

iURIS

REVISTA DE LA
FACULTAD DE
JURISPRUDENCIA
Y CIENCIAS
POLÍTICAS
Y SOCIALES

14

UNIVERSIDAD DE CUENCA

340.5

Revista IURIS / Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales. N° 14 (2013). Cuenca: Universidad de Cuenca, 2013. ISSN 1390-0846

DECANO

Carlos Castro Riera

SUBDECANA

Lucila Bermúdez Coronel

COORDINADOR

Víctor Manuel Quesada Orellana

DIAGRAMACIÓN

Dis. Ismael Segarra Carrasco

IMPRESIÓN

Gráficas Hernández

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales
Universidad de Cuenca

Fax: 4051135

Email: jurisprudencia@ucuenca.edu.ec

Cuenca - Ecuador

IURIS	N°14	Universidad de Cuenca	Junio de 2013	ISSN 1390-0846
-------	------	-----------------------	---------------	----------------



Índice

619048

4
Presentación

6
El Neoliberalismo y la Universidad
CARLOS CASTRO RIERA

27
Comentarios al reglamento de sanciones a las máximas autoridades de las entidades del sistema de educación superior, expedido por el Consejo de Educación Superior, (CES)
JORGE MORENO YANES

37
El alcance del Estado constitucional de derechos y justicia del artículo 1 de la Constitución del 2008.
FERNANDO T. GONZÁLEZ CALLE.

44
Balace de la reforma jurídica en el Ecuador
JORGE MORENO YANES

61
Perspectivas del Código Orgánico Integral Penal (COIP)
CARLOS CASTRO RIERA

68
De un plumazo...
SIMÓN VALDIVIESO VINTIMILLA

73
"Competencia de los gobiernos autónomos descentralizados"
JORGE MORENO YANES

93
Democracia y participación: entre el miedo, la incertidumbre y el riesgo
FRANCISCO ASTUDILLO LUCERO

100
Un testimonio documental histórico

10- XI - 2013

uf 155091

uf 155092

uf 155093

uf 155096

uf 155097

uf 155098

uf 155100

uf 155102

uf 155104

Presentación

La Revista IURIS N° 14 presenta aportes muy importantes de distinguidos catedráticos de nuestra Facultad. Así el Dr. Jorge Moreno Yanes, profesor de Derecho Administrativo de la carrera de Derecho nos presenta un análisis muy profundo y riguroso sobre el reglamento de sanciones a las máximas autoridades de las entidades del sistema de educación superior, emitido por el Consejo de Educación Superior, así como realiza un balance muy objetivo de la reforma jurídica en el Ecuador y de la competencia de los gobiernos autónomos descentralizados.

Por su parte el Dr. Fernando González Calle, nos comparte una importante reflexión jurídica sobre el alcance de tan importante categoría jurídica del Estado constitucional de derechos y justicia, cuya comprensión es de trascendental importancia para aquilatar bien el carácter del ordenamiento jurídico vigente.

De igual forma el distinguido magistrado de justicia penal Dr. Simón Valdivieso Vintimilla, expone sus brillantes reflexiones en torno a las transformaciones jurídicas que se han operado en el Ecuador contemporáneo, en tanto que el Lic. Francisco Astudillo Lucero nos introduce hacia la comprensión del curioso mundo de las relaciones entre democracia, participación ciudadana, miedo, incertidumbre y riesgo.

En la Revista también consta un estudio sobre la Universidad en el contexto del neocapitalismo de mi autoría y se ha reproducido la intervención que realicé en la inauguración del seminario sobre el Proyecto de Código Orgánico Integral Penal, organizado por la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Cuenca.

El presente número de la Revista IURIS se elabora en circunstancias en que la Universidad de Cuenca vive momentos trascendentales para su desenvolvimiento presente y futuro, motivadas por resoluciones del Consejo de Educación Superior al ordenar al Rector de la misma que reemplace a los Decanos y Subdecanos elegidos democráticamente con posterioridad a la Ley Orgánica de Educación Superior (LOES) y con anterioridad al Reglamento General a dicha Ley.

Por estas consideraciones la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales, en este número de la Revista IURIS, quiere dejar constancia de un testimonio documental histórico de lo que está ocurriendo en nuestra Universidad,

y para ello se han recopilado documentos que son necesarios conservarlos, para que de esta manera las actuales y futuras generaciones de autoridades, docentes, estudiantes, empleados, obreros y directivos de los diferentes estamentos universitarios asuman conciencia de lo que acontece y la responsabilidad histórica de cada uno frente a estos momentos trascendentales para la vida de nuestra querida Universidad.

Esperamos que este número de la Revista IURIS cumpla su objetivo y que en el futuro se continúe con la producción más frecuente de tan importante Revista en cuyas ediciones se deja la huella histórica de los principales momentos de nuestra Facultad y Universidad.

Finalmente agradezco, al personal de Secretaría, por haber ayudado al levantamiento de los textos, a todos quienes han colaborado con los artículos y de manera especial al Mgtr. Manuel Quesada Orellana, Profesor de la Facultad, quien se responsabilizó de coordinar todos los aspectos para la edición del presente número de la Revista IURIS, como lo ha hecho en otras ocasiones, en calidad de responsable de las publicaciones de la Facultad.

Dr. Carlos Castro Riera
Decano de la Facultad



El Neoliberalismo y la Universidad

CARLOS CASTRO RIERA

Síntesis: se analizan las modificaciones de la Universidad Ecuatoriana, en relación con las diferentes etapas del desarrollo por las cuales ha atravesado la sociedad ecuatoriana, en el contexto del sistema mundo, particularmente en la época de la llamada revolución ciudadana.

Palabras Clave: universidad, modelo de desarrollo, globalización, acumulación, conocimiento, ciencias, tecnología, innovación, educación superior, docencia, vinculación, investigación, ley, reglamento.

Cuando entró en vigencia la Constitución de Montecristi (R.O 449: 20-X-2008), las universidades ecuatorianas, estaban convencidas que su ulterior evolución, estaría guiada por los objetivos del Estado Constitucional de Derechos y Justicia y del régimen de desarrollo, pensado en función del buen vivir.

Sin embargo esta ilusión no consideró una vez más que las universidades han estado articuladas y subordinadas a las necesidades de los intereses hegemónicos del desarrollo del capital y que por lo mismo, en la época presente, la llamada “revolución ciudadana” -al margen del discurso ideológico-, no es sino el rostro de una reforma y modernización profunda del viejo capitalismo oligárquico del país, en uno nuevo, con fuerte intervención Estatal, cambio de la matriz productiva y de las relaciones internacionales con el capital transnacional.

Por lo tanto, para comprender la política real de la revolución ciudadana frente a las universidades es necesario comparar las relaciones Estado-Universidad en el pasado y en presente y sus proyecciones.

1. La herencia colonial y napoleónica

Al fundarse las universidades ecuatorianas -la Central de Quito (1826), la de Cuenca y Guayaquil (1867-68)-, éstas recibieron la herencia de las universidades coloniales que se implantaron siguiendo el modelo de las universidades españolas que durante la época transitaron por una estructura escolástica medieval y napoleónica.

Iván Carvajal Aguirre, señala que “...el esquema de la universidad colonial se mantuvo en la universidad republicana hasta la clausura de García Moreno en 1869...ese acto de clausura no es solamente el resultado de una intervención autoritaria, sino que se lo hace a nombre de la modernización, de la necesidad de introducir las ciencias de la naturaleza y las nuevas profesiones técnicas...de ahí que reemplace la Universidad Central por la Escuela Politécnica Nacional, suspendiendo los estudios de teología, derecho y medicina, y abriendo las puertas a las ciencias naturales”¹. ¡Como se dan la mano el autoritarismo y la modernización en la historia nacional!

1 Carvajal Aguirre, I. (2009). Universidad y Conocimiento. En PUCE: Facultad de Economía, *Simposio permanente sobre la universidad. La universidad y la sociedad*. Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 15-65.

La estructura académica napoleónica se reprodujo en las universidades creadas a mediados del s. XX, modelo que se caracteriza esencialmente por su orientación hacia la formación profesional con facultades aisladas desvinculadas del área del conocimiento por su reducción a una sola parcela del saber, planes y programas de estudio lineales y rígidos, duplicación de recursos humanos y materiales, repetición de un mismo curso en distintos programas, poco espacio para la investigación científica, invención técnica y transferencia tecnológica, escaso contacto entre docencia e investigación, rasgos que perduran hasta el día de hoy.

2. Universidad e industrialización por sustitución de importaciones

Desde mediados del s. XX, con el despliegue del modelo de industrialización por sustitución de importaciones², las universidades acentuaron su orientación profesionalizante al servicio de dicho modelo desarrollista creándose nuevas carreras técnicas y diversificándose la oferta académica.

En ese contexto, la Reforma de Córdova, la revolución cubana, la consolidación del campo socialista y de los movimientos de liberación nacional, el desarrollo del movimiento obrero y campesino, el fortalecimiento de los partidos de izquierda (PCE, PSRE, MRIC, PCMLE, MIR) y la II Reforma Universitaria liderada por Manuel Agustín Aguirre, influyeron para que las universidades adopten una posición contestataria frente al sistema.

En este período se produce un significativo desarrollo de la filosofía, el pensamiento social, el humanismo y las ciencias sociales motivados por la influencia del marxismo y otras corrientes ideológicas.

En estas circunstancias se impuso el autoritarismo y la violencia de las dictaduras que se instrumentaron para la modernización capitalista y la represión al movimiento estudiantil, obrero y campesino, en el marco de la Doctrina de la Seguridad Nacional y la utilización de una legislación dictatorial anti terrorista que criminalizó la lucha social y en cuyo escenario se torturó, encarceló y asesinó a varios dirigentes populares.

3. Neoliberalismo y universidad

Las transformaciones de la economía mundial iniciada a mediados de la década del 70 del s. XX, llevaron a la implantación del neoliberalismo orientado por las políticas de ajuste del FMI, el achicamiento (llamado modernización) del Estado, la desregularización y supresión de las barreras del mercado, la privatización de las empresas y los servicios públicos y el desmontaje de las medidas intervencionistas del Estado Social de Derecho.

El neoliberalismo determinó nuevos cambios para la universidad, a partir del desprestigio del ámbito estatal y público y la revalorización del mercado y lo privado, de forma que en las universidades se debilitan las posiciones críticas y se posicionan las teorías apologéticas del capitalismo “exitoso”.

2 Dávalos A, Pablo. (2009). ¿Universidad y Desarrollo o pluriversidad y Buen Vivir??. En PUCE: Facultad de Economía, *Simposio permanente sobre la universidad. La universidad y la sociedad*. Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 67-92.

Toda la base ideológica y teórica de las ciencias sociales centrada en el marxismo, fue desvalorizada basándose en el triunfo del capitalismo neoliberal y la derrota del socialismo estalinista. La universidad que pensaba en los problemas de desarrollo de la sociedad, paso a ser regida llana y simplemente por el mercado.

4. De la “universidad del desarrollo” a la “universidad del mercado”

La universidad del desarrollo de las décadas del 60 y 70 del s. XX, fue sustituida por la universidad del mercado a partir de los años 80 y que predomina hasta la actualidad, de manera que las universidades se insertaron en la dinámica de la “sociedad de la información” y la “economía del conocimiento”, que tienden a excluir todo saber que no sea inmediatamente “instrumental”, “útil”, “pragmático”, “técnico” o convertible en tecnología, que no tenga valor mercantil, que no se inscriba de manera directa en la economía, y en el mercado globalizado³.

Aquellas exigencias determinaron que la universidad se oriente a la formación de técnicos, y en los países más avanzados a los estudios de punta de la investigación tecnológica y la innovación, supeditada por completo a las necesidades del mercado global y que la investigación científica esté determinada por las conveniencias instrumentales del capital, y es desde esos intereses que se fijan los objetos, recursos y condiciones institucionales de la investigación.

Por ello es legítima la preocupación por el lugar de las humanidades en las universidades del s. XXI, preocupación que se liga al del carácter de la cultura ha construirse.

En este escenario algunos campos y disciplinas, especialmente las ligadas directamente y claramente con la producción de bienes y servicios demandados por el mercado, adquieren mayor importancia y se exige de la Universidad que sea también emprendedora siguiendo el ejemplo de la iniciativa de la empresa privada.

Al respecto José Luis Pardo, profesor titular de Filosofía de la Universidad Complutense de Madrid, en su artículo “El conocimiento líquido - Sobre la reforma de las universidades públicas” señala que “Es cierto que este esquema, aplicable a las llamadas ciencias duras (que por este camino tienden a perder toda su dureza y a desentenderse cada vez más de la llamada “investigación fundamental”), a las técnicas y a las ciencias sociales, no funciona exactamente igual en el terreno de las “humanidades” y las “artes”, en el cual la imposibilidad de traducir el saber en términos de rentabilidad empresarial inmediata no afecta solamente -como en las ciencias “duras” y en las “sociales”- a parcelas específicas (que es fácil considerar como áreas “a extinguir”), sino a la totalidad de su Quehacer...en este punto se opera con...el principio de la “rentabilidad social” (y el de la consiguiente “demanda social”), la expresión más cruda de este criterio se ha visto perfectamente en algunas universidades de las cuales han desaparecido todos los departamentos de literatura salvo los dedicados a lenguas “socialmente rentables” (es decir, a idiomas cuyo aprendizaje supone una habilidad demandada por los empleadores), si bien reducidos éstos exclusivamente a la enseñanza de la lectoescritura en dichas lenguas, el asunto tiene mucho más calado. En estas áreas como en las demás, la supervivencia depende de la financiación de “proyectos de investigación”, pero como en ellas las empresas privadas no están dispuestas a arriesgar un céntimo y la

³ Carvajal Aguirre I. Op.cit.

poética barata de la “investigación + desarrollo + innovación” se viene abajo con toda su pompa, son las instituciones oficiales las encargadas de definir las áreas prioritarias, o sea aquellas en donde los gobiernos sí están dispuestos a repartir caridades financieras con fondos públicos³⁴.

5. La sociedad de la información y la universidad “emprendedora”

Bajo el contexto planteado, la sociedad de la información, del conocimiento y de la innovación que se basa en los avances de las tecnologías de la información y comunicación, la subordinación del desarrollo a la asimilación del conocimiento científico y el desarrollo de la ciencia y tecnología, demanda una revisión radical de la universidad, para hacerla funcional a los requerimientos del capitalismo global, lo que implica una vinculación íntima entre universidad, empresas, mercado y poder político.

En esta nueva sociedad, la capacidad de aprender -conocimientos y habilidades y destrezas útiles para el mercado- incide en la competencia, por lo que deben sustituirse los antiguos modelos de aprendizaje por el de aprender haciendo, la creatividad, capacidad de innovar, aprender a aprender y avanzar en la cultura de la técnica y superar el entorno cultural “arcaico” pre neoliberal.

Por lo tanto, la universidad debe ser emprendedora, desarrollando mecanismos que incorporen las características de la sociedad del conocimiento, y asumir la innovación como una respuesta de la ciencia a requerimientos empresariales en un mercado cada vez más competitivo.

Según este concepto, el conocimiento debería entonces basarse hoy, en una continua actividad de investigación ligada a las demandas del mercado, la acumulación neocapitalista y el extractivismo.

Desde estas visiones la universidad se considera como una “incubadora de empresas” debiendo preparar profesionales con capacidad de emprendimiento y espíritu empresarial, para lo cual debe crear “agencias de gestión tecnológica” para facilitar la relación entre investigadores y empresas; “oficinas de transferencia de tecnología” para el sector productivo y protección de la propiedad intelectual; “parques científicos tecnológicos” donde participen empresas, centros de investigación y entidades empresariales.

6. El derecho al servicio del mercado

Las transformaciones neoliberales exigían también la reestructuración del marco jurídico normativo, el mismo que tomó impulso con el gobierno de Sixto Durán-Alberto Dahik, cambios relacionados con la legislación de telecomunicaciones, regulaciones del Internet, comercio electrónico, mensajes de datos, contratos y obligaciones electrónicas, protección al consumidor en red, normalización técnica, competencia, derechos intelectuales y nuevas tecnologías, propiedad intelectual, sistemas de pagos, trámites y tributación en red, infracciones informáticas y en general en las diversas ramas de la vinculación entre el derecho y la informática.

⁴ Pardo, J.L. (2008). El conocimiento líquido - Sobre la reforma de las universidades públicas. Disponible en: <http://firgoa.usc.es/dropal/node/41470> Consulta 31-03-2013

De igual forma se forjó un nuevo derecho económico y se expidieron leyes de desregularización económica y de facilitación e incentivo de procesos de privatización, transformación de empresas, liberalización de los precios de los productos y servicios, libre flotación de las tasas de interés y de los servicios bancarios, se flexibilizó la legislación laboral, se impulsó la intermediación laboral y la tercerización de los servicios.

Las reformas tributarias y financieras favorecieron los emprendimientos empresariales privados, con exoneraciones impositivas, facilidades crediticias y eliminación de barreras arancelarias, generando mecanismos de fomento para la producción y permitiendo la libre determinación de los precios por parte del mercado.

Para la facilitación de los negocios principalmente financieros, y para la protección de los derechos de propiedad y de las grandes empresas, se dictaron tanto las leyes de comercio electrónico como de propiedad intelectual, se idearon nuevas formas y normas de propiedad, la propiedad tangible paso a ser un bien inmaterial y se formuló una nueva arquitectura financiera con negocios absolutamente especulativos cuyas consecuencias vendrían a expresarse en la crisis capitalista mundial que se inició en el 2007-2008 como crisis inmobiliaria.

Se forjó un nuevo Derecho Administrativo para flexibilizar las estructuras político territoriales en función del mercado, por lo que se impulsó la descentralización y la autonomía, se legitimaron los procesos de delegación del Estado para la explotación de los servicios y de los recursos naturales, llegándose a constitucionalizar la garantía a dichos contratos, y se estableció la delegación de la capacidad legislativa al ejecutivo, y aun de la capacidad de regulación a las empresas concesionarias de los servicios

El derecho neoliberal reguló relaciones de una economía con libre concurrencia de monopolios, empresas transnacionales y multinacionales, pretendiendo una sociedad donde se universaliza el mercado, concediéndole a este la capacidad de regulación automática de los precios sin ninguna intervención Estatal, y para paliar las consecuencias de la imposición de precios, se expiden leyes de defensa del consumidor al igual que leyes antimonopolistas, para el libre juego del mercado.

En el plano internacional, surgió un entramado jurídico caracterizado por el establecimiento de una suerte de mega constitución mundial esto es una súper estructura jurídico política mundial, garante de una organización mundial basada en el libre comercio y la flexibilización total de las fronteras de los Estados en materia aduanera y arancelaria, siendo su máximo objetivo el establecimiento de un mercado universal, con normas mercantiles igualmente universales, para lo cual se incentivaron procesos de integración regional como son los tratados de libre comercio y el arbitraje y mediación internacional.

7. El impacto del neoliberalismo en las relaciones entre saber, ética, poder y humanismo

Todas las transformaciones neoliberales condujeron a que en el plano de los saberes, de la ciencia y la cultura general, se generen o se profundicen rupturas y abismos entre las ciencias sociales, las ciencias naturales y las humanidades, entre ética y conocimiento, ética y política, ideología y ciencia social, palabra y testimo-

nio, de manera que se desembocó en el más pueril mercantilismo, consumismo, deterioro y destrucción de las condiciones de vida y de la naturaleza.

Por otra parte en la medida que el objetivo del conocimiento es la “praxis social”, por lo tanto la transformación del mundo y de la sociedad, aquello implica relaciones de poder y en la época actual como nunca antes se acentúa la voluntad del poder de controlar el conocimiento, las investigaciones, la actividad científica en general para supeditarlas a los intereses del neocapitalismo, para lo cual desde los intereses del capital transnacional se impulsaron transformaciones de las universidades (como los acuerdos de Bolonia) para subordinarlas al mercado global, tanto más si la ciencia se ha convertido en la principal fuerza productiva de la humanidad. Conocidos son los efectos cuando el saber se supedita incondicionalmente al poder.

8. Revolución ciudadana: ruptura y continuidad

Es en este escenario histórico donde irrumpe la revolución ciudadana y se imponen nuevas transformaciones para las universidades, debiendo precisarse que, una fue la propuesta y la praxis inicial de la revolución ciudadana, y otra cuando el gobierno cambia de rumbo y se aleja del programa político e la Constitución de Montecristi.

8.1. La Ley Orgánica de Educación Superior (LOES)

Cuando se promulgó la Ley Orgánica de Educación Superior (LOES) vastos sectores ciudadanos coincidieron en señalar que muchos de sus contenidos expresan una concepción autoritaria y antidemocrática de la relación Estado-Universidad y que jurídicamente son inconstitucionales.

Efectivamente la LOES concentra el control político del gobierno respecto del sistema de educación superior, estableciendo un tramado institucional en cuya cúspide se yergue el Secretario Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación, designado por el Presidente de la República.

La forma misma de integración del Consejo de Educación Superior (CES), del Consejo de Evaluación, Acreditación y Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior (CEAACES) y de la Secretaría Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación a más de distanciar a estos organismos de las instituciones que conforman el sistema de educación superior, les subordina a éstas y a aquellos, a la SENESCYT en nombre de que el gobierno tiene la atribución de definir las políticas públicas, irrespetándose el art. 353 de la Constitución que dice:

“El sistema de educación superior se regirá por:

1. Un organismo público de planificación, regulación y coordinación interna del sistema y de la relación entre sus distintos actores con la Función Ejecutiva.
2. Un organismo público técnico de acreditación y aseguramiento de la calidad de instituciones, carreras y programas, que no podrá conformarse por representantes de las instituciones objeto de regulación”.

Se sostuvo por parte del régimen⁵ para defender la constitucionalidad de las competencias y atribuciones que se confirieron a la SENESCYT en la LOES, que el Art. 351 de la Constitución, "...delega o faculta a la Ley para que sea ésta la que establezca los mecanismos de coordinación del sistema de educación superior con la Función Ejecutiva, al determinar en su parte pertinente: "la ley establecerá los mecanismos de coordinación del sistema de educación superior con la Función Ejecutiva".

Al respecto se debe aclarar que se pretendió pasar por alto, el hecho de que, la propia Constitución establece el organismo de relación entre el sistema de educación y la Función Ejecutiva, al señalar en el Art.353 en su parte pertinente que:

"El sistema de educación superior se regirá por:

Un organismo público de planificación, regulación y coordinación interna del sistema y de la relación entre sus distintos actores con la Función Ejecutiva". (Lo destacado es nuestro).

Ese organismo público de planificación, regulación y coordinación interna del sistema y de relación con la Función Ejecutiva, no es otro que el CES.

Por lo tanto la LOES debía limitarse a desarrollar los mecanismos de coordinación entre dicho organismo y la Función Ejecutiva, más no crear una Secretaría como la SENESCYT que subordina tanto al CES como al segundo organismo, establecido en el mismo Art. 353 de la Constitución como es el CEAACES.

Al final la LOES le transformó al Secretario Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación, designado por el Presidente de la República, en un rector de rectores, en nombre de qué es al Estado a quien corresponde establecer las políticas educativas.

Claro que le corresponde al Estado establecer las políticas educativas, pero en el marco de la Constitución y a través de los organismos establecidos por ella, en este caso el Consejo de Educación Superior, siendo así que la SENESCYT, debería ser un organismo ejecutivo, de carácter operativo subordinado a dicho Consejo, que es el organismo a través del cual el Estado debería establecer la política educativa.

Por lo tanto el organismo de coordinación del sistema de educación superior con la Función Ejecutiva, referido como principio en el Art. 351 de la Constitución, no es diferente al especificado en el Art. 353 N° 1 de la misma.

En este sentido, una de las normas que de mejor manera expresa la concentración de poder en la SENESCYT es la contenida en el art. 183 de la LOES que entre otros aspectos, establece que la referida Secretaría tendrá las atribuciones que le "confiera la Función Ejecutiva y la presente Ley".

⁵ General a la LOES escrito por mi persona en el N° 65 de la misma revista de Noviembre del 2011. Luego en el N° 69 de la misma Revista de Marzo del 2012, bajo el título de "Una contraréplica necesaria" refuté los argumentos expuestos en la referida carta.

Se dijo por parte del régimen⁶ que era una chifladura sostener que la LOES, concentra el poder en la SENESCYT, siendo una de las expresiones lo establecido en el Art. 183 literal j) de la LOES, que dice:

"Art. 183.- Funciones de la Secretaría Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación.- Serán funciones de la Secretaría Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación, las siguientes:

j) Ejercer las demás atribuciones que le confiera la Función Ejecutiva y la presente Ley". (Lo destacado es nuestro).

Se sostuvo que: "...esta es una atribución competencial muy común en el Derecho Administrativo, por cuanto los funcionarios públicos no podemos ejercer más atribuciones que las que nos confieren la Constitución y las leyes. Por lo que esta norma es de carácter residual, pero en ningún caso, puede violar el principio constitucional de reserva de ley; en este sentido las atribuciones reglamentarias no pueden, ni de lejos, contravenir las leyes ni imponer nuevas obligaciones o prohibiciones originarias al Administrado". (Lo destacado es nuestro).

Cierto es que los órganos y los funcionarios públicos no pueden ejercer otras atribuciones que las determinadas en la Constitución y la Ley, pero nuevamente se pasa por alto que el literal j) del Art. 183 de la LOES confiere a la SENESCYT las atribuciones no solo conferidas por la Ley, sino por la Función Ejecutiva.

Si el referido literal dijera "Ejercer las demás atribuciones que le confiera la presente ley", estaríamos ante una fórmula común y corriente que se utiliza en la técnica legislativa y que es respetuosa del principio de reserva de ley, pero otra cosa es decir, que ejercerá las atribuciones que le confiera la Función Ejecutiva y la presente ley, con lo que las competencias de la SENESCYT no solo nacen de la ley, sino de la voluntad de la Función Ejecutiva.

Se creó pues una institución en abierta contradicción con la Constitución, y se la convirtió en rectora del sistema de educación superior, con lo que se atenta a la seguridad jurídica, a la autonomía universitaria y se agudizó un modelo autoritario del ejercicio del poder sin generar los espacios necesarios para alcanzar consensos mínimos entre los actores de la educación superior.

8.2. El Reglamento a la LOES

8.2.1. Tiempo de limbo jurídico

Desde que entró en vigencia la LOES (R.O. 298:12-X-2011), transcurrieron once meses para expedirse el Reglamento General a dicha Ley, lapso en el cual las universidades vivieron entre la inercia del pasado y las novedades de una Ley cuya mayor parte de disposiciones no han podido aplicarse y seguirán en el papel tanto porque aún faltan algunos reglamentos específicos anunciados en la Ley, cuanto por ser impertinentes con la realidad en que se encuentran las universidades.

Esta demora en la expedición del Reglamento General a la LOES y la con-

⁶ Idem

formación del CES y CEAACES, que generó tanta expectativa, significó para las universidades una grave pérdida de tiempo para la implementación de exigencias señaladas en la LOES, particularmente en los procesos de concursos para la dotación de nuevos docentes, así como en la planificación y en la ejecución de carreras, programas académicos, postgrados, investigación, evaluación y acreditación.

El Reglamento General a la LOES, expedido mediante Decreto Ejecutivo N°865 del 1- IX-2011, agravó el autoritarismo del poder frente a las Universidades y muchas de sus disposiciones son contrarias no solo a la Constitución sino a la propia LOES.

8.2.2. Autocracia o democracia universitaria

Lo primero que llamó la atención del Reglamento a la LOES es su reacción en contra del principio esencial que constituye al Estado Constitucional de Derechos y Justicia, como es la participación democrática de los ciudadanos, expresada en las elecciones universales que permite a los diversos colectivos sociales, comunidades y sociedades, construir su representación política.

En efecto el art. 2 del Reglamento, prohíbe designar a las autoridades académicas (decanos, subdecanos o de similar jerarquía) mediante elecciones universales, es decir impide que dichas autoridades sean resultado de la expresión democrática de profesores, estudiantes y trabajadores, en contradicción con lo dispuesto en el art. 53 de la LOES que señala que las autoridades académicas podrán ser reelegidas consecutivamente. El referido artículo dice: “Las autoridades académicas serán designadas por las instancias establecidas en el estatuto de cada universidad o escuela politécnica, las cuales podrán ser reelegidas consecutivamente o no, por una sola vez.

Se entiende por autoridad académica los cargos de decano, subdecano o de similar jerarquía”.

Se señaló por parte del régimen⁷ que es un dislate jurídico el criterio sostenido en el sentido de que el Art. 2 del Reglamento General a la LOES al prohibir que las autoridades académicas sean designadas mediante elecciones universales, afecta la democracia interna de las universidades.

Se sostuvo que “Las Universidades son instituciones de enseñanza superior, no centros de politiquería para fomentar el deterioro y/o estancamiento del nivel académico de los estudiantes, es por esto que en la vigente Ley Orgánica de Educación Superior, con la finalidad de sacar adelante al país, se optó, respetando la autonomía universitaria, por eliminar las elecciones universales de las Autoridades Académicas y que éstas sean designadas por las instancias determinadas en el estatuto de cada universidad o escuela politécnica”.

Primero aclaremos que de acuerdo al texto del Art. 53 de la LOES, las autoridades académicas podrán ser **reelegidas** consecutivamente o no, por una sola vez.

7 Idem

Por su parte el Art. 56 de la misma Ley, manifiesta que cuando existan listas **para la elección** de autoridades académicas, éstas deberán ser integradas respetando la alternancia, la paridad de género, igualdad de oportunidades y equidad conforme a la Constitución.

En consecuencia tanto el Art. 53 como el 56, establecen la posibilidad de la **elección para designar a las autoridades académicas**, normas que a su vez están en concordancia con el Art. 45 de la misma Ley, que define al cogobierno como la dirección compartida de las universidades por parte de profesores, estudiantes, empleados y trabajadores.

Es el Reglamento General a la LOES, que prohíbe que la designación de las autoridades académicas se haga por elecciones universales, recurriendo para ello a ordenarnos, que debemos entender por **reelección** de las autoridades académicas “una segunda designación consecutiva o no”.

En segundo lugar, no se entiende por qué ha de ser politiquería la elección universal de las autoridades académicas (decanos, subdecanos o de similar jerarquía) y deja de ser politiquería la elección universal de Rector y Vicerrector.

Tampoco se entiende por qué las elecciones universales de las autoridades académicas pueden fomentar el deterioro y/o estancamiento del nivel académico de los estudiantes, y por qué, las mismas elecciones universales del Rector o Vicerrector, ya no han de derivar en el mismo deterioro y/o estancamiento del nivel académico de los estudiantes.

Más difícil es entender que con la finalidad de “sacar adelante al país”, se haya optado, “...por eliminar las elecciones universales de las Autoridades Académicas”, lo cual por analogía debería llevarnos a concluir que para sacar adelante al país habría que optar por eliminar las elecciones universales de Presidente, Vicepresidente, Alcaldes, Prefectos, Asambleístas y Concejales, lo cual sí es un dislate.

Se puede, por otra parte, argumentar a favor de las elecciones de autoridades académicas la historia de las instituciones universitarias. Las universidades públicas ecuatorianas por decenios han elegido a sus autoridades. Facultades que han forjado miles de profesionales y que han gozado de prestigio académico han sido dirigidas por autoridades elegidas por profesores y estudiantes. En varias partes del mundo las comunidades académicas eligen a sus autoridades académicas. Al contrario de lo que se sostuvo, si en algún lugar es posible, deseable y exigible el autogobierno responsable de la comunidad, es en el caso de las comunidades académicas.

Más bien lo que contribuirá a la “*politiquería*” en las universidades es el hecho de que se pretenda que los rectores designen a los decanos y subdecanos a nombre de constituir un equipo de trabajo acorde con el plan propuesto por el rector en la campaña electoral, lo cual significará que los decanos y subdecanos sean de la misma línea ideológica política del rector, rompiendo el principio del pluralismo ideológico que debe existir en los centros de educación superior.

Aún más, dicha designación a dedo bien podría conducir a que se nombren

como autoridades académicas a los del círculo de amistades o simpatizantes de un rector.

Si eso es superar las “*viejas prácticas políticas universitarias*”, entonces quiere decir que los gerentes propietarios de las universidades particulares, han sido los más avanzados, porque ellos designan desde el conserje, secretarios, profesores, directores, decanos y hasta vicerrectores.

Parecería entonces que el modelo de la gestión universitaria, pretendería replicar lo que acontece en el régimen político presidencial: elegido el Presidente de la República, éste designa a sus ministros; elegido el rector, éste designa a sus decanos, todos por supuesto en la línea del partido orgánico o ideológico.

8.2.3. Transferencia de facultades del CES a la SENESCYT

Otro aspecto que está difuso a lo largo del Reglamento, es que siguiendo la misma tendencia de la LOES, se transfieren facultades y atribuciones del CES a la SENESCYT y por lo mismo se trasladan facultades normativas, lo cual sigue siendo abiertamente inconstitucional en virtud de que la ley suprema del Estado confiere la facultad de planificación y regulación del sistema de educación superior al CES.

De igual forma a lo largo del Reglamento a la LOES, se establecen nuevos roles para la SENESCYT: así las instituciones de educación superior reportarán obligatoriamente a dicha Secretaría el número de estudiantes inscritos, número de estudiantes matriculados, número de créditos tomados, horas de asistencia, cumplimiento de obligaciones académicas (art. 5); también se reportará en el tema de bienestar estudiantil los planes operativos de desarrollo institucional (art. 6); articulará los servicios a la comunidad con el Sistema de Nivelación y Admisión (art. 7); verificará la oferta y ejecución de los programas de educación superior (art. 21); conjuntamente con el Ministerio de Cultura establecerá los mecanismos de articulación entre los institutos superiores de artes y conservatorios superiores con la Universidad de las Artes (art.24); definirá mecanismos de articulación de la investigación entre las universidades y las instituciones del sector público que realicen investigación; recomendará intervenciones en las universidades (art.36); diseñará e implementará el examen nacional único de admisión (transitoria Quinta); levantará informe sobre la situación de las universidades que se encuentran ofertando programas conjuntos con universidades extranjeras (Transitoria Décima Segunda).

Se sostuvo por parte del gobierno⁸ que daba pena el sostener que a través del Reglamento General a la LOES se transfieren facultades y atribuciones del CES a la SENESCYT.

Al respecto se debe recordar que la Constitución en su Art. 353 confiere a lo que es el Consejo de Educación Superior las competencias de *planificación, regulación y coordinación interna del sistema* y de la relación entre sus distintos actores con la Función Ejecutiva.

Debe quedar claro en primer lugar que la facultad de regulación interna del sistema de educación superior por disposición de la Constitución la tiene el Consejo de Educación Superior, facultad de regulación que se ratifica en la LOES.

8 Idem

Por su parte el Art. 356 de la Constitución vigente establece en su parte pertinente que: “El ingreso a las instituciones públicas de educación superior se regulará a través de un sistema de nivelación y admisión, definido en la ley”. (El subrayado es nuestro).

La LOES señala en la parte pertinente del Art. 81 que:

“**Sistema de Nivelación y Admisión.**- *El ingreso a las instituciones de educación superior públicas estará regulado a través del Sistema de Nivelación y Admisión, al que se someterán todos los y las estudiantes aspirantes.*”

Para el diseño de este sistema, la Secretaría Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación coordinará con el Ministerio de Educación lo relativo a la articulación entre el nivel bachiller o su equivalente y la educación superior pública, y consultará a los organismos establecidos por la ley para el efecto”.

Si relacionamos las disposiciones constitucional y legal citadas, el CES tiene la facultad o competencia para **regular** el Sistema de Nivelación y Admisión, y la SENESCYT tiene la facultad o competencia para **coordinar** con el Ministerio de Educación la articulación del bachillerato con la educación superior pública.

Ahora bien el literal e) del Art. 183 de la LOES confiere a la SENESCYT entre otros aspectos la facultad de diseñar, implementar y coordinar el Sistema de Nivelación y Admisión.

Ninguno de los términos: **diseñar, implementar y coordinar** es sinónimo de regular.

En conclusión en el marco de la regulación que expida el CES para normar el Sistema de Nivelación y Admisión, la SENESCYT debe diseñar, implementar y coordinar el Sistema de Nivelación y Admisión.

Se planteó por parte del gobierno⁹ que es erróneo sostener que en el Reglamento General de la LOES, se establecen nuevos roles para la SENESCYT.

Al respecto es suficiente comparar las facultades o competencias establecidas en el Art. 183 de la LOES para la SENESCYT, con las establecidas para el mismo organismo en el Reglamento General de la LOES, para darnos cuenta de la adición de funciones vía reglamento.

Esta práctica de que los reglamentos adicione a las facultades establecidas por las leyes, otras que rebasan el contenido de las leyes, no es nueva. Es más bien una práctica recurrente. Para muestra basta constatar como el Art. 95 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, adiciona a las contrataciones bajo el “Régimen Especial” normadas en el Art.2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, otra, como es la contratación de Bienes y Servicios Únicos en el Mercado o Proveedor Único.

9 Idem

8.2.4. No solo inconstitucionalidades sino ilegalidades

Mientras el art. 117 de la LOES, establece que únicamente las universidades de docencia con investigación podrán ofertar grados académicos de PhD o su equivalente, el art. 14 del Reglamento a la LOES, hace extensivo a los títulos profesionales de especialización y los grados académicos de maestría y de PhD o su equivalente.

Ahora bien, para que una universidad sea considerada de investigación, debe contar, al menos con un 70% de profesores con doctorado o PhD, título que solo se lo puede obtener en una de las universidades con reconocimiento internacional establecido en el listado elaborado por la SENESCYT, pero a estas alturas se ha demostrado hasta la saciedad que ninguna universidad podrá cumplir este requisito en el plazo previsto.

Mientras tanto las universidades orientadas a la docencia, solo podrán “*otorgar títulos profesionales de especialización y grados académicos de maestría profesionalizante*”, lo cual no consta en la LOES.

Violación y regresividad de derechos de los docentes

A más de estas exigencias, que hacen casi imposible que los maestros universitarios con más antigüedad accedan a alcanzar un doctorado o PhD, se establece en la disposición transitoria décimo quinta, que los actuales profesores universitarios titulares principales que no obtengan el PhD o su equivalente, luego de transcurrido el plazo de siete años establecido en la LOES (a partir del 12-X-2010), perderán su condición de principales y serán considerados agregados, eso también si tienen el título de maestría afín al área de su cátedra, la misma que también deberá obtenerse en una de las universidades constantes en el listado de la SENESCYT, lo que invalida derechos adquiridos en el marco jurídico constitucional vigente a la época del establecimiento de los mismos.

Se señaló por parte del régimen¹⁰ que es indocto sostener que la disposición transitoria decimoquinta del Reglamento General de la LOES contiene una violación y regresividad a los derechos de los docentes.

Al respecto cabe precisar que si bien es verdad que la Disposición Transitoria Décimo Tercera de la LOES, al establecer el plazo para obtener el PhD, señala a continuación que “De no cumplirse esta condición, los profesores titulares principales perderán automáticamente esta condición”, la Constitución de la República, establece en su Art.11 N° 8 que:

“**Art. 11.-** El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.

Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos”.

No es por lo tanto indocto sostener que la norma transitoria referida es viola-

¹⁰ Idem

toría y regresiva respecto de los derechos adquiridos por los docentes en el marco jurídico constitucional vigente a la época del establecimiento de los mismos.

8.2.5. Norma reglamentaria retroactiva y punitiva

Para rematar el Reglamento en su disposición transitoria décimo octava señala que todos los procesos eleccionarios que se hayan realizado a partir de la vigencia de la LOES podrán ser revisados por el CES, para lo cual será necesaria una denuncia fundamentada a la SENESCYT, la misma que elaborará un informe para el CES y si se detectan “incumplimientos o irregularidades” (¿?) se iniciarán las acciones legales por incumplimiento de la Ley (¿?).

Se calificó por parte del gobierno¹¹ de estolidez, haber calificado a la Disposición Transitoria Décima Octava del Reglamento General de la LOES como de carácter retroactiva y punitiva.

Cuando se reflexiona sobre la matriz ideológica, que está detrás de aquel concepto de elevar a la categoría de infracción los procesos eleccionarios universales para elegir a las autoridades académicas, se lo hace porque bien se sabe lo peligroso que resulta legislar en base de tipos punitivos abiertos.

9. Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior

9.1. Reglamento inconstitucional

El Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, expedido el 31 de Octubre del 2012, está viciado de inconstitucionalidad en virtud de que el Art. 349 de la Constitución de la República, establece que debe ser una ley la que regule la carrera docente y el escalafón.

En efecto el Art. 349 de la Constitución en vigencia, dice:

“El Estado garantizará al personal docente, en todos los niveles y modalidades, estabilidad, actualización, formación continua y mejoramiento pedagógico y académico; una remuneración justa, de acuerdo a la profesionalización, desempeño y méritos académicos. La ley regulará la carrera docente y el escalafón; establecerá un sistema nacional de evaluación del desempeño y la política salarial en todos los niveles. Se establecerán políticas de promoción, movilidad y alternancia docente”

Por lo tanto el Constituyente ha ordenado que sea el legislador, (Asamblea Nacional), el que a través de una ley: (i) Regule la carrera docente y escalafón; (ii) Establezca un sistema nacional de evaluación del desempeño; y (iii) La política salarial en todos los niveles.

Esta disposición, está en concordancia con el Art. 133.2 de la Constitución que determina que el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales se regularán a través de leyes orgánicas.

¹¹ Idem

Se pretenderá sostener que el Art. 132.6 de la Constitución, establece la posibilidad que la Asamblea Nacional, mediante ley puede otorgar a los organismos públicos de control y regulación la facultad de expedir normas de carácter general en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales.

En este caso se dirá que mediante la Ley Orgánica de Educación Superior se delega al Consejo de Educación Superior (CES) la expedición del reglamento que regule la carrera docente y escalafón del profesor e investigador del sistema de educación superior, pero ésta no es competencia que el Constituyente a través de la Constitución haya establecido a favor del CES, sino como se trata de regular derechos, se ha determinado que será una ley la que regule la carrera docente y el escalafón.

Lo que la Constitución ha establecido como competencia y ha delegado al legislador, éste no puede renunciar a esta competencia constitucional y delegar a su vez a otro organismo que como el CES no tiene la competencia de regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.

Por lo tanto al ser la educación un derecho establecido, regulado y garantizado por la Constitución y tratándose de regular el ejercicio de los derechos del personal docente en todos sus niveles y modalidades, aquello solo puede hacerse mediante la expedición de una ley por parte de la Asamblea Nacional y no por medio de un reglamento de inferior jerarquía, incluso inferior al reglamento a la ley.

9.2. Regresividad de derechos

El Reglamento referido a más de ser inconstitucional por la forma, es también inconstitucional por el fondo, en virtud de que contiene disposiciones que disminuyen y causan regresividad de derechos, contradiciendo flagrantemente lo dispuesto en el Art. 11 numeral 8 de la Constitución que establece que el contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas, que el Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio y que será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.

En efecto en el mencionado proyecto de reglamento se pretende desconocer la calidad de profesores titulares principales, a aquellos docentes que no cumplen con los nuevos requisitos establecidos en este nuevo reglamento, sin percatarse del elemental principio de la irretroactividad de las normas jurídicas y que la Constitución y las leyes y en general el ordenamiento jurídico garantiza la vigencia de aquellos derechos adquiridos de conformidad con las leyes vigentes al tiempo de su establecimiento.

Por lo tanto la disposición transitoria quinta del mencionado proyecto, es abiertamente inconstitucional, violenta, atropella y desconoce la categoría de profesor titular principal adquirida por los docentes universitarios y que confiere determinados derechos y garantías, que los han venido ejercitando desde que obtuvieron tal calidad.

9.3. Reglamento impertinente con la realidad

El Reglamento de Carrera y Escalafón universitario, no solo que es inconstitucional por la forma y por el fondo, sino que contiene requisitos, condiciones, exigencias, plazos y términos que no se compadecen con la realidad y que por lo mismo son imposibles de cumplir, tornándose un reglamentario que será ineficaz en el logro de sus objetivos y que por lo mismo causa inseguridad, anarquía, desincentiva y desmotiva al personal académico a más de que por ser imposible de cumplir solo causará más desinstitucionalización a la universidad ecuatoriana.

Tal es el caso para no citar sino un ejemplo, de los requisitos que se imponen para adquirir la categoría de profesor titular principal, pues aquellos no cumplen en la actualidad ningún profesor de la Universidad de Cuenca y quizás ninguno en el país.

Igual observación puede hacerse de las exigencias para el ascenso, promoción, estímulos y niveles escalafonarios.

9.4. Personal académico subordinado al Ministerio de Relaciones Laborales

Preocupa igualmente el hecho de que el mentado Reglamento pretende subordinar al personal académico al régimen de la Ley Orgánica de Servicio Público, sin reparar que las actividades académicas, tienen sus propias especificidades o particularidades, cuya regulación no puede regirse por normas que le corresponden a otros servidores públicos.

9.5. De Philosophy Doctor -PhD- a profesores hipercapacitados defraudados y desperdiciados -PhD-

Las legítimas aspiraciones de los docentes universitarios PhD, de valorarse bien en el sistema de escalafón acorde con su esfuerzo de formación académica, se han esfumado por los requisitos imposibles de cumplir para ascender de categoría, nivel y grado, constantes en el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior.

Frente a nuestra realidad y la inaplicabilidad de las normas del referido Reglamento, los Philosophy Doctor -PhD- pasarían a ser “profesores hipercapacitados defraudados y desperdiciados” (phd).

Hagamos cuentas. Si un profesional optimistamente se gradúa como PhD a los 30 años de edad, e inmediatamente ingresa a la docencia universitaria, para ser académico titular principal (Art. 20), deberá tener: grado académico de doctorado (PhD) en el área de conocimiento vinculada a su actividad docente o investigativa en una de las instituciones de la lista elaborada por la SENESCYT; 4 años de experiencia como personal académico; haber publicado 12 obras de relevancia; 480 horas de capacitación y actualización profesional; haber participado en 1 o más proyectos de investigación con una duración de al menos 12 meses cada uno, por un total mínimo de 6 años; haber dirigido al menos una tesis de doctorado o 3 tesis de maestría de investigación, entre otros requisitos.

Ahora bien, para ascender de titular principal 1 a 2, (Art.56) se necesita: 4 años como titular principal 1; haber publicado 16 obras, al menos una en idioma diferente; 480 horas de capacitación; haber dirigido una o más investigaciones por un mínimo de 4 años y al menos 1 proyecto con investigadores, instituciones o redes de investigación extranjeros; y, dirigido al menos 2 tesis de doctorado o 6 de maestría, entre otros requisitos.

Para ascender de titular 2 a 3, se necesita; 4 años como titular principal 2; haber publicado 20 obras, al menos 2 en idioma diferente; 480 de capacitación; haber dirigido una o más investigaciones por un mínimo de 8 años y al menos 2 proyectos con investigadores, instituciones o redes de investigación extranjeros; y, dirigido 3 tesis de doctorado, entre otros requisitos.

Con estos requisitos y conforme a nuestra realidad, cuando al PhD le agarraren los 65 años de edad, que es el tope para ascender (Art.81 de la LOSEP), se dará cuenta si pudo a duras penas ascender del nivel 1 al nivel 2. Pero además, ¿habrá valido el esfuerzo de obtener el PhD para ganar 500, 1.000 o 2.000 dólares a tiempo parcial, medio tiempo o tiempo completo, respectivamente?¹²

Constituye un desperdicio de recursos el hecho de que, los PhD(s) se dediquen a la docencia, cuando deberían dedicarse a la investigación, pues para eso se formaron, pero con esas remuneraciones preferirán trabajar para otra entidad menos para la universidad, como ya está sucediendo, y, si acaso, tienen aspiración para ser rectores de universidades habría que preguntarse si la capacitación para investigar se extiende para administrar.

Esto sucede por un Reglamento elaborado a espaldas de las universidades e inconstitucional, que añade requisitos que no exigen la Constitución ni la Ley, pero sobre todo inalcanzables y que a la larga significarán obstáculos para que las universidades puedan ser de docencia e investigación.

9.6. Neocolonialismo cultural

El régimen de desarrollo que escogimos los ecuatorianos en la Constitución, está basado en el principio del buen vivir y para su realización se debe implementar un sistema educativo crítico y emancipador que dé respuestas al subdesarrollo, lo que implica que los objetivos del aprendizaje, planes y mallas curriculares, métodos pedagógicos y de evaluación, deben ser construidos de cara a nuestra realidad sin copiar modelos impertinentes inclusive ya desechados por otros países configurándose un neocolonialismo cultural.

En este contexto no se entiende cómo en el sistema de educación superior se pretenda implantar un modelo educativo, que no responde al desarrollo centrado en el buen vivir, con profesionales orientados al servicio de otras realidades, provocando la fuga de estos cerebros al exterior.

En efecto, se exige en el Reglamento de Carrera y Escalafón universitario, que la producción intelectual de los docentes, para ser considerada dentro del sistema de estímulos y promociones, esté publicada en revistas indexadas, calificados por

¹² Me refiero a los sueldos con los que ingresan hoy los profesores a la Universidad de Cuenca

sociedades de indexación internacionales, sin reparar que estos organismos y las propias revistas, tienen sus paradigmas ideológicos y teóricos que inciden en la valoración de los artículos sobre todo en el ámbito de las ciencias sociales y en las humanidades.

Así mismo, se promocionan programas, universidades y postgrados en países ligados a regímenes de capitalismo neoliberal y neocolonialistas cuyos intereses son contrapuestos a los intereses nacionales y al buen vivir, de manera que los profesionales que acceden a dichas ofertas o se quedan para trabajar en esos países o si regresan a nuestro país, no encuentran los laboratorios o la infraestructura tecnológica necesaria para ejecutar y desarrollar el saber asimilado.

En el contexto neocolonialista se pretende implantar el complejo científico-investigativo-tecnológico-industrial de Yachai, al margen de la universidad pública (relegada para la profesionalización), que devendrá en un enclave neocolonial al servicio de intereses de la potencia y las empresas que patrocinen semejante ciudad artificiosa del conocimiento.

10. Tipología de las Instituciones de Educación Superior

El art. 117 de la LOES, establece que: “Las instituciones de Educación Superior de carácter universitario o politécnico se clasificarán de acuerdo con el ámbito de las actividades académicas que realicen. Para establecer esta clasificación se tomará en cuenta la distinción entre instituciones de docencia con investigación, instituciones orientadas a la docencia e instituciones dedicadas a la educación superior continua. En función de la tipología se establecerán que tipos de carreras o programas podrán ofertar cada una de estas instituciones, sin perjuicio de que únicamente las universidades de docencia con investigación podrán ofertar grados académicos de PhD o su equivalente”.

Pero el Consejo de Evaluación, Acreditación y Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior, expidió el reglamento que norma la tipología de las Universidades con requisitos que en el tiempo previsto son inalcanzables para que las instituciones de educación superior de carácter universitario o politécnico alcancen a ser instituciones de docencia con investigación, por lo que quedarían reducidas a instituciones dedicadas a la educación continua, con todas las consecuencias que aquello conlleva, entre otras cosas no poder ofertar grados académicos de PhD o su equivalente y limitarse a la formación básica en una disciplina o a la capacitación para el ejercicio de una profesión con grados académicos de licenciados y los títulos profesionales universitarios o politécnicos y sus equivalentes.

Bajo esta perspectiva instituciones tales como la universidad de investigación de tecnología experimental (proyecto Yachai), la Universidad Nacional de Educación “UNAE”, el Instituto de Altos Estudios Nacionales “IAEN”, la Universidad Regional Amazónica y la Universidad de las Artes, que gozan del auspicio total del gobierno y estarán bajo su control, y alguna otra institución como la FLACSO, serán del tipo de docencia con investigación.



11. Reglamento de sanciones a las máximas autoridades de las entidades del sistema de educación superior

El Consejo de Educación Superior con fecha marzo 21 del 2012 mediante Resolución N° RPC-SO-10 N° 041-2012 expide el Reglamento de sanciones a las máximas autoridades de las entidades del sistema de educación superior.

Dicho Reglamento no hace más que evidenciar la forma autoritaria como se pretende dirigir al sistema de educación superior, aspecto que ya ha sido advertido por quienes han estado inclusive vinculados oficialmente al régimen.

Para entender las inconstitucionalidades e ilegalidades del mencionado Reglamento, me remito al estudio jurídico realizado al mismo por parte del Dr. Jorge Moreno Yáñez¹³, destacado juriconsulto y profesor de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Cuenca¹⁴, quien concluye su estudio al respecto, señalando que:

El reglamento de sanciones expedido por el CES, específicamente en lo que ha infracciones y sanciones corresponde no se adecua a la Constitución –Estado Constitucional de derechos- a principios y reglas como: reserva de ley, tipificación, seguridad jurídica, autonomía.

La LOES, no contempla los elementos esenciales de la conducta antijurídica, la naturaleza y límites de las sanciones a imponerse.

Es el reglamento el que clasifica las infracciones en “leves, graves y muy graves”, probablemente la finalidad sea loable e incluso el procedimiento sancionador garantista, pero no estaba contemplado en la Ley.

La LOES no consagra la graduación o escala de las infracciones y de las sanciones a imponerse, ni existe la debida correspondencia entre ellas.

El monto de las sanciones económicas -hasta quinientos salarios básicos unificados- estaría vulnerando el principio de la proporcionalidad, si se compara simplemente con la sanción de la suspensión de hasta sesenta días sin remuneración.

La prescripción de las sanciones consagrado en el Art. 23 del Reglamento -5 años- es desproporcionado.

Salvo mejor criterio, considero que el ámbito que se analiza del reglamento de sanciones, sería nulo de pleno derecho”.

12. Educación para el buen vivir

El modelo educativo del país que en la práctica, en la realidad, en los hechos impulsa el gobierno de la revolución ciudadana, no es compatible con el carácter del régimen del desarrollo basado en el buen vivir como está programado en la

13 Moreno Yanes, Jorge. “Comentario al Reglamento de sanciones a las autoridades en el sistema de educación superior”. *Revista Novedades Jurídicas* (Quito), N° 80 (Febrero 2013): 60-69

14 El estudio realizado por el Dr. Jorge Moreno Yanes se realizó por requerimiento de la Universidad de Cuenca.

Constitución de la República, sino obedece a las necesidades de impulsar la modernización neocapitalista.

La educación para el buen vivir debe enmarcarse en la cultura del buen vivir que partiendo de la concepción de la inclusión y equidad social coadyuve a asegurar el ejercicio, garantía y exigibilidad de los derechos reconocidos por la Constitución y el cumplimiento de los objetivos del régimen de desarrollo.

Por lo tanto la educación debe orientarse a mejorar la calidad y esperanza de vida, y aumentar las capacidades y potencialidades de la población; construir un sistema económico, justo, democrático, productivo, solidario y sostenible basado en la distribución igualitaria de los beneficios del desarrollo, de los medios de producción y en el trabajo digno y estable; fomentar la participación y el control social, con reconocimiento de las diversas identidades y promoción de su representación equitativa, en todas las fases de la gestión del poder público; recuperar y conservar la naturaleza y mantener un ambiente sano y sustentable que garantice a las personas y colectividades el acceso equitativo, permanente y de calidad al agua, aire y suelo, y a los beneficios de los recursos del subsuelo y del patrimonio natural; garantizar la soberanía nacional, promover la integración latinoamericana e impulsar una inserción estratégica en el contexto internacional, que contribuya a la paz y a un sistema democrático y equitativo mundial; promover un ordenamiento territorial equilibrado y equitativo que integre y articule las actividades socioculturales, administrativas, económicas y de gestión, y que coadyuve a la unidad del Estado; y, proteger y promover la diversidad cultural y respetar sus espacios de reproducción e intercambio; recuperar, preservar y acrecentar la memoria social y el patrimonio cultural.

Este modelo educativo orientado al buen vivir, debe partir de una educación en valores, de revalorizar las identidades culturales y el respeto a la interculturalidad, salvaguardar la memoria social y el patrimonio cultural, tolerancia e inclusión de diversos saberes, vincular la investigación, el conocimiento y la ciencia a la ética, formación que integre las ciencias naturales, exactas, sociales y las humanidades.

Este modelo implica la integración solidaria entre profesores, estudiantes, padres de familia y comunidad, desterrando el “vigilar y castigar”, las relaciones autoritarias, policiales y verticalistas, haciendo de cada unidad educativa núcleos de desarrollo de la comunidad, del buen vivir.

El sistema de educación superior orientado al buen vivir, a más de considerar los aspectos antes señalados, debe por sobre todo, superar el concepto mercantilista de la investigación, el conocimiento, la ciencia y la técnica.

Necesitamos por lo tanto una universidad constituida como una comunidad democrática, donde su gobierno sea resultado de la participación y voluntad de todos sus componentes, y su administración, las relaciones entre docentes y estudiantes, de éstos entre sí, y las relaciones con los empleados y obreros, se basen en el respeto de los derechos y la observancia de la Constitución, para que en un ambiente de tolerancia, respeto y pluralidad ideológica y teórica puedan florecer los saberes y las investigaciones que den respuestas a nuestros problemas y desde los intereses ciudadanos y soberanos.

Las universidades deben orientar su actividad a contribuir a la resolución de los problemas locales, regionales y nacionales hacia lo cual deben proyectar y ejecutar las investigaciones y para lo cual deben asimilar e incorporar el conocimiento más avanzado y vincular los resultados de la investigación a las otras actividades académicas.

La educación con pertinencia debe por lo tanto superar el neocolonialismo cultural, a partir del cual se trata de imponer parámetros de calidad de las universidades ajenos a nuestros intereses, sometiéndonos a sociedades internacionales de indexación y “legitimación” de lo que hacemos en la academia extraños a nuestros intereses de conocimiento e investigación, donde por supuesto no hay cabida alguna para pensar en una teoría social basada en el buen vivir.

Que necesitamos formar docentes con maestría y PhD, es una verdad, pero debemos pensar en la pertinencia también de su formación y por lo tanto reevaluar los centros de formación de los mismos; que necesitamos más investigaciones, nadie lo puede discutir, pero debemos reflexionar sobre qué debe investigarse y a quien sirve la investigación; que debemos cambiar las mallas curriculares, es obvio, pero en función de qué objetivos y perfiles profesionales; que debemos vincularnos más con la colectividad, correcto, pero a qué colectividades, a que economía por ejemplo deben servir las universidades.

Necesitamos para enrumbar la educación superior al buen vivir, ser profundamente autocríticos con el pasado y presente de la universidad ecuatoriana, pero aquello no quiere decir que adoptemos sin beneficio de inventario pedazos de modelos educativos de diferentes países, sin hacer un esfuerzo por pensar y crear nuestras propias alternativas académicas.

Lo anterior implica pensar e implementar un proceso de transición para las universidades, para lo cual debemos urgentemente encontrar consensos y reformar la LOES y más reglamentos que se han dictado, pues no se puede continuar por un camino de inconstitucionalidades e ilegalidades para tratar de imponernos paradigmas educativos e investigativos ajenos al buen vivir.

Estos y otros problemas debemos debatirlos al interior de las universidades, entre las universidades, y entre éstas y el gobierno nacional, para encontrar acuerdos necesarios y urgentes.

Comentarios al Reglamento de sanciones a las máximas autoridades de las entidades del sistema de educación superior, expedido por el Consejo de Educación Superior, (CES)

JORGE MORENO YANES

Síntesis: se reflexiona en torno al Reglamento de sanciones a las máximas autoridades de las entidades del sistema de educación superior, a la luz de la Constitución de la República, la Ley Orgánica de Educación Superior y la Doctrina. Se cuestiona la validez constitucional y legal del Reglamento y se concluye “que el ámbito que se analiza del Reglamento de sanciones, sería nulo.”

Palabras Clave: sanciones, máximas autoridades, educación superior, Constitución de la República, LOES, CES, GAD.

El Consejo de Educación Superior -en adelante CES- con fecha marzo 21 del 2012, mediante Resolución N° RPC-SO-10 N° 041-2012, expide el Reglamento de Sanciones a ser impuesto por dicho órgano de control de tutela, a los órganos colegiados académicos y rectores de las universidades y escuelas politécnicas públicas y privadas del Ecuador. Sobre esta facultad de colaboración normativa me permito parcialmente hacer el siguiente comentario.

El problema jurídico que enfrentan los centros de educación superior, está en saber si el reglamento de sanciones, es constitucional y legal, o no lo es.

Para dilucidar la situación del régimen sancionatorio, debemos remitirnos a la Constitución de la República -CR-, Ley Orgánica de Educación Superior -LOES-, Reglamento¹ y doctrina². Analicemos.

1. Constitución de la República:

1.1. Introducción

La Constitución de la República en su amplio catálogo de derechos consagra los Derechos de Protección entre ellos, el “debido proceso”, incluyendo en las garantías básicas -principio de legalidad-, concretamente en el Artículo 76.3, lo siguiente:

“Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento”.

Asimismo el artículo 132 -principio de reserva de ley- consagra en la parte final del apartado primero que “Se requerirá de ley en los siguientes casos:

2.- Tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes”.

1 No abordaré el procedimiento que se consagra en el Reglamento.

2 En este campo se remiten varios autores a la jurisprudencia -España-.

1.2. Reserva de Ley y Legalidad³

En las normas constitucionales citadas se establece que la reserva legal exige la existencia de una norma jurídica previa, reguladora de infracciones y sanciones.

A su vez la legalidad -ambiguo- por eso denominado principio, requiere en esta área "reserva legal" y mandato de tipificación.

Pues bien, de la simple lectura de las normas consagradas en la Constitución -transcritas- se podría sostener que la potestad de tipificar infracciones y establecer sanciones, procede única y exclusivamente en una ley formal; a este argumento podría agregarse como otra razón, su articulación al principio democrático, derechos de protección y reserva de ley.

A lo expuesto en párrafo anterior, desde la versión inicial⁴, la reserva de ley, comporta un doble contenido. Las materias reservadas a la ley deben ser reguladas exclusivamente por ley formal; y, la ley, únicamente es la ley formal.

Esta teoría ha variado, pues como veremos más adelante, han aparecido colaboraciones legales de origen administrativo, para citar entre varios argumentos: Por el modelo constitucional -Ecuador- ya sea de distribuciones de funciones vía las esferas jurídicas - potestades-; vía el principio de la plurinacionalidad, justicia indígena y derecho propio; por la organización territorial -GAD- y autonomías por el servicio y económicas; porque el legislador no puede agotar en detalle los ámbitos administrativos. Causas que admiten la colaboración reglamentaria⁵.

1.3. Modelo Constitucional en el Ecuador

1.3.1. Ecuador Estado Plurinacional

El Art. 1 CR., consagra los elementos o caracteres básicos del Ecuador, entre ellos, es un Estado Plurinacional, significa por tanto que en el Ecuador se reconocen y coexisten varias nacionalidades, bajo la concepción de nación cultural -Art. 6 párrafo II CR.-, de tal suerte que las nacionalidades, comunidades y pueblos indígenas cuentan con derechos colectivos consagrados en el Art. 57 CR, concretamente en el numeral 10, se faculta contar con su derecho propio, transcribo su contenido:

"Art. 57.- Se reconoce y garantiza a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:

3 Sostiene Nieto García haciendo referencia a FOIS, que estos dos principios en la doctrina no son uniformes, van desde la separación hasta su identificación, cita la democracia parlamentaria, donde el principio de legalidad absorbe a la reserva. Ver obra Derecho Administrativo Sancionador, 2da. reimpresión. Edit. Tecnos 2008, pág. 218.

4 José Araujo Juárez, Derecho Administrativo Parte General, pág. 140. 1era. Reimpresión Caracas-Venezuela 2008. Ed. Paredes.

5 Lo enfocan por el modelo constitucional, Nieto García, obra citada. Antonio Morales P. Instituciones del Derecho Administrativo en la Jurisprudencia, Tomo IV -Jurisprudencia en España-.

10.- Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derechos propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes".

Derecho colectivo que guarda armonía con el Art. 171 CR, que reconoce la "justicia indígena", donde se faculta a las autoridades indígenas a ejercer funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su territorio. Autoridades facultadas para aplicar normas y procedimientos propios para solucionar sus conflictos internos que no sean contrarios a la Constitución y derechos humanos; decisiones que el Estado ecuatoriano está obligado a hacerlas respetar, resoluciones que únicamente pueden impugnarse ante la Corte Constitucional -vulneración de derechos-. En cuanto al legislador ordinario, lo que le está permitido es dictar la Ley que determine los mecanismos de coordinación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria, tales como: conflictos de competencia, quien dirime.

Obsérvese que en el caso de la justicia indígena, el legislador ordinario -electo democráticamente- no tiene injerencia en el derecho indígena, se regulan éstos por sus costumbres y normas propias, garantizando el constituyente como es obvio, los derechos humanos. En definitiva bajo el principio de la plurinacionalidad, consignamos una de las garantías, cuál es, la justicia indígena y su propio derecho, este último que no emana del legislador ordinario, ni tiene formalmente categoría de ley; siendo así el derecho indígena no se acopla al contenido de los artículos, 76.3 y 132.2, regulación por ley y tipificación de infracciones y sanciones.

1.3.2. Gobiernos Autónomos Descentralizados -GAD-

Los GAD, son entidades autónomas por el territorio, cuentan con sus propias competencias exclusivas y otras por la concurrencia y transferidas de manera obligatoria y progresiva por el Sistema Nacional de Competencias, excepción de los GAD parroquiales rurales, los demás están atribuidos de la facultad normativa -Art. 240CR-.

Esto significa que los GAD regionales⁶, provinciales, cantonales, distritos metropolitanos⁷, dentro de sus competencias dictan sus propias normas denominadas, ordenanzas regionales y ordenanzas.

El Código Orgánico Territorial Autonomía y Descentralización -COOTAD-, afirma el principio de legalidad -Art. 382- así como el procedimiento administrativo sancionador -Arts. 395 al 403-, vale al respecto consignar el contenido del Art. 395, que al respecto dice:

"Potestad sancionadora.- Los funcionarios de los gobiernos autónomos descentralizados, encargados del juzgamiento de infracciones a la normativa expedida por cada nivel de gobierno, ejercen la potestad sancionadora en materia administrativa.

Los gobiernos autónomos descentralizados tienen plena competencia establecer sanciones administrativas mediante acto normativo, para su juzgamiento y

6 No se constituyen hasta la fecha.

7 Regímenes especiales.



para hacer cumplir la resolución dictada en ejercicio de la potestad sancionadora, siempre en el ámbito de sus competencias y respetando las garantías del debido proceso contempladas en la Constitución de la República.

En el gobierno parroquial rural, corresponde la potestad sancionadora al presidente o presidenta de la junta parroquial rural”.

Obsérvese en el caso de los GAD, una gradación de la potestad normativa y sancionadora, en este caso los GAD, que tienen competencia para establecer sanciones administrativas a través de sus Ordenanzas, realizar el juzgamiento de las mismas y exigir el cumplimiento de dichas resoluciones -actos administrativos ejecutivos y ejecutorios-, lógicamente que las sanciones a establecer por el órgano legislativo de los GAD, debe corresponder al ámbito de sus competencias.

De lo expuesto, tanto el constituyente -vía el principio de autonomía y competencias que les atribuye-, como el legislador ordinario, respetando dicho principio, faculta a través del COOTAD, para que los GAD, consagren sanciones⁸.

1.3.3. Entidades de Regulación y Control

Existen entidades autónomas por la función, facultados para dictar normas de carácter general en el ámbito de sus competencias y materias propias por mandato constitucional -control y regulación⁹-. En estos casos, dichas entidades están facultadas constitucionalmente para expedir disposiciones generales -reglamentarias-, donde se consignent infracciones y sanciones administrativas, pero siempre que el legislador ordinario, lo faculte, sean parte de sus atribuciones -por la materia- y estén al menos consignados los elementos esenciales de la conducta antijurídica como la naturaleza y límites de las sanciones a imponerse¹⁰.

1.3.4. Entidades Autónomas por el Servicio

Son personas jurídicas creadas ya sea por la Constitución¹¹ o la ley¹², para la prestación de un servicio que siendo propio del Estado, sin embargo por la eficiencia, agilidad y técnica, se ve obligado a través de la descentralización a crear Entidades Autónomas. En este caso, estas entidades especialmente las de educación superior, cuentan con personalidad jurídica propia, competencias, patrimonio -propio, mixto- y por tanto llamados a prestar un servicio, facultados asimismo a dictar normas -para citar: Estatuto¹³ y otras normas reglamentarias-, como es obvio en el marco de sus atribuciones que la Constitución establece¹⁴ y que tanto la

8 Uno de los fuertes argumentos que puede enunciarse en este caso, es que sus autoridades, son electos democráticamente por sus vecinos, amén que son verdaderas entidades autónomas y gobiernos territoriales, cuentan con funciones de legislación, ejecutivas e inclusive de participación ciudadana. Como sé decir, verdaderos espejos del Estado central.

9 Art. 132.6CR, para citar, Contraloría General del Estado. Superintendencias.

10 Vale aclarar que el legislador puede regular en la propia Ley formal, tanto infracciones como sanciones en detalle.

11 Vale citar: Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social,

12 Universidades.

13 Es la LOES la que habilita la creación de los Estatutos, pero vale aclarar que los Estatutos no son normas dictadas en su desarrollo, son Reglamentos Autónomos, donde se consagra la potestad de auto-ordenación de las Universidades. Ver obra, Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales, pág. 464, Francisco Rubio Llorente. Ed. Ariel, 2da. Reimpresión 2006.

14 La autonomía de las universidades es la dimensión institucional de la libertad académica.

Ley como los “Reglamentos” no se aparten o pretendan vaciarlo de su contenido.

Debemos reconocer que tanto las universidades como las escuelas politécnicas gozan de autonomía, sin embargo están sujetos al control de tutela¹⁵, que para el caso materia de este comentario, es el Consejo de Educación Superior -CES¹⁶-, órgano facultado para dictar reglamentos y resoluciones, respetando el principio de autonomía de estos entes.

2. Ley Orgánica de Educación Superior:

Si nos remitimos al contenido del Art. 169 de la LOES, en ella se consagran las atribuciones y deberes¹⁷ del Consejo de Educación Superior, comienza la norma jurídica señalando que:

“Atribuciones y deberes.- Son atribuciones y deberes del Consejo de Educación Superior, en el ámbito de esta Ley:

Literal p) Imponer sanciones a las máximas autoridades del Sistema de Educación Superior, que transgredan la Ley y **sus Reglamentos**¹⁸, previo el trámite correspondiente.

Literal u) Aprobar la normativa reglamentaria necesaria para el ejercicio de sus competencias”.

A su vez el Art. 204 LOES, consagra las sanciones a las Instituciones del Sistema de Educación Superior, expresa la parte pertinente de la disposición legal lo siguiente:

“Sanciones a Instituciones del Sistema de Educación Superior.- El incumplimiento de las disposiciones consagradas en la presente Ley por parte de las instituciones de educación superior, y cuando no constituyan causales para la intervención de la institución, dará lugar, previo el proceso administrativo correspondiente, a la imposición de las siguientes sanciones por parte del Consejo de Educación Superior:

a.- Amonestación, sanción económica o suspensión de hasta 60 días sin remuneración, a las autoridades de las instituciones que violen o atenten contra los derechos y disposiciones establecidos en la Ley, su reglamento y más normativa que rige al Sistema de Educación Superior.

b.- Sanción económica a las instituciones que violen o atenten contra los derechos de la Ley, su reglamento y más normativa que rige al sistema de educación superior.

c.- Las demás que disponga el Consejo de Educación Superior”.

15 No voy a pronunciarme sobre la institución de control administrativo por ahora.

16 Para citar asimismo, CEAACES.

17 Generalmente conocido como las competencias por la materia.

18 Las negritas son mías, pretendo señalar que por la limitación del espacio, no haré referencia a esta clase de sanción, sin embargo la misma por ser abierta y genérica carece de validez.

Por lo limitado del espacio, no haré referencia a la potestad sancionadora que el legislador pretende habilitar al CES vía su facultad reglamentaria o las que disponga el CES, toda vez que las mismas, se encasillan en la categoría de normas abiertas o en blanco, que están vedadas en la doctrina administrativa, siendo por ende ilegal la creación de sanciones por esta vía si el CES así procedería.

3. Reglamento de sanciones:

Este Reglamento -como se expuso- se expide mediante resolución N° RPC-SO-N° 41 2012 por el Consejo de Educación Superior.

En el Art. 1 se consagra el ámbito de aplicación, regula infracciones cometidas por “instituciones de educación superior” o máximas autoridades de las mismas, por incumplimiento de la LOES, su Reglamento General y demás normativa del sistema de educación superior.

En el Art. 2 se detallan las infracciones siendo éstas: Por incumplimiento de la LOES, leves, graves y muy graves. Por el incumplimiento de las resoluciones del CES, no tipificadas como reincidencia, infracción grave.

El Art. 3, determina las infracciones de las instituciones de educación superior, estableciendo que pueden ser leves, graves y muy graves, la sanción en todos los casos, es económica, va desde veinte salarios básicos unificados, hasta quinientos.

En el caso de los rectores, consagra asimismo infracciones leves -la sanción, amonestación escrita-, infracciones graves y muy graves, éstas últimas la sanción económica va desde seis salarios básicos unificados hasta veinte y cinco; y, la suspensión que se aplicará a los casos previstos en los artículos 5 y 6 del reglamento. La multa se fija por la gravedad.

El Art. 4 se refiere a la sanción a los cuerpos colegiados -órgano académico superior-, la sanción se impone a todos y cada uno de los integrantes que contribuyeron con su voto a la decisión que haya vulnerado la LOES.

El Art. 5 consagra las sanciones por incumplimiento de las obligaciones de hacer. En este caso impone el CES la sanción y establece un plazo para que el obligado cumpla, de no hacerlo, se considera reincidencia -leves o graves-, si persiste el obligado en el incumplimiento, el CES seguirá confiriendo plazos para el cumplimiento, al vencimiento impone una multa equivalente al doble de la impuesta con anterioridad. El máximo de la multa para rectores será de cincuenta salarios básicos unificados y quinientas para las instituciones. De llegarse a los límites, o el número de reincidencias por faltas muy graves fuere superior a dos, el CES puede disponer la intervención¹⁹ de la institución -letra a) Art. 199 LOES-.

En el caso de los rectores, si el incumplimiento se mantiene, luego de la sanción por infracción muy grave, la sanción es la suspensión de hasta sesenta días sin remuneración.

¹⁹ La figura de la intervención es muy compleja, debe ser la misma reglada y ponderada, caso contrario se pueden vulnerar derechos de los estudiantes, servidores públicos de dichas entidades y por el derecho reflejo de otras personas, conforme lo prevé la Constitución Art. 354 párrafo IV- debe ser regulado a través de Ley formal. Merecería por supuesto un comentario especial.

El Art. 6 señala cuando ocurre la reincidencia. El Art. 7 de la concurrencia de infracciones.

El Art. 8 la concurrencia de sanciones.

En el capítulo II, artículos 9 al 13 se establecen las infracciones de las “instituciones de educación superior”, diferenciándolas en leves (Art. 9); graves (Art. 10); incumplimiento por no asignación en el presupuesto de las instituciones de educación superior de al menos el 6% del mismo para publicaciones indexadas, becas de postgrado, la sanción, equivalente al doble del valor no invertido, considera falta grave; el Art. 12 para las instituciones de educación superior particulares que no destinen los excedentes del cobro de aranceles a sus estudiantes para incrementar el patrimonio institucional -entre ellas áreas como investigación, becas, capacitación-, la sanción multa equivalente al doble del valor destinado a fines distintos de los que correspondían, considera falta grave. El Art. 13 consagra las infracciones muy graves.

El Capítulo III, contempla las infracciones cometidas por los rectores de las instituciones de educación superior, así. El Art. 14 infracciones leves; el Art. 15 infracciones graves; y el Art. 16 infracciones muy graves.

La pregunta o duda que se genera ¿Es constitucional y legal la facultad conferida al CES, de consagrar infracciones, clasificar las mismas, así como estandarizar y fijar los montos máximos y mínimos de las sanciones?

4. Doctrina:

4.1. Diferencias y semejanzas entre Ley y Reglamento

En la obra “Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, pág. 167, se define al Reglamento como “toda norma escrita dictada por la administración”²⁰. En definitiva se trata de un cuerpo normativo general, abstracto y vinculante, pero se diferencia de la Ley, porque esta última es la manifestación de la voluntad popular -Asamblea Nacional-, en tanto que el Reglamento carece de dicha expresión; como dicen los autores citados -García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, la Ley es la norma originaria por excelencia, dispone desde sí misma, el Reglamento es una regla técnica, es norma secundaria, subalterna, inferior y complementaria de la Ley, obra de la administración, ésta que se encuentra al servicio de la colectividad. En cuanto a la afinidad entre la ley y el reglamento a su vez, es que son normas que se disponen por escrito²¹.

4.2. Reglamentos Ejecutivos

En el modelo de organización política del Ecuador podemos enumerar los reglamentos: autónomos, organización y ejecutivos.

Los primeros se caracterizan porque no requieren de Ley formal para su existencia o porque es la Ley la que habilita la creación de los Estatutos en tanto en

²⁰ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández.

²¹ Ver págs. 167-168 obra citada.

cuanto consagren la potestad de auto-ordenación. Podemos citar el Estatuto de Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva -Art. 147.5CR-, los Estatutos de las Universidades.

Los reglamentos de organización, se expiden por los órganos de la administración -que cuentan con esta facultad- con la finalidad de establecer su propia organización, misma que puede venir dispuesta por la Ley formal, situación del todo normal²².

Los reglamentos ejecutivos surgen por mandato de la Ley formal, al facultarse a la administración que vía reglamento desarrolle o complete la actuación administrativa, pues se considera que la actividad técnica es propia de la administración y el legislador lo desconoce, y, el desarrollo reglamentario es con mayor detalle y precisión y susceptible de adaptaciones rápidas y ordinarias.

Esta clase de reglamentos, pueden consagrar las denominadas “remisiones normativas” de la Ley al reglamento²³.

4.3. ¿Qué busca y cuál es el objeto del derecho administrativo sancionador?

El tema se enmarca dentro de lo que se conoce en el mundo jurídico moderno como el “derecho administrativo sancionador”, que es parte de nuestro ordenamiento jurídico. En lo que al tema corresponde voy hacer referencia al siguiente comentario del jurista Alejandro García Nieto “...el derecho administrativo sancionador es el derecho administrativo engarzado en el derecho público estatal, que sin menosprecio de las garantías individuales, pasa a primer plano la protección y fomento de los intereses generales y colectivos²⁴.”

Se infiere por tanto que la administración pública -cualquiera sea esta- está obligada a respetar y garantizar los derechos fundamentales, reserva de ley, legalidad, tipicidad, seguridad, pero sin descuidar los intereses generales, ponderando como es obvio entre derechos e intereses generales.

4.4. La remisión normativa de la Ley al Reglamento

Se ha reconocido en la doctrina -mayoritaria- que bien puede el legislador habilitar a través de la Ley formal que la administración pública, complemente la normativa, las razones se han expuesto.

Sin embargo en materia sancionadora, es indispensable que en la Ley quede perfectamente delimitada una esfera jurídica básica, que la doctrina y jurisprudencia²⁵ para citar, consignan como: elementos esenciales de la conducta antijurídica, naturaleza y límites de las sanciones a imponer.

Es decir, en la Ley debe estar contemplado la exigencia de la conductas infractoras y sanciones respectivas, los preceptos jurídicos que permitan apreciar con suficiente grado de certeza aquellas conductas y así se sepa a qué atenerse en cuanto

22 Lo podemos observar en los diferentes Ministerios de Estado y otras entidades del sector público.

23 Caso materia del trabajo, inclusive obsérvese, régimen administrativo sancionador. Sobre la clase de reglamentos, ver Curso de Derecho Administrativo, págs. 197-203.

24 Derecho Administrativo Sancionador, 2da. Reimpresión 2008, págs. 26 y 27. Ed. Tecnos.

25 Española.

a responsabilidad y eventual sanción; en consecuencia, las infracciones y sanciones deben tipificarse y establecerse con la correcta graduación o escala de sanciones imponibles que conlleva a una correlación entre conductas infractoras y sanciones aplicables a las mismas en Ley formal, siendo por ende fundamental definir con la mayor precisión la acción prohibida y la sanción al caso²⁶.

Reitero, en la Ley formal debe constar la tipificación de infracciones, graduación o escala de sanciones imponibles con su respectiva correlación entre ellas, con miras a producir con certeza y objetividad el tipo y grado de sanción. No es aceptable la simple habilitación a la administración de facultades sancionatorias sin contenido propio de la tipificación de infracciones administrativas y establecimiento de sanciones.

4.5. ¿El Legislador cumplió con los requisitos enunciados en párrafo anterior. El Reglamento expedido por el CES, es válido?

El Art. 76.3 en concordancia con el Art. 132.2 CR., no permiten que vía reglamentaria se consagre una regulación independiente y no subordinada a la ley formal. En consecuencia, las infracciones y sanciones no previstas en la Ley, esto es, las que independientemente consagre el reglamento u otras normas secundarias, diría que carecen de validez.

La LOES en los artículos ya invocados -169 y 204- en forma general habilita al CES a que imponga sanciones a las máximas autoridades del sistema de educación superior, la llamada infracción, cuando se transgrede la ley y los reglamentos²⁷.

Cuáles son las infracciones y sanciones que prevé la LOES. En el primer caso, de manera vaga y general consagra la inobservancia de las “disposiciones consagradas en la ley, exclusivamente para las INSTITUCIONES DE EDUCACIÓN SUPERIOR”. Complementa luego, como sanción económica -sin determinar escala entre un máximo y un mínimo- la violación contra derechos de la Ley.

A su vez, las infracciones de las “autoridades de las instituciones”, cuando violen o atenten contra derechos y disposiciones de la Ley, sanciones: amonestación, sanción económica o suspensión de hasta sesenta días sin remuneración.

Obsérvese que no se cumple con el requisito básico, de los elementos esenciales de la conducta antijurídica y la naturaleza y límites de las sanciones a imponerse.

Del Reglamento.- En este cuerpo normativo, se clasifican las infracciones en leves, graves y muy graves²⁸; asimismo las sanciones las clasifica en leves, graves y muy graves²⁹ -no consagra la amonestación verbal-. Esta graduación no le está permitido al CES realizarlo, quien debía realizarlo es el legislador.

26 Ver pág. 394 obra citada de Rubio Llorente.

27 Ya señalé que esta facultad sancionadora, es abierta y general, ésta probablemente la razón por la que el CES, no lo consagra en el Reglamento de Sanciones. Además, el precepto legal al ser abierto y general estaría habilitando la imposición de sanciones más allá de la esfera jurídica -atribuciones- que tiene el CES

28 Situación que tenía que ser considerada en la Ley.

29 También debía consagrarse en la Ley.

Se consagra la infracción al cuerpo colegiado pero la sanción es personalísima a quienes con el voto contribuyeron a la violación de la LOES.

Se contemplan infracciones por incumplimiento de obligaciones de hacer, diversificando las sanciones en función a infracciones, leves, graves o muy graves. Como señalé ya, debía venir en la Ley.

Determina cuales son las infracciones de las instituciones de educación superior, clasificándolas en leves, graves, muy graves. Asimismo regula las infracciones de las máximas autoridades, en leves, graves y muy graves -la atribución es privativa del legislador-.

5. Conclusión

El reglamento de sanciones expedido por el CES, específicamente en lo que ha infracciones y sanciones corresponde, no se adecua a la Constitución -Estado Constitucional de derechos- a principios y reglas como: reserva de ley, tipificación, seguridad jurídica, autonomía³⁰.

- 5.1.- La LOES, no contempla los elementos esenciales de la conducta antijurídica, la naturaleza y límites de las sanciones a imponerse³¹.
- 5.2.- Es el Reglamento el que clasifica las infracciones en “leves, graves y muy graves”, probablemente la finalidad sea loable e incluso el procedimiento sancionador garantista, pero no estaba contemplado en la Ley.
- 5.3.- La LOES no consagra la graduación o escala de las infracciones y de las sanciones a imponerse, ni existe la debida correspondencia entre ellas.
- 5.4.- El monto de las sanciones económicas -hasta quinientos salarios básicos unificados- estaría vulnerando el principio de la proporcionalidad, si se compara simplemente con la sanción de la suspensión de hasta sesenta días sin remuneración.
- 5.5.- La prescripción de las sanciones consagrado en el Art. 23 del Reglamento -5 años- es desproporcionado³².
- 5.6.- Salvo mejor criterio, considero que el ámbito que se analiza del Reglamento de sanciones, sería nulo.

³⁰ Los rectores de las universidades y escuelas políticas -con alguna excepción- acceden a dicha función por votación universal, directa y secreta, según lo previsto en el Art. 55 de la LOES, en igual sentido la representación del personal académico en el máximo organismo colegiado -Art. 59 LOES.

³¹ Ver al respecto el Art. 207 de la LOES -sanciones a estudiantes, profesores, investigadores de las Universidades y Escuelas Politécnicas-.

³² Me parece que se pretende consagrar la doctrina alemana de las relaciones especiales de sujeción.

El alcance del Estado constitucional de derechos y justicia del artículo 1 de la Constitución del 2008

FERNANDO T. GONZÁLEZ CALLE.

Síntesis: El Estado Constitucional significa el paso del sometimiento a la ley, y por lo tanto a las mayorías legislativas al sometimiento formal y material es decir de contenido, de todo el Estado incluida la propia ley a la Constitución. En el Estado de derechos, se reconoce un pluralismo jurídico, el ser humano es el principio, el centro y el fin, cambiando el modelo de derechos y prohibiciones del Código Civil y Penal, a un modelo de derechos consagrados en la Constitución.

Palabras Clave: Artículo 1 de la Constitución, Estado Constitucional de Derechos.

Introducción

En una situación de crisis del país, en todos los aspectos: económicos, sociales, jurídicos, con inestabilidad política con el derrocamiento de varios Presidentes, entra en vigencia la Constitución expedida por la Asamblea Constituyente de Montecristi, en la que se plantea un nuevo modelo de Estado. Del Estado social de derecho del artículo 1 de la Constitución de 1998 al Estado Constitucional de derechos y justicia, social del artículo 1 de la Constitución del 2008. Lo que implica un cambio transversal, por el cual el Estado constitucional de derechos y justicia influye en la parte orgánica y dogmática de la Constitución.

La nueva propuesta constitucional ha despertado el interés de todos por estudiar y entender el denominado neo constitucionalismo, y la necesidad de sentar unas bases fuertes de los principios fundamentales que proclama la actual Constitución con el fin de dejar atrás la “mala costumbre” de introducir nuevas constituciones por la inestabilidad política, que nos lleva a que en cada cambio de tendencia en el gobierno la necesidad de un nuevo texto constitucional. Pudiendo definir que hasta 1998 se distinguen cuatro fases que están relacionadas con una concepción liberal del Estado y del derecho: conservador, laico, social y neoliberal.¹

A pesar de haber transcurrido más de cuatro años desde la vigencia de la Constitución, estimo que entre los que participamos de la vida jurídica del país y los que lo hacen en la política, no se ha abordado e implementado ampliamente el nuevo paradigma constitucional, el cual, conlleva a un cambio de concepción del derecho que debe iniciar desde las Universidades. Como ejemplo, la facultad de los jueces de aplicar directamente los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos y dar contenido a los derechos vía jurisprudencia, que nos aleja, en ciertos aspectos, del tradicional sistema jurídico romanista.

El Constitucionalismo ecuatoriano

Podemos previamente establecer la secuencia histórica de los modelos de Es-

¹ Ramiro Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo transformador El estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Quito, Alberto Acosta y Esperanza Martínez Editores, 2011, p. 84.

tado, iniciando por el pre - legal², en el cual, la autoridad impone la ley, sin que exista formalidades para su expedición y su poder lo ejerce en virtud de atribuciones de tipo moral o por la fuerza. Un segundo modelo el Estado legal, en el que la autoridad se ejerce: “por la ley y dentro de la ley”, es decir, la ley es previa y determina la forma para acceder al poder y una vez que se ha accedido a éste los límites y facultades son los que constan en la propia ley, bajo la máxima: “todo está prohibido salvo lo que está expresamente permitido”, siendo el legislativo el que limita al ejecutivo a través de sus leyes y al judicial para que sea únicamente la “boca de la ley”.

En un afán de clasificar el Constitucionalismo del Ecuador en su evolución, tenemos una etapa moderna y una post moderna³: la primera, contada desde la fundación de la República hasta la Constitución de 1998, dentro de la que encontramos varios momentos: un constitucionalismo liberal - conservador, en el que prima la no intervención del Estado, bajo los principios del “laissez faire, laissez passer” (Dejar hacer, dejar pasar), un régimen de ciudadanía tasada por la propiedad y la educación. Uno liberal – laico, desprendiendo a la iglesia del Estado. Uno legal – liberal – social, en el sentido de la existencia aún del modelo con intervención mínima del Estado y marcado por los principios de derecho privado pero con la aparición de los derechos sociales: educación, vivienda, salud, equilibrio laboral. Uno neoliberal, con la liberalización de la economía, con “la modernización del Estado” se privatizan los servicios públicos, aunque con la aparición casi forzada del Estado social de derecho, como consecuencia de la aparición de los movimientos sociales quienes ejercen presión política para el reconocimiento de sus derechos. Con la presencia de tres condiciones: a) El individuo es incapaz de satisfacer por sí solo, sus necesidades básicas; b) Surgimiento de nuevos riegos sociales; y c) El desarrollo de la convicción social de que el Estado debe asumir la responsabilidad de garantizar a todos un mínimo de bienestar.⁴ El listado de derechos consagrados queda como principios, sin contenido, sin herramientas o mecanismos idóneos para poder acceder a ellos. La segunda etapa, la post moderna, que inicia con el nuevo planteamiento de Estado de la Constitución del 2008 y que desarrollo en las siguientes líneas de este trabajo.

Aunque como indica Luis Prieto Sanchis, hablar de Constitución y constitucionalismo, presenta una multiplicidad de significados, cuando se habla “por ejemplo, del constitucionalismo antiguo y moderno, procedimental y sustantivo, débil y fuerte, de reglas y principios, de la Constitución como orden o como norma, como catecismo moral o como precepto jurídico vinculante, como límite o garantía y como norma dirigente dotada de un impulso de transformación social”⁵

El Estado Constitucional y el Estado de derechos.

El artículo 1 de la Constitución de 1998 no incluía que el Ecuador sea un Estado Constitucional, sin embargo la denominada de Montecristi, lo incluye y además señala que es uno de “derechos”, viene la pregunta que significan estos cambios?. Ramiro Ávila Santamaría, realiza un resumen de este cambio:

2 Me refiero a “pre-legal” como un modelo anterior al Estado legal.

3 Ramiro Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo transformador...*, p. 85.

4 Miguel Carbonell, Eficacia de la Constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas, en *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 58.

5 Luis Prieto Sanchis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Editorial Trotta, 2009, 2ª ed. p.107.

“La caracterización de la Constitución puede encontrarse en su artículo 1, que define al Ecuador como un “Estado constitucional, de derechos y justicia”. El Estado Constitucional se basa en que lo actos públicos y privados están sometidos a la Constitución, incluso la ley y las sentencias, garantizados a través del control de constitucionalidad y el rol activo y creativo de los jueces. En el Estado de derechos, tanto el Estado como el derecho del que este emana están sometidos a los derechos de las personas; además, se reconocen varios sistemas normativos distintos al derecho producido por el Parlamento, y se multiplican, en consecuencia, las fuentes de derecho. El Estado justicia es el resultado de la superación de un Estado que provoca y genera inequidad.”⁶

Del Estado legal al Estado constitucional

Para entender este cambio, es necesario analizar los modelos de Estado que existen: a) El Estado absoluto; b) El Estado de derecho o Estado legal de derecho, c) El Estado constitucional de derecho.⁷

El Estado absoluto, que es previo al Estado legal, el poder es centralizado y concentrado, por el cual, el rey, monarca, emperador, etc., es por sí mismo todo el Estado, es decir, hace leyes, las ejecuta, administra justicia, sanciona, ejecuta las sanciones. Al poder no se llega por procedimientos, si no por asuntos de sangre o de fuerza. La ley se la expide de forma arbitraria y sin ningún control. La sociedad generalmente esta dividida en estamentos: rey, nobleza, clero, burguesía y plebeyos (campesinos, artesanos, agricultores, etc.).

En el Estado de derecho o Estado legal de derecho, el ejercicio del poder ya no está concentrado, está dividido en poderes. Se entiende que concentrar todos los poderes en una misma persona, lo torna arbitraria e injusta, aunque en la práctica, este ideal de ponerle límites al ejercicio del poder del monarca, lo que logro es cambiar el titular del poder: del monarca al legislativo, el cual, mediante leyes controla al ejecutivo y al judicial. Agregando, la vigencia, en su momento, del “optimo iure”:

1.- Ser casado, o mayor de veintidós años, 2.- Tener una propiedad raíz, valor libre de 300 pesos, o ejercer alguna profesión, o industria útil, sin sujeción a otro, como sirviente doméstico, o jornalero; y, 3.- Saber leer y escribir.⁸

La ley es el fundamento del poder, y es previa a su ejercicio. La ley es referencia para el ejercicio de los derechos, es el único límite para el ejercicio del poder (*por lo tanto, el límite es impuesto por el legislativo*). La Constitución es un documento formal únicamente, los derechos se conceden o se limitan positivándolos en el Código Civil y en el Código Penal. En resumen el derecho es personificado únicamente en la ley, es la base y el límite de la actividad del Estado y pone límites y restricciones a las libertades de los ciudadanos.

6 Ramiro Ávila Santamaría, Del Estado legal al Estado constitucional de derechos y justicia en *Anuario de derecho constitucional latinoamericano Año XV*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 2009, p. 773.

7 Ramiro Ávila Santamaría, *Del Estado legal al Estado constitucional...*, p.777.

8 Constitución Política del Ecuador de 1830, Art. 12.

El Estado constitucional, como la siguiente fase mejorada del Estado legal, las “reglas del juego”, ya no es cosa únicamente de los legisladores, los límites al actuar de las autoridades ni la forma de acceder al poder es cosa únicamente de las mayorías parlamentarias y de los vaivenes de la negociación política, todos estos, incluyendo los actos de los poderes públicos, la definición de las máximas autoridades, el procedimiento para la entrada en vigencia de la ley y los tipos de leyes⁹ (orgánicas y ordinarias), están sometidos formal y materialmente a la Constitución. Diríamos que del “poder por la ley y dentro de la ley” pasamos a un “poder por la Constitución y dentro de la Constitución”; en definitiva las facultades del Asambleísta quedan enmarcadas por expresas disposiciones de la Constitución:

La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.¹⁰

Del Estado de derecho al Estado de derechos

Que el Estado ya no sea de derecho si no derechos, implica un cambio transversal, tanto en la parte orgánica como en la parte dogmática de la Constitución, el centro y fin del Estado, ya no es la ley ni el Estado en sí mismo y su supervivencia, el objetivo del Estado es el ser humano, y el garantizar y respetar sus derechos.

Que el centro y fin del Estado sean los Derechos, está consagrado a lo largo de todo el texto constitucional, de la siguiente manera:

-Art. 3.- Son deberes primordiales del Estado:

1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes.

-Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

-Art. 84.- La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales...

-Art. 85.- La formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos que garanticen los derechos reconocidos por la Constitución...

-Art. 88.- La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y efi-

⁹ Constitución del Ecuador de 2008, Art. 132 – 140.

¹⁰ *Ibid.*, Art. 84.

caz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales...

-Art. 95.- [...] La participación de la ciudadanía en todos los asuntos de interés público es un derecho, que se ejercerá a través de los mecanismos de la democracia representativa, directa y comunitaria.

-Art. 172.- Las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley.

-Art. 204.- [...] La Función de Transparencia y Control Social... protegerá el ejercicio y cumplimiento de los derechos...

-Art. 217.- La Función Electoral garantizará el ejercicio de los derechos políticos...

-Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal... Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.

-Art. 275.- El régimen de desarrollo es el conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistemas económicos, políticos, socio-culturales y ambientales, que garantizan la realización del buen vivir, del *sumak kawsay*. El Estado planificará el desarrollo del país para garantizar el ejercicio de los derechos...

-Art. 290.- El endeudamiento público se sujetará a las siguientes regulaciones:

2. Se velará para que el endeudamiento público no afecte a la soberanía, los derechos, el buen vivir y la preservación de la naturaleza.

-Art. 319.- [...]El Estado promoverá las formas de producción que aseguren el buen vivir de la población y desincentivará aquellas que atenten contra sus derechos los de la naturaleza...

-Art. 339.- [...] La inversión extranjera directa será complementaria a la nacional, estará sujeta a un estricto respeto del marco jurídico y de las regulaciones nacionales, a la aplicación de los derechos...

-Art. 424.- [...] La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

-Art. 426 [...] Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para

desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.

-Art. 437.- Los ciudadanos en forma individual o colectiva podrán presentar una acción extraordinaria de protección contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia.

Por lo tanto, el límite y fin del Estado son los derechos, pasando por todas sus instituciones: ejecutivo, asamblea nacional, la función judicial, la función electoral, la función de transparencia y control social, al formular políticas públicas, al administrar justicia, en la burocracia al ejercer sus funciones, en el modelo de desarrollo, en el endeudamiento, en el sistema económico, al formular el presupuesto, en la producción, creando garantías jurisdiccionales contra violaciones de derechos de la administración pública o de particulares con la acción de protección, e incluso contra violaciones de la función judicial con la acción extraordinaria de protección.

Este cambio, es el resultado de la crítica del único sometimiento del derecho a su validez formal, pues la misma podía ser válida aunque viole derechos de las personas. En este modelo, se implementa el sometimiento de la ley a la Constitución y a los principios en ella contenidos, por lo tanto, una norma podía ser formalmente válida por haber cumplido para su vigencia con los requisitos previamente establecidos en la ley, pero inválida en su contenido por contravenir a los principios establecidos en la Constitución. Este nuevo paradigma, obliga que la ley cuando imponga prohibiciones a las personas, lo haga respetando los derechos de libertad y cuando genere derechos, tiene que ser respetando los principios constitucionales.

El Estado de derechos, conlleva además a reconocer un nuevo y actualizado concepto de igualdad, concepto que ha sufrido cambios en la sociedad: a) En el Estado de naturaleza, se da una indiferencia de las diferencias, es decir, las desvaloriza e ignora; b) Pasamos a encontrar una diferencia de las diferencias, valorizando una pero despreciando otras: ser blanco, negro, educado, católico, etc.; c) A una homologación de las diferencias, esto es las reconoce pero las niega, es decir, planteando la abstracta y falsa idea que todos somos iguales. Finalmente, y una obligación en el Estado de derechos es reconocer las diferencias y valorarlas, tomando medidas positivas para lograr un equilibrio entre los grupos que históricamente han sido relegados y que en la práctica no han llevado la vida y no han sido parte de la historia en igualdad de condiciones, en nuestro país un ejemplo evidente los pueblos y nacionalidades indígenas, afro ecuatorianos y montubios.

La pluralidad jurídica reconocida en la Constitución complementa el Estado de derechos, digamos que en un *versus* al monismo jurídico, por el cual la ley, el Estado y sus fuentes e instituciones eran las únicas válidas. Así tenemos: el reconocimiento a la justicia indígena¹¹, el reconocimiento del Derecho¹² y de la Justicia Internacional implementado garantías para su ejecución con la acción de incumplimiento¹³, la existencia de las juezas y jueces de paz quienes tiene la facultad de resolver en equidad¹⁴.

11 Constitución del Ecuador de 2008, Art. 171.

12 *Ibid.*, artículo 11, numeral 7.

13 *Ibid.*, artículo 93.

14 *Ibid.*, artículo 189.

Conclusiones

En países como el Ecuador en los cuales los modelos liberales fueron impuestos buscando una homologación y que evidentemente no funcionaron, con un modelo de Estado nación adaptado a un Estado formado por una diversidad cultural, que solo buscaba invisibilizar a ciertos sectores. Un país en el que los principios del liberalismo de igualdad, libertad y justicia no fueron llevados a la realidad de todas las personas, en el que la independencia fue promovida y lograda por un reducido grupo de nobles criollos que al final solo buscaban el garantizar sus propios intereses, manteniendo relegado a la gran mayoría, de allí el dicho popular "última día de despotismo y primero de lo mismo".

En este país de desiguales y de desigualdades, y de privilegios, se cambia el paradigma constitucional, con una nueva propuesta de Estado, dejando atrás el modelo por el cual el Estado se limita a un "no hacer" como enemigo de los derechos de las personas para pasar a un Estado cuya principal obligación es el "hacer", el Estado amigo e impulsador de los derechos, el Estado equilibrador, que reconoce las diferencias, pero las valora y toma medidas positivas para lograr la igualdad material.

El Estado Constitucional en consecuencia significa el paso del sometimiento a la ley, y por lo tanto a las mayorías legislativas al sometimiento formal y material es decir de contenido, de todo el Estado incluida la propia ley a la Constitución y a la voluntad del constituyente reflejada en el texto constitucional.

El Estado de derechos, conlleva a que la máxima del Estado sea el reconocer y garantizar los derechos de las personas, en el cual el ser humano es el principio, el centro y el fin, cambiando el modelo de derechos y prohibiciones del Código Civil y Penal, a un modelo de derechos consagrados en la Constitución, pero que no excluye otros y reconoce a todos los que provengan de la dignidad humana conforme los reconoce en el numeral 7 del artículo 11.

El Estado de derechos avanza del monismo jurídico al pluralismo jurídico, reconociendo que existen otros sistemas, tal como el sistema de justicia indígena, con sus instituciones, principios, reglas y valores propios.

Finalmente, el Estado de derechos está reconocido en toda la Constitución, con una obligación a todas las instituciones del Estado, en la economía, en la producción, en las políticas públicas, en el endeudamiento, en el modelo de desarrollo, etc.

“Balance de la reforma jurídica en el Ecuador”

JORGE MORENO YANES

Síntesis: se efectúa un estudio de la Constitución de la República del Ecuador del año 2008, como punto de partida de la reforma jurídica del país. Se realiza el balance de la reforma jurídica, desde las vertientes estática y dinámica, y se determina -finalmente- los pros y los contras de la “democracia como forma de gobierno y el peso de la reforma jurídica”

Palabras Clave: Constitución de la República, reforma jurídica, derechos, garantías, Sumak kawsay,

El tema propuesto “balance de la reforma jurídica en el Ecuador”, por lo corto del espacio, me lleva a resumirlo y tratarlo en dos partes, desde la vertiente estática, y, desde la dinámica. Analicemos.

1. Constitución 2008

Generalidades

El retorno a la democracia fue celebrado por los ecuatorianos acudiendo masivamente a las urnas ya sea para pronunciarnos sobre dos proyectos de Constitución¹, como luego para elegir de entre los distintos candidatos, a nuestro Presidente de la República y más dignidades de elección popular.

Las concurrencias posteriores de los electores a las urnas para hacer viable la democracia representativa, fue poco a poco desencantando a los ciudadanos, llegándose a la “sustitución” de varios Presidentes electos por el voto popular, el argumento, que tanto las organizaciones políticas como sus cuadros que acceden al ejercicio del poder, proponen en campaña un programa interesante y en la práctica hacen lo contrario; que no se sienten representados por las organizaciones políticas ni por sus candidatos y cuadros, toda vez que éstos representan intereses de grupos e inclusive del capital, a ello súmese que el modelo presidencialista consagrado, no daba solución a problemas de gobernabilidad; en definitiva, un gran sector de la sociedad perdió credibilidad no sólo en sus gobernantes sino en el modelo jurídico político construido.

Accede al ejercicio del poder el Eco. Rafael Correa Delgado, dentro de su gobierno y vía su iniciativa, se convoca a una Asamblea Constituyente, son electos por el cuerpo electoral sus representantes con un mandato específico, elaborar una nueva Carta Política para luego, ponerla en consideración del cuerpo electoral, para que éste lo acepte o rechace. Los electores aprobaron mayoritariamente la Constitución de la República, siendo la misma promulgada en el R.O. N° 449 el 20 de octubre del 2008, fecha a partir de la cual está vigente la Norma de Normas en el Ecuador.

1 Algunos juristas sostuvieron que el mecanismo implementado no fue legítimo, para citar, Dr. Hugo Ordóñez E.

Características y rasgos especiales. Constitución 2008

La vigente Constitución se sustenta en dos principios muy importantes: El poder constituyente y la soberanía.

El Poder Constituyente.- Pérez Royo sostiene que son dos notas las que caracterizan al poder constituyente. Es un poder originario y único, cuyo fundamento se encuentra dentro del mismo; y, es un poder incondicionado, frente al cual, no existen límites².

En consecuencia, los representantes del cuerpo electoral, electos democráticamente para elaborar la Carta Política estaban plenamente facultados para elaborar la Constitución, sin condicionamientos, sabiendo que concluido su trabajo, debían poner en consideración del pueblo para su aprobación o rechazo, ésta última situación que fue algo inédito en la historia constitucional del Ecuador. Por tanto, la legitimidad del poder constituyente no solo fue por su origen, sino por su ejercicio.

Soberanía.- El poder constituyente en el caso del Ecuador como en la gran mayoría de Estados democráticos, está ligada a una determinada concepción de la soberanía, concretamente, la “soberanía popular”³, a través de la cual, la soberanía radica en el pueblo, siendo su voluntad el fundamento de toda autoridad. En el caso que nos ocupa, fue el cuerpo electoral, el que decidió a través de un Referéndum que la Carta Política elaborada por sus representantes, sea aprobada y por tanto rija la vida política y jurídica de los habitantes del Ecuador.

De lo expuesto, una vez aprobada la Constitución de Montecristi -2008- y publicada en el Registro Oficial, la misma se constituye en el punto de partida del orden jurídico, pues bien, veamos rápidamente las connotaciones que tiene la Constitución.

La Constitución podríamos abordarla en dos partes: la primera conocida generalmente como la dogmática, donde se consagran principios fundamentales, normas abiertas o principios de aplicación, pero de manera especial los derechos fundamentales⁴ y sus garantías.

Parte dogmática

Caracteres o principios en los que se sustenta el modelo del Estado ecuatoriano

En el Art. 1 de la Constitución encontramos los denominados elementos, caracteres o principios rectores de la organización del Estado ecuatoriano. Transcribiré la disposición con relación específica al primer párrafo, que dice: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organizará en forma de república y se gobierna de manera descentralizada”.

2 En el caso del Ecuador, los límites serían los derechos de las personas, especialmente a través de los Tratados y Convenios Internacionales, ya suscritos.

3 Concepción propuesta por Rousseau en su obra “El Contrato Social”.

4 Utilizaremos simplemente el término derechos.

De los elementos que contiene la disposición considero que se deben resaltar los siguientes:

Estado del Ecuador.- Entendido el mismo como “la comunidad global establecida sobre una unidad geográfica e histórica de dimensiones naturales, sociales y culturales, perfectamente delimitada, con poder suficiente para organizarse y ordenarse y cumplir los objetivos del buen vivir en armonía con la naturaleza bajo una economía social y solidaria, garantizando los derechos individuales y colectivos, con independencia de todo poder extraño”.

Unitario.- Es la forma de Estado tradicional, característica del mismo, es que los poderes de decisión se concentran en los órganos superiores del Estado y las mismas se aplican en todo su territorio⁵.

Estado Constitucional de derechos.- Se sustenta en el valor jurídico normativo de la Constitución, por tanto, obliga de manera directa e inmediata a todos los poderes públicos, se ubica en el nivel más elevado del ordenamiento normativo; dice Ramiro Ávila que en el Estado de derechos “todo poder, público y privado, está sometido a los derechos(...), los derechos someten y limitan a todos los poderes incluso al constituyente(...), la parte dogmática tiene una relación de importancia superior a la orgánica(...), se genera una pluralidad jurídica. El Estado constitucional de derechos y justicia es un paso adelante del estado social de derechos⁶.

Sobre el Estado de derechos, en gran medida lo comparto, pero no es menos cierto también, que el Buen Vivir que tiene un peso importante en el modelo, visto desde la visión indígena -Sumak kawsay-, las personas tienen obligaciones y de ellas pueden generarse derechos, por tanto, desde esta visión, debe probablemente discutirse el tema, toda vez que lo cultural es importante en el modelo construido.

Democrático.- El principio democrático en la Constitución es relevante, toda vez que si el titular del poder es el pueblo, éste debe establecer la forma como se organiza el mismo, como se lo ejerce y quien o quienes son los llamados a ejercerlo. Desde estas y otras aristas, el titular del poder, acordó que sustentándose el ejercicio del poder bajo el sistema representativo o procedimental -ejecutivo, legislativo, gobiernos territoriales- las demás funciones y órganos del Estado cuenten con sus titulares a través de sendos concursos de méritos y oposición; esta forma de democracia procedimental tiene que complementarse con la llamada democracia “sustancial”, cuya forma de gobierno se determina por los límites del ejercicio del poder en cuanto a lo que se puede y no se puede decidir. La democracia asimismo debe construirse en el Ecuador sobre la base de los principios de plurinacionalidad e interculturalidad.

Por fin, el pueblo se reserva también su ejercicio a través de instituciones de la democracia directa -consultas-, y la participación en democracia -relaciones sobe-

5 No está por demás sostener que vía el principio de la plurinacionalidad, los pueblos y nacionalidades tienen la posibilidad de contar con su propio derecho y aplicar su propia justicia. Arts. 57.9.10; 171 de la Constitución.

6 “Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia”, págs. 39-72, Obra: Constitución del 2008 en el contexto andino, N° 3. Ministerio de Justicia.

ranía popular y gobierno⁷, es un mecanismo de control del poder constituido, a través de la participación de la ciudadanía.

Plurinacional.- Recogiendo la definición de Boaventura de Souza Santos⁸ la Plurinacionalidad, es una demanda de reconocimiento de otro concepto de nación, la nación concebida como pertenencia común a una etnia, cultura o religión. Esto significa que la nación cívica debe coexistir con varias naciones culturales dentro del mismo Estado, por ende, este reconocimiento significa que las comunidades, pueblos y nacionalidades deben contar con sus propias formas de autogobierno y autodeterminación, en el marco del ordenamiento jurídico que se ha levantado⁹. Ver artículos: 6, 57.9.10; 171 de la Constitución.

Este principio debe complementarse con la interculturalidad, que reconoce al mismo tiempo el derecho a la diferencia y diversidad dentro de la unidad, reconociendo la necesidad de contar con instituciones y mecanismos que hagan posible un encuentro creativo y equitativo entre diversos, es un principio aplicable tanto por lo territorial -donde vive un solo pueblo- como para territorios compartidos -Otavalo, Quito, etc.-.

El Gobierno de administración descentralizada.- Considero que por primera vez se organiza el territorio del Estado, consagrando el Estado mayor -central-, con sus funciones -cinco- y más entidades con poder estatal -para citar, Corte Constitucional-; y los gobiernos autónomos descentralizados por el territorio -GAD-. Para hacer posible la descentralización, establece las competencias exclusivas del Estado central, y las competencias exclusivas de los GAD, siendo éstas últimas: Gobiernos: regionales, provinciales, cantonales, parroquiales rurales, y asimismo regímenes especiales. En el modelo se debe tener presente, los sectores o áreas: privativos, estratégicos y comunes. La descentralización es progresiva y obligatoria, debe ir acompañada de los recursos económicos.

Catálogo de derechos

Por derechos fundamentales Pérez Royo expresa que éstos son los “derechos naturales constitucionalizados sobre la base del principio de soberanía popular”¹⁰.

Siguiendo a Gregorio Peces Barba, considero que los derechos se sustentan en una pretensión moral justificada -contenidos compartidos genéricamente por el colectivo, susceptibles de ser elevados a normas jurídicas positivas, siendo su contenido igualitario, es decir el por qué-, y, su recepción en el derecho positivo, esto es, el para qué¹¹.

La Constitución consagra un amplio catálogo de derechos, siendo sus titulares las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos, titularidad que rompe con la tradición liberal de considerar que existen derechos individuales y excepcionalmente colectivos; en el modelo construido, todos los derechos pueden

7 Ver Título IV. Capítulo I, Art. 95 de la Constitución.

8 Ver obra “Refundación del Estado en América Latina-Perspectivas desde una epistemología del Sur”, Universidad Politécnica Salesiana, 2010.

9 Autogobierno y autodeterminación no significa por supuesto soberanía.

10 Pérez Royo, Curso de Derecho Constitucional.

11 Obra, Lecciones sobre Derechos Fundamentales

ser ejercidos individual y colectivamente, exigibilidad que no solo puede hacerlo quien se sienta vulnerado en su derecho, sino cualquier persona -Art. 11.1 Constitución-.

En cuanto a la clasificación de los derechos, los mismos dice el Art. 11.6 de la Constitución, que éstos son: inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía¹².

Los derechos reconocidos en la Constitución son:

1.- El Buen Vivir -Sumak Kawsay.- Es recogido de la cosmovisión del mundo indígena, para quienes la naturaleza no es un objeto, sino un espacio de vida. Para la cosmovisión indígena, elementos como el agua, la tierra, también tienen vida, como asimismo lo tienen los animales y seres humanos.

Desde el Kichwa, el Sumak Kawsay, significa buena vida o buen vivir, pero visto desde la armonía de las comunidades humanas con la naturaleza, donde el ser humano es parte del colectivo, éste último a su vez es un elemento más de la madre tierra.

El Buen vivir en la Constitución, es uno de los objetivos a llevar a cabo, norma las relaciones de los seres humanos en consideración a principios como: igualdad, comunidad; está llamado a generar nuevas condiciones económicas -solidarias-, donde la participación social es importante. Es un modo profundo que nos llama a reflexionar sobre nuestras formas y modos de vida, especialmente en los centros urbanos acostumbrados a consumir y producir más allá de nuestras necesidades. Es un elemento transversal de la democracia.

Como derechos, el Buen Vivir, abarca: agua, alimentos, no ser contaminados, comunicación libre, cultura ciencia, educación, hábitat y vivienda, salud, trabajo y seguridad social. -Arts. 12 al 33 Constitución-.

2.- Personas y Grupos de Atención Prioritaria.- Consagra derechos de los adultos mayores, niños, adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, privadas de libertad, los que adolecen de enfermedades catastróficas, personas en situación de riesgo, víctimas de violencia: sexual, maltrato infantil, doméstica, desastres naturales, en condiciones de doble vulnerabilidad. -Arts. 35 al 55 Constitución-.

3.- Derechos de las Comunidades, pueblos y nacionalidades.- Recoge derechos reconocidos en la Constitución codificada y reformada de 1988, pero amplía los mismos, en gran medida son los que están reconocidos en el Convenio 169 de la OIT, no como fue por supuesto la pretensión de los indígenas. -Art. 56 al 60 Constitución-.

4.- Derechos de Participación.- Está consagrado preferentemente en el Art. 61 de la Constitución, los mismos deben analizarse en concordancia con los Arts. 95 al

¹² Tener presente que el Preámbulo de la Constitución, consagra "una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el sumak kawsay

117 de la Norma Suprema, solo así se podría entender el cambio propuesto. Estos derechos son más amplios que los derechos políticos¹³.

5.- Derechos de Libertad.- Son los comúnmente conocidos como derechos de primera generación -constitucionalismo clásico liberal-, sustentados en el iusnaturalismo que en el decurso del tiempo se han ampliado. -Arts. 66 al 70 Constitución-.

6.- Derechos de la Naturaleza.- Una de las innovaciones más importantes es el reconocimiento de los derechos de la naturaleza -Arts. 71 al 74 Constitución-, tienen sustento en el Sumak Kawsay que se traduce en el respeto a la tierra o pacha mama, su contenido es la ética que debe regir la acción del Estado como también involucra a las personas entre sí y éstos con la naturaleza; por tanto, debe existir respeto no solo a lo humano sino también a lo no humano, es una concepción que rompe con el modelo liberal del capital. Por tener sustento en una expresión cultural andina, significa que en lo jurídico el cambio debemos sustentarlo los ecuatorianos, esto significa que en la práctica, las dudas y perspectivas que se tengan en cuanto a su aplicación y contenido del derecho, debe hacerse en cada caso.

El reconocer a la naturaleza como sujeto de derechos, significa que se ha dado un paso de la corriente ecológica ambientalista, a la corriente ecológica profunda. La naturaleza vista como sujeto de derechos, no significa que no pueda ser usada para vivir, de hecho lo puede ser, pero lo que no estaría permitido es usarlo para vivir suntuariamente, el consumo y uso exagerado de la naturaleza es lo que no estaría permitido, porque ello choca con el buen vivir, si esto último ocurre significaría que la naturaleza es un sujeto agredido, siendo ese ataque ilegítimo, habilitaría al ser humano para que en su nombre exija que el derecho de la naturaleza no sea agredido, realice por tanto, su defensa legítima. Esto nos lleva a sostener que en el decurso del tiempo serán los jueces, especialmente de la Corte Constitucional, los que vayan estableciendo los estándares y contenidos del derecho que tiene la naturaleza, lo que probablemente genere limitaciones en la propiedad privada, propiedad intelectual, actividad extractiva, etc. Este derecho reconocido en favor de la naturaleza abre en el Ecuador un nuevo capítulo en el ámbito del derecho, siendo nuestra imaginación limitada todavía respecto al alcance que pueda el mismo tener, toda vez que nos movemos bajo el concepto de que los derechos son exclusivamente para los seres humanos¹⁴.

7.- Derechos de Protección.- Vienen a ser herramientas en manos de los llamados a tutelar derechos para remover los obstáculos que se presentan cuando los derechos son ejercidos. -Arts. 75 al 82 Constitución-.

Garantías

Son herramientas que facilitan o hacen posible la protección de los derechos cuando los mismos son o pretenden ser vulnerados constituyéndose así en medidas eficaces desde la actividad jurídica.

¹³ Ver Art. 62 de la Constitución.

¹⁴ Sobre el tema ver en la obra "La Naturaleza con derechos - De la filosofía a la política", artículos "La Pachamama y el humano", autor Raúl Zaffaroni, págs. 25-137; "Los derechos de la Naturaleza en serio", autor Eduardo Gudynas, págs. 239-286.

Si bien es verdad la Constitución codificada y reformada de 1988 consagró varias garantías, no es menos cierto que no fueron del todo suficientes. En el modelo actual, se instituyen varias garantías, siendo éstas las siguientes:

Genéricas y Normativas: Su finalidad es evitar que las normas de rango inferior a la Constitución que sobre todo desarrollan los derechos no se adecuen a su contenido y eficacia que la Norma Suprema les ha otorgado, sus destinatarios son los poderes públicos, más no las personas, lo que si va a ocurrir es que las personas las puedan invocar o utilizar cuando convenga para protección de sus derechos. -Art. 84 Constitución-

Entre las garantías genéricas en favor de los Derechos Fundamentales, podríamos citar: Principio de reserva de ley -Art. 132 Constitución-; el respeto al contenido y garantía de los derechos, consagrado en la norma abierta del Art. 11.4 Constitución; garantía de razonabilidad de las normas jurídicas -vinculado con el debido proceso-; prohibición al legislador de limitar o restringir el contenido de los derechos vía el procedimiento de enmienda constitucional -Art. 441.2 Constitución-; el principio de expansibilidad de los derechos -Art. 11.5.7 Constitución-; eficacia normativa y aplicación directa de la Constitución -Art. 11.3-

Podríamos incluir dentro de las garantías normativas las “políticas públicas, prestación de bienes y servicios públicos” -Art. 85 Constitución-

Garantías Jurisdiccionales: De nada serviría si en la Constitución simplemente se enuncian o reconocen los derechos, lo importante es que se establezcan los mecanismos que viabilicen o posibiliten que aquellos puedan ser efectivos, siendo así, los derechos tendrán su razón de ser, en tanto en cuanto su contravención sea jurídicamente sancionable, esto significa que la persona pueda acudir y accionar ante los tribunales de justicia, cuando exista vulneración o se pretenda vulnerar sus derechos, la finalidad evitar o reparar el mal causado.

El capítulo III del Título III de la Constitución consagra las garantías jurisdiccionales, citemos las mismas: Medidas Cautelares -Art. 87-; Acción de Protección -Art. 88-; Acción de Hábeas Corpus -Art. 89-; Acción de Acceso a la Información Pública -Art. 91-; Acción de Hábeas Data -Art. 92-; Acción por Incumplimiento -Art. 93-; Acción Extraordinaria de Protección -Art. 94-

Garantías Institucionales: Vienen a ser aquellas instituciones garantizadas en la Constitución que prohíben al legislador ordinario eliminarlas, en consecuencia son garantías frente al legislador, para citar el caso, la institucionalización de los GAD, organizaciones políticas, defensoría del pueblo, que el legislador al desarrollar sus contenidos a través de ley, no puede desconocerlos o eliminarlos.

Organización del poder

Aquí se consagra la estructura, organización, funciones, órganos, atribuciones y competencias tanto del Estado central como de los GAD y otros órganos que ejercen poder estatal; se establecen asimismo procedimientos, enmiendas y reforma constitucional, de los tratados y convenios internacionales, el estado de excepción.

El Estado central se organiza a través de cinco funciones: ejecutivo, legislativo, judicial, electoral y de transparencia y control social.

Cuando hablamos de funciones, debemos entender al conjunto de actividades que el Estado realiza con base en el poder conferido, encaminadas al logro de sus fines.

La Función Ejecutiva: El máximo órgano de esta Función es el Presidente de la República quien ejerce la jefatura de Estado y la jefatura de gobierno, es el responsable de la administración pública y máxima autoridad de las fuerzas armadas. Esta Función se integra por la Presidencia y Vicepresidencia de la República, Ministerios de Estado y demás órganos y entidades llamados a cumplir en el ámbito de la competencia, atribuciones como son: RECTORÍA, PLANIFICACIÓN, EJECUCIÓN Y EVALUACIÓN de las políticas públicas nacionales y los planes que se creen para ejecutarlas. -Art. 141 Constitución-

Se consolida en el modelo de Estado, un ejecutivo fuerte, pues a más de las atribuciones típicas de un sistema presidencialista que han sido clásicas en el Ecuador, como son: jefatura de Estado, jefatura de gobierno, responsable de la administración pública y máximo jefe de las fuerzas armadas, ahora cuenta con atribuciones constitucionales en la rectoría, planificación, ejecución y evaluación de las políticas públicas; de allí la fuerte crítica que se ha levantado en el Ecuador respecto al modelo centralista y absorbente.

La Función Legislativa: Se la ejerce a través de la Asamblea Nacional, cámara única que se integra con representantes elegidos democráticamente¹⁵ por el cuerpo electoral, siendo éstos: nacionales, provinciales, circunscripciones del exterior, y a futuro incluirá también representantes de los distritos metropolitanos y de las regiones autónomas.

La Asamblea Nacional cuenta con atribuciones para legislar y fiscalizar -Art. 120 Constitución-. Es importante resaltar que en el evento de que se destituya al Presidente de la República por las causas previstas en el Art. 130 de la Constitución, se disuelve la Asamblea y el Consejo Nacional Electoral queda facultado para convocar a elecciones legislativas y presidenciales anticipadas para el resto de los respectivos períodos. Este mecanismo que no es propio del sistema presidencialista se ha incorporado en el modelo ecuatoriano con la finalidad de evitar las crisis de gobernabilidad, se lo conoce como la “muerte cruzada”.

Función Judicial: Se integra por varios órganos¹⁶:

Jurisdiccionales, que pueden ser unipersonales o pluripersonales, son los encargados de administrar justicia, podemos citar: Corte Nacional de Justicia a través de sus distintas salas especializadas; Cortes provinciales de Justicia; Tribunales y juzgados que determine la Ley Orgánica de la Función Judicial; Jueces de Paz.

¹⁵ Son electos para un periodo de cuatro años, pudiendo ser reelegidos por una sola vez.

¹⁶ Por órgano, entendemos la esfera permanente y abstracta de atribuciones y la persona física llamada a ejercerlos.

Administrativos, concretamente el Consejo Nacional de la Judicatura, que ejerce actividades de gobierno, administración, vigilancia y disciplina de la Función Judicial.

Auxiliares, coadyuvan, colaboran en la actividad judicial conforme lo determine la Ley, servicio notarial, martilladores y depositarios judiciales.

Autónomos, son parte de la Función, pero cuenta con autonomía administrativa, financiera y económica, son entidades con personalidad jurídica propia, para citar: Defensoría Pública, Fiscalía General del Estado.

Se debe señalar que de los fallos¹⁷ de la Corte Nacional de Justicia, se puede proponer ante la Corte Constitucional, la denominada "acción extraordinaria de protección", con lo que, la institución de la cosa juzgada, pierde espacio y lo pierde, porque los derechos deben ser garantizados.

Función de Transparencia y Control Social.- Es una nueva Función del Estado, está llamado a promover e impulsar el control de las entidades, órganos y organismos del sector público, como también de las personas naturales y jurídicas del sector privado que presten servicios o desarrollen actividades de interés público, las mismas que están llamados actuar con transparencia, responsabilidad y equidad. Está facultada además a fomentar, incentivar y fortalecer la participación ciudadana, proteger el ejercicio y cumplimiento de los derechos, prevenir y combatir la corrupción.

Se integra esta Función con representantes de los siguientes órganos: Consejo de Participación Ciudadana y Control Social -CPCCS-; Defensoría del Pueblo; Contraloría General del Estado; Superintendencias. Estos miembros constituyen una instancia de coordinación y eligen de entre ellos al Presidente de esta función, cada año.

Como característica especial, el CPCCS tiene la atribución para designar a las primeras autoridades de: Procuraduría General del Estado y Superintendencias¹⁸. Asimismo a la primera autoridad de la Defensoría Pública; Defensoría del Pueblo; Fiscalía General del Estado, luego de un proceso de selección -por méritos y oposición- veeduría e impugnación ciudadana. Designa también a los miembros del Consejo Nacional Electoral, Tribunal Contencioso Electoral y Consejo Nacional de la Judicatura, luego de concluir el proceso de selección, similar al anterior.

Los miembros del CPCCS, son designados luego de un proceso de selección -concurso de méritos y oposición- impugnación y veeduría ciudadana que realiza el Consejo Nacional Electoral.

La posesión de todos los miembros que acceden a los cargos expuestos, los hace la Asamblea Nacional.

Función Electoral.- Se ha instituido esta nueva Función del Estado, que es la llamada a garantizar tanto el ejercicio de los derechos políticos expresados vía el

sufragio, como los que corresponden a las organizaciones políticas y sus miembros.

Se integra con dos órganos, cada uno con autonomía administrativa, financiera y económica -personalidad jurídica propia-, estos son: Consejo Nacional Electoral y Tribunal Contencioso Electoral.

La administración pública

La Administración Pública en el Ecuador está concebida como un servicio a la colectividad, por tanto, no es que la colectividad o la persona están al servicio de la administración, sino al contrario, la administración al servicio de la persona y del colectivo, porque el titular de la soberanía, es el pueblo.

Ahora bien, para ingresar al sector público¹⁹, concretamente a un cargo de carrera, en cualquiera de las funciones, es requisito indispensable haber sido declarado ganador del respectivo concurso de méritos y oposición.

En el sector público, todas las personas tienen la calificación de servidores públicos, sin embargo es necesario hacer la siguiente distinción: los dignatarios o autoridades de elección popular; los de libre nombramiento-remoción; período fijo; los de carrera; los de contrato; y, los obreros, éstos últimos que se rigen por el C. del Trabajo, en tanto que los servidores de carrera por regla general se rigen por la Ley Orgánica de Servicio Público, y por algunas especificidades según la Ley de la materia, pero será la LOSEP, la que consagre la rectoría en personal y remuneraciones -esto último, como se dijo con algunas especificidades, según el sector-.

Organización Territorial del Estado

En el Título V capítulos I al V se consagra la organización territorial del Estado; principios, GAD y regímenes especiales, competencias exclusivas, recursos económicos.

Como lo expuse, por primera vez se organiza el territorio del Estado, estableciéndose el Gobierno del Estado central y los GAD y regímenes especiales -por el territorio-.

Consagra que los GAD son entidades autónomas -garantía institucional- en lo político, administrativo, y financiero, los principios que los rigen son: solidaridad, subsidiariedad, equidad interterritorial, integración y participación ciudadana. Estos GAD son: consejos regionales; consejos provinciales; concejos cantonales y juntas parroquiales rurales. A su vez los regímenes especiales pueden ser: por la densidad territorial, Distritos Metropolitanos; por la conservación del ambiente, Galápagos; por los derechos colectivos, comunidades, nacionalidades, pueblos, afroecuatorianos y montubios.

Los GAD, a excepción de las JPR, cuentan con facultad legislativa en el ámbito de sus competencias y dentro de su territorio. Las JPR, están facultadas para dictar acuerdos, resoluciones y reglamentos.

¹⁹ El Art. 225 de la Constitución consagra las entidades, órganos y organismos que integran el sector público.

¹⁷ Autos y resoluciones que ponen fin al litigio.

¹⁸ Lo hace de entre las ternas propuestas por el Presidente de la República.

Vale aclarar que en el ámbito de sus facultades legislativas, concretamente en la actividad tributaria²⁰ -excepto las JPR- se ha instituido la delegación legislativa. -Arts. 120.7; 132.3; 240 y 301 Constitución-.

Lo innovador son las regiones autónomas descentralizadas, que pueden constituirse siempre que las autoridades de los gobiernos provinciales de dos o más provincias con continuidad territorial, superficie regional mayor a 20.000km², un número de habitantes que supere en conjunto el 5% de la población nacional así lo acuerden. El procedimiento de constitución, organización y funcionamiento está previsto en la Constitución y COOTAD.

Las autoridades de los GAD son de elección popular, en el caso de quienes van ejercer la actividad ejecutiva y de administración -Gobernadores, Prefectos, Alcaldes- por mayoría relativa. En el caso de los órganos pluripersonales, mediante el sistema electoral D'Hont, debiendo en los consejos o concejos, estar representados proporcionalmente la población urbana y rural.

En cuanto a las competencias, la Constitución consagra competencias exclusivas del Estado central, pero asimismo establece las competencias exclusivas de los demás GAD.

De las competencias exclusivas del Estado central -Art. 261-, algunas tienen tinte de soberanía, por tanto no pueden ser transferidas a los GAD, otras son parte de los sectores estratégicos, por tanto difícilmente podrán ejercer los GAD -inclusive en el evento que tengan la competencia-, el Estado se impone en dichos sectores vía el principio de armonización -interés público o social-; y, existen otras competencias que pueden ser comunes y bien pueden transferirse progresivamente a los GAD.

Se consagra el Sistema Nacional de Competencias, cuyas funciones vienen establecidas en el Art. 269, lo importante es que este órgano deberá transferir las competencias a los GAD.

Por fin en cuanto a recursos económicos para los GAD, estos pueden provenir de los propios GAD, como también los que le asigne el Estado.

Supremacía de la Constitución y la Constitución como norma jurídica

La idea de la Constitución como Norma Suprema es obra de los norteamericanos a través de un proceso de creación jurisprudencial que suele situarse en la célebre sentencia del Juez Marshall -1803-, caso Merbury -Madison-, que generó en los EEUU una justicia constitucional y el control de constitucionalidad de las leyes.

En todo caso la elaboración científica del concepto normativo de Constitución se debe a los Alemanes -siglo XIX-.

En el caso del Ecuador, diría que a partir de 1988 se le concibe a la Constitución como norma jurídica -con limitaciones-, en el modelo construido, la Consti-

²⁰ Tasas y contribuciones especiales.

tución de la República es norma suprema y norma jurídica -Arts. 424, 425-, esta condición, le convierte a la Constitución no solo en fuente de derecho, sino en norma reguladora del propio sistema de fuentes.

Corte Constitucional

En el modelo construido en Montecristi, se sostiene que existe un control concentrado de constitucionalidad²¹, siendo la Corte Constitucional el órgano de justicia constitucional, llamado a realizar el control, interpretación y administración de justicia constitucional, su poder en el ámbito de sus competencias se extiende a todo el territorio nacional en materia constitucional.

Aquellas resoluciones y sentencias que la CC expida en el ámbito de sus atribuciones -Art. 436- cuando incluye en la "ratio decidendi" -motiva- una interpretación o alcance de los derechos constitucionales, cuando crea subreglas, estaremos ante precedentes jurisprudenciales que deben ser acatados por los jueces para casos futuros, de tal manera que las mismas integran el bloque de constitucionalidad, innovación en el modelo construido.

Enmienda, reforma y Asamblea Constituyente

Vía el principio del paralelismo de las formas²², si es el soberano quien aprobó la vigente constitución, significa que para una enmienda o reforma constitucional, el llamado a decidir, es el soberano, a través de un referéndum²³.

Asimismo mediante una consulta popular puede convocarse a una Asamblea Constituyente, según lo dispone y prevé el Art. 444 de la Constitución.

2. La actividad dinámica del poder

Existe un verdadero equilibrio de poderes

En el modelo construido como se expuso, se le confiere al ejecutivo atribuciones tales como: rectoría, planificación, ejecución y evaluación de las políticas públicas y planes que se creen para ejecutarlas -Art. 141-; por efecto de la rectoría para citar un caso, la autonomía sea por el servicio, económicas y territoriales, se restringe.

Como el ejecutivo es colegislador, en caso de vetos parciales a las leyes que emanan del legislativo, éste -Asamblea Nacional-, para ratificarse en su proyecto requiere de las 2/3 partes de sus miembros, situación compleja y difícil, que en la

²¹ Sobre el tema, Rubén Martínez Dalmau en el tema "Supremacía de la Constitución, control concentrado de constitucionalidad e interpretación constitucional", págs. 284-286 en Desafíos Constitucionales -Serie Justicia y Derechos Humanos N° 2 Ministerio de Justicia-. Personalmente considero que el control de constitucionalidad es mixto, por cuanto los jueces de la Función Judicial al conocer vulneración de derechos vía las garantías jurisdiccionales, también lo pueden en la práctica realizar, al igual que lo puede hacer en los procesos electorales el Tribunal Contencioso Electoral, cuyas sentencias son de efecto inmediato y crean jurisprudencia.

²² Pérez Royo, Curso de Derecho Constitucional.

²³ Lamentablemente el Art. 441.2 establece que la reforma a la Constitución puede hacerlo la Asamblea Nacional, una situación que no pudo ser corregida y que no va acorde con el principio del paralelismo de las formas.

práctica está llevando a que los proyectos de ley aprobados por el legislador -mayoría absoluta de votos de sus miembros-, sea vetado parcialmente por el ejecutivo e incluya en el veto, nuevas normas.

La gran mayoría de las leyes que se encuentran en vigencia, tienen su fuente en la iniciativa legislativa del Ejecutivo.

La acción fiscalizadora del legislador es débil, en gran medida porque la normativa que rige a éste órgano es demasiado exigente.

Para enjuiciar penalmente al Presidente de la República se requiere que la Asamblea Nacional lo autorice -hasta allí correcto-, pero, es necesario que se cuente con el voto favorable de las 2/3 partes de sus integrantes -Art. 120.10 Constitución-. En el caso de los Asambleístas, para que se autorice el inicio de causa penal en contra de los mismos, simplemente se necesita la autorización de la Asamblea Nacional con mayoría de votos, a más de otras circunstancias que prevé el Art. 128 de la Constitución.

Las Leyes que emanan del Legislador guardan concordancia con los contenidos de las normas constitucionales, casos concretos

En un Estado Constitucional, es la Constitución la que determina el contenido de la ley, por tanto, el legislador cuando discute y aprueba la misma debe analizar que aquella no vulnere ni los contenidos de las normas constitucionales, ni su procedimiento. En la práctica ocurre que varias leyes que nacen en el legislativo, han vaciado el contenido de normas constitucionales; basta citar el caso del C. de la Democracia, respecto a la “revocatoria del mandato”, donde vía reforma, estableció causas para la revocatoria, facultando inclusive al CNE para que califique la pertinencia o no de la revocatoria, los aspectos señalados, vulneran el derecho de participación ciudadana y control social, pues el constituyente cuando reguló la revocatoria del mandato no estableció causal alguna para la revocatoria, pues la misma podía progresar simplemente porque el elector le perdió la confianza a la autoridad. Algo parecido ocurre en la Ley de Educación Superior y de Escuelas Politécnicas y su reglamento²⁴.

Vale recalcar asimismo, que existen leyes que van acorde con los contenidos constitucionales.

La Transición de los órganos que administran justicia y la situación práctica

Corte Constitucional: Sus resoluciones -en varios casos- carecen de motivación, vale citar la medida cautelar para suspender los efectos de la “revocatoria del mandato”, sin motivación ni argumentos sólidos, luego que en la misma resolución establecieron que no existía omisión legislativa parcial del legislador ordinario, cuando reguló la institución de la revocatoria.

Corte Nacional de Justicia: Recién conformada, debemos presumir que sus miembros fueron designados y posesionados cumpliendo las exigencias previstas

²⁴ Sobre el caso ver artículo del Dr. Carlos Castro Riera en revista *Novedades Jurídicas* N° 65 “Comentarios al Reglamento General a la LOES”.

en la normativa respectiva, esperemos que a través de sus actuaciones ratifiquen la legitimidad.

Jueces: Los órganos de la Función Judicial llamados a administrar justicia en materia de garantías jurisdiccionales bajo argumentos nada sólidos ni confrontados, sin un método claro, ponderación y proporcionalidad, no consideran ni analizan el contenido de las leyes vigentes y en el fondo están implícitamente declarando la ineficacia de las leyes y reglamentos que se presumen legítimos²⁵; en otros casos, existiendo vulneración de derechos por órganos del poder público, sostienen que los actos son válidos, o, se vuelven en exceso positivistas y formalistas, especialmente en trámites ordinarios. Por fin, existe demora en la administración de justicia que puede generar a futuro acciones por error judicial.

Tribunal Contencioso Electoral: Es un órgano de transición, sin embargo no existe uniformidad en sus resoluciones, por el contrario, se observan contradicciones en casos parecidos, amén de la demora en los trámites sin respetar los plazos para emitir sus pronunciamientos.

Función de Transparencia y Control Social: Me parece que la actuación de sus miembros no ha sido positiva, por tanto, casi nada que comentar, en cuanto a la esfera de sus atribuciones previstas en el Art. 206 de la Constitución.

Dentro de esta función se cuenta con un órgano nuevo, cual es, el “Consejo de Participación Ciudadana y Control Social”.

En la constituyente de Montecristi existieron pronunciamientos y opiniones, para que no se institucionalice la participación ciudadana como parte en el ejercicio del poder, un argumento que me parecía interesante, fue que se desnaturaliza la lucha ciudadana y se vacía su contenido, que la ciudadanía debe ejercer sus derechos de lucha contra la corrupción, control del poder político e instancias de participación desde fuera del poder para no perder su óptica. La corriente impuesta fue, constituirse en una nueva función del Estado, para que diversos órganos de las distintas funciones del Estado o que ejercen poder estatal, accedan a los mismos a través de un concurso de méritos y oposición. Por otro lado, que una de las formas de ejercer la democracia, era formando parte del mismo, para evitar y luchar contra los actos de corrupción pública y organizar este nuevo poder. Tendencia que triunfó.

En la elección de sus miembros -realizada por el CNE- existieron críticas a la forma y procedimientos que llevó adelante el órgano electoral, es más, algunos ciudadanos participantes impugnaron los actos del CNE respecto a su calificación al TCE, órgano jurisdiccional que calificó los recursos, lamentablemente el órgano administrativo electoral concurrió ante la CC para interponer una acción por conflicto de competencias, de lo que conozco recién en el año 2011 -a fines-, la CC declaró que los argumentos del CNE carecían de fundamento y por tanto, el órgano llamado a conocer y resolver de los actos impugnados por los concursantes, era el TCE, no conozco si el órgano de justicia electoral se haya pronunciado, amén que su pronunciamiento -actos consumados- probablemente de existir fundamento en los recursos sea exclusivamente de reparación económica.

²⁵ LOSEP y su reglamento, respecto a estabilidad en cargos de carrera administrativa vía contratos.

La democracia como forma de gobierno y el peso de la reforma jurídica

La democracia vista como forma de gobierno -en los últimos 4 años- tiene sus pros y sus contras:

El CNE y las organizaciones políticas -vigentes- no hacen mayor cosa por fortalecer la democracia, me refiero a que no despega en el primer caso el instituto de capacitación y promoción electoral, en los segundos, tampoco tienen en funcionamiento permanente los institutos que la ley prevé.

No se ve ni observa que se constituyan instituciones propias -sector indígena especialmente- para hacer posible la plurinacionalidad, tampoco existen instituciones compartidas, existe rechazo en la esfera de gobierno para avanzar en esta nueva forma de democracia, si a ello también se agrega la confrontación de algunos sectores indígenas al gobierno, la situación es compleja.

La participación social, es débil, para citar, no existió esta participación en el procedimiento de discusión y debate de la Ley de Minería, ley que nació con este vicio a pesar que la CC, lo santificó.

La información pública en los distintos niveles de gobierno, no es del todo transparente, la ciudadanía y los colectivos, sostienen que se les pone trabas, razón por la que, deben inclusive acudir a la justicia.

En materia extractiva las tesis del gobierno son ir a la minería "con responsabilidad", en el cantón Cuenca probablemente se genere tensiones en su colectivo, porque entre minería y derechos, en estos últimos, derecho al buen vivir y derecho a la naturaleza que en la Constitución personalmente lo creo tienen mayor peso, deberían prevalecer, si de por medio se aplica el principio de precaución, en tanto en cuanto los estudios técnicos sobre impactos ambientales, no generen ninguna duda.

Estamos ante un ejecutivo fuerte y que pretende imponer sus tesis no solo en el legislativo, sino inclusive en otras instituciones, órganos y entidades del sector público, ello de por sí, genera tensión, y la confrontación no está permitiendo la paz y armonía, pues ésta irradia a la ciudadanía y confronta a sus seguidores y opositores. La confrontación ejecutivo y algunos medios de comunicación social -Quito y Guayaquil especialmente- es de todos los días -lunes a domingo-, los medios contra el gobierno y el Sr. Presidente contra los medios -sábados-, no es por supuesto un clima propicio para la paz, estoy de acuerdo que los medios de comunicación social deben cambiar, de hecho se observa ya el cambio, pero debe existir flexibilidad en el otro lado.

Las tensiones en los últimos días traspasaron nuestra frontera, y en varios Estados del mundo, se está generando una opinión adversa a nuestro gobierno, por supuesto, defienden intereses de grupo, pero que tampoco es saludable.

En cuanto al peso de la reforma jurídica, considero que se han dado pasos trascendentales para eliminar o evitar las inequidades en todas las esferas, públicas y privadas, se ha puesto empeño en distintas esferas del gobierno para avanzar a una igualdad material.

En cuanto a los concursos que ha realizado el CPCCS, para los distintos cargos, los mismos han sido criticados no solo por una parte de sus miembros, sino por los medios de comunicación y ciudadanía, por distintos motivos -se manifiesta, que varios de sus integrantes fueron servidores públicos en algunas funciones u órganos del Estado-.

Respecto a la lucha por la corrupción y organización del poder ciudadano, promover su participación y otras facultades que éste órgano las tiene previstas en el Art. 208 de la Constitución, diría que muy poco se ha observado.

Función Electoral: Haré una referencia brevísima al órgano de administración electoral, recientemente electo según el procedimiento previsto en la Constitución y leyes, concretamente al CNE, sus miembros asimismo han sido cuestionados por su acercamiento con el gobierno en unos casos y en otros, porque prestaron sus servicios en algunas instituciones u órganos del Estado, pero vinculados al régimen. Esperemos que las críticas queden sin piso, en tanto en cuanto sus titulares en el ejercicio de sus funciones, se legitimen, apliquen el principio de "elecciones, libres, auténticas y periódicas"; el reto es grande, más todavía cuando el C. de la Democracia fue reformado y entre ellas se establece que las autoridades electas democráticamente y que opten por la reelección, dice la norma reformada, Art. 93 "podrán hacer uso de licencia sin remuneración". Esta reforma impuesta, me parece que vulnera el principio de la igualdad de oportunidades en las competencias electorales. Asimismo la reforma al Art. 203 concretamente "los medios de comunicación social se abstendrán de hacer promoción directa o indirecta ya sea a través de reportajes, especiales o cualquier otra forma de mensaje que tienda a incidir a favor o en contra de determinado candidato, postulado, opciones, preferencias electorales o tesis políticas", probablemente sea tan fina que puede en el fondo constituirse en una censura previa; sobre esto último, no veo como el CNE, pueda reglamentarlo, la norma no lo permite, debía el legislador o el ejecutivo que propuso en el veto el tema regular en detalle cuándo, cómo, y por qué modos y formas los medios de comunicación deben así proceder, inclusive estableciendo la infracción y su respectiva sanción, porque lo que sigue de la norma -Art. 203- "el CNE ordenará al medio de comunicación social la suspensión inmediata de la publicidad o propaganda que no cumpla con las excepciones previstas en el presente artículo sin notificación previa", lo contemplado en esta parte de la norma no es aplicable a la abstención de los medios de comunicación para tomar partido por un candidato, porque la misma se refiere específicamente a las excepciones previstas en el artículo invocado y que son concretamente las cuatro causas por las que a los distintos niveles de gobierno se les permite hacer propaganda en campaña electoral²⁶, incluso en estos casos me parece que la acción de la suspensión de propaganda sin notificación previa, es una verdadera sanción, ésta última que es competencia del TCE. A lo señalado agréguese, que de existir segunda vuelta -Presidente y Vicepresidente de la República-, tan pronto se notifique con los resultados numéricos pueden arrancar con la publicidad de "obras" los distintos niveles de gobierno. Por tanto, el reto del CNE, es grande en tanto en cuanto están llamados a garantizar elecciones transparentes y limpias, donde no se vulneren los derechos de los electores, a través de publicidad o propaganda de los distintos niveles de gobierno que sutilmente apoyen determinadas candidaturas, configurado ello, con una probable "censura previa" a los medios de comunicación social.

²⁶ Excepciones que en el fondo son regulaciones generales para hacer propaganda.

La obra pública sea ya, en vialidad, salud, educación, seguridad social, redistribución de la riqueza, protección a los más débiles y grupos vulnerables, turismo, etc., es digna de resaltarse, me parece que en estas y otras áreas asimismo, el empeño desplegado por las distintas instituciones del Estado -a la cabeza el ejecutivo-. El desarrollo económico, lucha contra la pobreza, inflación, desempleo, son dignos de resaltarse, en estas y otras áreas más, la percepción que tengo es de respaldo a las autoridades.

En definitiva, se tiende a poner orden en el Estado y eso genera divergencias y oposición especialmente en sectores tradicionales y conservadores que no aceptan el cambio de época.

La reforma jurídica y política que se ha implementado diría que pretende consolidar un Estado que sin desconocer las distintas formas de propiedad privada, tiende a través de órganos de regulación y control, consagrar un modelo de capitalismo social con características propias.

Me parece que la democracia vista desde la esfera social tiene relevancia; desde la esfera de los derechos de libertad -libertad de opinión y expresión del pensamiento- se ha estancado. Es necesario que nuestras autoridades ponderen sus acciones para conciliar tensiones, será el día a día el que nos permita seguir avanzando o parar el mismo, esperemos que se continúe con la reforma jurídica que parte de la Constitución, y se enmienden los actos y errores que se ha comentado en las distintas funciones del Estado.

Perspectivas del Código Orgánico Integral Penal (COIP)

CARLOS CASTRO RIERA

Síntesis: se examinan los antecedentes políticos del COIP, los objetivos que persigue, la doctrina en que se inspira, la naturaleza totalitaria de dicho proyecto, sus implicaciones sociales y políticas.

Palabras Clave: Inseguridad, criminalidad, criminalización, protesta social, terrorismo, derecho penal del enemigo, totalitarismo, control político.

Nueva vía de desmontaje del Estado Constitucional

El 20 de Octubre del 2012 cumplió cuatro años de edad la Constitución de Montecristi. Esta niña fue violada a las pocas horas de su nacimiento nada menos y nada más por el propio ente llamado a defenderla y sigue siendo atropellada hasta la presente fecha. En el Ecuador 17 Constituciones han quedado en nada, y al paso que vamos esta nueva Ley Fundamental quedará reducida al papel, con lo cual seguirá la tragedia constitucional de nuestro país.

Ahora, en circunstancias que el país vive una ola de criminalidad e inseguridad, algunos sectores políticos, pretenden utilizar esta coyuntura para acelerar el desmontaje del Estado Constitucional, pretextando que la delincuencia es producto del "garantismo constitucional" y de una supuesta legislación protectora de delinquentes.

Algunos artífices de la Asamblea Constituyente de Montecristi y de la nueva Constitución, se rasgan las vestiduras ante normas constitucionales y penales que han sido resultado de la evolución de la cultura jurídica de la humanidad, y pregonan el endurecimiento de las penas, rebajar las condiciones de imputabilidad de menores, establecer la imputabilidad de personas jurídicas, reducir y limitar las garantías del debido proceso, criminalizar la protesta social y ampliar los delitos de opinión, en fin crear una legislación ultra represiva inspirada en teorías penales totalitarias.

Inculpación al garantismo de la delincuencia

El incremento de la delincuencia no es culpa de las leyes que establecen garantías del debido proceso, de la víctima y del procesado, si aquello fuera cierto, los países más civilizados y democráticos del mundo estuviesen dominados por la criminalidad.

En esta cruzada por desmontar el Estado Constitucional de Derechos y Justicia, se utiliza la estrategia por una parte de inculpar y golpear a la Constitución calificándola como hipergarantista; y, por otra, la expedición de leyes y reglamentos y en general, de una legislación secundaria que contradice y burla los principios y contenidos de la ley fundamental sin que exista defensa institucional de la misma y quedando todos estos atropellos inconstitucionales en la impunidad.

Visión simplista y cínica de la etiología criminal

Las causas de la criminalidad son más complejas que la visión simplista y política de echar la culpa a una "legislación blanda y garantista", en circunstancias en que otros países tienen las mismas garantías procesales penales, y sin embargo tienen niveles de seguridad muy elevados.

Curioso resulta ver, como los beneficiarios de un sistema social despiadado, concentrador de la riqueza y la pobreza, son los más entusiastas por una "legislación sangrienta", como si los productos destilados por el propio sistema: mendicidad, marginalidad, ignorancia, insalubridad, hambre, desocupación, alcoholismo, drogadicción, condiciones infra humanas de vida, prostitución, violencia machista, migración, pérdida de valores, carencia de vivienda, fuesen culpa de la Constitución o las leyes penales.

Ese coro de "ángeles" que ayer sembraban la violencia, organizando bandas de matones espectaculares, para defender sus intereses y que les escoltaban en sus campañas electorales, ahora hablan de moral, ética, seguridad, combate a la delincuencia, cuando han sido ellos, los protagonistas del mal ejemplo, los negocios turbios, el contrabando, la evasión y elusión tributaria, la doble moral y la doble contabilidad, el soborno, la devastación de bosques y manglares, la apropiación violenta de la tierra, el lenguaje procaz, la violencia, el tráfico de influencias y de la renta de la tierra, los dueños de la justicia, los beneficiarios de la banca cerrada y de la impunidad.

Estos mismos adalides de la seguridad, ante el anuncio del Presidente de la República de convocar a una consulta popular para reformar algunas garantías constitucionales penales, coincidieron desde otros intereses políticos estratégicos, en exigir que se convoque a consulta popular, para allanar el camino del desmantelamiento de las garantías constitucionales y avanzar al endurecimiento de las penas, y para ver "quiénes están a favor de los delincuentes y quiénes a favor de la sociedad".

De la reforma penal a la consulta popular y al Proyecto de COIP

Sin embargo lo que empezó como reformas penales constitucionales y legales, devinieron en la formulación de una propuesta de convocatoria a referéndum y consulta popular de más profunda trascendencia política que no solo miró al ámbito de la inseguridad ciudadana, sino al control político de la justicia y la opinión pública.

Aprobada la consulta popular y el referéndum, hemos pasado a las transformaciones del sistema jurisdiccional y la expedición de leyes que tienen que ver con la aplicación de los resultados de la consulta y es en este contexto que se desarrolla el debate legislativo y ciudadano en torno al Proyecto del Código Orgánico Integral Penal.

La necesidad de nuevas normas penales, procesales penales y de ejecución de penas es de inaplazable solución, siendo necesario participar activamente en este debate. Sin embargo, si bien necesitamos atender urgentemente el tema de la se-

guridad, debemos estar prevenidos que so pretexto del combate a la delincuencia se apunte más bien al establecimiento de normas de control político con lo que se malograría y desviaría la reforma penal.

Este debate se inició en el país, al presentar y publicar por parte del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, más concretamente de la Subsecretaría de Desarrollo Normativo a cargo del Dr. Ramiro Ávila Santamaría el Anteproyecto de CÓDIGO DE GARANTÍAS PENALES en Diciembre del 2009.

En la exposición de motivos del Anteproyecto -que fue calificado de "pro delincuente" por el Fiscal General del Estado de ese entonces-, se señala que en el país, se han promulgado cinco Códigos Penales 1837, 1871, 1906, 1938 y la Codificación de 1971; y que, desde esta última codificación, se han efectuado cuarenta y cuatro reformas.

En cuanto al Código de Procedimiento Penal se indica que hemos tenido cinco leyes de procedimiento penal, siendo el último código, el del año 2000 que introdujo el sistema acusatorio, y que se lo ha reformado en trece ocasiones.

A su vez el Código de Ejecución de Penas de 1982 ha sufrido nueve reformas, Código que no guarda armonía con las normas penales y procesales penales, dando como resultado un sistema de ejecución inconsistente con los otros Códigos.

Estamos pues ante una legislación penal remedada hasta no más, de conformidad con situaciones coyunturales, para satisfacer el descontento popular del momento, que deja traslucir que se ha actuado con demagogia y populismo penal.

La utilización del sentimiento de inseguridad

En efecto, es más fácil satisfacer el descontento ciudadano, apelando al endurecimiento penal, a sabiendas por la experiencia y la ciencia, que aquello no es remedio para la delincuencia. Eso ya se ha hecho en varias oportunidades en nuestro país, pues suficiente sería en esta nueva ocasión legislativa una reforma que diga algo así como ¡en adelante las penas establecidas en el Código Penal se triplican! y veríamos como la delincuencia desaparece por arte de magia al siguiente día de la promulgación de la reforma draconiana.

Garantismo versus derecho penal del enemigo.

La Constitución vigente, ordena a la Asamblea Nacional y a todo órgano con potestad normativa, "*adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y tratados internacionales*" (art.84), pero en vez de cumplir este mandato constitucional, los "duros" de la penalidad, abogan por aumentar las penas y criminalizar al máximo las anomalías de la vida social, hasta por irrespeto de una línea de fábrica, pasando por lo tanto de la intervención penal mínima a la intervención penal máxima.

Para todos nosotros es conocido que la Constitución vigente tiene como matriz teórica el neoconstitucionalismo social, y aquello incluye el "garantismo penal", que no significa garantía al delincuente como afirman con intencionalidad



política los que están al acecho de la Constitución, sino la consideración de que la actuación de las autoridades judiciales y no judiciales que intervienen en las instancias penales, deben someter sus actuaciones a la Constitución y la ley y ser responsables por su actos.

En nombre de la delincuencia no podemos volver al "terrorismo de Estado", donde campean la inseguridad, la criminalización de la pobreza, operativos policiales arbitrarios, la violación de derechos, allanamientos de domicilios, tortura psíquica y física, desapariciones forzadas, autoritarismo policial, mal trato de presos y detenidos, negociados de la libertad, instrumentación del derecho penal para ajuste de cuentas, chantajes, persecuciones políticas, justicia por mano propia, detenciones arbitrarias, incomunicación, autoinculpación, y prisión preventiva como pre pena.

Estamos conscientes que hay una sociedad desesperada por el aumento de la criminalidad, pero ese sentimiento no puede ser manipulado con fines protervos, pues la defensa social no puede desconocer la Constitución e implantar el terrorismo penal. Facílísimo sería frenar la delincuencia, multiplicando las penas por diez o simplemente aumentando policías y militares en las calles armados hasta los dientes y dispuestos a matar al menor sospechoso.

En el ámbito punitivo, el Estado Constitucional, incluye la concepción del "derecho penal mínimo" opuesto al "derecho penal del enemigo" ("totalitarismo penal").

El garantismo penal se enmarca en la concepción del neoconstitucionalismo que inspira a nuestra Carta Magna, puede sintetizarse en el predominio de los principios sobre las reglas, la proporcionalidad y la ponderación en la aplicación de los derechos, la presencia relevante y activa de los jueces frente a los legisladores, el pluralismo valorativo en oposición a la homogeneidad ideológica, el constitucionalismo invasivo que penetra en todas las áreas del Derecho, la rigidez constitucional, la garantía jurisdiccional de la Constitución (su fuerza vinculante y la aplicación directa de las normas constitucionales por los jueces), la reconstitución de la unidad del Derecho con la Moral y de la validez jurídica con la justicia.

Por lo tanto el garantismo se basa en el respeto absoluto a los derechos de las personas; la limitación de derechos debe ser discutida en juicio y con procedimientos que garanticen el debate, la contradicción de pruebas, el derecho a la defensa técnica; la mínima discrecionalidad de autoridades judiciales y no judiciales en el proceso penal, obligación de justificar sus actos y ser responsables de los mismos; los actos que limiten derechos deben ser controlados judicialmente; la intervención penal debe ser la mínima necesaria para evitar la impunidad y proteger a la víctima.

En cambio en el derecho penal del enemigo, subyacen conceptos como: la sociedad se divide en no desviados a los que hay que proteger y desviados que deben ser perseguidos y sancionados preventivamente ("cazarlos como pavos en la víspera"); los "enemigos" de la sociedad, son individuos que se han apartado del derecho presumiblemente de un modo duradero y no solo accidental, y se han excluido del ámbito de las personas, son "animales peligrosos"; por lo tanto cabe el adelantamiento de la punibilidad y el rechazo a la reducción proporcional

de penas; debilitamiento o supresión de garantías penales, (el enemigo no tiene dignidad); endurecimiento de las penas; diferenciación entre el "delincuente ciudadano" que puede tener un desliz (alzarse con los depósitos bancarios por ejemplo) y el "delincuente enemigo" (reincidente, habitual, profesional delictivo, integrado a organizaciones del crimen); el derecho excluye al enemigo, pero en forma y modo que vincula a los ciudadanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la invocación de la peligrosidad para imponer mayor pena "sustituye el Derecho Penal del acto propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho Penal del autor, que abre la puerta al autoritarismo en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía... Sobra ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos".

Transparentar la matriz ideológica que inspira al proyecto de COIP

La expedición del Código Orgánico Integral Penal no está al margen de la influencia de estas grandes tendencias penales de la actualidad: la democrática y la totalitaria y por ello hay que analizar su matriz ideológica y teórica, siendo este un deber ineludible de la Asamblea Nacional, que no puede verse amenazada en el sentido de que si no se respeta el proyecto original todas las reformas que se introduzcan serán vetadas. Para qué sirve entonces el órgano legislativo del país.

A la inseguridad y a la delincuencia hay que combatirlos todos los días, pero con la Constitución y la ley en la mano, siendo implacables con su aplicación, con policías preparados para ser ejemplo de ciudadanía, fiscales que no se presten a la manipulación política, jueces independientes, preparados y probos, ciudadanos cumplidores de su palabra, sus deberes y compromisos, pro activos de la no violencia, con autoridades que dejen la campaña electoral permanente, gasten menos en imagen y hablen más con su vida, obra y testimonio; funcionarios y empleados con mística de servicio, no prepotentes y abusivos, con participación ciudadana organizada, inversión en laboratorios de criminalística, creación de una verdadera policía judicial técnica e independiente, preparación de servidores judiciales, campañas de educación cívica y de valores, depuración del sistema policial, del poder acusatorio, del sistema judicial y del sistema de resocialización.

Pensar en el endurecimiento de las penas en el actual sistema de ejecución de las mismas, es reforzar el nivel de postgrado delincencial y permitir que avancen del nivel profesional al nivel de la especialización más refinada. Nuestras cárceles son verdaderas escuelas de perfeccionamiento delincencial

Por supuesto que hay que cambiar la legislación penal, pero en forma integral con un cuerpo normativo unitario, sistemático, coherente y completo vertebrado según los mandatos rectores de la Constitución vigente, recogiendo la experiencia acumulada de nuestro país y sobre todo con un plan con políticas y estrategias serias.

Igualmente es necesario distinguir la delincuencia común, callejera, de la delincuencia organizada o institucionalizada o como se dice del crimen organizado a

nivel nacional e internacional, para estructurar una política de defensa o seguridad ciudadana, que sea por una parte eficaz y por otra que no quebrante el régimen democrático en nombre del combate a la criminalidad, pues bien sabemos por las experiencias históricas como en dichos ambientes policiacos y militaristas, antes de disminuir los niveles de inseguridad, se incrementa la represión social y se termina criminalizando la protesta social y la pobreza, lesionando seriamente el ordenamiento jurídico democrático, creándose situaciones de regresividad hacia épocas ya superadas donde los derechos humanos han quedado como meras declaraciones de papel.

Con el Proyecto de Código Orgánico Integral Penal, que está tramitándose en la Asamblea Nacional, se deja atrás y archivado el Anteproyecto de Código de Garantías Penales coordinado por Ramiro Ávila Santamaría, y que contó con la asesoría de juristas de la talla de Eugenio Raúl Zaffaroni y Máximo Pavarini.

Néstor Árbito Chica, Ministro de Justicia de ese entonces, en la presentación de dicho Anteproyecto, manifestó: "Pretendemos construir un Código que determine con claridad las conductas que tienen sanción penal, los procedimientos en función de la gravedad del daño y un sistema de ejecución de penas que no sea un espacio de profesionalización de la delincuencia... el ideal que ningún inocente sea enjuiciado y condenado, que las víctimas de los delitos sean adecuadamente atendidas y reparadas y que las personas que han cometido infracciones tengan todos los derechos durante el juicio y cumplan penas útiles y proporcionales a la infracción que cometieron".

En su lugar se tramita, hoy en la Asamblea, un proyecto de Código Penal, cuyo espíritu al menos en su versión original es contrario a la Constitución de Montecristi y está contagiado por la doctrina de los "animales peligrosos".

Control delincencial o control político

En efecto, el Proyecto de Código Orgánico Integral Penal, contiene tipos penales abiertos ("talla única", a manera de "grandes embudos") que permiten las interpretaciones más diversas según el interés social o político que se lo quiera dar, con lo que se atenta gravemente a la garantía de la seguridad jurídica, y aunque se lo quiera negar criminaliza la protesta social y aparece más dirigido al control político que al control delincencial.

Dicho proyecto penal en nombre del "buen vivir" criminaliza conductas que no merecen un tratamiento penal, incluyendo aspectos relacionados con la libertad de información y expresión, incorpora subrepticamente la famosa "responsabilidad coadyuvante" de los propietarios de los medios de comunicación social y en algunos casos, se establecen sanciones penales menores para delitos mayores y viceversa. Se violentan entonces otros principios como el de la intervención penal mínima y el de proporcionalidad entre infracciones y sanciones penales.

Lo rescatable del Proyecto de Código Orgánico Integral Penal, es que se pretenda superar la dispersión de la tipificación de conductas penales constantes en diversos códigos y leyes, que se unifiquen y guarden coherencia normas penales sustantivas, adjetivas y de ejecución de penas y la universalización de la oralidad.

Existen temas que son realmente controversiales como la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y a donde apunta dicha innovación, aspecto que en otros países -dada su propia realidad- tiene otras connotaciones, quedando claro que en nuestro país hasta el momento las personas jurídicas no son sujetos de responsabilidad, debate que ya se dio a propósito de la querrela contra directivos del diario El Universo.

Esperemos que este proyecto penal sea analizado profundamente por profesores y estudiantes de derecho, servidores judiciales y abogados y en general por todos quienes nos interesamos en la necesidad de la reforma jurídica profunda de nuestro país y que al final contemos con un instrumento jurídico al servicio de la seguridad ciudadana.

De un plumazo...

SIMÓN VALDIVIESO VINTIMILLA

Síntesis: de un plumazo se pretende borrar todo lo construido desde hace ocho años y algo más en materia procesal penal y sobre todo distanciarnos del marco constitucional vigente, acuñado en Montecristi, Ciudad Alfaro. Y afirmamos aquello por lo que de seguido nos permitimos escribir sobre la base de pronunciamientos emitidos por la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, en materia de casación.¹

Palabras Clave: Corte Nacional, Oralidad, Derecho Internacional, Derechos Humanos, Estado Constitucional, Auto de llamamiento a juicio.

La oralidad no sólo constituye un fenómeno cultural occidental, por haber sido incorporada en la mayoría de las legislaciones penales, sino además es el sistema al que se refieren las convenciones internacionales. "Derecho Internacional de los Derechos Humanos" que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico en virtud del contenido del Art. 1 de la Constitución de la República cuando se declara un "estado constitucional de derechos y de justicia". La expresión "estado de derechos" es con la que se reconoce la pluralidad del sistema jurídico en nuestro país, y en el que se inscribe el "bloque de constitucionalidad"².

La aceptación o el rechazo de la oralidad no debe ser el problema inicial a plantearse, cuando se quiera definir una determinada política legislativa en materia procesal penal, sino por el contrario, lo primero que deben aclararse y redefinirse son las garantías y los objetivos básicos del proceso, para luego examinar cuál sistema (escritura-oralidad) constituye un instrumento más adecuado para conseguir aquellos fines y cuál garantiza mejor los derechos fundamentales. Y eso es lo que hizo exactamente el Ecuador cuando a partir del año 1998 abrazó el sistema acusatorio por considerar que es el adecuado para salvaguardar los derechos de los ciudadanos; de ahí es que dos años después con todas las falencias que pudieron haberse dado emergió el Código de Procedimiento Penal que con temprana edad ya tiene cuatro reformas, por lo que podemos afirmar se trata de un "código mal zurcido y mal remendado".

El punto de partida que motiva esta conversación escritural es justamente la regresión a la escritura dentro de un sistema acusatorio adversarial que de acuerdo a nuestra Constitución de la República, la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo.³

1 Proceso 0196-2013 V.R., Proceso0579-2011 V.R.

2 Conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, fuera del texto de la Constitución. En doctrina de dice: sirve para el control constitucional y tiene un rango constitucional reconocido por los Estados. En este caso, nuestro país lo reconoce en el Art. 425 de la Constitución de la República, cuando se refiere al orden jerárquico de aplicación de las normas.

3 Art. 168 de la Constitución de la República.

La Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia⁴ ha emitido en los últimos tiempos algunas resoluciones en casación y ha declarado la nulidad de los procesos penales "...por cuanto se dice que no existe el auto emitido por el juez..." (sic)⁵

Con ese pronunciamiento judicial de la máxima instancia en materia penal lo que se pretende es que las y los jueces de garantías penales en la etapa intermedia emitan el auto de llamamiento -entendemos que también el auto de sobreseimiento- en forma escrita. Entonces frente a esa tesis procesal penal emanada de la Corte Nacional es preciso hacer algunas acotaciones.

De acuerdo al Art. 59 de la Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Penal de 24 de marzo de 2009⁶ "...El secretario elaborará, bajo su responsabilidad y su firma, el extracto de la audiencia, que recogerá la identidad de los comparecientes, los procedimientos especiales alternativos al proceso ordinario que se hubieren aplicado, las alegaciones, los incidentes y la **resolución del juez de garantías penales**" (sic). (el acentuado es mío). Consecuentemente quienes deben responder en derecho son el juez que dictó el auto y el secretario o secretaria que intervino en la audiencia.⁷

Al tenor del Art. 59 Ibídem, el juez de garantías penales anunciará de manera verbal a los presentes su resolución, la que se considerará como notificada en el mismo acto. Entonces, **ello quiere decir que la resolución es oral y motivada** conforme lo prevé el Art. 168.6 de la Constitución de la República en relación con el Art. 76.7.1 Ibídem.

De otro lado, de acuerdo al Art. 59 Ibídem, "...la secretaria del juzgado conservará por escrito o en una grabación las actuaciones y exposiciones realizadas en la audiencia y el **contenido íntegro de la resolución judicial**."⁸ (sic) (el acentuado es mío). En otras palabras siendo la audiencia oral, pública y contradictoria (delitos de acción penal pública) la resolución judicial -auto de llamamiento a juicio en este caso- debe ser oral y conservada por secretaria y además se debe hacer constar en el acta esa resolución judicial.

El Art. 62 de la Ley Reformatoria invocada, señala, que **se debe remitir al tribunal de garantías penales** la enunciación de la prueba así como el auto de llamamiento de juicio (sic) conjuntamente con el acta de la audiencia y los anticipos probatorios.

Consiguientemente siendo una audiencia oral en donde el juez de garantías penales emite su resolución en forma oral y el secretario debe hacer constar en el

4 Es importante señalar que esos autos de nulidad tienen como juez ponente al Dr. Vicente Robalino; juez nacional que sin embargo firma en otras resoluciones en las que no se declarara nulidad y claro, el juez ponente es otro juez nacional. En los casos 30-P-2012 y 042-2012-LBP la jueza ponente es la Dra. Lucy Blacio y el Dr. Vicente Robalino firma esas resoluciones en las que la Sala no declara la nulidad pese a que las sentencias emitidas por los tribunales de garantías penales tienen como antecedente un auto de llamamiento a juicio emitido en forma oral.

5 Se refiere al auto de llamamiento a juicio dictado por el juez de garantías penales en la etapa intermedia.

6 R.O. No. 555 de 24 de marzo de 2009

7 Hacemos ésta acotación porque la Sala de lo Penal declara la nulidad desde la providencia en la que el tribunal de garantías penales avoca conocimiento, a costa del tribunal y de los jueces que han intervenido en el proceso, es decir incluso los jueces de la Corte Provincial que conocieron del caso.

8 En esos procesos en los que se declara la nulidad, está el acta y en ella la resolución del juez de garantías penales, es decir el auto de llamamiento a juicio.

acta de la audiencia esa resolución y conservarla por escrito o grabación, **el auto de llamamiento a juicio existe.**

Continuando con la reflexión es menester señalar, que de acuerdo al Art. 75 de la Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Penal de 24 de marzo de 2009 en el Art. 285 del Código de Procedimiento Penal **se suprimió la expresión** “lo que va a oír y, ordenar la lectura del auto de llamamiento a juicio”, (el subrayado es mío).

Consiguientemente el tribunal de garantías penales está obligado a cerciorarse de que en el acta elaborada en secretaría del juzgado de garantías penales conste el auto de llamamiento a juicio y de esa manera declararse competente para la etapa del juicio. Si es que en el documento enviado -acta elaborada por secretaría- no consta la resolución judicial -auto de llamamiento a juicio- el tribunal en derecho no podría aceptar la competencia, puesto que de acuerdo al Art. 28 del Código de Procedimiento Penal es competente para conocer de la etapa del juicio y la etapa del juicio se abre con el auto de llamamiento a juicio.

En ese norte, el Art. 61 de la Ley Reformatoria tantas veces referida señala “... Las declaraciones contenidas en el auto de llamamiento a juicio no surtirán efectos irrevocables en el juicio” (sic). Por lo tanto el tribunal de garantías penales está obligado, insistimos en verificar si existe o no ese auto, auto que debe constar en el acta elaborada por secretaría del juzgado de garantías penales.

Recordemos que el trámite previsto para la etapa intermedia en virtud de la reforma de 24 de marzo de 2009 sufrió un cambio sustancial, puesto que los Arts. 227 y se **fueron suprimidos**, y en el anterior Art. 230 se decía “Resolución.- Inmediatamente después de escuchar a las partes según lo previsto en el artículo anterior, **el juez leerá a los presentes su resolución...**” (sic) (el acentuado es mío).

Eso quiere decir que **antes de la reforma de 24 de marzo de 2009 el juez debía emitir su resolución escrita.** Hoy conforme el Art. 168.6 de la Constitución de la República la sustanciación de los procesos (Art. 76.3 CR)⁹ **se lleva a cabo mediante el sistema oral.**

Ergo, el auto de llamamiento a juicio en este caso DEBE SER ORAL, no escrito, pero debe constar en el acta elaborada por secretaría del juzgado de garantías penales y conservado en escrito (transcripción) o grabación, tal cual se lo hace en todo el país y conforme lo previsto en la Constitución de la República y directrices emanadas del Consejo de la Judicatura, vía resolución.

La resolución que es materia de conversación en este espacio de cultura jurídica creado por la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Cuenca, está siendo entendida por los jueces de los tribunales de justicia, particularmente en esta ciudad como una resolución obligatoria, sin que esa resolución -por más que existan dos o tres o más de ellas- no se encuadran **en el contenido del Art. 185 de la Constitución de la República, en otras palabras no constituyen precedente jurisprudencial obligatorio, y que por lo tanto se diga que el auto de llamamiento a juicio debe constar por escrito y firmado por el juez de garantías penales.**

⁹ Principio de legalidad procesal.

Frente a esos pronunciamientos de Sala, que por supuesto no son uniformes, cuando declaran la nulidad costa de los jueces que han intervenido en la sustanciación del proceso, **en el supuesto no consentido de que debe existir materialmente el auto de llamamiento a juicio** como señala la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, **el juez, que intervino en la etapa del juicio no puede ser condenado en costas**, ya que la supuesta omisión es del juez de garantías penales que dictó el auto de llamamiento.

Pero resulta inentendible, jurídicamente hablando, que la Sala de lo Penal cuando declara la nulidad lo hace a partir de la providencia en la que el tribunal de garantías penales avoca conocimiento, **lo cual, en derecho quiere decir que sí existe el auto de llamamiento a juicio y que éste es válido.**

Si la Sala pretende anular el proceso porque no existe el auto de llamamiento a juicio firmado por el juez -tesis civilista- lo correcto sería que lo haga desde la etapa intermedia, es decir desde cuando el juez de garantías penales se constituyó en audiencia oral, pública -de ser el caso- y contradictoria y conforme lo prevé el Art. 224 reformado del Código de Procedimiento Penal. **Sin embargo estas resoluciones, no atacan a la actuación del juez de garantías penales sino a la del tribunal de garantías penales.**

Pensemos que el tribunal se excusa por haber sido condenado en costas -así debe proceder- y se constituye un tribunal con jueces temporales; quien presida ese tribunal debe proceder en los términos del Art. 262 reformado del Código de Procedimiento Penal y luego convocará a audiencia de juicio, pero con el auto de llamamiento a juicio que consta del acta remitida por el secretario o secretaria del juzgado de garantías penales. Es decir, en nada se ha resuelto el eventual problema que la Sala de lo Penal dice se ha creado y violenta el derecho a la defensa por no existir el auto de llamamiento a juicio firmado por el juez o jueza de garantías penales.

Y de otro lado, la existencia de la infracción y la culpabilidad se establecen en la etapa del juicio (no en la etapa intermedia), debiendo tenerse en cuenta el contenido del Art. 251 del Código de Procedimiento Penal, que en este caso, **existió acusación fiscal y que es lo esencial en un estado constitucional de derechos y de justicia en salvaguarda de los derechos fundamentales.**

Así mismo no se puede dejar de invocar el Art. 195 de la Constitución de la República en cuanto tiene que ver con el ejercicio de la acción penal, y que en la especie lo fue ejercitado por el fiscal que conoció el caso.

Entonces cabe preguntarnos si la no existencia del auto de llamamiento a juicio -escrito y firmado por el juez- ¿pudo o no influir en la decisión de la causa? La respuesta es clara -respetando así mismo el criterio de la Sala- jamás porque para que se abra un juicio debe preceder una acusación, y la acusación fiscal existe desde la etapa intermedia y es ratificada en la audiencia de juicio; acusación que es rebatida por el procesado-acusado en esos dos momentos procesales.

La Sala de lo Penal -respetando el principio de independencia judicial- debería solicitar que se emita una resolución en los términos del Art. 185 de la Constitu-

ción de la República¹⁰ con el fin de salvaguardar, perdón por la redundancia, el derecho establecido en el Art. 82 *Ibidem*, puesto que el accionar de los jueces de garantías penales es el mismo a nivel nacional, sin descartar la existencia de excepciones.

Pero también es oportuno señalar que con esas resoluciones -declaratoria de nulidad por inexistencia escrita del auto de llamamiento a juicio- en casación, los jueces eventualmente se apartan de lo que debe ser materia de resolución, puesto que su actuación, siendo la casación un recurso extraordinario¹¹ tiene por objeto el control de la legalidad en los fallos de instancia.

Tan es así que la Corte Constitucional¹² se ha pronunciado mediante sentencia expedida en la garantía jurisdiccional constitucional de Acción Extraordinaria de Protección, indicando "...El caso sub judice nace de un Juicio Penal, en el cual se determina que el recurso de casación será procedente cuando en la sentencia se hubiere violado la ley, ya sea por contravención expresa de su texto, o por indebida aplicación o errónea interpretación... De esta forma, se evidencia una norma que restringe la competencia de los jueces de casación en materia penal, limitándoles únicamente hacia el análisis de la sentencia en referencia a estas tres circunstancias. Por lo tanto, al momento de resolver el recurso se debe analizar únicamente la sentencia objetada por el recurrente, sin que los jueces tengan competencia para analizar temas de mera legalidad..." (sic).

En otras palabras la Sala de lo Penal en materia de casación no es competente para declarar la nulidad del proceso sino su actuación se circunscribe a apreciar la sentencia impugnada, pues vale recordar que tanto los recursos de casación como revisión no constituyen instancia ni grado¹³ y ver si en esa sentencia se ha violado la ley. Ergo, no puede realizar el análisis de la tramitación procesal.

Justamente el legislador ecuatoriano se dio cuenta de que en materia penal, frente a los delitos de acción penal pública, se estaba vulnerando un derecho fundamental como es aquel conocido como principio de doble conforme o doble conformidad¹⁴ y por ello la reforma de 24 de marzo de 2009 al Art. 343 del Código de Procedimiento Penal, al establecer el recurso de apelación frente a las sentencias en las que se declare la culpabilidad o confirme la inocencia del acusado.

La realidad procesal-judicial antes de la reforma llevaba a que los sujetos procesales frente a una sentencia emitida en un tribunal de garantías penales, interponían directamente el recurso de casación, con lo cual se limitaba el derecho que tiene todo justiciable a recurrir del fallo en el que se decide sobre sus derechos, puesto que la Sala de lo Penal y tal cual señala la Corte Constitucional, solo puede analizar la sentencia y pronunciarse sobre la legalidad de la misma.

Consiguientemente creemos oportuno hacer esta reflexión puesto que aceptar resoluciones que trastocan el sistema oral, que es aquél que rige para la sustanciación de los procesos, sería negar los postulados constitucionales que miran a fortalecer el estado constitucional de derechos y de justicia.

10 Recordemos que existen por lo menos en nuestro poder dos resoluciones, ya mencionadas, provenientes de la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional, suscritas por el mismo juez ponente que se pronuncia por la nulidad y en las que en cambio la jueza ponente entra a conocer el recurso de casación sin anular el proceso.

11 Art. 10 del Código Orgánico de la Función Judicial

12 Sentencia N° 001-13-SEP-CC de 06 de febrero de 2013, Caso N° 1647-11-EP

13 Art. 10 del Código Orgánico de la Función Judicial

14 Art. 76.7.m de la Constitución de la República.

Competencia de los Gobiernos Autónomos Descentralizados

JORGE MORENO YANES

Síntesis: se determinan las competencias de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, en el contexto de un Estado constitucional de derechos, previo un estudio de concepciones esenciales sobre formas de Estado, autonomía, descentralización...

Palabras Clave: competencia, autonomía, descentralización, Gobiernos Autónomos Descentralizados, GAD, ordenamiento jurídico, distribución de competencias.

El tema que me voy a permitir desarrollar es complejo, toda vez que para entender las competencias, es necesario abordar aspectos previos, ésta la razón, para proponer las siguientes inquietudes que deberé desarrollarlas, con la finalidad de entender la problemática suscitada.

Para abordar el tema de las competencias, debemos preguntarnos: ¿Cuál es la forma de Estado que adopta el Ecuador? ¿Cómo se articula en el ordenamiento jurídico ecuatoriano el gobierno descentralizado? por tanto, ¿en qué consiste la autonomía y la descentralización, clases de descentralización? ¿Es necesario distinguir para el caso planteado en qué consisten los: fines, funciones, atribuciones, facultades y competencias de los Gobiernos Autónomos Territoriales -en adelante GAD-? ¿La distribución de competencias administrativas en el ordenamiento jurídico del Ecuador en función al gobierno descentralizado, concretamente Estado - Gobierno central y GAD, análisis en función al tema propuesto? ¿Problema a dilucidar? Ecuador un Estado constitucional de derechos: Responsabilidades y derechos.

1. ¿Cuál es la forma de Estado que adopta el Ecuador?

En el presente caso es necesario aclarar la forma de Estado en relación al poder político territorio, para luego considerar la forma de Estado previsto en el ordenamiento jurídico del Ecuador.

1.1. Formas de Estado

Sabemos que las formas de Estado se refieren a la manera de ser fundamental de la totalidad del cuerpo social jurídicamente organizado. En tanto que las formas de gobierno se refieren a las diversas modalidades que adopta el sistema orgánico de autoridades a través del cual se expresa el poder político.

En el caso de las formas de Estado, éstas en función a la relación poder político territorio, pueden clasificarse de manera genérica en Estados tradicionales o unitarios y Estados compuestos, entre éstos últimos podríamos mencionar al Federal¹.

1 Existen formas de Estado intermedios, tal el caso del Estado de las Autonomías, u otros como Italia.

El Estado Tradicional o Unitario, se caracteriza porque concentra las atribuciones y decisiones en los órganos superiores del Estado y los ejecuta en todo el territorio. Sin embargo en la práctica esta forma de Estado, consagra varias técnicas jurídicas para hacer posible un mejor servicio a la sociedad, siendo éstas: la descentralización administrativa, desconcentración administrativa, delegación, etc. Más adelante se hará referencia a la descentralización administrativa.

El Estado Compuesto y más concretamente el Federal por el origen, viene a ser la unión de varios territorios libres e independientes, siendo éstos últimos los que entregan o transfieren parte de sus competencias al Estado federal, reservándose las demás; consecuentemente se habla de un Estado compuesto, donde el Estado federal es el que ejerce la soberanía, en tanto los estados menores cuentan con autonomía. En este modelo de Estado, existe un fraccionamiento horizontal de las competencias fundamentales y su distribución entre el Estado mayor y los estados menores.

1.2. La forma de Estado que adopta el Ecuador

En el caso del Ecuador, según el Art. 1 de la Constitución de la República, su modelo de Estado, es Unitario, significa por tanto, que encuadra su forma de organización (poder-territorio), en el Estado Unitario², aun cuando reconoce expresamente que su gobierno y organización será descentralizada, siendo así merece que expliquemos en qué consiste desde el punto de vista doctrinario, la autonomía, descentralización y dentro de esta última la territorial.

2. ¿Cómo se articula en el ordenamiento jurídico ecuatoriano el gobierno descentralizado? por tanto, ¿en qué consiste la autonomía y la descentralización? Clases de descentralización

2.1. Autonomía

Por Autonomía –en su significación más amplia– nos dice el Prof. Ignacio de Otto “es el poder de individuos o entes colectivos para darse un ordenamiento propio en el marco de otro superior y más amplio”. Asimismo en su significación más restrictiva Otto, sostiene es el “poder de autonormación, el mismo que es un poder legislativo, un poder para dictar normas con rango de ley y que como consecuencia la diversificación propia de la descentralización se producirá precisamente en ese nivel jerárquico y en los subordinados a él”. Por supuesto el tratadista citado hace referencia en la definición restrictiva al Estado de las autonomías de España. Sin embargo Otto complementando el tema de las autonomías, expresa luego lo siguiente: “la autonomía de las Comunidades Autónomas en nuestra constitución conlleva, por tanto, la potestad legislativa y eso la distingue de la autonomía municipal y provincial, que es meramente administrativa³.”

2 Situación difusa para encuadrar al Ecuador en este modelo, especialmente porqué en el Art. 1 de la Constitución, consagra entre sus elementos, la plurinacionalidad e interculturalidad, que no es el caso a ser tratado en este tema.

3 Se ha tomado de la obra. Hacia un Estado social de derecho y autonomías, pág. 143, del expositor del tema.

El Prof. Agustín Gordillo al hacer la distinción entre Autarquía y Autonomía, dice:

Autarquía, significa exclusivamente que un ente determinado tiene capacidad para administrarse a sí mismo⁴.

Autonomía agregaría la característica anterior, la capacidad para dictarse sus propias normas, dentro del marco normativo general dado por un ente superior.

Manifiesta además “...advírtase que cuando se dice que la autonomía implica la posibilidad de darse sus propias normas dentro de un marco normativo superior, tal definición abarca no solo a las Provincias, sino a los entes autárquicos, pues éstos, dentro del marco de sus estatutos, también se dictan sus propias normas... Señala luego: (...) Se sigue de ello que no hay una diferencia esencial entre las llamadas “autarquía” y “autonomía”, sino que existiría a lo sumo UNA DIFERENCIA DE GRÁDO, de matices que torna en consecuencia ociosa toda discusión acerca de la naturaleza “autarquía” o “autonomía”. Muchos autores suprimen por ello la denominación de “ente autárquico” y hablan directamente de “ente autónomo”⁵.

De lo expuesto, el término autonomía, no es exclusivo de los Estados compuestos, también es aplicable dentro de los Estados tradicionales, para referirse a las entidades que tienen personalidad jurídica propia con capacidad para administrarse, organizarse e inclusive dictar normas de rango inferior a la ley, lógicamente, en el marco de las competencias que se le han reconocido o entregado.

En el caso del Ecuador, la Constitución de la República lo reconoce en el Art. 238 y siguientes y lo define y desarrolla la COOTAD, especificando en el Art. 5 la Autonomía de los Gobiernos Autónomos Descentralizados⁶, como:

Autonomía Política. Entendida como la capacidad de cada GAD para impulsar procesos y formas de desarrollo conforme a su historia, cultura y características propias del territorio que le corresponde. Se expresa en su facultad normativa y ejecutiva sobre las competencias que le corresponde, incluye las competencias concurrentes; capacidad para emitir políticas públicas, elección directa de sus autoridades por el cuerpo electoral dentro del territorio del gobierno autónomo y el ejercicio de la participación ciudadana⁷.

Del contenido de la norma jurídica, queda claro que estamos ante Gobiernos territoriales, que en los mismos se propende a buscar el desarrollo institucional e impulso de políticas públicas en relación a sus propias realidades, esto es, rasgos de identidad, cultural, histórico, geográfico, etc.; para ello, están facultados a dictar

4 Podrían algunos sostener que en el modelo del Estado ecuatoriano, no existe autonomía, sino Autarquía, lo cual carece de sentido y validez, por lo que se deja expuesto, y además porque la Constitución de la República y COOTAD, al referirse a los gobiernos territoriales, hablan expresamente de entidades autónomas.

5 Tomado del libro Hacia un Estado social de derecho y autonomías, pág. 144.

6 Incluye además a los regímenes especiales.

7 El término autonomía política, no debe confundirse, con la facultad legislativa (normas con rango de ley) y jurisdiccional, propia de los Estados compuestos.

sus propias normas -Ordenanzas⁸-, en el marco específico de sus competencias sean éstas exclusivas y concurrentes. Sus autoridades como son: Prefectos, Alcaldes, Concejales, son electos democráticamente por los electores de su circunscripción electoral a través del ejercicio del sufragio directo.

Autonomía Administrativa: Constituye el pleno ejercicio de su facultad de organización y gestión tanto de su personal como recursos materiales, en el ejercicio de sus competencias y atribuciones. Hablamos por tanto de la facultad de auto-organización, dentro de un marco normativo superior.

Autonomía Financiera: Constituye en el derecho de recibir las asignaciones económicas que le corresponden del Presupuesto General del Estado, así como de la capacidad propia de generar y administrar sus propios recursos.

La Autonomía en las fases que se dejan expuestos, consagra límites, para citar: la rectoría, planificación y control que se reservan los órganos del Estado⁹, para citar: Rectoría, Función Ejecutiva; Planificación: Consejo Nacional de Planificación -Arts. 279 y 280 Constitución-; Control: tales como: Contraloría, Sistema Nacional de Competencias, Ministerios: Relaciones Laborales, Finanzas, Ambiente, Ministerio Sectorial¹⁰, etc. Esto significa que el modelo consagrado, de un gobierno descentralizado si bien institucionaliza a los GAD, les dota de autonomía, la misma está sujeto a controles ya sea por el gobierno central, como también a través de las normas con rango de ley que emanan del legislativo y sujeto las divergencias por el manejo de competencias al Consejo Nacional de Competencias, sin perjuicio de las que pueda recurrirse a los órganos de control jurisdiccional como puede ser la Corte Constitucional. En consecuencia, si bien la autonomía está garantizada constitucional y legalmente, no es menos cierto, que los controles en cuanto a la intensidad es media.

Expuesto en estos términos la situación, podríamos en el marco jurídico ecuatoriano pretender definir la **Autonomía** de los GAD, como la facultad de auto organizarse¹¹ y dictar sus propias normas para hacer viable el ejercicio de sus competencias exclusivas y concurrentes¹², respetando el contenido de la Constitución y leyes, sujetos a la rectoría, planificación y control de la Función Ejecutiva y otros órganos y entidades del Estado.

2.2. La descentralización administrativa

El jurista Argentino Roberto Dromi, con respecto a la Descentralización Administrativa nos dice: "opera cuando el ordenamiento jurídico confiere atribuciones administrativas o competencias públicas en forma regular y permanente

8 Específicamente me refiero a los Gobiernos provinciales y municipales, los Distritos Municipales y Regiones Autónomas, parten de su Estatuto y se dictan normas regionales; en tanto que, las Juntas parroquiales rurales, solo pueden dictar Reglamentos internos.

9 En el ámbito de las materias asignadas como exclusivas.

10 Ley de Minería, Art. 7, letras a), f).

11 Art. 5.3 COOTAD.

12 Art. 5.2.; Art. 7 COOTAD.

a entidades dotadas de personalidad jurídica, que actúan en nombre y por cuenta propios, bajo el control del poder ejecutivo"¹³.

A su vez el tratadista asimismo Argentino Agustín Gordillo al abordar la descentralización administrativa se refiere a ella en el siguiente sentido: "la competencia se atribuye a un nuevo ente, separado de la administración central, dotado de personería propia y constituido por órganos propios que expresan la voluntad de ese ente"¹⁴.

De estas definiciones podemos extraer las siguientes características en la descentralización administrativa:

- a.- Competencias administrativas que se confieren por mandato jurídico.
- b.- Personalidad jurídica propia de las entidades a las que se les atribuye las competencias.
- c.- Entidades que deben contar con recursos para el manejo de las competencias, sean propios o entregados por el Estado o mixtos.
- d.- Control de tutela que se reserva el gobierno central.

2.3. Clases de descentralización administrativa

La Descentralización administrativa puede clasificarse: Por el servicio, comerciales o industriales, territorio. En el caso del Ecuador, las tres están presentes en el ordenamiento jurídico.

La primera, por el **SERVICIO**, llamada también por la Función, se trata de una descentralización técnica, debido a que predomina el criterio de especialidad. Se genera cuando el Estado impotente de prestar un servicio o función -que le es propia- de manera ágil y eficiente para satisfacer las necesidades del colectivo, se ve obligado a crear entidades especializadas para el servicio a la colectividad, para citar, IÉSS, Universidades.

La segunda, **COMERCIALES E INDUSTRIALES**¹⁵, -Tomo prestado el nombre que les da el Prof. Agustín Gordillo-. En el Ecuador se atribuye el ejercicio de la actividad administrativa a entidades creadas para una actividad económica, concretamente las empresas públicas, sujetas a la Ley de Empresas Públicas. Para citar. Actividades en Telecomunicaciones, energía eléctrica, etc.

La última, por el **TERRITORIO**, es necesario que se determine una base geográfica y por tanto las competencias se atribuyen en relación al espacio geográfico

13 La definición consta en el libro "Hacia un Estado Social de derecho y autonomías", pág. 138, que se remite a la obra de Dromi, Derecho Administrativo, pág. 497.

14 Tomado de la obra Hacia un Estado social de derecho y autonomías del conferencista, pág. 138 que se remite a la obra de Gordillo en su obra "Tratado de Derecho Administrativo Tomo I, pág. 11-2.

15 Nombre que les atribuye Agustín Gordillo en su obra Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I, pág. XI-2.3, refiriéndose a las Empresas del Estado. En el caso del Ecuador, Art. 225.3 "actividades económicas asumidas por el Estado", son parte del sector público.

delimitado para que lo ejerzan autoridades del propio territorio¹⁶; por regla general esta descentralización tiene un carácter político, ya que son las personas físicas con derechos políticos, los que a través de procesos de elección, designan a sus autoridades. Esta clase de descentralización promueve el ejercicio de las libertades locales y además las decisiones quedan en manos de autoridades que conocen los problemas del sector y cuentan con la confianza de sus vecinos.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, se contemplan las tres clases de descentralización como se deja expuesto.

2.3.1. Descentralización que se consagra en el Ecuador

Las definiciones que se han transcrito -R. Dromi y Agustín Gordillo-, son válidas para el Estado ecuatoriano, en cuanto nos permite entender que la misma opera, cuando el ordenamiento jurídico -Constitución, leyes-, facultan el traspaso de competencias administrativas, propias del gobierno central, a entidades que cuentan con personalidad jurídica propia, pudiendo ser éstas, por el territorio, servicio y comerciales, propias del modelo ecuatoriano. Pero donde el gobierno central se reserva el control de tutela.

Si nos remitimos al **COOTAD, Art. 105**, la Descentralización de la Gestión del Estado consiste en “la transferencia obligatoria, progresiva y definitiva de competencias, con los respectivos talentos humanos y recursos financieros, materiales, tecnológicos, desde el gobierno central hacia los GAD”.

De la disposición legal invocada, la Descentralización viene a ser el traspaso definitivo de competencias y recursos económicos del gobierno central¹⁷ en favor de entidades menores del Estado, en este caso, las entidades territoriales o llamados GAD¹⁸; por supuesto, las competencias que puede transferirse del gobierno central a los GAD no incluye aquellas que tienen tinte de soberanía y que están previstas dentro de los sectores privativos consagrados en el Art. 110 COOTAD, como tampoco aquellos competencias que guardan relación con los Sectores Estratégicos establecidos en el Art. 313 de la Constitución y reiterados en el Art. 111 COOTAD; en este último caso, el Estado se reserva el derecho de **administrarlos, regularlos, controlarlos, y gestionarlos**, teniendo siempre presente los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia. Vale aclarar eso sí, que el Art. 111 del COOTAD, aterriza en el gobierno central la exclusividad de la rectoría y modelo de gestión, pudiendo la actividad administrativa ser concurrente con los GAD, pues como sabemos para activar la regulación, la misma debe tener su base en la ley.

Hablamos por ende de una descentralización administrativa y más concretamente, de aquellas atribuciones propias del gobierno central que la Constitución de la República no les asigna de manera exclusiva a los GAD, mismas que pueden

16 Los GAD en nuestro ordenamiento jurídico son: Regionales, provinciales, cantonales o municipales, parroquiales rurales; además se pueden constituir circunscripciones especiales en consideración a población, medio ambiente y nacionalidades y pueblos. Nosotros trataremos exclusivamente competencias de los gobiernos provinciales y cantonales.

17 Cuando se habla del gobierno central, me refiero a la Función Ejecutiva.

18 Por supuesto en el caso de esta transferencia, el gobierno central, se reserva el control de tutela.

ser solicitados por los GAD previo el trámite de rigor a través del Consejo Nacional de Competencias -en adelante CNC-

3. Es necesario distinguir para el caso planteado en qué consisten los fines, funciones, atribuciones, facultades y competencias de los GAD

Vale resaltar que la Constitución de la República consagra una “**garantía institucional**”, toda vez que el constituyente ha reconocido por mandato constitucional, la creación y competencias de los GAD, esta garantía institucional le impone límites al legislador ordinario, concretamente para que no desconozca ni establezca límites por ley a la institucionalidad de estas entidades autónomas por él territorio.

Con esta breve explicación, debemos expresar que la Constitución de la República en cuanto al ejercicio del gobierno descentralizado, no solo que lo consagra como principio rector¹⁹ sino que en el Título V a través de cinco capítulos instituye por primera vez la organización territorial del Estado como también de los GAD y los regímenes especiales, entidades que les dota de autonomía y a futuro les faculta a que puedan recibir nuevas competencias, a través del CNC; asimismo sustentado en los principios de soberanía popular y poder constituyente en la organización del poder del Estado consagrado en la Constitución de la República, se procede asignar competencias con el carácter de **exclusivas**, tanto al Estado central, como también a los GAD. Esta forma de organizar el territorio e institucionalizar los GAD y regímenes especiales, nos lleva a sostener que el dueño de las competencias es el Estado, que vía la Norma suprema viabiliza y posibilita un gobierno descentralizado en lo administrativo.

Expuesto así la situación y como estamos en este caso ante verdaderos gobiernos, significa que los mismos a través de la ley, el legislador debe asegurar y garantizar sus competencias pero al mismo tiempo determinarse sus fines, funciones, atribuciones e incluso sus facultades. Por tanto para evitar errores y confusiones, respecto de la capacidad de actuar y el manejo de las competencias por los GAD, debemos desde la vertiente doctrinaria hacer referencia a las mismas y como es obvio enunciar los artículos del COOTAD que así lo enuncian y desarrollan.

3.1. Los fines:

Vienen a ser los objetivos primordiales que tienen a su cargo los GAD²⁰, en definitiva, son las tareas asignadas a estas entidades públicas que tienen personalidad jurídica propia a ser ejecutadas dentro de sus respectivas circunscripciones territoriales. Fines u objetivos que están consagrados y regulados en el Art. 4 de la COOTAD.

3.2. Las funciones:

Son el conjunto de actividades o sistemas de acciones que realizan los GAD, encaminadas a logro de sus fines, constituye la parte que les corresponde ejecutar a cada uno de los GAD dentro de sus respectivas circunscripciones territoriales²¹.

19 Art. 1 de la Constitución.

20 Nos referimos a todos los GAD: Regionales, provinciales, metropolitanos, cantonales, parroquiales rurales.

21 Regional, provincial, cantonal, parroquial rural; inclusive las circunscripciones especiales.

La **normativa** que consagra las funciones para los GAD, es la siguiente: Gobiernos Regionales, artículo 31. Gobiernos Distritales, artículo 84. Gobiernos Provinciales, artículo 41. Gobiernos Cantonales, artículo 54. Gobiernos Parroquiales rurales, artículo 64, del COOTAD

3.3. Las atribuciones:

Son las tareas asignadas a los GAD en el COOTAD, orientadas a cumplir el bien público. Hablamos de órganos pluripersonales y unipersonales, donde existe una esfera jurídica y la persona o personas llamadas a ejercer las mismas.

La normativa que consagra las atribuciones para los órganos del GAD, en el COOTAD, es la siguiente.

Gobiernos Regionales, del Consejo Regional, artículo 34; de las o los Consejeros artículo 35; de la o él Gobernador, artículo 37.

Gobiernos Provinciales, del Consejo Provincial artículo 47; de las y los Consejeros artículo 48; de la él Prefecto, artículo 50.

Distritos Metropolitanos, -es un régimen especial-. Del Concejo Metropolitano, artículo 87; de las o los concejales metropolitanos, artículo 88; de la o él Alcalde, Art. 90.

Gobiernos Cantonales o Municipales, Concejo Municipal, Art. 57; Concejales (e) Art. 58; Alcalde Art. 60.

Gobiernos Parroquiales Rurales, Junta parroquial rural, Art. 67; Vocales, Art. 68; Presidente, Art. 70.

Como se observa se tratan de órganos pluripersonales y unipersonales, en el primer caso constituidos con más de una persona física y en el segundo por una sola persona física, llamados a ejercer la esfera jurídica, para con sus actos expresar la voluntad de sus vecinos que viven y son parte del espacio territorial.

En el caso de los gobiernos autónomos regionales, provinciales, distritales y cantonales, sus funciones son de legislación y fiscalización, participación ciudadana y ejecutiva, ésta última que lo tiene el órgano unipersonal -Gobernador, Prefecto, Alcalde-

3.4. Competencias

Viene a constituir el ámbito, la esfera, o el campo dentro del cual un órgano de autoridad puede desempeñar válidamente sus atribuciones y facultades o como dice el Art. 113 del COOTAD, “son capacidades de acción de un nivel de gobierno en un sector. Se ejercen a través de facultades”.

En relación a cada uno de los niveles de gobierno, las competencias exclusivas están previstas en la Constitución de la República y el COOTAD²², en esta última

22 La COOTAD, como es obvio no consagra las competencias del Gobierno central.

con algunos matices o complementos, sin que el objeto varíe. Como ya lo señalé anteriormente, las competencias que asumen los GAD, son porque el Estado así lo prevé, bajo el modelo constitucional.

Sin embargo, la Constitución en el Capítulo V no solo que distribuye las competencias con el carácter de exclusivas tanto al Estado central como a los GAD, sino que posibilita también la concurrencia en la gestión y prestación de servicios públicos, señalando que la concurrencia también constituye una competencia, al respecto me permito transcribir el Art. 260 que dice:

“El ejercicio de las competencias exclusivas no excluirá el ejercicio concurrente de la gestión en la prestación de servicios públicos y actividades de colaboración y complementariedad entre los distintos niveles de gobierno”.

En todo caso, considero que la norma invocada, como las demás normas que consagran competencias exclusivas y concurrentes, deben ser consideradas y tratadas en el texto íntegro de la Constitución, el COOTAD y otras normas con rango de ley que guardan relación con los GAD.

3.5. De la transferencia de competencias

Quando hablamos de transferencia de competencias, nos referimos a la Descentralización, siendo así, la transferencia de las mismas no significa el traslado de bloques competenciales enteros, respecto a una determinada materia para su ordenación y gestión autonómica²³, toda vez que la autonomía que rige en el ordenamiento jurídico ecuatoriano es administrativa, por tanto, el ejercicio de las competencias estará limitada por: la Ley que emana del legislador; facultad de rectoría, regulación, control por parte del gobierno central²⁴. Por tanto, la autonomía territorial en cuanto al ejercicio de competencias que se generen por efectos de la descentralización, tampoco es absoluta, tiene límites.

3.6. Comentario sobre la Autonomía de los GAD

De lo hasta aquí expuesto, me lleva a sostener que tanto en el ámbito de las competencias exclusivas, como de las competencias concurrentes e incluso de las adicionales que manejen los GAD, las mismas no abarcan a toda la materia, sino exclusivamente una o varias facultades de la misma, razón por la que, deben tener presente y observar el contenido de la ley o leyes de la materia, la regulación que tiene a su cargo sobre la ley, el gobierno central -Art. 147 N° 13 de la Constitución “Expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenir las ni alterarlas, así como las que convengan a la buena marcha de la administración”; así como el ámbito de acción de la rectoría de la Función Ejecutiva.

En cuanto a las competencias concurrentes, éstas son viables específicamente para la prestación de servicios públicos y actividades de colaboración o complementariedad por supuesto entre los distintos niveles de gobierno. A su vez el

23 La transferencia de bloques competenciales enteros sobre una materia, significaría en el modelo de los Estados compuestos, facultades legislativas -dictar normas con rango de ley-, facultades de gobierno y administrativas enteras, e inclusive administración de justicia.

24 Las facultades están previstas en el Art. 116 COOTAD.

Consejo Nacional de Competencias -CNC-, emite resoluciones vinculantes para evitar la superposición de actividades entre los distintos niveles de gobierno; por regla general puede operar esta clase de competencias con base en el principio de subsidiariedad -es decir porque el GAD está más cerca de los administrados y el servicio será más eficiente.

Asimismo en el manejo y ejercicio de las competencias, no solo están presentes los principios de colaboración y complementariedad, sino que se deben recurrir a los que están previstos en el Art. 238 de la Constitución de la República y los establecidos en el Art. 3 del COOTAD, que me permito enunciar: Unidad; solidaridad; coordinación y corresponsabilidad; subsidiariedad, complementariedad, equidad territorial, participación ciudadana, sustentabilidad del desarrollo, amén de los principios rectores, de organización y ejecución y los de aplicación y principios derechos, según la situación o hecho a ser considerado.

4. La distribución de competencias administrativas en el ordenamiento jurídico del Ecuador en relación al gobierno descentralizado, concretamente gobierno -central- y GAD, análisis en función al tema propuesto

En este análisis no haré referencia a las competencias de los Gobierno regionales, por no estar constituidos los mismos²⁵, tampoco me pronunciaré sobre las competencias de los Distritos Metropolitanos toda vez que estos gobiernos ejercen las competencias que corresponden a los Gobiernos cantonales y todas las que sean aplicables de los Gobiernos provinciales y regionales. El objetivo es centrar el comentario en las competencias de los Gobiernos provinciales y cantonales.

Veamos ahora como están distribuidas las competencias del Gobierno central, Gobiernos provinciales y gobiernos cantonales en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

4.1. Gobierno central, rectoría, planificación y gestión

Vale decir que las competencias de gestión y servicios públicos se distribuyen entre el: Gobierno central; Gobiernos regionales; Gobiernos provinciales; Gobiernos Municipales; Gobiernos Distritales; Gobiernos de las Juntas parroquiales rurales²⁶.

Con esta aclaración, cabe resaltar que cuando hago referencia al Gobierno central, estoy nombrado a la Función Ejecutiva -se excluye la función de Gobierno- y más concretamente en el caso del Ecuador dentro de la forma de gobierno republicano²⁷, al Presidente de la República.

25 No está por demás señalar que los Gobiernos autónomos regionales en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, respecto a su autonomía es más intenso que los GAD provinciales, cantonales y parroquiales rurales que no es materia de esta conferencia. Amén que su constitución se sustenta en el principio democrático e inclusive como derecho ciudadano.

26 La forma de gobierno republicana se caracteriza, por la división de poderes o más concretamente, la organización del poder a través de las funciones.

27 La forma de gobierno republicana se caracteriza por la división de poderes o más concretamente la organización del poder a través de funciones.

La Constitución de la República en el Art. 141 establece: "La Presidenta o Presidente de la República ejerce la Función Ejecutiva, es el Jefe de Estado y de Gobierno y responsable de la administración pública.

La Función Ejecutiva está integrada por la Presidencia y Vicepresidencia de la República, los Ministerios de Estado y los demás órganos e instituciones necesarios para cumplir en el ámbito de su competencia, las atribuciones de **RECTORÍA, PLANIFICACIÓN, EJECUCIÓN Y EVALUACIÓN DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS NACIONALES Y PLANES QUE SE CREEN PARA EJECUTARLAS**". (las mayúsculas y negritas son mías).

De lo expuesto, si es el Constituyente el que organiza el poder, distribuyéndole a través de funciones, estableciendo la esfera jurídica de los órganos, para los fines y objetivos que persigue en gran medida el Art. 3 de la Constitución; esto significa que es el Constituyente vía el principio de soberanía popular el que distribuye las competencias²⁸ destinadas a la gestión administrativa y prestación de servicios públicos, entre el gobierno central y GAD, pero estableciendo claramente que es el Presidente de la República el responsable de la administración pública, reservando a la Función Ejecutiva, la rectoría, planificación, ejecución y evaluación de las políticas públicas nacionales y planes para su ejecución; esto significa que estas potestades del gobierno central pueden hacerse presente inclusive en el ejercicio de las competencias exclusivas de los GAD en función a las materias y su legislación secundaria que se dicte para él efecto, situación que debe tenerse presente.

En este análisis no haré referencia a las competencias exclusivas de los Gobiernos Autónomos Regionales, por no estar constituidos los mismos²⁹, como tampoco haré referencia a las competencias de los Distritos Metropolitanos porque estos gobiernos ejercen las competencias que corresponden a los gobiernos cantonales y todas las que sean aplicables de los gobiernos provinciales y regionales.

Por tanto, centraré el tema en las competencias del Gobierno central y los GAD provinciales y cantonales.

4.2. Competencias que se reserva el Estado central

Las competencias exclusivas que reserva el constituyente al Estado central, están previstas en el Art. 261 de la Constitución.

Las competencias en cuanto a su ejercicio deben tener presente la clasificación que realiza el COOTAD de los sectores, entendidos los sectores como áreas de intervención y responsabilidad que desarrolla el Estado, las que se clasifican en: Privativos, Estratégicos y Comunes. -Artículos 110, 111 y 112 del COOTAD-

Sectores Privativos: Dice el Art. 110 del COOTAD, que se trata de sectores que por su naturaleza estratégica, **TODAS LAS COMPETENCIAS Y FA-**

28 Me refiero a las competencias exclusivas.

29 No está por demás señalar que los Gobiernos autónomos regionales en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, en cuanto a su autonomía probablemente es de mayor intensidad que los gobiernos autónomos descentralizados provinciales, cantonales y parroquiales rurales, que no es materia de esta conferencia. Amén que la constitución de estos gobiernos, es un derecho ciudadano.

CULTADES CORRESPONDEN EXCLUSIVAMENTE AL GOBIERNO CENTRAL Y NO SON DESCENTRALIZABLES. Estos sectores de naturaleza estratégica son: Defensa nacional; Orden público interno; Relaciones internacionales; La política económica, tributaria, aduanera, arancelaria, fiscal y monetaria; Comercio exterior y endeudamiento externo.

En consecuencia los sectores que se dejan señalados por su naturaleza están clasificados como estratégicos, de alcance nacional, clasificados como privativos del Estado, porque en el fondo tienen un tinte de soberanía. Este el fundamento para que todas las competencias y facultades sean de exclusividad del Estado central, sin posibilidad alguna de ser transferidas a los GAD.

Entonces, en las áreas que corresponden a los sectores privativos, no existe posibilidad alguna de que los GAD los puedan ejercer vía la gestión concurrente. (Existe una excepción prevista en la Constitución, dentro del régimen tributario, en cuanto a tasas y contribuciones especiales de mejoras, los gobiernos provinciales, cantonales, metropolitanos y regionales, mediante su propia normativa lo pueden regular -Arts. 132.3; 301; 240-).

Sectores Estratégicos: Dice el Art. 111 del COOTAD, “Son aquellos en los que el Estado en sus diversos niveles de gobierno se reserva todas sus competencias y facultades, dada su decisiva influencia económica, social, política o ambiental.

La facultad de rectoría y la definición del modelo de gestión de cada sector estratégico corresponden de manera exclusiva al gobierno central. El ejercicio de las restantes facultades y competencias podrá ser concurrente en los distintos niveles de gobierno de conformidad con este Código. Son sectores estratégicos **LA GENERACIÓN DE ENERGÍA EN TODAS SUS FORMAS; LAS TELECOMUNICACIONES; LOS RECURSOS NATURALES NO RENOVABLES; EL TRANSPORTE Y LA REFINACIÓN DE HIDROCARBUROS; LA BIODIVERSIDAD Y EL PATRIMONIO GENÉTICO; EL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO; EL AGUA; y los demás que determine la Ley”.**

La disposición legal invocada nos lleva a exponer el siguiente criterio:

1.- Todos los sectores estratégicos que se detallan en la disposición legal del Art. 111 del COOTAD constan en el Art. 313 de la Constitución de la República, entre ellas: “los recursos naturales no renovables, la biodiversidad y el patrimonio genético, el agua, **y los que determine la ley**, en este último caso, es un sector estratégico también la minería (Ver, Art. 1 de la Ley de Minería, en concordancia con el contenido final del Art. 111 del COOTAD). Los sectores enunciados, son exclusivos del Estado, significa por tanto, que el legislador al desarrollar el contenido de estas áreas a través de las leyes, está facultado para establecer, los mecanismos de administración y control, pues la facultad de rectoría y definición del modelo de gestión en cada uno de los sectores estratégicos se constituyen en competencias exclusivas del gobierno central.

Por tanto, facultades que puedan estar consignadas como propias de los GAD, tales como medio ambiente, agua, suelos, minería, pueden ampliarse o reducirse, con base en la norma legal que se invoca, porque sin decirlo el legislador se ha

hecho presente el principio del “interés general o social”, previsto en el Art. 313 parte final de la Constitución “**interés social**”.

- 2.- Están calificados como estratégicos, por su influencia decisoria en las áreas económica, política, social o ambiental.
- 3.- El ejercicio de las restantes facultades y competencias puede ser concurrente con sujeción a la normativa regulada en el COOTAD y lo que se determine en la ley de cada una de las áreas estratégicas. En estos casos, el gobierno central mantiene la titularidad de la competencia que va a ser compartida en la gestión con algún nivel de los GAD.

Vale resaltar en el presente caso, que la materia AMBIENTAL, AGUA Y MINERÍA están consideradas como Áreas Estratégicas, razón por la que, es el gobierno central quien está plenamente facultado para ejercer la rectoría y el modelo de gestión, y como ya se expuso también, el legislador llamado a dictar las respectivas leyes para la administración y control. Esto significa que los GAD, lo que podrían es participar del modelo de gestión que haya determinado previamente el gobierno central.

Sectores Comunes: -Art. 112- Constituyen los demás sectores de responsabilidad del Estado, susceptibles de un mayor o menor nivel de descentralización administrativa y desconcentración, que podrán aplicarse con base en el principio de subsidiariedad -cercanía territorial- y naturaleza de los servicios públicos y actividades a los que éstos se refieren, para citar: Salud, educación que puede encargarse a los Municipios la prestación de sus servicios en relación a la aptitud y por la cercanía con los vecinos y eficiencia del servicio.

4.3. Comentario general sobre las competencias del estado central y la injerencia en los GAD

Según el Art. 261 las competencias exclusivas del Estado central, están diversificadas según los sectores.

En aquellos considerados como privativos: Defensa nacional; protección interna y orden público; las relaciones internacionales; las políticas económica, tributaria³⁰, aduanera, arancelaria, fiscal y monetaria; de comercio exterior; y de endeudamiento externo, no existe posibilidad alguna de transferencia a los GAD. Es más, están previstas que según las leyes que dicte el legislador, las maneje el gobierno central.

A su vez en las áreas consideradas como **estratégicas**, tales como: “áreas naturales protegidas y los recursos naturales -numeral 7 del Art. 261 de la Constitución-; los recursos minerales, hídricos, biodiversidad y recursos forestales -numeral 11 del Art. 261 de la Constitución-, las mismas son competencias exclusivas del Estado central, limitando el Art. 111 del COOTAD a la rectoría y definición del modelo de gestión. Esto significa que cuando el legislador desarrolle el contenido

30 Señalamos que en este ámbito existe una delegación legislativa expresa a los GAD, excepción de los GA parroquiales.

de esta norma constitucional³¹ -por ley- tenga presente que la exclusividad del gobierno central debe mantenerse en la rectoría y definición del modelo de gestión.

De lo comentado significa que el constituyente al organizar el poder político para su ejercicio vía la representación, organiza el mismo, en dos fases: la primera para el Estado a través de cinco funciones; y, la segunda para los GAD, en este último caso, para el ejercicio en materias administrativas, donde el Estado³² mantiene un fuerte control sobre las entidades autónomas territoriales, sea en las denominadas competencias exclusivas que cada GAD lo tiene por mandato constitucional, como también en las competencias concurrentes.

Como podrá apreciarse el análisis se ha realizado respecto a las competencias exclusivas del Gobierno Central, no se ha hecho referencia a las competencias concurrentes, como es el caso para citar, la Planificación, que siendo la misma, nacional, regional, provincial, cantonal, metropolitana y parroquial rural, no es menos cierto que inclusive en esta competencia concurrente, la rectoría está presente bajo el principio de coordinación, facultándose al gobierno central a formular instrumentos de planificación territorial especial para los proyectos nacionales de carácter estratégico – Art. 5.3 en concordancia con el Art. 45 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas-. Esto nos lleva a afirmar que inclusive en la Planificación que es competencia tanto del Gobierno central como de los GAD en los territorios que gobiernan, la misma tiene fuerte injerencia y peso del gobierno central.

4.4. De las competencias exclusivas de los gobiernos provinciales y cantonales

El tema debe centrarse en las competencias que tienen relación específica con la actividad extractiva o minera, específicamente, la pregunta que debemos hacernos es ¿Los gobiernos provinciales y municipales en el ámbito de sus competencias exclusivas, están facultados para impedir la actividad minera en las zonas de Quimsacocho y Río Blanco dentro de nuestra jurisdicción?

4.4.1. El gobierno provincial del Azuay

De conformidad con el Art. 263 de la Constitución de la República, tiene atribución para:

- 1.- Planificar el desarrollo provincial y formular los correspondientes planes de ordenamiento territorial, de manera articulada con la planificación nacional, regional, cantonal y parroquial.
- 3.- Ejecutar en coordinación con el gobierno regional, obras en cuencas y microcuencas.
- 4.- La gestión ambiental provincial.

31 Art. 313 de la Constitución.

32 Función Legislativa por regla general llamado a dictar las leyes; Función Ejecutiva, rectoría y definición del modelo de gestión, inclusive la normativa reglamentaria; Función Judicial, declarar la verdad legal en caso de disputas; Corte Constitucional, control de constitucionalidad. Para citar éstas.

Respecto a la **planificación**: Si bien es verdad que está considerada como competencia exclusiva de cada gobierno territorial, no es menos cierto que la competencia, es concurrente, haciéndose presente el principio de rectoría vía la de coordinación, pero además, el gobierno central está facultado para formular instrumentos de planificación territorial especial para los proyectos nacionales de carácter estratégicos, según lo prevén los Arts. 5.3 y 45 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas en armonía con el inciso IV del Art. 16 de la Ley de Minería³³. Situación que nos lleva a sostener que en materia extractiva por su carácter estratégico, el gobierno central puede intervenir en la planificación territorial.

En cuanto a la **ejecución en coordinación** con el gobierno regional de obras en cuencas y microcuencas, al no encontrarse constituidos los gobiernos regionales, significa que dicha competencia le corresponde al gobierno nacional el cual puede delegar a otros niveles de gobierno, según lo dispone la transitoria décimo octava del COOTAD.

Respecto a la **gestión ambiental**, asimismo hemos señalado ya, que dentro de los sectores estratégicos está considerada la política ambiental e inclusive califica como parte del mismo a “los recursos naturales no renovables”. Pero además la transitoria vigésima del COOTAD, dispone:

“Hasta que los gobiernos autónomos descentralizados provinciales y municipales se acrediten como autoridad ambiental de aplicación responsable en su circunscripción territorial, corresponderá a la autoridad nacional ambiental el otorgamiento de licencias ambientales”. Según información pública que se tiene, el gobierno provincial del Azuay, no está calificado hasta la fecha como autoridad ambiental, esto por un lado, y por otro, es necesario aclarar que para el caso de licencias ambientales en sectores estratégicos se debe tener presente el contenido del Art. 313 de la Constitución que al respecto establece:

“El Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar, los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia.

Los sectores estratégicos de decisión y control exclusivo del Estado, son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social.

Se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua y los demás que determine la ley”.

Esta disposición guarda concordancia especialmente con los artículos 317 y 395 de la Constitución de la República. De lo expuesto, la materia ambiental es un

33 Ley Minera. Art. 16.IV. “Tanto la explotación directa cuanto las subastas destinadas a concesiones mineras se realizarán únicamente en las áreas definidas en el Plan Nacional de Desarrollo en su componente de Ordenamiento Territorial.

recurso estratégico, siendo así debemos tener presente el contenido del Art. 136 inciso V del COOTAD, que ordena:

“En el caso de proyectos de carácter estratégico la emisión de la licencia ambiental será responsabilidad de la autoridad nacional ambiental...”

La disposición invocada guarda concordancia con el contenido del Art. 78 incisos III y IV de la Ley Minera, concretamente en cuanto al requerimiento de los estudios de impacto ambiental en las fases de exploración y explotación minera que deben ser aprobados por el Ministerio del Ambiente; determinándose asimismo que la licencia ambiental en minería lo confiere el Ministerio del Ambiente.

Por tanto, carece de competencia el gobierno provincial para constituirse en autoridad ambiental para emitir licencias ambientales en proyectos de carácter estratégicos.

COMO COMPLEMENTO DE LO QUE SE HA EXPUESTO, vale referirse al contenido del Art. 407 de la Constitución.- “Se prohíbe la actividad extractiva de recursos no renovables en las áreas protegidas y en zonas declaradas como intangibles, incluida la explotación forestal. Excepcionalmente dichos recursos se podrán explotar a petición fundamentada del Presidente de la República y previa declaratoria de interés nacional por parte de la Asamblea Nacional, que, de estimarlo conveniente, podrá convocar a consulta popular³⁴”.

La regla general, es la prohibición a la actividad extractiva –minería puede ser en áreas protegidas y zonas declaradas como intangibles. Existe la excepción, por el **interés general** declarada por el Presidente y ratificada por la Asamblea Nacional, ésta última que inclusive declarándola, pueda exigir que se le convoque al soberano para que así lo ratifique. En definitiva a través de un acto complejo, está presente el principio de armonización.

4.4.2. Gobiernos municipales:

Las competencias exclusivas de los gobiernos municipales están previstas en el Art. 264 de la Constitución y Art. 55 del COOTAD, en el caso materia de esta conferencia, transcribiré las competencias tanto de la Constitución como las del COOTAD que guardan relación con el tema.

Constitución de la República.- Art. 264.

- 1.- Planificar el desarrollo cantonal y formular los correspondientes planes de ordenamiento territorial, de manera articulada con la planificación nacional, regional y parroquial, con el fin de regular el uso y la ocupación del suelo urbano y rural.
- 2.- Ejercer el control sobre el uso y ocupación del suelo en el cantón.
- 4.- Prestar los servicios públicos de agua potable, alcantarillado, depuración de aguas residuales, manejo de desechos sólidos, actividades de saneamiento ambiental y aquellos que establezca la ley.

34 En el caso de la Asamblea Nacional, con sujeción al Art. 49 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa.

- 10.- Delimitar, regular, autorizar y controlar el uso de playas de mar, riberas y lechos de ríos, lagos y lagunas, sin perjuicio de las limitaciones que establezca la ley.

COOTAD, Art. 55.-

- a.- Planificar **junto con otras instituciones del sector público y actores de la sociedad**, el desarrollo cantonal y formular los correspondientes planes de ordenamiento territorial, de manera articulada con la planificación nacional, regional, provincial y parroquial, con el fin de regular el uso y ocupación del suelo urbano y rural **en el marco de la interculturalidad y plurinacionalidad y el respeto a la diversidad**.
- b.- Ejercer el control sobre el uso y ocupación del suelo en el cantón.
- d.- Prestar los servicios públicos de agua potable, alcantarillado, depuración de aguas residuales, manejo de desechos sólidos, actividades de saneamiento ambiental y aquellos que establezca la ley.
- j.- Delimitar, regular, autorizar y controlar el uso de las playas de mar, riberas y lechos de ríos, lagos y lagunas, sin perjuicio de las limitaciones que establezca la ley.

De la Planificación.- Respecto a la planificación del cantón y planos de ordenamiento territorial, observamos que se trata ante todo de una competencia concurrente, que debe articularse tanto con la planificación nacional como también con aquella que corresponde a los otros niveles de gobierno territorial.

En el caso específico la finalidad, “regular el uso y ocupación del suelo urbano y rural”, así como también su control.

Como se observa la competencia se refiere exclusivamente a la base física, es decir a la superficie tanto urbana cuanto rural del territorio del GAD, por tanto no incluye el subsuelo que por regla general en donde se encuentran los recursos naturales mineros.

La planificación y planes de ordenamiento territorial, conforme lo prevé el COOTAD deben realizarlo los municipios “junto con otras instituciones del sector público”, esto significa que debe coordinarse con otros órganos y entidades del sector público, las políticas de regulación y control sobre el uso y ocupación del suelo.

Además los municipios deben tener presente en cuanto a la regulación y control del uso y ocupación del suelo, el contenido del Art. 466 en concordancia con la transitoria vigésima segunda del COOTAD, concretamente “contar con estudios parciales para la protección ambiental” y, actualizar y codificar las normas vigentes.

La competencia que se comenta, si bien es verdad que les corresponde a las municipalidades siendo la misma exclusiva, no es menos cierto que al ser considerados los “recursos naturales no renovables” como parte de los sectores estratégicos, bien puede el gobierno central “formular instrumentos de planificación terri-

torial especial para los proyectos nacionales de carácter estratégico. Instrumentos que se constituyen en orientaciones generales a ser considerados en los procesos de planificación y ordenamiento territorial de los GAD (Art. 45 II inciso del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas).

Adicionalmente la actividad minera como lo hemos señalado está considerada por la Ley de Minería -Art. 1- como un sector estratégico, siendo su órgano rector el Ministerio sectorial, órgano rector que está llamado a definir en coordinación con la entidad rectora de planificación nacional, el Plan Nacional de Desarrollo del sector minero -Art. 7 letra f) Ley Minera³⁵-. A su vez la Planificación Nacional es responsabilidad y competencia del gobierno central que lo ejerce a través del Plan Nacional de Desarrollo; de lo expuesto, la planificación a escala nacional le corresponde al gobierno central que incluye los sectores privativos y estratégicos definidos en el Art. 313 de la Constitución de la República, está además facultado para desarrollar una estrategia territorial nacional que viene a ser un instrumento complementario del Plan Nacional de Desarrollo, asimismo facultado para establecer los procedimientos de coordinación y **armonización** entre el gobierno central y los GAD, todo con miras a facilitar la articulación del proceso de planificación territorial -Ver Art. 10 C. Orgánico de Planificación y las Finanzas Públicas, en adelante COPFP-.

Complementando lo expuesto, el párrafo segundo del Art. 313 de la Constitución de la República, nos dice: "Los sectores estratégicos, de decisión y control exclusivo del Estado, son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al *interés social*".

Hemos expuesto que es el Presidente de la República el Jefe de Estado, Jefe de gobierno y responsable de la administración pública, que la Función Ejecutiva en el ámbito de sus competencias tiene entre sus facultades la rectoría, planificación, ejecución y evaluación de las políticas públicas nacionales y planes que se creen para ejecutarla -Art. 141 de la Constitución-, en cuanto a la rectoría se ha señalado también que se ejerce a través de los distintos Ministerios de Estado o entidades creadas mediante Ley, en el caso específico -sectores estratégicos-, la rectoría le corresponde al gobierno central según lo dispuesto en el Art. 111 inciso II del COOTAD. Por tanto, cuando el Art. 313 de la Constitución hace referencia al manejo de los sectores estratégicos y en su parte final invoca el "INTERES SOCIAL", significa que por mandato de la Constitución, el gobierno central en cuanto a la gestión administrativa, se constituye en el garante y tutelador último del interés social o general, por tanto en ese interés general o social con fundamento en las normas legales que se han señalado, pueden relativizarse las competencias exclusivas de los Municipios -en el caso de la regulación, uso, ocupación y control del suelo³⁶-, si las mismas imposibilitan o pretenden poner o colocar trabas al manejo y gestión de los sectores estratégicos, pues si bien es verdad y no se discute aquello, los Municipios tienen su autonomía y competencia en servicio de la gestión de sus

35 Art. 7 Ley Minera. "Corresponde al Ministerio Sectorial. f) Definir en coordinación con la entidad rectora de planificación nacional, el Plan Nacional de Desarrollo del sector minero".

36 Hemos señalado que la competencia de los Gobiernos Autónomos Municipales respecto al suelo, tiene relación con la superficie, por tanto, no puede interferir la riqueza que contenga el subsuelo -minerales- donde la competencia es exclusiva y estratégica del Estado.

respectivos intereses, no por ello están facultados para contradecir el interés social o general, esta última que es propia del gobierno central.

Expuesto así la situación, si algún Municipio pretendiera limitar el uso del suelo para impedir el ejercicio de actividades consideradas como estratégicas, la misma podría ser impedida por el gobierno central realizando una correcta ponderación y aplicación del principio del interés social, situación que puede generar un conflicto de competencias a ser dilucidado en vía administrativa por el Consejo Nacional de Competencias según lo previsto en el literal n) del Art. 119 del COOTAD, sin perjuicio del derecho de acudir ante la Corte Constitucional según lo previsto en los artículos 145, 146 y 147 de la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional.

En cuanto a la prestación de servicios públicos como el agua potable, saneamiento ambiental, **consagrada en el N° 4 del Art. 264** de la Constitución de la República y Art. 55 del COOTAD, consideramos que los comentarios expuestos en líneas anteriores son válidas, razón por la que, no merece otro análisis.

Vale recordar esto sí que el Estado está llamado a garantizar la conservación, recuperación y manejo integral de los recursos hídricos. Siendo la autoridad a cargo de la gestión del AGUA la responsable de su planificación, regulación y control, llamado a cooperar y coordinar con el Ministerio del Ambiente la gestión ambiental para un manejo del agua con un enfoque ecosistémico -Art. 411 de la Constitución³⁷.

Sobre el tema del **AGUA**, unas pequeñas puntualizaciones con relación al tema:

1.- Para utilizar el agua en trabajos inherentes a la actividad minera, es indispensable la autorización de la autoridad única del agua -Art. 79 Ley Minera-.

2.- Previo a la ejecución de actividades mineras, es indispensable contar con la concurrencia de varios actos administrativos favorables que emanen de órganos y entidades del Estado -son los llamados "actos complejos", entre ellos, "de la autoridad única del agua", acto debidamente motivado y fundamentado³⁸.

Asimismo en lo que corresponde a la delimitación, regulación, autorización y control del uso de riberas y lechos de ríos, lagunas, las mismas tienen siempre que llevarse a efecto en consideración al contenido mismo de la Ley.

5. Problema a dilucidar

De lo expuesto, el problema no es de competencias, el asunto es de obligaciones o responsabilidades y de derechos.

37 Vale recordar que sigue vigente la Ley de Aguas publicado en el RO 334 del 20 de mayo de 1994.

38 Ley Minera. Art. 26 letra f).

6. El Estado de derechos

Como lo explica el jurista ecuatoriano Ramiro Ávila Santamaría³⁹, en este modelo de Estado todo poder público y privado está sometido a los derechos. Los derechos someten y limitan a todos los poderes del Estado. Se genera una pluralidad jurídica, y la organización del Estado debe armonizar con los derechos reconocidos en la constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos reconocidos por el Ecuador. El fin del Estado, es el reconocimiento, promoción y garantía de los derechos, este modelo es un paso adelante del Estado democrático y social -Estado Constitucional-.

6.1. Responsabilidades u obligaciones del poder público

Esto significa que el Estado -sus funciones, órganos y más en entidades del sector público- deben sujetar sus actos y decisiones de poder público a la garantía de los derechos fundamentales previstos en la Constitución de la República e instrumentos de derechos humanos del cual el Ecuador es parte.

De lo anotado, si el Gobierno central, considera que debe explotarse los minerales que se dice existen en el sector de Quimsacocha, deberá tomar en consideración que no se afecte los ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos, mantenimiento y regeneración de la Pacha Mama, que tampoco se afecten consecuencia de ello el agua ni la vida de los seres vivos, pues el modelo consagrado en la Constitución es biocéntrico -naturaleza-ser humano-.

En consecuencia, el Gobierno central deberá tener presente en este caso el contenido tanto del preámbulo de la Constitución, como también de los artículos: 1; 3; 70 al 74; 276.4.6.; 279 primer párrafo; 313, principios: sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia; 317; 318; 395; 396; 397; 398; 399; 400; 407; 408; 409; 411; 415; 417.

6.2. De los derechos

La Constitución reconoce, positiviza un amplio catálogo de derechos, pero al mismo tiempo establece varias garantías, entre ellos los jurisdiccionales, tales como la acción de acceso a la información pública, participar en los asuntos de interés público, control de los actos del poder público, presentación de proyectos de iniciativa popular normativa, consulta popular, acción de protección, acción de inconstitucionalidad, etc.

En esta gama de opciones y oportunidades las personas y colectivos muy bien pueden acceder a los mecanismos previstos en la Constitución para oponerse a las decisiones del poder público que consideren son lesivos no solo para quien actúan como sujeto activo, sino que afecta a un gran conglomerado social o a la propia naturaleza.

Las garantías están previstas en la Constitución, éstas son las denominadas “garantías jurisdiccionales”. Asimismo están previstas varias formas de participación democrática.

39 N° 3. Constitución del 2008 en el contexto andino -Ministerio de Justicia y DH-, Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia, págs. 28-29.

Democracia y participación: entre el miedo, la incertidumbre y el riesgo

FRANCISCO ASTUDILLO LUCERO

Si crees en la libertad de expresión entonces crees en la libertad de expresión para puntos de vista que te disgustan.

Noam Chomsky

Síntesis: el artículo pretende destacar los elementos significativos, que permitan explicar la relación existente entre los procesos de participación social, el poder mediático y su incidencia en las sensaciones y los comportamientos políticos de las personas; para una mejor comprensión y articulación histórica conceptual del quehacer político del país. Para cumplir este objetivo se propicia la articulación de algunos conceptos básicos que permitan la reflexión; luego se analiza a la democracia y la participación como conceptos claves para comprender el ejercicio de la política. Se reflexiona sobre el miedo, la incertidumbre y el riesgo como producto construido por el poder mediático y se finaliza caracterizando algunos comportamientos del ser humano en la sociedad de la información. “Democracia y Participación: Entre el Miedo, la Incertidumbre y el Riesgo” busca los vínculos existentes en una realidad política concreta, planteándose como desafío proponer una acción transformadora en la participación ciudadana frente al poder mediático y al miedo que amenaza y pone en riesgo a la democracia.

Palabras Clave: Participación, Democracia, Poder Mediático, Miedo, Incertidumbre, Riesgo.

Consideraciones iniciales para la reflexión

Para clarificar esta “reflexión filosófica” se cree oportuno a manera de entrada plantear que toda preocupación sobre las actividades humanas están marcadas por conceptos claves, en el presente caso; la actividad social se esclarece a partir de interrelacionar los conceptos siguientes: Participación Política, Participación Social, Miedo, Incertidumbre, Riesgo y Democracia, que como se puede apreciar son referentes conceptuales que caracterizan la realidad que vive hoy el mundo y particularmente América Latina.

La participación como una acción humana es el esfuerzo o la realización de una actividad determinada, que se efectúa con otro/a o con otros/as para compartir o lograr algo concreto. Por tanto, estos diferentes niveles y modalidades que involucran al ser humano está determinado por la integración al *Juego Social*, esta acción intencionada de participar necesariamente configurara los niveles de democracia que vive una sociedad.

Es necesario, distinguir diversos ámbitos de participación; la participación política, la participación ciudadana, la participación social y la participación comunitaria, como causa y efecto que configuran de la interacción humana si es que queremos interiorizarnos en el análisis de la subjetividad de los individuos y que hace posible que una sociedad humana se explique, tanto social, jurídico y filosóficamente.

La historia política y de participación ciudadana en América Latina está marcada



por una suerte de imposición y control. El ejercicio de lo que hoy se conoce como Derechos Humanos siempre estuvieron condicionados a los intereses de los gobernantes de turno. La violencia represiva y el miedo fueron y son mecanismos de control, de acuerdo a criterios ideológicos y económicos de determinadas clases o grupos sociales, claramente identificados e identificables.

Este tipo de control ha privilegiado el uso de métodos "invisibles" en el control político y en la participación de la sociedad latinoamericana, en el caso del Ecuador la situación no es diferente. El manejo de la subjetividad en la política; la amenaza y el miedo hay que vincularla con la incertidumbre global por la que atraviesa el mundo, y con el riesgo de la utilización masiva de los medios de comunicación social convertidos en verdaderos poderes facticos utilizados por las elites políticas y económicas. Esta amenaza permanente, tiene un carácter de amenaza política, en tanto provoca miedo generalizado de las mayorías, que sirve como mecanismo para direccionar comportamientos.

Este direccionamiento de la participación social se manifiesta de diferentes maneras. Su carácter arbitrario generaliza la amenaza política a toda la sociedad, siendo percibida por amplios sectores como una amenaza vital. El manejo del imaginario social y político de los pobladores del Ecuador produce respuestas y reacciones de acuerdo a quienes manejan el Poder Mediático que se transforman prácticamente en instrumento de la vida cotidiana, que al verlo como una amenaza evitara entrar en riesgo.

La conducta de los sujetos se transforma en la vida cotidiana, cuando está condicionado por elementos extraños que ni siquiera los racionaliza, el ser humano, en consecuencia, se hace vulnerable. La incertidumbre y el riesgo son considerados como elementos para la acción política y para los procesos participativos que se influyen dialécticamente.

Democracia y participación

La participación Social como concepto político incluye a los niveles o grados de involucramiento que la población tiene para actuar en los distintos espacios de la convivencia, este involucramiento está cargado de intereses e intencionalidades, por tanto tiene componentes de carácter ideológico y político. Si bien es cierto, hay momentos que la participación social es espontánea y sin aparente intencionalidad o interés esa ya es una forma de concebir el mundo y por tanto ya tiene su componente ideológico y político.

La participación política, concepto clave para el presente artículo, se relaciona con la capacidad que tiene la ciudadanía de involucrarse en la toma de decisiones en el quehacer público, las múltiples definiciones de Participación Política nos permite limitar el concepto, socializar su alcance y caracterizar las prácticas políticas y ciudadanas.

Herbert McClosky define la Participación Política como "*aquellas actividades voluntarias mediante las cuales los miembros de una sociedad participan en la selección de sus gobernantes y, directa o indirectamente, en la elaboración de la política gubernamental*" (Sills, David, 1975). La participación política, por tanto es, el ejercicio institucionalizado a través del cual se incentiva a los ciudadanos a realizar actos orientados a determinar quiénes asumen el papel de gobernantes, así como también los actos orien-

tados a ejercer influencia en las decisiones de estos gobernantes en el campo de generación de la política pública local, regional o nacional.

En esta dinámica, de reflexionar sobre lo democrático-participativo, se hace urgente hablar de la participación interactiva y de deliberación pública como la clave para formar individuos autónomos, para que por medio de esta participación se hagan cargo, democrática y colectivamente de decisiones y actividades sobre las cuales es importante ejercer un control dirigido al logro del gobiernos autónomos y al establecimiento de estabilidad y gobernabilidad para así posibilitar la creación de una sociedad civil con fuertes y arraigados lazos comunitarios creadores de identidad colectiva, esto es, generadores de una forma de vida específica construida alrededor de categorías como bien común, diversidad, pluralidad, equidad, ente otros.

Por lo tanto, cuando se plantea democracia y participación como elementos claves para comprender la influencia recíproca entre estado y ciudadanía o entre norma jurídica y libertad personal, se está frente, a lo que puedo dar y recibir, en el marco de un contrato social establecido sin beneficio de inventario que la persona humana y el estado se supone han acordado.

Entre el miedo, la incertidumbre y el riesgo

La vida de los seres humanos se sustenta en la capacidad que tiene el cerebro, cuya misión fundamental, es la de proteger la vida, tanto física como emocional. Es en esta parte de la corporeidad humana donde se encuentra la diferencia de los otros seres vivos, ahí están las emociones, los deseos, las ansiedades y otros componentes de mentales que le alegan de esos otros seres bióticos que complementan el entorno y que han dado origen a la existencia social.

Desde ese espacio poco conocido emerge el miedo que se le puede considerar una emoción paradójica que se desplaza como una ventaja y una incertidumbre; ventaja en cuanto proyecta seguridad e incertidumbre cuando de cambiar de actitudes se trata, el ser humano, se ve entonces, en riesgo por enfrentarse a nuevas realidades que la incomodan o le obligan a actuar en contra de los que desearía.

En esta reflexión sobre el miedo, la incertidumbre y el riesgo frente la participación, es posible afirmar que el miedo alega a las personas de la certidumbre, permite que sean, personas temerarias, valientes, reconocer los peligros reales que pueden acabar con su vida en el sentido más literal de la palabra, pero esta emoción puede ser instrumentalizada al punto de poner en riesgo la existencia. En esta perspectiva, el miedo tiene tal poder sobre los hombres y mujeres de la sociedad, que la vida en colectividad pasa a ser una experiencia de alerta y de alarma constante, de ahí que esta emoción va a ser utilizada como instrumento para la instrumentalización de la participación social y política en toda dirección del entramado social. Las relaciones sociales y sus reacciones provocadas, configuran al miedo como categoría filosófica y su explicitación sociológica está mediada, por los más diversos canales de difusión social que es el núcleo central de la presente reflexión.

El problema de la instrumentalización del miedo en la participación ciudadana, nace cuando se siente amenazada una particular forma de participación y de la convivencia al interior de una sociedad que se dice democrática. La imagen que se tiene de la instrumentalización del miedo, se lo relaciona en el presente caso, con

el poder mediático y su incidencia en los comportamientos individuales frente a la imagen que se tiene de democracia, que se lo podría entender como el resultado de las experiencias de participación que se ha ido acumulando a lo largo de la historia de una sociedad o comunidad determinada. Con esta imagen se produce una situación muy particular, la vida democrática configura una identidad que ha de ser protegida de la misma manera en la que el cuerpo físico ha de ser protegido del pánico o de la incertidumbre, claro que ahora los peligros son de otra índole; la conducción de las conductas políticas de una sociedad. El sistema democrático pasa a ser interpretada desde la imagen creada por el poder mediático que se lo pinta como un cordero, que se siente atemorizado por el lobo de la participación y que se siente atemorizada como que si alguien lo “ataca” a sí misma.

El miedo que se proyecta de la participación política, de los ciudadanos tiene un solo objetivo claro, impedir el cambio. El poder establecido, hace uso y abuso de las sensaciones y de entre ellas el miedo, que es un componente de la naturaleza humana y que “corre peligro” de involucrarse en el quehacer político; este imaginario político creado va en la dirección de consolidar modelos democráticos basados en intereses particulares o de grupos. Al saberse amenazados, se trata de consolidar democracias modernas a la carta, que se sustentan en la mal llamada “opinión pública”, que resulta ser la opinión validada por un sector social.

Cuando se consolida o se instrumentaliza el poder de la “opinión pública” el criterio de participación va a ser conducido hacia objetivos políticos previamente determinados, como se mencionó en líneas anteriores, en consecuencia se construye un escenario favorable a las elites políticas, en ese panorama la ciudadanía proyectara un imaginario igualmente cambiante pero de carácter negativo. La participación social, por tanto, se siente amenazada ante el riesgo de ser conducida por el miedo provocado, pero mucho más ante la incertidumbre, porque en este escenario hay menos parámetros de orientación, de referencia y de direccionalidad política participativa, en donde la sensación de incertidumbre y de riesgo se difuminan con la acción creativa de los y las interesados por un cambio real.

El riesgo que el poder mediático configure una sociedad sustentada en el miedo y la incertidumbre

No resulta fácil proponer argumentos que muestren a esta afirmación como válida, en razón que son muchos los elementos que aquí intervienen. Por tanto se intentará una aproximación necesaria.

En una Sociedad Cosmopolita, como la categoriza Ulrich Beck a la sociedad actual, son muchas las evidencias que permiten ver la configuración de verdaderas estrategias creadas a propósito, de la institucionalización de la manipulación social. Los ciudadanos que han visto crecer vertiginosamente a este monstruo llamado poder mediático sufren miedo permanentemente, por la impotencia que sienten al ver que las mentes y los imaginarios culturales han sido bloqueados por las imágenes científicamente creadas con este propósito. Al igual que la luz disipa la oscuridad, el poder mediático ilumina y crea un imaginario social que configura una sociedad del miedo y la incertidumbre.

Otro concepto desarrollado por Ulrich Beck es aquel de la Sociedad del Riesgo Global, en este concepto el autor subraya el rol que los sentimientos de incerti-

dumbre, miedo y temor juegan en la sociedad global. El proceso de modernización conduce a una situación en la que la probabilidad de trastornos y desastres es mayor y no menor que antes, debido a los factores de riesgo que se generan a medida que la complejidad de los entramados institucionales aumenta, y a medida que la ciencia y la tecnología introducen nuevos procedimientos cuyos efectos son difíciles de prever tanto como de controlar. Beck plantea que el mundo moderno “incrementa al ritmo de su desarrollo tecnológico la diferencia entre dos mundos: el del lenguaje de los riesgos cuantificables, en cuyo ámbito pensamos y actuamos, y el de la inseguridad no cuantificable, que también estamos creando” (Beck, U. 2003).

El inusitado desarrollo tecnológico que se vive en esta sociedad presenta a los medios de comunicación masiva como la radio, la prensa, y principalmente la televisión, como instrumentos potentes que sirven para reproducir en las personas modos de comportamiento en base del miedo, personas que han empobrecido sus mentes, sin capacidad de abstracción y peor de crítica que se encuentran vagando por el cyberspacio.

Este planteamiento, de Beck, resulta útil para explicar los riesgos de la utilización del poder mediático, pero se queda corto en el momento de dar cuenta de una suerte de globalización del miedo. El miedo no puede explicarse solamente a partir de lo mediático, como tampoco a partir de un cambio en la naturaleza de los riesgos, por más que esas tensiones y esos riesgos nos ayuden a entender la vulnerabilidad de la sociedad contemporánea frente al miedo. Dado que el miedo es, al menos en parte, el resultado de una elaboración social, sus niveles de intensidad y difusión sólo parcialmente dependen de los riesgos y de las amenazas vigentes en un momento dado. Así como nuestra percepción de una situación depende tanto de la situación misma como del estado de nuestra sensibilidad, el modo en que una comunidad o un grupo perciben una amenaza mediática juega un papel decisivo la interpretación de su peligrosidad. Siguiendo a Beck, se puede afirmar que se vive en la sociedad del miedo global.

El triunfo del poder mediático en la sociedad de la información y del homovidens

Por si fuera poca, la sociedad de la posmodernidad o de las sociedades industriales avanzadas, presenta a seres humanos en proceso de mutación; el homo sapiens, ser caracterizado por la reflexión, por la capacidad de generar abstracciones, se ha convertido o está convirtiéndose en un homovidens, una criatura que mira pero que no piensa, que ve pero que no entiende, y que la toma de sus decisiones son el reflejo pasivo de lo creado por los medios de difusión masiva, (instituciones enteramente ideológicas), a decir de Chomsky, los ciudadanos deberían emprender un curso de autodefensa intelectual para protegerse de la manipulación y del control. (Chomsky.N. 2007).

En esta suerte de mutación humana otro de los elementos para el análisis es el nexo económico-ideológico que se da entre el poder mediático y los mercaderes de encuestas que detectan criterios y tendencias de los diversos públicos con el claro criterio de afianzar el control. Hace varios años ya, esta suerte de acuerdo entre analistas, directores de las encuestadoras y medios de comunicación se convierten en los nuevos gurús, que han sido capaces de contribuir a la construcción de escenarios sociales, manipular a las audiencias, fabricar una opinión pública a

la carta y manufacturar un sesgo informativo en favor de alguien y en la búsqueda de la aprobación pública.

El triunfo de poder mediático, es el triunfo que genera el consenso necesario al cual hay que anexo a veces a la fuerza. Como Antonio Gramsci, se puede afirmar que participan los *intelectuales orgánicos* de las cadenas de radio, prensa y televisión (los mass medias) bajo control monopólico, sumándose los periodistas estrellas que complementarán la faena sembrando desesperanza entre quienes aspiran a un cambio. El triunfo del poder mediático se hace evidente, bajo la máscara de una verdad técnica y de la libertad de opinión, en detrimento de la verdadera información.

El papel de los medios masivos en la globalización del miedo

Resulta obvio que acontecimientos o hechos susceptibles de provocar sentimientos de miedo se pueden alcanzar, gracias a los medios, una resonancia mucho más amplia y vigorosa de la que habrían tenido en ausencia de éstos. Es usual que un mismo hecho suscite temores mayores o menores dependiendo del medio y el modo como sea puesto en conocimiento de las audiencias a través de los canales informativos. En este sentido, el papel de los medios en relación con los hechos no se reduce nunca a su faceta informativa o comunicativa. Las sensaciones de miedo bien pueden estar justificadas por los riesgos, las violencias o las atrocidades que tienen lugar a diario en diferentes lugares del mundo, pero también pueden ser aumentadas o reducidas según el tratamiento que se le dé a la información (incluso cuando ésta se esfuerza por dar cuenta de los hechos "tal como ocurrieron"). Anunciar que el pánico cunde en una población o en un territorio puede reforzar el pánico mismo o incluso desencadenar nuevas oleadas de pánico que no se habían desatado hasta entonces porque habían permanecido por debajo de un cierto umbral de tolerancia. Pero también la sustracción u omisión de información relevante puede contribuir a la instauración de una atmósfera de incertidumbre y miedo. Esto implica que los medios no solamente informan acerca del mundo sino que actúan sobre él.

La globalización del miedo no se debe sólo al poder de los propios medios, sino también a la silenciosa complicidad de un público pasivo acrítico. Mientras los eventos sangrientos, por ejemplo, sigan siendo una garantía de espectáculo, mientras las narrativas del terror y la violencia continúen conquistando audiencias, seguramente los medios seguirán utilizando este tipo de ganchos y en consecuencia, continuarán actuando como agentes de la propagación del miedo y del imaginario social. Y no porque los medios se hayan propuesto deliberadamente extender el miedo sino porque apelan a él como a una fórmula que en repetidas ocasiones ha probado su eficacia y que es el rostro visible de la cultura mediática globalizada que se vive.

Conclusión

Por lo dicho, queda claro que los medios de comunicación masiva ejercen una influencia determinante sobre comportamiento, los discursos, la participación social y política de los miembros de la sociedad global, que la ciudadanía cosmopolita participa socialmente con modelos mentales construidos en laboratorios de las transnacionales de la comunicación, es una de las afirmaciones que se la debe es-

clarecer. Es hora, entonces que el Homo Videns "involucione" al Homo Sapiens para que lea, y que por sobre todo, para que tenga opinión sin dejarse llevar del miedo y para que su cultura participativa, sea motivada, crítica y transformadora.

Se deja abierta la posibilidad para quienes aún se consideren Homo Sapiens estén despiertos y conscientes que no se puede seguir insertos en la comodidad, necesitamos una Opinión Pública valedera y verdadera, que trascienda el miedo y la incertidumbre, porque se corre el riesgo que los ciudadanos y las ciudadanas de esta aldea global concurren pasivamente al funeral de la democracia.

Finalmente, se podría decir, que en el poder mediático no radica en quien controla los medios de comunicación de masas, en un sentido estricto, este al igual que todos los poderes está en manos de personas que tiene un alto grado de estupidez, incapaces de realizar la función social que el poder le otorga. En consecuencia, el poder "en manos" de personas incapaces es como darle una granada de mano a un bebe de tres años, que tendría en sus manos su autodestrucción. El reto surge en la búsqueda de crear canales de comunicación alternativos, que se sustenten en la creatividad y que se arraiguen en principios espirituales y materiales transformadores.

Referencias

- Bauman, Z. (2003). Comunidad. En busca de seguridad en un mundo hostil. Madrid: Siglo XXI.
- Beck, U. (2002). La sociedad del Riesgo global. Madrid, Siglo XXI.
- Beck, U. (2005). La mirada cosmopolita o la guerra es la paz. Barcelona. Paidós.
- Borradori, G. (2003). La filosofía en una época de terror. Diálogos con Jürgen Habermas y Jacques Derrida. Madrid: Taurus.
- Bourdieu. P. (1997). Razones prácticas. Sobre la teoría de la acción, Barcelona. Ed. Anagrama.
- Chacón H. y Otros. (2011) Participación Social, Políticas Públicas y Desarrollo. Universidad de Cuenca.
- Chomsky.N. (2007). Estados Fallidos. Ediciones B
- Gil Calvo, E. (2003). El miedo es el mensaje. Riesgo, incertidumbre y medios de comunicación. Madrid: Alianza.
- Sartori Giovanni. (2012) Homo videns. Santillana Ediciones.
- Sills, D. (1975). Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales, Volumen 7, ed. Aguilar.

Un testimonio documental histórico

El H. Consejo Directivo de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Cuenca, ante la vigencia de la Ley Orgánica de Educación Superior, manifiesta:

La mencionada Ley nace a la vida jurídica, carente de legitimidad democrática, al haberse impuesto por la vía de la objeción parcial, la visión unilateral del Ejecutivo, al margen del consenso que sobre el proyecto de ley, se llegó entre la Asamblea Nacional y las Universidades.

La Ley, entra en vigencia cuestionada en su validez jurídica tanto por su trámite, cuanto por su contenido reñido con la Constitución, pues mientras en ella se establece que el sistema de educación superior, se regirá por un organismo de planificación, regulación y coordinación interna del sistema y de relación con la Función Ejecutiva; y, por un organismo técnico de acreditación y aseguramiento de la calidad, en la Ley, se crea la Secretaría Nacional de Educación Superior, que no solo no existe en la Constitución, sino que se la convierte en la institución rectora de la educación superior, supeditando al Consejo de Educación Superior y al Consejo de Evaluación y Acreditación, de manera que su personero designado por la Presidencia de la República, será quien dirija la Educación Superior, vulnerando la autonomía universitaria.

La nueva Ley Orgánica de Educación Superior, carecerá de eficacia jurídica, pues algunas de sus normas no guardan relación con la realidad de la vida universitaria, como es la pretensión de que en dos años el 60% de profesores sean a tiempo completo, o el plazo para que un profesor tenga título de PhD o su equivalente para ser profesor titular principal, o para que un profesor tenga como mínimo título de maestría afin al área en que ejerza la cátedra, para ser profesor titular agregado o auxiliar.

En la nueva Ley se consagra un modelo verticalista y autoritario de organización interna de las universidades, disminuyendo ostensiblemente la participación de los estudiantes, empleados y obreros en el cogobierno universitario, sin reparar en su valioso aporte en la administración de la universidad.

La Ley Orgánica de Educación Superior, debe urgentemente ser reformada sobre la base de acuerdos con las universidades, pues aquello sería una muestra de voluntad política por encontrar consensos democráticos sobre temas de trascendental importancia para el desarrollo nacional.

Cuenca, Septiembre 29 del 2010

Dr. Carlos Castro Riera
DECANO

Mgr. Lucila Bermúdez Coronel
SUBDECANA

Dr. Teodoro González Argudo
VOCAL DOCENTE

Econ. Max Bernal Villa
VOCAL DOCENTE

Sr. Diego Idrovo Torres
VOCAL ESTUDIANTIL

Sr. Diego Piedra Sánchez
VOCAL ESTUDIANTIL

Dra. Graciela Encalada Ochoa
SECRETARIA-ABOGADA



REPÚBLICA DEL ECUADOR
CONSEJO DE EDUCACIÓN SUPERIOR



RPC-SO-13-No.114-2013

EL CONSEJO DE EDUCACIÓN SUPERIOR

Considerando:

- Que el artículo 166 de la Ley Orgánica de Educación Superior (LOES), publicada en el Registro Oficial Suplemento Nro. 298 del 12 de octubre de 2010, instituye al Consejo de Educación Superior (CES) como "(...) el organismo de derecho público con personería jurídica, con patrimonio propio, independencia administrativa, financiera y operativa, que tiene por objetivo la planificación, regulación y coordinación interna del Sistema de Educación Superior, y la relación entre sus distintos actores con la Función Ejecutiva y la sociedad ecuatoriana...";
- Que el artículo 169 literal v) de la LOES, establece que es atribución y deber del CES: "Monitorear el cumplimiento de los aspectos académicos y jurídicos de las Instituciones de Educación Superior";
- Que la disposición transitoria décima séptima de la LOES, indica que: "Las Universidades y Escuelas Politécnicas en un plazo de 180 días reformarán sus estatutos para adecuarlos a la presente Ley, reforma que deberá ser revisada y aprobada por el Consejo de Educación Superior. En este plazo, cualquier proceso eleccionario se regirá por la presente Ley";
- Que la disposición cuarta del régimen de transición previsto en la LOES manifiesta que: "Hasta que se aprueben los reglamentos previstos en la presente ley, seguirá en vigencia la normativa que regula el sistema de educación superior, en todo aquello que no se oponga a la Constitución y esta Ley";
- Que la disposición derogatoria sexta de la LOES determina que: "Se deroga toda la base reglamentaria y administrativa constante en reglamentos, acuerdos, resoluciones y demás normas jurídicas que se opongan a la presente Ley";
- Que el artículo 53 ibidem, señala que las autoridades académicas tales como Decano, Subdecano y otras de similar jerarquía serán designadas por las instancias establecidas en el estatuto de cada universidad o escuela politécnica, y que aquellas podrán ser reelegidas consecutivamente o no, por una sola vez;
- Que mediante comunicación innumerada, presentada al CES el día 28 de enero de 2012, el Dr. Jaime Guillen y otros docentes de la Universidad de Cuenca, denunciaron que la Facultad de Ciencias Médicas de la Universidad de Cuenca, habría procedido a la elección de sus autoridades académicas a través de un proceso eleccionario desarrollado el día 15 de abril de 2011;
- Que en igual sentido al indicado en el considerando precedente, mediante comunicaciones innumeradas presentadas en este organismo con fechas 04 y 20 de abril; y, 20 de junio de 2012, el Dr. Leonardo Cabrera conjuntamente con varios docentes de la Universidad de

Av. República E7-226 y Diego de Almagro

MM



Cuenca, solicitaron al CES el monitoreo del cumplimiento de los procesos de designación de autoridades en la Facultad de Odontología de dicha institución de educación superior;

Que mediante memorando No. CES-CU-063-2012 de fecha 19 de octubre de 2012, el Presidente de la Comisión Permanente de Universidades y Escuelas Politécnicas del CES, solicitó a la Procuraduría de dicho organismo emitir un informe jurídico en relación con los hechos señalados en las denuncias indicadas en los considerandos precedentes;

Que el Abg. Mauricio Suárez Checa, Procurador del CES, mediante memorando Nro. CES-PRO-2012-0055 de fecha 11 de diciembre de 2012, remitió a la Comisión Permanente de Universidades y Escuelas Politécnicas del CES su informe en el cual concluye que en las Facultades de Medicina y Odontología de la Universidad de Cuenca las autoridades académicas han sido electas a través de procesos eleccionarios, lo cual contraría el mandato del artículo 53 de la LOES; y, por tanto recomienda que se disponga a dicha institución de educación superior que deje sin efecto los nombramientos otorgados a las autoridades académicas que fueron posesionadas en función de los resultados obtenidos en los indicados procesos de elección;

Que la Comisión Permanente de Universidades y Escuelas Politécnicas del CES, en su octava sesión llevada a cabo el día 22 de febrero de 2013, una vez analizado el informe jurídico presentado por el Procurador del CES, mediante Acuerdo No. ACU-SO-08-N093-2013, convino recomendar al Pleno del CES que se disponga a la Universidad de Cuenca deje sin efecto los procesos de elección de Decanos (as) y Subdecanos (as) que se hubieren realizado con posterioridad a la expedición de la LOES publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 298 de fecha 12 de octubre de 2010, por contravenir lo dispuesto en el artículo 53 de dicho cuerpo legal;

Que una vez conocidos y analizados el Acuerdo y la recomendación efectuados por la Comisión Permanente de Universidades y Escuelas Politécnicas del CES, se estima pertinente acoger el contenido de los mismos;

Que de conformidad con lo establecido en los artículos 50 y 63 del cuerpo legal en referencia, constituyen obligaciones del Rector (a) como primera autoridad ejecutiva de las universidades y escuelas politécnicas, cumplir y hacer cumplir la Constitución, la LOES, su Reglamento General, las resoluciones del CES, las decisiones del máximo órgano colegiado académico superior y el Estatuto de la institución, así como velar por la legal integración de sus órganos internos de cogobierno; y,

En ejercicio de las atribuciones que le confiere la Ley Orgánica de Educación Superior,

RESUELVE:

Artículo único.- Disponer al Rector de la Universidad de Cuenca:

- a) Que deje sin efecto los procesos de elección de Decanos (as) y Subdecanos (as) que se hubieren realizado con posterioridad a la expedición de la Ley Orgánica de Educación Superior, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 298 del 12 de octubre de 2010, así

Av. República E7-226 y Diego de Almagro



como los nombramientos extendidos en virtud de dichos procesos, por contravenir lo dispuesto en el artículo 53 de la indicada norma; y,

- b) Que dentro del plazo máximo de 15 días contados a partir de la notificación con la presente resolución, proceda a la designación de sus Decanos (as) y Subdecanos (as) observando los requisitos y parámetros establecidos en la Ley Orgánica de Educación Superior y su Reglamento General, proceso que bajo ninguna circunstancia contemplará elección.

DISPOSICIONES GENERALES

PRIMERA.- Notificar con el contenido de la presente resolución a la Universidad de Cuenca para su inmediato cumplimiento.

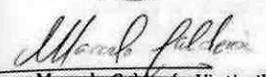
SEGUNDA.- El Rector de la Universidad de Cuenca informará al Consejo de Educación Superior sobre el cumplimiento de la presente resolución, dentro del plazo máximo determinado en el artículo 2 la misma.

DISPOSICIÓN FINAL

La presente resolución entrará en vigencia a partir de su aprobación, sin perjuicio de su publicación en la Gaceta Oficial del CES.

Dada en la ciudad de Loja, en la décima tercera sesión ordinaria del Pleno del Consejo de Educación Superior, a los tres (03) días del mes de abril de 2013.


Dr. Marcelo Cevallos Vallejos
PRESIDENTE SUBROGANTE
CONSEJO DE EDUCACIÓN SUPERIOR


Marcelo Calderón Vintimilla
SECRETARIO GENERAL
CONSEJO DE EDUCACIÓN SUPERIOR



UNIVERSIDAD DE CUENCA
RECTORADO

Oficio No. 0000310-RECTORADO-2013
Cuenca, Abril 15 de 2013

Doctor
Marcelo Cevallos Vallejos
PRESIDENTE SUBROGANTE DEL CONSEJO DE EDUCACION SUPERIOR

CESAR FABIAN CARRASCO CASTRO, en mi calidad de Rector de la Universidad de Cuenca, en relación al Oficio No. CES-SG-2013-0546, de fecha 12 de Abril de 2013, mediante el cual se me notifica con el contenido de la Resolución RPC-SO-13-No.114-2013, emitido por el Consejo de Educación Superior, ante usted de la manera más respetuosa comparezco y por su intermedio al Consejo de Educación Superior, manifiesto y solicito:

1.- Por vía electrónica se me ha notificado con la resolución expedida por el Consejo de Educación Superior, mediante el cual se dispone al Rector de la Universidad de Cuenca que deje sin efecto los procesos de elección de Decanos y Subdecanos que se hubieren realizado con posterioridad a la expedición de la Ley Orgánica de Educación Superior, así como los nombramientos extendidos en virtud de dichos procesos, por supuestamente contravenir lo dispuesto en el Art. 53 de la citada norma; y, que dentro del plazo máximo de 15 días contados a partir de la notificación con dicha resolución, se proceda a la designación de Decanos y Subdecanos.

La resolución emitida por el Consejo de Educación Superior (CES), en la parte motiva, considera como causal de violación al Art. 53 de la Ley Orgánica de Educación Superior el hecho de que se hayan realizado elecciones para designar a los Decanos y Subdecanos de las Facultades de Ciencias Médicas y Odontología de la Universidad de Cuenca.

Al respecto en mi calidad de Rector de la Universidad de Cuenca, y en ejercicio de las competencias señaladas en el art. 50 de la Ley Orgánica de Educación Superior, entre ellas la de cumplir y hacer cumplir la Constitución, la LOES, su Reglamento General, las Resoluciones del CES y el Estatuto de la Institución, solicito que se deje sin efecto la Resolución RPC-SO-13-No.114-2013 de fecha 3 de abril de 2013 y notificada mediante Oficio No. CES-SG-2013-0546, de fecha 12 de Abril de 2013, basado en los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

1.- FUNDAMENTOS DE HECHO:

1.1.- El Estatuto de la Universidad de Cuenca en vigencia, fue aprobado por el Consejo Nacional de Educación Superior mediante Resolución RCP.S15.No.424.03 de fecha 17 de septiembre de 2003, el mismo que de conformidad con la Disposición Transitoria Vigésimo Quinta del Reglamento General a la LOES, está en vigencia, en lo que no esté en contradicción con las disposiciones de la LOES y su Reglamento.

1.2.- A la época en que se realizaron las elecciones de autoridades académicas de las Facultades de Ciencias Médicas y Odontología de la Universidad de Cuenca, estaba vigente la ley Orgánica de Educación Superior, que en su Art. 53 establece que "Las autoridades académicas serán designadas por las instancias establecidas en el estatuto de cada universidad o escuela politécnica, las cuales podrán ser reelegidas consecutivamente o no por una sola vez. Se entiende por autoridad académica los cargos de Decanos, Subdecanos o de similar jerarquía"



UNIVERSIDAD DE CUENCA
RECTORADO

Como se puede observar la misma norma establece que las autoridades académicas pueden ser reelegidas consecutivamente o no, por una sola vez, y el Art. 56 de la misma Ley, manifiesta que cuando existan listas para la elección de autoridades académicas, éstas deberán ser integradas respetando la alternancia y otros requisitos, normas que a su vez están en concordancia con el Art. 45 de la misma Ley, que define al cogobierno como la dirección compartida de las universidades por parte de profesores, estudiantes, empleados y trabajadores, y con la disposición transitoria décima séptima de la LOES que dice: "Las Universidades y Escuelas Politécnicas en un plazo de 180 días reformarán sus estatutos para adecuarlos a la presente Ley, reforma que deberá ser revisada y aprobada por el Consejo de Educación Superior. En este plazo, cualquier proceso electoral se regirá por la presente Ley".

1.3.- Con estos antecedentes el Consejo Universitario de la Universidad de Cuenca, en fechas 21 de diciembre de 2010 y 11 de enero de 2011 aprobó el Reglamento de Elecciones de Autoridades Académicas, en el marco del cual, los Consejos Directivos de algunas Facultades, entre ellas las Facultades de Odontología y Ciencias Médicas convocaron a elecciones para elegir Decanos y Subdecanos, en fechas 14 y 15 de abril de 2011, respectivamente.

1.4.- Los procesos electorales llevados a cabo en algunas facultades de la Universidad de Cuenca se realizaron con absoluto apego al Reglamento de Elecciones de Autoridades Académicas expedido por el Consejo Universitario, en un ambiente de plena libertad, participación, democracia, con Tribunales Electorales imparciales, con los respectivos observadores y veeduría de Profesores, Estudiantes, Empleados y Obreros, cuyos resultados electorales fueron conocidos por los respectivos Consejos Directivos y el Consejo Universitario.

1.5 Estos procesos electorales, tuvieron la más amplia difusión de los medios de comunicación social, se realizaron en un ambiente pacífico, de orden, sin que se hayan dado actos de violencia, y por el contrario constituyeron verdaderas fiestas democráticas de la Universidad que fueron alabados por la opinión pública de la ciudad, la provincia y la región, de manera que ni a los Consejos Directivos, ni al Consejo Universitario llegó observación o impugnación alguna.

1.6.- Luego de transcurridos 8 meses de haberse llevado a cabo los procesos electorales de las Facultades de Ciencias Médicas y Odontología, un grupo de profesores de cada una de las Facultades, han realizado la denuncia ante la SENESCYT, de que se han llevado a cabo procesos electorales que de acuerdo a su criterio, contradicen lo dispuesto en el Art. 53 de la LOES, bien entendido que no han descalificado los procesos electorales por fraudulentos o cosa por el estilo, sino simplemente por el hecho de haberse utilizado la vía electoral para designar a las autoridades académicas, bien entendido que los denunciantes nunca agotaron las instancias administrativas internas ante la propia Universidad.

1.7.- Solo con posterioridad a las elecciones de las autoridades académicas, se expide el Reglamento General a la LOES, que prohíbe que la designación de las autoridades académicas se haga por elecciones universales, recurriendo para ello a ordenar que "Se entienda por reelección de las autoridades académicas una segunda designación consecutiva o no"; pero a su vez el mismo Reglamento establece en su disposición transitoria vigésima séptima que "Las autoridades académicas como decano y subdecano o de similar jerarquía, elegidos o designados antes de la vigencia del presente reglamento, permanecerán en sus funciones hasta completar los períodos para los cuales fueron elegidos o designados...".

El mismo grupo de profesores denunciantes de la Facultad de Ciencias Médicas interpusieron una medida cautelar en contra de la Universidad de Cuenca, tendiente a lograr la suspensión del proceso de elecciones para Decano y Subdecano de la Facultad de Ciencias Médicas, petición que fue negada por la Jueza de Garantías Constitucionales que conoció el caso.



UNIVERSIDAD DE CUENCA

RECTORADO

1.8.- No se entiende entonces como a los dos años de haber sido elegidas las autoridades académicas, se pretenda dejar sin efecto los procesos electorales así como los nombramientos expedidos en virtud de dichos procesos, tanto más si el caso pasó por un análisis y resolución constitucional por parte del órgano judicial competente.

1.9.- Luego de haberse llevado a cabo los procesos electorales para elegir a Decanos y Subdecanos de algunas Facultades, la Universidad de Cuenca continuó con sus labores académicas con absoluta normalidad, concentrando su atención en las actividades de docencia, investigación y vinculación con la colectividad y preocupada por preparar los procesos de evaluación y acreditación, en cuyo contexto se recibe esta resolución materia de la presente impugnación.

2.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

2.1.- El Art. 1 de la Constitución de la República del Ecuador establece que el Ecuador es un Estado Constitucional de derechos y justicia estableciendo entre otros derechos fundamentales, los de participación, que están determinados en el Art. 61 de la Ley fundamental, entre ellos el de elegir y ser elegidos, participar en los asuntos de interés público, ser consultados y en general se establece como aspecto fundamental para la construcción de la arquitectura constitucional democrática del estado y sus instituciones, los procesos de elección para establecer la representatividad de las autoridades y en otros casos establece la vía de los concursos de méritos y oposición y finalmente los de designación de unas autoridades superiores a otras autoridades.

De manera que el Consejo Universitario de la Universidad de Cuenca para aprobar el Reglamento de Elecciones de Autoridades Académicas lo hizo en el contexto del espíritu de la Constitución de la República que coincida con lo dispuesto en el Art. 27 del Estatuto de la Universidad de Cuenca, que dice: "*Decano y Subdecano serán elegidos por la Asamblea de Facultad, de conformidad con la Ley de Educación Superior y los Reglamentos respectivos*".

En efecto esta norma está en plena armonía con el Art. 95 de la Constitución de la República que señala que los ciudadanos en forma individual y colectiva participaran de manera protagónica en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos, y en el control popular de las instituciones del estado y la sociedad, y de sus representantes, en un proceso permanente de construcción del poder ciudadano, participación que se orientará por los principios de igualdad, autonomía, deliberación pública, respeto a la diferencia, control popular, solidaridad e interculturalidad, participación que se ejercerá a su vez a través de los mecanismos de la democracia representativa, directa y comunitaria, norma que a su vez está en concordancia con el Art. 355, en el que se establece como uno de los derechos de las Universidades el gobierno y gestión de sí mismas en consonancia con los principios de alternancia transparencia y los derechos políticos.

2.2.- Estos principios y normas constitucionales han sido ya parte de la tradición democrática de la Universidad de Cuenca, cuyos órganos de gobierno y administración han sido constituidos por la vía de la participación directa de profesores, estudiantes, empleados y obreros, y que le han permitido gozar de legitimidad y condiciones de gobernabilidad, y por lo tanto de gestión educativa que le ha permitido gozar de un prestigio ante la sociedad regional, nacional e internacional, aspecto que se expresa en sus importantes índices académicos.

Es decir en la forma como se ha constituido los organismos de cogobierno no hemos tenido en la Universidad de Cuenca procesos internos de violencia o fraudulentos, sino por el contrario los procesos electorales han ido cada vez madurando hasta realizárselos hoy por vía electrónica. Como bien conocen todas las autoridades a nivel nacional.

UNIVERSIDAD DE CUENCA
desde 1827



UNIVERSIDAD DE CUENCA

RECTORADO

2.3.- Al momento de realizarse los procesos electorales, estaba en vigencia la Ley Orgánica de Educación Superior en cuyas normas contenidas en los Art. 45, 53, 56 y Disposición Transitoria décimo séptima se habla en unos casos de designación, elección, reelección, e inclusive en la transitoria citada se habla de procesos eleccionarios, de manera que debe admitirse cuando menos que en la LOES existía una tremenda ambigüedad en sus disposiciones, que llevaba a interpretar que eran perfectamente viables los procesos eleccionarios para designar a las autoridades académicas, interpretación que fue la que acogió el Consejo Universitario de la Universidad de Cuenca y que se plasmó en el Reglamento para la Elección de Autoridades Académicas, debiendo en este punto hacer hincapié que dicho reglamento no ha sido declarado ilegal o inconstitucional y que se lo hizo en ejercicio de la autonomía responsable de la universidad, tanto más si el mecanismo de elecciones era el que constaba en el propio Estatuto que regía a la Universidad de Cuenca en ese momento, debiendo tenerse muy en cuenta que existe un pronunciamiento de una Jueza Constitucional, que se pronunció en el sentido de que el proceso eleccionario de la Facultad de Ciencias Médicas no contravenía lo dispuesto en la Constitución y en la Ley Orgánica de Educación Superior.

Por lo tanto los procesos electorales para elegir autoridades en las Facultades de Medicina y Odontología se llevaron adelante en aplicación de un acto normativo expedido por el Consejo Universitario en ejercicio de su autonomía garantizada por la Constitución, Reglamento que no ha sido impugnado ni en la vía del control de legalidad ni en la vía de control Constitucional y por el contrario ha merecido su aval de la Justicia Constitucional.

2.4.- El Reglamento General a la Ley Orgánica de Educación Superior fue expedido por el Econ. Rafael Correa Delgado, Presidente Constitucional de la República, mediante Decreto Ejecutivo No. 865, y publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 526 del 2 de septiembre de 2011, en cuya disposición transitoria Vigésima Séptima, se establece en forma expresa e imperativa que las autoridades académicas elegidas o designadas antes de la vigencia del Reglamento a la LOES, permanecerán en sus funciones hasta completar los periodos para los cuales fueron elegidos o designados.

Este es precisamente el caso de los señores Decanos y Subdecanos de las Facultades de Ciencias Médicas, Odontología, Ingeniería, Arquitectura, Ciencias Químicas y Ciencias Agropecuarias, que se eligieron con posterioridad a la vigencia de la Ley Orgánica de Educación Superior y antes de la expedición del Reglamento General a la Ley Orgánica de Educación Superior, de forma que esos procesos electorales tienen plena validez constitucional, legal, reglamentaria, estatutaria y jurisdiccional conforme se ha demostrado hasta la saciedad con disposiciones expresas de la Constitución, la LOES y su Reglamento, el Estatuto de la Universidad de Cuenca, el Reglamento de Elecciones de Autoridades Académicas de la Universidad de Cuenca y la resolución de la Justicia Constitucional.

Se debe reparar así mismo en el hecho de que si bien el Reglamento General a la LOES establece en su Disposición Transitoria Octava que se puedan elevar denuncias de procesos electorales para que puedan ser revisados por el CES, sin embargo esas denuncias deben referirse a incumplimientos e irregularidades en los procesos electorales, situaciones que no se han dado en procesos electorales referidos, y por el contrario por estar apegados al debido proceso, ser transparentes y con todas las garantías democráticas han merecido el aplauso y beneplácito no solo de la comunidad universitaria sino de la ciudadanía a la que se debe la Universidad de Cuenca, debiéndose entonces señalar que han sido solamente dos grupos de profesores de la Universidad que han realizado la denuncia que se limita a señalar que se han dado procesos electorales para la elección de autoridades académicas en vez de que las mismas sean designadas y eso también luego de haber transcurrido varios meses de los procesos electorales.

UNIVERSIDAD DE CUENCA
desde 1827



UNIVERSIDAD DE CUENCA

RECTORADO

Por otra parte en este mismo orden de ideas debe considerarse el hecho de que no encuentra el compareciente una norma expresa constitucional, legal o reglamentaria como la que exige y corresponde al Derecho Público que faculte al Rector de una Universidad designar a las autoridades académicas para que el acto administrativo al que se le impele esté cumpliendo el requisito de legalidad, esto es que una norma de Derecho positivo, le confiera potestad para ejecutar dicho acto.

2.5.- Por otro lado si los procesos eleccionarios fueron realizados en aplicación de un Reglamento expedido por el Consejo Universitario, el compareciente tampoco encuentra una Norma que le faculte dejar sin efecto los procesos eleccionarios y dejar sin efecto los nombramientos a favor de quienes resultaron electos en cada uno de esos procesos electorales, mas aun cuando dichas autoridades gozan de legitimidad democrática y han ejercido actos administrativos en función de sus potestades resultantes de un acto electoral realizado al amparo de una norma de la Universidad de Cuenca.

2.6.- Si las autoridades académicas de las Facultades de Ciencias Médicas, Odontología, Ingeniería, Arquitectura, Ciencias Químicas y Ciencias Agropecuarias han obtenido su nombramiento de conformidad con la aplicación de un reglamento interno de la Universidad de Cuenca, se han configurado derechos a favor de dichas personas, y siendo así la única vía para dejar sin efecto esos derechos es la declaración de lesividad que está normada por la Ley de lo Contencioso Administrativo, esto es requieren una resolución administrativa del propio organismo del cual emanó el acto, resolución que debe darse luego del proceso administrativo pertinente y declarado judicialmente por el correspondiente Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo.

Como entonces se le impele al Rector de la Universidad de Cuenca a que por una parte inobserve e incumpla una resolución de una Jueza Constitucional y por otro lado sin la declaratoria y el trámite de lesividad dejar sin efecto derechos adquiridos por las autoridades académicas, es conocido el principio de derecho que señala que las cosas en derecho se deshacen de la misma manera que se hacen, o principio denominado también del paralelismo de las formas, cuyo objeto es precisamente garantizar los debidos procesos.

Estaría por lo tanto el Rector de la Universidad de Cuenca, compelido a ejecutar un acto administrativo al margen de la Constitución, de la Ley Orgánica de Educación Superior y del Reglamento a la Ley, del Estatuto y de un Reglamento Interno de la Universidad de Cuenca, y de una decisión judicial, lo cual conlleva responsabilidades de diferente índole y que colocaría a la Institución en una situación de absoluta inseguridad jurídica aparte de que se iría en contra de la legitimidad de procesos democráticos que han sido respetados en lo interno de la Universidad y en lo externo, y que vendría a generar el caos y la desinstitucionalización, en circunstancias en que la Universidad está dedicada exclusivamente a atender su desarrollo académico e institucional.

2.7.- Finalmente de ejecutarse un acto administrativo que incumple lo establecido en la Disposición Transitoria Vigésimo Séptima del Reglamento General a la LOES, implicaría causar daños que motivarían entre otras sanciones, indemnizaciones, que conllevaría a acciones de repetición de pago contra las autoridades que obran al margen de una norma expresa.

3.- PETICION

Con los antecedentes de hecho y de derecho expuestos, solicito de la manera más respetuosa y atenta al Consejo de Educación Superior que con un mejor estudio del caso se deje sin efecto la Resolución RPC-SO-13-No.114-2013 notificada mediante Oficio No. CES-SG-13-0546, de fecha 12 de Abril de 2013.

UNIVERSIDAD DE CUENCA desde 1866



UNIVERSIDAD DE CUENCA

RECTORADO

Esta petición del Rector de la Universidad de Cuenca tiene como única finalidad dejar expuestas reflexiones y preocupaciones que por imperio legal, moral y ético debo hacer conocer al Consejo de Educación Superior, y en aras de precautelar el ambiente interno del que goza la Universidad de Cuenca, que insisto tiene que ver con la dedicación exclusiva a actividades académicas, ambiente que nos ha permitido, vuelvo a insistir, un desarrollo importante de nuestra Universidad.

Solicito comedidamente que las notificaciones posteriores se hagan llegar al Rectorado de la Universidad de Cuenca, ubicado en las Avenidas 12 de Abril s/n y Agustín Cueva.

Sírvanse proveer.-

Atentamente,

Firmo en junta del Señor Secretario General Procurador (e) de la Universidad de Cuenca.

Fabián Carrasco Castro
RECTOR DE LA UNIVERSIDAD DE CUENCA

Dr. Francisco Piedra Oramas
SECRETARIO GENERAL PROCURADOR (e)



UNIVERSIDAD DE CUENCA desde 1866

El Consejo Universitario de la Universidad de Cuenca frente a la resolución expedida por el Consejo de Educación Superior (CES), mediante el cual se dispone al Rector de la Universidad que deje sin efecto los procesos de elección de Decanos y Subdecanos que se hubieren realizado con posterioridad a la expedición de la Ley Orgánica de Educación Superior (LOES) así como los nombramientos extendidos en virtud de dichos procesos, por supuestamente contravenir el Art. 53 de la citada norma; y, que dentro del plazo de 15 días proceda a la designación de Decanos y Subdecanos, **manifiesta:**

- 1.- La resolución del CES considera como violación al Art. 53 de la LOES el hecho de que se hayan realizado elecciones para designar a los Decanos y Subdecanos.
- 2.- El art. 53 de la LOES establece que *“Las autoridades académicas serán designadas por las instancias establecidas en el estatuto de cada universidad o escuela politécnica, las cuales podrán ser reelegidas consecutivamente o no, por una sola vez”*.
- 3.- La misma Ley utiliza las palabras **reelección** (art. 53); listas para la **elección** (art. 56) y hasta **proceso eleccionario** (Disposición Transitoria décima séptima) de manera que debe admitirse cuando menos que en la LOES existe una tremenda ambigüedad en sus disposiciones, que llevó a interpretar que eran perfectamente viables los procesos eleccionarios para designar a las autoridades académicas, interpretación que fue la que acogió el Consejo universitario y que se plasmó en el Reglamento de Elecciones de Autoridades Académicas que se expidió en ejercicio de la autonomía responsable, el mismo que no ha sido declarado ilegal o inconstitucional y que paso por la valoración de la Jueza de Garantías Constitucionales al desechar las medidas cautelares propuestas por un grupo de profesores de la Facultad de Ciencias Médicas, tanto más si la designación mediante elecciones era la que constaba en el art. 27 del Estatuto que regía a la Universidad en ese momento.
- 4.- Los procesos electorales llevados a cabo en las Facultades de la Universidad de Cuenca se realizaron con absoluto apego al Reglamento de Elecciones de Autoridades Académicas en un ambiente de plena libertad, participación, democracia, con Tribunales Electorales imparciales, cuyos resultados electorales fueron conocidos por los respectivos Consejos Directivos de las Facultades y el Consejo Universitario.
- 5.- Luego de 8 meses de haberse llevado a cabo las elecciones en las Facultades de Ciencias Médicas y Odontología, un grupo de profesores de cada una de las Facultades, han denunciado a la SENESCYT, de que se han llevado a cabo procesos electorales que de acuerdo a su criterio contradicen al Art. 53 de la LOES, sin descalificarlos como fraudulentos o cosa por el estilo, sino simplemente por el hecho de haberse utilizado la vía electoral para designar a las autoridades académicas.
- 6.- Solo con posterioridad a las elecciones de las autoridades académicas, se expide el Reglamento General a la LOES, que prohíbe que la designación de las autoridades académicas se haga por elecciones universales, recurriendo para ello a ordenar que *“Se entiende por reelección de las autoridades académicas una segunda designación consecutiva o no”*; pero a su vez el mismo Reglamento establece en su disposición transitoria vigésima séptima que *“Las autoridades académicas como decano y subdecano o de similar jerarquía, elegidos o designados antes de la vigencia del presente reglamento, permanecerán en sus funciones hasta completar los periodos para los cuales fueron elegidos o designados...”*

Este es el caso de los Decanos y Subdecanos de las Facultades de Ciencias Médicas, Odontología, Ingeniería, Arquitectura, Ciencias Químicas y Ciencias Agropecuarias, que se eligieron con posterioridad a la vigencia de la LOES y antes de la expedición del Reglamento General a la LOES, de forma que esos procesos electorales tienen plena validez constitucional, legal, reglamentaria, estatutaria y jurisdiccional.

- 7.- No se entiende entonces como a los dos años de haber sido elegidas las autoridades académicas, se pretenda dejar sin efecto los procesos electorales así como los nombramientos expedidos en virtud de dichos procesos, tanto más si el caso pasó por un análisis y resolución constitucional por parte del órgano judicial competente.
- 8.- No existe una norma expresa constitucional, legal o reglamentaria como la que exige y corresponde al Derecho Público que faculte al Rector de una Universidad designar a las autoridades académicas, para que el acto administrativo al que se le impele cumpla con el requisito de legalidad, esto es que una norma de Derecho Positivo, le confiera potestad para ejecutar dicho acto.
- 9.- Por otro lado si los procesos eleccionarios fueron realizados en aplicación de un Reglamento expedido por el Consejo Universitario, tampoco el Rector tiene una Norma que le faculte dejar sin efecto los procesos eleccionarios y los nombramientos a favor de quienes resultaron electos, más aun cuando dichas autoridades gozan de legitimidad democrática y han ejercido actos administrativos en función de sus potestades resultantes de un acto electoral realizado al amparo de una norma de la Universidad de Cuenca.
- 10.- Si las autoridades académicas de las Facultades han obtenido su nombramiento de conformidad con la aplicación de un reglamento interno de la Universidad, se han configurado derechos a favor de dichas personas, y siendo así, la única vía para dejar sin efecto esos derechos es la declaración de lesividad que está normada por la Ley de lo Contencioso Administrativo.

Cómo entonces se le impele al Rector de la Universidad a que por una parte inobserve e incumpla una resolución de una Jueza Constitucional y por otro lado sin la declaratoria y el trámite de lesividad dejar sin efecto derechos adquiridos por las autoridades académicas.

Estaría por lo tanto el Rector de la Universidad, compelido a ejecutar un acto administrativo al margen de la Constitución, la Ley los reglamentos, el Estatuto y de una decisión judicial, lo cual conlleva responsabilidades de diferente índole y que colocaría a la Institución en una situación de absoluta inseguridad jurídica.

Con estos y otros argumentos jurídicos el señor Rector de la Universidad solicitó al Consejo de Educación Superior deje sin efecto su Resolución de fecha 12 de Abril de 2013, solicitud que es respaldada por unanimidad por el Consejo Universitario al tiempo que ratifica todos sus actos decisorios tomados con respecto a la elección de Autoridades Académicas de las Facultades indicadas.

Dado en la sala de sesiones del H. Consejo Universitario el día martes 16 de abril de 2013.

Dr. Francisco Piedra Oramas
SECRETARIO GENERAL PROCURADOR (E) DE LA UNIVERSIDAD DE CUENCA

El Consejo Directivo de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Cuenca, frente a la resolución expedida por el Consejo de Educación Superior (CES), mediante la cual se dispone al Rector de la Universidad que deje sin efecto los procesos de elección de Decanos y Subdecanos que se hubieren realizado con posterioridad a la expedición de la Ley Orgánica de Educación Superior (LOES) así como los nombramientos extendidos en virtud de dichos procesos, por supuestamente contravenir el Art. 53 de la citada ley; y, que dentro del plazo de 15 días proceda a la designación de Decanos y Subdecanos, **manifiesta**:

- 1.- La resolución del CES que considera como violación al Art. 53 de la LOES el hecho de que se hayan realizado elecciones para designar a los Decanos y Subdecanos no tiene asidero jurídico en virtud de que la misma Ley se refiere a la reelección (Art. 53); listas para la elección (Art. 56) y proceso eleccionario (Disposición Transitoria décima séptima) para la designación de las autoridades académicas;
- 2.- El Consejo universitario de conformidad con la Ley, expidió el Reglamento de Elecciones de Autoridades Académicas, el mismo que pasó por la valoración de la Jueza de Garantías Constitucionales al desechar las medidas cautelares propuestas por un grupo de profesores de la Facultad de Ciencias Médicas;
- 3.- Si bien el Reglamento General a la LOES, prohíbe que la designación de las autoridades académicas se haga por elecciones universales, recurriendo para ello a normar que "Se entiende por reelección de las autoridades académicas una segunda designación consecutiva o no"; sin embargo, por una parte esta disposición no puede aplicarse con efecto retroactivo; y, por otra el mismo Reglamento establece en su disposición transitoria vigésima séptima que "Las autoridades académicas como decano y subdecano o de similar jerarquía, elegidos o designados antes de la vigencia del presente reglamento, permanecerán en sus funciones hasta completar los períodos para los cuales fueron elegidos o designados...";
- 4.- De Conformidad con el Art. 226 de la Constitución de la República, las autoridades solo pueden ejercer las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y en la Ley, y en el presente caso, no existe una norma que le faculte al Rector dejar sin efecto los procesos de elección de Decanos y Subdecanos cuando el Reglamento a la LOES más bien expresamente señala que "...permanecerán en sus funciones hasta completar los períodos para los cuales fueron elegidos o designados...", como tampoco existe una norma que le faculte designar a Decanos y Subdecanos;
- 5.- Si las autoridades académicas de las Facultades han obtenido su nombramiento de conformidad con la aplicación de un reglamento de la Universidad, se han configurado derechos en favor de dichas personas, y la única vía para dejar sin efecto esos derechos es la declaración de lesividad que está normada por la Ley de lo Contencioso Administrativo;

- 6.- No se puede disponer al Rector de la Universidad ejecutar un acto administrativo al margen de la Constitución, la Ley los reglamentos, el Estatuto y de una decisión judicial, lo cual conlleva responsabilidades de diferente índole y que colocaría a la Institución en una situación de absoluta inseguridad jurídica;
- 7.- Finalmente de ejecutarse un acto administrativo que incumple lo establecido en la Disposición Transitoria Vigésimo Séptima del Reglamento General a la LOES, implicaría causar daños que motivarían entre otras sanciones, indemnizaciones, que conllevaría a acciones de repetición de pago contra las autoridades que obran al margen de una norma expresa;

Con los antecedentes expuestos la Facultad de Jurisprudencia, se solidariza y respalda la petición del señor Rector tendiente a que el Consejo de Educación Superior deje sin efecto la referida Resolución, se respete la Constitución, la LOES, el propio Reglamento a la LOES dictado por el señor Presidente de la República, las normas reglamentarias de la Universidad y cese la violación a la autonomía universitaria.

Dr. Carlos Castro Riera
DECANO

Dra. Graciela Encalada Ochoa
SECRETARIA-ABOGADA



5 de mayo del 2013,
10:30 H.
[Firma]
11 mayo 6 / 2013

RPC-SE-04-No.022-2013

EL CONSEJO DE EDUCACIÓN SUPERIOR

Considerando:

- Que la Ley Orgánica de Educación Superior (LOES), en su artículo 166, establece: "El Consejo de Educación Superior es el organismo de derecho público, con personería jurídica, con patrimonio propio, independencia administrativa, financiera y operativa, que tiene por objetivo la planificación, regulación y coordinación interna del Sistema de Educación Superior, y la relación entre sus distintos actores con la Función Ejecutiva y la sociedad ecuatoriana...";
- Que el artículo 169 literal v) de la LOES, establece que es atribución y deber del Consejo de Educación Superior (CES): "Monitorear el cumplimiento de los aspectos académicos y jurídicos de las Instituciones de Educación Superior";
- Que el artículo 53 ibídem, señala que las autoridades académicas serán designadas por las instancias establecidas en el estatuto de cada universidad o escuela politécnica, las cuales podrán ser reelegidas consecutivamente o no, por una sola vez. Se entiende por autoridad académica los cargos de Decano, Subdecano o de similar jerarquía.
- Que el Pleno del CES, en su sesión ordinaria décima tercera realizada el día 03 abril de 2013, luego de analizar el Informe y recomendación efectuados por la Comisión Permanente de Universidades y Escuelas Politécnicas con respecto a la solicitud presentada por docentes de las Facultades de Ciencias Médicas y Odontología de la Universidad de Cuenca, con el objeto de que el CES realice el monitoreo de los aspectos académicos y jurídicos de los procedimientos realizados para el nombramiento de Decanos y Subdecanos en dichas Facultades, expidió la resolución RPC-SO-13-114-2013, tutelando el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 53 de la LOES;
- Que el Ing. Fabián Carrasco Castro, Rector de la Universidad de Cuenca, mediante oficio Nro. 0000310-RECTORADO-2013, de fecha 15 de abril de 2013, solicitó al Consejo de Educación Superior (CES), se deje sin efecto la resolución RPC-SO-13-114-2013, de fecha 03 de abril de 2013.
- Que la Comisión Permanente de Universidades y Escuelas Politécnicas del CES, en cumplimiento de lo dispuesto por el Pleno de dicho organismo, elaboró un informe jurídico en relación con el contenido del recurso interpuesto por la Universidad de Cuenca, mismo que forma parte integrante de la presente resolución;
- Que el informe señalado en el considerando precedente, indica que el Procurador General del Estado, mediante oficios Nos. 17830, 000489 y 02827 de fecha 09 de diciembre de 2010, 14 de enero de 2011 y 18 de julio de 2011 respectivamente, en relación con las consultas planteadas por la Escuela Superior Politécnica del Litoral, Universidad Estatal de Milagro y



Universidad Estatal de Bolívar sobre la inteligencia y aplicación del artículo 53 de la LOES, es reiterativo en señalar que las autoridades académicas de las Universidades y Escuelas Politécnicas, como son los Decanos y Subdecanos o de similar jerarquía, deben ser designados y no electos;

- Que el informe antes indicado, en relación a la presunta ambigüedad normativa que acusa la Universidad de Cuenca, señala que una interpretación histórica y sistemática de las disposiciones de la LOES y su Reglamento General, conduce a comprender que el espíritu de la norma contenida en el artículo 53 de la LOES, evidenciado fundamentalmente en el veto realizado a su texto por el Presidente de la República, es que las autoridades académicas (Decano, Subdecano y similar jerarquía), sea designados y no electos;
- Que de igual forma, el informe en referencia manifiesta que la interpretación efectuada por la Universidad de Cuenca, en relación con la disposición transitoria vigésima séptima del Reglamento a la LOES, en el sentido de respaldar la estabilidad de las autoridades académicas electas, es equivocada, en tanto, dicha norma concede estabilidad a las autoridades académicas que hayan sido electas o designadas antes de la vigencia de la actual LOES y, aquellas que hayan sido designadas después de la vigencia de esta norma;
- Que el mismo informe, con respecto al argumento de la Universidad de Cuenca, acerca de la presunta legitimidad de los procesos eleccionarios desarrollados, al amparo de sus normas estatutarias, expresa un claro error en tanto se omite que dichas normas deben ajustarse su contenido a las disposiciones de la LOES, en defecto de lo cual carecen de validez;
- Que en relación a la resolución de la justicia constitucional en base a la cual presuntamente se habría avalado la validez de las normas internas de la Universidad de Cuenca, en torno a las cuales es posible la realización de procesos de elección de autoridades académicas, el informe en mención evidencia que por tratarse de una decisión adoptada en relación con una medida cautelar constitucional, conforme a la ley aquella no configura juzgamiento previo, ni decisión sobre el fondo del asunto controvertido, por lo cual el argumento de la institución carece de asidero jurídico;
- Que la Comisión Permanente de Universidades y Escuelas Politécnicas del CES en su vigésima primera sesión ordinaria realizada el día 23 de abril de 2013, luego de conocer y analizar la comunicación Nro. 0000310-RECTORADO-2013, de fecha 15 de abril de 2013, y en base al informe jurídico desarrollado por la propia Comisión, expidió el acuerdo No. ACU-SO-021-382-2013, en el cual emite su recomendación al Pleno del CES;
- Que el informe y recomendación efectuados por la Comisión Permanente de Universidades y Escuelas Politécnicas del CES, han sido conocidos, analizados y debatidos por el Pleno del CES; y,

En ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 169 literal v) de la Ley Orgánica de Educación Superior,



REPÚBLICA DEL ECUADOR
CONSEJO DE EDUCACIÓN SUPERIOR



RESUELVE:

Artículo 1.- Derogar la resolución RPC-SO-13-No-114-2013, adoptada por el Consejo de Educación Superior en la décima tercera sesión ordinaria, desarrollada en fecha 03 de abril de 2013.

Artículo 2.- Disponer al Rector de la Universidad de Cuenca que, dentro del plazo máximo de quince días contados a partir de la fecha de la presente resolución, proceda a la designación transitoria de Decanos y Subdecanos, observando los requisitos y procedimientos establecidos en la Ley Orgánica de Educación Superior (LOES) y su Reglamento General, en reemplazo de aquellos que fueron nombrados como resultado de los procesos de elección desarrollados con posterioridad a la vigencia de la LOES.

Una vez aprobado por parte del Consejo de Educación Superior el Estatuto de la Universidad de Cuenca, se deberá designar a los Decanos y Subdecanos que reemplazarán a los designados transitoriamente. Esta designación se realizará conforme a lo establecido en la LOES, su Reglamento General y las normas contempladas en el estatuto aprobado.

DISPOSICIONES GENERALES

Primera.- El Rector de la Universidad de Cuenca, informará al Consejo de Educación Superior sobre el cumplimiento de la presente resolución, dentro del plazo máximo determinado en el artículo dos de la misma.

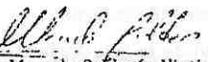
Segunda.- Notificar con el contenido de la presente resolución al Ing. Fabián Carrasco Castro, Rector de la Universidad de Cuenca para su cumplimiento inmediato.

DISPOSICIÓN FINAL

La presente resolución entrará en vigencia a partir de su aprobación, sin perjuicio de su publicación en la Gaceta Oficial del CES.

Dada en la Ciudad de San Francisco de Quito, D. M., en la cuarta sesión extraordinaria del Pleno Consejo de Educación Superior, a los veintinueve (29) días del mes de abril de 2013.


Ronny Ramírez Gallegos
PRESIDENTE
CONSEJO DE EDUCACIÓN SUPERIOR


Marcelo Calderón Vintimilla
SECRETARIO GENERAL
CONSEJO DE EDUCACIÓN SUPERIOR

Av. República E7-226 y Diego de Almagro

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS
POLÍTICAS Y SOCIALES**

CONSEJO DIRECTIVO

Dr. Carlos Castro Riera
Decano

Mstr. Lucila Bermúdez Coronel
Subdecana

Dr. Teodoro González Argudo
Econ. Max Bernal Villa
Vocales docentes principales

Sr. Damián Armijos
Presidente de la Asociación Escuela de Derecho

Sra. Hilda Susana Chacha
**Presidenta de la Asociación Escuela de Trabajo Social y
Orientación Familiar**

NÓMINA DEL PERSONAL DOCENTE

CARRERA DE DERECHO

Dr. Juan Peña Aguirre
Director

Dra. Lourdes Álvarez Coronel
Dra. Patricia Bermúdez Pozo
Econ. Max Bernal Villa
Dr. Daniel Calle Córdova
Dra. Susana Cárdenas Yáñez
Dr. Carlos Castro Riera
Dra. María Elena Coello Guerrero
Dr. Juan Carlos Cordero Barzallo
Dr. Pablo Cordero Díaz
Dr. Enrique Correa Alvarado
Dr. Fernando Domínguez Dávila
Dra. Ximena Endara Osejo
Dr. Teodoro González Argudo
Dr. Fernando González Calle
Dr. Kaisser Machuca Bravo
Dr. Álvaro Méndez Álvarez
Dr. Diego Monsalve Tamariz

Dr. Jorge Morales Álvarez
Dr. Jorge Moreno Yanes
Dr. Homero Moscoso Jaramillo
Dr. Freddi Mulla Ávila
Dr. Caupolicán Ochoa Neira
Dr. Diego Parra Suárez
Dr. Juan Peña Aguirre
Mgtr. Manuel Quesada Orellana
Dr. Geovanni Sacasari Aucapiña
Econ. Javier San Martín Rojas
Dr. Edgar Tamayo Jaramillo
Dr. Gabriel Tenorio Salazar
Dr. Tiberio Torres Regalado
Dr. Tiberio Torres Rodas
Dr. Simón Valdivieso Vintimilla
Dra. Mariana Verduga Álvarez

CARRERA DE TRABAJO SOCIAL

Econ. Max Bernal Villa
Director

Mgtr. Francisco Astudillo Lucero
Mstr. Lucila Bermúdez Coronel
Mstr. Cecilia Castro Ledesma
Lic. Edermila Niveló Andrade
Soc. Pablo Román Alemán
Lic. Víctor Vanegas Campoverde

CARRERA DE ORIENTACIÓN FAMILIAR

Lic. Rocío Guzmán Jiménez
Directora

Ing. Mónica Cabrera Proaño
Mstr. Yolanda Dávila Pontón
Psic. Ximena Guillén Verdesoto
Lic. Blanca Gutiérrez Molina
Lic. Rocío Guzmán Jiménez
Dr. José Montalvo Bernal
Psic. Juana Ochoa Balarezo
Lic. Carina Paccha Benalcázar

PROGRAMA DE ESTUDIOS EN GÉNERO Y DESARROLLO -PESGED-

Mgtr. Manuel Quesada Orellana
Director

Lic. David Barzallo Guaraca
Mstr. Marcía Cedillo Díaz
Abog. Ana Lucía Íñiguez Ibarra
Lic. Lorena Escobar Pérez
Lic. Nubia Campoverde García
Lic. Isabel Gil Gesto

Econ. Adriana García Vélez
Coordinadora Financiera

Dra. Ximena Endara Osejo
Fiscal de la Facultad

Dra. Graciela Encalada Ochoa
Secretaria-Abogada

Ing. Sandra Cabrera Encalada
Sra. Eulalia Dávila Segarra
Sra. Mery Farfán Vázquez
Ing. Jhoanna Guillén Gárate
Auxiliares de Secretaría

CONSULTORIO JURÍDICO

Dr. Teodoro González Argudo
Director

Dr. Rómel Machado Clavijo
Secretario

Dra. Susana Cárdenas Yáñez
Dra. Sandra Aguirre Estrella
Abog. Martín Coello Cordero
Profesores Asesores

**INSTITUTO DE CRIMINOLOGÍA, CRIMINALÍSTICA
E INTERVENCIÓN PSICOSOCIAL FAMILIAR**

Dr. Juan Peña Aguirre
Director

Dr. Manuel Orellana Cabrera
Secretario

Sra. Maribel Vintimilla Barzallo
Ayudante de Secretaría

CENTRO DE CÓMPUTO

Sr. Elías Mora Rodas
Instrumentista

PERSONAL DE SERVICIO

Sr. Geovanny Anguisaca Criollo
Sr. Freddy Criollo Berrezueta
Sr. Luis Guachichulca Heredia
Sr. José Loja Illescas



Revista IURIS N° 14 se terminó de imprimir en Gráficas Hernández, en junio de 2013, durante el Rectorado del Ing. Fabián Carrasco Castro