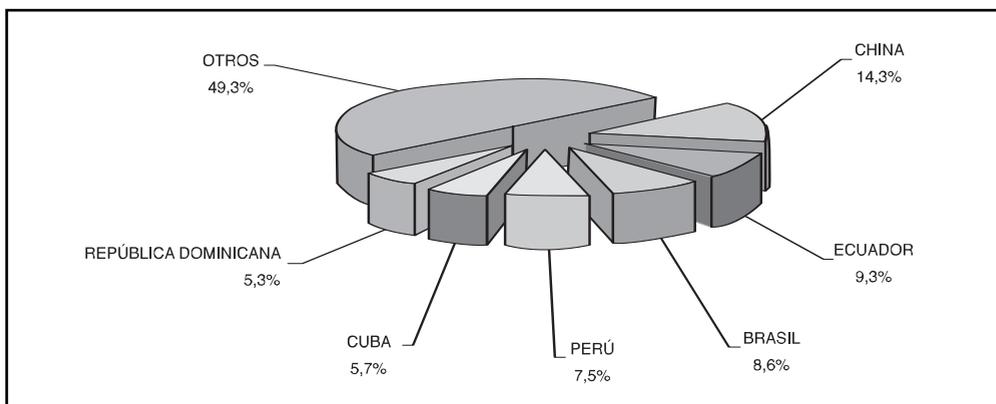
País de nacionalidad	Total	Part. %
Guatemala	99.315	42,8
Honduras	77.730	33,5
El Salvador	42.282	18,2
Nicaragua	3.761	1,6
Ecuador	1.944	0,8
Brasil	1.688	0,7
Otras	5.437	2,4
Total	232.157	100,0

Fuente: Instituto Nacional de Migración.

DATOS ASEGURADOS ECUATORIANOS EN EL 2005⁹

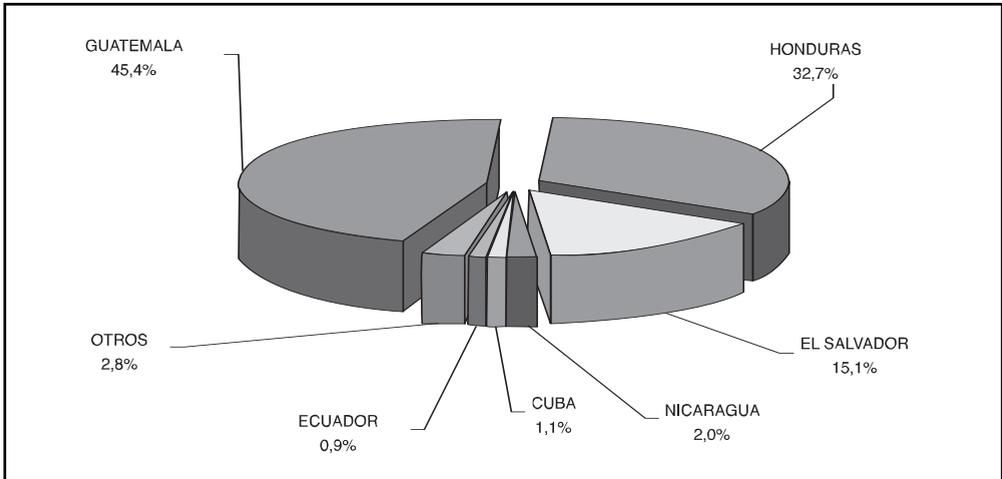
Por género	77,1% varones 22,9% mujeres
Por edad	18-25 años 45,98% 26-35 años 35,38% 36-45 años 12,58% 18 menos 7,35% 46-55 años 2,3% 56-65 años 0,35% 66-75 años 0,03% 76 plus 0,03%

RECHAZO ENERO-SEPTIEMBRE 2006

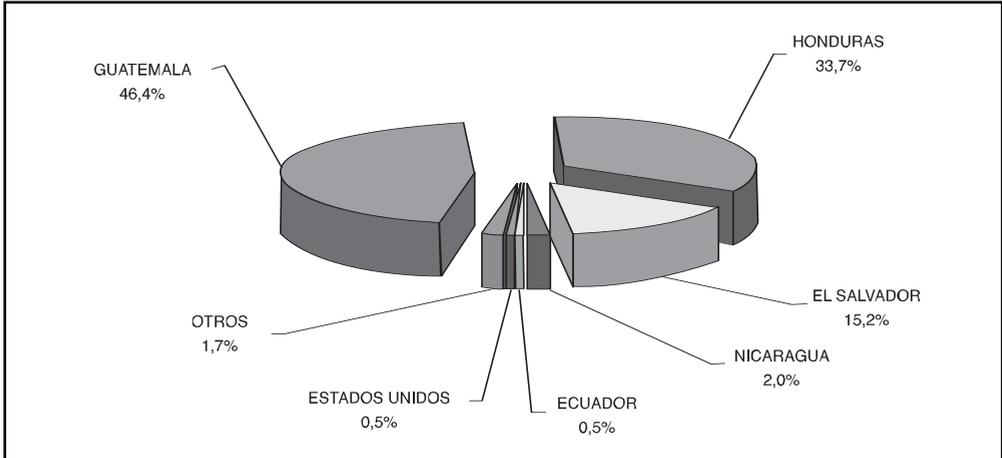


9. Datos proporcionados durante entrevista mantenida con Lcdo. Israel Cárdenas, del INM 13.07.2006.

ASEGURAMIENTO ENERO-SEPTIEMBRE 2006



DEVOLUCIÓN ENERO-SEPTIEMBRE 2006



REGULACIONES DE LAS ESTACIONES MIGRATORIAS EN MÉXICO

Las estaciones migratorias se rigen por el *Acuerdo por el que se emiten las normas para el funcionamiento de las estaciones migratorias del Instituto Nacional de Migración*.¹⁰ El art. 128 de la Ley de Población prevé el establecimiento de estaciones migratorias.

Las estaciones migratorias están a cargo del Instituto Nacional de Migración mexicano, INM, que a su vez es una dependencia de la Secretaría de Gobernación (Ministerio de Gobierno). Son instalaciones en las que se aseguran a extranjeros temporalmente mientras se resuelve su situación jurídica migratoria y durante ese lapso se encuentran a disposición de la autoridad migratoria.

Custodia, vigilancia y seguridad, son los términos con los que se califica la supervisión que se ejerce en las estaciones migratorias. Los encargados de estas tareas no deben portar armas y deben haber sido entrenados para el efecto.

Las estaciones cuentan con zonas de dormitorios separadas para varones y mujeres, con horarios de actividades (deportivas, recreativas, culturales), con un buzón de quejas. Está previsto que puedan visitar al asegurado los representantes consulares o diplomáticos, familiares o amistades.

El ingreso y salida de los asegurados se encuentra reglamentado. Para el ingreso se abre un expediente que contiene información del asegurado, el documento de la autoridad competente que determinó su ingreso, el inventario de sus pertenencias, una declaración del asegurado, entre otros datos. Inmediatamente pasará a la revisión médica.

La declaración del asegurado versará sobre su situación migratoria. Esta declaración se la puede efectuar en tres lugares: la Coordinación de Control y Verificación Migratoria, en la Delegación respectiva o en las mismas estaciones migratorias

La salida del asegurado de la estación migratoria puede ser provisional, ya sea para presentarse ante alguna autoridad o por razones médicas; también puede ser definitiva ya sea por orden de abandonar el país, entrega del asegurado en custodia provisional, haber acreditado estancia legal en el país, para regularizar su situación migratoria o cuando medie orden de expulsión del país.

Las estaciones migratorias cuentan con un departamento médico y con un área de trabajo social, esta última en el caso de los asegurados que permanezcan por más

10. Publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 21.11.2001. Consultado en el web www.dof.gob.mx el 02.11.2006.

tiempo en la estación, estará encargada de elaborar un diagnóstico del caso, que servirá de elemento de juicio para que el jefe de la estación pueda auxiliar de manera personalizada al asegurado.

Están previstas sanciones disciplinarias en casos de quebrantamiento del orden en las estaciones por parte de los asegurados, las mismas que van desde la amonestación verbal a la separación del grupo de asegurados por un máximo de 20 días. En casos de mayor gravedad que involucren delitos serán puestos a las órdenes de los jueces pertinentes.

El diario *El Comercio*, en su edición de 1 de mayo de 2006 recoge información sobre el estado de la Estación Migratoria de Agujas en Iztapalaca, en la que se encuentran la mayoría de ecuatorianos que son deportados:

Detrás de los barrotes de Las Agujas, el hacinamiento y los problemas son inocultables. En los archivos de la prensa mexicana hay informaciones de intentos de fuga y riñas entre sus inquilinos. De ahí que las autoridades mexicanas ahora ejecuten un plan de “dignificación de las estaciones migratorias”. Una fuente del IMM aseguró que existe una sobre población en ese centro, por lo que se ha descentralizado su funcionamiento.

Con ocasión de reuniones oficiales con la Cancillería mexicana y el Instituto Nacional de Migración, tuve la oportunidad de visitar el pasado 22 de noviembre de 2006 la Estación Migratoria de Iztapalaca, cargo del INM, en la que se encontraban al momento 2 ciudadanos ecuatorianos, uno de los cuales ya había visitado el Consulado para obtener su salvoconducto, y otro que se encontraba a la espera de su cédula de ciudadanía.

La Estación de Iztapalapa se encuentra dividida en un área para mujeres, otra para varones y una tercera para adolescentes varones. En la citada visita recorrimos las instalaciones que cuentan con área de comedor, espacios al aire libre, cocina muy bien equipada, dormitorios múltiples, área de lavandería. Sorprende la limpieza del lugar. Adicionalmente Iztapalapa es utilizada por las autoridades migratorias como centro de distribución diario de repatriaciones. En el día permanecen en un área separada, al aire libre, los ciudadanos de los países centroamericanos, que serán repatriados en buses y en turnos establecidos en los respectivos acuerdos firmados por México con Guatemala, El Salvador, Honduras y Nicaragua.

GUATEMALA

En el caso de Guatemala la normativa relativa al tráfico ilegal de migrantes está contenida en la Ley de Migración (Decreto 95-98, diciembre de 1998), en los arts. 103 al 108.

DE LOS DELITOS

Art. 103. Comete el delito de ingreso ilegal de personas, quien promueva o facilite el ingreso al país de una o más personas extranjeras sin cumplir con los requisitos legales de ingreso y permanencia en el país. El responsable de este delito será sancionado con prisión de 5 a 8 años inmutables.

Art. 104. Comete el delito de tránsito ilegal de personas, quien promueva o facilite el ingreso y tránsito de una o más personas sin cumplir con los requisitos legales de ingreso y permanencia en el país, con el fin de trasladarlas con destino a otro país. El responsable de este delito será sancionado con prisión de 5 a 8 años inmutables.

Art. 105. Comete el delito de transporte de ilegales, la persona que conduzca o ponga a disposición, cualquier medio de transporte con el fin de transportar a personas extranjeras que hayan ingresado o permanezcan en forma ilegal dentro del territorio guatemalteco. El responsable de este delito será sancionado con prisión de 3 a 6 años.

Art. 106. Comete el delito de ocultación de ilegales, la persona que permita la ocultación de personas extranjeras que hayan ingresado o permanezcan dentro del territorio guatemalteco, sin cumplir con los requisitos legales, en cualquier bien, mueble o inmueble, con el fin de ocultarlo en su tránsito a otro país o para facilitarle su permanencia en el mismo. El responsable de este delito será sancionado con prisión de tres a seis años.

Art. 107. Comete el delito de contratación de ilegales, la persona individual o jurídica que contrate los servicios de extranjeros que permanezcan en el país sin cumplir con los requisitos legales, por no contar con la documentación requerida por la Dirección General de Migración para su permanencia en el país. El responsable de este delito será sancionado con prisión de dos a cinco años.

Art. 108. Cuando las conductas descritas en los artículos anteriores comprendidos en este título, se realicen respecto de menores de edad, en condiciones o por medios que pongan en peligro la salud, la integridad o la vida de las personas, o bien cuando sean cometidas por funcionario o empleado público, la pena será aumentada en una tercera parte.

Como se aprecia, la legislación guatemalteca tipifica separadamente el ingreso y el tránsito de personas, así como el transporte, la ocultación y la contratación de ilegales, facilitándose de esta manera la tarea del juez que podrá aplicar la respectiva norma de manera más directa a los diferentes “responsables” de las distintas etapas o partes que constituyen este delito.

En lo que se refiere al propio migrante irregular, éste será multado, deportado o expulsado (art. 109 del Reglamento), pero previamente la Dirección General de Migración tendrá que haber iniciado una investigación para determinar la identidad y nacionalidad del migrante.

Las infracciones que el extranjero puede cometer son: ingresar por lugares no autorizados, reingresar por esos lugares luego de expulsión o deportación, no realizar control migratorio, reincidencia en evasión del control migratorio, exceso de permanencia autorizada (art. 94 del Reglamento).

Durante el tiempo que dure la investigación el art. 111 prevé que el extranjero será colocado en centros de albergue, los “que deberán reunir condiciones que permitan una permanencia con apego y respeto a la dignidad humana”.

Resulta interesante que en el sistema guatemalteco los centros de albergue pueden ser creados o autorizados, es decir, en el segundo caso, estar organizados también por instituciones de servicio social que trabajen con migrantes.

El art. 96 del Reglamento a la Ley establece el procedimiento que se debe cumplir para autorizar estos centros. Para ello se debe realizar una solicitud ante la autoridad migratoria con detalle de la ubicación, capacidad de personas que podrá albergar, servicios y condiciones de seguridad. Una vez aprobado el funcionamiento, la institución a cargo del albergue a su vez tendrá que informar a la Subdirección de Control Migratorio los datos de las personas que ingresan, permitirá el ingreso de los funcionarios de migración para establecer su situación migratoria, y permitirá que la policía vigile el exterior y el acceso de ingreso al centro.

Está previsto que la Dirección General de Migración firme convenios con las instituciones mencionadas, en los que inclusive se puede reglamentar el pago por los servicios prestados por los centros de albergue.

El proceso de investigación determinará la expulsión o deportación del extranjero, dependiendo de la falta cometida. Para ello se documentará previamente al irregular con la cooperación de la respectiva misión diplomática.

La deportación se produce por las siguientes razones: (art. 112 Ley)

- a) Ingresar o permanecer en el país evadiendo el control migratorio;
- b) Entrar o permanecer en el país haciendo uso de documentos falsos;
- c) Reingresar al país sin autorización, luego de haber sido expulsado; y,
- d) Haber sido condenado por los tribunales a una pena de prisión mayor de 2 años; luego de cumplida la pena, el juez de la causa lo pondrá a disposición de las autoridades de la Dirección General de Migración.

La expulsión: (art. 114)

1. No abandonar el territorio nacional dentro del plazo de 60 días, contados a partir de la fecha en que concluyó su permanencia legal en el país;
2. Ingresar al país violando la presente ley y su reglamento;
3. Violar las leyes internas del país por la comisión de algún delito durante su permanencia en el mismo.

La Dirección General de Migración lleva un Registro de Extranjeros Deportados y Expulsados, que contiene los datos de identificación de la persona así como la razón de la expulsión o deportación y la fecha y punto de salida. Si bien existe una di-

recepción de web de esta Dirección General no ha sido posible acceder a la misma ya que se encuentra “en construcción”.

Según información proporcionada por el Consulado del Ecuador en Guatemala¹¹ la Dirección General de Migración tiene un Albergue en la Zona 9 de la ciudad de Guatemala, para 70 personas adultas. Adicionalmente existen dos centros de protección auspiciados por la Secretaría de Servicio Social de la Presidencia de la República, para niños y niñas, respectivamente, en los que permanecen previos a su devolución a su país de origen. Asimismo la Iglesia Católica por medio de los Padres Escalabrinianos¹² brinda protección temporal por 3 días a los migrantes de 17h00 a las 8h00 del día siguiente. La Organización Internacional para las Migraciones OIM, colabora con la repatriación de ecuatorianos, particularmente en los casos de indigencia.

A continuación consta un cuadro estadístico proporcionado por la Embajada del Ecuador en Guatemala con las cifras de los ecuatorianos repatriados desde el 2002. Las cifras de 2006 incluyen datos del mes de octubre.

Años	Salvoconductos
2000	888
2001	1.195
2002	301
2003	630
2004	1.019
2005	562
2006	366
Total	4.961

El diario guatemalteco *El Periódico*, en su edición del 29 de julio de 2006 (p. 3) recoge información relativa a los casos de lavado de dinero que son investigados por el Ministerio Público, en la que se incluye el *envío de remesas* desde Ecuador, país en el cual no se conoce existe una significativa población inmigrante guatemalteca que estaría enviando dinero en forma de remesas. El artículo de prensa concluye que una de las “hipótesis es que el dinero forma parte de lo que se cancela a los coyotes que se encargan de trasladar gente indocumentada a los Estados Unidos”.

11. Información proporcionada por la Primer Secretario Alexandra Haro de la Embajada del Ecuador en Guatemala, 16.11.2006.

12. Los Misioneros de San Carlos (escalabrinianos), fundados en 1887 por el beato Juan Bautista Scalabrini para proporcionar asistencia religiosa, moral, social y legal a los emigrantes. (web: www.mercaba.org/OBSERVATORIO/2001-02-16/discursos_escalabrinianos.htm). Consultado 19.11.2006).

La Procuraduría de Derechos Humanos de Guatemala presentó el 31 de octubre el 2006 un Informe en el que se realizan fuertes críticas al estado sanitario, de habitación y de servicios del Albergue ubicado en la Zona 9, razón por la cual el Procurador decidió abrir el respectivo expediente de seguimiento.¹³

Entre noviembre de 2005 y marzo de 2006 se ejecutó el “Proyecto de promoción y defensa de los derechos humanos de los ciudadanos ecuatorianos migrantes detenidos o víctimas de violación de sus derechos en países de tránsito y destino: experiencia piloto en Guatemala”, auspiciado por Fundación Esquel, Fundación Nueva Vida, y la Iglesia Evangélica Luterana (Quito). Este proyecto busca desarrollar acciones de defensa y promoción de los derechos de los ecuatorianos detenidos. El trabajo se lo realiza mediante redes de trabajo de diferentes instituciones tanto en Ecuador como en Guatemala. Un informe sobre el proyecto y recomendaciones serán entregadas próximamente por parte de Fundación Esquel al Ministerio de Relaciones Exteriores.

RECOMENDACIONES

El Ecuador debe plantear a México y Guatemala la suscripción de acuerdos de repatriación, lo que indudablemente redundará en agilizar el proceso. Para ello se deberán establecer de mutuo acuerdo los términos del convenio en materia procedimientos y financiamiento. Para este último tema se puede acudir a la cooperación internacional de organizaciones especializadas en la materia.

Es necesario continuar o reforzar las campañas de información entre la población de potenciales migrantes sobre los riesgos y peligros que conlleva la migración irregular así como el tráfico ilícito de migrantes.

Una vez aprobada definitivamente la ley reformativa del código penal sobre tráfico ilegal de migrantes, ésta debería ser difundida a los fiscales y jueces respectivos, con miras a que su aplicación se inicie de manera inmediata.

Los actores del estado involucrados en la lucha contra el tráfico ilegal (Fiscalía, Policía Nacional, Función Jurisdiccional, Dirección General de la Marina Mercante, entre otros) debe establecer alguna clase de coordinación con miras a intercambiar información y de manera efectiva actuar contra los grupos criminales que propician el tráfico ilegal. En esta tarea pueden contar con el apoyo de las organizaciones de la sociedad civil que brindan asistencia a las víctimas del tráfico ilegal de migrantes.

13. Versión electrónica del Informe proporcionada por la Procuraduría de Derechos Humanos de Guatemala a la Embajada del Ecuador que a su vez me facilitó el texto.

BIBLIOGRAFÍA

- Acuerdo por el que se emiten las normas para el funcionamiento de las estaciones migratorias del Instituto Nacional de Migración*, Diario Oficial de la Federación, el 21.11.2001. Consultado en el web www.dof.gob.mx
- Informe de la Situación del Albergue de la Dirección General de Migración*. Defensoría de población Desarraigada y Migrante. Institución del Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala, 31.10.2006. (versión electrónica)
- Memorándum de Entendimiento para la Cooperación entre la Dirección General de la Marina Mercante y del Litoral de la República del Ecuador y el Servicio de Guardacostas de los Estados Unidos de América relativa a Búsqueda y Salvamento*. Quito, 15.12.2005.
- Ley de Migración*. Decreto 95-98, Guatemala, diciembre de 1998 (versión electrónica)
- Ley General de Población de 1974 Reformada*. Estados Unidos Mexicanos. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 04.01.1999 (versión electrónica)
- Proyecto de Ley Reformatoria al Código Penal*, Aprobada en segundo debate el 23.11.2006 por el Pleno del Congreso Nacional del Ecuador.
- Reglamento de la Ley de Migración. Acuerdo Gubernativo 529-99, Guatemala 20.07.1999
- Reglamento de la Ley General de Población*,. Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14.04.2000 (versión electrónica)
- Ruiz García, Laura, *El Derecho Migratorio en México*, México, Editorial Porrúa, 2005.
- Troya, María Gabriela, “Tráfico Ilegal de Migrantes” en *Cultura, Emigración y Política Exterior*, Quito, PLANEX 2020, Ministerio de Relaciones Exteriores, 2006.

ANEXO 1

El Congreso Nacional

Considerando

- Que la Constitución Política de la República prohíbe toda forma de esclavitud, trato degradante y tráfico de seres humanos en todas sus formas;
 - Que el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra Mar y Aire, tiene como objetivo la prevención del tráfico ilícito y la colaboración de los países para reprimir este tipo de delitos;
 - Que la consecuencia del delito de tráfico ilegal de migrantes ha tenido como resultado la muerte de centenares de ecuatorianos;
 - Que es necesario adecuar la legislación con el objetivo de que este tipo de delitos no queden en la impunidad;
 - Que es necesario proteger al migrante que ha sido víctima de estas personas inescrupulosas, brindándoles ayuda y protección; y,
- En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, expide la siguiente:

LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO PENAL

Art. 1. Sustitúyase el art. 440 A y 440 B del Código Penal por el siguiente:

“El que por medios ilegales, promueva, facilite, induzca, financie, colabore, participe o ayude a la migración de personas, nacionales o extranjeras, desde el territorio del Estado Ecuatoriano hacia otros países, siempre que ello no constituya infracción más grave, será reprimido con la pena de reclusión mayor de ocho a doce años y multa de veinte a cuarenta remuneraciones básicas unificadas.

Igual sanción se impondrá a los encargados de la protección y custodia de los niños, niñas o adolescentes, sean estos padre, madre, abuelos, tíos, hermanos o tutores que faciliten de cualquier modo la ejecución de este ilícito.

El juez competente ordenará la aprehensión e incautación inmediata del transporte clandestino utilizado, cuando accidentado el mismo, resultaren personas muertas o lesionadas, debiéndose entregar el producto del remate a las víctimas sobrevivientes o a sus familiares.

Por los delitos concurrentes a la infracción de tráfico ilegal de migrantes se establecerá una acumulación de penas de hasta un máximo de veinticinco años de reclusión mayor especial.

Cuando los actos de ejecución del delito de tráfico de migrantes produjeran la muerte del migrante, los culpables serán reprimidos con reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años y si se produjeran lesiones previstas en los arts. 465, 466 y 467 de este Código,

los culpables serán sancionados con la pena de reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años.

Se considerará circunstancia agravante el hecho de haber conocido, o de que sea algo evidente, que el medio de transporte que utilizaba para el transporte de los migrantes se encontraba en malas condiciones de uso o que no tenga la suficiente capacidad para el número de personas que transportaba.

Con la misma pena se sancionará a los dueños de los vehículos de transporte aéreo, marítimo o terrestre y a las personas que sean parte de la tripulación o encargadas de la operación y conducción, cuando se estableciere su conocimiento y participación en el ilícito.

Las víctimas que den a conocer la identidad de los involucrados en el cometimiento de este delito, serán protegidos por la autoridad respectiva.”

Art. 2. Sustitúyase el art. 584 del Código Penal, por el siguiente:

“Art. 584. Será reprimido con pena de prisión de tres a cinco años y una multa del 50% del monto prestado, el que se dedicare a préstamos usurarios, para migración ilegal.”

Art. 3. En el art. 585, sustitúyase la frase: “...con prisión de uno a tres años y multa de treinta y un a trescientos once dólares ...”, por la siguiente: “...con prisión de dos a cuatro años y multa de mil dólares de los Estados Unidos de América...”.

Art. 4. En el art. 586, sustitúyase la frase: “ ... con prisión de treinta y un días a seis meses y multa de dieciséis a ciento cincuenta y seis dólares ...”; por la siguiente: “... con reclusión de dos a cuatro años y multa de quinientos dólares de los Estados Unidos de América...”.

Disposición transitoria

Los sentenciados y aquellos que se encuentren en proceso de juzgamiento por los delitos tipificados en los arts. 440 A, 440 B, 584, 585 y 586 del Código Penal, cumplirán las penas impuestas y serán juzgados y sentenciados conforme a las conductas y penas prescritas en los mencionados artículos, antes de la vigencia de esta Ley Reformatoria.

Dada, en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en la Sala de Sesiones del Congreso Nacional del Ecuador, a los veintitrés días del mes de noviembre del año dos mil seis.

Dr. Wilfrido Lucero Bolaños
PRESIDENTE

Dr. Daniel Granda Arciniega
SECRETARIO GENERAL

ANEXO 2

Diario *El Universo*
Erdwin Cueva/Loja
16.08.2005

“Los coyotes tenían armas y bajo el efecto de drogas mataron a dos migrantes”, contó un lojano.

Bajo la más estricta de las reservas, en el interior de un vehículo con vidrios polarizados y sin cámara alguna que lo pueda identificar, durante 60 minutos, “Carlos” (nombre ficticio) relató su historia de sufrimiento, dolor y fe por la vida que vivió durante tres meses y que jamás la podrá olvidar.

Carlos decidió salir de su pueblo, cuyo nombre no reveló, con la finalidad de ingresar a Estados Unidos ilegalmente, para lo cual pidió a unos amigos que lo ayuden con el número de teléfono de un coyote.

En diciembre del año pasado viajó a Cuenca después de ser contactado por intermediarios en su tierra. En una casa de esa ciudad recibió de parte del coyote más que instrucciones, órdenes, como “mantener la tranquilidad en todo momento”, “no llevar ni un solo documento que los pueda identificar”, “hablar lo menos posible con sus compañeros de viaje”, “no hablar con extraños, peor aún decir el lugar de donde provienen”, y sobre todo, “llevar la menor cantidad de peso, solo un pantalón y una camisa adicional a las prendas que llevan puesto. Carlos cumplió con todos los requisitos, sin embargo, contaba con algo más: 500 dólares que, según afirma, “los tuve bien guardados”.

Al día siguiente partió junto a otras 40 personas hasta Esmeraldas. “Nosotros sabíamos que nos esperaba un barco. Nuestra sorpresa al llegar a las diez de la noche fue que en la orilla del mar nos dividieron en seis grupos para viajar en un igual número de lanchas”.

Por 5 dólares en medio de la oscuridad navegaron en cada lancha por cuatro horas hasta llegar a un barco pesquero en donde el número de “compañeros de viaje” aumentó a 70.

Todos fueron recibidos por la tripulación del pesquero, que “nos embodegó como si fuéramos animales. No permitían que salgamos a cubierta. Únicamente podíamos ir al baño y cuando pedíamos algo de tomar o comer nos trataban mal y nos amenazaban con botarnos al agua”, cuenta Carlos, al tiempo de afirmar que esa rutina la vivieron durante ocho días de la travesía, considerando para su cálculo como una noche a cada uno de los momentos en que algo podía dormir.

En el interior de la bodega, en medio del calor, la humedad, la desesperación y el hambre, hizo amigos y allí se pudo dar cuenta de quiénes viajaban. En su mayoría pertenecían a la provincia del Azuay aunque también había gente de la Costa.

El llanto, la juventud y las ganas de llegar lo más pronto posible fueron el denominador común de todos. “Tuvimos mucho miedo, el barco se movía mucho y temíamos que se hundiera”, dice.

Por fin la compuerta de la bodega se abrió y recibieron la noticia de que se encontraban frente a las costas de Guatemala. Pero no sabían en qué fecha se encontraban.

Otras cuatro horas de viaje en lancha fueron necesarias para llegar hasta la costa guatemalteca, en donde se dieron cuenta que se trataba del amanecer de un nuevo día. Desde algún lugar de esa playa fueron embarcados en un camión con cajón de madera para ser trasladados a una casa común en donde pasaron dos días más, durmiendo en el suelo. “Por lo que pregunté, supe que el sitio se llamaba Tecún Umán”, refiere Carlos.

Aquí “por lo menos” a quienes tenían dinero les permitieron comprar galletas y bebidas gaseosas, aunque a precios muy elevados, pues, según comenta, una naranja costaba un dólar, mientras que una cola 3 dólares.

Luego de dos días fueron llevados en grupos de diez hasta la frontera con México en buses de transportación pública. “Al llegar a la frontera fuimos escondidos en los tanques de reserva de una gasolinera donde permanecimos cinco días y comimos solamente una vez”. Era ya la Navidad.

Al sexto día les permitieron salir de los tanques y les obligaron a caminar en la noche por la montaña hasta llegar a otro refugio en donde permanecieron otros tres días y luego, también en horas de la noche, lograron cruzar la frontera.

Comenta que al llegar a una carretera ya el número de “compañeros de viaje” había crecido. Ya eran 130 y de varias nacionalidades. Todos fueron embarcados en un tráiler diseñado para trasladarlos ilegalmente, pues en la parte superior simulaba carga de colchones y más abajo, en un espacio no mayor a los 50 centímetros de altura fueron ubicados. “Allí, sentados o hincados viajamos por alrededor de unas 18 a 20 horas hasta llegar a Puebla en México, según nos dijo uno de los conductores”, cuenta Carlos.

Otras 16 horas fueron necesarias para ser trasladados en el mismo tráiler hasta Guadalajara, donde se les permitió asearse y se les dio ropa para cambiarse.

En esta ciudad “prácticamente fuimos abandonados”. Los separaron en grupos, los enviaron en taxi a una terminal terrestre de esa ciudad, les entregaron boletos de viaje y les hicieron memorizar direcciones y nombres falsos que debían mencionar en caso de ser atrapados por la Policía de Migración.

A la mayoría de los aventureros los atraparon en su trayecto hasta su próximo destino: el desierto de Cananeas. Carlos tuvo suerte, pues se encontró con dos policías que por 200 pesos mexicanos (20 dólares) lo dejaron continuar. “Por mi forma de hablar me identificaron, sin embargo, les expliqué mi situación, les ofrecí dinero y me dejaron ir”, contó.

En Cananeas, Carlos debió recordar un número de teléfono que le dieron los presuntos coyotes. Llamó y en menos de 10 minutos fue recogido y llevado a un hotel llamado Oasis, en donde su impresión fue mayor, pues se encontró con más de 200 emigrantes de diversas nacionalidades que deseaban cruzar la frontera y llegar al país del norte.

A Carlos, al igual que a todos, le entregaron una chompa, un pasamontañas, un par de guantes, una mochila, con un litro de agua, dos naranjas y un paquete pequeño de galletas.

Los coyotes les advirtieron que los iban a necesitar, pues el desierto que debían cruzar era un lugar demasiado frío.

De allí en adelante, según relata Carlos, varios fueron los coyotes que los guiaban, pero en esta ocasión, todos llevaban armas, abrigo, celulares y drogas. Estas últimas para consumo propio. Según Carlos, los propios coyotes bajo los efectos del alcohol y las drogas asaltaban a casi todos los ilegales, especialmente cuando se encontraban dormidos por el cansancio de cada caminata diaria.

“En pleno desierto encontramos ilegales perdidos, los que seguramente se escaparon de otro grupo. Dos de ellos caminaban atados y vendados. Unos pasos más adelante fuimos testigos de cómo a uno de los cinco coyotes que nos guiaban lo mataron con disparos de arma de fuego. Creo que actuaban bajo los efectos de alguna droga. Fuimos advertidos de que ellos se escapaban de grupos como el nuestro “para entrar por otro lado y pagar menos”, relata Carlos con lágrimas en sus ojos, afirmando que varias mujeres emigrantes eran violadas mediante amenazas de los propios coyotes.

Luego de ocho días llegaron a una especie de cueva en donde los dejaron descansar porque al siguiente día ya llegarían al estado de Arizona, en Estados Unidos. Pero más tarde, en horas de la madrugada, en vez de ser levantados por los coyotes fueron sorprendidos por decenas de policías estadounidenses, patrulleros y helicópteros que los persiguieron por kilómetros hasta atraparlos.

Carlos, “para buena o mala suerte”, logró escapar junto a otro “compañero” de origen guatemalteco con el que se extraviaron por tres días en el desierto.

Posteriormente alcanzaron a divisar un pueblo en el que se introdujeron con mucho cuidado, pues la policía los buscaba. Lamentablemente dos agentes de Migración vestidos de civil los detuvieron.

Después de intensos interrogatorios Carlos fue descubierto al mentir sobre su nacionalidad y se le dio la oportunidad de escoger entre la deportación o la pelea de su estadía en los Estados Unidos.

Carlos buscó seguir la lucha por cumplir su sueño y decidió pelear su estadía. Se le anunció que debía permanecer por casi tres meses en la cárcel, conseguir un abogado al que debía remunerarlo con mil dólares cada mes y pagar una fianza. Ya era el 18 de enero de este año y recién su familia logró enterarse de la existencia de Carlos cuando en uso de su derecho, pudo llamar a Ecuador y advertirles que no debían pagar ningún monto al coyote en Cuenca.

Luego de tres meses fue llevado a la Corte en el estado de Arizona, se le fijó una fianza de diez mil dólares, pero solamente podía quedarse en Estados Unidos durante ocho meses sin poder trabajar y con la condición de que se presente cada mes en la Corte.

“Quedarme durante todo ese tiempo para trabajar ilegalmente en Estados Unidos me representaba alrededor de 20.000 dólares, que yo no los tenía ni mi familia”, dice Carlos. “Fue entonces cuando decidí pedir mi deportación que no sé por qué razón lo hicieron en veinte días más”.

Carlos se lamenta del mal trato que recibió en cada lugar al que llegó, en cada trayecto que recorrió y cada cárcel que estuvo.

“Para deportarnos fuimos esposados y encadenados de pies y manos, desde Arizona hasta Los Ángeles”. De allí hasta Ecuador el viaje en avión se hizo más largo, pues deseaba con toda su alma encontrarse con su madre, esposa e hija.

Paradójicamente, Carlos salió del país con 500 dólares y regresó con solo 5 de ellos que a duras penas le sirvieron para comunicarse desde Quito con sus familiares y decirles: “Ya llegué”.

El coyote que lo envió desde Cuenca “jamás” estuvo al tanto de dónde y cuándo llegaba Carlos a Estados Unidos. Cuenta que por más de dos ocasiones el coyote desde Cuenca llamó por teléfono a su madre para que pague los diez mil dólares por el viaje y de no hacerlo amenazaba con no ayudarlo.

Carlos recuerda haber comido 15 veces, haberse aseado 3 y haber dormido menos de seis horas diarias durante toda la travesía. Antes de viajar, Carlos era funcionario público. Actualmente se desempeña como comerciante en su pueblo natal.

En caso de haber llegado a pagar los diez mil dólares al coyote, su familia debía haber pedido dinero a prestamistas (chulco) e hipotecar una casa y un terreno.

Deplora la desaparición de cinco de sus compañeros y ora para que por lo menos estén extraviados en algún lugar de Centroamérica y advierte que nunca más quisiera volver a vivir esa trágica experiencia que casi le cuesta la vida.

Gina Chávez Vallejo, Xavier Gómez Velasco, Agustín Grijalva Jiménez, *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*. Serie Estudios Jurídicos, vol. 28. Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2007, 242 pp.

por Jorge Chávez Picasso*

La obra recopila cuatro artículos relacionados con los derechos intelectuales, el primero de ellos está referido a la teoría de la propiedad intelectual, que desarrolla una excelente labor introductoria, un segundo artículo respecto de la vulnerabilidad del Derecho de autor en el Internet, tema que levantó mucha polémica a inicios de década, un tercer trabajo respecto de los derechos colectivos de pueblos indígenas del Ecuador, tema de vital importancia en los objetivos de la propiedad intelectual andina, y finalmente, un exhaustivo análisis de específica jurisprudencia del

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina sobre el Derecho de patentes.

El primer trabajo, elaborado por Agustín Grijalva, es denominado “Introducción a la Propiedad Intelectual: Derechos de Autor, Derechos Conexos y Patentes”, y nos presenta una idea general de la estructura de la Propiedad Intelectual, haciendo un énfasis especial en los Derechos de autor, Derechos conexos y el Derecho de patentes.

Dada la imposibilidad de plasmar en tan pocas páginas la teoría general de esta materia, es necesario resumir en puntos específicos, tal como lo hace el autor, algunos conceptos generales de importante consideración. En este sentido, lo considero de recomendable lectura a quienes estén interesados en conocer los ámbitos de aplicación de la propiedad intelectual de manera general, aun cuando se pueda discrepar sobre algunos detalles específicos tratados en el mismo.

El término *propiedad intelectual* combina el concepto de creatividad privada y el concepto de protección pública de los resultados de esa creatividad. Dicho de otra manera, invención y expresión creativa más protección es igual a *propiedad intelectual*. Por supuesto, la propiedad es un concepto relativo en casi todos los sistemas jurídicos, y en la doctrina se le conoce como la suma aritmética de la propiedad industrial y el derecho de autor, tal como el autor lo plasma en su trabajo.

Un concepto en el que, adelantando comentarios al tercer artículo sobre el con-

* Abogado Asistente de la Magistratura de Perú, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Las opiniones del presente artículo son a título personal y no comprometen al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

tenido de la propiedad intelectual, puede ser útil designar colectivamente tales ideas, invenciones o expresiones creativas con el término *productos de la mente* o quizás *activos inmateriales*, sin embargo, cuando los productos de la mente reciben protección pública, se puede usar apropiadamente el concepto de propiedad intelectual como bien jurídico sobre el cual recae tutela efectiva por parte del Estado.

El autor establece en el primer artículo, de manera precisa, el contenido de los derechos intelectuales. En relación a los derechos de autor, realiza una completa descripción de estos, estableciendo la diferencia con los Derechos conexos; distingue además los derechos morales de los patrimoniales, brindando mayor énfasis a los segundos.

Deja de ser un artículo meramente descriptivo, alejándose de la monotonía cuando trata someramente la aplicación de estos derechos en nuestra región y focaliza los derechos conexos, ejemplificando con gran tino sus límites.

La propiedad industrial, en su amplia y moderna concepción, está comprendida por dos grandes ramas: Las invenciones y nuevas tecnologías, y los signos distintivos. Inmersas en las invenciones y nuevas tecnologías podemos encontrar las patentes de invención, modelos de utilidad, diseños industriales y variedades vegetales, entre otras posibles y futuras formas de desarrollo industrial del conocimiento y la técnica. Respecto de esta clasificación, el autor discrepa y considera a las variedades vegetales fuera del derecho de propiedad industrial, como la antigua escuela; sin embargo, desarrolla con gran esmero detalles específicos del derecho de patentes.

Lamentablemente, el derecho marcario ha sido dejado de lado en el presente artículo, pero la rigurosidad de los temas comprendidos es elogiable.

El segundo artículo, también elaborado por el mismo autor, titulado “Internet y Derechos de Autor”, nos brinda excelentes ideas y consideraciones respecto del uso de las nuevas tecnologías y del alcance de la propiedad intelectual y del Derecho, especialmente, el Derecho de autor.

La perfecta combinación de ideas en el libro, continente del artículo, le brinda mayor interés de lectura. Mientras *el cuarto trabajo* intenta proteger los derechos de las grandes farmacéuticas extranjeras en nuestros países andinos duplicando el término de su protección con el pretexto del *segundo uso* sobre los medicamentos, término que conlleva a elevar el precio de los mismos en la región, y por supuesto, la restricción de su acceso por parte de nuestros ciudadanos. El segundo artículo, nos hace pensar negativamente sobre la excesiva protección de los derechos intelectuales que se busca específicamente con la expansión de los plazos de protección.

A pesar de estar en contra de la ampliación excesiva de los términos de protección, creo importante señalar que nuestra legislación andina ha incluido sistemas de reducción de plazos de protección basados en el bien público o en un posible abuso

de derecho, como es la figura de la cancelación de registro marcario por no uso, y las licencias obligatorias de patentes.

En este sentido, es preciso *re-direccionar* los objetivos de protección de la propiedad intelectual con las ideas del tercer artículo, que plasma los fines esenciales de esta rama del derecho en compatibilidad con los intereses de la región. A mi parecer, es más importante desarrollar la protección de los conocimientos ancestrales de nuestros antepasados, que velar por el cumplimiento de los derechos de las grandes transnacionales extranjeras en nuestros países. No queriendo decir que estos últimos derechos se encuentren desprotegidos en nuestra región, lo cual no considero incongruente con el derecho y el orden internacional, sino que nuestra finalidad principal debe orientarse a la protección de nuestros recursos y derechos.

Retomando las ideas del segundo artículo, cabe mencionar que éste trata las relaciones jurídicas creadas por las nuevas tecnologías, especialmente el Internet y la vulnerabilidad del Derecho de autor.

Las conclusiones nos ponen en tela de juicio un problema que muchos académicos consideran de importancia con el desarrollo del Internet: el problema de la regulación.

El Internet forma parte del mercado, y por lo tanto, es un medio por el cual se realizan transacciones económicas claramente válidas y con efectos jurídicos claramente identificables, tal como el autor lo describe claramente en referencia al derecho de autor.

En cuanto al territorio del ciberespacio, podemos argumentar que nos encontramos frente a un “flujo de información que se configura en forma de red de comunicaciones”¹ un territorio *dispar* y quizá un poco complejo desde el punto de vista material. Sin embargo, lo que nos interesa, no es el campo material de dicho territorio, ni su naturaleza, sino los efectos jurídicos en los que cualquier usuario puede verse inmerso.²

El principal elemento del sistema es el sujeto, como en toda relación jurídica, considerando que todo elemento de la naturaleza o creación humana no es el foco central de atención de cualquier análisis jurídico, ya que todos estos elementos giran en torno al individuo como principal actor.

-
1. Definición utilizada por Ramón Moles Plaza, en *Derecho y Control en Internet, la regulabilidad de Internet*, Madrid, Editorial Ariel, 2004, 1a. ed., p. 164.
 2. Este territorio es el espacio virtual donde todo individuo puede realizar transacciones económicas, comunicarse, recibir y enviar información, como ser sujeto activo y pasivo en la dación de servicios. Actualmente lo consideramos como uno de los principales medios de comunicación y de transmisión de información, específicamente, ya que no solo pueden transmitirse datos en forma de texto, sino a través de imágenes y audio (comunicaciones multimedia).

El autor recoge la tendencia mundial, que es la de buscar regulación para los tipos de relaciones que no contienen supuestos legislativos aplicables. Sin embargo, considero que las relaciones que surgen en Internet son claramente regulables en los países de tradición jurídica romano-germana, a través de la aplicación de normas de índole civil, contractual, propiedad industrial, derechos de autor, y demás que sean necesarios en cada caso concreto, haciendo la salvedad que es necesario tener claras ciertas definiciones técnicas y los efectos jurídicos que producen o pueden producir las nuevas tecnologías.

Deben tenerse claras ciertas ideas respecto de lo que realmente es el Internet para el Derecho, y no pensar en la regulación de tipos, para ubicar las relaciones jurídicas del Internet.

El Internet es un “territorio virtual” de transferencia de información, comunicaciones y transacciones comerciales, en este sentido, debe ser tratado como lo que es: un medio más. Este medio debe ser perfectamente considerado como un mercado, donde se intercambian bienes, ya sean productos o servicios, y se producen efectos jurídicos que afectan a los sujetos activos y pasivos de las relaciones. En este sentido, no se requiere de un “Derecho de Internet” positivamente hablando, sino simplemente una aclaración de ciertos aspectos técnicos hacia el legislador y ofrecer el perfecto conocimiento al operador de los efectos que producen estas *nuevas* relaciones.

Un ejemplo claro de esta idea es el no considerar necesaria la creación de una norma de infracción de derechos marcarios respecto del uso de un nombre de dominio, o de la copia de una melodía por Internet, cuando nuestra norma regula perfectamente la infracción de los derechos marcarios, o de autor, cualquiera sea la vía de infracción.

Utiliza el autor claras definiciones de los derechos patrimoniales y morales, y la posibilidad de violar tales derechos de forma más fácil a través del Internet; plantea el problema de las bases de datos, la utilización de sistemas de redes compartidas (tipo Kazaa y Napster) con fines infractores y una serie de importantes consideraciones que ponen en riesgo inminente al derecho de autor.

Considera que existe una incertidumbre en la protección efectiva de derechos autorales con la aparición de nuevas tecnologías, inicia el debate sobre el problema de la jurisdicción y propone temas de interés y muy importante apreciación, que surgieron a inicios de la presente década y que revelaron cierta preocupación de los nuevos estudiantes del derecho en la aplicación de éste a las nuevas tecnologías.

El tercer artículo, titulado “Orden, Poder y Conflicto: Los Derechos Intelectuales de los Pueblos Indígenas del Ecuador”, de Gina Chávez, trata uno de los temas

más importantes para nosotros, los “andinos”, respecto del objeto de protección de la propiedad intelectual.

Aunque el tema, y por lo tanto, el artículo, abarca derechos mucho más amplios de los comprendidos por el derecho de la propiedad intelectual, es de fácil lectura y comprensión. La información de los acuerdos relacionados con el tema, es muy exhaustiva y plasma un excelente grado de conocimiento del tema, y de la preocupación por la protección de los derechos intelectuales de los pueblos indígenas, no solo en el aspecto normativo, sino de sus expresiones culturales y hasta literarias.

Como especialista en propiedad intelectual, quedé ansioso de leer un poco más, no sobre las formas de protección de los conocimientos tradicionales, sino respecto de la forma de protección de los productos de nuestra agricultura originarios y exclusivos de la región andina, y de la explicación del robo sistemático de los derechos sobre estos en el exterior; sin embargo, el análisis central del artículo no es la propiedad intelectual, sino el cúmulo de derechos sobre estos conocimientos y productos, su progreso y sus limitaciones.

Considero que no pudo ser mejor la idea de usar en el título del artículo, la expresión “derechos intelectuales”, ya que hablar de propiedad en el presente contexto, es un tanto incongruente con los fines que perseguimos en la región, y con las costumbres ancestrales del uso de estos recursos.

La protección de los productos originarios de una cierta región a través de una denominación de origen tiene un potencial enorme de desarrollo que al momento, nuestros legisladores no tienen interés en desarrollar, o al menos el conocimiento suficiente, de lo amplio de los derechos de propiedad intelectual y de sus posibilidades de implementación en esta materia. Los recursos económicos para poner en marcha organismos reguladores de protección de denominaciones de origen no tienen comparación alguna con las utilidades de sus resultados.

La lectura del artículo, me recordó el caso de la Chirimoya Cumbe en Perú. Cuando los lugareños tuvieron la posibilidad de la protección de esta denominación, sumado a la falta de interés del gobierno central, no pensaron en los beneficios que la protección vía denominación de origen le podía dar a la región y al país, sino solo en las utilidades de los grandes agricultores de la zona. Por tal motivo, prefirieron la protección vía marca colectiva, y tener una regulación oligopólica de los cultivos, que darle la regulación a un organismo del Estado, pues estaban seguros –asumo– que podían controlar de mejor manera la situación. Cuando el Estado logre caer en la cuenta del desarrollo que puede darle a una región la implementación de este tipo de protección, se arrepentirá de no haber puesto en marcha un programa de desarrollo de denominaciones de origen. El trabajo de Gina Chávez alienta este propósito.

Mientras los Estados Unidos y Japón, protegen, entre otros, no solo las variedades vegetales, sino plantas de nuestros territorios mediante el derecho de patentes, nosotros no ponemos énfasis político en incluir temas como estos en tratados o convenios internacionales para evitar la protección de nuestros productos por terceros estados (como titulares del derecho).

En síntesis, el tema aquí tratado es de necesario conocimiento y divulgación, por tal, es de recomendable lectura.

Finalmente, *el cuarto artículo*, titulado “Las Patentes de Segundo Uso: Un Problema de Novedad”, de Xavier Gómez Velasco, me parece el más riguroso y exhaustivo del libro. Trata a gran profundidad el problema de la patentabilidad de los segundos usos, siendo minucioso y hasta enérgico con el órgano jurisdiccional comunitario andino. Un artículo de un tema que levantó mucha polémica académica en la propiedad intelectual internacional hace varios años.

Mientras los anteriores artículos se preocupaban de forma un poco más abstracta de la protección de los derechos intelectuales a favor del ciudadano, éste se preocupa por extender los derechos de las transnacionales farmacéuticas en nuestra región. Un contraste interesante en la obra.

El autor critica jurisprudencia del Tribunal Andino que prohíbe la patentabilidad de los segundos usos, basándose en una lectura un poco forzada de la normativa comunitaria y en la opinión de algunos renombrados juristas sobre el tema. Considera que la norma andina no prohíbe la registrabilidad de patentes de segundos usos, cuando el nuevo compuesto reúne los requisitos generales de patentabilidad que establece la norma comunitaria. Este tema puede sonar a primera impresión interesante académicamente, pero un tanto irreal y forzado en la práctica andina.

Plantea temas en demasía interesantes, como la patentabilidad de segundos usos de invenciones que están protegidas vía patentes, y donde la decisión de su protección puede causar incertidumbre por el requisito de novedad inventiva. Fundamenta además su posición en regulación norteamericana, sin embargo es ciertamente impreciso en un tema específico de redacciones de reivindicaciones de uso en el derecho europeo, para sustentar su posición.

En principio, considero que el artículo contiene un excelente trabajo de investigación y una crítica muy estudiada sobre la materia, por lo que considero que plasma en la publicación un tinte más útil del derecho de propiedad industrial. Es en definitiva un buen estudio, claro, comprensible y preocupado del tema, sin embargo, lo que resalta es el heterogéneo enfoque de la propiedad intelectual en la obra, en relación con los tres anteriores artículos.

Ramiro Ávila Santamaría y José Valencia Amores, *ECUADOR Y EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO (DIH). ESTUDIO SOBRE LA COMPATIBILIDAD ENTRE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO Y LAS NORMAS DEL DIH*. Quito, Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), Delegación Regional para Bolivia, Ecuador y Perú, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2006, 212 pp.

por Fernando Chamorro Garcés*

El derecho internacional humanitario es una parte fundamental del llamado “derecho de gentes” que se aplica en casos de conflicto armado con el fin de humanizar la guerra.

Las confrontaciones bélicas constituyen una realidad en toda la historia de la humanidad. Ya sea entre países y, cada vez con mayor frecuencia al interior de los estados, los seres humanos luchan entre sí, y en su afán de triunfar recurren a mecanismos extremos, muchos de ellos de una crueldad inadmisibles.

Las torturas, mutilaciones y otros tratos inhumanos y degradantes, los experimentos médicos y biológicos, la destrucción injustificada de bienes, inclusive de orden cultural, el poner en grave peligro la salud y la integridad física de poblaciones, el atacar a la población civil, el uso de armas prohibidas, son algunas de las diversas situaciones en las cuales es indispensable contar con normas imperativas que pongan límites a esas conductas.

¿Se tratará acaso de una suerte de contrasentido el hecho de que una conducta irracional como la guerra, con todas sus secuelas de dolor y daño, requiera de normas internacionales que la regulen?

La experiencia nos confirma que no. Aun en situaciones de esa naturaleza deben imperar regulaciones que eviten los excesos. Ese es el fundamento del derecho internacional humanitario contenido en los convenios de Ginebra de agosto de 1949 y los Protocolos Adicionales de 1977 y de cuyo análisis se ocupa la obra *Ecuador y el derecho internacional humanitario* de Ramiro Ávila y José Valencia, publicada gracias a la cooperación del Comité Internacional de la Cruz Roja.

El interés particular de este trabajo consiste en el estudio pormenorizado de la situación del Ecuador frente a las normas de derecho humanitario, al relacionar las leyes con instrumentos jurídicos internacionales suscritos y ratificados.

* Representante de la Unión Latina y director de la Oficina Técnica de la Organización de Estados Iberoamericanos para el Ecuador, OEI. Profesor principal de Filosofía, Ciencias Penales y Criminología en la Universidad Central del Ecuador; de Derechos Humanos en la Academia Diplomática y en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

Resulta fácil comprender que sirve de poco suscribir y ratificar tratados o convenciones, a veces con el único afán de mantener una imagen progresista, si no se producen las necesarias modificaciones en la legislación interna del país, que obliguen a imponer un comportamiento coherente por parte de las autoridades.

Según los autores de esta obra, el problema surge pues, “La Constitución ecuatoriana no contiene un mandato expreso a uno o varios de los órganos del Estado para que tomen la iniciativa de adecuar la legislación nacional a fin de aplicar las normas internacionales ratificadas por el país”.

Consta este trabajo de cuatro capítulos, conclusiones y recomendaciones. El primero de ellos contiene una serie de precisiones de carácter doctrinario referidas a la relación entre el derecho internacional público, el derecho internacional humanitario y el derecho nacional ecuatoriano.

En el segundo capítulo se presenta la situación actual del Ecuador en cuanto a la suscripción y ratificación de tratados relevantes para el derecho internacional humanitario. Resulta ésta una interesante aproximación donde se destacan los avances que nuestro país ha tenido para incorporarse a las normas internacionales sobre la materia. El hecho de haber suscrito y ratificado los instrumentos fundamentales del DIH muestra la voluntad por respetar sus principios.

Según se afirma, *El único instrumento que forma parte de ese ‘núcleo central’ del DIH, que el Ecuador no ha firmado ni ratificado es la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad de 1968*, instrumento que se recomienda ratificar por su trascendencia. No obstante, allí mismo se anota que por haber ratificado el Tratado de Roma de 1998, dicho principio ya se halla reconocido por nuestra legislación.

El capítulo tres estudia la evaluación de las medidas nacionales en aplicación del Derecho internacional humanitario y parte de un tema de enorme importancia, cuál es la situación jurídica que se crea con la declaratoria de emergencia prevista en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Los estados de emergencia son momentos especiales en la vida de un Estado, que pueden traer consigo comportamientos que vulneran los derechos humanos.

De manera particular interesan las situaciones de *grave conmoción interna*, respecto de lo cual los autores señalan que “Convendría contar con una definición en la ley ecuatoriana para determinar la normativa internacional que, concomitantemente con el Derecho interno ecuatoriano, sería aplicable a cada situación...”

Por ello resultan de gran importancia las reflexiones que se presentan sobre el proyecto de “Ley regulatoria a los estados de emergencia”, que está siendo analizado por el Parlamento. Las consideraciones planteadas en esta obra evitarían que se dicte una ley cuyo proyecto contiene, según se anota, graves imprecisiones y errores.

Dentro de este mismo capítulo es importante el análisis que se realiza de las disposiciones de la Ley de Seguridad Nacional, “surgida en aplicación de la denominada doctrina de la seguridad nacional”, producto de períodos de irrespeto frecuente de los derechos humanos en el continente. Tales normas, a juicio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “son especialmente incompatibles y violatorias de la Convención Americana...” según se señala en el *Informe de seguimiento sobre la situación de los derechos humanos en el Ecuador de 1999*.

También aquí se trata ampliamente sobre las obligaciones que surgen en cuanto a la protección a las personas y bienes en aplicación al Derecho internacional humanitario.

Sobre este tema concluyen los autores que “...la falta de adecuación de la legislación interna constituye una omisión por parte del estado ecuatoriano de sus obligaciones de actualizar las leyes nacionales a fin de que guarden armonía con el DIH...”

En el capítulo cuatro se realiza una “Evaluación de las medidas nacionales de aplicación del Derecho Internacional Humanitario en el ámbito institucional ecuatoriano”. Allí se presentan los organismos humanitarios que existen en el país, particularmente la Cruz Roja Ecuatoriana, con sus mandatos y responsabilidades.

Dentro de los organismos estatales para la protección civil se anotan las atribuciones de la Dirección Nacional y el Sistema Nacional de Defensa Civil cuya estructura legal “es excesivamente general e incorpora de forma mínima las disposiciones del DIH sobre organismos de protección civil”, según se concluye luego de señalar algunas de las normas que regulan el funcionamiento de dicho organismo.

También se menciona al Cuerpo de Bomberos y otros programas específicamente creados para casos puntuales, como el desminado, la búsqueda y salvamento aeronáutico, etc.

Finalmente se menciona la falta de difusión y formación en estos temas, pues las escuelas de formación militar no incorporan en sus programas de estudio aspectos relativos a esta materia y su difusión nacional se encuentra limitada, pues se carece de traducciones a las lenguas ancestrales del país.

Se trata, en suma, de una importante contribución respecto de una normatividad internacional de gran trascendencia, con recomendaciones precisas sobre las responsabilidades que debe asumir el estado ecuatoriano respecto del Derecho Internacional Humanitario.

Es de esperar que en el proceso de elaboración de una nueva Constitución Política del Estado, prevista para este año, los legisladores consideren temas como el tratado con gran acierto y oportunidad por los Drs. Ramiro Ávila y José Valencia, pues sus criterios y orientaciones permitirán superar las lagunas de un sistema jurídico interno que no recoge los avances de la comunidad internacional en esta materia.

Iván Castro Patiño, *INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN: TEORÍA GENERAL, DERECHO COMPARADO, REFORMA NECESARIA EN LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA*, Guayaquil, Editorial Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2006, 205 pp.

por Jorge Paladines Rodríguez*

Sin lugar a duda, la –actual y aún vigente– Constitución Política del Ecuador adolece de un gigantesco vacío que requiere de un mayor análisis de las diversas funciones del Estado, en su relación con los derechos fundamentales, en especial de la Función Legislativa. Esta vez, se trata de incurrir en el estudio de la inactividad legisferante del Congreso Nacional, cuando de las normas fundamentales se desprenden derechos que solo son efectivos con su anuencia, lo que condena la aplicación de las garantías constitucionales al silencio de la Función Legislativa, estructurán-

dose como un verdadero poder, que puede amenazar con el ejercicio material de nuestros derechos.

Pese a que el art. 18 de la Constitución Política vigente señala que: *las leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales*, en la realidad esto no ocurre así. La falta de ley puede restringir el ejercicio de nuestros derechos declarados, convirtiendo a la Carta Magna en una *Constitución promesa* y no en una *Constitución contrato*. Por ello, esta investigación es sensata al verificar la injerencia del modelo liberal en el constitucionalismo moderno, reflejado por la fuerza de los derechos civiles y políticos, frente a los derechos económicos, sociales y culturales; como un modelo afín al parlamentarismo, que descarta la participación del juez y lo relega a su papel de *boca de la ley*.

Este antecedente, le permite al profesor Iván Castro Patiño la gran tarea de articular un serio y novedoso estudio de uno de los temas más polémicos y flagrantes del Derecho constitucional ecuatoriano que afecta a nuestra sociedad. Abordando desde la doctrina, nos conduce a una propuesta que permite introducir una reforma, no sin antes realizar un breve ejercicio comparatista con otras legislaciones de Latinoamérica y el mundo, el que fortalece los argumentos centrales para la inclusión de la omisión en el instituto de la teoría de las inconstitucionalidades formales en el Ecuador.

* Director del Instituto Latinoamericano de Derecho Alternativo ILDA. Investigador en Derecho penal y criminología.

El autor hace una interesante clasificación de las normas constitucionales –aunque todas gozan del mismo rango–, dividiéndolas en normas declarativas, normas instituyentes, normas programáticas y normas operativas. Con esta división trata de ubicar e identificar, en el ordenamiento jurídico, las normas susceptibles de omisión, finalizando esta búsqueda en las normas denominadas como *programáticas*, las que necesariamente requieren ser reglamentadas para existir en el mundo jurídico, puesto que no son autoaplicativas, lo que denota –una vez más– la dependencia y remisión de la Constitución hacia el legislador, y no viceversa.

No obstante, para llegar a realizar la mencionada identificación, Castro emplea la liberal clasificación de derechos humanos en derechos de primera, segunda y tercera generación; pues existe suficiente doctrina que acredita que los derechos económicos sociales y culturales no son de segunda generación, debido a que como presupuesto para el ejercicio de un derecho civil y político –y basados en el derecho a la dignidad humana–, debemos suponer, primariamente, el ejercicio de un derecho social.

De esta manera, verificamos que en la segunda mitad del siglo XX, explosiona la necesidad de que el Estado consagre, respete y aplique no solo *libertades negativas*, sino también *libertades positivas*. Esto implica la participación del Estado para el cumplimiento y ejercicio de los derechos sociales, siendo los que más proliferan en nuestra Constitución y a los que menos se puede exigir por vía directa. Para ello, el autor revela crudos casos en los que el legislador se ha mantenido inactivo, pese al llamamiento –orden– que le ha impartido la Constitución, como los de los arts. 191, 188, 262, entre otros.

En otra parte de su obra, concede gran importancia al tratamiento de la inconstitucionalidad por omisión enfocado desde la doctrina, trasladándonos a los planteamientos de W. Wessel para el estudio de sus nociones amplia y restringida; y, en los tipos de omisiones, tanto los absolutos, que se verifican por la falta de ley, como los relativos, que se manifiestan por la violación al principio de igualdad ante la ley, denominado por la doctrina alemana como *exclusión arbitraria de beneficios* o *exclusión discriminatoria de Derecho*, y estudiado también por respetables tratadistas como Germán Bidart Campos, Víctor Bazán, Néstor Pedro Sagüés, Ignacio Villaverde, Francisco Fernández Segado, entre otros, a los que Castro anuncia con destacada elegancia.

La solidez académica le permite crear una definición propia de la inconstitucionalidad por omisión, la que nos convoca a analizar los elementos que la componen y a investigar con mayor profundidad su naturaleza. Asimismo, realiza un brillante parangón con legislaciones que han normado este instituto en su ordenamiento jurídico, tales como: Yugoslavia, Portugal, Brasil, Argentina y Venezuela, ésta última

con la contribución de un polémico caso en su Sala Constitucional, mencionado en la Sentencia No. 2073 de fecha 04-08-2003. Esto demuestra que la jurisprudencia constitucional tampoco escapa al estudio de esta obra, con aportes de países que carecen de la inclusión de esta figura en sus constituciones, los que ejercen una gran fuerza moral jurisprudencial para nuestro país, con sentencias aditivas o manipulativas de Alemania, Austria, Italia, España y Colombia.

La experiencia del autor en el tema le ha permitido formular una novedosa propuesta para incorporar en nuestra legislación la inconstitucionalidad por omisión, no sin antes revisar las herramientas constitucionales existentes que permitan la posibilidad de reconocer, indirectamente, esta figura para un posible remedio antes de su directa inclusión.

El desafío e incursión del autor en esta exquisita obra para el foro del derecho constitucional ecuatoriano, invita a más de un estudiante, profesional y docente, a investigar el fenómeno de la inconstitucionalidad por omisión, instituto que sin duda, posiciona a Iván Castro Patiño como uno de los primeros ciudadanos en ofrecer este importante análisis a la academia y sociedad ecuatoriana, obra a la que con profunda admiración recomiendo su lectura.

La “cesación” de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador (2004) y el Sistema Interamericano

Comentarios a la admisión del reclamo por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*

*Ramiro Ávila Santamaría***

La práctica política de “cesar” a personas que ejercen poderes del Estado, de forma arbitraria y sumaria, en contra de normas constitucionales y de derechos humanos, parece que no tiene límite en Ecuador. No hay poder o función del Estado que sea una excepción. Han sido cesados presidentes de la República, tribunales constitucionales, cortes supremas de justicia, tribunales supremos electorales, mayorías de diputados. El sistema jurídico ecuatoriano no ha sido capaz de resolver estos conflictos, de declarar las violaciones a las normas constitucionales y los derechos de los implicados, de reparar adecuadamente las violaciones y de garantizar que estos hechos no se repitan. Por falta de conocimiento o interés, muchas personas víctimas de estas arbitrariedades no han promovido una seria y persistente investigación y posible sanción por las violaciones cometidas en su contra.¹

Los comentarios serán breves y tratarán de dar elementos para entender el contexto y el alcance de esta resolución. En primer lugar, se describirá el sistema interamericano de protección de derechos humanos, en donde se presentó la petición; en segundo lugar, relataremos los hechos del caso de la Corte Suprema de Justicia; en tercer lugar, comentaremos la resolución de admisibilidad. Finalmente, transcribiremos la resolución emitida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

FORO

* Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 8/07, admisibilidad, Hugo Quintana Coello y otros Magistrados de la Corte Suprema del Ecuador, 27 de febrero de 2007.

** Docente del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador y profesor de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

1. La excepción parece ser los casos de los vocales del Tribunal Constitucional (TC) y los magistrados de la Corte Suprema de Justicia (CSJ) cesados en noviembre y diciembre de 2004. Nos referiremos en este comentario a la decisión de admisibilidad del caso de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, conocida como “Corte del 97”.

EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

LA NATURALEZA JURÍDICA

El sistema de protección tiene como fuente fundamental la Convención Americana de Derechos Humanos (1978) (en adelante “La Convención” o “CADH”).

La Convención tiene, como cualquier instrumento internacional de protección de derechos humanos, cuatro partes. Una, el preámbulo, que explica las razones que motivaron la expedición de la Convención; dos, la parte sustantiva, que son las obligaciones que asume el Estado parte cuando ratifica el convenio; tres, los órganos de protección que se encargan de vigilar el cumplimiento del Estado; y cuatro, las disposiciones de carácter administrativo sobre la vigencia del convenio.

La CADH tiene 26 artículos en los que constan derechos humanos, que los Estados parte se comprometen a respetar y garantizar, tanto derechos civiles y políticos como, con menor énfasis, derechos económicos, sociales y culturales (un artículo).

En la parte orgánica de la CADH se establecen dos órganos de protección: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

La CIDH tiene “la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos”,² para lo cual puede formular recomendaciones, preparar estudios e informes, solicitar informes a los Estados, atender consultas y, lo que nos interesa, “actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad...”.³ Además, en cualquier momento la CIDH puede ponerse a disposición de las partes para llegar a una solución amistosa.

La Corte IDH dicta sentencias en los casos sometidos a su conocimiento,⁴ emite opiniones consultivas⁵ y, en casos de extrema gravedad, toma medidas provisionales.⁶

La CIDH, cuando recibe peticiones (demandas, la llamaríamos de acuerdo a nuestro sistema interno), realiza un procedimiento de carácter *cuasi* contencioso: es contradictorio, se practican pruebas y existe un informe con carácter resolutivo, que con-

2. Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 41.

3. Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 41 (f).

4. Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 61.

5. Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 64.

6. Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 63 (2).

tiene sugerencias para el Estado en caso de considerar que haya violado algún derecho humano.

La Corte IDH, cuando recibe un caso, en cambio, realiza un proceso contencioso contra el Estado parte demandado: es un procedimiento contradictorio, se practican pruebas y se dicta una sentencia contra el Estado (no contra las personas, funcionarios o poderes del Estado).

a) El procedimiento

El procedimiento ante los órganos del sistema de protección de derechos humanos tiene dos grandes fases. La primera se sustancia ante la Comisión y la segunda ante la Corte. No se puede acudir a la Corte sin pasar, previamente, ante la Comisión.

El procedimiento ante la CIDH tiene cuatro etapas: 1. La petición y el trámite inicial; 2. la admisibilidad; 3. el análisis de fondo; y 4. el informe.

El procedimiento ante la Corte IDH tiene cuatro etapas: 1. Excepciones preliminares; 2. la audiencia; 3. la sentencia y 4. seguimiento del cumplimiento de la sentencia.

b) La admisibilidad

Producida la violación de derechos humanos y agotado los recursos internos, se presenta la petición ante la CIDH. Siempre he sostenido que el trámite ante la CIDH es una especie de escudo para los Estados. Parece –por obvias razones basadas en el concepto de soberanía estatal– que todo el diseño está en función de evitar la responsabilidad internacional del Estado demandado.

La primera “puerta de hierro” es la admisibilidad. Para tener un informe de esta naturaleza, la Comisión realiza una primera revisión sobre los requisitos de forma. Puede pedir información adicional o, si es manifiestamente infundada, no darle trámite. Cuando se le da trámite, recibe un número de petición y pide al Estado que se pronuncie.

Con el pronunciamiento del Estado y con la contestación de los peticionarios, la CIDH decide si el caso puede pasar la “puerta de hierro”.

Aunque el informe de admisibilidad no implica un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, que es la comprobación y declaración de la violación a los derechos humanos reconocidos por la CADH por parte del Estado demandado, reconoce que, de ser probados los hechos denunciados, existiría un incumplimiento de obligaciones internacionales por parte del Estado.

La admisibilidad también reconoce implícitamente que, al haberse agotado los recursos internos o no haberse agotado por ser inútil, ilusorio o imposible hacerlo, no existe un mecanismo de protección de derechos nacional que sea eficaz e idóneo. Es decir, será más fácil para la parte invocar la violación al derecho a la protección judicial.⁷

Inmediatamente emitido el informe de admisibilidad, corre el tiempo para el análisis de fondo, que no es otra cosa que alegatos que incluyen pruebas sobre los hechos sucedidos. Se puede pedir audiencia pero es discrecional de la CIDH concederla. Escuchada las partes, la CIDH emitirá un informe con conclusiones y recomendaciones.⁸

EL CASO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA⁹

A) LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Y LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES QUE RIGEN SU CONFORMACIÓN

Desde la fundación de la República del Ecuador, la Constitución Política de la República del Ecuador reconoce el sistema de la división de los poderes o funciones del Estado y proclama la independencia entre ellas.

En la normativa constitucional anterior a 1997, el Congreso Nacional usualmente designaba a los miembros de la Corte Suprema. Este procedimiento suscitó cuestionamientos a lo largo de los años, en buena medida porque importantes sectores de la ciudadanía advertían que tal método de designación de los magistrados afectaba su independencia e imparcialidad en determinadas circunstancias, otorgaba al Parlamento una indebida influencia en la Administración de Justicia, y, en última instancia, contrariaba el principio de división y autonomía de las funciones del Estado.

El 7 de abril de 1997, con apego a disposiciones de la Constitución vigente, el Presidente de la República convocó a los ciudadanos y ciudadanas con derecho a voto a una Consulta Popular,¹⁰ que tuvo lugar el 25 de mayo de 1997. Entre las preguntas formuladas a la ciudadanía, la décima primera decía textualmente:

7. Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 25.

8. Para mayor detalle, ver Convención Americana de Derechos Humanos, art. 48-51.

9. Los hechos que constan en este acápite, para mayor detalle, están descritos en la petición presentada por los magistrados de la CSJ ante la CIDH, con el patrocinio de la Clínica de Derechos Humanos de la PUCE.

10. Decreto Ejecutivo número 201, R.O. No. 38 del 7 de abril de 1997.

¿Considera usted necesario modernizar la Función Judicial; reformar el sistema de designación de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, para que su origen sea la propia Función Judicial; nombramientos sin sujeción a períodos fijos que observen los criterios de profesionalización y de carrera judicial que establezca la ley?

La mayoría de la ciudadanía respondió a la pregunta de manera positiva.¹¹ De este modo los ecuatorianos democráticamente adoptaron el sistema de elección de los magistrados de la CSJ mediante su cooptación, y la permanencia de estos en sus cargos por tiempo indefinido, a partir de su designación.

Para materializar los principios aprobados en la Consulta Popular, el Congreso Nacional dictó varias reformas a la Constitución Política, las mismas que fueron publicadas en el Registro Oficial número 120, de 31 de julio de 1997. En la disposición transitoria Décimo Sexta, atinente a las reformas constitucionales, estableció que por esta vez y en razón de la inauguración de un nuevo orden de institucionalidad autónoma de la CSJ, se designe a los treinta y un magistrados de la Corte Suprema de Justicia de una lista integrada por no menos de cuatro, ni más de diez candidatos propuestos por varias entidades nominadoras de la sociedad civil.¹²

Previamente a la designación de los magistrados y para calificar a los candidatos a las dignidades, se constituyó una Comisión Calificadora.¹³ La Comisión identificó a aquellos candidatos que cumplían los requisitos constitucionales, se publicó por la prensa en todo el país a fin de que cualquier persona natural o jurídica, en forma documental y reservada, impugnara a los seleccionados, luego remitió al presidente de la Función Legislativa la nómina de los candidatos elegibles,¹⁴ sobre la base de este

11. La respuesta tuvo los siguientes resultados: de 2.718.886 votos válidos a favor de la pregunta se pronunciaron 1.651.162 personas, lo cual significó un 60,73 por ciento y en contra 1.067.724 igual al 39,27 por ciento.

12. La lista fue creada en virtud de la nominación por los ex presidentes constitucionales de la República, por la Conferencia Episcopal ecuatoriana, por los ex presidentes de la Corte Suprema de Justicia, por la Federación Nacional de Abogados del Ecuador, por las asociaciones de Derechos Humanos, por los decanos de las facultades de Jurisprudencia, Derecho y Ciencias Jurídicas, y los miembros del Consejo Nacional de Universidades y Escuelas Politécnicas (CONUEP), por la Asociación de Directores de Periódicos, la Asociación de Canales de Televisión y la Asociación Ecuatoriana de Radiodifusión, por los Magistrados de las Cortes Superiores de Justicia y Tribunales Distritales de lo Fiscal y de lo Contencioso Administrativo y la Federación Nacional de Empleados y Funcionarios Judiciales, por las Centrales Sindicales, las Organizaciones campesinas y los maestros y educadores organizados en la UNE y FENAPUPE, por las organizaciones de los Pueblos indígenas y afroecuatorianos, por el Consorcio de Consejos Provinciales del Ecuador y la Asociación de Municipalidades del Ecuador, por las Cámaras de la Producción y Artesanía, se autorizó también que cualquier persona u organización de la sociedad civil pueda presentar ante la Comisión Constitucional de Asuntos Judiciales, sus nominaciones.

13. La Comisión estaba conformada por tres legisladores nombrados por el presidente del Congreso Nacional y tres representantes de la sociedad civil, escogidos por las entidades nominadoras. Estos seis miembros de la Comisión Calificadora designaron, a su vez, a un séptimo miembro no legislador, quien la presidió.

14. Informe de la Comisión Calificadora, con fecha 1 de octubre de 2004, dirigido al presidente del Congreso Nacional.

informe, el Congreso Nacional designó a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

Por otro lado, el sistema de cooptación para la designación de nuevos magistrados a partir de 1997 y la duración indefinida de sus cargos –temas también aprobados por la ciudadanía en la Consulta Popular de mayo de 1997– quedaron consagrados en la Constitución:

Los magistrados de la Corte Suprema de Justicia no están sujetos a período fijo en la duración de sus cargos. Cesarán en sus funciones por las causales determinadas en la Constitución Política de la República y la ley.¹⁵

B) ACONTECIMIENTOS QUE PRECEDIERON A LAS VIOLACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS EXPUESTAS EN LA PETICIÓN PRESENTADA ANTE LA CIDH

El 9 de noviembre de 2004, en circunstancias que algunos partidos políticos de oposición al Gobierno (Partido Social Cristiano, Izquierda Democrática y Pachacutik) preparaban en el Congreso Nacional una acción de enjuiciamiento político al presidente de la República de Ecuador, coronel Lucio Gutiérrez, como requisito previo para su enjuiciamiento penal por presunto delito de peculado.¹⁶ Se conformó una nueva mayoría parlamentaria a favor del Gobierno, que no dio paso a la conformación de la Comisión especialísima del juicio político para el Presidente de la República,¹⁷ lo que impidió la continuación del trámite.

Según varios periódicos del Ecuador, la mayoría legislativa se forjó con el concurso de la Presidencia de la República para evitar que el Congreso Nacional enjuiciara políticamente al Jefe de Estado.¹⁸

La nueva mayoría no solo cerró el paso al juicio político al Presidente de la República sino que, a renglón seguido, inició un irregular proceso de reestructuración de varios organismos del Estado. El 25 de noviembre de 2004, por decisión de la mayoría afín al Gobierno del presidente Lucio Gutiérrez, el Congreso Nacional cesó en sus

15. Constitución Política del Ecuador, art. 202.

16. *Hoy*, “Inicio de juicio en cuestión de horas”, 4 de noviembre de 2004, 3A. Y *Hoy*, “Juicio político divide al Congreso”, 5 de noviembre de 2004, A1.

17. Ley Orgánica de la Función Legislativa, sección 5, art. 97 en adelante.

18. El titular del diario *Hoy* es un ejemplo muy decidor: “Gobierno vira diputados y anula juicio”, 10 de noviembre de 2004. *Hoy*, “Ximenazo salva la cabeza de Gutiérrez”, 11 de noviembre de 2004, A1. *Hoy*, “Primer asalto para el gobierno”, 10 de noviembre de 2004, A3.

funciones a los vocales del TC y del Tribunal Supremo Electoral (TSE),¹⁹ algunos de los cuales fueron posteriormente enjuiciados políticamente por el Congreso –es decir que primero se los sancionó con la destitución y, después, se les sometió a juicio político–. Para entonces ya se anunciaba públicamente que “el objetivo de esta nueva mayoría [del Congreso] sería lograr cambios en la Corte Suprema de Justicia”.²⁰

El motivo de la ilegal destitución de los integrantes del Tribunal Constitucional se develaría sin tardanza. Los hechos mostraron como evidente que el objetivo final de la sustitución de los miembros del TC con personas afines al Gobierno, era el de anular una posible acción de censura por parte del TC –máxima instancia de control constitucional del país– en contra del inconstitucional recambio de la Corte Suprema de Justicia que se avecinaba.

C) LOS HECHOS

El 5 de diciembre de 2004, el presidente de la República, coronel Lucio Gutiérrez, convocó a un período extraordinario de sesiones del Congreso Nacional. Aunque el Presidente tiene la atribución de convocar de manera extraordinaria al Congreso,²¹ se debe observar que el propósito de la convocatoria del Presidente se refirió al “análisis y resolución sobre la situación jurídica-constitucional de la Función Judicial”.²² El Presidente de la República daba la pauta, por tanto, para las actuaciones inconstitucionales que se verificarían a continuación.²³

La convocatoria a una sesión especial del Congreso para tratar el punto específico que llevaría a destituir inconstitucionalmente a los magistrados de la CSJ demuestra, sin lugar a dudas, la participación del señor Presidente de la República del Ecuador en las acciones ilegales que determinaron la violación del orden constitucional del país y de los derechos humanos de los jueces que presentaron la petición ante CIDH.

En el transcurso de la sesión extraordinaria, el Congreso Nacional –con el voto de una mayoría simple, 52 votos²⁴ de 101 legisladores que integran el Congreso– adop-

19. Resolución Parlamentaria No. 25-160, Registro Oficial número 485, 20 de diciembre de 2004, p. 6. Diario *Hoy*, “Cesa al TC y al TSE la mayoría gobiernista”, 26 de noviembre de 2004. *Hoy*, “nueva mayoría cesa a los vocales del TC y del TSE”, 26 de noviembre de 2004. *Hoy*, “Bloque de gobierno tras el TC”, 24 de noviembre de 2004, 3A.

20. Diario *Hoy*, “Cesa al TC y al TSE la mayoría gobiernista”, 26 de noviembre de 2004. *Hoy*, entrevista con el ministro de gobierno, “soy el puente para unir criterios”, 13 de noviembre de 2004, A3.

21. Constitución Política del Ecuador, art. 133.

22. *Hoy*, “Mayoría de Bloques irá al llamado de Gutiérrez”, 6 de diciembre de 2004.

23. *Hoy*, “Gobiernos y aliados cuentan las horas de la Corte Suprema de Justicia”, 6 de diciembre de 2004, Opinión A3.

24. *Hoy*, “Congreso reestructura la Corte”, 9 de diciembre de 2004, A3.

tó el 8 de diciembre de 2004 la Resolución Parlamentaria mediante la cual cesó en sus funciones a los 31 jueces de la Corte Suprema de Justicia.²⁵ El trámite fue extremadamente sumario: a las 23h05 se mocionó la Resolución de declarar cesantes a los 31 magistrados y a sus conjuces, y a las 23h45, 52 legisladores “no solo que cesaron a los magistrados sino que eligieron a sus reemplazos”.²⁶

El Congreso Nacional actuó de una manera inconstitucional. La Constitución determina que:

Las instituciones del Estado, sus organismos y dependencias y los funcionarios públicos no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y la ley (...)²⁷

El Congreso no tiene la atribución de remover y nombrar jueces de la CSJ, por cuanto ninguna disposición constitucional o legal le otorga dichas facultades. En el art. 130 de la Constitución, se determinan las funciones del Congreso Nacional, dentro de las cuales no están las de destituir a los magistrados y, peor aún, elegir a los nuevos magistrados. Cuando la Constitución señala a los funcionarios que el Congreso puede designar, en esta facultad no están incluidos los magistrados de la CSJ.²⁸ Recuérdese que la ciudadanía en la Consulta Popular de 1997 y las reformas constitucionales que le siguieron, expresamente retiró dicha atribución al Congreso Nacional y estableció el sistema de cooptación para la elección de magistrados y la duración indefinida de estos en sus cargos.

Como se puede advertir, no hubo procedimiento judicial, ni de ninguna especie para destituir a los magistrados de la CSJ, y el modo de acción seguido por el Congreso no estaba contemplado en la ley. En efecto, los magistrados no fueron notificados con demanda o petición alguna; no fueron acusados de haber cometido una infracción legal; y no tuvieron oportunidad ni posibilidad alguna de ser escuchados, ni tampoco de defenderse. Si hubiera cuestionamientos a acciones u actuaciones de los magistrados de la CSJ, éstas deben absolverse conforme a derecho y con estricto apego a las normas del debido proceso. Ello no aconteció.

Los magistrados de la CSJ legalmente designados se negaron a abandonar sus despachos, en razón de que la Resolución del Congreso Nacional de 8 de diciembre de 2004 no tenía valor jurídico alguno. Ante esta decisión, el 9 de diciembre de 2004,

25. Resolución 25-181 del Congreso Nacional, publicada en Registro Oficial número 485, 20 de diciembre de 2004, p. 11.

26. *El Comercio*, “la toma de la Suprema se concretó”, jueves 9 de diciembre de 2004, A2.

27. Constitución Política del Ecuador, art. 119.

28. Constitución Política del Ecuador, art. 130 y art. 130 (11).

la Policía Nacional —que se encuentra a órdenes del Presidente de la República y del Ministerio de Gobierno y Policía²⁹— desalojó del Palacio de Justicia al Presidente de la Corte Suprema y a algunos magistrados que lo acompañaban, e impidió por medio de la fuerza el ingreso de otros magistrados y empleados de la Función Judicial.³⁰

Todos estos hechos constituyen violaciones a los derechos humanos contemplados en la CADH y, al momento en el país, no existía forma de exigir su cumplimiento dentro del Ecuador. Por ello, acudir a la justicia interamericana de Derechos Humanos era la única opción para reclamar por derechos humanos violados.

COMENTARIOS A LA RESOLUCIÓN DE ADMISIBILIDAD

La resolución de admisibilidad de la CIDH tiene cinco partes: I. Resumen; II. Trámite; III. Posiciones de las partes; IV. Análisis de admisibilidad; y, V. Conclusiones.

I. Resumen: en cuatro párrafos la CIDH sintetiza tanto el procedimiento, como las posiciones de las partes y la conclusión. El resumen tiene una utilidad práctica. Los usuarios del sistema interamericano de protección de derecho, al leer una sola página, saben qué es lo que se puede encontrar en el texto completo. Por ejemplo, de una mirada, en el resumen consta que el caso es sobre la cesación de la CSJ en Ecuador, los derechos que fueron invocados y cuáles de estos la CIDH considera que son motivo de análisis a profundidad.

II. El trámite: al momento de expedirse la resolución, en relación al caso, se presentó la petición (30/12/04), se transmitió al Estado (15/03/05) y le dieron dos meses para contestar. El Estado nunca contestó a pesar de haber solicitado prórroga. Hubo un intento de solución amistosa y hubo una audiencia de admisibilidad (12/03/06). Las audiencias sobre admisibilidad son poco usuales de ser otorgadas por la CIDH, salvo, como el presente caso, que los hechos denunciados fueran relevantes tanto para el país como para la región. Nótese que, desde la petición hasta la resolución de admisibilidad, transcurrieron dos años dos meses hasta la emisión de la resolución. La tardanza se explica, aunque no se justifica, dado que se trata del conocimiento de violaciones a los derechos humanos, por la cantidad de casos de todo el continente que conoce la CIDH y por la inexistencia de Comisionados que trabajen todo el año (se reúnen ordinariamente dos veces por año).

29. Constitución Política del Ecuador, arts. 176, 179, 183 y 184.

30. *El Comercio*, “Caótico relevo en la Corte”, viernes 10 de diciembre de 2004, A1. *El Comercio*, “Así se tejió la caída de la Corte Suprema de Justicia”, 12 de diciembre de 2004, A6. *El Comercio*, “Asalto de la Corte en el peor de los escenarios”, 12 de diciembre de 2004, B2.

III. Posiciones de las partes: hemos afirmado que el procedimiento ante la CIDH es cuasicontencioso. La CIDH tiene que garantizar que las dos partes sean debidamente escuchadas y que puedan defenderse. Como garantía de que las posiciones son atendidas, la CIDH resume los argumentos de cada parte:

- a) **Los peticionarios o demandantes:** los peticionarios sostuvieron que estaban legítimamente designados como magistrados de la CSJ, que el Congreso no tenía competencia constitucional para cesarlos, que el Presidente convocó fuera de sus competencias a un Congreso extraordinario para reordenar la Función Judicial, que el Congreso en un procedimiento sumario los cesó, que no existía garantía ni tribunal para enmendar esta violación y que, en suma, se violaron los derechos a las garantías judiciales, a la igualdad, a ejercer funciones públicas, a la protección judicial y al deber de respetar los derechos humanos.
- b) **El Estado:** el Estado sostuvo que el Congreso, para cesar a la CSJ, interpretó la Constitución, que los magistrados estaban en funciones prorrogadas, que las víctimas no interpusieron recurso alguno y que podían presentar acción de inconstitucionalidad, que el Congreso cesó a los magistrados –y no destituyó– y que, en estos caso, no es necesario un procedimiento ante juez natural, independiente e imparcial, que el Estado no violó derecho alguno reconocido en la CADH.

IV. Análisis de admisibilidad: en el análisis de admisibilidad, la CIDH tiene la obligación de verificar que se cumplan todos los requisitos de forma para que proceda, posteriormente, el análisis de fondo. Existen dos requisitos: a) de competencia y b) de procedibilidad.

- a) **La competencia:** la competencia se radica por las **personas** (*ratione personae*), que tienen que ser personas naturales, individuales, identificadas. En el caso son claramente identificables los magistrados de la CSJ que fueron cesados.

Por el **lugar** (*ratione loci*), las violaciones se cometieron en el territorio ecuatoriano, cuyo Estado se comprometió a respetar y hacer respetar los derechos humanos.

Por el **tiempo** (*ratione temporis*), las violaciones se produjeron después que Ecuador ratificó la CADH.

Por la **materia** (*ratione materiae*), la CIDH tiene competencia para conocer hechos que implican violaciones a los derechos humanos reconocidos en la CADH. La CIDH no conoce violaciones a los derechos humanos reconocidos en la Constitución de los Estados ni en otros instrumentos internacionales; pero la CIDH sí puede y hasta debe interpretar el alcance de los derechos reconocidos en la CADH a la luz de la normativa nacional e internacional.³¹

31. Convención Americana de Derechos Humanos, art. 29.

b) Requisitos de procedibilidad: además de la competencia, la CIDH debe constatar que se hayan agotado los recursos internos, se presente la petición dentro del plazo de seis meses, no se dupliquen los procedimientos internacionales y que los hechos alegados contengan una violación a la CADH.

La regla del **agotamiento de recursos** presupone que el Estado puede y debe resolver el caso antes de que conozca una instancia internacional, salvo que los recursos internos no estén disponibles y no sean adecuados y eficaces para solucionar la violación alegada. En el caso, la CIDH reconoce que la acción de inconstitucionalidad no era adecuada y que el TC de la época tenía ya un criterio sobre el caso antes de conocerlo. Tampoco la CIDH consideró que la vía contenciosa administrativa era adecuada porque, en última instancia, conocía una CSJ que, a la época, no era imparcial ni independiente. En cuanto al amparo, el TC había resuelto que no era el recurso adecuado. Por todas estas razones, la CIDH consideró que no existía en Ecuador, para el caso, un recurso sencillo y efectivo.

Si hay excepción para el agotamiento de recursos, también hay excepción para determinar el **plazo para presentar la petición**, que normalmente es de seis meses, contados a partir de la última resolución. En estos casos, se considera un plazo razonable desde que ocurrieron los hechos. Los peticionarios presentaron la comunicación tres semanas después de haber ocurrido los hechos, lo que fue considerado como un plazo razonable.

La **duplicación de procedimientos y cosa juzgada internacional** tiene como objetivo fortalecer los sistemas internacionales de protección de derechos humanos (de Naciones Unidas y el sistema interamericano). Si dos peticiones, que tienen los mismos hechos y las mismas pretensiones de reparación de derechos, son presentadas ante dos órganos distintos, solo uno de ellos debe conocerlo para así evitar fallos o resoluciones contradictorias. Esto no sucedió en el caso, pues solo se presentó la petición ante la CIDH.

Los hechos alegados deben **caracterizar una violación a la CADH**. La CIDH constata que los hechos se encuadren en lo que podía ser una violación a la CADH. No es una determinación de los hechos, que corresponde ya a una fase probatoria y de fondo, sino una apreciación que la denomina *prima facie*. Si no encuentra violación por la relación de los hechos, por ser infundada, rechazaría la petición. En el presente caso la CIDH consideró que las violaciones alegadas, si se prueban los hechos, pueden acarrear una responsabilidad internacional del Ecuador.

La CIDH no aceptó, por ejemplo, la alegación de la violación al derecho a la igualdad, a pesar que hubo un trato discriminatorio contra los magistrados que

no eran percibidos como afines al gobierno, ni la alegación de que hubo violación al derecho a acceder a funciones públicas, por considerar que los elementos del derecho no se presentaban en los hechos.

V. Conclusión: la CIDH declaró que el caso es admisible, invitó a las partes a llegar a una solución amistosa e, inmediatamente, entró a analizar el fondo del caso, que es la determinación de la violación a los derechos humanos de los magistrados de la CSJ y de la responsabilidad del Estado ecuatoriano.

LA RESOLUCIÓN DE ADMISIBILIDAD (TRANSCRIPCIÓN)

Informe No. 8/07
PETICIÓN 1425/04
ADMISIBILIDAD
HUGO QUINTANA COELLO Y OTROS
MAGISTRADOS DE LA CORTE SUPREMA
ECUADOR
27 de febrero de 2007

RESUMEN

1. El 30 de diciembre de 2004 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión”) recibió una petición presentada por Hugo Quintana Coello y otros 27 ex magistrados de la Corte Suprema de Justicia de Ecuador³² (“los peticionarios”), en la cual se alega la violación por parte de la República de Ecuador (“el Estado”) de los artículos 8 (garantías judiciales), 9 (principio de legalidad y retroactividad), 23 (derechos políticos), 24 (igualdad ante la ley), 25 (protección judicial); todos en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“la Convención Americana”).

2. Los peticionarios sostienen que el 8 de diciembre de 2004 fueron cesados de sus cargos de magistrados de la Corte Suprema de Justicia por el Congreso Nacional con el concurso de la Presidencia de la República. Alegan que fueron legítimamente

32. Ernesto Albán Gómez, Jorge Andrade Lara, Santiago Andrade Ubidia, José Julio Benítez Astudillo, Armando Bermeo Castillo, Eduardo Brito Mieles, Nicolás Castro Patiño, Teodoro Coello Vásquez, Alfredo Contreras Villavicencio, Arturo Donoso Castellón, Galo Galarza Paz, Luis Heredia Moreno, Estuardo Hurtado Larrea, Ángel Lescano Fiallo, Camilo Mena Mena (quien luego desistió de la petición), Milton Moreno Aguirre, Galo Pico Mantilla, Hernán Quevedo Terán, Jorge Ramírez Álvarez, Carlos Riofrío Corral, Clotario Salinas Montaña, Armando Serrano Puig, José Vicente Troya Jaramillo, Rodrigo Varea Avilez, Jaime Velasco Dávila, Miguel Villacís Gómez y Gonzalo Zambrano Palacios.

elegidos para el ejercicio de sus funciones, sin sujeción a período fijo, y que la destitución fue inconstitucional y arbitraria, en contra de expresos mandatos de la Convención Americana.

3. El Estado sostiene que no hay indicios o presunciones consistentes que lleven a concluir que hubo violación alguna, que tampoco se verificó el apoyo o tolerancia de agentes estatales, por lo que los hechos denunciados no caracterizan posibles violaciones a los derechos protegidos por la Convención Americana. Alega además que los peticionarios no utilizaron los recursos internos que estaban a su disposición, por lo que solicita se declare la inadmisibilidad de la petición y se proceda a su archivo de acuerdo al artículo 47 de la Convención Americana.

4. Tras examinar la posición de cada una de las partes a la luz de los requisitos de admisibilidad establecidos en el artículo 46 de la Convención Americana, la Comisión Interamericana decide declarar que el caso es admisible en relación con los artículos 8, 9 y 25, en conexión con los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento internacional. En consecuencia, la CIDH notifica el presente informe a las partes, lo hace público y decide incluirlo en su Informe Anual a la Asamblea General de la OEA.

TRÁMITE DE LA COMISIÓN

5. La denuncia fue recibida en la Comisión el 30 de diciembre de 2004 y radicada bajo el número 1425-04. El 15 de marzo de 2005 se transmitió la petición al Estado con el plazo de dos meses para contestar. Mediante comunicación recibida el 16 de mayo de 2005, el Estado solicitó una prórroga para contestar, que fue otorgada por 30 días. En comunicación recibida el 31 de mayo de 2005, el Dr. Camilo Mena Mena informó su desistimiento de la petición presentada. El 4 de agosto de 2005 se recibió una comunicación del Estado en la que informa que había iniciado conversaciones con los peticionarios tendientes a lograr una solución amistosa. En comunicación recibida el 10 de agosto de 2005, los peticionarios solicitaron que la Comisión Interamericana se pusiera a disposición de las partes para llegar a una solución amistosa. Mediante comunicación de 31 de agosto de 2005, la Comisión se puso a disposición de las partes con miras a iniciar el procedimiento previsto en el artículo 48.1.f de la Convención Americana.

6. El 13 de marzo de 2006, durante el 124o. período ordinario de sesiones de la Comisión Interamericana, se realizó una audiencia sobre admisibilidad. El 21 de marzo de 2006 el Estado presentó información adicional, que fue trasladada al peticionario el 31 de marzo de 2006 con una solicitud de observaciones. El peticionario remitió sus observaciones en una comunicación recibida el 23 de mayo de 2006, fecha en que los peticionarios remitieron además las opiniones técnicas de los docto-

res Judith Salgado y Orlando Alcívar Santos. Ambas comunicaciones fueron transmitidas al Estado el 7 de julio de 2006, con una solicitud de observaciones. El 29 de septiembre de 2006 se reiteró al Estado la comunicación de 7 de julio de 2006. Hasta la fecha de elaboración del presente informe, el Estado no presentó las observaciones solicitadas.

POSICIONES DE LAS PARTES

A) Los peticionarios

7. Sostienen los peticionarios que los magistrados de la Corte Suprema fueron designados conforme a la disposición transitoria décimo sexta de las reformas a la Constitución de 1979, aprobadas por el Congreso Nacional en 1997, que establece:

El Congreso Nacional designará por esta vez, a los treinta y un magistrados de la Corte Suprema de Justicia, de una lista integrada por no menos de cuatro ni más de diez candidatos propuestos por las siguientes entidades nominadoras de la sociedad civil:

1. Por los ex presidentes constitucionales de la República;
2. Por la Conferencia Episcopal Ecuatoriana;
3. Por los ex presidentes de la Corte Suprema de Justicia;
4. Por la Federación Nacional de Abogados del Ecuador;
5. Por las asociaciones de Derechos Humanos;
6. Por los decanos de las facultades de Jurisprudencia, Derecho y Ciencias Jurídicas y los miembros del Consejo Nacional de Universidades y Escuelas Politécnicas (CONUEP);
7. Por la Asociación Nacional de Directores de Periódicos, la Asociación Ecuatoriana de Canales de Televisión y la Asociación Ecuatoriana de Radiodifusión;
8. Por los magistrados de las Cortes Superiores de Justicia y Tribunales Distritales de lo Fiscal y de lo Contencioso Administrativo y la Federación Nacional de Empleados y Funcionarios Judiciales;
9. Por las centrales sindicales, las organizaciones campesinas y los maestros y educadores organizados en la UNE y FENAPUPE;
10. Por las organizaciones de los pueblos indios y afro-ecuatorianos del Ecuador;
11. Por el Consorcio de Consejos Provinciales del Ecuador y la Asociación de Municipalidades del Ecuador; y,
12. Por las Cámaras de la Producción y Artesanía.

Cualquier otra persona u organización de la sociedad civil podrá presentar ante la Comisión Constitucional de Asuntos Judiciales sus nominaciones.

Las personas e instituciones, a que se refiere esta disposición, remitirán al Congreso Nacional la lista de los nominados en el plazo de ocho días, contados a partir de la publicación en el Registro Oficial de estas reformas a la Constitución.

Los candidatos así nominados deberán reunir los requisitos exigidos por el artículo 128 de la Constitución, reformado.

Se constituirá una Comisión Calificadora conformada por tres legisladores designados por el Presidente del Congreso Nacional y por tres representantes de la sociedad civil escogidos por las entidades nominadoras, quienes designarán un séptimo miembro no legislador, quien la presidirá. La Comisión calificará a aquellas candidaturas que cumplan los requisitos señalados en el artículo 128 de la Constitución, reformado, y además que reúnan las condiciones de probidad, idoneidad, experiencia y capacidad.

Para ello, una vez que reciba la lista de postulantes, dispondrá la publicación de la misma por una sola vez, de modo de permitir que personas naturales o jurídicas puedan en forma documentada y reservada, presentar objeciones a la calificación de cualquier postulante. En el término de diez días, contados a partir de la fecha de la mencionada publicación, remitirá su informe a conocimiento del Congreso Nacional, el cual designará a los treinta y un magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la siguiente manera:

- a) Veinticuatro de entre los presentados por los doce colegios nominadores y calificados por la Comisión; y,
- b) Siete de entre los presentados por cualquier otra persona u organización de la sociedad civil, calificados por la Comisión, bajo los mismos requisitos exigidos para los demás postulantes.

Si alguna de las personas o entidades nominadoras no presentare dentro del plazo establecido en esta disposición transitoria las candidaturas, el Congreso Nacional designará a los magistrados seleccionándolos de entre el resto de los nominados.

Los magistrados así designados se posesionarán ante el presidente del Congreso Nacional.

El Tribunal Supremo Electoral convocará en el plazo de tres días contados a partir de la publicación de estas reformas en el Registro Oficial, a los colegios nominadores integrados por la Federación Nacional de Abogados del Ecuador; a las asociaciones de Derechos Humanos; a los decanos de las facultades de Jurisprudencia, Derecho y Ciencias Jurídicas y a los miembros del Consejo Nacional de Universidades y Escuelas Politécnicas (CONUEP), a la Asociación Nacional de Directores de Periódicos, a la Asociación Ecuatoriana de Canales de Televisión y a la Asociación Ecuatoriana de Radiodifusión; a los magistrados de las Cortes Superiores de Justicia y Tribunales Distritales de lo Fiscal y de lo Contencioso Administrativo y la Federación Nacional de Empleados y Funcionarios Judiciales; a las centrales sindicales, organizaciones campesinas y los maestros y educadores organizados en la UNE y FENAPUPE; a las organizaciones de los pueblos indios y afro-ecuatorianos del Ecuador; al Consorcio de Consejos Provinciales del Ecuador y a la Asociación de Municipalidades del Ecuador; y, a las Cámaras de la Producción y Artesa-

nía, que conformarán las listas de los nominados para la designación de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

El Tribunal Supremo Electoral organizará, dirigirá y garantizará dicho proceso de nominación, para lo cual dictará las disposiciones necesarias y remitirá al Congreso Nacional la lista de los nominados.

8. Se constituyó una comisión calificadora conformada por tres legisladores nombrados por el presidente del Congreso y tres representantes de la sociedad civil, estos seis miembros designaron, a su vez, a un séptimo miembro no legislador, quien la presidió. Dicha Comisión identificó a los candidatos que cumplieran con los requisitos señalados en el artículo 128 de la entonces vigente Constitución, luego de lo cual se publicó la nómina de candidatos calificados a fin de que cualquier persona pudiera presentar objeciones e impugnar, en su caso, a los candidatos seleccionados. La Comisión Calificadora posteriormente remitió al presidente de la Función Legislativa la nómina de los candidatos elegibles, con base en lo cual el Congreso Nacional, designó a los magistrados de la Corte Suprema en sus sesiones de 1 y 2 de octubre de 1997.

9. Los peticionarios indican que el sistema de cooptación para la designación de nuevos magistrados a partir de 1997 y la duración indefinida de sus cargos quedaron consagrados en el artículo 9 de las reformas a la Constitución de 1979, que dispuso la sustitución del texto del artículo 129 por el siguiente:

Los magistrados de la Corte Suprema de Justicia no estarán sujetos a período fijo en relación con la duración de sus cargos. Cesarán en sus funciones por las causales determinadas en la Constitución y la ley.

Producida una vacante, el pleno de la Corte Suprema de Justicia designará al nuevo magistrado, con el voto favorable de las dos terceras partes de sus integrantes, observando los criterios de profesionalidad y de carrera judicial, de conformidad con la ley.

En la designación se escogerá, alternadamente, a profesionales que hayan ejercido la judicatura, la docencia universitaria o permanecido en el libre ejercicio profesional, en este orden.

10. Sostienen los peticionarios que la reforma del artículo 129 de la anterior Constitución relacionada con el sistema de cooptación y la duración indefinida de los cargos, fue recogida en el artículo 202 de la Constitución de 1998. Mediante el sistema de cooptación se renovó a casi la sexta parte de la Corte Suprema de Justicia entre 1997 y 2004. En conclusión, los peticionarios sostienen que los magistrados fueron designados por tiempo indefinido según la Constitución y los procedimientos establecidos.

11. De acuerdo a los peticionarios, el 8 de diciembre de 2004 se realizó un período extraordinario de sesiones en el Congreso ecuatoriano, convocado por el Presidente de la República. Alegan que en el curso de dicha sesión se adoptó la Resolución Parlamentaria No. 25-181 por la que se destituyó a 31 magistrados de la Corte Suprema mediante un procedimiento "sumario y arbitrario", sin respetar el artículo 202 de la Constitución. Cuatro de ellos fueron luego designados en la nueva composición de la Corte Suprema, mientras que el ex magistrado Bermeo Castillo no aceptó la designación. La resolución dispone:

Declarar CESANTE en sus funciones a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y a sus correspondientes conjueces, quienes no renunciaron a sus funciones en enero de 2003, tal como lo contempla la disposición transitoria vigésimo quinta de la codificación Constitucional vigente; y, DESIGNAR en su reemplazo a los juristas que a continuación se detallan (...).³³

12. Con respecto a la admisibilidad, los peticionarios alegan la excepción del artículo 46.2.b de la Convención Americana porque consideran que se les impidió el agotamiento de los recursos internos. Sostienen en tal sentido que el 2 de diciembre de 2004 el Tribunal Constitucional aprobó una resolución en la que resolvió.

Establecer que para suspender los efectos de una resolución parlamentaria, entre ellas la 25-160, adoptada por el H. Congreso Nacional el 25 de noviembre de 2004, por supuesta violación de la constitución, en el fondo o en la forma, la única acción que cabe es la acción de inconstitucionalidad que debe proponerse ante el Tribunal Constitucional.³⁴

13. Los peticionarios afirman que la acción de inconstitucionalidad no es idónea ni efectiva para cuestionar el acto de cesantía, en la medida en que una presunta víctima no puede comparecer por sí misma, puesto que se necesitan las firmas de mil ciudadanos para ejercerla, o la intervención del Defensor del Pueblo. Sostienen además que no es adecuada porque no está diseñada para proteger derechos humanos, sino que está diseñada para impugnar normas que contravienen la Constitución. Por último, afirman que no tiene la capacidad de reparar violaciones de derechos humanos, solo para hacer cesar los efectos de una norma jurídica. La Constitución no otorga facultades al Tribunal Constitucional para otorgar medida reparatoria alguna cuando se aplica la acción de inconstitucionalidad. Con respecto a la vía contencioso administrativa, señalan que tampoco era un recurso adecuado porque, en última instancia, la resolvería la Corte Suprema de Justicia que no era independiente ni imparcial.

33. Resolución Parlamentaria No. 25-181 publicada en el Registro Oficial No. 485, de 20 de diciembre de 2004.

34. Aprobada en sesión en Pleno y publicada en el Registro Oficial No. 477 de 8 de diciembre de 2004.

14. Conforme a los peticionarios, la resolución que negó la posibilidad de presentar el recurso de amparo violó el artículo 25 de la Convención Americana. Además, sostienen que la resolución no fue dictada por un juez natural, en un procedimiento no previsto con anterioridad en la ley, y que no se respetaron las garantías mínimas. En este sentido, alegan que los magistrados no fueron notificados, ni acusados por haber cometido alguna infracción a la ley. Sostienen que tampoco tuvieron la oportunidad de defenderse, ya que la moción fue presentada en sesión extraordinaria a las 23:05 y se resolvió a las 23:45 del mismo día. Al mismo tiempo, alegan que la falta de definición previa del procedimiento de destitución constituye una violación del artículo 9 de la Convención Americana.

15. También alegan la violación del artículo 23 de la Convención Americana porque los magistrados fueron impedidos ilegítima y abruptamente de ejercer su derecho a desempeñar las funciones públicas para las que fueron designados indefinidamente en octubre de 1997. Finalmente, alegan la violación del artículo 24 del instrumento, porque los magistrados fueron tratados de manera discriminatoria de conformidad con la percepción que el gobierno tenía sobre su afinidad política. Cuatro de los vocales destituidos, supuestamente afines al gobierno, fueron designados nuevamente.

16. Conforme a los peticionarios, el 17 de abril de 2005 el Congreso Nacional declaró nula la resolución por la que se designó a la Corte Suprema *de facto* por considerar que no se ajustaban al marco constitucional. Sin embargo, los magistrados que habían sido cesados en noviembre de 2004 nunca fueron reintegrados en sus cargos.

B) El Estado

17. El Estado alega que el 8 de diciembre de 2004 el Congreso ecuatoriano, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, resolvió cesar a los magistrados de la Corte Suprema. Al hacerlo, el Congreso interpretó la disposición transitoria vigésima quinta de la Constitución y determinó que el período de duración de los cargos de los magistrados de la Corte Suprema había concluido en enero de 2003.³⁵ Conforme al Estado, a diciembre de 2004 los magistrados se encontraban en funciones prorrogadas, porque habían sido designados en 1997, antes de entrar en vigencia la disposición constitucional de 1998 que establece la duración indefinida del cargo.³⁶

35. Los funcionarios e integrantes de organismos designados por el Congreso Nacional y el Contralor General del Estado designado, a partir del 10 de agosto de 1998 para un período de cuatro años, en virtud de las disposiciones de esta Constitución, permanecerán en el desempeño de sus funciones hasta enero del año 2003.

36. Disposición Transitoria Decimoquinta de la reforma a la Constitución de 1979. Para hacer posible la inmediata aplicación de los principios [cooptación y duración indefinida del cargo] aprobados en la Consulta Popular del 25 de mayo de 1997, declárense terminados los períodos para los que fueron designados los actuales magistra-

Alega además que la resolución R-25-181 fue emitida por el Congreso en ejercicio de sus facultades, y que la interpretación que dicho Poder haga de sus preceptos constitucionales no puede ser objeto de conocimiento de una instancia supranacional.

18. Asimismo, alega que los peticionarios no cumplieron con el artículo 46.1.a de la Convención Americana porque no interpusieron recurso alguno; y que en el presente caso no se puede concluir en abstracto y sin pruebas fehacientes que las decisiones futuras de un tribunal interno se tomarán de forma parcial y sin apego a las normas del debido proceso.

19. El Estado precisa que los peticionarios tuvieron a su disposición la acción de inconstitucionalidad y la acción contencioso-administrativa. Sobre la primera, sostiene que los peticionarios podían haber cumplido con los requisitos que establece el artículo 277 de la Constitución y acudir ante el Tribunal Constitucional si es que consideraban que hubo una destitución inconstitucional y arbitraria. En cuanto al recurso contencioso administrativo, el Estado señala que puede ser interpuesto por personas naturales o jurídicas contra reglamentos, actos y resoluciones administrativas de la administración pública o de las personas jurídicas o semipúblicas que causen Estado y vulnere un derecho o interés directo del demandante. También puede interponerse contra resoluciones administrativas que lesionen derechos particulares establecidos o reconocidos por una ley, cuando tales resoluciones hayan sido adoptadas como consecuencia de alguna disposición de carácter general, si con esta se infringe la ley en la cual se originan aquellos derechos.

20. Además, sostiene el Estado, varios de los peticionarios acudieron ante el Tribunal Contencioso Administrativo con la finalidad de solicitar la reliquidación de unos "bonos judiciales" que recibieron por concepto de cesamiento. Alega que los peticionarios utilizaron para ello los recursos existentes en Ecuador, pero en lo referente a su cesación, ni siquiera intentaron acudir ante el órgano jurisdiccional pese que tenían libre acceso para ello. Por lo tanto, el Estado afirma que no ha quedado demostrado que a los peticionarios se les haya negado el acceso a los recursos existentes, ni que fueran impedidos de agotarlos, ni que se configurara una violación del artículo 25 de la Convención Americana.

21. Con relación a las violaciones alegadas, sostiene el Estado que los peticionarios confunden la remoción y destitución de un cargo con el simple cesamiento de funciones.³⁷ En las dos primeras, se debe seguir un procedimiento con la finalidad de

dos de la Corte Suprema de Justicia, quienes, sin embargo, permanecerán en sus cargos hasta ser reemplazados en la forma que se determina en la siguiente transitoria [la Decimosexta].

37. El Estado basa su distinción en las definiciones de las palabras remoción, destitución y cese del *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, *Diccionario Jurídico Ambar con Legislación Ecuatoriana* y la *Enciclopedia Jurídica Omeba*.

verificar y establecer la comisión de la falta, dentro del cual el funcionario debe contar con todas las garantías para ejercer su derecho a la defensa. En el presente caso, el Estado afirma que no hubo destitución de los magistrados y que, por lo tanto, no cabe hablar de que fuera necesario un procedimiento ante juez natural, independiente e imparcial que permitiera el derecho a la defensa, ya que los magistrados no fueron acusados de incurrir en alguna causal prevista, por lo tanto tampoco debían ser notificados previamente, ni detalladamente sobre el procedimiento y las acusaciones en su contra, pues simplemente no las había. A base de lo anterior, el Estado alega que no se han violado los artículos 8 y 9 de la Convención Americana.

22. Alega también el Estado que no hay violación de los artículos 23 y 24 de la Convención Americana, puesto que todos los magistrados cesados tuvieron y tienen acceso a la función pública en condiciones de igualdad. Tan es así, afirma, que si lo hubiesen deseado habrían podido postular para integrar la nueva Corte Suprema. En tal sentido, explica que varios de los peticionarios postularon nuevamente y actualmente tres de ellos se encuentran ocupando la magistratura de la Corte Suprema y que otros más se encuentran ejerciendo cargos públicos. Finalmente, el Estado solicita que la petición se declare inadmisibile y se archive.

ANÁLISIS DE ADMISIBILIDAD

A) Competencia de la Comisión *ratione personae*, *ratione materiae*, *ratione temporis* y *ratione loci*

23. Los peticionarios se encuentran facultados por el artículo 44 de la Convención Americana para presentar denuncias ante la CIDH. La petición señala como presuntas víctimas a personas individuales, respecto a quienes Ecuador se comprometió a respetar y garantizar los derechos consagrados en la Convención Americana. En lo concerniente al Estado, la Comisión señala que Ecuador es un Estado parte en la Convención Americana desde el 28 de diciembre de 1977, fecha en que se depositó el instrumento de ratificación respectivo. Por lo tanto, la Comisión tiene competencia *ratione personae*³⁸ para examinar la petición.

24. La Comisión tiene competencia *ratione loci* para conocer la petición, por

38. Respecto de las siguientes presuntas víctimas: Ernesto Albán Gómez, Jorge Andrade Lara, Santiago Andrade Ubidia, José Julio Benítez Astudillo, Armando Bermeo Castillo, Eduardo Brito Mieles, Nicolás Castro Patiño, Teodoro Coello Vásquez, Alfredo Contreras Villavicencio, Arturo Donoso Castellón, Galo Galarza Paz, Luis Heredia Moreno, Estuardo Hurtado Larrea, Ángel Lescano Fiallo, Milton Moreno Aguirre, Galo Pico Mantilla, Hernán Quevedo Terán, Jorge Ramírez Álvarez, Carlos Riofrío Corral, Clotario Salinas Montaña, Armando Serrano Puig, José Vicente Troya Jaramillo, Rodrigo Varea Avilez, Jaime Velasco Dávila, Miguel Villacís Gómez y Gonzalo Zambrano Palacios.

cuanto en ella se alegan violaciones de derechos protegidos en la Convención Americana que tuvieron lugar dentro del territorio de un Estado parte de dicho Tratado.

25. La CIDH tiene competencia *ratione temporis* por cuanto la obligación de respetar y garantizar los derechos protegidos en la Convención Americana ya se encontraba en vigor para el Estado en la fecha en que ocurrieron los hechos alegados en la petición.

26. Finalmente, la Comisión tiene competencia *ratione materiae*, porque en la petición se denuncian violaciones a derechos humanos protegidos en la Convención Americana.

B) Otros requisitos para la admisibilidad de la petición

Agotamiento de los recursos internos

27. El artículo 46.1.a de la Convención Americana establece que la admisibilidad de las peticiones presentadas a la CIDH está sujeta al requisito de previa interposición y agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna, conforme a los principios del derecho internacional, generalmente reconocidos. El preámbulo de la Convención Americana expresa que la protección internacional de dicho instrumento de naturaleza convencional es coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados. En ese sentido, la regla del previo agotamiento de los recursos internos permite al Estado resolver el problema según su derecho interno, antes de verse enfrentado a un proceso internacional, lo cual es especialmente válido en la jurisdicción internacional de los derechos humanos.

28. El requisito de agotamiento de los recursos internos establecido en el artículo 46 de la Convención Americana se refiere a los recursos judiciales disponibles, adecuados y eficaces para solucionar la presunta violación de derechos humanos. La Corte Interamericana ha establecido que cuando, por razones de hecho o de derecho, los recursos internos no estén disponibles a los peticionarios, estos están eximidos de la obligación de agotarlos.³⁹ Si el recurso interno está concebido de una manera tal que su ejercicio resulta prácticamente inaccesible para la presunta víctima, ciertamente no hay obligación de agotarlo para remediar la situación jurídica.

29. Con respecto al recurso de inconstitucionalidad, el artículo 277 de la Constitución ecuatoriana establece taxativamente los sujetos con legitimación activa para interponer dicha acción y los requisitos para su interposición. La Comisión Interame-

39. Corte IDH, Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (artículo 46(1), 46(2)(a) y 46(2)(b) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990, párrafo 17.

ricana considera excesivos los requisitos de reunir las firmas de 1.000 ciudadanos que ejerzan o el de obtener un dictamen favorable del Defensor del Pueblo. A la fecha de los hechos, el trámite ante el Defensor del Pueblo carece de reglamentación, por lo cual no cuenta con un procedimiento ni plazos específicos. Por otra parte, el Estado tampoco presenta información respecto de la eficacia del recurso de inconstitucionalidad en otros casos de peticiones individuales, por lo que no ha suministrado información alguna que permita sustentar su idoneidad y eficacia para solucionar el presente asunto ante la jurisdicción interna. La CIDH considera además, fundado y no controvertido, el argumento de los peticionarios sobre la falta de eficacia que ha tenido en la práctica cualquier acción ante el propio Tribunal Constitucional, pues dicho órgano que ya se ha adelantado a determinar, en una resolución, su posición sobre la improcedencia de acciones contra la resolución del Congreso por la que habían sido cesados Hugo Quintana Coello y los demás magistrados. En suma, la acción de inconstitucionalidad no era un recurso interno que los peticionarios tuvieran que agotar antes de pedir la intervención de la Comisión Interamericana.

30. Por otra parte, se ha visto que el Estado sustenta que los peticionarios debían agotar el recurso contencioso-administrativo, que procede contra reglamentos, actos y resoluciones administrativas que vulneren un derecho o interés directo del demandante, o que lesionen derechos particulares, siempre que hayan sido adoptadas como consecuencia de alguna disposición general y que con ella se infringiera la ley en la cual se originan tales derechos. La Comisión considera fundado el argumento de la falta de eficacia de la vía contencioso administrativa, porque en última instancia tendría que haber sido resuelta por la Corte Suprema, compuesta por quienes reemplazaron a las presuntas víctimas. En consecuencia, los peticionarios tampoco tenían el deber de interponer o agotar en forma previa el recurso contencioso-administrativo antes de acudir al sistema interamericano.

31. Con relación al recurso de amparo y considerando la resolución emitida por el nuevo Tribunal Constitucional que impedía la interposición del recurso de amparo contra cualquier resolución del Congreso.

Establecer que para suspender los efectos de *una resolución parlamentaria*, entre ellas la 25-160 (...) por supuesta violación de la Constitución, en el fondo o en la forma, la única acción que cabe es la acción de inconstitucionalidad que debe proponerse ante el Tribunal Constitucional (..) y que cualquier recurso de amparo que se presentara en los Juzgados del país relacionado con la referida resolución, lo jueces deben rechazarla de plano e inadmitirla, pues en caso contrario se estaría despachando una causa contra la ley expresa, que acarrearía las acciones judiciales correspondientes.⁴⁰ (Énfasis agregado)

40. Resolución del Tribunal Constitucional adoptada en la sesión de 2 de diciembre de 2004.

32. La Comisión Interamericana considera que el Estado ecuatoriano no suministró a los peticionarios un recurso sencillo y efectivo para cuestionar las resoluciones del Congreso que consideraban violatorias de sus derechos humanos. Resulta aplicables al presente asunto la excepción al agotamiento de los recursos internos prevista en el artículo 46.2.a de la Convención Americana.

Plazo para presentar la petición

33. Toda vez que se ha aplicado una de las excepciones previstas en el artículo 46(2), el requisito contemplado en el artículo 46.1.b no es aplicable al asunto. La petición fue presentada en diciembre de 2004, luego de que el Tribunal Constitucional se pronunciara sobre el único recurso que se podía interponer contra la resolución parlamentaria que destituyó a los peticionarios. La Comisión Interamericana considera que la petición fue interpuesta dentro de un plazo razonable, en los términos del artículo 32 de su Reglamento.

Duplicación de procedimientos y cosa juzgada internacionales

34. El artículo 46.1.b dispone que la admisión de las peticiones está sujeta a que la materia “no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional”, y en el artículo 47.d de la Convención se estipula que la Comisión no admitirá la petición que “sea sustancialmente la reproducción de petición o comunicación anterior ya examinada por” la Comisión o por otro organismo internacional. En el presente caso, las partes no han esgrimido la existencia de ninguna de esas dos circunstancias de inadmisibilidad, ni ellas se deducen de los procedimientos.

Caracterización de los hechos alegados

35. La CIDH considera que los hechos alegados sobre el procedimiento por el cual los magistrados de la corte Suprema fueron cesados, de ser probados, pueden caracterizar violaciones de los artículos 8 y 25, en conexión con el 1.1 de la Convención.

36. En la presente etapa del procedimiento no corresponde establecer si se verifica alguna violación de la Convención Americana. A los fines de la admisibilidad, la CIDH debe limitarse a determinar si los alegatos exponen hechos que pueden caracterizar una violación a la Convención Americana, según estipula su artículo 47.b, y si la petición es “manifiestamente infundada” o sea “evidente su total improcedencia”, según el inciso c) del mismo artículo. El parámetro de apreciación de estos extremos es diferente del requerido para decidir sobre el fondo del reclamo. En la presente eta-

pa debe realizarse una evaluación *prima facie* de carácter sumario que no implica un juicio previo o el adelanto de una opinión sobre el fondo. El Reglamento de la Comisión Interamericana establece etapas claramente diferenciadas para el estudio de la admisibilidad y del fondo de una petición, por lo que refleja la distinción entre la evaluación que debe realizarse, a fin de definir si una petición es admisible y la requerida para determinar si efectivamente se verifica la responsabilidad del Estado.

37. Los peticionarios alegan que su destitución es violatoria de varias disposiciones de la Convención Americana, incluidas las normas que garantizan el debido proceso, la tutela judicial efectiva y el principio de legalidad.

38. Los hechos alegados, que incluyen la destitución de los integrantes de la Corte Suprema sin que se los haya oído previamente y en un procedimiento no previsto por la Carta Magna de dicho país, de ser ciertos, constituyen violaciones al derecho de las víctimas a obtener protección judicial en el marco de un debido proceso legal, conforme a los artículos 8 y 25 de la Convención Americana. Asimismo, y considerando lo decidido por la Corte Interamericana en los casos Baena y Canese con respecto a la aplicación del artículo 9 de la Convención Americana.

(...) conviene analizar si el artículo 9 de la Convención es aplicable a la materia sancionatoria administrativa, además de serlo, evidentemente, a la penal. Los términos utilizados en dicho precepto parecen referirse exclusivamente a esta última. Sin embargo, es preciso tomar en cuenta que las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas. Unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. Por lo tanto, en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita. Asimismo, en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva, sea penal o administrativa, exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste. Estos son los fundamentos de los principios de legalidad y de irretroactividad desfavorable de una norma punitiva.⁴¹

41. Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72. Párrafo 106; y Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111. Párrafos 176 y 177.

39. La Comisión considera que de probarse que los magistrados fueron cesados por una causal no prevista en el ordenamiento jurídico y por una institución que no tenía competencia para hacerlo, se configuraría una violación del artículo 9 de la Convención. Todos los anteriores en conexión con el 1(1) y 2 del instrumento internacional citado.

40. Por otra parte, los peticionarios imputan al Estado la violación de sus derechos políticos garantizados en el artículo 23.1.c pues consideran que fueron impedidos de manera ilegítima y abrupta del ejercicio de las funciones para las que fueron designados de manera indefinida. Al respecto, la CIDH entiende que los alegatos no se refieren al acceso a la función pública, en los términos de la referida disposición convencional, sino al derecho a permanecer en ella.⁴² La Comisión Interamericana estima que los alegatos expuestos por los peticionarios no tienden a caracterizar una posible violación del artículo 23 de la convención Americana.

41. Finalmente, alegan la violación del artículo 24 del instrumento, porque estiman que los magistrados fueron tratados de manera discriminatoria de conformidad con la percepción que el gobierno tenía sobre su afinidad política. La Comisión no encuentra elementos que permitan sustentar, en la etapa de fondo, que hubo discriminación, más allá de la mera afirmación de los peticionarios.

42. A base de los párrafos precedentes, la Comisión Interamericana considera que los alegatos se refieren a presuntas violaciones de los derechos al debido proceso y a la protección judicial consagrados en los artículos 8, 9 y 25 de la Convención Americana, en conjunto con los deberes generales de respeto y garantía establecidos en los artículo 1(1) y 2 del mismo instrumento internacional. Por otra parte, los hechos alegados no caracterizan la posible violación de los derechos protegidos en los artículos 23 o 24 de la Convención Americana, por lo que los respectivos alegatos no pueden ser considerados en la etapa de fondo.

CONCLUSIONES

43. La Comisión Interamericana concluye que el presente asunto caso es admisible y que es competente para examinar el reclamo presentado por los peticionarios, en relación con la presunta violación de los artículos 8, 9 y 25 de la Convención Americana, en concordancia con sus artículos 1.1 y 2. Por otro lado, concluye que los hechos alegados de los peticionarios, de ser ciertos, no constituyen posibles violaciones de los artículos 23 o 24 de la Convención Americana.

42. Ver, al respecto, Corte IDH, Caso del Tribunal Constitucional, (Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano vs. Perú), Sentencia de 31 de enero de 2001, párr. 103.

44. Con fundamento en los argumentos de hecho y de derecho antes expuestos y sin prejuzgar sobre el fondo de la cuestión,

LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS,

DECIDE:

1. Declarar admisible la petición bajo estudio, en relación con los derechos reconocidos en los artículos 8, 9 y 25 de la Convención Americana con relación a los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento.
2. Declarar inadmisibles los alegatos referentes a los artículos 23 y 24 de la Convención Americana.
3. Invitar a las partes a considerar la posibilidad de iniciar el procedimiento para llegar a una solución amistosa del caso y ponerse a su disposición partes para tal efecto.
4. Notificar esta decisión al Estado y al peticionario.
5. Publicar esta decisión e incluirla en el Informe Anual, a ser presentado a la Asamblea General de la OEA.

Colaboradores

Juan Pablo Aguilar Andrade, ecuatoriano, doctor en Jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; ex asesor del Municipio de Quito y de la Presidencia de la República; docente de Derecho Administrativo, PUCE y Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. *jpa-guilar@accessinter.net*

Santiago Andrade Ubidia, ecuatoriano, doctor en Jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; Vicerrector, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Quito (UASB-E); ex magistrado de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador. *sau@uasb.edu.ec*

Ramiro Ávila Santamaría, ecuatoriano, doctor en Jurisprudencia PUCE; Máster en Derecho, Columbia Law School, Nueva York. *ravila@uasb.edu.ec*

Rafael Centeno Rodríguez, ecuatoriano, abogado, Universidad de Guayaquil; Magíster en Derecho, mención Derecho constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. *rcenteno@uasb.edu.ec*, *abg_ruffocen@hotmail.com*

Fernando Chamorro Garcés, ecuatoriano, doctor en jurisprudencia, Universidad Central del Ecuador; especialización en normas internacionales y asuntos jurídicos, París; posgrado de Educación en Valores, Universidad de Barcelona. *ulatfch@uio.satnet.net*

Jorge Chávez Picasso, peruano, abogado, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima; especialista en Derecho de Marcas, Patentes, Derechos de Autor y Competencia, Universidad de Santiago de Compostela; estudios de posgrado en Derecho de Propiedad Industrial, Universidad de Buenos Aires; diploma en Relaciones Internacionales mención Negociaciones Internacionales, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. *jchavez@tribunalandino.org.ec*

Carlos Gaviria, colombiano, doctor en Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia; estudiante especial en las áreas de Jurisprudencia, Derecho constitucional y Teoría Política (Carl J. Friedrich), Universidad de Harvard. *sandra@polodemocratico.net*

Agustín Grijalva Jiménez, ecuatoriano, doctor en Jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; Máster en Ciencias Políticas, Universidad de Kansas, Lawrence; estudios doctorales, University of Pittsburgh. *agustin@uasb.edu.ec*

- Rafael Oyarte Martínez**, ecuatoriano, doctor en Jurisprudencia, PUCE, Magíster en Derecho público y postítulo en Derecho constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago; Especialista Superior en Derecho administrativo, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Quito. *rafaeloyarte@hotmail.com*
- Jorge Paladines Rodríguez**, ecuatoriano, abogado, “Premio Contenta” Universidad de Guayaquil. Magíster en Derecho, mención Derecho constitucional (c), Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. *jpala-dines@uasb.edu.ec, jorgepaladines@gmail.com*
- Judith Salgado Álvarez**, ecuatoriana, doctora en Jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; Diploma Superior en Ciencias Sociales, mención en Derechos Humanos y Seguridad Democrática, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO); Magíster en Estudios Latinoamericanos, mención en Derechos Humanos Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. *jsalgado@uasb.edu.ec*
- Claudia Storini**, italiana, doctora en Derecho, Universidad de Valencia; Investigadora del Programa Juan de la Cierva, (UV); profesora, Universidad de la Calabria, Cosenza. *claudia.storini@uv.es, claudiastorini@hotmail.com*
- María Gabriela Troya Rodríguez**, ecuatoriana, licenciada en Derecho y Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Consejero del Servicio Exterior Ecuatoriano. *mgtroya@uio.satnet.net*
- Julio César Trujillo Vásquez**, ecuatoriano, doctor en Jurisprudencia Pontificia Universidad Católica del Ecuador; docente y director del Taller de Constitucionalismo y Democracia del Área de Derecho, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. *jctv@uasb.edu.ec*
- Rosario Valpuesta Fernández**, española, doctora en Derecho, Universidad de Sevilla; profesora titular de la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla. *rvalfer@upo.es*

Normas para colaboradores

1. *Foro: revista de derecho* del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar procurará publicar únicamente trabajos inéditos, que ayuden desde una óptica interdisciplinaria a investigar y profundizar las transformaciones del orden jurídico en sus diversas dimensiones y contribuir al proceso de enseñanza de posgrado de derecho en la subregión andina.
2. Los autores, al presentar su artículo a la revista *Foro*, declaran que son titulares de su autoría y derecho de publicación, último que ceden a la Universidad Andina Simón Bolívar. El autor que presente el mismo artículo a otra revista, que ya hubiese sido publicado o se fundamente en una versión ya publicada, deberá notificar el particular al editor de la revista.
3. El artículo debe ser remitido en un original impreso y en un disquete a la siguiente dirección:

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

Área de Derecho.

Av. Toledo N22-80

Quito - Ecuador

Fax (593-2) 322 8426

Teléfonos: (593-2) 322 8031, 322 8436

Dirección electrónica: dmartinez@uasb.edu.ec

4. Los criterios para la presentación de los artículos son los siguientes:
Deberán ser escritos en programa de procesador de texto Microsoft Office, Word 7,0 (o inferiores), con tipo de letra Times New Roman, tamaño 12, en una sola cara a espacio simple. Las páginas estarán numeradas, el texto justificado. La extensión máxima será de 20 páginas Inen A4, equivalentes a 55.000 caracteres aproximadamente.
Todo artículo debe ir acompañado del nombre del autor en la parte superior derecha.
Se solicita que cada trabajo esté acompañado de un resumen o síntesis en castellano (no más de 10 líneas).
Cuando se quiera llamar la atención sobre alguna palabra se usarán las cursivas, sin subrayar ni usar negritas. Se evitará también, en lo posible, el uso de abreviaturas. No se usarán cursivas en los títulos de los artículos.
Las notas bibliográficas se realizarán al pie de cada página de la siguiente manera:
Nombre y apellido del autor, título de la obra (en *cursivas*), ciudad, editorial, año y número de página o páginas de donde se tomó la referencia. Por ejemplo:

Javier Viciano, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, p. 206.

En caso de citas posteriores de la misma obra, se señalará únicamente el nombre y apellido del autor, título de la obra y número de página, así: Javier Viciano, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, p. 206.

Se deberá ser consistente con esta forma de citar a lo largo del texto.

Para las citas de revistas o publicaciones periódicas se solicita realizarlas de la siguiente manera: Nombre del autor, título (entre comillas “ ”), nombre de la revista (en *cursiva*), tomo o volumen, número del ejemplar, ciudad de edición, año de publicación y página o páginas citadas. Ej.: Xavier Gómez, “Los derechos de propiedad intelectual”, en *Foro: revista de derecho*, No. 1, Quito, 2003, pp. 85-121.

Las referencias bibliográficas deben presentarse al final del artículo bajo el nombre de “Bibliografía” y contendrá los siguientes datos: apellido y nombre del autor, título de la obra, tomo o volumen, lugar, casa editorial, año de publicación, número de edición. De preferencia no irán numerados y se relacionarán por orden alfabético, y por año de publicación; por ejemplo: Viciano, Javier, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.

Las citas textuales de hasta cuatro renglones deben escribirse entre comillas y seguido al texto; cuando excedan este número de líneas deben escribirse en párrafo aparte, en un tamaño de letra inferior al resto del texto, con una sangría diferente y con un renglón blanco antes y otro después; si el autor añade algo al texto transcrito deberá ponerlo entre corchetes.

Tablas, gráficos, cuadros, ilustraciones, etc., deben formar parte del texto del artículo e indicarán claramente el título, número, fuente de procedencia y deberán contener los respaldos en versión original con la descripción de los programas utilizados.

Cualquier otro aspecto sobre el formato debe resolverse por el autor observando uniformidad y consistencia.

5. Los autores adjuntarán a su trabajo un resumen no superior a cinco líneas de su hoja de vida.
6. Se debe consignar la dirección y demás datos de ubicación del autor, con el propósito de notificar la recepción de los artículos, así como cualquier decisión del Comité Editorial.
7. La evaluación de los trabajos la realizará el Comité Editorial de la revista, los académicos especializados o consultores externos (se conservará el anonimato del autor) quienes resolverán su publicación. Independientemente de esta decisión los trabajos no serán devueltos al autor.
8. Los editores y demás responsables de la revista se reservan el derecho de realizar las correcciones de estilo y modificaciones editoriales que crean necesarias.



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador

RECTOR

Enrique Ayala Mora

DIRECTOR ÁREA DE DERECHO

José Vicente Troya Jaramillo

Toledo N22-80, apartado postal 17-12-569 • teléfonos 593(2) 322 8031, 322 8436

Correo electrónico: ealban@corpmyl.com, dmartinez@uasb.edu.ec

www.uasb.edu.ec

Quito - Ecuador



CORPORACIÓN
EDITORIA NACIONAL

Roca E9-59 y Tamayo, teléfonos 593(2) 255 4358, 255 4658, 256 6340, fax: ext. 12

Apartado postal 17-12-886, correo electrónico: cen@accessinter.net

www.cenlibrosecuador.org

Quito - Ecuador

Valor de la suscripción bianual:

Ecuador: \$ 28.80

América: \$ 60.00

Europa: \$ 77.00

Resto del mundo: \$ 86.60

Dirigirse a:

CORPORACIÓN EDITORA NACIONAL

Roca E9-59 y Tamayo, apartado postal: 17-12-886, teléfonos: 593(2) 255 4358,

256 6340, fax: ext. 12. Correo electrónico: ventas@cenlibrosecuador.org

Quito - Ecuador

Se acepta canje con otras publicaciones periódicas.

Dirigirse a:

**UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR, SEDE ECUADOR,
Centro de Información**

Toledo N22-80, apartado postal: 17-12-569, teléfono: 593(2) 322 8094

Correo electrónico: biblioteca@uasb.edu.ec

Quito - Ecuador

SUSCRIPCIONES

CANJES

Gina Chávez Vallejo, Xavier Gómez Velasco y Agustín Grijalva Jiménez, *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*, Serie Estudios Jurídicos, vol. 28, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2007.

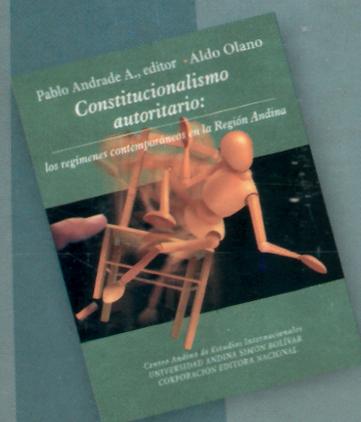
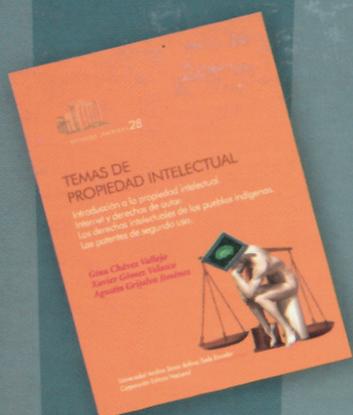
Esta obra ofrece una visión moderna y múltiple de varios temas clave de propiedad intelectual. Sus estudios hacen especial referencia sea al Ecuador o a los países andinos. Incluye una clara introducción a las áreas de derechos de autor y patentes, examina el problema de derechos de autor en Internet, la protección de conocimientos tradicionales y de patentes de segundo uso. El presente libro constituye un serio aporte conceptual y útil herramienta de consulta en medio de la escasa bibliografía ecuatoriana sobre propiedad intelectual.

Alberto Acosta, Susana López y David Villamar, *La migración en el Ecuador: oportunidades y amenazas*, Serie Estudios Internacionales, vol. 6, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2006.

Las migraciones internacionales son un proceso humano atado a la expansión del capitalismo global. En el caso ecuatoriano, es posible advertir dos etapas migratorias, orientada la primera a Estados Unidos, y a España la segunda; esta última especialmente a partir de la mayor crisis acaecida en el país, a fines del siglo XX. En todos los casos, las remesas enviadas por quienes migran juegan un papel importante en la economía y han contribuido a la disminución de la pobreza y la desigualdad. El libro se desarrolla en torno a la migración en el Ecuador, sus oportunidades y amenazas, y formula algunas recomendaciones para la acción en el campo económico, social y político.

Pablo Andrade A. (editor) y Aldo Olano, *Constitucionalismo autoritario: los regímenes contemporáneos en la región andina*, Serie Estudios Internacionales, vol. 5, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2005.

En los países andinos, las esperanzas puestas en un progreso constante basado en el feliz matrimonio entre democracia liberal y economía de mercado no se han cumplido. En su lugar, a lo largo de la década de los noventa del siglo veinte Venezuela, Colombia, Ecuador, Perú y Bolivia han vivido rápidos y turbulentos procesos de cambio político. El presente libro pretende, a partir del análisis histórico-político de los procesos en Ecuador, Venezuela y Perú, contribuir a esclarecer las luchas sociales que han dado origen a esos cambios, y precisar cuál es el legado histórico que la inestabilidad y las nuevas instituciones dejan para nuestro futuro político.



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador



CORPORACIÓN
EDITORA NACIONAL



9 771390 246002

07