

# Tensiones y contradicciones de la democracia ecuatoriana



# Tensiones y contradicciones de la democracia ecuatoriana

Andrés Martínez Moscoso  
Teodoro Verdugo Silva  
*(Coordinadores)*



UNIVERSIDAD DE CUENCA  
Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales

© Tensiones y contradicciones de la democracia ecuatoriana.  
Dr. Andrés Martínez Moscoso y Dr. Teodoro Verdugo Silva (*Coordinadores*)

Editorial: Universidad de Cuenca  
Dirección de Publicaciones de la Facultad de Jurisprudencia,  
Ciencias Políticas y Sociales

Director: Dr. Andrés Martínez Moscoso  
Primera edición: Octubre de 2017

ISBN:  
Derecho de autor:

Diseño de páginas interiores: Imprenta V&M Gráficas  
Jorge Juan N32-36 y Mariana de Jesús • Teléfono: (593 2) 320 1171  
Quito - Ecuador

---

Todos los textos que aparecen en este libro fueron sometidos a un proceso de revisión de pares ciegos, conforme a las normas de publicación de la Universidad de Cuenca.

# Índice

Prólogo	7
<b>CAPÍTULO I</b>	
<b>La configuración del Estado a partir de la Constitución de 2008.</b>	
<b>Acieros y discursos del entramado jurídico político</b>	15
1. El nuevo Constitucionalismo latinoamericano	15
2.1. El Estado Constitucional de Derechos y Justicia del Ecuador	20
2.2. El período Constituyente y el nacimiento de un nuevo paradigma	22
3. La Revolución Ciudadana (2007-2017)	31
4. La realidad jurídico-constitucional ecuatoriana	34
5. El paso del Estado Social de Derecho al Estado Constitucional de Derechos y Justicia	36
6. La nueva configuración de poderes del Estado ecuatoriano	38
6.1. El nuevo poder del Estado Ecuatoriano: La función Electoral	42
6.2. El nuevo Poder del Estado Ecuatoriano: La función de Transparencia y Control Social	44
8. El modelo Presidencialista del Ecuador. ¿Rozando al Hiperpresidencialismo?	46
9. Conclusiones	53
10. Bibliografía	55
<b>CAPÍTULO II</b>	
<b>Un balance de la Participación en la Constitución ecuatoriana del 2008</b>	59
Introducción	59
1. Nuevo constitucionalismo	60
2. Democracia directa y participación política	63
La Participación en la Constitución ecuatoriana del 2008	65
La Consulta Popular del 2011	70
Bloqueo a nuevas consultas	71
3. Participación y Estado Plurinacional e Intercultural	77
Consulta y Minería	78
Educación intercultural bilingüe	80
Justicia Indígena	82
4. Participación y Economía	86
5. Conclusiones	91
Qué hemos aprendido	93
Bibliografía	94
<b>CAPÍTULO III</b>	
<b>La institucionalización de la revocatoria del mandato político a presidentes en Ecuador</b>	97
Introducción	97
1. ¿Paradoja?: Asamblea Constituyente de 2008 y una mayoría política hegemónica eligiendo una institución que minimiza sus intereses	98

## ÍNDICE

2.	Inercia histórica, derrocamiento de presidentes y configuración de discursos revocatorios en Ecuador	101
3.	La revocatoria a presidentes en el debate constituyente 2007-08	103
	Bibliografía	123

### CAPÍTULO IV

<b>Justicia constitucional, reforma judicial y la plurinacionalidad en la democracia ecuatoriana: análisis crítico</b>		125
A.	Introducción	125
B.	Hipótesis, Variables y Unidades de Análisis	126
C.	Metodología	128
D.	Derecho a la Justicia y Reforma Judicial Ecuatoriana: Acercamiento a la Fenomenología desde el Derecho Constitucional y la Jurisprudencia de la Corte Constitucional	130
E.	Acceso a la Justicia y Debido Proceso. Breve mirada al estado del arte en Ecuador 2016	141
F.	Limitantes que impiden y dificultan el pleno acceso a la justicia y al debido proceso en la reforma judicial: límites legales y políticos	144
1.	Deficiencia en la independencia del poder judicial frente al ejecutivo	147
2.	Débil compromiso del Sistema Judicial con la tutela de derechos humanos	148
3.	Ambigüedad de los tipos penales	149
G.	Limitaciones en el acceso a la justicia de los pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador	150
1.	Acceso a la justicia mediante el ejercicio del derecho indígena	154
2.	Acceso a la justicia ordinaria para el ejercicio del derecho a la autodeterminación	161
H.	Algunas reflexiones finales	166
I.	Bibliografía	167

### CAPÍTULO V

<b>Dificultad contramayoritaria y la Corte Constitucional ecuatoriana</b>		173
1.	Introducción	173
1.-	El carácter contramayoritario de la revisión judicial	174
2.-	Dificultad contramayoritaria y la Corte Constitucional ecuatoriana	186
2.1.-	Corte Constitucional de Transición y la dificultad contramayoritaria	187
2.2.-	Primera Corte Constitucional y la dificultad contramayoritaria	190
3.-	Conclusiones	195
5.-	Bibliografía	196
<b>Índice de Autores</b>		202

# Prólogo

## Entre la expectativa y la realidad

**A**nueve años de la vigencia de la Constitución de Montecristi ha llegado el momento de las evaluaciones, de los balances. Un análisis indispensable tiene que ver con la democracia y la forma en la que ese texto constitucional contribuyó con su fortalecimiento o debilitamiento.

Los trabajos de este libro parten de ubicar al nuevo texto constitucional en una tendencia de transformación del derecho constitucional latinoamericano, en el que –sin duda– se han producido importantes transformaciones normativas e institucionales, que se presentaron como un medio para superar situaciones persistentes de autoritarismo, corrupción, inestabilidad, inseguridad, exclusión.

Se pueden ubicar tres tendencias sobre estos cambios, que aparecen de cierta forma en este libro: una que sostiene que hemos vivido la aparición de un nuevo constitucionalismo latinoamericano y las otras dos que lo niegan. En la primera se acepta la existencia de importantes cambios vinculados a los derechos y a partir de ellos la articulación de reformas significativas; la otra, que también rechaza la existencia de un nuevo constitucionalismo, defiende el apareamiento de un *Ius Constitutionale Commune* transformador.

Quienes defienden la existencia de un nuevo constitucionalismo latinoamericano<sup>1</sup> estiman que sus principales características, además de los aspectos

---

<sup>1</sup> En algunos casos se habla de neoconstitucionalismo, sin embargo, algunos autores consideran que es un fenómeno diferente al nuevo constitucionalismo latinoamericano. El neoconstitucionalismo “pretende sin ruptura, alejarse del positivismo teórico y convertir al Estado de Derecho en el Estado Constitucional de Derecho”. Se entiende que la constitución es una norma jurídica superior que condiciona a todo el ordenamiento y no puede ser modificada por el legislador ordinario; son los princi-

tos materiales que serían comunes al llamado neoconstitucionalismo<sup>2</sup>, son: la existencia de un vínculo entre nuevo constitucionalismo y democracia, como resultado de la legitimidad que se dice tiene estas constituciones, debido a un amplio apoyo social<sup>3</sup> con el que no contaban las constituciones previas. El sus-

---

prios, y no las reglas, los que ordenan el contenido de todos los actos del poder público, produciendo así una ruptura con el positivismo, esto a partir del reconocimiento de un amplio catálogo de derechos. Para Viciano Pastor y Martínez Dalmau la diferencia central es que el neoconstitucionalismo es resultado de un proceso de reflexión académica, en tanto que el nuevo constitucionalismo latinoamericano sería “un fenómeno surgido en el extrarradio de la academia, producto más de las reivindicaciones populares y de los movimientos sociales que de planteamientos teóricos coherentemente armados”. Roberto Viciano Pastor y Rubén Martínez Dalmau, *Fundamentos teóricos y prácticos del nuevo constitucionalismo latinoamericano*, publicado en *Gaceta Constitucional*, No. 48, diciembre 2011. En el mismo sentido: *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal*, publicado en *Revista General de Derecho Público comparado*, No. 9, 2011; *Aspectos generales del nuevo constitucionalismo Latinoamericano*, publicado en *El nuevo constitucionalismo en América Latina, Memorias del encuentro internacional “El nuevo constitucionalismo: desafíos y retos para el siglo XXI”*, Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición, Quito, 2010; *La Constitución democrática entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo*, publicado en *Debates constitucionales en nuestra América: enfoques y tendencias*, ILSA, Bogotá, 2014.

<sup>2</sup> En lo material estarían caracterizadas por una democracia participativa como forma de control del poder y legitimidad del mismo; profusas cartas de derechos, individualización y colectivización de derechos, máxima efectividad de los derechos sociales, normas de interpretación, integración de grupos excluidos; nuevas formas de control concentrado de la constitucionalidad (o mixtos), como reafirmación del carácter normativo y superior de la Constitución; y, con una importante regulación en el campo económico con reconocimiento del papel del Estado en esta materia. R. Viciano y R. Martínez, *Aspectos generales del nuevo constitucionalismo Latinoamericano*, p. 37.

<sup>3</sup> Alejandro Medici afirma que “las nuevas constituciones [Bolivia, Venezuela y Ecuador] son producto de procesos de democratización radical, expresivas de una voluntad descolonizadora”. La opción descolonial es “entendida como la perspectiva crítica que pretende llamar la atención sobre las continuidades históricas entre tiempos coloniales y poscoloniales; mostrar que las relaciones coloniales de poder van más allá del dominio económico-político y jurídico-administrativo y se afirman también en una dimensión epistémica, cultural, a partir de la cual se asigna superioridad cognoscitiva a los enunciados de regiones ‘centrales’ del sistema/mundo[...]. Colonialidad del poder que se identifica en la historia de desigualdades sociales y formas de opresión socioeconómica y cultural propias de una sociedad poscolonial, es decir, formalmente, desde lo jurídico, ‘moderna’, pero fácticamente opresora”. Alejandro Medici, *Nuevo constitucionalismo Latinoamericano y giro descolonial. Seis proposiciones para comprenderlo desde un pensamiento situado y crítico*, publicado en *Debates constitucionales en nuestra América: enfoques y tendencias*, ILSA, Bogotá, 2014.



tento de los cambios se encontraría en el llamado “poder constituyente popular”<sup>4</sup> al que se lo describe como un “constitucionalismo comprometido”, que busca “avanzar por el camino de la justicia social, la igualdad y el bienestar de los ciudadanos”<sup>5</sup>. Además, se caracterizan a las constituciones resultado de este proceso como originales, amplias, complejas y rígidas<sup>6</sup>.

La segunda tendencia, que niega la existencia de un nuevo constitucionalismo, sostiene que en realidad existe “poco de nuevo”, si bien es posible identificar importantes avances en el reconocimiento de derechos, especialmente por su amplitud, estos en la práctica quedan limitados o restringidos por las normas que reproducen una institucionalidad del siglo XIX, una organización del poder (hiperpresidencialista) que permite su concentración. Todo esto sin alternativas institucionales que permitan un balance adecuado de esos poderes, pese al diseño de nuevas instituciones que, por medio de la ampliación de la participación popular, podían limitar esos poderes exacerbados<sup>7</sup>. Me parece, como queda de la lectura de algunos de los artículos del libro,

---

<sup>4</sup> Un elemento común en los tres países que se consideran parte de ese nuevo constitucionalismo, Venezuela 1999, Ecuador 2008 y Bolivia 2009. No se consideran parte de este proceso, por su carencia de legitimidad democrática al guatemalteco de 1985, brasileño de 1988, colombiana de 1991 (que se le asigna muchas características del nuevo constitucionalismo), la peruana de 1993, y a las reformas argentinas de 1994. En los tres países que se considera ejemplo del nuevo constitucionalismo se han promovido reformas constitucionales permanentes para favorecer el proyecto político coyuntural, en los tres casos se permite la reelección indefinida, en Venezuela se aprobó inicialmente en la Constitución, en el Ecuador esta reforma se encuentra en proceso de aprobación por medio de una enmienda constitucional a cargo de la Asamblea Nacional; en el caso de Bolivia esta posibilidad se abre por una decisión del Tribunal Constitucional.

<sup>5</sup> Pastor y Rubén Martínez Dalmau, Fundamentos teóricos y prácticos del nuevo constitucionalismo latinoamericano, p. 313.

<sup>6</sup> “[L]a ya relevante extensión del articulado (amplitud), la capacidad de conjugar elementos técnicamente complejos con un lenguaje asequible (complejidad), y el hecho de que se apuesta por la activación del poder constituyente del pueblo ante cualquier cambio constitucional (rigidez)”. Roberto Viciano Pastor y Rubén Martínez Dalmau, Fundamentos teóricos y prácticos del nuevo constitucionalismo latinoamericano, p. 322.

<sup>7</sup> Las principales críticas al supuesto nuevo constitucionalismo, por las deficiencias al estructurar el poder, se encuentran en los trabajos de Roberto Gargarella, se puede revisar El constitucionalismo latinoamericano y la “sala de máquinas” de la constitución (1980-2010), publicado en Gaceta Constitucional No. 48, diciembre 2011; . En cuanto material divulgativo vale la

que esas nuevas estructuras institucionales contribuyeron al debilitamiento del legislativo, el control político; de las instancias de revisión administrativa financiera, el control de cuentas; y, del judicial, por medio de los organismos a cargo de control de la justicia, abriendo la posibilidad de un injerencia significativa del Ejecutivo en la decisiones de los jueces o por medio de cortes constitucionales con atribuciones para revisar decisiones de esas altas cortes<sup>8</sup>.

Una tercera tendencia sostiene que en América Latina existe un *Ius Constitutionale Commune* transformador<sup>9</sup>, no un nuevo constitucionalismo, el que se desarrolla a partir del rechazo de las ideologías constitucionales tradicionales presentes históricamente en la región: conservadurismo, liberalismo y radicalismo<sup>10</sup>.

La primera idea<sup>11</sup> en la que se sostiene la existencia de este llamado *Ius Constitutionale Commune* es la inclusión social, estableciendo condiciones para poner fin a la exclusión económica, social, cultural en que viven grupos significativos de la población.

Dos serían los elementos que le dotan de unidad: i) la incorporación en los ordenamientos jurídicos de las normas de derechos humanos provenientes del derecho internacional, en particular de la Convención Americana

---

pena revisar la columna “Nuevo constitucionalismo latinoamericano” publicado en el diario El País el 20 de agosto del 2014, [http://elpais.com/elpais/2014/07/31/opinion/1406816088\\_091940.html](http://elpais.com/elpais/2014/07/31/opinion/1406816088_091940.html)

<sup>8</sup> El ejemplo extremo de este proceso de debilitamiento se puede encontrar en el llamado “Poder Ciudadano” y su “Consejo Moral Republicano en Venezuela; la “Función de Transparencia y Control Social” y su “Consejo de Participación Ciudadana y Control Social” en el Ecuador; y, “Participación y Control Social

<sup>9</sup> Esto es parte de un proceso de intercambio académico entre el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional y expertos latinoamericanos, en el libro *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, publicado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho internacional, México D.F., 2014. Disponible en línea <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3655/22.pdf>.

<sup>10</sup> En esto siguen a Gargarella en su propuesta contenida en *Latin American Constitutionalism 1810-2010. The Engine Room of the Constitution*, Oxford, 2013, pp. 197 y sgts.

<sup>11</sup> Voy a seguir la caracterización que hace Armin von Bogdandy en su artículo *Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador*, publicado en *Revista Derecho del Estado (Nueva Serie)*, No. 34, enero-junio 2015.

de Derechos Humanos, así como la interpretación que de estas hace la Corte Interamericana; ii) la elaboración de un derecho comparado común, el que se crea a partir de ciertas pautas comunes. Lo que se busca es “garantizar a escala regional la realización de las promesas centrales de las constituciones estatales”, reconociendo la débil normatividad de las disposiciones que reconocen derechos sociales<sup>12</sup>. Todo esto a partir de tres principios fundamentales: derechos humanos, democracia y Estado de derecho.

En el caso de los derechos se dice que estos se caracterizan por su “indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, en particular de los derechos civiles respecto de los sociales... así el derecho y los tribunales deberían estar al servicio de los grupos sociales marginalizados<sup>13</sup>”, con énfasis en la dimensión colectiva de los derechos fundamentales.

En cuanto a la democracia, los defensores de esta línea cuestionan al hiperpresidencialismo<sup>14</sup> por considerar que “obstaculiza otros aspectos importantes del gobierno democrático: la representación parlamentaria, la deliberación, así como la separación de poderes y el reparto de las competencias<sup>15</sup>”. Consideran que la representatividad y la deliberación serían el medio adecuado para fortalecer la institucionalidad<sup>16</sup>.

Sostienen que existe una “internacionalización del derecho constitucional, y una constitucionalización del derecho internacional”, resultado de la apertura al derecho internacional público de las legislaciones nacionales, en especial debido la creación de un *corpus iuris* de derechos humanos y la introducción del denominado control de convencionalidad<sup>17</sup>.

Finalmente consideran que existe un “pluralismo dialógico” que designa una “modalidad de interacción social y para la resolución de conflictos que al

---

<sup>12</sup> Ob. Cit., p. 15.

<sup>13</sup> Armin von Bogdandy, *Ius Constitutionale Commune en America Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador*, publicado Revista Nuevo del Derecho del Estado, No. 34, Enero-Junio 2015, p. 19.

<sup>14</sup> Al respecto se puede leer los trabajos de Roberto Gargarella, por todos los trabajos “La ‘sala de máquinas’ de las constituciones latinoamericanas. Entre los viejo y lo nuevo”, publicado en Revista Nueva Sociedad, No. 258, Julio-Agosto 2015, pp. 96-106.

<sup>15</sup> Armin von Bogdandy, *Ius Constitutionale Commune...*, Ob. Cit., p. 20.

<sup>16</sup> Ob. Cit., p. 21.

<sup>17</sup> Ob. Cit., p. 31.

mismo tiempo supone la situación social y para la resolución de conflictos”, por la “inclusión de la población indígena y afrodescendiente, es decir, darles espacio en las instituciones estatales y reconocer que son grupos con valores e intereses específicos<sup>18</sup>”.

Los artículos que se encuentran a continuación abordan, en clave crítica y de forma documentada, varios de los temas aquí presentados

El texto de Andrés Martínez, “La configuración del Estado a partir de la Constitución de 2008. Aciertos y discursos del entramado jurídico político”, es una reconstrucción del proceso constitucional en nuestra región, con énfasis en el proceso ecuatoriano. Presenta de manera clara como la política favoreció al proceso constituyente y como, esa misma racionalidad política, hizo que un partido ejerza el poder desvirtuando muchos de las reivindicaciones que se presentaron como su norte. Martínez analiza los principales cambios constitucionales y los “nuevos poderes”, a la vez que estudia al hiperpresidencialismo, con una perspectiva que rebasa a lo normativo y que se vale de la ciencia política.

Agustín Grijalva Jiménez, en su artículo “Un Balance de la Participación en la Constitución ecuatoriana del 2008”, estudia la relación del presidencialismo con el nuevo constitucionalismo, con énfasis en la participación en campos fundamentales como la política económica y la plurinacionalidad. Considera que el extractivismo (la política económica) tiene un impacto relevante, incluso que llega a condicionar a la participación, los derechos (la educación, el trabajo) o el sistema de justicia, ya que se requiere de unas condiciones políticas para desarrollarse.

En el artículo de Teodoro Verdugo, “La institucionalización de la revocatoria del mandato político a presidentes en el Ecuador”, se explora la evolución de una institución como la revocatoria del mandando la que considera fue usada “informalmente” varias veces en la vuelta a la democracia, lo que un marcó una inestabilidad política que llevó a la caída de tres presidentes electos democráticamente, hasta su formalización en la Constitución del 2008, en función de un debate constituyente en el que se sostuvo la necesidad de profundizar la democracia directa y la “rendición de cuentas”.

Por su parte David Cordero, Efrén Guerrero y Mario Melo exploran, en su artículo “Justicia constitucional, reforma judicial y la plurinacionalidad

---

<sup>18</sup> Ob. Cit., p. 33.

en la democracia ecuatoriana (2008-2016): análisis crítico” desde una perspectiva de derecho internacional de los derechos humanos, en particular del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), los estándares de acceso a la justicia, a partir de estudiar las relaciones existentes entre acceso y reforma judicial, con especial énfasis en el pluralismo jurídico. La idea central del trabajo es que el respeto a los estándares del SIDH es únicamente formal debido a una realidad marcada por un conjunto de limitaciones normativas, políticas, en las que el Ejecutivo tiene una fuerte influencia en los resultados, debilitando la protección de los derechos por la intromisión en la reforma judicial y el funcionamiento del sistema de justicia. En el que se puede encontrar un contraste claro entre la información oficial, que habla de éxito de la reforma, y los reportes independientes que dan cuenta de lo contrario.

Sebastián López estudia las dificultades del papel de los jueces como una actividad contramayoritaria. En su artículo “Dificultad contramayoritaria y la Corte Constitucional ecuatoriana” analiza las relaciones entre constitucionalismo y democracia, así como las tensiones existentes entre legitimidad democrática (en tanto poder originado en las mayorías) y legitimidad argumentativa (en tanto resultado de la argumentación constitucional).. En el estudio se evidencia la distancia existente entre un diseño constitucional contramayoritario y una práctica “deferente con el poder”.

Tengo la certeza de que el libro que tienen en sus manos se convertirá en un referente de análisis de un proceso de reforma constitucional que generó grandes expectativas de transformación democrática, una expectativa frustrada por un ejercicio real de una política destinada a acumular el poder y que se sirvió de la discrepancia entre los derechos y la institucionalidad en los textos aprobados en Montecristi.

FARITH SIMON CAMPAÑA<sup>19</sup>

Decano del Colegio de Jurisprudencia  
de la Universidad San Francisco de Quito

---

<sup>19</sup> Farith Simon, es Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, Doctor en Jurisprudencia, Abogado y Licenciado por la Pontificia Universidad del Ecuador. Tiene estudios de maestría en Derechos de la Infancia y Adolescencia. En la actualidad es profesor del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, en el que ejerce el cargo de Decano.



# CAPÍTULO I

## La configuración del Estado a partir de la Constitución de 2008. Acertos y discursos del entramado jurídico político.

ANDRÉS MARTÍNEZ MOSCOSO  
Universidad de Cuenca

### 1. El nuevo Constitucionalismo latinoamericano.

La realidad latinoamericana se explica muchas veces desde su historia y sobre todo por los procesos que le tocó atravesar, en los cuales fue común la imposición de cánones, modelos y procesos que fueron siempre extraños a su realidad y que respondían a procesos históricos colonizadores. De esta manera en el derecho se siguieron modelos basados en la corriente romano-germánica, muestra de ello es como en países como Venezuela, Chile o Ecuador, su Código Civil es una adaptación del Código Napoleónico. Razón por la cual la forma de organización del Estado, así como sus normas fundamentales fueron tomadas o inspiradas de la realidad europea, teniendo de esta manera al menos cuatro tipos de momentos constituyentes tal como lo señala Viciano & Martínez (2011): a) un primero que se adscribe al modelo liberal-revolucionario del siglo XVIII<sup>20</sup>; b) posterior a éste, uno que regrese hacia la línea dura del conservadurismo (burocracia y aristocracia) en el siglo XIX; d) un tercero ya en el siglo XX que se lo puede llamar como constitucionalismo democrático; y, e) un cuarto y último, posterior a la II Guerra Mundial, con el desarrollo del constitucionalismo social.

---

<sup>20</sup> Elías Díaz (1981, p. 23) al tratar los precedentes históricos del Estado Liberal de Derecho señala que: “El Estado de Derecho se institucionaliza de modo coherente por vez primera y con un cierto carácter general tras la Revolución francesa en los Estados liberales del pasado siglo”.

Muestra de la última etapa, se explica en el denominado constitucionalismo europeo que responde de manera acertada a las preocupaciones de la época, siendo entre ellas las siguientes: a) La violación visible de los Derechos Humanos; b) La arbitrariedad del legislativo debido a la rigidez de la Constitución; c) La necesidad de la aplicación directa de la Constitución, so pretexto de su desarrollo a través de normas secundarias; d) La no aplicación y la falta de respeto a las normas constitucionales, por la falta de un Tribunal que vele por su cumplimiento.

En base a la realidad europea, se puede encontrar que esta construcción se debe sobre todo a la "... la derrota del fascismo y del nazismo trajo consigo un fuerte resurgimiento democrático, que permitió recuperar algunos de los elementos más avanzados del constitucionalismo social y democrático de posguerra... "; pese a ello no se puede olvidar que con el inicio de la denominada guerra fría se produjo una inmediata configuración de una bipolaridad entre las grandes potencias, Estados Unidos y la URSS, teniendo una consecuente repercusión también el desarrollo de los derechos, separándose así doctrinalmente e incluso en los instrumentos jurídicos internacionales tanto los Derechos Civiles y Políticos, de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Con el fracaso de liberalismo clásico, desencadenante de los conflictos en Europa a finales de siglo XIX, la respuesta teórica viene dada por el "ius-publicismo", con doctrinarios tales como Lasalle, Heller y Gurtvich, que defendieron una nueva idea del Estado Social. "Desde mediado del siglo XX la mejor justificación y legitimación de este modelo se hizo a través de la "da-seinsvorsorge" o procura existencial. Con esta expresión se quería apelar a las amplias obligaciones sociales del Estado respecto a los ciudadanos que tenía bajo su soberanía. En ella ya estaba implícita la idea de la integralidad o conexión de todos los derechos". (Palacios Romeo, 2008, p. 45).

Un último aspecto que es necesario recalcar es, que a diferencia de lo que sucedía con la visión clásica del derecho constitucional de los otros períodos, en ésta nueva construcción se toma más relevancia sobre la parte dogmática de la carta, esto es en la regulación y contenido de los derechos, dejando a la parte orgánica un papel secundario, y sobre todo dando respuesta a las preocupaciones que anteriormente se explicaron, el parlamento se somete a lo que la Constitución dispone, lo cual se explica del paso del Estado de la legalidad donde se privilegiaba solamente la ley, al Estado Constitucional, en el



cual la norma fundamental rige, vigila y conduce al Estado y somete las actuaciones de sus funcionarios a ésta.

Algunos autores como (Quiroga Lavié, 1991, p 103) son pragmáticos, y sostienen que estos modelos de Estado que se planteaban en estas normas fundamentales en Latinoamérica se desarrolló "...a partir de una programática constitucional proficua, que muchos quieren ver como catálogos de ilusiones, pero que, no cabe duda cumplen, al menos, con la trascendente función de definir en el orden de las finalidades normativas, la identidad de nuestros pueblos y la conciencia de nuestras carencias e irrealizaciones".

Todos estos acontecimientos nutrieron la realidad Latinoamericana, predisponiéndola a dar un salto cualitativo pero sobre todo a rescatar su identidad, pues hasta finales del siglo XX, los textos constitucionales de la región eran una importante adaptación de las ya en principio avanzadas cartas de derecho europeas, pero que por su propia realidad e idiosincrasia, no se acoplaban al cien por ciento a la realidad existente, así como se seguía olvidando a aquellos pueblos que para el Estado eran invisibles hasta ese momento, y estos son los pueblos originarios o nacionalidades indígenas, pues vale la pena recordar que los importantes movimientos de cambio y reivindicación que vive la región a finales del siglo pasado, se iniciaron gracias a la reacción que se dio por parte de estos colectivos, que al cumplirse 500 años del denominado "descubrimiento" de América, se iniciaron con las primeras luchas. En el caso ecuatoriano coincidió durante el período de Rodrigo Borja Cevallos, al cual denominaron "500 años de resistencia indígena".

Es pertinente realizar una distinción doctrinaria, respecto a dos conceptos que se utilizan repetidamente cuando se habla sobre el nuevo constitucionalismo de Latinoamérica pero sobre todo cuando se identifican a las nuevas Constituciones surgidas desde 1988 en el continente, y es la diferencia existente entre neoconstitucionalismo (Teoría del Derecho) y nuevo constitucionalismo (Teoría de la Constitución).

Siendo el neoconstitucionalismo, como lo señala Miguel Carbonell: "...constituciones que no se limitan a establecer competencias o separar a los poderes público, sino que contienen altos niveles de normas materiales o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos" (Viciano & Martínez, 2011, p. 211). Es por ello que en este modelo las Constituciones pasan de un Estado de Derecho al Es-

tado Constitucional de Derechos, donde se da la positivización y se amplía de manera importante el catálogo de derechos.

Por su parte, el nuevo constitucionalismo<sup>21</sup>, al ser una Teoría de la Constitución toma para sí las posiciones desarrolladas por el neoconstitucionalismo para fundamentar a la norma suprema y valorar su efectividad; razón por la cual uno de los elementos característicos que se encontrarán será precisamente la validación vía democrática (referéndum) tanto del proceso constituyente así como de la posterior aprobación de la carta de derechos redactada en la cual normalmente se incluyen un sinnúmero de características propias de cada uno de los Estados, así como la positivización de derechos y la utilización de lenguaje simbólico, nuevamente un buen ejemplo de esto es el Sumak Kawsay ecuatoriano.

De esta manera, producto del neoconstitucionalismo encontraríamos normas supremas como la de Brasil de 1988, o la de Colombia de 1991<sup>22</sup>; mientras que del nuevo constitucionalismo con sus tendencias claras se expresan en los textos constitucionales de Venezuela, Ecuador y Bolivia, realizados a través de procesos constituyentes en el presente siglo.

Claro está que dichos procesos no se han salvado de la crítica doctrinaria y política, debido al cambio sustancial que han experimentado estas sociedades, en las cuales una nueva Constitución representó un cambio radical del paradigma al cual estuvieron acostumbrados por años, y marcó la llegada de nuevos regímenes extraños a lo que venían acostumbrados, generando nerviosismo e inestabilidad en el statu quo de la sociedad; así “Desde una perspectiva politológica clásica, ejemplificada en Lanzaro (2007), Ecuador ha sido incluido entre los gobiernos del nuevo populismo, junto a Hugo Chávez en Venezuela y Evo Morales en Bolivia, diferenciándolo de los regímenes que provienen de viejos partidos nacional-populares (el caso del peronismo con Néstor Kirchner y Cristina Fernández de Kirchner en Argentina) y de los gobiernos de tipo socialdemócrata (como Lula da Silva en Brasil; Tabaré Vázquez en Uruguay, y

---

<sup>21</sup> De las características formales se pueden extraer 4 elementos: originalidad; articulado extenso (444 artículos del texto constitucional ecuatoriano; lenguaje asequible; y, rigidez constitucional. (Viciano & Martínez, 2011, p. 222).

<sup>22</sup> “... la Constitución colombiana de 1991 se reivindicó como un texto constitucional fuerte, capaz de cambiar de forma decisiva el devenir del país.... Calificado como el inicio del verdadero constitucionalismo colombiano”. (Viciano Pastor & Martínez Dalmau, 2011, p. 219).

Michelle Bachelet en Chile)” (Gudynas, 2009, p. 35), con lo cual se produjeron diversas reacciones, pero sobre todo las críticas se dirigieron a los nuevos modelos constitucionales, dada su incorporación de cosmovisiones andinas de los pueblos originarios, como en el caso de Ecuador respecto a su modelo de desarrollo, basado en el buen vivir o *sumak kawsay*, calificando a estas normas en lugar de neoconstitucionalistas, como “neopopulistas”<sup>23</sup>, pues a criterio de los detractores, lo único que se hacía era ofrecer en la Constitución un catálogo de derechos que no podrían ser exigibles, pese a la justiciabilidad existente dada la falta de organización y respuesta por parte del Estado a la satisfacción de las necesidades de la sociedad. Sin embargo, defensores de la nueva carta constitucional, como (Palacios Romeo, 2008, p. 47) señalan que “No se trata de ningún experimento excéntrico, populista o de aventurismo revolucionario, sino que una simple reflexión sobre los contenidos del texto constitucional nos conduce a la más clásica teorización “ius-publicista” de principios de siglo sobre generación de espacios sociales y aprovisionamiento individual de mínimos materiales vitales”.

Así como se critica el rol excesivo que se da por parte de estos mandatarios a los referéndums y plebiscitos, situaciones que podrían degenerar en democrática delegativas, tal y como lo explica Guillermo O’Donell.

Mientras que otros sectores calificaron los proyectos de Venezuela, Ecuador y Bolivia, como normas que otorgaban un hiperpresidencialismo y un consecuente peligro de autoritarismo por parte de los gobernantes, pese a ello muchas de las nuevas competencias y prerrogativas que se dieron, fueron previamente concertadas, ya que al existir altos índices de ingobernabilidad una de las alternativas para evitarle era justamente disminuir los roces y superposición de funciones entre Ejecutivo y Legislativo, por ejemplo.

Por último, una de las constantes críticas es aquella que recoge Boaventura de Santos Souza (2010, p. 17), quien realiza un correcto análisis al sostener que si bien es cierto con los catálogos de derechos tanto en Ecuador como en Bolivia, el reto radica en ponerlos en práctica, y plantea que para

---

<sup>23</sup> La tesis de la oposición se sustenta en que: “El Ecuador, junto a otros Estados latinoamericanos, fue víctima de un peligroso autoritarismo político, que, a fin de evitar sospechas, se instaló, a partir de 2007, con traje democrático y ademanes constitucionales... Utilizó las formas democráticas y las armas de la soberanía popular para derribar al Estado social de derecho”. (Torres, 2009, p. 429).

que ellos suceda los movimientos sociales deben permanecer en las calles luchando y vigilando el cumplimiento de los mismos, y no sentados desde el otro lado integrando los gabinetes de gobierno.

### 2.1. El Estado Constitucional de Derechos y Justicia del Ecuador.

La definición del Estado, en la norma suprema del Ecuador levantó todo tipo de suspicacias desde quienes creían que el país dejaría de ser un Estado de Derecho, hasta quienes que pensaban que el modelo era tan sólo un invento o extravagancia de los asesores de los constituyentes de Montecristi. Sin embargo, la definición que ofrece el primer artículo de la Constitución, al tipificarse como un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, a decir de los doctrinarios, tan sólo con esas palabras se logra definir claramente que se quiere en el modelo y hacia dónde quiere llegar, así como señala que al hablar de “derechos” no se trata de una falta ortográfica, sino que al contrario constituye el deseo de ampliar el catálogo de derechos protegidos.

Dentro de este paradigma antes señalado, sin duda existen unos puntos comunes en los cuáles llega todo el texto, respecto a cuáles son los poderes, cómo se hacen las normas así como su contenido (Ávila, 2009, p. 776) y es precisamente la Constitución, esto es que todo cuanto se regula se fundamenta dentro de ella, nada fuera de ésta. Sin duda porque el caso ecuatoriano se encuentra dentro del nuevo constitucionalismo latinoamericano, y éste emergió precisamente de un procesos soberano constituyente, que convocó a los ciudadanos a pasar la página del tradicional Estado Legal a uno más avanzado dónde el catálogo y su protección son mucho más amplios.

“La Constitución ecuatoriana del 2008 asume con vigor el modelo igualitarista, que se basa en la solidaridad, en la protección de los menos favorecidos y en un Estado fuerte”, (Ávila, 2009, p. 784) situación que va a configurar una realidad diferente a la vivida con la Constitución de 1998, en la cual la iniciativa privada era la privilegiada para la prestación de bienes y servicios, teniendo en cuenta siempre su rentabilidad y beneficio, razón por la cual el nuevo modelo no cuadraría en nada con el pasado, pues no existiría un punto de equilibrio a favor de la empresa. Tan sólo a manera de ejemplo se puede apreciar como en el art. 314 se regula como el Estado, al ser fuerte, regulador y colaborador, interviene para que los precios y tarifas de los servicios públicos sean equitativos. Así resulta “...fácil observar en los textos del nuevo

constitucionalismo la identificación de grupos débiles (mujeres, niños y jóvenes, discapacitados, adultos mayores...) y una interpretación amplia de los beneficiario de los derechos". (Viciano & Martínez, 2011, p. 230).

Si se quiere realizar una interpretación rápida y sencilla de la connotación de los "derechos" en la Constitución ecuatoriana, se podría decir que se ha pasado de aquel modelo de Estado, donde los derechos traducidos en leyes se sometían al legislativo, y éste con su poder absoluto otorgaba o no éstas prerrogativas a los ciudadanos, a un Estado en el cual se entienden a los derechos como una situación anterior al propio Estado, limitante incluso de los poderes del propio constituyente. "Una lectura ligera y rápida sobre el Estado de derechos nos llevaría a pensar que hubo un error de codificación en el texto constitucional: "Se les fue una s". No existe en el derecho constitucional comparado Estado alguno que cualifique al Estado como de derechos". (Ávila, 2009, p. 785).

De esta manera antedicha, se puede apreciar como el texto ecuatoriano no realiza diferenciaciones entre Derechos Fundamentales y Derechos Humanos, sino que los nombra de una misma manera a todo el catálogo como Derechos Constitucionales, los cuales tienen el mismo rango e igual aplicabilidad.

Por su parte, al ser un Estado también de Justicia, se da la posibilidad inmediata a través de los recursos correspondientes creados con los jueces constitucionales, que en caso de una vulneración de los derechos antes señalados, se podría automáticamente demandar su cumplimiento. Sin embargo, el proceso de construcción de la nueva Constitución no es tan simple, y como ya se ha dicho busca incorporar a ella aquellas reivindicaciones de aquellos pueblos olvidados, que al no tomarlos en cuenta se los invisibilizó, causando serias consecuencias en su desarrollo.

"Los grandes movimientos de hoy son los indígenas, los afrodescendientes... Está también el movimiento de las mujeres, en gran medida invisibles a lo largo del siglo XX. Esos son los invisibles de las conceptualizaciones anteriores, es lo que llamo "sociología de las ausencias", son aquellos que estuvieron presentes pero no visibles. Hoy son visibles, pero aun así, la teoría persiste en no tomarlos en cuenta, se siente incómoda frente a ellos". (de Sousa Santos, 2010, p. 14), razón por la cual a fin de alcanzar aquella visión que debe tener un Estado Plurinacional, se reconoce la Justicia indígena, respetando de esta manera su cosmovisión para entender el derecho así como para

la respectiva solución de conflictos y administración de justicia: “El ser humano ... no es nada o es incompleto fuera de la comunidad, por ello, en la administración de justicia indígena, la expulsión es una de las penas más graves y se impone únicamente cuando la comunidad ha agotado todos los mecanismos de reintegración a la comunidad y retorno a la armonía”. (Llasag, 2009, p. 118); paradigma no fácil de comprender, intentando conseguir de esta manera una convivencia pacífica entre derecho occidental y derecho indígena, los cuales se desarrollan en los artículos 171 y siguientes de la Constitución de la República, dentro del Título IV, Capítulo IV, sección segunda.

## **2.2. El período Constituyente y el nacimiento de un nuevo paradigma.**

El predecesor de todos los procesos constituyentes contemporáneos en la región de América Latina, fue el colombiano a través de la denominada “séptima papeleta” en 1990, la cual no fue otra cosa que la iniciativa generada por un grupo de colectivos que reivindicaban que la necesaria instauración de un proceso constituyente en Colombia para cambiar la Constitución vigente hasta esa época, para lo que se propuso unas elecciones se introdujese otra papeleta en la cual se consultaba a los ciudadanos colombianos si querían o no una Asamblea Constituyente; que obteniendo un apoyo mayoritario que motivó a la instalación de este importante proceso constituyente a partir de 1990, en el que se aprobó la norma fundamental colombiana vigente desde 1991, que sin duda cambió el panorama del derecho constitucional no sólo en Colombia sino en la región gracias a la elaborada doctrina generada a través de las sentencias de su Corte Constitucional.

Mientras que en el caso ecuatoriano, mal se pudiese hablar que durante la codificación y reforma constitucional de 1998 se haya vivido un proceso constituyente, pese a que dicha Asamblea elegida para unos fines específicos se autoproclamase “Constituyente”, razón por la que para hablar de un proceso propiamente dicho tan sólo podríamos recurrir al que antecedió a la Constitución de 2008.

Por su parte, López & Zaldívar (2012) se han preguntado qué factores determinaron el desarrollo constituyente en Ecuador, y lo explicaron en cuatro grandes apartados: a) el primero, la revocación de facto del régimen del Coronel Gutiérrez en 2005 como iniciativa ciudadana; b) segundo, el interés por cambiar el modelo de Estado hacia uno que recupere la riqueza de sus recursos

naturales y reconozca la diversidad cultural y étnica; c) tercero, los rezagos de las propuestas no escuchadas por parte de la derecho a los sectores sociales durante la Asamblea Constitucional de 1998; y, d) por último, el cambio de orden social y político, recuperando lo nacional y lo público.

La primera pregunta que se plantea respecto a la necesidad de una nueva Constitución, es que no se trató simplemente de un capricho político liderado por la denominada “Revolución Ciudadana” o peor aún los textos anacrónicos, pues como se señaló el texto vigente en aquella época no tenía más de diez años.

Una de las razones explicativas, se puede encontrar en el cambio de modelo de Estado que se planteaba desde las bases y desde los sectores sociales, los cuales dada la estructura cerrada y con poca participación del proceso de reforma y de codificación de la Constitución de 1998, en la cual si bien es cierto se avanzaron<sup>24</sup> en algunos Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como en el reconocimiento de ciertos derechos a los pueblos originarios e indígenas, lo cual para (Ramírez Gallegos, 2012, p. 348), el proyecto de 1998, “...constitucionalizó así una suerte de “neoliberalismo con rostro social”; pues quienes realmente manejaron todo el proceso fueron los grupos de poder, liderado por las élites económicas y políticas de finales de siglo que impusieron un modelo de Estado, tanto en su Administración, la cual todavía tenía rezagos de centralismo, pese a algunas normas que promovían la descentralización hacia los gobiernos locales, pero sobre todo en el plano económico, en el cual el Ecuador se adscribía a un modelo denominado “neoliberal”, en el que el Estado dejaba de jugar un papel preponderante y se convertía solamente en un actor secundario<sup>25</sup> y dejaba el rol protagónico al sector privado, para que este inicie una supuesta Modernización del Estado, en los cuales se aplicaría los postulados de la Nueva Gestión Pública, privilegiando la tercerización, externalización y la privatización de bienes y servicios, pues a criterio del cons-

---

<sup>24</sup> “La Constitución de 1998, expresa un modelo utilitario liberal. Ciertamente avanzó en temas de derechos civiles y políticos –por ejemplo los derechos colectivos–, pero todo el aparato respecto a los derechos sociales y económicos quedó circunscrito al derecho a ser trabajador formal o consumidor con capacidad de compra.” (Ramírez, 2010, p. 133).

<sup>25</sup> “...las prácticas neoliberales sin un Estado mínimo conducían a una mucha mayor ineficacia del Estado y a un mayor colapso económico-social. Las cifras y los resultados político-sociales de las décadas 80-90 dan los saldos más negativos de todo el último medio siglo”. (Palacios Romeo, 2008, p. 51)

tituyente de 1998, el buen administrador era el sector privado que debía llegar a salvar a lo público que estaba extra dimensionado y debía reducirse a la mínima expresión, no solo en cantidad, sino sobre todo en funciones y competencias. Muestra de ello fue la desregularización en el ámbito financiero, que ocasionó que los bancos operen de manera inadecuada ocasionando graves perjuicios económicos años después, debido justamente a la falta de control del Estado y a una intervención oportuna, generando de esta manera una de las peores crisis financieras y sociales que ha vivido el Ecuador, con la consecuente pérdida de empleos, quiebra de negocios y sobre todo la fatídica emigración de miles de ciudadanos ecuatoriano que se vieron obligados a dejar el país, eso explica el elevado número de migrantes que durante la primera década del presente siglo llegó a Europa y a Norteamérica.

El descontento de la población ecuatoriana así como su falta de sensibilidad al texto constitucional de 1998, sumado a las constantes crisis institucionales vividas en el Ecuador que dejaron como consecuencia rebeliones y Golpes de Estado dirigidos por la población civil, debido a los sin números de escándalos de corrupción de los gobiernos de turno, pusieron la situación al límite de la ingobernabilidad, pues las tensiones entre Legislativo y el Ejecutivo, y la disputa respecto al control de estos sobre la Función Judicial, fueron el caldo de cultivo propicio para que pueblos indígenas, movimientos sociales, campesinos, afroecuatorianos<sup>26</sup>, grupos feministas, y sobre todo la sociedad civil reclamase la instauración de un proceso constituyente, que fue participativo e incluyente, en el cual se tengan en cuenta los criterios y expectativas de todos aquellos grupos que estuvieron durante años invisibilizados y que aspiraban a que la norma fundamental los ampare y permita incluirlos en la nueva construcción del Estado.

Es por ello que ya desde el mandato del presidente, Alfredo Palacios (2005-2007), se buscó a través de diferentes propuestas, el surgimiento de una Asamblea Constituyente, pese a ello las constantes negativas y sobre todo la configuración político-partidista de ese momento, en la cual el Ejecutivo no tenía mayoría y por

---

<sup>26</sup> “Los pueblos indígenas y afroecuatorianos representan la población más pobre del Ecuador. Según un reciente informe del Banco Mundial (2005), el 87 por ciento de los indígenas ecuatorianos son pobres, y el porcentaje llega hasta el 96 por ciento en las zonas rurales del altiplano, un porcentaje mucho mayor que el que registra la población no indígena (61 por ciento)”. (Llaga, 2008, p. 331).



ende no controlaba el Legislativo, que era el único autorizado a convocar a una Consulta Popular para que se lleve a cabo este proceso puso todo tipo de impedimentos para que se desarrolle de manera positiva esta aspiración. Razón por la cual, uno de los temas de discusión durante la campaña presidencial del año 2006, se centró precisamente en la oferta de convocatoria a una Asamblea Constituyente dentro de su programa de gobierno, las cuales fueron utilizadas sobre todo por los candidatos presidenciales, León Roldós Aguilera (ex Vicepresidente en el año 1981 a 1984) y Rafael Correa Delgado, quien hasta el momento el único cargo público que había ocupado es durante unos meses, Ministro de Economía y Finanzas durante el régimen de Alfredo Palacios.

De una manera apropiada el candidato Correa, calificado como un “outsider” supo capitalizar para sí y para su Movimiento Político, Alianza País, a través de la denominada “Revolución Ciudadana”, como bien se explicó en epígrafes anteriores, situación que generó muchas expectativas y sobre todo todos aquellos que no fueron escuchados por tanto tiempo sentían que a través de esa propuesta se podría creer en un gobierno mucho más cercano y participativo, razón por lo cual lo apoyaron en la segunda vuelta electoral del año 2006 frente al magnate neoliberal Álvaro Noboa, ganando así sus primeras elecciones presidenciales con el 56,67% de apoyo, lo cual sería el inicio de un camino lleno de triunfos, en los cuales se ha afianzado el modelo sostenido por el presidente ecuatoriano, quien no ha perdido hasta el momento ninguno de los comicios electorales convocados hasta el 2013, obteniendo amplias mayorías en el legislativo, y la aprobación en los referéndums y consultas populares; siendo un líder político bien considerado por algunos sectores y personas del país.

Sin embargo, el inicio del proceso constituyente no fue una tarea fácil para el recién electo presidente Correa Delgado, pues parte de su proyecto político incluía no presentar candidatos para el entonces Congreso Nacional<sup>27</sup>, pues a su parecer y de su partido, éste estaba deslegitimado y debía ser transformado con una nueva Carta Constitucional, y así en éste organismo, la oposición utilizó todas las iniciativas para entorpecer el camino de la llamada a Consulta, la cual fue liberada debido al apoyo que Alianza País tuvo en el en-

---

<sup>27</sup> Con respecto a la victoria de Correa Delgado en el año 2006, Gudynas (2009, p. 35) señala: “...logró la victoria bajo la inusual condición de no presentar candidatos al poder legislativo. Por lo tanto, fue un presidente sin base legislativa, sin partidos políticos de sustento, apoyado por una coalición muy heterogénea”.

tonces, Tribunal Supremo Electoral. Sumado al respaldo tácito que Correa tuvo del sector indígena, se evidenció al inicio de su mandato, cuando a través de una "...ceremonia de posesión orientada por sacerdotes indígenas. De esa forma, el movimiento indígena se articuló al proceso denominado "revolución ciudadana" (Cruz Rodríguez, 2012).

De esta manera a través de su segundo Decreto Ejecutivo<sup>28</sup>, de fecha 15 de enero de 2007, se convocó a una Consulta Popular para que fuese la ciudadanía ecuatoriana la que solicitase la creación de una Asamblea Constituyente, camino similar al seguido en Venezuela a finales del siglo pasado, lo cual no es de sorprender pues muchos de los asesores del entonces presidente Chávez, formaron parte del equipo constituyente ecuatoriano.

Pero, ¿cuál sería el eje que debería darse a este proyecto?, se debería usar el mismo esquema que fue reproducido en los anterior procesos, o al contrario el punto de fricción sería lo que haría diferente al proceso constituyente impulsado por Correa. René Ramírez, que fue el ideólogo del partido del gobierno, señala a su vez que: "Metafórica y popularmente se escucha decir que definir el norte de cualquier cambio significa haber clarificado aquel punto cardinal que marca, de manera incuestionable, el camino a seguir, la hoja de ruta en pos de la transformación. ¿Qué significaría?, entonces dilucidar el Sur del cambio?" (Ramírez, 2010, p. 125). Sería sin duda un planteamiento cercano al que se propone desde la Revolución Ciudadana, esto es, buscar nuevos actores, sobre todos aquellos que han estado invisibilizados, entre los que encontramos a los pueblos originarios, afrodescendientes, jóvenes, mujeres, quienes forjarían y definirían un modelo alternativo.

Con esta interesante maniobra política que buscaba reivindicar la condición "patriótica" y "nacionalista" por recuperar la Patria, el Ejecutivo logró posicionarse como el principal actor dentro del proceso constituyente, y muestra de ello fue la importante precisión que ejerció tanto en el Congreso Nacional, pero sobre todo en el Tribunal Supremo Electoral, al cual amenazó que en el caso que no organizase la Consulta Popular, podía sustituirlo por un Tribunal Electoral ad-hoc, con lo cual sumó su apoyo.

---

<sup>28</sup> La pregunta que se planteó en el Referéndum, fue la siguiente: "¿Aprueba usted que se convoque e instale una Asamblea Constituyente con plenos poderes, de conformidad con el Estatuto Electoral que se adjunta, para que transforme el marco institucional del Estado, y elabore una nueva Constitución?."

Uno de los hechos que pusieron al límite democrático, fue la destitución por parte del Tribunal Supremo Electoral de 57 legisladores, quienes se oponían a aprobar un nuevo texto enviado por el Ejecutivo respecto a la Consulta Popular. Dicha resolución de destitución fue fundamentada bajo el amparo que estos diputados “obstruían” la labor del organismo electoral, y que en tiempo de elecciones al ser autoridad el TSE, podía destituir a cualquier funcionario público.

La Consulta Popular se realizó el 15 de abril de 2007, con un apoyo mayoritario de la población que en un 81,72% se pronunció a favor de la Asamblea Constituyente, situación que sin duda fortaleció a Correa y Alianza País, quienes lideraban el proceso y sobre todo cumplían a pie puntillas cada uno de los presupuestos establecidos en su Plan de Gobierno, lo cual sobre todo generaba en la ciudadanía una valoración positiva, pues luego de décadas de ingobernabilidad, un presidente cumplía con lo ofrecido en campaña y se enfrentaba en contra de una institución tan desprestigiada como el Congreso Nacional.

Por su parte en la elección de los miembros de la Asamblea Constituyente, el apoyo fue mayoritario para el movimiento político del gobierno, el cual obtuvo el 62% de 73 escaños lo cual le permitió un manejo cómodo al contar con un bloque de mayoría, así como al situar a las principales autoridades.

La puesta en marcha de la Asamblea Constituyente, se realizó el 30 de noviembre de 2007<sup>29</sup>, es decir no había pasado ni siquiera un año de la posesión de Rafael Correa como presidente, y ya el proceso constituyente se realizó. Las primeras medidas realizadas por este importante órgano que basó todas sus actuaciones en el Poder Constituyente otorgado por el pueblo ecuatoriano, único dueño de la soberanía, fue el adquirir para sí “plenos poderes”, propios de un proceso de esta naturaleza, los cuales fueron duramente discutidos desde la oposición y desde un grupo importante de juristas; con lo cual cesaron a todos los miembros de las instituciones del Estado, iniciando por el Congreso Nacional al cual lo declararon en “receso” permanente, así como a otras autoridades que fueron sustituidas. Situación que se presentó de manera “Contrario a la praxis constituyente venezolana y boliviana, en Ecuador se disolvió

---

<sup>29</sup> Sin embargo, la oposición de centro derecha sostiene que: “Con la técnica del presidencialismo constituyente, ya utilizada por el presidente venezolano Hugo Chávez, el Presidente ecuatoriano obtuvo, a lo largo de dos años, el control de los principales resortes del aparato estatal, arrinconó a la oposición política...” (Torres, 2009, p. 433)

el poder legislativo y el órgano ad hoc desempeñó una dualidad de funciones, las propias del órgano disuelto y las constituyentes, como consecuencia del reconocimiento de su soberanía”. (Méndez & Zaldívar, 2012, p. 127).

Cabe señalar que al no contar el país con un órgano legislativo, fue la propia Asamblea Constituyente la cual a través de “Mandatos Constituyentes”<sup>30</sup>, la que reguló el nuevo marco institucional, así como se encargó de redactar el proyecto de Constitución, el cual adquirió el nombre de “Montecristi” debido al lugar geográfico donde se la hizo y que rescataba para sí los valores de la Revolución Liberal, liderada por Eloy Alfaro en 1895. (Salgado, 2009, p. 278)

Con respecto a la redacción del proyecto de Constitución, que sería puesto a consideración de la ciudadanía para su ratificación a través de plebiscito, se crearon diez mesas en las siguientes áreas: a) Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales; b) Organización, Participación Social y Ciudadana; c) Estructura e Instituciones del Estado; d) Ordenamiento Territorial y Asignación de Competencias; e) Recursos Naturales y Biodiversidad; f) Trabajo, Producción e Inclusión Social; g) Mesa de Régimen de Desarrollo; h) Justicia y Lucha contra la Corrupción; i) Soberanía, Relaciones Internacionales e Integración; j) Legislación y Fiscalización. Estas a través de sus representantes se encargaron de recibir al sinnúmero de colectivos, gremios, asociaciones y ciudadanos comunes que se acercaron a la Asamblea a exponer su proyectos, ideas, para sentirse incluidos en la nueva estructura del Estado y en el nuevo paradigma que se construía. “Sobre el desempeño de la Asamblea, se puede indicar que logró montar un proceso de amplias consultas ciudadanas y excelente información al público, y mantuvo un nutrido plantel de asesores y colaboradores. Pero también se generaron muchas controversias, especialmente, en el seno de la coalición gobernante...” (Gudynas, 2009, p. 36).

Así, uno de las constantes críticas que se plantean respecto del proceso y sobre todo del producto creado por parte del constituyente, fue precisamente como lo señala Gabriele Vestri (2012, p. 10): “Una Constitución no puede o

---

<sup>30</sup> En afán peyorativo, el jurista Hernán Salgado Pesantes señala que: “Los mandatos constituyentes son decisiones políticas, inspiradas por el titular del Ejecutivo, que permiten concretar en leyes aquellas cuestiones que se consideran importantes para el país. Y, como señala el Reglamento, los “mandatos” son una expresión del ejercicio de los plenos poderes”. (2009, p. 279). La Asamblea Constituyente aprobó en total 21 de éstos Mandatos.

no debería depender de la lógica de la política de un determinado poder, así que el concepto de política debería quedarse cuanto más posible aislado del contenido de la Constitución. El problema es que la Constitución se identifique como una proclama/programa gubernamental, perdiendo entonces el carácter de abstracción necesario para que con los años la Ley Fundamental pueda adaptarse a los cambios sociales sin que esto afecte el esqueleto de la misma Carta”. Situación que ocurrió por ejemplo a criterio de muchos en la inclusión del manejo de las relaciones internacionales en el texto de la Constitución, así como consideraciones de tipo económico, las cuales se justifican a criterio de los constituyentes oficialistas pues formaban parte del “Socialismo del Siglo XXI” del cual forman parte.

Además la intervención del Ejecutivo, se vio presente en constantes visitas que éste y sus ministros hicieron a la Asamblea, así como en el acontecimiento de la salida del primer presidente de la Asamblea, Alberto Acosta, quien por una decisión del “buró político” de su partido tuvo que abandonar este importante cargo.

Otra crítica durante todo el proceso fue la falta de discusión a profundidad de cada uno de los artículos del texto constitucional en el pleno, so pretexto que los mismos habían sido ya debidamente analizados, valorados y expuestos en cada una de las mesas, pero sobre todo que el tiempo<sup>31</sup> aprobado por la ciudadanía para la redacción de la Constitución estaba por fenecer, situación que generó que al final del proceso algunos actores políticos optasen por la opción de la no aprobación de la Carta Fundamental, pues no se había discutido a profundidad los temas que eran de interés nacional.

Pese a las críticas y a los retrasos surgidos durante el desarrollo de la Asamblea Constituyente, éste organismo entregó el proyecto de Constitución de la República. Con lo cual, el organismo electoral convocó al correspondiente referéndum, mismo que se desarrolló el 28 de septiembre de 2008, en el cual los ecuatorianos con su voto aprobaron la Carta Suprema, con lo que la Asamblea culminó sus funciones el 25 de octubre de 2008.

---

<sup>31</sup> “ARTÍCULO 2.- DE LA DURACIÓN Y DE LA DISOLUCIÓN DE LA ASAMBLEA.- La Asamblea Constituyente tendrá una duración de ciento ochenta días (180), contados a partir del día de su instalación, salvo que ella misma establezca una prórroga que no podrá exceder de sesenta (60) días contados a partir del vencimiento de plazo inicial.” Estatuto Electoral (TSE, 2007).

Si bien es cierto que la convocatoria para el proceso constituyente obtuvo cerca del 82% de apoyo popular, no fue así la aprobación de la Constitución, la cual alcanzó el 63,93% de votos, esto es 4.722.073 (TSE, 2008), lo cual es lógico de explicar debido a la campaña realizada en primer lugar por amplios colectivos de oposición que apoyaban la opción del “No” aprobación del nuevo texto constitucional, entre los cuales se encontraban los partidos políticos tradicionales que aún afincados en el Municipio de Guayaquil, con su principal actor, su alcalde, Jaime Nebot Saadi, mostraban a la Constitución de 1998 como la estructura perfecta para el desarrollo generado en la urbe porteña a través de la intervención privada, tercerización y descentralización, así como sumaban su rechazo a que la nueva Carta Fundamental tenía resquicios de: totalitaria, ilegítima y falta de ética. (López & Cubillos, 2009). Así también un grupo de la Iglesia Católica liderado por Monseñor Antonio Arregui Yarza (arzobispo de Guayaquil), figura cercana del Opus Dei, calificaba desde el púlpito del nuevo proyecto de abortista. Este criterio que no fue compartido por toda la comunidad católica ecuatoriana, en un país que pese a ser constitucionalmente laico, aún conserva gran influencia con respecto a esta religión, tal es el caso de la ciudad de Cuenca, dónde incluso un miembro religioso fue Asambleísta Constituyente por el partido del Gobierno.

De esta manera la campaña citada, se centró en dos propuestas significativas, la primera por el “Sí”, la cual se asociaba a un cambio, a la renovación y a generar un nuevo marco jurídico e institucional para otra forma de concebir el Estado; y, otra que se estancaba y quería suspenderse en el tiempo, y que Correa asoció inmediatamente a los grupos de interés y de la derecha, que preferían el continuismo y un modelo neoliberal, asociado a lo que él denominaba “partidocracia”.

Pese a lo anteriormente señalado, es interesante decir también que existieron grupos, que si bien apoyaron la aprobación de ésta Constitución de Montecristi, lo hicieron pero deslindándose del movimiento político de Correa, es decir, que ello no implicase un apoyo tácito a su gestión.

Este último diagnóstico, resulta fundamental para poder entender las relaciones y las tensiones políticas actuales en el Ecuador, pues la fragmentada política ha degenerado en posiciones contrapuestas entre el oficialismo, y una oposición que efectivamente se quedó en el pasado y no puede rearmarse, así como un sector crítico liderado por algunos movimientos sociales, ecologistas,

así como por el movimiento indígena, CONAIE, los cuales aún creen en los presupuestos conceptuales de la Constitución de 2008, pero no en las relaciones de poder y en el gobierno del presidente Correa Delgado.

### 3. La Revolución Ciudadana (2007-2017).

En el estudio realizado por el Banco Interamericano de Desarrollo, denominado “La Política Importa”, se dice que “El análisis del sistema político y su funcionamiento ha sido un gran ausente a la hora de explicar el así llamado fracaso del desarrollo latinoamericano. Obviamente, las conexiones entre la política y el desarrollo son diversas. En términos del desarrollo latinoamericano, la conexión que más se destacó en los diversos estudios, sobre todo en aquellos realizados durante la segunda mitad del siglo XX, fue la que asociaba la considerada crónica inestabilidad política –por cuartelazos, revoluciones, golpes de Estado, revueltas sociales, etc.– con los fracasos del desarrollo” (VV.AA, 2006: 1).

En el caso ecuatoriano, dado el fracaso de los partidos políticos, las alternativas que nacieron fueron los “movimientos políticos”, los cuales se establecen como la antítesis de los partidos, pues en teoría buscaban dar voz a los que no tuvieron voz, así como permitir que la ciudadanía se incorporase a la toma de decisiones y acogiese también a un sin número de grupos y movimientos sociales (indígenas, sectores campesinos, trabajadores autónomos, comerciantes, afroecuatorianos).

En un país plurinacional y multiétnico como el ecuatoriano, una de las deudas que tuvieron los gobiernos desde el regreso a la democracia fue concentrarse en la atención necesaria a los grupos vulnerables, entre los cuales destacan justamente los jóvenes. Quienes pese a su trascendental importancia nunca jugaron un rol protagónico en la construcción del Estado, pues se creía que dicho derecho solamente se activaba cuando estos adquirían la mayoría de edad, pues si seguimos la concepción civilista del derecho, estos serían incapaces relativos.

En este contexto hace su aparición un “outsider”, que se lo conocía sólo por su polémica posición cuando fue Ministro de Economía, Rafael Correa Delgado, quien marcará un punto de quiebra en la historia del Ecuador, pues durante su campaña se dedicó a criticar a los partidos políticos, así como a la propuesta de Estado neoliberal que se manejaba y que obviamente utilizó

como plataforma un movimiento político, en este caso “Movimiento Patria, Altiva i Soberana, PAIS”. “Rafael Correa conforma el movimiento Alianza País<sup>32</sup>, se candidatiza a la presidencia y se presenta con una estrategia, como la califica Franklin Ramírez, antisistémica, con la promesa de un cambio radical, en sintonía con los anhelos de la ciudadanía. (Ávila, 2011, p. 102).

Como ya se dijo anteriormente, si se tuviese que utilizar una sola palabra para definir el perfil de Rafael Correa Delgado como político, sobre todo por su primera aparición es de “outsider”.

Es un caso típico de un ciudadano de a pie que aprovechó el momento histórico por el cual atravesaba el país (inestabilidad política, crisis económica, quiebra del sector financiero y falta de credibilidad en los partidos políticos). Correa tomó como frases para su campaña que su promesa sería devolver a los ciudadanos lo que era suyo, es decir el Estado. Con ello emprendió un proceso que lo autodenomina “Revolución Ciudadana”, no toma a ningún gremio o sector en particular, sino toma el nombre de la ciudadanía para etiquetar a su propuesta que se centraba entre otras cosas en: convocatoria a una Asamblea Constituyente para cambiar la Constitución neoliberal<sup>33</sup> vigente, sacar del poder a la que llamó “partidocracia” (partidos políticos tradicionales a los cuales culpó de la situación nefasta por la cual atravesaba el país y que se los acusó de ser cómplices de la crisis y quiebra de los bancos ecuatorianos), erradicar la corrupción, etc.

Lo antedicho, generó una expectativa entre los ciudadanos que encontraban en la figura de Correa, el representante que cambiaría todo el modelo de Estado, para lo cual se apropió del discurso de devolver a la ciudadanía, lo que era suyo, es decir las instituciones del Estado. Así al respecto, Boaventura de Sousa Santos (2010), señaló que una de las cosas más importantes durante

---

<sup>32</sup> “El carácter refundacional de AP se sostenía en la posibilidad de reconfigurar la matriz de poder social, a partir de la convocatoria a una Asamblea Constituyente de Plenos Poderes que dibujaran nuevos horizontes para la sociedad ecuatoriana del siglo XXI”. (Ramírez Gallegos, 2012, p. 355).

<sup>33</sup> Un modelo que fue estructurado de tal manera que no solo el ejército tenía influencia sobre el Presidente de la República, sino como bien lo señala (Quiroga Lavié, 1991, p. 265) “... no sólo el Ejército determinada el poder del presidente en América Latina, en general son las corporaciones económicas (nacionales y transnacionales), gremiales y religiosas, las que impiden la realización del modelo”.



este período, no sólo en Ecuador sino en la región es la crisis del neoliberalismo, que tiene como punto de salida el regreso del Estado como solución. “Durante los último 30 años el Estado era un problema para el Banco Mundial, para el FMI, la solución era la sociedad civil, que para ellos era mercado, básicamente”. (de Sousa Santos, 2010, p. 16) Sin embargo, la alternativa no radica tan sólo en regresar a un mismo modelo de Estado, sino al contrario éste se debe transformar completamente, democratizándose.

Es por ello que durante el último proceso de la autodenominada “Revolución Ciudadana”, se incorporó a actores no tradicionales en la toma de decisiones y en la política, siendo uno de ellos los jóvenes, a quienes se les ha proporcionado un reconocimiento importante tanto en la Constitución, así como la garantía y ejecución de sus derechos a través de políticas públicas que se activan desde los distintos Ministerios ecuatorianos, como son la Secretaría de Pueblos, Ministerio de Igualdad Económica y Social, Ministerio de la Política, Secretaría del Migrante, entre otros.

Los jóvenes en Ecuador, representan la tercera parte de la población nacional<sup>34</sup>, lo cual suma alrededor de tres millones de personas. Para lo cual se ha creado una agenda de políticas de la juventud, misma que toma como ejes tres enfoques: a) el primero basado en que los jóvenes son sujetos de derecho; b) el segundo en el cual se los considera como actores estratégicos del desarrollo; y, c) por último, desde el enfoque de género.

En esta primera aparición de Correa, su electorado se basó en la “... clase media desencantada, estudiantes e intelectuales urbanos, partidos de izquierda, algunos sectores del movimiento indígena y diversos movimientos sociales...” (Freidenberg, 2009, p. 6) la cual ha ido variando, perdiendo por un lado simpatizantes, pero ampliando su apoyo dada la implementación de sus políticas públicas basadas en el sector social, educativo e infraestructuras. “...la Revolución Ciudadana no es una revolución ciudadana liberal, porque hay diferentes formas de ciudadanía: la ciudadanía individual y la ciudadanía de los pueblos originarios y sus organizaciones ancestrales. Son nacionalidades, identidades que se junta a un proyecto nacional, que es el proyecto de su país, pero con sus reglas de pertenencias... que de ninguna forma hacen peligrar la nación sino que la refuerzan”. (de Sousa Santos, 2010, p. 22).

---

<sup>34</sup> La edad media de la población ecuatoriana es de 28,4, según el Censo Nacional de Población y Vivienda (INEC, 2010).

Se debe destacar que el término peyorativo de “partidocracia” utilizado por Correa durante su campaña electoral y en su discurso, para referirse a aquellas prácticas basadas en el clientelismo y corporativismo, donde los políticos usaron las organizaciones como plataformas para desarrollar sus intereses particulares o familiares, terminaron con la confianza por parte de los ciudadanos en estas instituciones fundamentales para la democracia, así como de la noción de política en general. Es por ello que la propuesta de la denominada “Revolución Ciudadana”, llegó en el momento preciso y de esta manera se explica el grado de aceptación que generó en la población, lo cual ha sido ratificado con el voto mayoritario en los últimos procesos electorales desde el 2006 hasta 2013, comportamiento que en lugar de disminuir como sería lógico por el desgaste en el gobierno, sorpresivamente se eleva como la mayoría absoluta alcanzada por PAIS en la Asamblea Nacional (100 legisladores, de 134) en febrero de 2013.

Sin embargo, es necesario señalar que si bien la Revolución Ciudadana ha efectuado importantes avances, como los que destaca (Ramírez Gallegos, 2012, p. 370), y que en el año 2011, la “tasa de crecimiento era cercana al 8%, una de las tasas de desempleo urbano más bajas de los últimos años y la más baja de la región (5,1%)...”, sin embargo, los calificadores de riesgo y que a la final influye en la inversión extranjera y en el comportamiento de los mercados, aún sitúa “...al Ecuador en la “zona roja” para inversores y acreedores con una calificación de riesgo soberano que ha oscilado entre CCC+ y B- ... Para enero 2012, solo Bolivia y Argentina alcanzan índices semejantes”. Lo cual genera expectativas, incertidumbres pero sobre todo búsqueda de respuesta a esos índices que a lo largo de esta investigación se irán explicando.

#### 4. La realidad jurídico-constitucional ecuatoriana.

Uno de los fenómenos que más se ha arraigado en la realidad ecuatoriana, ha sido la excesiva elaboración normativa en el país, y muestra de ello es que tan sólo en las dos últimas décadas, Ecuador ha tenido dos Constituciones (1998 y 2008). Pero si miramos para atrás, desde 1830, donde se constituye la República, ha habido 24 asambleas constituyentes y 20 cartas fundamentales.

“La unanimidad de las Constituciones latinoamericanas consagra a la “república” representativa como la forma institucionalizada e indiscutida que

tienen sus pueblos de gobernarse...lleva implícita la utilización de la democracia como método de ejercicio del poder por parte del pueblo; lo mismo ocurre con la división tripartita en los poderes del Estado.” (Quiroga Lavié, 1991, p. 19), estructura que se configura de otra manera en el Ecuador como se explicará en los siguientes apartados.

De esta manera en el último período democrático, iniciado a finales de la década de los setenta, con la vigencia de una nueva Carta Constitucional, se da una nueva visión al Estado la cual se adscribía a preceptos neoliberales cercanos al “Consenso de Washington”, de esta manera: “...el país privatiza muchos servicios públicos, desregula la economía y se flexibilizan las relaciones laborales.” (Ávila, 2011, p. 91), así como se da la aparición como actores del proceso político de los indígenas, pues se reconoce el derecho al voto de las personas analfabetas, así como el reconocimiento expreso de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Esta Norma Suprema que después fue reformada y codificada en el año de 1998, a través de un autoproclamada Asamblea Constituyente, la cual no fue elegida con ese carácter por parte del pueblo ecuatoriano, la misma que se encargó de redactar un nuevo texto constitucional que terminaría por ser el reflejo de las élites políticas vigentes cercanas a la centro derecha, en la cual el papel del Estado deja de ser vinculante y se emprende con un proceso de Modernización de éste, basado en los principios de la Nueva Gestión Pública, permitiendo la privatización de bienes y servicios, tercerización laboral, externalización de servicios, entre otros. Pese a ello, como elemento positivo se dio una seria reforma en materia de derechos, en la aspiración del Estado Plurinacional, y sobre todo en la reivindicación de garantías de los actores olvidados hasta ese entonces, pueblos originarios (indígenas), sectores vulnerables, mujeres, niñez y adolescencia. Que en el caso de los pueblos indígenas se debió a la presión de su movimiento, el cual se había convertido en un actor político de relevancia. (Llasag, 2008, p. 316).

Mientras que con el modelo actual, que ofrece la Constitución de 2008, denominada como de “Montecristi”, en alusión al lugar donde fue redactada, se presenta como el reflejo de los modelos económico-políticos contrapuestos con su predecesora, no sólo desde el punto de vista de las instituciones jurídicas, sino también desde la forma de entender al Estado. Pasando de uno liberal o “neoliberal” a uno Constitucional de Derechos y Justicia. El último proceso

ha supuesto que el Estado, recupera de forma clara y ampliamente su rol en todas las materias.

## 5. El paso del Estado Social de Derecho al Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

En el transcurso de la historia, el término Estado de Derecho ha trasmutado en múltiples oportunidades, pese a ello, su aparición es lógica que debe entenderse como el sometimiento del Estado a la ley, como límite al poder. Pues como se recordará durante los regímenes monárquicos y gobiernos autocráticos, no existían límites a los poderes que el soberano<sup>35</sup> encarnaba, siendo su único freno sus decisiones personales, es por ello el sinnúmero de excesos que se dieron durante esa época, así como la incertidumbre que sufrían los pobladores, quienes aún no “ciudadanos”, estaban a la merced de la buena o mala voluntad del soberano de turno<sup>36</sup>. Al respecto, Bertrand de Jouvenel señala, que siempre al existir un jefe supremo y en un gran contexto o conjunto, éste estará necesariamente alejado de los individuos sobre los cuales él ejerce su mandato, por tal razón sus decisiones serán frías, extrañas y distantes. De esta manera el soberano en aquellos momentos en los que piense que está perdiendo su autoridad o quiere ser obedecido, necesariamente debe buscar aval. (de Jouvenel, 2000, p. 83).

Es por ello que la sociedad prefirió someterse a la voluntad de la ley, entendida como la creación por parte de un órgano representativo que se encargaba de regular las relaciones entre los individuos y el Estado, así como establecía unos límites por parte del monarca. De esta manera el profesor Elías Díaz (1981), determinó cuatro caracteres generales del Estado de Derecho, los cuales se presentan como condiciones básicas e indispensables: a) imperio de la ley o “Rule of Law”; b) división de poderes (ejecutivo, legislativo y judicial); c) legalidad de la Administración Pública; y, d) el reconocimiento y pleno ejercicio de los derechos y libertades fundamentales.

---

<sup>35</sup> “Era, pues, patente que debía recordársele continuamente...”(al soberano) “...el servicio de su fin, el Bien Común, y advertírsele constantemente que no violara la ley natural”. (de Jouvenel, 2000, p. 202).

<sup>36</sup> Elías Díaz (1981, p. 28) al reflexionar sobre los Estados liberales, señala que: “No toda sociedad tiene, pues, en rigor y según esto, Constitución; no serán así sistemas constitucionales aquellos donde esas condiciones no se cumplan. No todo Estado es entonces Estado constitucional, o... no todo Estado es Estado de Derecho”.

Eso hizo como bien lo señala Luigi Ferrajoli (2001), en que de manera común se utilicen por igual dos denominaciones en alusión al Estado de Derecho, que es necesario identificar y definir: por un lado, el formal que hace referencia a cualquier tipo de ordenamiento jurídico donde los poderes públicos se atienen a lo escrito en la ley. Reflexiona el autor italiano y dice que en este sentido, todos los actuales regímenes serían Estado de Derecho, pues de uno u otra manera utilizan una estructura normativa, incluso los más perversos.

Sin embargo, en sentido sustancial el Estado de Derecho, no será solamente el que se someta externamente a lo que dice la normativa, sino que pone unos límites a los poderes del Estado incluso en el contenido de las normas que pudiese llegar a dictar el legislativo, las cuales siempre deberán someterse a los criterios que señala la constitución y los derechos fundamentales (Ferrajoli, 2001, p. 31).

Siguiendo a Elías Díaz (1981), podemos señalar que el Estado Social<sup>37</sup> de Derecho representa en sí mismo un avance y una conquista histórica de carácter positivo en relación a los Estados liberales, el cual tiene la característica de compatibilizar en un mismo sistema, dos marcados elementos: a) el capitalismo como forma de producción; y, b) la consecución del bienestar social “Welfare State”<sup>38</sup>. Por ello será un Estado Administrador que privilegia la administración sobre la política, así como la técnica o burocracia sobre la ideología, llegando a considerar incluso a la política como un “estorbo anacrónico”.

En el ámbito Latinoamericano a través de sus Constituciones o cartas políticas, se ha estructurado cuatro grandes apartados que definen al Estado Social de Derecho: a) un orden económico constitucional; b) un orden de

---

<sup>37</sup> José Asensi Sabater, al referirse al origen e historia del Estado Social, indica: “...la categoría de «Estado Social» se debe reservar para designar un modelo constitucional que tiene características específicas... la Constitución regula un conjunto de derechos sociales, establece tareas al Estado para que los garantice y potencie, y dota de instrumentos a los poderes públicos para hacer posible la intervención en la economía, equilibrar las desigualdades y promocionar bienes públicos...reconoce abiertamente que el conflicto social existe, un conflicto que debe ser abordado y resuelto pacíficamente con los instrumentos del Derecho” (2014, p. 25).

<sup>38</sup> “El *Welfare State* representan, decíamos, el intento de compatibilizar dos elementos, neo-capitalismo y bienestar, en el marco de la actual sociedad industrial. Su institucionalización jurídico-política se lleva a cabo a través de la fórmula del Estado social de Derecho”. (Díaz, 1981, p. 101-102).

prestaciones sociales; c) un sistema de participación social y de acceso al bienestar de toda la sociedad; y, d) un orden de derechos sociales a favor de los sectores más necesitados. Así al “...Estado Social hay que definirlo como “Estado de prestaciones” sin desmedro del “Estado de libertades”. El Estado se obliga para asegurar el equilibrio y desenvolvimiento estructural de cada nación, a falta de lo cual la crisis se torna desestabilizante” (Quiroga Lavié, 1991, p. 77-78).

Es necesaria realizar esta referencia y establecer claramente la diferencia para posteriormente entender, que no es una simple diferenciación referirse al Estado Social de Derecho<sup>39</sup>, que al Estado Constitucional de Derechos, pues su alcance tienen otro carácter, al igual que sus repercusiones.

“El Estado Social<sup>40</sup> viene a suplir la hipótesis por la cual un ciudadano –por el hecho de nacer igual y libre– tendría derecho (derecho natural) a una parte alícuota de la riqueza y de los espacios que hubiera en dicha sociedad.” La cual no se desarrolla en la práctica dada la apropiación y reconocimiento de la propiedad privada, por lo que “...el Estado está en la obligación de suplir esa expropiación del individuo, devolviéndola en derecho sociales, retornándola bajo unas prestaciones mínimas o esenciales bajo una nueva estructura de espacio efectivo. (Palacios Romeo, 2008, p. 45).

Siendo en el caso del Ecuador y de su Constitución del 2008, su adscripción al segundo modelo de Estado de Derecho, por cuanto se ajusta a lo que se denomina modelo “neo-iuspositivista del estado constitucional de derecho”, herencia del constitucionalismo europeo que adaptado y evolucionado en Latinoamérica, ha llegado para incorporarse en Constituciones rígidas del último siglo, entre las que pueden destacar la de la República Bolivariana de Venezuela, República del Ecuador y del Estado Plurinacional de Bolivia; y que los han traído consigo un consecuente cambio de paradigma, el cual tiene repercusión de manera significativa en la validez de las leyes, las cuales tienen que tener ahora coherencia con los contenidos y principios constitucionales,

---

<sup>39</sup> “...el Estado social de Derecho fue resultado de las luchas obreras y sociales del primer cuarto del siglo XX, que perseguían limitar la economía liberal individualista, resultado de lo cual se asumieron correctivos de intervencionismo público y comunitario...” (Castro, 2008, p. 113).

<sup>40</sup> Véase la obra “El Estado social antecedentes, origen, desarrollo y declive” de Ignacio Sotelo (2010).

imposiciones de contenido legislativo desde la propia Constitución, entendido como tal que el legislativo queda atado a una especie de hoja de ruta que la marca la norma suprema de la cual no puede salir, imponiendo incluso prohibiciones.

## 6. La nueva configuración de poderes del Estado ecuatoriano.

A fin de alcanzar un equilibrio entre el poder virtual poder cedido por el pueblo soberano al gobierno, se hace necesario que el mismo no se encuentre concentrado en una sola institución, llámese presidente, ejecutivo o primer ministro, razón por la cual a fin de establecer unos frenos al poder, esto es límites dentro de toda democracia ya desde el liberalismo el mismo es puesto teniendo en cuenta el interés general de los ciudadanos<sup>41</sup>. Es por ello, que en la actualidad parece que no existe ya discusión entre los Estados Constitucionales respecto a la necesidad de la división de poderes<sup>42</sup>.

Sin embargo, algunos autores como Marcos Kaplan sostienen que “..la multiplicación de funciones y poderes en el Estado latinoamericano provoca el refuerzo del presidencialismo, afectando decisivamente el papel y alcalde de los partidos políticos, de los grupos intermedios, de los sistemas electorales, de la participación política y también, del Parlamento y del Poder Judicial.” (Quiroga Laivé, 1991, p. 264).

Dicho de otro modo, si bien es cierto existe el traspaso de las libertades para que se configure el poder y así se gobierne el Estado, el mismo se establece que no puede estar sobre las libertades individuales (Corral, 2012, p. 1), pues lo que se cedió en el hipotético “contrato social” no fueron los derechos, sino parte de las libertades.

Como bien lo señala García Roca (2000), el estudio de la teoría democrática respecto a la división de poderes o funciones, no es tan sólo el análisis normativo que se encuentre en cada ordenamiento jurídico, ni peor aún ba-

---

<sup>41</sup> “El postulado de la evidencia del Bien Común para los patriotas conduce a los puntos de vista de Robespierre, adoptados luego por muchos otros. La República será naturalmente gobernada por el bloque compacto de los “cívicos”, necesariamente de acuerdo entre ellos y formando un solo partido legítimo (partido único). El único obstáculo se encuentra en la “conjuración de los malos”, que es necesario cortar.” (de Jouvanel, 2000, p. 114).

<sup>42</sup> Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789. “Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni determinada la separación de poderes, no tiene Constitución”.

sarse exclusivamente en la doctrina desarrollada por Montesquieu, Locke o Hume, pues es necesario contextualizarlos históricamente e incluso ir directamente a sus fuentes a fin de no cometer errores respecto a lo que sostienen sus teorías en las cuales se busca necesariamente la separación de poderes en vista de la tiranía que se vivía a mediados del siglo XVII e inicios del XVIII. (Jellinek, 2000, p. 587-589). Así, la interpretación que se hace a las obras de estos clásicos en las cuales se dice que era preferible la sumisión ante la ley o gobierno de la ley, frente al gobierno despótico de los hombres, del cual nacerá el concepto germánico del *Rechtsaat*.

Si la concentración del poder produce el gobierno despótico, Montesquieu plantea: “todo estaría perdido si el mismo hombre, el mismo cuerpo de personas principales, de los nobles o del pueblo, ejerciera los tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar delitos o las diferencias entre los particulares<sup>43</sup>” (García Roca, 2000, p. 45).

Frente a ello es necesario reflexionar si acaso, en ese tan anhelado equilibrio entre los poderes puede llegar en algún Estado de manera plena; y es obvio que la respuesta es negativa, pues dadas las circunstancias políticas e incluso de la idiosincrasia de los pueblos, no siempre el postulado de la separación será efectivo en la práctica, privilegiándose siempre uno de los poderes o funciones, devengando en intensas luchas entre ejecutivo y legislativo, o entre legislativo y judicial, por las competencias que estos poseen y las funciones que desarrollan que podrían sobreponerse a sus intereses.

De esta manera existen algunos principios, que configuran el Estado de Derecho y que deben estar presentes en todo ordenamiento jurídico: a) imperio de la ley (se obedece a la norma jurídica previamente establecida); b) limitación (no existen poderes absolutos, sino correctamente definidos en la Constitución); c) legalidad (solo se puede hacer aquello expresamente dice la Constitución o la ley); d) motivación (límite a la arbitrariedad, manda a que todo acto del poder público se fundamente con motivaciones de hecho y de derecho); e) responsabilidad (los funcionarios públicos deben asumir las consecuencias de sus actos y están obligados a reparar); f) seguridad jurídica (fun-

---

<sup>43</sup> Del texto examinado se desprende que Montesquieu nunca habló en sentido estricto de una separación de poderes: Ejecutivo, Legislativo y Judicial; mas, su teoría se adaptó a la realidad en la que se escribió su doctrina.



damento del Estado de Derecho); g) división de poderes (en el actual constitucionalismo, se habla de “funciones” del Estado, la clásica división establece el ejecutivo, legislativo y judicial); impugnabilidad de actos del poder (respeto y protección de los Derechos Humanos). (Corral, 2012, p. 2). “La división de poderes forma parte inexcusable de la arquitectura del Estado liberal de Derecho que, con transformaciones sucesivas, ha llegado hasta nuestros días... este principio tiende un puente entre los conceptos “Estado de Derecho” y “democracia”, impidiendo ciertos excesos...” (García Roca, 2000, p. 41).

Por ello en todo Estado de Derecho, la limitación que establece la Constitución a los gobernantes, hace que éstos fundamenten sus actuaciones en la norma suprema, sin embargo, en el caso de estudio, Ecuador establece el Estado Constitucional de Derechos y Justicia, que no hace referencia a que el Estado Social de Derecho haya desaparecido o se abra la puerta hacia actuaciones propias de una dictadura, al contrario se refuerzan los límites al poder, e incluso al hablar de Derechos (en plural) se da el mismo nivel y categoría a estos, y al referirse a Justicia, quiere decir que todos estos son justiciables a través de los distintos órganos de justicia.

Al configurarse como República en 1830, el Ecuador adopta para sí un sistema de gobierno eminentemente Presidencialista, siguiendo así la tradición latinoamericana que había puesto de relieve la figura del Ejecutivo como conductor y brazo ejecutor de las aspiraciones del electorado, pese a ello no siempre se le asignaron muchas funciones puesto que en la mayor parte de oportunidades fueron los propios legisladores quienes redactaron la Carta Suprema, de esta manera al definir los roles del Presidente existía siempre un celo de manera de limitarlo y hacer que siempre el poder Legislativo sea mucho más fuerte.

Esta situación señalada antes, ocasionó en múltiples oportunidades serios problemas de disputas entre estos dos poderes, lo cual se zanjaba con una actuación no siempre apegada a la Constitución en ese entonces, por los Congresos Nacionales que en crisis políticas, optaban por deponer al Presidente de la República de sus funciones y nombrar a su sucesor.

Lo anterior como no puede ser de otra manera, trajo serios problemas de inestabilidad en el país, ligado a la desinstitucionalización del Estado, generando así un vaivén de intereses político-partidistas y el manejo al antojo de los principales partidos políticos del país, lo cual es demostrado de manera

clara en los índices de ingobernabilidad del país de la década de los noventa del siglo pasado y los primeros años de éste siglo.

Es por ello que en el proceso constituyente del 2007, el cual fue liderado por los movimientos sociales, una de las principales reivindicaciones y aspiraciones era justamente buscar los mecanismos que eviten nuevamente rupturas constitucionales, así como garantizar mayor gobernabilidad al Ejecutivo. Razón por la cual la Constitución amplió la capacidad de acción de éste. Pero era aún necesario, buscar un espacio de participación de la ciudadanía, así como cambiar el esquema de regulación de los partidos políticos, razón por la cual, se realiza un planteamiento *sui generis* al incluir dos nuevos poderes/funciones del Estado: Electoral y de Transparencia y Control Social.

### 6.1. El nuevo poder del Estado Ecuatoriano: La función Electoral.

Al igual que otros ordenamientos jurídicos alrededor del mundo, antes de la norma constitucional de 2008, en el Ecuador las tareas de registro de los movimientos y partidos políticos, la organización de los comicios electorales<sup>44</sup>, escrutinios y “mantenimiento” del sistema democrático se encontraba a cargo del Tribunal Supremo Electoral, TSE, el cual estaba conformado por representantes de los propios partidos políticos, cuyas cuotas eran asignadas de acuerdo a la obtención de votación, con lo cual se constituían en una suerte de “juez y parte” del proceso, situación que se la relacionó con la época pasada de la democracia ecuatoriana y adscrita a la denominada “partidocracia”, explicada en anteriores epígrafes de éste trabajo de investigación.

Doctrinalmente se conocen tres modelos de organización electoral: a) el independiente (con autonomía y desvinculado del Ejecutivo); b) el gubernamental (integrado por órganos adscritos al Ejecutivo, como es el Ministerio del Interior, u otros gobiernos regionales o locales); y, c) el mixto (que combinan los dos anteriores, siendo el órgano independiente el que vigila las elecciones, y el gubernamental el que lleva adelante el proceso). (Pastor Albadalejo, 2014).

---

<sup>44</sup> Según lo señala Gema Pastor Albadalejo (2014, p. 256), la organización electoral: “hace referencia a la existencia de una estructura formal encargada de la dirección, la gestión y/o la supervisión de las elecciones, cuya finalidad no es otra que asegurar que estos procesos de selección de gobernantes se lleven a cabo con transparencia, objetividad e igualdad”. Véase al respecto, el Capítulo 16: “La Organización Electoral”, en la Obra: *Introducción a la Ciencia Política*. Editada por Canales Aliende & Sanmartín Pardo.

En éste caso, la figura del ex TSE (modelo independiente), ha sido utilizada en la mayor parte de países alrededor del mundo (107); mientras que modelos como el peruano (modelo mixto) se encuentra en 53 países, donde un organismo organiza las elecciones, la Oficina Nacional de Procesos Electorales, O.N.P.E. y una sala especializada de la Corte Suprema de Justicia es la encargada de resolver los procesos e incidencias electorales durante el proceso quiso ser imitada en el Ecuador de manera *sui generis* con la configuración de un nuevo poder/función del Estado.

No cabe olvidar otros modelos, como el español o argentino, que son minoritarios (37 países), en los cuales la institución que se encarga de la organización del proceso es el Ministerio del Interior (modelo gubernamental). Que en caso que el constituyente ecuatoriano hubiera optado por éste particular modelo su consecuencia provocaría un resultado negativo debido a la idiosincrasia y realidad ecuatoriana, puesto que la desconfianza en la imparcialidad de los gobiernos de turno, sumadas a las constantes denuncias de fraude electorales generaría una colisión y sobre todo no responderían a las necesidades de los ciudadanos que promovieron el proceso constituyente, pues precisamente se buscó la despolitización y sobre todo la erradicación de la influencia de los partidos políticos del órgano que se encargue de planificar, organizar y desarrollar los procesos electorales. (Martínez Ruano, 2011, p. 458-461).

Esta razón señalada por la que la decisión tomada por los constituyentes, la cual sin lugar a dudas ha sido criticada, fue recurrir a que dentro del clásico concepto de la división del Poder, se asigne y se cree una nueva Función que correspondería a la Electoral. Misma que está desarrollada en el texto constitucional en el “Título IV. Participación y Organización del Poder”, en el Capítulo Sexto, con tres secciones correspondientes al Consejo Nacional Electoral, Tribunal Contencioso Electoral y normas comunes de control político y social.

De acuerdo a lo que señala el art. 217, la mencionada Función Electoral, se integra tanto por el Consejo Nacional Electoral, CNE, así como por el Tribunal Contencioso Electoral, TCE, los cuales se encargan de garantizar los derechos políticos expresados tanto a través del sufragio (voto) así como movimientos políticos y partidos políticos. Para lo cual tendrán autonomía administrativa, financiera y organizativa.

A diferencia de lo que sucedía con los miembros del ex TSE, vinculados a los partidos políticos y designados por las mayorías del legislativo, los nuevos

miembros tanto del CNE así como del TCE, lo hacen a través de un concurso público de méritos y oposición, en consecuencia pues en teoría son los mejores y los más preparados para las funciones son quienes ocupan los cargos, poniendo de relieve la meritocracia sobre la partidocracia.

No obstante, un porcentaje importante de los miembros del CNE tienen vinculación política o como ex servidores públicos de la autodenominada “Revolución Ciudadana”, con lo cual no se alcanzó una real independencia.

## 6.2. El nuevo Poder del Estado Ecuatoriano:

### La función de Transparencia y Control Social.

En toda sociedad democrática, el control al poder es un requisito sine qua non, pero quien maneja el mismo, normalmente no se acostumbra a que estos suceda y pone todo tipo de trabas, ya que le molesta y le causa dificultades. Sin embargo, como bien lo señala Canales Aliende, es necesario exigir a los órganos del Estado el cumplimiento de los principios de “legalidad y de representatividad; que sea esencialmente eficaz, transparente y servicial en la prestación de los bienes y servicios públicos a los ciudadanos” (2012, p. 20). Sólo de esta manera se puede exigir que el Estado asuma para sí, su responsabilidad de ser garante de los derechos de los ciudadanos, que como ya se ha señalado en ésta investigación, en el caso ecuatoriano debe ser inmediata y aplicada por cualquier funcionario de la Administración Pública en todo nivel, al tratarse de un Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

Una de las incorporaciones más relevantes del texto constitucional ecuatoriano, sin duda es el denominado “Quinto Poder”, el cual abstractamente se encuentra asignado a la participación de los ciudadanos, y que se desarrolla de manera plena y efectiva en el articulado, cual si se tratase de una columna vertebral gracias a la cual la presencia, control y fiscalización de los ciudadanos es real.

Claro está que la antedicha incorporación no responden tan sólo al ánimo del constituyente, sino al contrario es un reconocimiento a la larga lucha frente a la exclusión que sintió la ciudadanía con respecto a modelos pasados que privilegiaron la democracia representativa<sup>45</sup> en su máxima expre-

---

<sup>45</sup> “...un modelo de democracia que supera la democracia representativa y se avanza a una democracia social y participativa, en la que se vigoriza y encarna el concepto de crear ciudadanía en el ejercicio de los derechos, deberes y responsabilidades...” (Castro, 2008, p. 116).

sión dejando de lado los intereses, reclamos y necesidades de la población de sentirse tomados en cuenta en la planificación, decisión y ejecución de las políticas públicas. Pues es en esta nueva Función del Estado que el concepto abstracto de participación ciudadana del cual se habló en Ecuador, toma forma y sobre todo se materializa. (Castro, 2008, p. 128).

Aquí es donde más guarda relación la Revolución Ciudadana liderada por Rafael Correa, con el proceso constituyente así como con la redacción de la Carta Magna de 2008, pues de esta manera se empoderaba a la ciudadanía en un rol protagónico en la vida del Estado, así como el Estado regresaba a ocupar un puesto importante que ya desde 1998 lo había perdido tanto ideológicamente como en la práctica.

De esta manera la participación, el control y la fiscalización de la sociedad civil se da en todos los campos de intereses públicos, entrega de bienes y prestación de servicios, instituciones y empresas públicas, precisamente en los sujetos que son motivos de estudio de la presente tesis doctoral, pues si bien es cierto se establecieron unos postulados donde los ciudadanos estarían activos, la práctica demuestra que tanto las instituciones del Estado Central y de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, GAD, así como por otro lado la ciudadanía, cinco años después de la aprobación de la Constitución no logran dar ese importante paso de hacer vivos a esos derechos y que la “participación ciudadanía” no sea solamente una mera expresión de moda y se convierta en un instrumento de encuentro, colaboración y trabajo conjunto entre Estado y sociedad.

Al igual que el resto de funciones del Estado, que se recogen en el “Título IV, Participación y Organización del Poder”, la Función de Transparencia y Control Social se haya regulada en el Capítulo Quinto, donde se desarrolla su naturaleza y funciones, así como la creación y regulación del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, Contraloría General del Estado, las Superintendencias y Defensoría del Pueblo; organizaciones que por ende son aquellas que conforman el Quinto Poder del Estado Ecuatoriano.

Esta función según lo señala el texto constitucional, es la encargada de promover e impulsar el control de las entidades y organismos del sector público, así como de las privadas que tengan interés público (transporte terrestre, telefonía, comunicación, etc.), buscando que estos lo hagan bajo parámetros de: responsabilidad, transparencia y equidad. De igual manera debe fomentar

e incentivar la participación ciudadana, para lo cual protegerá los derechos, su cumplimiento y luchará contra la corrupción.

Nuevamente, al igual que en el Poder Electoral, en el Quinto Poder todos los representantes que forman parte de estos organismos, son elegidos a través de un concurso público de méritos y oposición e impugnación ciudadana, sin embargo, al igual que en el caso del CNE, algunos de sus miembros han sido funcionarios o asesores de autoridades del gobierno de Correa Delgado.

Por su parte el art. 207 y siguientes, de la Constitución se encargan de la regulación del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, el CPCCS, el cual tiene por objeto promover e incentivar el ejercicio de los derechos relativos a la participación ciudadana, así como establecerá mecanismos de control social, así como cumple con la función de designar a los funcionarios que señala la Constitución. Entendido esto como una abstracción que es el propio pueblo el que los elige, para no repetir a la Constitución de 1998 que atribuían todas estas funciones al Congreso Nacional, generándose de esta manera un conflicto de intereses e instituciones politizadas y dependientes al cien por ciento que dejaban de cumplir sus roles que les fueron asignados.

Sin embargo, la crítica hacia el CPCCS radica en que si se “institucionaliza” la participación ciudadana, y se vuelve “oficial” o adscrita a un organismo específico, que pasa a ser aparte de esa propia estructura que supuestamente vigila, perdiendo su esencia y en consecuencia dejando de ser una espera propia y cercana de los ciudadanos<sup>46</sup>.

## 8. El modelo Presidencialista del Ecuador.

### ¿Rozando al Hiperpresidencialismo?

Uno de los factores que más puede afectar al debilitamiento del Estado de Derecho, es el excesivo protagonismo o preponderancia del Ejecutivo sobre el resto de funciones, lo cual trae como consecuencia una fuerte concentración política que muchas veces desencadena en la teoría de la democracia delega-

---

<sup>46</sup> Al respecto, véase MARTÍNEZ MOSCOSO, Andrés (2014). “A new concept of the separation of powers. The fifth power: Transparency and Citizen Participation. A new proposal of new Latin American constitutionalism the case of Ecuador (2008)”. Panel Ethics, Transparency and Integrity: Good Government and Democracy. ECPR Graduate Student Conference.

tiva<sup>47</sup>. (O'Donnell, 1994), lo cual conlleva claramente a la distorsión del sistema democrático con el consecuente desequilibrio entre los poderes del Estado.

Si bien es cierto dentro del nuevo modelo del Estado ecuatoriano, la ampliación de los Poderes del Estado de los tres clásicos a cinco, resulta novedoso y ya ha sido discutido en apartados anteriores, que en el día a día del gobierno llama la atención la inusual “calma” en las relaciones sobre todo el Legislativo y el Ejecutivo, los cuales en el último período democrático del país han tenido una relación conflictiva, fruto de ello la inestabilidad política por la cual ha atravesado Ecuador.

Humberto Quiroga Lavié, (1991, p 263), realizó un diagnóstico sobre el presidencialismo en Latinoamérica y explicó de manera correcta la influencia que el modelo bolivariano ha tenido al atribuir más competencias al Ejecutivo frente al resto de funciones, lo cual a su criterio se explica en: “...el apogeo por antecedentes históricos, provenientes de los regímenes precolombino y colonial... derivadas de la prestancia carismática de conquistadores y caudillos”.

Sin embargo, en la nueva Carta Constitucional en lo que respecta al Legislativo, sus cambios son ligeros y sobre todo a criterio de Viciano Pastor la regulación de este importante órgano del Estado repite la tradición de la Constitución Política de 1998, incluso reiterando algunos errores. (2008, p. 159-160), pero sobre todo al mantener su esencia son pocas las aportaciones que presenta, ya que tan sólo destaca el cambio de nombre de Congreso Nacional a Asamblea, lo cual se puede traducir como un cumplimiento de campaña de Correa y su régimen con la Constituyente, pues prometió renovar ésta cuestionada institución la cual se desprestigió durante los últimos años y no gozaba de credibilidad por parte del pueblo ecuatoriano.

Frente a ello, las atribuciones del Ejecutivo en el nuevo texto constitucional sin duda, fortalecen el espacio que le fue retenido durante mucho tiempo por el legislativo y que generó la disputa por el poder. Al respecto Rafael Balda, recuerda el cuestionamiento que se ha realizado en Latinoamérica de manera constante respecto a los regímenes presidencialistas, acusándolos de una supuesta responsabilidad por el fracaso de las democracias (2008, p.

---

<sup>47</sup> “...el Poder Ejecutivo entiende que por medio del sufragio se le delega, el derecho de transformarse en intérprete exclusivo de los más altos intereses de la nación, esperando que tras la elección los votantes/delegadores se conviertan en una audiencia pasiva pero complaciente de lo que haga el presidente”. (Balbuena et al, 2000, p. 70).

172), debido a las crisis y rupturas institucionales. Definiendo el propio autor, como un “presidencialismo sui generis” el que se encuentra regulado en la Constitución de 2008. Por su parte, para el autor argentino Roberto Gargarella, al realizar un estudio sobre el Presidencialismo en Latinoamérica como sistema “contramayoritario”, al respecto señala: “Cuando hablamos de sistema contramayoritario, estaremos haciendo alusión a un ordenamiento institucional, que tenga entre sus principales fines el de obstaculizar la formación, expresión y puesta en práctica de la voluntad de las mayorías... dicho proceso de obstrucción... puede estar implícita o explícitamente asumido en las razones que sustentan al modelo político...” (Gargarella, 1992, p. 84-85).

Dentro del sistema presidencial<sup>48</sup> como el ecuatoriano, la Jefatura del Estado y de Gobierno se concentran en una misma persona, que es el Presidente de la República, así el art. 141 dice: “La Presidenta o Presidente de la República ejerce la Función Ejecutiva, es el Jefe del Estado y de Gobierno y responsable de la administración pública...”, en tal sentido dado el sistema que se prevé, a diferencia de lo que suceden en los regímenes parlamentarios por ejemplo, donde quien elige al presidente de gobierno o primer ministro, es el parlamento, en los sistemas presidencialistas, en una elección se gana o se pierde todo, es decir, el líder de la oposición ni siquiera ocupa un puesto en la Asamblea, sino tan sólo su movimiento o partido político lo hará, dependiendo del número de asambleístas electos en el respectivo proceso. Con lo cual, las relaciones políticas cada vez se tensan más, pues antes del período de Rafael Correa, la disputa entre Congreso Nacional y Ejecutivo, se daba sobre todo porque el Ejecutivo no tenía una mayoría sólida en el Legislativo, a excepción del régimen de Rodrigo Borja Cevallos (1988-1992), dónde éste obtuvo un Congreso Nacional a su favor. (Pachano, 2008).

En tal sentido lo que usualmente sucedió en el Ecuador es que, dada la polarización en las elecciones presidenciales, las cuales solían coincidir también con las elecciones legislativas, se polarizaban las fuerzas políticas, dejando a quien ganaba la segunda vuelta electoral y que llegaba a ser Jefe de Estado, sin mayoría en el Congreso Nacional, razón por la que era necesario la búsqueda

---

<sup>48</sup> Es indudable la influencia que tuvo el modelo de Estados Unidos de América y su Presidencialismo en los países Latinoamericanos, aunque como lo señala (Quiroga Lavié, 1991), su diferencia radica en el manejo y rol que juega el legislativo en ese país.



de alianzas para poder gobernar, las cuales en ocasiones dependían de prebendas, favores y otra especie de dádivas que eran entregadas dentro de la Administración Pública, con lo cual se conseguían mayorías “móviles”, que apoyaban el proyecto presidencial, siempre y cuando exista la satisfacción de intereses a los legisladores o al partido político que se aliaba. Esto demuestra lo espurreas que eran, así como inestables, lo cual explica las constantes fracturas institucionales y consecuentes crisis, ya que en un momento de conmoción social, el Congreso se reunía y ante los eventos, realizaba maniobras políticas que devengaban en sui generis procesos de destitución a los presidentes de turno. Así por ejemplo, la declaración de incapacidad mental para gobernar en contra de Abdalá Bucaram Ortiz en el año 1997, sin contar con un informe psiquiátrico, sino tan sólo la voluntad de los legisladores, así como en el caso de otros mandatarios como: Jamil Mahuad o Lucio Gutiérrez, cuyos procesos no fueron precisamente ejemplos de cumplimiento del debido proceso.

El mismo art. 141, del texto constitucional, señala que: “... La Función Ejecutiva está integrada por la Presidencia y Vicepresidencia de la República, los Ministerios de Estado y los demás organismos e instituciones...”, sin embargo, a criterio de Humberto Quiroga Lavié: “...no dejan de ser una simple expresión de deseos, la concentración de poder a favor del presidente lo convierte, efectivamente, en el titular del gran “poder del Estado” que él encarna. No hay poder compartido sino, en todo caso, el ministerial del ejercicio unipersonal del poder”. (Quiroga Lavié, 1991, p. 272).

La razón antedicha es por la cual el constituyente de 2008 al parecer, se inspiró en los modelos constitucionales latinoamericanos que prevén un intento de predominio del Poder Ejecutivo a fin de superar las constantes crisis institucionales a las que se ven abocados los Estados (Krsticevic, 1992, p. 134); en tal virtud diseñó un sistema que permita de alguna manera blindarse al Ejecutivo de los constantes “chantajes” del Legislativo, volviéndole más fuerte. En lo que respecta al tiempo de su mandato, se permite la reelección por dos períodos<sup>49</sup>, y que en el caso de Correa, terminarán siendo tres, pues los pri-

---

<sup>49</sup> En mayo de 2014, el movimiento político oficialista, PAIS, planteó una serie de reformas al texto constitucional ecuatoriano, entre ellas una que permita la reelección indefinida de las autoridades de elección popular, entre las cuales se encuentra la de Presidente y Vicepresidente de la República. Disponible: [http://internacional.elpais.com/internacional/2014/05/30/actualidad/1401487011\\_686482.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2014/05/30/actualidad/1401487011_686482.html) última consulta: 25/07/2014.

meros dos años no fueron tenidos en cuenta por parte de la nueva Constitución<sup>50</sup>.

Por otro lado, el art. 147, numeral 14, determina la prerrogativa con la que cuenta el Ejecutivo que le permite convocar a consulta popular a la ciudadanía, situación que si bien es cierto constituye una manifestación de la democracia participativa, también podría ser calificado como un elemento del “constitucionalismo populista”, el cual dada la gran aceptación del líder, promueve la realización de referéndums con una doble finalidad: a) legitimarse de manera constante en las urnas para usarlo en contra de la oposición, b) así como generar una vía libre en caso de existir oposición en el parlamento.

Rafael Balda, (2008, p. 185), reflexionó al respecto al decir: “...importante poder proactivo es el de convocar a un referéndum aprobatorio de normas jurídicas sin necesidad de autorización externa o cumplimiento de requisitos especiales. La convocatoria a referéndum franquea una opción más para destrabar un bloqueo legislativo.... El Presidente puede intentar el cambio del statu quo a su sola decisión, en espera de que el soberano apruebe su propuesta.”

Además, el art. 147 da al Ejecutivo la facultad de establecer los lineamientos fundamentales de las políticas y acciones, pero sobre todo el presentar al Consejo de planificación el Plan Nacional de Desarrollo, el cual será eje fundamental sobre el cual se sustentará el desarrollo del país, el mismo que no es remitido para la aprobación popular, y que establece las líneas maestras del Estado, con lo cual el Presidente tiene para sí el monopolio exclusivo de la planificación y estructura del Estado, del cual tiene que presentar de manera anual su cumplimiento al legislativo, como el ejercicio de rendición de cuentas.

Además se mantiene la potestad de sancionar por el Presidente los proyectos de ley aprobados por parte del Legislativo, pero sobre todo el control político que le da es el derecho a vetar las normas para que vuelvan a ser discutidas por el pleno de la Asamblea, veto que puede ser total o parcial, y que tiene repercusión final en la aprobación de los proyectos de ley. De esta manera se puede ver que el Ejecutivo gana para sí una interesante facultad que le per-

---

<sup>50</sup> “The 2008 constitution, Ecuador’s 20th, increased the power of the president and allowed the president to run for two consecutive terms. As required under the new constitution, new elections were then organized for President, Vice President, Member of the unicameral National Assembly, and provincial and local offices. (Bitettel, 2013, p. 43).

mite "...intervenir en el proceso legislativo pero no lo obstruye..." (Krsticevic, 1992, p. 138).

Además, otra de las facultades detalladas es la del art. 148, la cual faculta por una sola vez durante su período, la disolución por parte del Presidente de la República de la Asamblea Nacional, siempre y cuando ésta se haya arrogado funciones que no le pertenezcan según la Constitución, y siempre con el dictamen previo de la Corte Constitucional; o también si el Legislativo de manera reiterada e injustificada obstruye la ejecución del Plan Nacional de Desarrollo; o bien por grave crisis política y conmoción interna.

Es importante apreciar que la Constitución de 2008, utiliza el término disyuntivo "o", es decir el requisito es uno u otro supuesto, lo cual facilita las cosas al Ejecutivo para optar con esta alternativa que coloquialmente se la ha denominado como "muerte cruzada", ya que una vez que se decreta la disolución de la Asamblea, siete días después es obligación del Consejo Nacional Electoral convocar a elecciones legislativas así como presidenciales, con lo cual al usar la muerte cruzada, el Ejecutivo aplica sobre sí una especie de "haraquiri político".

Sin embargo, la disposición antedicha, se complementa y se señala que hasta que se realicen las elecciones y obviamente se obtengan ganadores y se instale la Asamblea, aquellas atribuciones que le eran exclusivas del Legislativo, sobre todo aquella de legislar se la traspa al Presidente de la República quien podrá dictar decretos-leyes, los cuales deberán contar con el informe favorable de la Corte Constitucional. Aquí radica la importancia del asunto, y de la discusión, pues se utiliza una figura propia de las democracias parlamentarias como es la disolución de las Cortes<sup>51</sup>, cuando el presidente de gobierno no goza del apoyo del parlamento o debido a una moción de censura, pero lo relevante es que se lo extrapole a un sistema presidencialista, lo cual de manera inequívoca podemos decir que era necesario fortalecer la figura del Ejecutivo, sobre todo dada la ingobernabilidad por la cual atravesaba el país, sin embargo, en una sociedad como la ecuatoriana que nunca ha vivido y peor entendido la dinámica de la figura de la disolución del parlamento como ejercicio democrático, para formar un nuevo gobierno con otros representantes, podría generar conflictos en esa disputa constante que ha existido entre Ejecutivo y

---

<sup>51</sup> Art. 115. de la Constitución de España.

Legislativo, y que sin duda no cesará, pese a incluir la denominada “muerte cruzada”, pues es un ejercicio difícil también para el Ejecutivo así como un salto al vacío, sobre todo teniendo en cuenta el desgaste del cual es objeto todo cargo de elección popular debido al ejercicio de su cargo y los problemas que éste implica; mas, desde la vigencia de la Constitución en octubre de 2008, hasta la fecha, las relaciones entre los dos poderes se han normalizado, debido a la mayoría absoluta que goza Alianza País, AP.

Lo anterior, para la oposición es señal de un ya estructurado hiperpresidencialismo, llegando a afirmar algunos como el legislador y abogado de oposición de centro derecha, Luis Fernando Torres, que el: “Ecuador fue, en esos dos años, un laboratorio constitucional privilegiado para estudiar una nueva modalidad de autoritarismo político: el presidencialismo constituyente” (Torres, 2009, p. 432), debido a las atribuciones, así como formas mediante las cuales el constituyente buscó refundar el Estado y sobre todo buscar alternativas de gobernabilidad.

Sin embargo, uno de los errores constantes por parte de analistas y académicos respecto al presidencialismo regulado en la Constitución de 2008, es hacerlo a partir de la figura del ex Jefe de Estado, Rafael Correa Delgado, error debido a que como en todo Estado de Derecho, Ecuador cuenta con alternabilidad relativa, pese a la enmienda constitucional introducida en relación con la reelección indefinida<sup>52</sup>.

Por otro lado, pese a la idea que se tuvo en la Constituyente de crear un legislativo mucho más pequeño, a fin de evitar las malas prácticas realizadas por el ex Congreso Nacional, se eleva la representación de legisladores, teniendo en cuenta aquellos que son elegidos por las circunscripciones de electores del exterior (migrantes ecuatorianos), así como aquellos que se elegirán en representación de las futuras regiones autónomas que se conformen en el Ecuador.

---

<sup>52</sup> El movimiento oficialista, PAIS, luego de visto bueno de la Corte Constitucional, a través de dictamen No. 001-14-DRC-CC, de 31 de octubre de 2014, que contienen 12 cambios que a criterio de los magistrados de la Corte, se realizaron enmiendas (art. 441, Constitución del Ecuador) a través de la Asamblea Nacional, entre las que se encontraban entre otras: la reelección indefinida de autoridades de elección popular.

## 9. Conclusiones.

Todo proceso constituyente conlleva por su propia definición una “refundación” y un cambio de la estructura del Estado, situación que en la mayor parte de democracias occidentales ha sido adoptada como una medida excepcional, pero que en el caso ecuatoriano ha sido una medida común, teniendo en cuenta que la fecha han habido 24 asambleas constituyentes y 20 cartas constitucionales. En consecuencia, la autodenominada “Revolución Ciudadana”, llegó en el momento y en las condiciones ideales, puesto que su proyecto fue: “devolver a los ciudadanos lo que era suyo”, a través de un proceso constituyente, el cual en teoría mejoraría las condiciones de inestabilidad democrática propias de una joven democracia (cambios cíclicos entre la izquierda y la derecha, crisis de los partidos políticos y desinstitucionalización de los 3 poderes del Estado), daría presencia a los invisibilizados (indígenas, jóvenes, discapacitados, jubilados, etc.), y serviría como “bálsamo”, para curar las heridas que dejó la grave crisis financiera ecuatoriana de finales del siglo XX.

Por ello, no es casualidad que un “outsider” como Rafael Correa Delgado, llegó a liderar el proyecto político de Movimiento PAIS, por su perfil académico y ciudadano, quién despertó la confianza entre los actores no tradicionales, que buscaban la renovación y el cambio del Estado, a través de un proceso constituyente, para que el Estado, entendido como “lo público”, asuma nuevamente aquellas competencias y servicios que durante los períodos de gobierno “neoliberales” fueron delegados a la iniciativa privada.

La descentralización fue vista durante los años ochenta y noventa como la panacea de las oportunidades para el desarrollo en América Latina, situación que llegó con cierto retraso al Ecuador y fue visto además como la oportunidad para que los liderazgos locales trasciendan hacia lo nacional (Presidencia de la República), debido a los nichos electorales creados. Así, durante la evolución de la descentralización en el país, destacaría el modelo bicéfalo ecuatoriano, entre Quito y Guayaquil, siendo especial la presencia en el segundo caso de verdaderos cacicazgos por parte del PSC, quienes vieron ésta su oportunidad de generar bastiones de poder y de presión al gobierno central.

Por otro lado, en Ecuador los gobiernos locales fueron vistos como la gran oportunidad de las parroquias de mediano tamaño de adquirir la categoría de cantón (municipio), situación que fue tomada como proclama de política clientelar por los partidos políticos durante las últimas décadas

del siglo XX, generando un peligroso proceso de atomización, pasando de 114 cantones en la década de los setenta, a casi el doble, 221, todo lo cual terminó por desinstitucionalizar la estructura política-administrativa del país. Lo cual se vio acompañado de un poderoso movimiento luchaba por la regionalización y autonomía (véase el caso de Guayas y Manabí), sin comprender que la autonomía se trata de un poder limitado, y que ésta no debe ser confundida con soberanía, ni alterar la estructura del Estado Unitario.

Además, pese a los cambios introducidos con la Constitución (2008) y el C.O.O.T.A.D., no se ha logrado evitar aquella paranoia del gobierno central de turno, por estar presente en todas las obras y los servicios, cuyo objetivo no es más que consolidar la noción de Estado Unitario, y sobre todo un celo infundado por evitar que un gobierno local preste mejores servicios, lo cual se liga al carácter electoral, con el fin de generar un sentimiento de fidelidad respecto de los ciudadanos-electores.

Sin embargo, estoy convencido de las ventajas que supone la aplicación de un modelo descentralizado, pues permite desarrollar un modelo más flexible, debido a lo cual las organizaciones pueden responder con mayor rapidez a las circunstancias cambiantes y necesidades que día a día plantean los ciudadano-usuarios, además permiten alcanzar mayores niveles de eficacia (principio de subsidiariedad), de igual manera la aplicación de la descentralización influye directamente en la innovación, pues las buenas ideas nacen de aquellos servidores que tienen la oportunidad de tratar cara a cara con los usuarios.

En general las instituciones políticas, han jugado un papel preponderante en la evolución de la Ciencia Política, en tal sentido, las múltiples teorías que se han desarrollado a partir de este supuesto intentan explicar qué es una institución, su naturaleza y por supuesto su papel en la teoría institucional. Por ello, se debe hablar de las instituciones pese a las distintas perspectivas, sean éstas organizacionales, históricas, de política económica, etc.

El neoinstitucionalismo pone de manifiesto la importancia que tienen en el análisis de la ciencia política, el contexto institucional, dentro del cual los individuos se desarrollan y comportan, pues es necesario advertir que no todas las organizaciones son iguales, al contrario cada una posee unas características especiales que les diferencian y que a la vez forjan el comportamiento de los actores. Por tanto, Marshal y Olsen (1989), realizan un verdadero lla-

mado al “redescubrimiento de las instituciones”, a través de: a) la estabilidad institucional, b) el cambio institucional, y c) la integración y análisis racional e institucional.

En virtud de lo expuesto, la mayor parte de acciones que suceden, acontecen en las instituciones, siendo por tanto fundamental su análisis dada la influencia que comportan sobre los individuos, razones por las que en la presente investigación he elegido precisamente el análisis institucional, a través de los casos de la gestión del agua potable en el municipalismo ecuatoriano, entendido como el gobierno local de cercanías y en el fortalecimiento necesario e institucionalidad requerida para aplicar los modelos eficaces y eficientes en el resto del país.

## 10. Bibliografía.

- ASENSI SABATER, José (2014). “Origen e historia del Estado Social”, p. 25-40, en NOGUERA FERNÁNDEZ, Albert & GUAMÁN FERNÁNDEZ, Adoración. *Lecciones sobre Estado Social y Derechos Sociales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro (2009). “Del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derechos y justicia”, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, año XV, pp. 775-793.
- BALDA SANTISTEVAN, Rafael (2008). “Hacia un nuevo sistema de gobierno: diseño institucional del presidencialismo en la nueva Constitución del Estado ecuatoriano”, en ÁVILA, Ramiro, GRIJALVA, Agustín y MARTÍNEZ, Rubén. *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- BALBUENA, Arminda et al (2000). “Estado de Derecho y crisis de la soberanía en América Latina: algunas notas entre la pesadilla y la esperanza.”, p. 65-83, en DE CABO, Antonio & PISARELLO, Gerardo (ed.) (2000). *Constitucionalismo, mundialización y crisis del concepto de soberanía. Algunos efectos en América Latina y en Europa*. Alicante: Universidad de Alicante.
- CANALES ALIENDE, José Manuel (2012). “Algunas consideraciones sobre los nuevos retos de la modernización del control de las administraciones públicas contemporáneas”, en Revista Auditoría Pública No. 58, pp. 19-29.

- CASTRO RIERA, Carlos (2008). “Valoración jurídica política de la Constitución del 2008”, en ÁVILA, Ramiro, GRIJALVA, Agustín y MARTÍNEZ, Rubén. *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- CORRAL BURBANO, Fabián (2012). *Apuntes de clases Especialización en Derecho Constitucional*. Cuenca: Universidad del Azuay.
- CRUZ RODRÍGUEZ, Edwin (2012). “Redefiniendo la nación: luchas indígenas y Estado Plurinacional en Ecuador (1990-2008)”, en Nómadas Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas. No. Especial: América Latina.
- DE JOUVENEL, Bertrand (2000). *La Soberanía*. Granada: Editorial Comares S.L.
- DE SOUSA SANTOS, Boaventura (2010). “La hora de l@s invisibles”, en LEÓN, Irene (Coord). *Sumak Kawsay/Buen Vivir y cambios civilizatorios*. Quito: FEDAEPS.
- DÍAZ, Elías (1981). *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Madrid: Taurus Ediciones, S.A.
- FERRAJOLI, Luigi (2001). “Pasado y futuro del estado de derecho”. Revista internacional de filosofía política, No. 17, pp. 31-45.
- GARCÍA ROCA, Javier (2000). “Del principio de la división de Poderes”, en Revista de Estudios Políticos (Nueva Época). No. 108, p. 41-75.
- GARGARELLA, Roberto (1992). “El presidencialismo como sistema contramayoritario”, en NINO, Carlos Santiago et al. *El presidencialismo puesto a prueba*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- GUDYNAS, Eduardo (2009). “La ecología política del giro biocéntrico en la nueva Constitución de Ecuador”, en Revista de Estudios Sociales No. 32, p. 34-47.
- JELLINEK, Georg (2000). *Teoría General del Estado*. Granada: Editorial Comares S.L.
- KRSTICEVIC, Viviana (1992). “Presidencialismo en América Latina”, en NINO, Carlos Santiago et al. *El presidencialismo puesto a prueba*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- LÓPEZ, Adrián y CUBILLOS CELIS, Paula (2009). “Análisis del Referendum Constitucional 2008 en Ecuador”, en ÍCONOS Revista de Ciencias Sociales, No. 33, pp. 13-20.
- LLASAG FERNÁNDEZ, Raúl (2008). “Plurinacionalidad: una propuesta



- constitucional emancipadora”, en ÁVILA SANTAMARIA, Ramiro (Ed.) *Neoconstitucionalismo y Sociedad*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- (2009). “El sumak kawsay y sus restricciones constitucionales”, en FORO Revista de Derecho No. 12, p. 113-125.
- MARTÍNEZ MOSCOSO, A. (2014). “A new concept of the separation of powers. The fifth power: Transparency and Citizen Participation. A new proposal of new Latin American constitutionalism the case of Ecuador (2008)”. Panel Ethics, Transparency and Integrity: Good Government and Democracy. ECPR Graduate Student Conference 2014, Innsbruck 3-5 julio 2014. University of Innsbruck, European Consortium for Political Research. Austria.
- MÉNDEZ LÓPEZ, Josefina & ZALDÍVAR ABAD, Martha. “Revolución constituyente en América Latina: Espina Dorsal del Constitucionalismo de los pueblos”, p. 105-170, en VICIANO PASTOR, Roberto (ed.). *Estudios sobre el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- PALACIOS ROMEO, Francisco (2008). “Constitucionalización de un sistema integral de derechos sociales. De la Daseinvorsorge al Sumak Kawsay”, en ÁVILA, Ramiro, GRIJALVA, Agustín y MARTÍNEZ, Rubén. *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- PASTOR ALBADALEJO, Gema (2014). “Los sistemas electorales”, p. 253-269, en CANALES ALIENDE, José Manuel & SANMARTÍN PARDO, José J. *Introducción a la Ciencia Política*. Madrid: Editorial Universitas, S.A.
- QUIROGA LAVIÉ, Humberto (1991). *Derecho Constitucional Latinoamericano*. México D.F.: Universidad Autónoma de México.
- RAMÍREZ GALLEGOS, René (2010). “La transición ecuatoriana hacia el Buen Vivir”, en LEÓN, Irene (Coord). *Sumak Kawsay/Buen Vivir y cambios civilizatorios*. Quito: FEDAEPS.
- RAMÍREZ GALLEGOS, Franklin (2012). “Reconfiguraciones estatales en Ecuador: 1990-2011”, en THAWAITES REY, Mabel (Ed.). *El estado en América Latina: continuidades y rupturas*. Santiago de Chile: Editorial Arcis & CLACSO.
- SALGADO PESANTES, Hernán (2009). “Proceso constituyente y transición

- en el Ecuador”, en el Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, año XV, pp. 165-178.
- TORRES, Luis Fernando (2009). “El presidencialismo constituyente y el Estado constitucional de Montecristi”, en ANDRADE, Santiago, GRIJALVA, Agustín y STORINI, Claudia (Ed). *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional.
- VESTRI, Gabriele (2012). “Entre constitucionalismo y neoconstitucionalismo. Logros y desafíos”, en Ponencia presentada en el Taller de “Constitucionalismo y Democracia” (TCD). Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- VICIANO PASTOR, Roberto (2008). “La función legislativa en la nueva Constitución del Ecuador”, en ÁVILA, Ramiro, GRIJALVA, Agustín y MARTÍNEZ, Rubén. *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

# CAPÍTULO II

## Un balance de la Participación en la Constitución ecuatoriana del 2008.

AGUSTÍN GRIJALVA JIMÉNEZ  
Universidad Andina Simón Bolívar

### **Introducción.**

En el presente ensayo sugerimos algunas ideas preliminares para un balance de la participación y su relación con el presidencialismo en el nuevo constitucionalismo latinoamericano<sup>53</sup>, con especial énfasis en el caso de Ecuador que durante la última década promulgó una de las Constituciones con mayores innovaciones en la región. Para este balance se realiza una contextualización básica del nuevo constitucionalismo latinoamericano y luego se analiza el desarrollo de la participación en Ecuador luego de promulgada la Constitución. Este análisis de la participación se lo relaciona con ámbitos claves como la política económica (especialmente minería, empresas públicas, formas cooperativas de economía) y la plurinacionalidad (especialmente justicia indígena y educación). Se describen y examinan críticamente casos hito que por su importancia reflejan tendencias estructurales durante la vigencia de la Constitución ecuatoriana del 2008 hasta el presente.

---

<sup>53</sup> Parte de estas ideas, especialmente sobre nuevo constitucionalismo las he expuesto en un ensayo anterior sobre Nuevo Constitucionalismo, Democracia e Independencia Judicial.

## 1. Nuevo constitucionalismo

El neoconstitucionalismo<sup>54</sup>, como se sabe, es una categoría teórica de origen europeo que hace relación a constituciones densas en derechos y garantías.<sup>55</sup> Este es el rasgo fundamental que esta tendencia constitucional comparte con el nuevo constitucionalismo latinoamericano o constitucionalismo transformador, y que debería traer aparejadas específicas, y diríamos que necesarias, consecuencias institucionales tales como el fortalecimiento de los jueces y en particular de los jueces y cortes constitucionales.

Sin embargo, hay otros aspectos que constituyen características propias e importantes del nuevo constitucionalismo latinoamericano, tales como el fortalecimiento de la participación política, la preocupación por la igualdad y la diversidad; los derechos sociales y colectivos, la regulación constitucional de la economía, la apertura al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y el laicismo.<sup>56</sup>

En casos como los de Ecuador y Bolivia estas diferencias se acentúan en vista de la inclusión en los textos constitucionales de principios como el de Estado Plurinacional, la democracia comunitaria, los Derechos de la Naturaleza y el Buen Vivir. Estas preocupaciones propias del nuevo constitucionalismo latinoamericano pueden resumirse en una concepción amplia y radical de democracia, entendida más allá de las elecciones, en sus dimensiones política, cultural y económica<sup>57</sup>.

Las diferencias entre neoconstitucionalismo europeo y este nuevo constitucionalismo latinoamericano no son casuales. En realidad responden a con-

---

<sup>54</sup> En realidad este es un término algo equívoco porque en tanto teoría hace referencia a asuntos y enfoques muy dispares y a veces hasta contradictorios. Puede ser mejor entendido como un conjunto de críticas y debates surgidos en la teoría del Derecho en relación al positivismo jurídico y el constitucionalismo clásicos.

<sup>55</sup> María de los Ángeles Ahumada, “Neoconstitucionalismo y Constitucionalismo”, en Paolo Comanducci, María de los Angeles Ahumada y Daniel González, *Positivismismo Jurídico y Neoconstitucionalismo* (Madrid: Editorial Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009).

<sup>56</sup> Rodrigo Uprimny, “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias desafíos”. Garavito, César Rodríguez (org). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI* (Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011), 109-137.

<sup>57</sup> Para este análisis sobre Bolivia y Ecuador ver Boaventura de Sousa Santos, *Refundación del Estado en América Latina*, Quito, Editorial Abya Yala, 2010.

diciones históricas tanto mediatas como inmediatas que antecedieron a los respectivos procesos constituyentes. Nada nuevo surge de la nada y este nuevo constitucionalismo tampoco puede escapar a la tradición constitucional de la región.

Respecto a las condiciones mediatas, el nuevo constitucionalismo latinoamericano tiene raíces propias en las corrientes constitucionales de democracia radical que se desarrollaron en el continente<sup>58</sup> en otros períodos históricos. El interés por la democracia ha sido una constante en las sociedades latinoamericanas, marcadas fuertemente por la exclusión y la desigualdad. La preocupación por los derechos sociales y económicos, por ejemplo, nos remite a múltiples constituciones latinoamericanas que los desarrollaron en las primeras décadas del siglo veinte, entre las cuales destaca por supuesto la Constitución mexicana. La necesidad de pensar nuevos modelos de constitución económica tiene relación directa con la historia latinoamericana del rol del Estado en la economía, y la proclamación del Estado plurinacional expresa nuestra experiencia histórica colonial, y la correspondiente lucha de los pueblos indígenas.

Respecto a las condiciones inmediatas o directas hay que recordar que a partir de los años noventa del siglo veinte estas constituciones buscaron ampliar la participación política de los ciudadanos y sus organizaciones. Esta fue una respuesta a la desilusión con la democracia representativa, y en especial con los partidos políticos y el poder legislativo, en muchos países de la región. Por otra parte, el importante fortalecimiento del rol del Estado en la economía fue claramente una respuesta a los procesos de privatización y desregulación del período neoliberal precedente. Así mismo, como ha planteado Boaventura de Sousa Santos el fortalecimiento de los derechos, especialmente los derechos sociales, económicos y culturales, vino a integrar una nueva promesa de la izquierda frente a la crisis de los países socialistas. En este contexto de protección y promoción de derechos se explica también la importancia que estas cartas dan formalmente a las garantías y a los jueces.

Sin embargo, hay una variable que muestra fuerte continuidad entre las constituciones de corte neoliberal y las del socialismo del siglo veintiuno. Es una continuidad que, a su vez, tiene remotos antecedentes en la historia latinoamericana. Se trata del inveterado fortalecimiento del Ejecutivo, y es-

---

<sup>58</sup> Roberto Gargarella, *La Sala de Máquinas de la Constitución*, Katz Editores, Buenos Aires, 2014.

pecíficamente del Presidente de la República. Esta continuidad se expresa en mayores poderes para el Presidente, el debilitamiento del legislativo y el judicial, y en el caso del nuevo constitucionalismo en la posibilidad de reelección indefinida. ¿cómo se explica esta paradoja?

En realidad tanto estos gobiernos neoliberales como los del socialismo del siglo veintiuno contaron generalmente con Presidentes que alcanzaron alta popularidad, mayorías legislativas e incidencia importante sobre los jueces constitucionales. Es bajo tales condiciones que estos presidentes promovieron incluso su reelección para llevar adelante sus programas. En el caso del neoliberalismo se buscó desarrollar programas de ajuste y estabilización macroeconómica, mientras que los gobiernos llamados socialistas buscaron impulsar una modernización de infraestructura y políticas de redistribución económica en base al aumento de ingresos estatales por exportaciones de petróleo, minerales u otros bienes primarios. En ambos casos, tanto para desregular como para regular, tanto para privatizar como para nacionalizar, se requerían ejecutivos fuertes con capacidad de imponerse a las resistencias sociales que generan estos procesos. Esta lógica llevó al hiperpresidencialismo.

El problema del hiperpresidencialismo es que constituye una dimensión o componente estructural claramente contradictorio con los demás postulados del nuevo constitucionalismo. La concentración de poder que implica el hiperpresidencialismo es contraria a la profundización de la democracia mediante la participación. Es también contraria al respeto a los derechos, los cuales por su condición siempre limitan y orientan al poder<sup>59</sup>. En particular, dicha centralización del poder es contraria a un Estado Plurinacional, cuyo fundamento es la descentralización del poder y el reconocimiento de la diversidad de pueblos indígenas. Así mismo, es contraria a la independencia tanto del sistema judicial como de la jurisdicción constitucional y a la autonomía de los órganos de control. También hay una clara oposición entre

---

<sup>59</sup> En realidad esta tensión entre un Ejecutivo fuerte, la participación y los derechos ha sido una constante en la historia constitucional latinoamericana, que antes se expresó en el conflicto entre constitucionalismo conservador, republicano y liberal. Ver Roberto Gargarella, *op cit.* Para una visión de esta tensión en la Constituyente ecuatoriana del 2008 ver Pablo Andrade, *El reino (de lo) imaginario: los intelectuales políticos ecuatorianos en la construcción de la Constitución de 2008 (Tema Central)*. En *Ecuador Debate*. La Cuestión de los intelectuales, Quito: CAAP, (no. 85, abril 2012): pp. 35-47.

hiper-presidencialismo y cualquier esquema de descentralización en el régimen territorial.

Por otra parte, como planteamos en una investigación sobre justicia indígena y plurinacionalidad en Ecuador y Bolivia<sup>60</sup> dirigida por Boaventura de Sousa Santos, la política económica extractivista impulsado desde el hiperpresidencialismo requiere inhibir o al menos limitar los procesos de participación (como los de autonomía indígena, incluyendo su propia justicia). En efecto, dicha participación puede articularse directa o indirectamente como mecanismos de resistencia a las actividades extractivas que lleva adelante el Estado y las transnacionales. En cierto sentido en el presente estudio extendemos esta hipótesis desarrollada en dicha investigación a otras formas de participación.

## 2 Democracia directa y participación política

Es claro que la democracia definida en varias de las más recientes constituciones latinoamericanas va más allá de la democracia representativa, pero la incluye. Es más, la propia democracia representativa viene, desde las reformas constitucionales de los años noventa, a ser redefinida en la región mediante la incorporación de formas de democracia directa y semidirecta u otros mecanismos de participación que incluyen el referéndum, el plebiscito, la revocatoria del mandato o la iniciativa legislativa.

Estos mecanismos aunque potencialmente pueden enriquecer la democracia representativa, no deben ser tomados sin beneficio de inventario. Nuria Cunill<sup>61</sup> ha resumido y analizado múltiples casos, en América Latina y en otras partes del mundo, en que las expresiones supuestamente mayoritarias o participativas han servido no para transformar relaciones de poder y redistri-

---

<sup>60</sup> Boaventura de Sousa Santos y Agustín Grijalva (editores), *Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador*, Quito, Editorial Abya Yala, 2012.

<sup>61</sup> Nuria Cunill Grau, *Repensando lo Público a través de la Sociedad*, Caracas, Editorial Nueva Sociedad, 1997. Sobre las reformas constitucionales en los noventa en América Latina Cunill destaca que: “las reformas recurrentes se orientan a la introducción de las figuras de la iniciativa popular en la formación de las leyes y del referéndum en el nivel nacional, concebidos como derechos políticos de participación ciudadana. La Constitución de Argentina, reformada en agosto de 1994, incluye ambas figuras como derechos, y así también ocurre en las nuevas constituciones de Perú (Septiembre de 1993), y de Colombia (Octubre de 1991). Previamente habían sido incorporadas en la Constitución de Brasil, promulgada en Octubre de 1988” (pág. 83).

buir recursos más igualitariamente sino para legitimar el status quo e incluso facilitar reformas conservadoras.

De hecho, durante los años noventa las reformas constitucionales que en América Latina introducen mecanismos de participación directa como la iniciativa legislativa popular, el referéndum, el plebiscito y múltiples mecanismos de democracia participativa, coinciden con los procesos de reducción del Estado y transferencia de sus recursos y competencias al sector privado. Y es que, como indicábamos anteriormente, en muchas ocasiones la participación ciudadana ha sido reducida a un mecanismo puramente funcional a las necesidades de información y gestión de la burocracia o a las necesidades de control corporatista de gobiernos populistas y autoritarios, e incluso de dictaduras<sup>62</sup>.

El precisar en qué condiciones la participación es realmente democrática y conducente a la efectivización de derechos humanos tiene especial importancia hoy en América Latina. Varios de los gobiernos que se presentan como progresistas en la región vienen organizando consejos ciudadanos de diversa índole. Es necesario estudiar críticamente estas experiencias a efectos de determinar de qué forma transforman o reproducen relaciones de poder y redistribuyen recursos. Una condición clave a tomar en cuenta es la evaluación de cómo estas formas de organización popular se relacionan con el Estado, y específicamente con el gobierno de turno. Sin autonomía y derechos habilitantes las experiencias participativas degeneran en mecanismos de control político con efectos excluyentes y autoritarios, es decir con efectos contrarios a lo que implica el fortalecimiento de la democracia.

Sin embargo al instaurarse gobiernos latinoamericanos denominados progresistas y al dictarse nuevas constituciones o reformarse las existentes se produce paralelamente un crecimiento del Estado. ¿Ha significado este crecimiento una mayor y mejor participación política de los ciudadanos? ¿Cómo ha incidido dicha participación en la efectividad de los derechos y en la redistribución de poder y recursos económicos?

---

<sup>62</sup> Un ejemplo muy claro de lo primero es el caso del gobierno de Fujimori, mientras que la segunda situación es ejemplificada bien por el gobierno de Pinochet. Ambos, en mayor o menor medida, apelaron a la participación de la sociedad civil como una justificación de procesos de privatización y desmantelamiento del Estado. Algunos de los gobiernos llamados progresistas como el caso ecuatoriano, en cambio, parecen haber apelado a la participación no solo para “recuperar” el Estado sino para yuxtaponerlo a la sociedad.



*La Participación en la Constitución ecuatoriana del 2008*

A diferencia de la Constitución codificada en 1998 que establecía la clásica división en legislativo, ejecutivo y judicial, la Constitución del 2008 establece cinco funciones, pues a las tres funciones clásicas agrega otras dos: la función electoral, y la de transparencia y control social. Esta última tiene como fin promover la participación, los derechos, el control de los servicios públicos y el combate a la corrupción<sup>63</sup>.

La Constitución del 2008 fortaleció nominalmente la participación de los ciudadanos en la gestión pública, la fiscalización y la lucha contra la corrupción. La Constitución ecuatoriana anterior, promulgada en 1998, ya establecía una Comisión de Control Cívico de la Corrupción que recepcionaba denuncias contra presuntos delitos para solicitar a las autoridades judiciales su juzgamiento y sanción (art. 220). La Constitución del 2008 transfiere estas competencias a esta nueva función del Estado, con igual jerarquía que las funciones ejecutiva, legislativa, judicial, y electoral, denominada Función de Transparencia y Control Social. (Art 204).

El principal organismo dentro de esta nueva Función del Estado es el Consejo Nacional de Participación Ciudadana y Control Social (art 207). Los miembros del Consejo de Participación son designados mediante concurso a realizarse luego de un proceso de impugnación de los candidatos, bajo veeduría ciudadana. Entre las funciones del Consejo se destacan la lucha contra la corrupción, promover la participación de los ciudadanos, y designar al Defensor del Pueblo, Defensoría Pública, Fiscal General, Contralor General, y miembros del Consejo Nacional Electoral y Tribunal Contencioso Electoral. (art 208).

Tras nueve años de vigencia de esta Constitución se puede concluir que, pese a concebirla como una nueva Función del Estado, y a la innovación que supuso la creación del Consejo de Participación Ciudadana, no ha mejorado la participación ciudadana ni el control sobre la corrupción pública<sup>64</sup>. Por el

---

<sup>63</sup> Art. 204 de la Constitución del Ecuador

<sup>64</sup> Es pública la multiplicación de la corrupción en el país. Así, por ejemplo, solo la empresa Oderbrecht, según el Departamento de Justicia de EEUU, pagó en Ecuador 33.5 millones de dólares en coimas para contratos públicos, aunque hay que precisar que a la presente fecha aún no se conocen los nombres de los respectivos funcionarios públicos.

contrario, esta nueva Función ha contribuido al debilitamiento de la fiscalización por parte de los ciudadanos y de los órganos de control. Por otra parte, ha supuesto un desplazamiento del legislativo tanto en sus tareas fiscalizadoras como en la designación de los titulares de organismos públicos de control y de derechos humanos.

En efecto, este Consejo adolece de graves problemas de representatividad e incluso legitimidad política. Mientras que la noción de participación tiene que ver con la intervención directa, no mediada, de los ciudadanos en los asuntos de interés público, la conformación de este Consejo se basa en un concurso, es decir en supuestos y confusos méritos para seleccionar funcionarios que no tienen ninguna representatividad social o política, en tanto no han sido elegidos por nadie. De esta forma, en lugar de complementariedad se produce una confusión entre democracia participativa, democracia representativa y meritocracia.

El artículo 100 de la Constitución ecuatoriana establece además la posibilidad de organizar otros muchos mecanismos de participación ciudadana<sup>65</sup> tales como audiencias públicas, cabildos populares, asambleas, consejos consultivos, observatorios y veedurías a efectos de aprobar planes de desarrollo en las diversas instancias territoriales e institucionales del Estado ecuatoriano. Se crean así mismo Consejos Nacionales de Igualdad, integrados por representantes de la Función Ejecutiva y de la sociedad civil, y cuya función es combatir la discriminación, marginación y exclusión.

En esa misma línea se fortalece lo que la Constitución denomina democracia directa, mediante la ampliación de la revocatoria del mandato a todas las autoridades públicas (art 105), así como la ratificación y mayor regulación constitucional de la iniciativa de la ciudadanía para presentar proyectos de ley (art 103). Incluso se delinean instituciones novedosas, como la de la *silla vacía* (posibilidad de un representante ciudadano en las sesiones públicas de gobiernos autónomos descentralizados) (art 101).

Los estudios empíricos sobre la implementación de estos numerosos mecanismos constitucionales de participación son aún escasos. Sin embargo,

---

<sup>65</sup> Para un muy buen panorama institucional y jurídico de estas instituciones ver Albert Noguera y Marco Navas, *Los Nuevos Derechos de Participación ¿Derechos constituyentes o constitucionales?*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016

puede plantearse la hipótesis de un desarrollo muy desigual y en balance insuficiente o negativo. Por ejemplo, desde su tardía creación varios de los nuevos consejos tienen mayoría de delegados del Ejecutivo, están presididos por éstos<sup>66</sup> o tienen un desarrollo marginal<sup>67</sup> y muy baja incidencia en procesos como la planificación.<sup>68</sup> La ampliación y regulación de la revocatoria del mandato derivó en cierta manipulación y abuso de esta institución.<sup>69</sup> Instituciones novedosas como la silla vacía son aún de escasa y confusa aplicación e incluso han sido distorsionados<sup>70</sup>. Un resultado ejemplificativo en la misma dirección y especialmente preocupante ha sido el de una veeduría ciudadana integrada para revisar los contratos públicos a favor de un hermano del Presidente Correa. En este caso, se iniciaron juicios penales contra dos de los cuatro veedores por su conclusión de que el Presidente sí conoció de tales contratos. Los veedores fueron sentenciados a un año de cárcel.

Así mismo, la Constitución en su artículo 95 caracteriza la participación como un derecho que se ejerce a través de los mecanismos de la democracia representativa, directa y comunitaria. El artículo 96 llega incluso a reconocer a todas las formas de organización de la sociedad como “expresión de la soberanía popular” para incidir en todas las decisiones y políticas públicas. En la práctica, sin embargo, lo que se ha producido es una criminalización de los defensores de derechos humanos y un ataque sistemático al derecho a la protesta social<sup>71</sup> y al de asociación, tanto mediante figuras legales establecidas en

---

<sup>66</sup> Pablo Ospina. “La Participación Ciudadana en Ecuador (2009-2012)” en *Horizontes de los Derechos Humanos – Ecuador 2012*, Edit. Gina Benavides y Gardenia Chávez, Quito, 2013.

<sup>67</sup> Holguer Córdova. *Derechos sin Poder Popular*, Quito, Centro de Estudios Estratégicos, 2013.

<sup>68</sup> Daniela Orrantía. *Análisis crítico de la Planificación participativa en la elaboración del Plan Nacional del Buen Vivir 2013-2017*, Quito, Tesis de Maestría UASB, 2015.

<sup>69</sup> Edwin Malacatus. *La Revocatoria del Mandato como derecho establecido en la actual Constitución y Legislación del Ecuador*, Quito, Tesis de Maestría UASB, 2016.

<sup>70</sup> José Luis Castro, *La Silla Vacía como Mecanismo de Participación Ciudadana*, Quito, Tesis de Maestría UASB, 2014.

<sup>71</sup> Ver el Informe *Criminalización de la Protesta Social Frente a Proyectos Extractivos en Ecuador*, formulado por la Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH) en [www.fidh.org](http://www.fidh.org)

el nuevo Código Integral Penal dictado por el régimen (sabotaje, terrorismo, rebelión, etc.) y aplicadas a numerosas protestas<sup>72</sup>, como mediante el Decreto 16 promulgado en Junio del 2013, el cual ha permitido al Ejecutivo la disolución de organizaciones contrarias a sus políticas<sup>73</sup>. Esta es una situación profundamente paradójica en un país cuya Constitución consagra incluso el derecho a la resistencia frente a acciones u omisiones del poder público que violen derechos (art. 98).

El diseño constitucional de la participación en la Constitución ecuatoriana del 2008 es, por tanto, en sí mismo contradictorio, y por otro lado las políticas del gobierno han sido más bien violatorias del derecho a la participación. Por un lado incluye una proliferación de mecanismos de participación, mientras que por otra parte “estatiza la participación”, reduciéndola a una “función del Estado” diferenciada, cuando la participación debe ser un mecanismo transversal de todas las instituciones públicas, de todas las funciones del Estado en su relación con la sociedad, teniendo por cierto como eje preponderante a ésta última. Sin embargo, los titulares de la función de participación son designados por concurso, lo cual en la práctica ha facilitado su cooptación por parte del Ejecutivo<sup>74</sup>, esto a su vez ha viabilizado su injerencia en la designación de los titulares de los órganos de control<sup>75</sup>. De esta forma, una institucionalidad que debía propiciar la participación social, en realidad ha servido para despojar al legislativo de sus funciones de fiscalización y control

---

<sup>72</sup> Sobresalen varias protestas urbanas, marchas y protestas indígenas, como por ejemplo en el sur del país el caso de Saraguro en que se llegó a enjuiciar a varios manifestantes, así como conflictos en la Amazonía, en ocasiones con detenciones y enjuiciamientos penales a dirigentes sociales, debido al avance de los proyectos de minería impulsados por el gobierno y rechazados por estas organizaciones indígenas. También ha existido abuso de declaratoria del estado de excepción durante algunas de las mencionadas protestas.

<sup>73</sup> Es el caso de organizaciones ecológicas incluso de larga trayectoria como Pacha Mama y Acción Ecológica, o de carácter gremial como la Unión Nacional de Educadores (UNE). El decreto estableció un sistema de reinscripción y entrega de información de todas las ONGs del país, así como amplios criterios de creación y disolución jurídica de estas organizaciones que han dado lugar a una alta discrecionalidad del Estado.

<sup>74</sup> Muchos de los consejeros han estado vinculados al Ejecutivo anteriormente como altos funcionarios o asesores de ministros.

<sup>75</sup> Incluso los titulares en funciones se han vuelto a presentar a nuevos concursos para repetidos períodos, tal ha sido el caso del Fiscal General, El Contralor, El Defensor del Pueblo.

político, controlar o reducir la participación ciudadana y en su lugar afianzar el hiper-presidencialismo.

En efecto, conceptualmente podríamos distinguir a este respecto dos formas de participación: *la participación como legitimación* y *la participación como democratización*. *La participación como legitimación* es inducida en la sociedad y sus organizaciones verticalmente desde el poder del Estado, busca legitimar lo ya decidido o lo que va a decidirse luego a nivel de las élites políticas y la administración pública, privilegia la cantidad de talleres, reuniones, asambleas, etc., sobre su calidad; puesto que no democratiza las decisiones en realidad no redistribuye el poder político y tampoco necesariamente el económico. Un ejemplo muy claro sería la consulta no vinculante.

En contraste, *la participación como democratización* nace de las mismas organizaciones y movimientos sociales, busca democratizar efectivamente las decisiones y por tanto direcciona realmente a la burocracia estatal, no sacrifica nunca la calidad a la cantidad de reuniones o mecanismos participativos pues debe asegurar condiciones reales de información, igualdad, y seguimiento reales; por su naturaleza tiende a propiciar una redistribución real del poder público y de los bienes económicos y culturales. Un ejemplo muy claro de este tipo de participación son las mejores prácticas de presupuestos participativos.<sup>76</sup>

A continuación, para ilustrar esta diferencia, examino el caso de la consulta popular convocada en Ecuador por el Presidente Rafael Correa en 2011. Como veremos, este es un claro ejemplo de participación legitimadora que por vía de restricción de la independencia judicial concentró en lugar de redistribuir el poder. Luego se examinan otras dos consultas populares frustradas o bloqueadas por el gobierno de Correa, lo cual corrobora la tesis mencionada de la instrumentalización de la participación.

Ecuador, en particular, ha realizado desde su regreso a la Democracia en 1978 numerosos referéndums y consultas populares sobre los más diversos temas. Esta nación comparte con Uruguay la condición de ser uno de los países con mayor número de referéndums y plebiscitos en la región. Sin embargo, hay importantes diferencias puesto que en Uruguay, a partir de 1989 y el re-

---

<sup>76</sup> Archon Fung y Eric Olin Wright, *Democracia en Profundidad: nuevas formas institucionales de gobierno participativo con poder de decisión*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2013.

greso a la democracia, muchos plebiscitos y referéndums han sido impulsados por los propios ciudadanos y sus organizaciones, mientras en Ecuador hasta el 2008 han sido los presidentes los que han recurrido a este mecanismo para consolidarse o legitimarse en el poder.

### *La Consulta Popular del 2011*

La consulta popular de 7 de Mayo del 2011 en Ecuador muestra justamente como una participación plebiscitaria puede ser utilizada para legitimar una mayor concentración del poder, en lugar de su democratización. Esta consulta permitió al Presidente Correa aumentar significativamente la injerencia del Ejecutivo y otras instancias públicas bajo su influencia en la designación de los miembros del Consejo de la Judicatura, erosionando de esta forma el diseño que la Constitución había previsto para resguardar la independencia judicial.

En Febrero del 2011, Correa convocó simultáneamente a un referéndum y a una consulta popular. En Ecuador, lo primero se refiere a una reforma a la Constitución, y lo segundo a asuntos que el Presidente considera de gran importancia pública<sup>77</sup>. Entre referéndum y consulta se incluyeron en total diez preguntas sobre muy diversos temas. Lo fundamental, sin embargo, se hallaba en una reforma constitucional a la forma de integración del Consejo de la Judicatura.

Las preguntas 4 y 5 del referéndum convocado por el Presidente Correa plantearon una reforma a la Constitución, así como a varios artículos del Código Orgánico de la Función Judicial. El principal cambio implicaba disolver el Consejo de la Judicatura en funciones y nombrar un Consejo de Judicatura de Transición por un plazo de 18 meses, integrado por tres miembros, uno designado por la Función Ejecutiva, otro por la Función Legislativa, y otro por la Función de Transparencia y Control Social<sup>78</sup>. Luego de este lapso debía nombrarse un Consejo de la Judicatura definitivo con una diferente composición en base a las nuevas reglas que reformaban la Constitución. El nuevo

<sup>77</sup> Constitución del Ecuador art. 147 numeral 14 y art. 441 numeral 1.

<sup>78</sup> Como indicamos esta Función fue creada en la Constitución del 2008, y está integrada por el Defensor del Pueblo, El Contralor General, un Consejo orientado a la participación ciudadana, entre otros. Sus principales competencias tienen que ver con rendición de cuentas, control de la corrupción e incentivo a la participación.

Consejo de la Judicatura pasaba a estar integrado por 5 delegados y sus suplentes, elegidos por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social de ternas enviadas por el Presidente de la Corte Nacional de Justicia, El Fiscal General del Estado, el Defensor Público, por la Función Ejecutiva y por la Asamblea Nacional. La reforma incluyó además varios cambios en la estructura funcional y atribuciones de las instancias internas del Consejo de la Judicatura.

En lo principal, esta reforma cambió el diseño institucional concebido originalmente en la Constitución del 2008 para la integración del Consejo de la Judicatura. En esta Constitución el Consejo de la Judicatura era un órgano que se integraba y funcionaba de forma autónoma respecto de las demás funciones del Estado, sin participación de delegados de ninguna de ellas. La Constitución preveía la designación de los nueve miembros del Consejo de la Judicatura mediante un concurso público de méritos y oposición en que se combinaban profesionales de Derecho y Administración. Este concurso debía ser organizado por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social<sup>79</sup>. El referéndum propuesto por el Presidente Correa cambió totalmente este modelo.

La reforma propuesta por el Presidente Correa implicaba una reforma constitucional de orden orgánico sujeto a control constitucional. Por tal razón, la Corte Constitucional examinó las preguntas para determinar si el procedimiento adoptado era el adecuado.

Conforme al Artículo 441 de la Constitución ecuatoriana el Presidente solo puede someter a referéndum reformas a la Constitución que no alteren la estructura fundamental o el carácter y elementos constitutivos del Estado. En consecuencia se produjo un debate entre quienes se oponían a la consulta, aduciendo que la reforma a la integración del Consejo de la Judicatura alteraba la estructura del Estado, y el Ejecutivo que afirmaba que la reforma no tenía dicho alcance<sup>80</sup>. Esta división de criterios se generó también en el seno de la

---

<sup>79</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Registro Oficial No. 449, 20 de octubre de 2008, Arts. 179 y 180 (antes de la reforma).

<sup>80</sup> Es también necesario señalar que las preguntas 1 y 2 de la Consulta planteada por el Presidente Correa hacían en cambio referencia a restricciones al poder de los jueces para el otorgamiento de medidas cautelares, esto es medidas judiciales urgentes para la protección de derechos. Para este tipo de reformas, la Constitución en su Artículo 442 también limita la iniciativa del Presidente, pues indica que no podrá plantear reformas constitucionales que restrinjan derechos o garantías constitucionales.

Corte Constitucional, cuya mayoría de magistrados planteó, en consonancia con el Ejecutivo, que la forma de designación de los miembros del Consejo de la Judicatura era un asunto distinto y sin relación con la independencia de los mismos.

En resumen, la mayoría de la Corte esgrimió dos argumentos centrales: 1) la forma de elección de los miembros del Consejo de la Judicatura no afecta la independencia ni la estructura del Estado; y, 2) debe en todo caso prevalecer la decisión democrática de la mayoría de ciudadanos que se puede y debe expresar en el referéndum. Ante estos argumentos, la minoría de la Corte presentó una visión contraria, según la cual la forma de designación de los miembros del Consejo de la Judicatura tiene directa relevancia para la independencia judicial. La razón de ello, como se dijo, es que en la historia constitucional ecuatoriana tanto el Ejecutivo como el Legislativo han buscado, por razones político-partidistas, controlar a los jueces mediante su destitución y designación. Justamente por esta razón la Constitución ecuatoriana eliminó la participación de estas funciones en la elección de los miembros del Consejo.

Finalmente, los resultados del referéndum favorecieron al gobierno en todas las preguntas, aunque el margen con el cual el Presidente ganó en el caso de las preguntas sobre el Consejo de la Judicatura fue reducido (53.8 %). El caso de Ecuador muestra como la democracia plebiscitaria puede erosionar la independencia judicial. Incluso, hay graves cuestionamientos y preocupaciones respecto a la independencia de los jueces y a condiciones institucionales del sistema de justicia. De hecho, las veedurías e informes internacionales que han estudiado la designación de nuevos jueces o en general el sistema judicial<sup>81</sup> en Ecuador han formulado observaciones que confirman la existencia de estos problemas.

En definitiva, los límites al Poder Ejecutivo fueron afectados por los resultados del referéndum al menos en dos sentidos. Primero, porque el Ejecutivo en Ecuador ha vuelto a tener una injerencia directa en la designación y

---

<sup>81</sup> Ver, por ejemplo, el informe del juez Baltazar Garzón y otros veedores internacionales sobre la justicia en Ecuador en [http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doc\\_rina35446.pdf](http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doc_rina35446.pdf). También la obra colectiva *Independencia Judicial Insuficiente, prisión preventiva deformada*, Washington, Due Process of Law Foundation, 2013. Para estudios de caso puede verse Luis Pásara, *Independencia Judicial en la Reforma de la Justicia Ecuatoriana*, DPLE, 2014.



remoción y por este medio en las decisiones de los jueces<sup>82</sup>. Y segundo, porque el debilitamiento de la independencia judicial implica un menor control sobre el Ejecutivo, erosionando así el Estado de Derecho y favoreciendo la corrupción.

### *Bloqueo a nuevas consultas*

Bajo la Constitución del 2008 se ha discutido la necesidad de una consulta popular a nivel nacional en otras tres ocasiones. Primero, en relación al Proyecto Yasuní ITT iniciado en el 2007; segundo, respecto a un conjunto de reformas constitucionales impulsadas por Correa a finales del 2015, entre las que se incluye la reelección indefinida. Finalmente, Rafael Correa convocó a una consulta popular para el 19 de Febrero del 2017 respecto a establecer la prohibición legal de inversiones de funcionarios públicos en paraísos fiscales.

En cuanto al Proyecto Yasuní ITT, hay que aclarar que básicamente consistió en mantener inexplorados unos 856 millones de barriles de petróleo en el subsuelo de una zona intangible de la Amazonía ecuatoriana de alta biodiversidad y en la que viven además pueblos indígenas no contactados. Al mantener bajo tierra el petróleo, Ecuador disminuiría la contaminación del ambiente, daños ecológicos y culturales al evitar la emisión de 407 millones de toneladas métricas de dióxido de carbono a cambio de pagos internacionales por unos 350 millones de dólares anuales, a modo de compensación por ingresos no percibidos.

Esta iniciativa de mantener el petróleo bajo tierra correspondía a lo establecido en el artículo 407 de la Constitución ecuatoriana, en el cual se prohíbe clara y expresamente cualquier actividad extractiva en zonas declaradas intangibles, salvo declaración de interés nacional solicitada por el Presidente. Esta excepción era inaplicable en el caso del Yasuní, pues el artículo 57 de la carta, en su parte final, prohíbe de forma absoluta tal explotación en zonas habitadas por pueblos indígenas no contactados<sup>83</sup>.

---

<sup>82</sup> En realidad la reforma constitucional tuvo un carácter puramente orgánico, pero ilustra claramente como la organización del poder afecta de forma directa derechos y principios como el de debido proceso, independencia judicial, y por esta vía a todos los derechos justiciables.

<sup>83</sup> He analizado esta prohibición constitucional en Agustín Grijalva, Régimen Constitucional de Biodiversidad, Patrimonio Natural, Ecosistemas Frágiles, y Recursos Naturales Renovables,

Sin embargo el 15 de Agosto del 2013, al no recaudar suficientes fondos internacionales, el gobierno de Correa dio por terminada la iniciativa ITT para la no explotación del Yasuní. Ante esta decisión varias organizaciones populares y el colectivo Yasunidos iniciaron una campaña nacional de recolección de firmas para la convocatoria a una consulta popular en que se respaldara la no explotación del Yasuní<sup>84</sup>. Luego de varios meses y dificultades de procedimiento se llegaron a recoger 673.862 firmas que fueron presentadas al Consejo Nacional Electoral el 12 Abril del 2014. Sin embargo, luego de varios actos de violación al debido proceso, represión y agresión mediática, se anularon ilegalmente miles de estas firmas, impidiendo así la consulta.

La frustrada consulta popular sobre el Yasuní ilustra claramente el desfase entre, por un lado, los postulados constitucionales de participación, derechos de la naturaleza y de los pueblos indígenas en un estado proclamado plurinacional e intercultural, y por otro lado la actuación real del gobierno de Correa. Pese al amplio respaldo en la opinión pública para evitar la explotación del Yasuní, que buscó expresarse mediante la consulta, el Presidente Correa mediante decreto dio por terminada la iniciativa ITT y declaró de interés nacional la explotación del Yasuní, lo cual fue ratificado por la mayoría oficialista en la Asamblea Nacional. Correlativamente, la Corte Constitucional y el Consejo Nacional Electoral, también alineados con la posición del Ejecutivo, actuaron para bloquear la consulta popular.

En definitiva toda la institucionalidad estatal actuó de forma sistemática y coordinada para violar los derechos de participación, ambientales y de los pueblos indígenas, en función de la política extractivista del régimen. El gobierno, paradójicamente, como ha sucedido en otros países de América Latina, usó como principal argumento para dicha explotación la necesidad de recursos económicos para financiar la satisfacción de los derechos sociales de los más pobres.

Una segunda discusión sobre la pertinencia o no de una consulta popular se refirió a 16 enmiendas constitucionales presentadas en el 2015 a la

---

publicado en Grijalva A; Pérez E; y Oyarte R. Desafíos del Derecho Ambiental Ecuatoriano frente a la Constitución Vigente, Quito, CEDA, 2010.

<sup>84</sup> También el gobierno, como parte de su respuesta, movilizó organizaciones afines y a 33 alcaldes amazónicos para recolectar firmas apoyando la explotación petrolera en el parque Yasuni.

Asamblea Nacional por Alianza País, el partido de gobierno, entre las cuales se incluyó restricciones a la consulta popular, a los derechos de asociación y huelga, y de comunicación, disminución de competencias de la Contraloría y ampliación de competencias de las Fuerzas Armadas en el resguardo del orden interno, así como la reelección indefnida del Presidente de la República y demás autoridades de elección popular.

La oposición al gobierno de Correa insistió en que esta reforma constitucional sea realizada mediante una consulta popular o referéndum, en vista de su importancia política y de sus efectos justamente sobre los derechos y la democracia. Sin embargo, el gobierno de Correa se rehusó a procesar la reforma vía referéndum y, valiéndose de su mayoría legislativa e injerencia en la Corte Constitucional, tramitó y aprobó la reforma vía enmienda en la Asamblea Nacional en Diciembre del 2015, si bien mediante una disposición transitoria no se dio aplicación inmediata a la reforma que introdujo la reelección indefnida, excluyendo así, por esta ocasión, la posibilidad de reelección de Correa.

Es notorio que las reformas propuestas por el bloque legislativo oficialista apuntaron todas en dirección a la restricción de varios derechos de participación. En efecto, la reforma constitucional limitó la institución misma de la consulta popular al exigir que esta se refiera a materias dentro de las competencias legales de los municipios y otros gobiernos seccionales autónomos. La reforma también restringió, como analizamos luego, los derechos de sindicalización, negociación colectiva y huelga de trabajadores públicos. Por otra parte, fortaleció la capacidad de control y represión interna al extender estas funciones a las Fuerzas Armadas. Lamentablemente este no es un fenómeno aislado, al igual que en otros países de América Latina con constituciones progresistas, en Ecuador durante la fase postconstituyente se ha desarrollado legislación, jurisprudencia, políticas públicas e incluso reformas constitucionales que en lugar de desarrollar tales derechos los han restringido o, abiertamente, violado.

Así por ejemplo, el establecimiento de la reelección indefnida en Ecuador, al igual que en Venezuela, Nicaragua y Bolivia, devela un grave deterioro de la democracia representativa en estos países. En lugar de complementar y enriquecer la democracia representativa, mediante el ejercicio de los numerosos mecanismos de democracia directa y de participación, como lo establecen las

constituciones de estos países, lo que observamos en la práctica es una grave distorsión de los procesos electorales<sup>85</sup>. En esta distorsión han participado además de manera dependiente del Ejecutivo tanto las legislaturas como los jueces constitucionales.

En efecto, la reelección presidencial indefinida evidencia la adscripción personalista a un líder por parte de los movimientos y organizaciones que apoyan al gobierno de turno. De este modo, en lugar de fortalecer la participación de las organizaciones populares para dar continuidad a proyectos de cambio, lo que se ha ido gestando es una desinstitucionalización general de partidos y movimientos políticos en torno a una cultura política crecientemente caudillesca y por tanto excluyente de una mayor y mejor participación.

Más recientemente el Presidente Correa convocó a una consulta popular sobre la prohibición de que las autoridades de elección popular y servidores públicos puedan tener bienes o capitales de cualquier naturaleza en paraísos fiscales. Esta consulta se realiza el 19 de Febrero del 2017, la misma fecha de las elecciones presidenciales y legislativas. Nuevamente se trata de una iniciativa por decreto tomada por el Presidente y avalada por la Corte Constitucional en una coyuntura de fuerte polarización y rivalidad electoral, en un país con fuertes escándalos por la remisión de recursos a paraísos fiscales, a partir de los panamá papers.

La Consulta popular del 2011, al igual que la negativa del gobierno de Correa en el 2013 para dar paso a la participación democrática sobre la iniciativa Yasuní ITT, y las enmiendas constitucionales del 2015, incluyendo la reelección indefinida, como la más reciente consulta sobre paraísos fiscales, muestran el uso selectivo y sesgado del referéndum o consulta popular. Esta se ha utilizado no como un mecanismo de efectiva ampliación de la participación popular en la toma de decisiones desde la sociedad hacia el Estado. Por el contrario, la participación ha devenido en un recurso político selectivo para impulsar e imponer a la sociedad, verticalmente desde el Estado, las reformas e iniciativas que el gobierno coyunturalmente quiso llevar adelante y legitimarlas, incluso violando la propia Constitución.

---

<sup>85</sup> Ver Richard Ortiz (editor), *Reforma Electoral en Ecuador*, Quito, Udl, 2017.

### 3 Participación y Estado Plurinacional e Intercultural

Otra innovación del nuevo constitucionalismo latinoamericano consiste en la proclamación formal en las constituciones de Estados interculturales y, en los casos de Bolivia y Ecuador, además estados Plurinacionales. En este acápite se formula evaluaciones iniciales del efecto de las innovaciones normativas de la Constitución ecuatoriana del 2008 sobre participación y pueblos indígenas.

El movimiento indígena ecuatoriano desarrolló desde los años ochenta del siglo veinte una definición de los pueblos indígenas como nacionalidades y la consiguiente necesidad de un Estado plurinacional, lo cual implica un reconocimiento de la diversidad cultural que se proyecta institucionalmente y políticamente en la estructura del Estado.<sup>86</sup>

La Constitución ecuatoriana de 1998 definía ya al Estado ecuatoriano como pluricultural y multiétnico<sup>87</sup>. Aunque esta fórmula podría verse como culturalista y estática frente al énfasis más político y de interacción cultural de la Constitución del 2008 al declarar claramente al Estado ecuatoriano como intercultural y plurinacional. Lo cierto es que la Constitución de 1998 establecía también un amplio catálogo de derechos colectivos y diversas referencias a las culturas indígenas en materias como idiomas, salud o educación; pero estos derechos y referencias fueron ampliados y enriquecidos por la Constitución del 2008, si bien la misma no llegó a establecer un parlamento y otras instituciones plurinacionales, como lo exigieron algunas organizaciones indígenas.

El problema que estas innovaciones plantean es el de la relación de un presidencialismo exacerbado, como el incluido en la Constitución del 2008, con el Estado Plurinacional e Intercultural que también la propia carta proclama. Por supuesto, hay una contradicción en el diseño constitucional mismo, pues la autonomía, participación, descentralización y heterogeneidad propia de un Estado Plurinacional entran en colisión directa con la centralización y homogenización inherentes al hiperpresidencialismo. En lo que sigue evidenciamos esta contradicción mediante el análisis del funcionamiento de la par-

---

<sup>86</sup> Boaventura de Sousa Santos, *Refundación del Estado en América Latina*, Quito, Ediciones Abya Yala, 2010.

<sup>87</sup> La autodefinición de los pueblos indígenas como nacionalidades se reconoció relativamente en la Constitución de 1998, cuyo artículo 83 hacía referencia a "los pueblos indígenas, que se autodefinen como nacionalidades de raíces ancestrales."

ticipación en los casos de la consulta pre-legislativa, la educación intercultural bilingüe y la justicia indígena.

### *Consulta y Minería*

Entre los nuevos derechos colectivos de los pueblos indígenas, reconocidos por la Constitución del 2008, se incluyó la consulta pre-legislativa, es decir el derecho a ser consultados antes de la adopción de medidas legislativas que puedan afectarlos<sup>88</sup>.

Las políticas de minería durante los años de vigencia de la Constitución de Montecristi evidencian la brecha entre la declaratoria constitucional de plurinacionalidad y los derechos colectivos indígenas, por un lado, y la lógica extractivista de un Estado que viola los derechos colectivos de participación y autonomía, y otros derechos culturales y ambientales de los pueblos indígenas.

Ya en el 2007, incluso antes de promulgarse la Constitución de Montecristi, se produjeron protestas populares por el proyecto de Ley de Minería por lo cual el gobierno de Correa suspendió actividades en el sector y llamó a un diálogo minero con las organizaciones sociales. La constituyente dicta entonces un mandato minero por el que se revierten al Estado la mayor parte de las concesiones. Pese a estas medidas, el 29 de Enero del 2009 se aprueba la Ley de Minería y ya para Febrero y Marzo de ese año se reinician las protestas populares contra esta legislación. En este contexto, la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE) demandó la inconstitucionalidad de esta Ley<sup>89</sup>.

Un argumento central en la demanda de la CONAIE consistió justamente en la falta de participación de los pueblos indígenas al haberse violado su derecho a consulta pre-legislativa. En efecto, la Constitución de Montecristi en su artículo 57 numeral 7 establece el derecho colectivo a “la consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentran en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente

---

<sup>88</sup> Artículo 57 numeral 17 de la Constitución del Ecuador.

<sup>89</sup> Corte Constitucional del Ecuador, casos Casos N. 0008-IN y 0011-11-09-IN.

...”. En el mismo sentido, el numeral 17 de este artículo establece, como indicábamos, su derecho a ser consultados antes de cualquier medida legislativa que pudiese afectarles.

A pesar de lo claro de estas disposiciones constitucionales, la Asamblea Nacional durante el procedimiento legislativo no llevó adelante una verdadera consulta a los pueblos indígenas potencialmente afectados, en su lugar se realizaron algunos talleres de socialización orientados más bien a la legitimación de la ley. De hecho, la Corte Constitucional en su sentencia no declaró la inconstitucionalidad de la ley y estableció en base a normativa internacional diversos estándares<sup>90</sup> de consulta, que dicho talleres paradójicamente no cumplieron.

Es interesante notar que durante el proceso constitucional los abogados tanto de la Presidencia de la República como la Asamblea Nacional argumentaron que en este caso lo que debía practicarse era una consulta ambiental, conforme a lo establecido en el artículo 398, y no una consulta pre-legislativa aplicable a los pueblos indígenas. Incluso la propia Ley de Minería en su artículo 87 se refería exclusivamente a la consulta ambiental. De esta forma, se generó por parte del gobierno y su mayoría legislativa una estrategia de invisibilización por la cual se desconocía la especificidad del derecho colectivo de los pueblos indígenas a la consulta pre-legislativa, la cual la Constitución clara y expresamente reconoce. De hecho la Ley de Minería, pese a su incidencia sobre los pueblos indígenas, no hace ninguna referencia a las comunidades y pueblos y nacionalidades indígenas salvo alguna referencia aislada a regalías en su artículo 40.

Puesto que el gobierno de Correa impulsó la explotación minera en varias localidades del país, han sido frecuentes los conflictos con las comunidades indígenas que habitan en esas áreas en vista del fuerte impacto ambiental, cultural y social que implica dicha explotación. En estos casos, la ausencia de consulta, la represión y criminalización de la protesta ha sido un patrón común durante el período de la Revolución Ciudadana. Cuando se ha consultado a la comunidad local sobre la explotación minera, como en el caso de la comunidad indígena de Quimsacocha,<sup>91</sup> en que se respetaron los parámetros adecuados para este proceso, el gobierno ha desconocido los resultados.

---

<sup>90</sup> En el 2012, tanto la Corte Interamericana en la sentencia del caso Sarayacu, como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas requirieron del Estado ecuatoriano implementar la consulta previa bajo condiciones de efectiva participación.

<sup>91</sup> Albert Noguera y Marco Navas, *Ibid.*

*Educación intercultural bilingüe*

La Constitución del 2008 desarrolló y amplió formalmente la participación de los pueblos indígenas en el sistema intercultural bilingüe, el cual ya había sido reconocido en la Constitución de 1998. Así, por ejemplo, el artículo 57 numeral 14 de la Constitución de Montecristi expresamente indica que "... La administración de este sistema será colectiva y participativa, con alternancia temporal y espacial, basada en veeduría comunitaria y rendición de cuentas"<sup>92</sup>. Este mismo artículo, de forma más amplia, en el numeral 16 establece el derecho colectivo indígena a "participar mediante sus representantes en los organismos oficiales que determine la ley, en la definición de las políticas públicas que les conciernen, así como en el diseño y decisión de sus prioridades en los planes y proyectos del Estado."

Pese a estos postulados constitucionales, en el 2011 se dictó la Ley Orgánica de Educación Intercultural (LOEI), la cual aunque reitera estos principios centralizó la toma de decisiones en la autoridad educativa nacional y, correlativamente, debilitó la participación y autonomía de la gestión educativa de los pueblos indígenas. En efecto, en 1992 se creó mediante decreto ejecutivo la Dirección de Educación Intercultural Bilingüe, la cual actuó con autonomía administrativa y financiera. Sin embargo, la LOEI restó autonomía e integró a esta instancia institucional a un sistema nacional centralizado mediante la creación de la Subsecretaría de Educación Intercultural Bilingüe, la cual depende del respectivo ministro, disminuyendo así los niveles de participación de los pueblos indígenas en el manejo de su propia educación.<sup>93</sup>

Adicionalmente, pese a que la LOEI incluye numerosas normas que afectan directamente a los pueblos indígenas, ésta no fue sometida a consulta prelegislativa como lo dispone el artículo 57 numeral 17 de la Constitución. De esta forma esta ley, incluso en cuanto al procedimiento de su aprobación, significó una violación al derecho a la participación de los pueblos indígenas, lo cual es una de varias condiciones para la declaratoria de su inconstitucionalidad.

---

<sup>92</sup> También el numeral 21, de forma amplia, establece el derecho colectivo a que la diversidad cultural se refleje en la educación pública.

<sup>93</sup> Andrea Bustos, *El Reconocimiento Constitucional del Derecho Colectivo a la Educación Intercultural de los Pueblos Indígenas en Ecuador*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014.



Una situación especialmente problemática en la educación intercultural es el cierre de cientos de escuelas comunitarias bilingües y, en varios casos, su reemplazo por las llamadas escuelas del milenio, centros educativos modelo creados por el gobierno y dotados de moderna infraestructura y tecnología de comunicación, que responden a un modelo único: escuelas de más de mil estudiantes, con nueva infraestructura, equipamiento, laboratorios y planta pluridocente, que agrupan y reemplazan a pequeñas escuelas comunitarias.

Es cierto que muchas pequeñas escuelas comunitarias se hallaban en condiciones materiales deplorables, lo cual afectaba la calidad de la educación, pero varias escuelas del milenio, en vista de su ubicación física a veces lejana del hogar de los niños y niñas indígenas, han generado graves problemas de acceso geográfico. Se cuestiona también el proceso pedagógico en las escuelas del milenio y el cierre de las escuelas comunitarias, dado el decisivo rol de estas últimas en la identidad y reproducción cultural y social de cada comunidad indígena.

Otro efecto de la centralización ha sido la sustitución de currículos, textos escolares, políticas y procesos de capacitación que anteriormente incluían cierta dimensión intercultural por otros de carácter nacional que ignoran la diversidad cultural y la diversidad lingüística. Por otra parte no se cuenta con los docentes bilingües adecuadamente capacitados para esta educación intercultural.

En realidad en materia de educación intercultural no es exagerado plantear que la activa y permanente participación de las comunidades y pueblos indígenas es indispensable para que efectivamente se respete el derecho a la educación, y específicamente las obligaciones del Estado de proveer este tipo de educación (disponibilidad) pero de forma que sea accesible y adecuada a la realidad cultural de estos pueblos (aceptabilidad y adaptabilidad)<sup>94</sup>, lo cual está necesariamente vinculado a la calidad.<sup>95</sup>

En definitiva durante estos años de vigencia de la Constitución de Montecristi se ha producido una fuerte centralización institucional y homogenización cultural, contraria a la participación de los pueblos indígenas que es consustancial al Estado Plurinacional. Si bien la normativa constitucional

---

<sup>94</sup> Observación General Nro. 13 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas.

<sup>95</sup> Andrea Bustos, *ibíd.*

y legal garantizan reiteradamente la autonomía y participación de los pueblos indígenas en la educación, en la práctica las políticas públicas han tomado otra dirección.

En nombre de la calidad de la educación se ha generado una política pública de modernización autoritaria que ha debilitado la participación indígena y está teniendo efectos integracionistas sobre estos pueblos, con lo cual se contraria abiertamente los postulados del Estado Plurinacional e Intercultural. Por el contrario, dicha modernización viene a actuar como un proceso neocolonial con graves efectos de aculturación sobre los pueblos indígenas.

Este proceso de modernización neocolonial prescinde de la participación de los pueblos indígenas puesto que se implementa como una política autoritaria y vertical desde el Ejecutivo. En este sentido, dichas políticas públicas impulsan una dinámica deconstituyente o de desconstitucionalización, puesto que se orientan en sentido contrario al horizonte plurinacional e intercultural trazado por la Constitución de Montecristi. En efecto, lo que resulta tremendamente paradójico es que es que este tipo de políticas se implementen justamente cuando se ha desarrollado una fuerte base normativa constitucional y legal, nacional e internacional, de reconocimiento de la diferencia cultural.

### *Justicia Indígena*

El grado de desarrollo del pluralismo jurídico en un país es, a su vez, una medida clave del desarrollo del Estado Plurinacional e Intercultural. Puesto que el Estado Nacional tiene entre sus características definitorias el monopolio de la justicia y la coerción, la coexistencia de diversos sistemas de justicia indígena con normas y autoridades propias constituye una expresión no solo de diversidad sino de plurinacionalidad. Por otra parte, los sistemas de justicia indígena por su naturaleza comunitaria, y sin desmedro de su amplia heterogeneidad, generan procesos participativos de los miembros de cada comunidad indígena, son una forma de democracia comunitaria que Boaventura de Sousa Santos ha denominado democracia intercultural.<sup>96</sup>

---

<sup>96</sup> Boaventura de Sousa Santos, *Refundación del Estado en América Latina*.

El pluralismo jurídico propio de un Estado Plurinacional es, a su vez, necesariamente contrario a un sistema hiper-presidencial puesto que éste último es opuesto a la descentralización, diversidad y autonomía que supone la coexistencia de múltiples sistemas normativos. Esta tensión entre plurinacionalidad, participación e hiper-presidencialismo está presente en la Constitución del 2008 y se ha expresado de múltiples formas a lo largo del tiempo de vigencia de la Constitución. A continuación comparamos dos casos de justicia indígena paradigmáticos en este sentido, los casos de La Cocha, cuya comparación entre sí provee algunos indicadores del desarrollo de la plurinacionalidad en Ecuador.

Los casos de justicia indígena de la comunidad La Cocha están sin duda entre aquellos de este tipo que más atención judicial, mediática y política han recibido en el Ecuador. Tanto en el 2002 como en el 2010 las autoridades indígenas de esta comunidad aplicando su Derecho propio juzgaron casos de homicidios cometidos por indígenas contra indígenas. Se planteó por tanto en ambos casos el problema de si la justicia ordinaria podía y debía volver a juzgar y sancionar por estos homicidios. En ambos casos participaron jueces y tribunales de la justicia ordinaria y constitucional, mientras los medios de comunicación realizaron una intensa cobertura de los hechos, y en la opinión pública se desató un debate sobre los alcances y límites de la justicia indígena.

Aunque cada caso, el del 2002 y el 2010, tiene sus especificidades, ambos tienen importantes aspectos comunes y es interesante observar que en el intervalo, en el 2008, se dictó la nueva Constitución del Ecuador, declarando al Estado Plurinacional e Intercultural, y fortaleciendo los derechos colectivos indígenas. Uno esperaría, por tanto, una evolución positiva a partir del 2008 en relación al reconocimiento de la justicia indígena.

En el 2002 el entonces Tribunal Constitucional finalmente se declaró incompetente para resolver sobre las decisiones de la justicia indígena debido a que consideró que implicaba un problema de competencias para cuya solución no tenía atribuciones constitucionales.<sup>97</sup> En el 2010, en cambio, la Corte Constitucional, luego de un proceso que duró cuatro años, resolvió que la justicia indígena no tenía ni la capacidad cultural ni la competencia jurídica para resolver sobre homicidios<sup>98</sup>,

---

<sup>97</sup> Tribunal Constitucional del Ecuador, Resolución Nro. 0002-2003-CC

<sup>98</sup> Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia Nro. 113-14-SEP-CC Caso Nro. 0731-10-EP.

pese a que la Constitución del 2008 proclama el Estado Plurinacional y otorga a la justicia indígena una competencia amplia, sin restricciones.

Más allá de las diferencias empíricas y jurídicas entre estos dos casos, puede constatarse que la jurisdicción constitucional transitó de una estrategia consistente en ignorar a la justicia indígena a otra estrategia de restringirla. En el 2002, el Tribunal Constitucional decide no decidir, pero en el 2010 la Corte Constitucional excluye, directa y explícitamente, al juzgamiento de delitos contra la vida de las competencias de la jurisdicción indígena.

En la sentencia del 2010 la Corte, luego de invocar la plurinacionalidad, el pluralismo jurídico, la autonomía y los derechos colectivos, consideró que los sistemas de justicia de los pueblos indígenas no protegen jurídicamente la vida en vista de que, según la Corte, su concepción comunitaria da preeminencia a la armonía social y no concibe a la vida como derecho subjetivo. La argumentación de la sentencia no solo es contradictoria, sino que en realidad se aleja de los peritajes antropológicos practicados en el proceso y devela un acendrado etnocentrismo antitético a los valores del Estado Plurinacional. En consecuencia, la segunda sentencia sobre la Cocha es en realidad mucho más restrictiva, pese a que para la fecha en que se dictó ya estaba vigente la nueva Constitución que declaró al Ecuador como Estado Plurinacional y también ciertas normas legales sobre justicia indígena.

La sentencia de la Cocha del 2010 es expresión de un proceso más amplio que implica el endurecimiento de las penas mediante la promulgación para esas fechas de un nuevo Código Integral Penal, en el cual se aumenta el número de años de cárcel en la sanción de los delitos contra la vida. Por otra parte, la sentencia se dicta en un momento de fuerte regulación estatal sobre la actividad de los medios de comunicación privados,<sup>99</sup> restricción de las iniciativas ciudadanas de consulta popular, imposición de una nueva Ley de Recursos Hídricos, y división del movimiento indígena en organizaciones opuestas y afines al gobierno. Es en medio de este proceso de fortalecimiento y concentración del poder del gobierno central que la sentencia de La Cocha reafirma el monopolio del Estado Nacional para sancionar.

---

<sup>99</sup> La sentencia hace también referencia a la regulación de la información sobre justicia indígena por parte de estos medios.

El precedente jurisprudencial de la sentencia La Cocha del 2010, por otra parte, priva a las comunidades indígenas de la posibilidad de participar en juzgamientos por causa de homicidio. La justicia indígena se caracteriza justamente por incluir en sus procedimientos una activa participación de los miembros de la comunidad. Por ejemplo, en el caso de la Cocha se convocó a una asamblea general a la que concurrieron dirigentes de 24 comunidades que luego de 15 días de investigaciones impusieron sanciones a los agresores, las cuales la sentencia desconoció.

Estos procesos de participación comunitaria, así como las decisiones de las autoridades indígenas, pese a ser derechos colectivos constitucionales, bajo los parámetros de la sentencia de La Cocha pueden ser ahora fácilmente criminalizados. Con este precedente jurisprudencial, los actos de participación en los procesos de justicia indígena podrían considerarse como delitos de plagio, tortura, lesiones y usurpación de funciones, pese a que tanto la Constitución como la ley y la propia sentencia de la Cocha reiteran una y otra vez el carácter plurinacional e intercultural del Estado, así como los derechos colectivos de los pueblos indígenas, incluyendo su derecho a su propia justicia, autoridades y procedimientos.

Así como las escuelas comunitarias, la justicia indígena es una fuente vital de reproducción social de la comunidad, constituye una realidad sociológica que constituye una suerte de vanguardia anticipatoria del Estado Plurinacional que está por construirse<sup>100</sup>. En este sentido, las restricciones y criminalización de la justicia indígena son pasos en dirección contraria a la participación y respeto a la diversidad inherentes a este nuevo tipo de Estado.

En realidad el caso la Cocha es uno entre muchas expresiones de este proceso de re-colonización en la administración de justicia, y en general de limitación a la autonomía de los pueblos indígenas y criminalización del ejercicio de sus derechos colectivos mediante juicios penales a las autoridades indígenas<sup>101</sup>. Estos casos evidencian la criminalización de la participación comunitaria,

---

<sup>100</sup> Boaventura de Sousa Santos y Agustín Grijalva. Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador, op cit.

<sup>101</sup> Otro caso muy ilustrativo de esta tendencia es el caso Saraguro: el 17 de Agosto del 2015 los indígenas Saraguros protestaron contra la minería y las enmiendas constitucionales cerrando la carretera que une a las ciudades de Cuenca y Loja; la Policía concurrió al sector y detuvo violentamente a unos 29 indígenas Saraguros, de los cuales fueron enjuiciados 22 y sentenciados 2 por paralización

lo cual es paradójico si consideramos que la Constitución ecuatoriana promueve a lo largo de todo su texto diversas formas de participación e incluso consagra el derecho a la resistencia. Estos procesos de criminalización se han extendido durante estos últimos años del gobierno de Correa y se aplican en su gran mayoría a indígenas que han participado en protestas en diversas zonas del país contra inconsultos proyectos de explotación minera y petrolera. Tales protestas, a su vez, se extienden cada vez más conforme avanza la explotación minera en territorios indígenas o cerca de ellos.

Al examinar los diez años de gobierno de Rafael Correa en relación a la construcción del Estado Plurinacional el balance es negativo: no se ha gestado en este lapso un nuevo Estado de carácter plurinacional e intercultural. Al igual que bajo la Constitución de 1998, con la Constitución del 2008 solo algunas instituciones públicas especializadas han incorporado la problemática de la interculturalidad, pero no se ha avanzado en la construcción de un nuevo tipo de Estado en que las instituciones, la democracia, los derechos y la justicia funcionen en clave plurinacional.

#### 4 Participación y Economía

Un cambio que nadie discute pero que se valora de muy diversas formas por distintos sectores es el del fortalecimiento del Estado a partir de la Constitución del 2008. En materia económica esto significó un fuerte crecimiento del sector público de la economía. ¿Correspondió tal crecimiento al modelo de la constitución? ¿De qué manera este crecimiento afectó o fue afectado por la participación?

La Constitución del 2008 no hace referencia solo a la participación política sino también a la participación en los procesos económicos. En el caso ecuatoriano, puesto que todo el sistema económico en su conjunto es definido por la Constitución como de economía social y solidaria, ello implica que la participación en la producción debe llevarse a cabo no solo mediante las formas cooperativas de organización productiva, sino además desarrollando la participación de los trabajadores en los sectores estatal y privado de la economía.<sup>102</sup>

---

de servicios públicos. El proceso penal adoleció de graves violaciones al debido proceso y las sentencias (4 años de cárcel), según el propio Defensor Público, fueron desproporcionadas.

<sup>102</sup> Julio César Trujillo y Agustín Grijalva, *El Fundamento Constitucional de la Nueva Economía en La Tendencia - Revista de Análisis Político*, Quito (Nro. 10, Febrero - Marzo 2010).

En efecto, lo que el modelo constitucional en realidad prioriza, al menos formalmente, es la economía popular y solidaria<sup>103</sup>, la cual agrupa a sectores cooperativistas, asociativos y comunitarios, se rige por su propia ley (Art. 284), sus productos tienen prioridad en las compras públicas, y en las políticas estatales tanto comerciales (Art. 306) como financieras (Art. 311). Se prioriza el desarrollo de la producción nacional (Art. 304, 319.2) y de los pequeños y medianos productores (art. 306) mediante políticas de promoción a las exportaciones y desincentivos específicos a las importaciones, así como políticas de precios que protejan la competencia (Art. 335).

El artículo 283 de la Constitución presenta una suerte de síntesis de los principios básicos del modelo de economía social y solidaria que la Constitución establece: “El sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir”

Este artículo de la Constitución ecuatoriana vincula dos conceptos estructurales en una relación de medio y fin: economía social y solidaria, por un lado, y buen vivir, por el otro. El buen vivir o *sumak kawsay* es un concepto alternativo a la concepción occidental economicista de desarrollo; evidencia una dinámica intercultural en tanto la Constitución lo cataloga bajo la categoría de un conjunto de derechos, especialmente sociales, pero a su vez remite a valores y visiones de los pueblos andinos<sup>104</sup> que destacan la búsqueda de la armonía del ser humano consigo mismo, con los otros y con la naturaleza. Lo que queremos destacar aquí es que, pese a las múltiples visiones sobre el buen vivir,<sup>105</sup> todas coinciden en la importancia de la participación para su consecución.

---

<sup>103</sup> Según el artículo 1 de la Ley ecuatoriana de Economía Social y Solidaria se entiende por economía popular y Solidaria a la forma de organización económica, donde sus integrantes, individual o colectivamente, organizan y desarrollan procesos de producción, intercambio, comercialización, financiamiento y consumo de bienes y servicios, para satisfacer necesidades y generar ingresos, basadas en relaciones de solidaridad, cooperación y reciprocidad, privilegiando al trabajo y al ser humano como sujeto y fin de su actividad, orientada al buen vivir, en armonía con la naturaleza, por sobre la apropiación, el lucro y la acumulación de capital.

<sup>104</sup> Boaventura de Sousa Santos, *Refundación del Estado*, op cit.

<sup>105</sup> Fernando Ponce, *Aportes del Buen Vivir a la Teorización sobre la Sociedad Justa*, en *Estado y Comunes*, Quito, IAEN, (Nro.2 Enero 2016).

ción, como de hecho lo establece la propia Constitución ecuatoriana en su artículo 278. Así mismo el Plan Nacional del Buen Vivir 2013 - 2017 incluyen a la participación, junto con la diversidad cultural y la sustentabilidad entre las dimensiones básicas para la planificación, seguimiento y evaluación del proceso encaminado al Buen Vivir, fin central de dicho plan.<sup>106</sup>

La economía social y solidaria, en particular, enfatiza la participación democrática de quienes aportan con su trabajo en la gestión de los procesos productivos y, al mismo tiempo, la distribución equitativa de sus frutos entre todos ellos; propugna la primacía del trabajo sobre el capital y la provisión de bienes y servicios de óptima calidad a las y los consumidores, mediante un intercambio según las reglas del precio justo y de respeto a la diversidad étnica y cultural.

En términos del artículo 320 de la Constitución Política “En las diversas formas de organización de los procesos de producción se estimulará una gestión participativa, transparente y eficiente”. Por su parte el artículo 276 hace referencia entre los objetivos del régimen de desarrollo al fomento de la participación y el control social.

En definitiva, conforme a la Constitución del 2008 debía impulsarse no solo mayor participación política sino también una amplia participación en la economía, lo cual debía traducirse en un importante desarrollo de las cooperativas, la formas comunitarias de organización económica de los pueblos indígenas y el trabajo autónomo, la cogestión de los trabajadores en empresas públicas y privadas, y la planificación participativa.

Este horizonte para la organización económica tiene relativo sentido en un país como Ecuador en que más del 60 % del empleo corresponde al sector cooperativo, y de pequeñas y medianas empresas, en que hay miles de pequeñas unidades productivas parte de las cuales cubren la mayor parte de la producción agrícola para consumo nacional, en que las comunidades indígenas mantienen fuertes lazos de solidaridad también en su organización productiva, y en que gran parte de los recursos financieros, especialmente el microcrédito (66 % frente al 34 % de los bancos privados), están ubicados en este sector<sup>107</sup>.

---

<sup>106</sup> SENPLADES, Plan Nacional del Buen Vivir 2013 – 2017, Quito, 2013. Disponible en [www.buenvivir.gob.ec](http://www.buenvivir.gob.ec)

<sup>107</sup> Francisco Rhon (compilador), Economía Social y Solidaria – Historias y Prácticas de su Fortalecimiento, Quito, SEPS, 2016. Disponible en [www.seps.gob.ec](http://www.seps.gob.ec)



Pese a importantes esfuerzos institucionales y normativos relativos al sector de economía social y solidaria, esta no se ha convertido en eje de la política económica<sup>108</sup>. Luego de dictada la Constitución se han producido cambios como la creación de un Instituto de Economía Popular y Solidaria, la promulgación de una ley específica en el 2011 y su reglamento, la creación de la Superintendencia de Economía Social y Solidaria, y de la Corporación Nacional de Finanzas Populares y Solidarias en el 2012, legislación conexas de producción, finanzas y control monopólico, y ciertos programas de compras públicas a pequeños y medianos productores; sin embargo, no puede decirse que en los gobiernos de Correa este tipo de organización de la producción o las finanzas haya tenido máxima prioridad e impulso decisivo. Al menos, no ha constituido, como la Constitución dispone, el centro de la política económica del gobierno<sup>109</sup>.

En la práctica, en lugar de priorizar el desarrollo de las formas cooperativas de la economía lo que se ha observado en Ecuador durante el último decenio es un fuerte crecimiento del sector estatal de la economía en hidrocarburos, telecomunicaciones, hidroeléctricas, banca y medios de comunicación. Este crecimiento de la inversión pública ha sido durante los últimos años el motor de la economía ecuatoriana<sup>110</sup>, y fue financiado principalmente con rentas obtenidas por la exportación de petróleo, mientras los precios se mantuvieron altos, y de mejoras en la recaudación tributaria. Sin embargo, también las empresas públicas deberían, según la Constitución, ser espacios de participación en que los trabajadores ejerzan sus derechos. Paradójicamente, como veremos, se ha producido una restricción de la participación de los trabajadores en dichas empresas y en el servicio público.

---

<sup>108</sup> Fernando Buendía, *Leyes para el Buen Vivir en Materia Económica* aprobadas por la Asamblea Nacional a partir del año 2008 al 2015 en Marco Navas y Pabel Muñoz (editores), *Nueve Años de Desarrollo Constitucional*, Quito, El Telégrafo, 2016.

<sup>109</sup> En efecto, hay un crecimiento de las unidades económicas del sector social y solidario, que pasaron de 6016 entre el 2012 y 2013 a 9139 en el 2016, un crecimiento del 52 % que es reconocible pero no suficiente o proporcional luego de ocho años de vigencia de la Constitución. Ver el artículo de Hugo Jácome, *Avances y Desafíos de la Economía Popular y Solidario en Ecuador*, en Francisco Rhon, op cit.

<sup>110</sup> Esta situación comienza a cambiar desde el 2013 en que caen abruptamente los precios de hidrocarburos, bienes mineros y agrícolas. A raíz de esta crisis el gobierno de Correa ha iniciado la venta al sector privado de muchos de estos activos públicos.

Conforme al modelo constitucional de economía, los trabajadores debían aumentar su participación en empresas públicas y privadas. No obstante, luego de varios años de vigencia de la Constitución del 2008 lo que se observa es un debilitamiento notable del poder de los sindicatos, del derecho a la huelga y en general de su capacidad de negociación colectiva. Este debilitamiento, paradójicamente, se inició incluso durante la propia Constituyente del 2008, cuando ésta emitió varias decisiones denominadas *mandatos constituyentes*, alguno de ellos incluso contrarios al derecho de sindicalización reconocido por la normativa de la OIT suscrita por el Estado ecuatoriano<sup>111</sup>.

Posteriormente las políticas y normativas laborales de nivel administrativo han venido contrariando derechos laborales establecidos en el artículo 326 numerales 13 y 14 de la Constitución al establecer condiciones, plazos o efectos restrictivos de la sindicalización y la negociación colectiva, especialmente de empleados públicos. Pero la medida más radical en esta dirección fue la adoptada mediante enmienda constitucional en Diciembre del 2015. Desde la entrada en vigencia de esta reforma, las relaciones laborales de todos los trabajadores de las empresas públicas y del sector público en general pasaron de la regulación del Código del Trabajo a la de la Ley de Servicio Público. Este cambio implicó, en los hechos, restricciones a la sindicalización, prohibición de huelga en la prestación de servicios públicos y grave disminución o pérdida del poder de negociación colectiva de los trabajadores, justamente en un período de fuerte expansión del número de personas empleadas en el sector público.

Si bien es cierto que en Ecuador se produjeron abusos en cuanto a beneficios obtenidos por ciertos sindicatos públicos, ello no justifica violaciones a los derechos constitucionales e internacionales de sindicalización, huelga y negociación colectiva. En efecto, a la enmienda constitucional no siguió tampoco ninguna reforma en la Ley de Servicio Público o leyes conexas para asegurar, si bien en términos razonables, tales derechos de los servidores públicos, como establecen los Convenios pertinentes de la OIT<sup>112</sup>, y han sugerido sus

---

<sup>111</sup> Son los mandatos 2, 4 y 8 que establecen límites a remuneraciones, indemnizaciones y revisión unilateral de cláusulas abusivas en el sector público. La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT observó que tales disposiciones son contrarias al Derecho de Negociación Colectiva reconocida por Ecuador en el Convenio sobre Derecho de Sindicación y Negociación Colectiva.

<sup>112</sup> Convenios 87, 98, 151 y 154 de la OIT.

múltiples observaciones e informes al Estado ecuatoriano.<sup>113</sup> De hecho, en las fechas de discusión de las enmiendas constitucionales la OIT mediante su Comisión de Aplicación de Normas realizó una serie de observaciones al Estado ecuatoriano a este respecto.<sup>114</sup> En definitiva, es paradójico que bajo una Constitución que destaca tanto la participación se hayan limitado estos derechos cruciales de los trabajadores.

## 5. Conclusiones

Generalmente se identifica el extractivismo exclusivamente con un modelo o política económica pero, como sugerimos a lo largo de este ensayo, su influencia puede gravitar más allá de los procesos económicos sobre ámbitos tan diversos como la participación, la educación, el trabajo o el sistema de justicia. En efecto, para poder concretar la explotación de recursos naturales las políticas extractivistas requieren un fuerte control social del Estado que convierte a la participación en fuente de legitimación, en lugar de que ésta sea un mecanismo de expansión de la democracia. Este control social exige una centralización del poder que por su naturaleza es contrario o al menos restrictivo de la participación democrática, la autonomía plurinacional, y con mucha frecuencia del ejercicio de otros derechos como los de asociación, expresión y opinión. En definitiva, el extractivismo como modelo económico requiere determinadas condiciones políticas.

En el caso ecuatoriano, aun reconociendo una importante modernización de infraestructura y redistribución socioeconómica, es innegable que luego de la Constitución del 2008 se mantiene la misma matriz productiva.

---

<sup>113</sup> Ximena Garbay, *Los Derechos de Sindicalización, Huelga y Negociación Colectiva: su posible aplicación a la función pública ecuatoriana*, Quito, UASB, 2014 (Tesis de maestría en Derecho).

<sup>114</sup> Al respecto el órgano de la OIT indica: “la Comisión constata con preocupación que la adopción de las enmiendas constitucionales supondría, en el estado actual de la legislación, una extensión del incumplimiento del artículo 4 del Convenio que reconoce el derecho de negociación colectiva de los trabajadores del sector público que no prestan sus servicios en la administración del Estado. En este sentido, la Comisión considera, al igual que el Comité de Libertad Sindical, que la discusión del proyecto de enmiendas constitucionales hace más urgente aún la necesidad de reformar la LOSEP y demás leyes administrativas de manera de ponerlas en conformidad con el Convenio.” Observación del CEACR, adoptada en el 2015, 105 sesión de la OIT (Convenio 98).

La dinámica de la economía ecuatoriana sigue atada a las exportaciones de petróleo, y las expectativas del gobierno se centran ahora en la explotación minera.

Entre otras variables, son las necesidades políticas del modelo extractivista las que han impulsado en Ecuador la centralización del poder en un régimen hiper-presidencialista. Claro ejemplo de ello son los bloqueos desde el ejecutivo a consultas como las antes analizadas a la Ley de Minería, y a la explotación del Yasuní; así como los recortes a la autonomía y participación de los pueblos indígenas en ámbitos como la educación intercultural y la justicia comunitaria, desde los cuales podrían surgir, y de hecho han surgido, formas directas o indirectas de resistencia a estas políticas<sup>115</sup>.

Los recursos obtenidos mediante el extractivismo, en el caso ecuatoriano las rentas del petróleo, han financiado a su vez la actividad de una numerosa burocracia y de empresas públicas en sectores estratégicos de la economía, como energía, telecomunicaciones, recursos naturales no renovables, entre otros. Se busca de esta manera proveer especialmente de servicios públicos que contribuyan a cierta redistribución socioeconómica. Sin embargo, este proceso nuevamente se genera a partir de una centralización y ejercicio vertical del poder que ha implicado menor participación de los trabajadores mediante la restricción de los derechos constitucionales de sindicalización, huelga y negociación colectiva.

Por otra parte, y como es reconocido incluso por personeros oficialistas, en Ecuador las cooperativas, comunidades y otras formas de economía social y solidaria no se han desarrollado en la medida que lo plantea la Constitución. Puesto que estas formas de organización productiva conjugan capital y trabajo, ampliando la participación de los propios trabajadores, ésta falta de desarrollo implica también un débil crecimiento de la participación en los procesos productivos.

---

<sup>115</sup> Por ejemplo, en el caso Saraguro, un tribunal indígena juzgó a los indígenas que desarrollaron protestas contra proyectos mineros en su sector. La justicia ordinaria desconoció la competencia de los jueces indígenas. Es claro también que la educación de las escuelas comunitarias indígenas está muy ligada a la valoración de la tierra y la naturaleza como fuente de vida no simplemente como recursos para explotación económica.

## Qué hemos aprendido

- La participación verdaderamente democrática debe ser inducida desde abajo, desde la sociedad, de forma autónoma, y el Estado debe responder a esta demanda. La participación vertical inducida desde el Estado es generalmente más una forma de legitimación y concentración que de redistribución del poder.
- El hiperpresidencialismo no es solo una concentración del poder en el Ejecutivo o en el Presidente en términos de la institucionalidad estatal, sino que esta centralización del poder político tiene consecuencias en la sociedad civil mediante la instrumentalización, reducción, regulación o incluso criminalización de la participación de las organizaciones sociales y de los individuos.
- El hiperpresidencialismo es una forma política funcional al extractivismo, el cual requiere imponer de forma autoritaria la extracción de recursos naturales, en ese proceso los derechos son manipulados como retórica justificatoria de ese ejercicio del poder y dejan de ser límites o direccionamientos efectivos del mismo.
- No es estratégico ni tiene proyecciones políticas caer simplemente en una “desilusión con el Estado”. Estos años de experiencia del ciclo progresista deben llevar a una seria reflexión sobre las relaciones entre sociedad y Estado, entre movimientos sociales e instituciones, entre lucha social y constitución.
- La independencia de los jueces y tribunales ordinarios, constitucionales y electorales es indispensable para que exista y se profundice la democracia. Estos jueces protegen derechos esenciales para la democracia como son las libertades de asociación, opinión, expresión, libertad de información y derechos electorales. Por el contrario, la dependencia política de estos jueces del ejecutivo puede ser usada para la criminalización de la protesta social y la limitación o violación de otros derechos consustanciales a una democracia más profunda.
- La Constitución no es el final sino el comienzo de un proceso de cambio social. Debe ser vista como un programa político que debe defenderse en cada ley, cada reglamento, cada política pública, y en la integración y actuación de cada institución pública. De otra forma, los principios consti-

- tucionales pueden ser profundamente desvirtuados y vulnerados en la fase post-constituyente, dando lugar a una desconstitucionalización.
- El cambio social no puede ser inducido desde un Estado que de medio pasa a convertirse en fin. El voluntarismo vertical y autoritario del Estado expresado en la expansión de burocracia, regulaciones, control e incluso recursos puede ser altamente ineficiente en términos de transformación estructural. Es la sociedad la que mediante una participación activa y autónoma debe permear al Estado, para que éste pueda desatar y acompañar procesos estructurales de cambio social y económico.

## Bibliografía

- AHUMADA, MARÍA DE LOS ÁNGELES. “Neoconstitucionalismo y Constitucionalismo” en Paolo Comanducci, Maria de los Angeles Ahumada y Daniel González, *Positivism Jurídico y Neoconstitucionalismo*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- ANDRADE, PABLO. El reino (de lo) imaginario: Los intelectuales políticos ecuatorianos en la construcción de la Constitución de 2008 (Tema Central). En Ecuador Debate. La cuestión de los intelectuales, Quito: CAAP, (no. 85, abril 2012): pp. 35-47.
- BERNAL PULIDO, CARLOS. *El Derecho de los Derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.
- BUENDÍA, FERNANDO. *Leyes para el Buen Vivir en Materia Económica aprobadas por la Asamblea Nacional a partir del año 2008 al 2015 en Marco Navas y Pabel Muñoz (editores), Nueve Años de Desarrollo Constitucional*, Quito, El Telégrafo, 2016.
- BUSTOS, ANDREA. *El Reconocimiento Constitucional del Derecho Colectivo a la Educación Intercultural de los Pueblos Indígenas en el Ecuador*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014.
- CASTRO, JOSÉ LUIS. *La Silla Vacía como Mecanismo de Participación Ciudadana*. Tesis para la obtención del título de abogado – Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2014.
- CÓRDOVA, HOLGUER. *Derechos sin Poder Popular*, Quito, Centro Andino de Estudios Estratégicos, 2013.

- CUNILL, NURIA. *Repensando lo Público a través de la Sociedad*. Caracas: Editorial Nueva Sociedad, 1997.
- FERRAJOLI, LUIGI. *Principia Iuris, Teoría del Derecho y de la Democracia*. Madrid: Trotta, 2011.
- FERRAJOLI, LUIGI. *Poderes Salvajes. La Crisis de la Democracia Constitucional*. Madrid, Trotta, 2011.
- FUNG, ARCHON y WRIGHT, ERIC OLIN. *Democracia en Profundidad: nuevas formas institucionales de gobierno participativo con poder de decisión*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2003.
- GARBAY, XIMENA. *Los Derechos de Sindicalización, Huelga y Negociación Colectiva: su posible aplicación en la Función Pública ecuatoriana*. Quito, UASB, 2014. (Tesis de maestría en Derecho).
- GARGARELLA, ROBERTO. *La Sala de Máquinas de la Constitución*. Buenos Aires, Katz Editores, 2014.
- GRIJALVA, AGUSTÍN. *Courts and Political Parties – The Politics of Constitutional Review in Ecuador*. Mauritius, 2010.
- HELMKE, GRETCHEN. 2002. “The Logic of Strategic Defection: Court-Executive Relations in Argentina under Dictatorship and Democracy”, en *American Political Science Review*, 96(2): 291-303.
- LINARES, SEBASTIÁN. “La Independencia Judicial: Conceptualización y Medición” en *Independencia Judicial en América Latina ¿de quién? ¿para qué? ¿cómo?*, Edit. Germán Burgos. Bogotá: ILSA, 2003.
- MALACATUS, EDWIN. *La revocatoria del mandato, como derecho establecido en la actual Constitución y legislación del Ecuador, respecto a sus alcances, requisitos y limitaciones*. Quito, 2016, Tesis (Maestría en Derecho. Mención en Derecho Constitucional). Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.
- NINO, CARLOS SANTIAGO. *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2005.
- NOGUERA, ALBERT y NAVAS, MARCO. *Los Nuevos Derechos de Participación ¿Derechos constituyentes o constitucionales?*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- ORRANTIA PARRA, DANIELA. *Análisis crítico de la planificación participativa en la elaboración del Plan Nacional del Buen Vivir 2013-2017*. Quito, 2015, 84 p. Tesis (Maestría en Estudios Latinoamericanos. Men-

- ción en Política y Cultura). Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Área de Estudios Sociales y Globales.
- ORTIZ, RICHARD. Reforma Electoral en Ecuador. Quito, Udlá, 2017.
- OSPINA, PABLO. “La Participación Ciudadana en Ecuador (2009-2012)” en *Horizontes de los Derechos Humanos – Ecuador 2012*, Edit. Gina Benavides y Gardenia Chávez, Quito, 2013.
- PÁSARA, LUIS. Independencia Judicial en la Reforma de la Justicia Ecuatoriana, Washington, DPLF, 2014.
- PONCE, FERNANDO. Aportes del Buen Vivir a la Teorización sobre la Sociedad Justa, en Estado y Comunes, Quito, IAEN, (Nro.2 Enero 2016).
- RHON, FRANCISCO (compilador), Economía Social y Solidaria – Historias y Prácticas de su Fortalecimiento, Quito, SEPS, 2016. Disponible en [www.seps.gob.ec](http://www.seps.gob.ec)
- SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA. *Refundación del Estado en América Latina*. Quito, Ediciones Abya Yala, 2010.
- SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA y GRIJALVA, AGUSTÍN (editores). Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador, Quito, Fundación Rosa Luxemburg, 2012.
- SENPLADES, Plan Nacional del Buen Vivir 2013 – 2017, Quito, 2013. Disponible en [www.buenvivir.gob.ec](http://www.buenvivir.gob.ec)
- TRUJILLO, JULIO CÉSAR y AGUSTÍN GRIJALVA, El Fundamento Constitucional de la Nueva Economía en La Tendencia – Revista de Análisis Político, Quito (Nro 10, Febrero – Marzo 2010).
- UPRIMNY, RODRIGO. “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”. Garavito, César Rodríguez (org). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011: 109-137.
- Varios, Independencia Judicial Insuficiente, prisión preventiva deformada, los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú, Washington, DPLF, 2013.

## Jurisprudencia

- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia Nro. 113-14-SEP-CC Caso Nro. 0731-10-EP.



# CAPÍTULO III

## La institucionalización de la revocatoria del mandato político a presidentes en Ecuador.

JULIO TEODORO VERDUGO SILVA  
Universidad de Cuenca

### Introducción

La historia política ecuatoriana, desde 1830 hasta 2006, se caracterizó por una constante inestabilidad expresada, entre otras cuestiones, en la constante salida de los presidentes antes de culminar su periodo. La inestabilidad de presidentes, ejerciendo el cargo, es histórica y endémica, siendo la estabilidad durante periodos democráticos la excepción (1948-1960 y 1979-1997). Entre 1997 y 2007 se produjo un periodo de inestabilidad política caracterizado por el derrocamiento de tres presidentes (Bucaram, Mahuad, Gutiérrez) y la realización de dos Asambleas Nacionales Constituyentes (ANC).

La inestabilidad culminó formalmente el 15 de enero de 2007 cuando ascendió a la presidencia de la república el Economista Rafael Vicente Correa Delgado, un outsider político, quien asumió el poder y convocó a una ANC que se instaló y luego del proceso de elaboración constitucional (PEC) entre noviembre de 2007 y julio de 2008, institucionalizó, entre otras, la revocatoria del mandato político a presidentes (RMP).

Diez años antes, entre diciembre de 1997 y mayo de 1998, se celebró otra ANC que tuvo como antecedente el derrocamiento del Presidente Abdalá Bucaram Ortiz y la convocatoria a una consulta popular en la que se interrogó a los ciudadanos, entre otras cuestiones: si aceptaban o no la salida de Bucaram, la intervención de las Fuerzas Armadas (FF AA) y la actuación del Congreso Nacional (CN) designando como presidente interino a Fabián Alarcón Rivera, y si deseaban que se convoque a una Asamblea Nacional que elabore

una nueva Constitución e institucionalice la RMP a todas las autoridades de elección popular.

La institucionalización de la RMP a Presidentes en el Ecuador se entiende, solamente, en el contexto de la historia política del Ecuador y la tradicional dificultad de los presidentes de mantenerse en el cargo. Por eso, rastrear y ubicar la historia y los procesos políticos donde se desarrollan dispositivos discursivos que anteceden a la institucionalización de la RMP son importantes para entender los procesos de cambio institucional. Trazar un camino que indiquen los senderos que transitan las ideas políticas para convertirse en instituciones es importante pues muestran la forma en que instituciones como la RMP a Presidentes nacen, cambian, se mantienen o desaparecen.

**1. ¿Paradoja?: Asamblea Constituyente de 2008 y una mayoría política hegemónica eligiendo una institución que minimiza sus intereses.**

En el Ecuador, entre 1996 y 2008, durante 11 años con siete meses:

- a) ocuparon la presidencia ocho personas;
- b) estuvo en el debate político la RMP a presidentes; y,
- c) se realizaron dos ANC.

En ambas constituyentes se discutió el tema de la RMP a presidentes, que fue obviado en la ANC de 1997-98 pero institucionalizado en la ANC de 2007-08. ¿Por qué en dos ANC realizadas en un mismo país, existiendo entre cada una un lapso corto, el tema de la RMP a presidentes fue tratado de manera diferente? Es decir, ¿por qué la RMP a presidentes no se institucionalizó en la ANC de 1997-98 y por qué si se institucionalizó en la ANC del 2007-08?

Las preguntas interesan si se considera que el tema de la RMP a presidentes estuvo presente en el espacio de discusión política entre 1997 y 2008 y además que la ANC 1997-98 fue antecedida de una consulta popular en la que se preguntó al pueblo (cuerpo electoral) si desean que se institucionalice la RMP a presidente y la respuesta mayoritaria fue afirmativa; sin embargo, la ANC no cumplió con dicho mandato. La ANC 2007-08 fue antecedida de una consulta popular para legitimar su convocatoria, aunque no existió mandato expreso que haya indicado a los constituyentes que institucionalicen la RMP a presidentes y sin embargo lo hicieron.

Las Asambleas Constituyentes son espacios de deliberación y debate donde los actores políticos individuales y colectivos eligen instituciones ya sea para proscribirlas o eliminarlas, para reformarlas, renovarlas, cambiarlas y hasta inventarlas. Colomer y Negretto sostienen que:

Aunque creemos que el modelo normativo de utilidad social [...] puede resultar atractivo para muchos lectores, en el mundo real la elección de instituciones comporta una interacción estratégica en la que diversos actores con preferencias diferenciadas deciden de acuerdo con su propio interés. En otras palabras, los actores políticos eligen instituciones no para aumentar la eficiencia social sino para maximizar su probabilidad de ganar cargos y ejercer influencia sobre las políticas públicas una vez elegidos (2003: 53)<sup>116</sup>.

Cuando la coalición política de derecha, que dominó la ANC 1997-98, conformada por el Partido Social Cristiano (PSC), Democracia Popular (DP) y la unión del Frente Radical Alfarista y el Partido Liberal Radical Ecuatoriano (FRA-PLRE) no eligieron la RMP a presidentes, sino de acuerdo a su propio interés: disminuyeron la eficiencia social y maximizaron la posibilidad de ganar cargos y mantenerse en ellos el mayor tiempo posible (evitando que exista una institución a través de la cual se los puedan echar del cargo) para así (por lo menos idealmente) poder ejercer influencia en las políticas públicas.

Al contrario, el movimiento de izquierda Patria Altiva y Soberana (PAIS) que dominó la ANC 2007-08, al elegir la RMP a presidentes: aumentó la eficiencia social, abrió un camino institucional para perder sus cargos y disminuir su influencia sobre las políticas públicas; por lo tanto, no eligieron de acuerdo a su propio interés (instrumental).

Si se considera que la ANC 2007-08 estuvo dominada por el movimiento político PAIS que logró una mayoría inédita en la historia política del Ecuador: 80 de los 130 asambleístas (sin contar 10 aliados de movimientos y partidos afines) sobre quienes el presidente ejerció un fuerte liderazgo y por lo tanto capacidad de veto en el PEC, la pregunta clave es la siguiente: ¿Por qué en un régimen político presidencialista y de gobierno unificado, caracte-

---

<sup>116</sup> El presupuesto teórico de Colomer y Negretto (2003: 13) se basa en evidencia empírica de fórmulas institucionales para la gobernanza en un régimen de separación de poderes (Congreso y Presidente). Ver Negretto (1998,1999, 2009)

rizado por el funcionamiento de una ANC (con plenos poderes) que dirigió un PEC, se introdujo en la Constitución la institución de la RMP a presidentes, a pesar que el presidente posea gran capacidad de veto en la elaboración constitucional, pues contaba con mayoría ultra hegemónica dentro de la ANC? Es decir ¿porqué, en el contexto del desempeño de una ANC la mayoría constituyente, inédita en el país, no decidió de acuerdo a su propio interés y el de su líder (presidente de la república) y eligieron una institución que, en vez de maximizar, minimiza su probabilidad de ganar y mantenerse en cargos y ejercer influencia sobre las políticas públicas?

Cuando la coalición política que dominó en la ANC 1997-98 no institucionalizó la RMP para presidentes adoptaron una posición intuitiva y ‘racional’, pues no introdujeron en la Constitución una institución que perjudicaba a las fuerzas políticas que dominaron la ANC y que esperaban alcanzar en el futuro inmediato la presidencia de la república

Desde una perspectiva *rational choice*, quien alcanza el poder desea mantenerse el mayor tiempo posible en aquel maximizando sus intereses, siendo instrumentalmente racional que la coalición que dominó la ANC y que aspiraba alcanzar la presidencia cierren la posibilidad de institucionalizar un cauce por medio del cual se lo pueda sacar del poder.

Cuando el Presidente y su movimiento político (PAIS) con mayoría ultra hegemónica en la ANC de 2007-08 institucionalizaron la RMP para presidentes, adoptaron una posición (por lo menos a primera y simple vista) contra intuitiva e ‘irracional’, pues constitucionalizaron una institución que no beneficiaba sino perjudicaba al presidente y a la mayoría política con la que contó en la ANC.

Desde una perspectiva *rational choice*, se podría sostener que quien alcanza el poder desea mantenerse el mayor tiempo posible en aquel para maximizar sus intereses, siendo irracional que el líder político (Presidente) y su grupo político (mayoría en la ANC) que lucharon por llegar al poder, lo hayan logrado; y, sin embargo, institucionalicen un cauce por medio del cual se lo pueda echar del poder.

La decisión que tomó la ANC de 2007-08 institucionalizando la RMP a presidentes no es de aquellas que tomaría un actor político racional. Si un presidente y su movimiento político tomaron una decisión como la arriba explicada, significa que su actuación estuvo determinada (o por lo

menos influida) por factores que sobrepasaron su mero deseo de maximizar intereses.

¿Cuáles fueron los factores que hicieron que el presidente y su mayoría ultra hegemónica en la ANC de 2007-08 adopten una institución instrumentalmente ineficiente para mantenerse en el poder? ¿Por qué, a pesar del poder de veto que tuvo el presidente, permitió que se institucionalice un mecanismo constitucional que pone en riesgo su estabilidad?

## 2. **Inercia histórica, derrocamiento de presidentes y configuración de discursos revocatorios en Ecuador**

El proceso de institucionalización de la RMP a presidentes puede dibujarse siguiendo el siguiente itinerario:

- 1.- Afirmación del discurso revocatorio con la caída de Abdalá Bucaram
- 2.- La frustrada institucionalización de la RMP a todas las autoridades de elección popular durante la Asamblea Nacional Constituyente 1997-98
- 3.- La reafirmación del discurso revocatorio con la caída de Mahuad
- 4.- El fortalecimiento del discurso revocatorio con la caída de Lucio Gutiérrez
- 5.- La reforma política del presidente Alfredo Palacio y la a otra vez frustrada institucionalización de la revocatoria a presidentes.
- 6.- La instalación de la Asamblea Nacional Constituyente 2007-08 y la institucionalización de la RMP a presidentes

La institucionalización formal de la RMP a presidentes tiene como antecedente lejano el contexto histórico de inestabilidad política que ha caracterizado al Ecuador desde su independencia de la Corona Española y más precisamente la inestabilidad de los presidentes en el ejercicio del cargo desde aquella época (ver: Hurtado, 1977)

Dicho patrón histórico de inestabilidad se repotenció con la entrada en escena durante los años 90 del siglo XX de un grupo que, durante la etapa colonial y republicana de lo que hoy es el Ecuador, no tuvo influencia política fuerte y determinante. Dicho grupo fueron los indígenas que al emerger con tal fuerza lograron hacer lo inimaginable hasta aquel tiempo: poner en duda la legitimidad de los presidentes de la República (ver Lucas, 2000; Barrera, 2001).

Su rol fue el preludio de la terminación de una precaria estabilidad de presidentes terminando los plazos para los que fueron elegidos durante el pe-

riodo 1979-1996, la cual se perdió cuando con la caída de Bucaram, inició otro periodo de inestabilidad política (no nuevo en Ecuador) caracterizada por la salida anticipada de los presidentes electos en las urnas (Bucaram, Mahuad, Gutiérrez).

Durante el periodo de inestabilidad, además de movilización, protesta y contra protesta, en el lenguaje político de los actores relevantes se insertó con fuerza la idea de institucionalizar un mecanismo para que no sea el Congreso Nacional (CN), ni las élites o el pueblo movilizado en las calles con el apoyo de las FF AA los que saquen a los presidentes, sino se instituya un arreglo institucional formal mediante el cual, el cuerpo electoral acuda a las urnas para decidir si un presidente se mantiene o no en el cargo.

Antes del derrocamiento de Bucaram y la celebración de la ANC 1997-98, se produjo la emergencia del movimiento indígena, el cual protagonizó la contestación social durante la década de los años noventa del siglo XX y con sus repertorios discursivos dieron un vuelco al discurso político de las izquierdas en el Ecuador. Los levantamientos que protagonizaron especialmente en 1990, 1992 y 1994, no solo los convirtió en actores políticos con poder de veto, sino que al pasar de tradicionalmente subordinados a actores que interpelaron la legitimidad de los presidentes Rodrigo Borja y Durán Ballén, sembraron el germen de una idea que sustentaba un discurso político que establecía como legítimo poner en jaque a un presidente y hasta buscar su cese (ver: Carrasco, 1993; Guerrero 2000).

Dicha idea y discurso político mutó y se consolidó paulatinamente a propósito de la caída de tres presidentes de la república en 1997, 2000 y 2005 respectivamente.

El derrocamiento de Bucaram fue una coyuntura crítica de inflexión histórica que permitió que la idea y discurso político que interpelaba la legitimidad de presidentes se convierta en una institución informal que reinsertó en el imaginario político una idea presente desde la consolidación del Ecuador como república independiente: se puede sacar a un presidente antes que termine su mandato.

La idea estuvo disponible en la esfera de deliberación pública lista para formar parte del repertorio discursivo usado durante las crisis políticas en las que cayeron Mahuad en 2000 y Gutiérrez en 2005, episodios donde el discurso se desarrolló con vocación de institucionalizarse formalmente, aunque obstaculizado por los defensores del estatus quo.

Durante el derrocamiento de Mahuad los movilizados trataron de implementar un nuevo orden político y nuevas nociones de representación. Sin embargo, los de abajo no pudieron implementar su visión sobre un nuevo orden y representación política, pero sus ideas y discursos siguieron presentes en el ámbito político-público; es más, el discurso revocatorio que se institucionalizó informalmente en la caída de Bucaram, se re-institucionalizó con más fuerza y calor ya no solo en el imaginario político de los indígenas sino (como se verá más adelante) de otros segmentos de la sociedad ecuatoriana, de tal forma que durante las movilizaciones contra Gutiérrez ya no fueron los indígenas los que protagonizaron la protesta sino sectores medio urbanos de Quito.

La puesta en duda de la legitimidad de presidentes desde las movilizaciones indígenas, pasando por las caídas de los tres presidentes son datos que permiten mirar que las instituciones liberales disponibles para solucionar el tipo de problemas que se evidenciaron en la relación gobernantes-gobernados no fueron suficientes por lo que la institucionalidad informal fue el único recurso disponible para solucionar las cuestiones relacionadas con la inestabilidad política y la ilegitimidad de presidentes.

El agotamiento de las instituciones tradicionales de la democracia liberal y la dificultad de prescindir de los presidentes mediante los mecanismos disponibles incentivaron a la utilización de métodos informales, pero además a pensar en nuevos dispositivos institucionales para ser insertados en el sistema político, dicho dispositivo no fue sino la RMP a presidentes.

### **3. La revocatoria a presidentes en el debate constituyente 2007-08**

Una vez instalada la ANC e iniciadas sus labores, el tema de la RMP a presidentes estaba sustentada en una fuerza discursiva de tal envergadura que su institucionalización era prácticamente inevitable, pues:

[las peticiones para su institucionalización] vinieron de las organizaciones sociales, vinieron de las organizaciones, de la gente de la movilización que fue un periodo que yo respeto y valoro muchísimo el periodo de Montecristi y la participación ciudadana fue tan activa, tan activa en el país que una de las tesis también era eso poner la revocatoria del mandato para poder tener nuevamente el pueblo la decisión de mantener o no a una autoridad en el cargo, entonces eso fue de la

gente de la ciudadanía [...] pero nosotros apoyamos totalmente porque creo en vista esto es una consecuencia, es una consecuencia del mal manejo y de las crisis políticas que vivió en los últimos 20 años el Ecuador, entonces era un clamor de la ciudadanía que por eso se recogió en la Constitución (Asambleísta Constituyente de Alianza País, Entrevista personal, 22 de junio de 2012).

Los discursos que abogaron por su institucionalización iniciaron su configuración desde la caída de Bucaram en 1997 y luego Rafael Correa capitalizó las ideas más importantes de dicho discurso y de manera expresa durante su candidatura para presidente, además de ofrecer instalar una ANC, manifestó que era necesaria la institucionalización de la RMP a presidentes, cuestión que no fue un mero enunciado, sino una idea que, aunque no le pertenecía, la incluyó en su lenguaje político; pues dicha cuestión venía siendo objeto de debate durante la década inmediata anterior en que asumió el poder. La idea de institucionalizar la RMP a presidentes no fue coyuntural por lo que fue imposible obviarla durante el PEC.

Durante el desempeño de la ANC, el tema de la RMP a presidente fue considerado por la Mesa número dos denominada de “Organización, Participación Social y Ciudadana y Sistemas de Representación” que tuvo como labor, entre otras, presentar las propuestas de normas que regularían la RMP. Dicha mesa estuvo bajo el mando del Asambleísta Virgilio Hernández (PAIS) ex PK, activista social que participó en las movilizaciones de febrero de 1997 y enero de 2000 y abril de 2005 sin olvidar que fue funcionario de Lucio Gutiérrez hasta antes de la ruptura del gobierno con los indígenas.

A poco de instalada la ANC 2007-08, durante la discusión de su reglamento de funcionamiento en el pleno ya se mencionó ideas generales sobre la RMP; pues al tratar sobre el tema de la pérdida de la investidura de los asambleístas, Félix Alcívar (PAIS) manifestó su acuerdo y dijo que espera que esas regulaciones “[...] sirva de precedente para el nuevo orden constitucional en el Ecuador, en todas las instituciones de elección popular” (Acta 004, 5 diciembre 2007: 40,41).

En una de sus intervenciones en el pleno del 26 de diciembre de 2007, Virgilio Hernández (PAIS) abogando por la intervención de los gobernados en los asuntos públicos, la participación de la juventud y criticando los obstáculos institucionales que la Constitución de 1998 establecía para poner en marcha los MDD, manifestó:



[...] Creemos que es necesario superar esta gran dificultad que impide que la ciudadanía se involucre directamente en los asuntos públicos. Y de manera particular, creemos que es una dificultad la falta de participación política activa de los jóvenes. [...] Si bien en la Constitución del noventa y ocho se establecieron derechos de participación política, como son: la consulta popular y la revocatoria. Las disposiciones que tiene el propio texto de la Constitución del 98, como algunos otros requisitos que han ido estableciendo entre los tribunales electorales, el Tribunal Supremo Electoral, impiden en la práctica el ejercicio de esos derechos. [...] Creemos que un problema central en este momento, que tiene que ser tratado por esta Asamblea, es el de la pérdida de relación entre los mandantes y mandatarios. La inexistencia de mecanismos de exigibilidad, de cumplimiento de las demandas ciudadanas, y para ello creemos que es fundamental hacer presente la revocatoria del mandato. [...] (Acta 12: 33-27)

En una reunión del pleno el 27 de febrero de 2007, el Asambleísta de izquierda Lenin Hurtado (MPD) manifestó:

En este mismo aspecto es crucial que aquellos ecuatorianos y ecuatorianas que han recibido por cualquier causa la confianza de nuestros pueblos a cualquier nivel, tengamos la posibilidad constitucional y legal de deshacernos de ellos, cuando no sirvan los intereses que se han comprometido a cumplir, la revocatoria del mandato, desde el Presidente de la República al Presidente de juntas parroquiales. Es decir, no podemos consentir que una persona que ha asumido un compromiso con sus electores, al poco tiempo lo traicione y tengamos que esperar todo el período para el que lo elegimos, para poder tener una alternativa. (Acta 22:64,65)

Nótese cómo las intervenciones y las posiciones discursivas de Hernández y Hurtado se parecen a las que manifestaron en la ANC 1997-98 los representantes de izquierda Trujillo y Cárdenas, pues el punto central sobre que giran los argumentos de todos ellos fue la necesidad de institucionalizar un mecanismo que permita una interrelación directa entre los gobernantes y gobernados en cuanto a la dinámica de rendición de cuentas.

El 27 de mayo de 2008 se discutió en primer debate en el pleno de la ANC el informe de mayoría emitido por la mesa dos de “Organización,

Participación Social y Ciudadana y Sistemas de Representación”. Dicho informe establecía que:

Por otro lado, la Constitución del 98, exigía para el ejercicio de la democracia directa, requisitos y condiciones que los convertían en inviables en su ejecución; más aún, lejos de propiciar la participación de la ciudadanía en la conducción del Estado y en el control social a los dignatarios de elección popular, lo que hacía era menoscabar y restringir la participación.[...] En cuanto a los mecanismos de democracia directa frente a la Constitución del 98 se los ha vuelto más accesibles al ejercicio popular [...].

En dicho informe se incluyó un proyecto de normativa que estableció que se podía revocar el mandato a los dignatarios de elección popular cuando incurran en actos de corrupción comprobada; por incumplimiento del plan de trabajo; y, por no rendir cuentas de su gestión a sus electores. La petición debía contar con el respaldo de las firmas o huellas de al menos diez por ciento (10%) de los inscritos en el registro electoral y para el caso del presidente de la república, se solicitaba el quince por ciento (15%) (Art. 14). Para la aprobación de la revocatoria de mandato, se pedía la mayoría absoluta de los votos válidos, aunque en el caso del presidente de la república, se solicitaba la mayoría absoluta de los sufragantes (Art. 16) (Acta 53 A: 4, 5, 8, 13,14)

Refiriéndose al informe de mayoría y proyecto de articulado, el asambleísta de derecha César Rohón (PSC) y ex constituyente en la ANC 1997-98, de manera tácita estuvo de acuerdo con la posibilidad de RMP a presidentes aunque argumentó para que se flexibilicen sus requisitos:

[...] si la normativa establece en los temas de consulta la revocatoria de mandato, esta tiene que ser igual para todos los funcionarios públicos o de elección popular o todo se sujeta al total de los sufragios o todos se sujetan al total de votos válidos. Creo que no puede haber excepción, una normativa para unos funcionarios de elección popular y otra normativa diferente para el caso del Presidente de la República. Todos tienen que ser tratados con la misma vara. (Acta 53 A: 40, 41)

Estando en la minoría, la posición de Rohón era instrumentalmente lógica, pues le convenía que la propia fuerza política que estaba dominando

la escena política habrá un camino constitucional para poder prescindir de aquellos, por lo que su preocupación no era analizar qué tipo de autoridades debían ser o no sujetos de revocatoria (como sucedió en la ANC 1997-98) sino los porcentajes de firmas necesarios para ponerlos en marcha.

Por su parte, el Asambleísta de izquierda Luis Hernández (RED) defendió la necesidad de no establecer causales para la RMP:

Yo creo que la revocatoria del mandato tiene que ser simple, simplemente perdió la confianza, perdió la confianza. Porque, hasta que le sometamos a que alguien determine que cumplió o no cumplió el plan de trabajo, habrá un sinnúmero de artimañas, de sutilezas, de vivezas criollas que impedirán que eso se realice, y veremos que después de unos años no se puede realizar esto. (Acta 53 A: 44, 45)

La posición de Hernández también buscaba simplificar la posibilidad de poner en marcha un proceso de revocatoria, aunque sus fundamentos difieren de la posición de Rohón. Posteriormente el asambleísta Virgilio Hernández (PAIS) dijo:

Lo de la revocatoria del mandato hay que mejorar, aquí ha habido importantes aportes. Pero, claro que hay una diferencia significativa, con la Constitución del noventa y ocho se establecía treinta por ciento de firmas, y solo para alcaldes, prefectos y diputados; ahora, la revocatoria es para todos los niveles, y apenas se requiere el diez por ciento para todos los cargos, y el quince por ciento para el Presidente, porque, obviamente, se tratan de funciones que son absolutamente distintas y diferentes. (Acta 53 A 27 mayo 2008, p.50)

Hernández se esforzó por indicar que el diseño de la institución difería de la Constitución de 1998, cuestión cierta, pues se estaba pensando en la RMP para todas las autoridades de elección popular y el porcentaje de firmas propuesto era menor, aunque se limitó a establecer que solicitar un diez por ciento (10%) de firmas para iniciar un proceso contra cualquier representante político que no sea el Presidente y el quince por ciento (15%) si se trataba de aquel se debía por que se desempeñaban funciones diferentes.

La Asambleísta de derecha Mae Montaña (UNO) asumiendo una posición discursiva similar a la de Rohón sostuvo:

[...] ¿por qué establecer diferentes condiciones para la revocatoria del mandato, cuando se trata de unos dignatarios, en relación al Presidente de la República? Creo que estamos buscando aquí justicia y equidad, y deberían ser condiciones iguales. La pregunta es: ¿por qué en el un caso el diez por ciento?, ¿por qué en el otro caso el quince por ciento? (Acta 53 A: 51, 52)

Evidentemente Montañó y Rohón no se oponían a la institucionalización de la RMP a presidentes, sino sus esfuerzos argumentativos intentaban lograr que los porcentajes que se estaban exigiendo para ponerlo en marcha debían ser menores, por lo tanto, no estaban pensando (como lo hizo la derecha en la ANC 1997-98) en la gobernabilidad, ni peor aún en nuevo modelo de democracia, sino que estaban aprovechando la oportunidad de facilitar un camino institucional para poder prescindir del presidente Correa quien desde que asumió el cargo y hasta ese momento ejercía un fuerte liderazgo y representaban intereses diversos a los que ellos defendían.

El asambleísta de izquierda Alfredo Ortiz (RED) defendió el informe de mayoría tratando de mostrar las diferencias con las regulaciones que sobre el tema se hizo en la ANC 1997-98:

Pero la revocatoria del mandato tiene que ver con todas las dignidades y el principio fundamental es que se ha bajado el porcentaje. Si no se ha dado una revocatoria del mandato en el país, Presidente y colegas asambleístas, no es porque la Constitución del noventa y ocho no la establecía bien. Quizá el porcentaje era muy alto del treinta por ciento de la recolección de firmas para ir a una revocatoria del mandato. Hoy la hemos bajado al diez por ciento. [...] Y para que no ocurra lo que ha venido ocurriendo, que se tumba presidentes por un grupo de ciudadanos, bienvenido sea, pero no son más allá de un grupo de una ciudad. El que entrega el poder es el pueblo soberano, que tiene el único derecho de revocar el mandato a quien lo ha elegido, desde un presidente de una junta, a un alcalde y hasta un Presidente de la República. (Acta 53 A: 70)

Ortiz no solo hizo una comparación de la regulación sobre la revocatoria en la Constitución de 1998 con la que estaban diseñando en aquel momento sino que mencionó que dicho mecanismo permitiría racionalizar y dar mayor certeza a la voluntad popular, pues cuando menciona que se ha tum-

bado presidentes por un grupo de ciudadanos, implícitamente se estaba refiriendo a la caída de Gutiérrez en 2005, donde los derrocaron adujeron que la movilización popular no fue en todo el país sino solo en Quito y por parte de la clase media alta.

El asambleísta de derecha, Vicente Taiano (PRIAN) asumió una posición discursiva a primera vista curiosa, pues sostuvo que se debían poner límites a dicha posibilidad, cuestión que se entiende si se considera que el líder máximo de su partido, el adinerado empresario Álvaro Noboa, era y fue un aspirante con posibilidades de llegar a la presidencia de la república, por lo que Taiano estaba pensando en un escenario político futuro favorable a sus intereses por lo que la RMP a presidentes no debía ser tan fácil de activar.

Si queremos actuar en forma seria, si establecemos una ley que establezca las causales reales para la revocatoria del mandato, debería de aumentarse del diez por ciento en las circunscripciones provinciales al quince por ciento. Y en la revocatoria del mandato al Presidente de la República, del quince al veinte por ciento, porque si no sucederá lo mismo y una vez posesionado el Presidente, a partir del primer año se comenzarán a recoger firmas a lo largo y ancho del país para revocar el mandato de quienes no comparten con las ideas políticas que está implantando el Presidente de la República en su Gobierno. (Acta 53 A: 76, 77)

Luego, el 16 de junio de 2008 de acuerdo a la Acta 62 A del Diario de Debates de la ANC 2007-08, se trató el informe de mayoría presentado por la mesa constituyente dos de Organización, Participación Social y Ciudadana y Sistemas de Representación, para el segundo debate de los textos constitucionales referentes a: Organización social y participación en democracia. En dicho informe se estableció que:

En la norma prevista para regular la revocatoria del mandato, hemos recogido el criterio de no inclusión de causales por cuanto este derecho está relacionado con la legitimidad o no del mandatario, también determinamos que durante el período de gestión de un dignatario no pueda realizarse más de un proceso; se establece que los costos que demanden estos procesos se imputen a los presupuestos de los diferentes niveles de gobierno y que tan solo los convocados por el Presidente de

la República o por iniciativa ciudadana se imputen al Presupuesto General del Estado (Acta 62 A: 7)

En el informé se reguló la RMP de la siguiente forma: Se podía revocar el mandato a todos los dignatarios de elección popular, pudiendo presentarse la petición cumplido el primero y antes del último año del período para el que fue electo el dignatario y debía contar con el respaldo de al menos el diez por ciento (10%) de inscritos en el registro electoral correspondiente y para el caso del Presidente de la República se solicitaba el respaldo del quince por ciento (15%), enfatizando que durante el período de gestión de un dignatario solo podía realizarse un proceso de revocatoria del mandato (Art. 14). Para la aprobación de la revocatoria se requería la mayoría absoluta de los votos válidos, pero para el caso del presidente la mayoría absoluta de los sufragantes (Art. 16). De esta manera, se incluyó al presidente de la república como sujeto de RMP, aunque los requisitos para activar un proceso en su contra variaban de los que se podrían cumplir para otro tipo de autoridades de elección popular (Acta 62 A: 9, 10).

Virgilio Hernández defendió la propuesta poniendo como ejes de su discurso las nociones de participación ciudadana y la falsa dicotomía entre democracia representativa y democracia directa:

De forma sintética, señor Presidente y estimados colegas, quisiera señalar que en la propuesta que hoy se presenta para el segundo debate, está marcada por un elemento fundamental, un elemento conceptual que, a nuestro modo de ver en la Mesa, es central, es fundamental y es, básicamente, esta convicción de que en la política moderna no solo es necesario democratizar las instancias de representación, sino también profundizar la participación ciudadana. Creemos, y con ese convencimiento hemos trabajado en la Mesa, que es fundamental superar esta falsa dicotomía, superar esta falsa contradicción entre democracia representativa y democracia directa. En la firme convicción de que una mayor participación ciudadana cualifica, mejora la representación y, a su vez, una representación más democrática abre nuevos escenarios, nuevos repertorios para la participación ciudadana (Acta 62 A: 14, 15).

La posición discursiva permite ratificar que el eje articulador del PEC en la ANC 2007-08 fue diferente al de la ANC 1997-98, pues ya no fue la

idea de gobernabilidad la central sino otra según la cual se debía transformar la democracia y la representación política y que fue llamada por Hernández como una necesidad de “democratizar las instancias de representación” y “profundizar la participación ciudadana”, procurando básicamente, darle un vuelco a la democracia representativa aunque sin obviar del todo sus procedimientos.

Es decir, la movilización social y la instalación de Asambleas populares que en el año 2000 decidieron declarar cesantes en el cargo a Mahuad y todos los poderes del Estado, como una manifestación de democracia directa “pura”, no fue lo que exactamente se trató de construir en la ANC 2007-08; sin embargo aquellas movilizaciones, prácticas y discursos sí inspiraron el accionar de quienes querían dar un nuevo sentido a la democracia, aunque cayeron en la cuenta de la dificultad de prescindir totalmente de los procedimientos y conceptos básicos de la representación, aunque si hubo un gran empeño en dar un vuelco y construir un nuevo entramado institucional que responda a una nueva visión de la democracia; por eso Hernández hizo mención a la falsa dicotomía entre democracia representativa y democracia directa y apostaba a mejorar la representación mediante la participación ciudadana creando instituciones como la RMP a presidentes para que dicha participación se produzca.

Hernández, haciendo críticas a la Constitución de 1998 continuó diciendo lo siguiente:

En ese marco, creemos que es importante señalar que la Constitución de mil novecientos noventa y ocho enunció la participación; en cambio, esta propuesta de nueva Constitución desarrolla y hace posible nuestro ejercicio ciudadano de participar, como un derecho individual y de las organizaciones de la sociedad civil. Creo que en este momento y en este punto es importante reflexionar, y decir que tenemos una historia constitucional caracterizada porque la política fue pensada para las élites. A pesar de que en el Ecuador ha existido y existe una rica tradición organizativa y de movilización desde la sociedad; sin embargo, la característica básica ha sido la exclusión y la restricción. Eso explica que las normas del noventa y ocho, aunque se haya avanzado en el reconocimiento de muchos derechos políticos; sin embargo, en la práctica eran inaplicables y, sobre todo, esta práctica de restricción, esta práctica de exclusión que ha caracterizado a nuestro orden constitucional, explica el desencanto de la ciudadanía con la democracia y la erosión de la institucionalidad que hemos vivido estos últimos años. [...] Si no lo-

gramos que la ciudadanía se involucre de manera activa, si no logramos que la ciudadanía asuma que tiene la posibilidad de transformar las instituciones, poco habremos logrado en este empoderamiento, que es necesario para que cualquier Constitución se mantenga vigente” [...] Esas dinámicas, sin embargo, quiero señalar, a pesar de que no han logrado convocar a la mayor parte de la ciudadanía, han estado presentes, se han expresado en un permanente proceso de movilización de la sociedad, y no podemos tampoco negar que ese proceso de movilización del movimiento indígena, de actores sociales ha permitido una democratización de la propia democracia ecuatoriana.” (Acta 62 A: 15, 17).

Hernández se esforzó en indicar que la construcción institucional que se estaba elaborando en la ANC 2007-08 se diferenciaba de lo que sucedió en la ANC 1997-98 enfatizando que se estaba transitando de la idea de participación como enunciado, hacia una participación como práctica continua, pues según él hasta ese momento la política fue pensada para las élites, pero como consecuencia de las lecciones que había dejado la movilización social y popular en las calles durante los años anteriores, la participación era el único medio para poder sostener el nuevo entramado institucional que estaban construyendo.

Hernández continuó argumentando lo que entendía como nuevas formas de democracia que se estaban habilitando para hacer de la participación y la movilización un fenómeno cotidiano:

Nosotros, con este articulado y con las propuestas que hemos recibido, con este sinnúmero de propuestas que se han aportado, sin duda no solo que estamos abriendo cauces para la participación ciudadana, sino que estamos contribuyendo a un nuevo modelo de gestión, a un nuevo modelo de gestión en el que la participación tiene un papel central, para delinear las decisiones fundamentales que los poderes públicos tienen que tomar y tienen que decidir. Este título, que estamos ahora entregando, abre caminos para la expresión del poder social. Permite ratificar la autonomía e independencia de las organizaciones sociales frente a la institucionalidad del Estado. Y esto es importante decir para no creer, como se ha estado diciendo en el debate mediático en estos últimos días, que el poder social puede ser reducido a una función del Estado o que el poder social, puede ser únicamente circunscrito en lo que es el aparato institucional del Estado. El poder social es el



poder de la sociedad, el poder social es el poder de los ciudadanos, el poder social es la capacidad que tenemos los ciudadanos y ciudadanas para poder participar en todos los asuntos de interés público, y eso no puede ser circunscrito a una función del Estado, eso no puede ser subsumido en ninguna función del Estado. El poder social no está en crear una nueva función. El poder social se expresa en esos amplios mecanismos y en esa amplia capacidad para poder actuar, incluso como poder constituyente y para no dejarse subordinar de ninguna forma ni subsumir por el poder constituido. Eso es un elemento fundamental y ese es un aspecto central que recogemos. Estos articulados lo único que hacen es abrir el camino, pero no estamos tratando de que el Estado remplace la participación; solo estamos creando los instrumentos, las formas, los mecanismos, pero tiene que ser la ciudadanía, tiene que ser el pueblo, tienen que ser los hombres y mujeres de este país, que hagan ejercicio de estos derechos y de estos mecanismos para lograr convertir a la democracia en un espacio abierto, en un espacio de debate y en un espacio en que las decisiones no se tomen únicamente en los cenáculos de la representación, sino que se construyan con participación (Acta 62 A: 18, 19).

Hernández muestra la intención que el proceso de toma de decisiones no queden únicamente librados a los procedimientos de la democracia representativa, por lo tanto en la que el representante es el que tiene todo el control, sino que haciendo mención a un “nuevo modelo de gestión” hace entender que las decisiones deben ser tomadas consultando a los gobernados a los que catalogó como “poder social” que no se subsuma a la dinámica burocrática del Estado, sino como una fuente de potencial participación en todos los asuntos del Estado, influyendo en la toma de decisiones de los representantes y más allá, pues como él dijo debía ser un “poder constituyente” no subordinado al poder constituido; por lo tanto se propuso una especie de poder constituyente vigente siempre (no únicamente durante un PEC) que rompa con las dinámicas tradicionales de la democracia representativa.

Reforzó su argumentación anterior sosteniendo que:

[...] No hemos recogido, y esto lo digo con claridad, una serie de planteamientos y de propuestas que nos ponen nuevamente al miedo como principal argumento; cuidado con abrir la participación ciudadana, cuidado con poner el margen muy bajo, porque van a llegar muchos proyectos de ley; cuidado con permitir la par-

tipicación a nivel local; cuidado con que la iniciativa popular nos va a desbordar; cuidado con que la consulta popular se va a convertir en un instrumento de ingobernabilidad; cuidado con que la convocatoria nos va a inestabilizar. Todos esos argumentos, que creemos que pertenecen al pasado, no han sido recogidos sino aquellos que nos permiten clarificar las normas que estamos presentando. Por eso hemos recogido que, entre los principios a través de los cuales se organiza la sociedad, esté el de la interculturalidad porque es un elemento central en el reconstrucción de esta nueva sociedad que queremos construir. Recogiendo un planteamiento de aquí, de esta sala, el tema de que revocatoria del mandato no tenga causales, porque la revocatoria, básicamente, es volver a poner en la confianza del pueblo el mandato que le entregó. Por lo tanto hemos acogido el planteamiento de aquí, de esta Mesa, y la revocatoria del mandato no tiene causales sino el cumplimiento de las firmas para solicitar, diferenciadas porque las elecciones, tanto para autoridades locales como para nacionales, son diferentes, las unas requieren de mayoría simple, las otras requieren de mayoría absoluta. Pero no hay causales sino el simple petitorio y luego, ir a un proceso de consulta, y que sea el pueblo el que decida si quiere o no que tal mandatario siga (Acta 62 A: 19, 20).

Hernández hizo mención a los argumentos que al parecer se esgrimieron en contra de la institucionalización de MDD y los rechazó diciendo que su institucionalización no iba a ser fuente de inestabilidad o ingobernabilidad, es decir no iba a ser causante de los miedos que los elaboradores de la Constitución de 1998 tuvieron y que fueron los ejes que guiaron sus discusiones. Además, enfatizó que no se debía poner causal a la RMP de autoridades de elección popular, pues la única causa era que el soberano ya no quiera que una autoridad permanezca en el cargo, con lo que estaba sacando el tema de la esfera judicial, dándole un carácter eminentemente político.

Hernández defendió algunas características de los arreglos institucionales sobre la RMP a presidentes que fueron criticados en primer debate por el Asambleísta Rohón y la Asambleísta Montaña (críticas que harán nuevamente en el segundo debate) justificando porque para unas autoridades se solicita determinados porcentajes de firmas y votos para que la revocatoria proceda.

Posteriormente el Asambleísta de derecha Andrés Pavón (PRIAN) manifestó:

Con respecto al artículo catorce y al artículo doce existe una contradicción. ¿Por qué existe una contradicción?. Porque se dice que para consulta popular nos dan al pueblo ecuatoriano la facultad, la facultad de con el cinco por ciento poder convocar a una consulta popular pero, en cambio, en el artículo catorce, al mismo pueblo ecuatoriano se le da la facultad, con el quince por ciento, para revocar el mandato. Entonces, estamos contradiciéndonos completamente. Aquí la propuesta sería de que se ponga el cinco por ciento para consulta popular y el cinco por ciento para revocatoria de mandato, porque no se puede dar jerarquías al pueblo ecuatoriano, sino que se debe dar la misma capacidad al pueblo ecuatoriano para convocar a consulta popular de cualquier tipo de tema y, de igual forma, dar la facultad al pueblo ecuatoriano con el cinco por ciento de revocar el mandato al Presidente de la República (Acta 62 A: 25).

Pavón confundió la consulta popular con la RMP, pero su argumento apunta a que el porcentaje de firmas que se exige para iniciar un proceso de RMP a presidentes no sea del 15% sino del 5 %, lo que permite inferir que estuvo de acuerdo que el presidente sea sujeto de revocatoria, pero deseaba que sea más fácil su activación.

César Rohon, retomando su posición discursiva asumida en el primer debate sostuvo:

En el tema de participación ciudadana, sin duda que hay una propuesta novedosa, donde de manera amplia, muy amplia en general se establece las posibilidades de una participación activa de la sociedad organizada. Pero, ésta es la palabra mágica, de la sociedad organizada: porque no podemos nosotros, de ninguna manera, en una norma constitucional permitir la creación de gobiernos paralelos, porque eso sería el desastre de la administración pública. Quiero entrar a tocar los temas directos que tienen que ver con consulta y revocatoria de mandato, y aquí me quiero detener un momento en el tema de la revocatoria del mandato. El artículo catorce establece dos umbrales de revocatoria de mandato: un umbral del diez por ciento para todos los funcionarios públicos de elección popular que no sea el Presidente de la República, y quince por ciento para el Presidente de la República. Me parece importante porque hay que diferenciar entre los distintos niveles de Gobierno y darle un umbral mayor al Presidente de la República. Sin embargo, después de hacer esta diferencia, cuando vamos al siguiente artículo, al artículo dieciséis, aquí,

lamentablemente, se vuelve a producir otra diferencia. En el un caso, en el primero, se establece únicamente los votos válidos de la elección; pero, en cambio, se hace una gran diferenciación, lo cual yo considero grave para el caso del Presidente de la República, estableciendo el total de los sufragios. Creo que la norma constitucional tiene que ser sin excepción, después de haber establecido los umbrales en el artículo catorce, el dieciséis tiene que ser igual para todos: o todos van sobre el total de los sufragios o todos van sobre el total de los votos válidos (Acta 62 A: 32, 33, 34).

Rohón, asambleísta de derecha mostró de manera clara su concepción sobre la participación de la sociedad organizada y la democracia cuando asumió como sinónimo de sociedad organizada que participa a la creación de gobiernos paralelos, por lo que es evidente que fue un defensor de los procedimientos clásicos de la democracia representativa.

A diferencia de Pavón no criticó los porcentajes de firmas exigidos para iniciar un proceso de RMP a presidentes y su diferencia con los porcentajes de firmas que se podrían exigir para otras autoridades de elección popular, sino que tomó atención en los umbrales de votos necesarios para que la RMP se materialice en el caso que se lleve a cabo, considerando que dicho umbral debía ser calculado sobre el total de los votos válidos y no del total de los sufragios, pues el número de votos válidos siempre será menor que el total de los sufragios (votos nulos y blancos que hacen que el umbral para revocar al presidente sea más alto). Rohon no estimó que la RMP podía ser un peligro para la gobernabilidad sino, por el contrario, buscó que revocar a un presidente sea una tarea más fácil de lograr.

Luego intervino el Asambleísta de izquierda Balerio Estacio (PAIS) quien manifestó lo siguiente:

De ahí quiero partir, exclusivamente, compañero Presidente y señores asambleístas, porque durante toda la historia de nuestra patria nos han hablado que el poder radica en el pueblo, nos han dicho que el poder es el soberano; pero, los mismos de siempre han establecido mecanismos que han impedido que el pueblo, verdaderamente, tenga esa participación [...] Pero una vez que el pueblo era convocado a las elecciones y a través del voto el mandante, que es soberano pueblo, transfería el poder a la autoridad que era elegida popularmente o democráticamente, jamás ese

pueblo, jamás ese mandante tenía ninguna otra participación. Y ¿qué vemos? Que luego establecen exclusivamente mecanismos, dizque, supuestamente, podía el soberano revocarle el mandato a la autoridad que había sido elegida, si no cumplía con lo que había prometido o estaba faltando a la honestidad. Y vemos que la traba que ahí se les estableció, es que solo podría hacerlo con el treinta por ciento de los registrados, en aquella circunscripción territorial. Eso era un impedimento y prueba de ello, compañero Presidente y señores asambleísta, nos encontramos durante más de tres gobiernos que hubo resistencia ciudadana, y que se llegó a lo que todos conocemos, porque se puso trabas en que el pueblo no podía, obviamente, fácilmente acceder a esos mecanismos para revocarle el mandato a la autoridad. En la Mesa dos hemos visto que, mañosamente, ahí se estableció un mecanismo para excluir al soberano, para excluir al mandante de poder tener ese poder de participar y revocar el mandato. Por eso hemos consensuado. Gracias a Dios, en la Mesa número dos, ha habido una participación democrática con grandes debates pero hemos llegado a consensuar, y hemos establecido que para revocar el mandato en los gobiernos seccionales o circunscripciones territoriales, no requiera más del diez por ciento y si se trata para revocarle el mandato a un Presidente de la República, no tenga necesidad más del quince por ciento (Acta 62 A: 36, 37).

Para el dirigente popular Estacio, la ANC 2007-08 estaba construyendo un nuevo modelo democracia para que el pueblo sea el verdadero soberano no por simple nomenclatura sino por ejercicio cotidiano y mencionó que la institucionalización de la RMP en la Constitución del 98 no fue sino una especie de engaño, pues el diseño tenía tales características que el mecanismo fue muy difícil de activar y además los problemas de legitimidad que hubo tenían que ver con el presidente de la república pero este no era sujeto de RMP mediante votación popular y mencionó que establecer porcentajes más bajos que el 30% tiene que ver con una especie de aseguramiento de la participación democrática.

En seguida participó el Asambleísta de derecha Rafael Esteves quien leyó el Artículo 14 de la propuesta que se estaba debatiendo y manifestó que:

Yo creo, señor Presidente, que en el primer año no se puede pedir una revocatoria de mandato, recién, pues, se está organizando el trabajo, mínimo debería ser dos años. Pero eso no es lo importante. Lo importante es que aquí no consta cuáles

son los motivos para poder solicitar la revocatoria del mandato. Yo no me preocupo más en el porcentaje de firmas, qué tanto más o tanto menos, me preocupa los motivos. Si en la Constitución del noventa y ocho estaban, y eran tres, y en el borrador anterior estaban tres, ahora se lo han eliminado, la pregunta es, porqué. Entonces, cómo puede ser calificada una petición de revocatoria del mandato, ¿de qué vamos a acusar a esa persona que pensamos quitarle el mandato que el pueblo le dio en las urnas? Tiene que haber motivaciones, tiene que haber causales, tienen que ser taxativas y tienen que estar en la misma Constitución: por corrupción, porque no ha cumplido con el programa de trabajo, por cualquier otro motivo, pero yo creo que debe haber motivos por los cuales se va a presentar una petición de revocatoria del mandato. Yo me quedaría con el articulado anterior que establecía varias causales, que debieron ser pulidas y puestas a debate (Acta 62 A: 42, 43).

La visión de Estévez era eminentemente legalista y confundió una concepción de la representación política asimilada a la representación de carácter civil, donde para poder echar abajo dicha representación se debe establecer de antemano las causales. De todas formas su posición discursiva revela que las ideas sobre la institucionalización de la RMP estaba bien estructurado en el imaginario de los actores políticos, pues ya no se preguntaron si es o no necesario institucionalizarlo, sino cómo diseñar la institución.

Cómo hizo Rohón, Mae Montaña participó retomando las críticas que hizo en el primer debate:

Por otro lado, creo que es importante, cuando se establecen derechos y enunciados, la posibilidad de no establecer diferencias, y cuando se dice que para la revocatoria del mandato de cualquier autoridad es el diez por ciento, pero para el Presidente es el quince por ciento y otras condiciones, me parece que eso no apoya y no ayuda a la democracia. El primer sentimiento y la primera expresión de democracia es la igualdad que se establece ante el marco constitucional y ante la ley; por tanto, es necesario, entonces, definir unas condiciones únicas porque, definitivamente, no es a través de estas cifras y de estos porcentajes como vamos a legitimar a una autoridad. Un Presidente de la República que está haciendo bien las cosas, pues, no necesitará que la ciudadanía pida su real revocatoria. Así que diez por ciento, quince por ciento, no sé si son mecanismos de protección,

o sea cómo se establecieron estos porcentajes y el porqué de esta diferencia. (Acta 62 A: 52, 53).

Montaño tuvo una posición similar a la del asambleísta Pavón, pues puso reparos en los porcentajes de firmas necesarios para solicitar ante la autoridad electoral la activación de un proceso de RMP, por lo que invocando el principio de igualdad solicitó que se iguale en condiciones a todas las autoridades de elección popular y se establezca un solo porcentaje, aunque no indicó cual es el porcentaje que a su juicio sería el correcto y se preguntó el porqué de la diferencia y si esos porcentajes sirven como protección para los sujetos de revocatoria.

Finalmente intervino el asambleísta Vicente Taiano quien tomó una posición diferente a sus colegas de derecha pues mostró desacuerdo con la institucionalización de la RMP a presidentes, cuando manifestó:

Cuando estamos tratando el tema de organización, participación social y ciudadana y sistemas de representación, de acuerdo al informe que se ha elaborado y a lo que he escuchado de algunos compañeros asambleístas, le estamos diciendo al pueblo ecuatoriano, más o menos, como que, una vez que se apruebe esta Constitución, es el pueblo el que va a gobernar en forma directa. Es más o menos eso lo que se da a entender en este articulado que estamos aprobando. Pero, si hacemos un análisis de los artículos vamos a darnos cuenta que la realidad es distinta, que no es el pueblo el que va a gobernar, que no es el pueblo el que se va a sentar a tomar las decisiones, sino que sigue siendo la misma democracia representativa. Es decir, el pueblo va a elegir a sus gobernantes y lo que va a tener, a lo mejor, es un poco de control, un poco de control en cuanto a tener voz en los distintos y diferentes niveles de gobierno [...] Luego, se habla en el artículo catorce de la revocatoria del mandato, yo creo que se está cometiendo un error histórico al poner la revocatoria del mandato del Presidente de la República, reitero, que esto se prestará para que una vez posesionado el Presidente, quienes hayan perdido las elecciones o quienes estén en la orilla opuesta, comiencen a recoger firmas a lo largo y ancho del país, para revocarle el mandato al Presidente de la República y, por consiguiente, seguir manteniendo una gran inestabilidad en el país. (Acta 62 A: 68, 69, 70).

Taiano, abogado y político cercano a uno de los ciudadanos más adinerados del Ecuador, el abogado Álvaro Noboa Pontón, tenía claro qué era lo que se estaba discutiendo en ese momento: modelos y tipos de democracia, y sostuvo que la idea que el pueblo va a gobernar directamente no va a pasar de meros enunciados y que va a prevalecer la democracia representativa. Además, calificó de “error histórico” la institucionalización de la RMP a presidentes, pues a su juicio iba a ser causa de inestabilidad.

Su posición es interesante pues al ser uno de los políticos que defendía una posición antagónica a la que defendía el presidente Correa y su mayoría en la ANC, sin embargo su posición al parecer se debió a que esperaba que en las siguientes elecciones su líder Álvaro Noboa sea candidato a la presidencia de la república (lo que sucedió) y llegue al poder (cuestión que no sucedió) y en ese contexto era un “arma” que podría ser usado en el futuro en contra de su presidente.

En el Acta 67 del 24 junio de 2008 del Diario de Debates de la ANC de 2007-08 consta que aquel día se produjo la votación de los textos constitucionales referentes a: Organización social y participación en democracia, derechos civiles, derechos al debido proceso y derechos políticos entre los que constaban los relacionados con la RMP. Antes de la respectiva votación, intervino Virgilio Hernández quien en una tónica similar a la que tuvo en la sesión donde defendió el trabajo y el articulado de la mesa que presidió, manifestó:

Ya he repetido varias veces, señor Presidente, compañeros y compañeras asambleístas, que con estos textos, con este título que estamos aquí y que estamos hoy a punto de aprobar, sin duda, estamos dando un paso central para que la democracia se enriquezca. No puede haber democracia en este momento si esta democracia no es enriquecida con la participación ciudadana. Y como ustedes podrán ver en todos y cada uno de los artículos que se someten a debate, estamos sentado las bases de que esta Constitución sea la Constitución o una de las constituciones más participativas que existen en el ámbito de América Latina. Estamos recogiendo en este marco, todas las potestades que puede tener la organización y la participación ciudadana, para incidir en las decisiones. [...] Creo que eso es fundamental, estamos dando pasos para que todas las formas del ejercicio de la democracia directa, puedan ser aplicables realmente en el Ecuador, para romper con esa trampa que se



estableció en la Constitución del noventa y ocho, que aunque se consagraron derechos políticos como el de la iniciativa, el de la consulta y el de la revocatoria, al mismo tiempo eran impracticables. Estamos dando paso a que exista la posibilidad de que la ciudadanía pueda tener voz y pueda tener también incidencia en las decisiones de los poderes públicos. [...] Vamos a caminar a una democracia participativa, vamos de dejar de temerle a la voz del pueblo y vamos a enriquecer la democracia precisamente con democracia participativa, que mejora también la calidad de la representación. (Acta, 67: 146, 147, 150).

Los textos a votar fueron los siguientes:

“Artículo 12.- Los ciudadanos y las ciudadanas en ejercicio de los derechos políticos podrán revocar el mandato a los dignatarios de elección popular. La petición de revocatoria del mandato podrá formularse cumplido el primero y antes del último año del período para el que fue electo el dignatario cuestionado. La petición de revocatoria del mandato deberá contar con el respaldo de al menos el diez por ciento (10%) de ciudadanos y ciudadanas inscritos en el registro electoral correspondiente. Para el caso del Presidente de la República se requiere el respaldo del quince por ciento (15%) de inscritos del registro electoral. Durante el período de gestión de un dignatario solo podrá realizarse un proceso de revocatoria del mandato”. (Acta, 67: 161)

Al momento de la votación hubo 95 asambleístas presentes de los cuales 91 votos estaban a favor de la norma, cero en contra, un voto blanco y tres abstenciones. Otro artículo que fue votado:

“Artículo 13.- El Consejo Nacional Electoral una vez que conoce la decisión del Presidente de la República o acepta las peticiones realizadas por un gobierno seccional autónomo o por la ciudadanía para que se convoque a referéndum, consulta popular o revocatoria del mandato, en el plazo de quince días, realizará la convocatoria a elecciones que deberán efectuarse en los próximos sesenta días. Para la aprobación de un tema propuesto a consulta popular, referéndum o revocatoria de mandato, se requiere el pronunciamiento favorable de la mayoría absoluta de los votos válidos. Con excepción de la revocatoria del mandato del Presidente de la República, en cuyo caso será necesario que el pronunciamiento cuente con la

mayoría absoluta de los sufragantes. El pronunciamiento popular será de obligatorio e inmediato cumplimiento. En el caso de revocatoria del mandato el dignatario cuestionado cesará de su cargo y lo reemplazará quien le corresponda de acuerdo a la Constitución o la ley”. (Acta, 67: 162)

Durante la votación del artículo estuvieron presentes 95 asambleístas, de los cuales 92 votaron a favor noventa y dos votos, ninguno en contra, un voto en blanco y dos abstenciones.

Se institucionalizó formalmente un discurso político compuesto por ideas que se forjaron tiempo atrás y que de a poco se presentó, primero, como discurso, luego como institución informal y finalmente como institución formal, por lo tanto verificándose esa especie de domesticación del discurso sobre revocatoria que se observó en la posición tomada por el presidente de la CONAIE durante la caída de Gutiérrez, quien ya no invocó a la movilización como mecanismo principal para presionar y lograr la salida del presidente sino que solicitó se consulte al pueblo al respecto.

Y ese trajinar hacia la formalidad fue una posición discursiva que estaba presente en las ideas de asambleístas de PAIS, como es el caso de Gabriel Rivera quien manifestó que las acciones de hecho no podrían ser las que primen en la exigencia del cumplimiento de los derechos:

[...] cuando se instituye la Asamblea Constituyente 2008 entonces fue un grito ciudadano un pedido de que también haya también revocatoria del mandato para aquellos Presidentes que no cumplan con su con sus postulados entonces se amplió , se amplió de diputados a alcalde y prefectos a Presidente de la Republica y yo creo que son mecanismos necesarios porque a estas alturas nosotros no podemos permitirnos el que sean acciones de hecho las que finalmente establezcan la agenda o que sean la forma en que la gente reclame por sus derechos (Asambleísta Constituyente de Alianza País, Entrevista personal, 25 de junio de 2012)

## Bibliografía.

- BARRERA, AUGUSTO (2001). *Acción colectiva y crisis política. El movimiento indígena ecuatoriano en la década de los noventa*. Quito: OSAL-CIUDAD-ABYA-YALA.
- CARRASCO, HERNÁN (1993) “Democratización de los poderes locales y levantamiento indígena”, En VVAA, *Sismo étnico en el Ecuador. Varias perspectivas*. Quito, Abya-Yala-CEDIME.
- COLOMER, JOSEPH y NEGRETTO, GABRIEL (2003) “Gobernanza con poderes divididos en América Latina”, *Política y Gobierno*. Volumen X. Número 1. 1 semestre.
- GUERRERO, ANDRÉS (2000) “El levantamiento indígena nacional de 1994: discurso y representación política (Ecuador)” en *Boletín Americanista 50*, Barcelona, Universidad de Barcelona, Facultad de geoGRAFÍA E HISTORIA, SECCIÓN DE HISTORIA DE AMÉRICA, AÑO L, PP. 123-142.
- GUERRERO ANDRÉS (1993) “La Desintegración de la Administración Étnica en el Ecuador” En VVAA, *Sismo étnico en el Ecuador. Varias perspectivas*. Quito: Abya-Yala, CEDIME., pp. 91-113.
- HURTADO, OSVALDO (1977). *El poder político en el Ecuador*, Quito: Le-traviva-Planeta.
- LUCAS, KINTTO (2000). *La rebelión de los indios*, Quito: Abya-Yala.
- Negretto, Gabriel (2009). “Paradojas de la reforma constitucional en América Latina”, *Journal of Democracy en español*, 1, pp. 38-54.
- NEGRETTO, GABRIEL (2001). “Negociando los poderes del presidente: reforma y cambio constitucional en la Argentina”, *Desarrollo Económico*, vol.41, No 163, Octubre-Diciembre.
- NEGRETTO GABRIEL (1998). “Constitution-Making and Institutional Design, The Reform of Presidentialism in the Argentine Constitution” Paper delivered at the 1998 meeting of LASA, Chicago, Il September, pp. 24-26.
- NEGRETTO, GABRIEL. (1999) “Constitution-making and institutional Desing: The transformation of Presidentialism in Argentina” *Archives Européennes de Sociologie*, USA, VOL.XL, No2.

- SAAD, PEDRO (2005). *El libro negro de Lucio Gutiérrez*, Quito: Rocinante.
- (2005). *La caída de Lucio, Corajudos, Jóvenes y Forajidos*, Quito: Editorial El Conejo.
- (2000). *La Caída de Mahuad*, Quito: Editorial El Conejo.

# CAPÍTULO IV

## Justicia constitucional, reforma judicial y la plurinacionalidad en la democracia ecuatoriana: análisis crítico.

DAVID CORDERO HEREDIA

EFRÉN GUERRERO SALGADO

MARIO MELO CEVALLOS

Centro de Derechos Humanos  
Pontificia Universidad Católica del Ecuador  
Quito, Ecuador

### A. Introducción

El objetivo del presente escrito es hacer estado del arte respecto al cumplimiento de acceso a la justicia en la República del Ecuador en especial respecto a su último proceso de reforma. Se propone reflexionar en la situación del país, y compararla con los estándares contenidos en la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) y los tribunales nacionales. En el caso de la República del Ecuador, el año 2007 es un punto de fractura entre un modelo tradicional –y no por ello beneficioso– de aplicación del sistema del sistema de justicia, y la entrada de una ambiciosa reforma que ha cambiado completamente el panorama del sistema judicial<sup>117</sup>. Este documento propone ahondar en la situación actual, y compararla con los estándares del acceso a la justicia y el debido proceso previstos en la jurisprudencia del

---

<sup>117</sup> Estas acciones estatales han tenido fundamento en la promulgación de la Constitución del año 2008, que se construye bajo un paradigma garantista, integración completa de la normatividad internacional bajo un esquema de aplicación directa por parte jueces y tribunales, y un modelo de interpretación legal que privilegia la acción de juez como actor que se constituye en un actor de veto, al poder cambiar el rumbo de la política pública.

SIDH. Para esto, se dividirá en tres partes: se analizará el contenido del acceso a la Justicia en la Constitución Ecuatoriana y su relación con la reforma judicial sucedida entre el año 2010 y 2014, además de la situación actual del acceso a la justicia en relación al uso de estándares del SIDH. Finalmente, se pondrá en perspectiva el uso de las herramientas de derecho internacional de los derechos humanos en el caso de los sistemas jurídicos de fuente indígena, dada la existencia del pluralismo jurídico como mandato constitucional<sup>118</sup>. A continuación, se explicarán la hipótesis que da operatividad al presente trabajo.

## B. Hipótesis, Variables y Unidades de Análisis

La presunción que guía este trabajo es que la reforma judicial ecuatoriana, formalmente respetuosa del SIDH, ha contado con un aumento constante de regulaciones que a) dificultan su ejercicio y b) limitan las capacidades de los operadores para aplicar el SIDH. En suma, cuanto mayor es la influencia de la acción de instancias no judiciales, mayor es la posibilidad de que los productos y resultados de un sistema judicial afecten el reconocimiento del Derecho de Acceso a la Justicia en el Ecuador. Esta afirmación busca establecer la relación entre dos variables. La primera es la necesidad de un sistema judicial independiente, como una condición *sine qua non* del Estado de Derecho<sup>119</sup>. La segunda, es la existencia de un proceso de reforma del Estado en el marco de una democracia en evolución, en la que características delegativas o competitivas están presentes<sup>120</sup>. En el escenario en el que una actuación estatal choca con las particularidades políticas de un Ejecutivo con esas característi-

---

<sup>118</sup> Véase art. 57 de la Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial N.º 449, lunes 20 de octubre del 2008

<sup>119</sup> Este principio, que permea todo el sistema jurídico interno e internacional, tiene su precedente directo en el trabajo de John Locke. En su *Segundo Tratado sobre el Gobierno civil*, plantea que la existencia de jueces independientes de presiones externas es el único mecanismo para evitar la confrontación permanente y lograr la existencia de un sistema regido por las leyes y no por la voluntad de los hombres.

<sup>120</sup> Las democracias delegativas tienen su fundamento en la legitimación de las decisiones de la persona que gana una elección independientemente si su actuación va encontrar de las instituciones establecidas, por lo que puede reformarlas cuando ellas se vuelven un obstáculo para cumplir con su mandato.

cas<sup>121</sup>, se inducen distorsiones en los *productos y resultados* posibles dentro de la mecánica de acciones de política pública. Si sucede eso, la capacidad del juez como mediador y gestor en las dinámicas de conflictividad política se ve limitada; en tal razón, los *resultados* que aportan al sistema democrático son menores<sup>122</sup>. En tal razón, la hipótesis propuesta para este trabajo se expone de la siguiente manera:

“Cuanto mayor es la influencia de la acción del Ejecutivo en un proceso de Reforma judicial, mayor es la posibilidad de que los productos y resultados de un Sistema Judicial afecten el reconocimiento del Derecho de Acceso a la Justicia en el Ecuador”

Lo que se plantea como variable dependiente, o lo que se quiere explicar (Namakforoosh, 2005: 10) son los efectos que, en forma de *outcomes*, podría tener la reforma judicial en el entorno ya descrito y cómo estos resultados afectan la gestión de los operadores de justicia tanto organizacionalmente como en la independencia e imparcialidad, así como el aporte cualitativo que una acción de gobierno en último término realiza hacia el sistema democrático en su conjunto. En tal razón, se propone demostrar que los arreglos de gobierno que dejaron de lado los preceptos de la jurisprudencia internacional, dieron capacidades para un amplio ejercicio de discrecionalidad del Ejecutivo en la administración de justicia, disminuyeron la capacidad de control por parte del Poder Judicial, y aumentaron las capacidades de control en la Judicatura. Es importante en este caso, no confundir los productos (*outputs*) de una acción

---

<sup>121</sup> De acuerdo a la literatura (O'Donnell, 2004: 13), el sentido común del ejecutivo delegativo, ansioso por ejercer las amplias responsabilidades que siente le han encomendado de forma exclusiva, es ignorar aquellas instituciones y, en el largo plazo, esforzarse por eliminarlas, cooperarlas o neutralizarlas.

<sup>122</sup> En este sentido, planteamos a la reforma desde la perspectiva de la ciencia social (como una circunstancia endógena que genera estímulos internos poco predichos, que pueden afectar la estructura del sistema y su capacidad para generar respuestas adecuadas a las nuevas circunstancias. Esto es claro en circunstancias como las actuales, donde los sistemas sociales, políticos o legales, reciben más cambios que en cualquier momento anterior de la Historia. (Hobsbawm, 1994: 1-17). En términos de poder, eso implica una reasignación de las capacidades de los grupos elitarios para cambiar la configuración de la sociedad en su conjunto (Baumann, 2004: 12 y ss).

de política pública con el resultado positivo de cambio en la sociedad beneficiaria de la política (*outcome*)<sup>123</sup>. En concreto, esta investigación se abstendrá de medir el *outcome*, considerando las dificultades que conlleva su evaluación: la falta de datos disponibles y las fuentes escasas de información (McDavid, Huse y Hawthorn, 2013: 11). Por tal razón se harán observaciones respecto al *output* de la reforma del sistema judicial (diseño institucional y sentencias sucedidas durante y después del proceso). Los casos fueron escogidos por ser *leading cases* o casos paradigmáticos, que muestran una necesidad estructural de protección de derechos por parte del Estado (Sánchez, 2007: 10), mientras que el diseño institucional se basa en los modelos de elección de órganos de administración constantes en la norma constitucional<sup>124</sup>.

### C. Metodología

Los derechos fundamentales, como el del acceso a la Justicia requieren métodos de interpretación que permitan su aplicación directa (como manda la Constitución) en casos concretos. En relación a la reforma judicial, ecuatoriana, debe leerse necesariamente en clave constitucional, por el sentido básico de transversalidad y aplicación directa en su uso (Ávila, 2016). Por esa razón se propone la siguiente metodología de trabajo, construida desde la construcción jurisprudencial de causalidad, buscando un mecanismo de demostrar, mediante la interpretación, una generación de gestión deductiva:

**1. Levantamiento de información de sentencias de la Corte Constitucional Ecuatoriana:** La Corte Constitucional juega un rol fundamental en la aplicación e interpretación de la Constitución mediante su jurisprudencia vinculante. Esto ha levantado críticas de académicos/as y abogados/as formados en la tradición civilista que no pueden admitir que exista una fuente formal del Derecho que provenga de los fallos de un órgano judicial. La principal crítica a esta facultad es que puede degenerar en decisiones arbitrarias y falta de

<sup>123</sup> Los *outcomes* reflejan los resultados deseados y no deseados de las acciones del gobierno y proporcionan el fundamento para las intervenciones del gobierno. (OECD, 2001).

<sup>124</sup> De no hacer una medición de estas características y limitarse en el análisis organizacional o solamente a través de sentencias, se justificaría (de no hacer una revisión importante a través de mecanismos normativos) que se den dinámicas de eficiencia a nivel administrativo, pero también la generación de un proceso que erosiona los sistemas de legalidad existentes y exista de encausamiento de las decisiones judiciales a favor del poder político. Véase (Grijalva, 2011: 41).



seguridad jurídica. Por otro lado, el acceso a la justicia dentro de estos espacios jurídicos se denota de mejor manera, ya que la Corte Constitucional analiza casos que incluyen de manera directa el debido proceso y el acceso a la justicia, previsto en el art. 78 de la Constitución. En el presente caso se harán un levantamiento de los estándares previstos en la jurisprudencia, a la luz de indicadores internacionales respecto al contenido del mencionado derecho<sup>125</sup>.

**2. Comparación con el estándar del derecho al acceso a la justicia establecido por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.-** Se tratará de analizar si el comportamiento de la alta magistratura ecuatoriana corresponde al estándar establecido por el SIDH en materia de derechos humanos, y si es posible que pueda concretarse el contenido de un posible derecho al acceso a la justicia que pueda enmarcarse en la dirección de la jurisprudencia regional. Al respecto, la misma Corte Interamericana apunta en sus sentencias la posibilidad de la existencia de un comportamiento en la *opinio juris* en ese sentido: si las sentencias de la Corte tienen efectos *ultra partes* o *erga omnes*, la interpretación de cada fallo no sólo es una fuente obligatoria, sino que el mecanismo mental de aplicación del derecho y los criterios de interpretación de las disposiciones normativas contenciosas y consultivas forman un corpus iure obligatorio<sup>126</sup>, que funciona como un mecanismo de doble sentido desde el SIDH al sistema interno<sup>127</sup> y de forma contraria<sup>128</sup>. En tal razón, el presente texto empezará explicando la construcción relativa al acceso a la justicia en el Estado ecuatoriano, para después aterrizarlo a la gestión del derecho en rela-

---

<sup>125</sup> Al respecto, se propone utilizar el estándar previsto por la Organización de Naciones Unidas, como medio de proponer coherencia en la recolección y alcance de la información, así como las constantes en los Objetivos de Desarrollo Sostenible, en particular su Objetivo 16. Estos indicadores se juntarán en 8 grandes descriptores, que se enmarcan en lo previsto en la Constitución Ecuatoriana en su art.8: Justicia imparcial, Expedita, Acceso gratuito, Inmediación, Celeridad, y Protección frente a indefensión.

<sup>126</sup> Ovalle Favela, José. “La influencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el derecho interno de los Estados latinoamericanos”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. vol.45, núm.134, pp. 601-602.

<sup>127</sup> Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257, párr. 245.

<sup>128</sup> En los casos *Heliodoro Portugal Vs. Panamá* y *Tiu Tojín Vs. Guatemala*, la Corte tuvo en cuenta sentencias de tribunales internos de Bolivia, Colombia, México, Panamá, Perú, y Vene-

ción a los avances en el texto constitucional ecuatoriano y su interacción con el SIDH en el marco de la reforma judicial ecuatoriana.

**D. Derecho a la Justicia y Reforma Judicial Ecuatoriana:  
Acercamiento a la Fenomenología desde el Derecho Constitucional  
y la Jurisprudencia de la Corte Constitucional.**

La Constitución de Montecristi se basaba en la necesidad de un giro dialéctico apoyado en el paradigma de los derechos humanos (Castro Riera, 2008: 111). Este cambio radical estaba supuesto en hacer extensivo un uso garantista de los derechos como acciones positivas estructurales, que tiene dos elementos. El primero es de tipo sustantivo: la Constitución aumentó el catálogo de derechos exigibles al Estado<sup>129</sup>. Esta expansión fue el resultado de las luchas sociales de actores subalternos, imprimieron sus necesidades de acción o reacción por parte del Estado (Ávila Santamaría, 2011: 62). Por otro lado, este catálogo de derechos generó un control de constitucionalidad por parte de todos los jueces, de tipo mixto: con aplicación directa de la normatividad superior por parte de los jueces, y en el caso de una duda razonable sobre la constitucionalidad una revisión en la Corte Constitucional<sup>130</sup>.

---

zuela sobre la imprescriptibilidad de delitos permanentes como la desaparición forzada. Además, en el *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú*, la Corte utilizó pronunciamientos de tribunales constitucionales de países americanos para apoyar la delimitación que ha realizado al concepto de desaparición forzada. Otros ejemplos son los casos *Atala Riffó y Niñas Vs. Chile* y el Caso Pueblo Indígena *Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*.

<sup>129</sup> Se incluyeron derechos a la naturaleza, y se establece directamente que todos los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía. Art. 11, Constitución de la República del Ecuador

<sup>130</sup> Art. 4. Código Orgánico de la Función Judicial (Registro Oficial Suplemento 544 de 09/03/2009).- Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y servidoras y servidores de la Función Judicial aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido.

En consecuencia, cualquier jueza o juez, de oficio o a petición de parte, sólo si tiene duda razonable y motivada de que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, la que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días.

En medio de esta reforma masiva del diseño constitucional, en la que se repotencian el sistema de derechos y garantías en torno a una concepción de la vida social centrada en la comunidad, la solidaridad y el respeto a la naturaleza (Fernández y Pardo, 2014: 108), se contrasta con la tecnocracia, el desarrollismo y el retorno al Estado<sup>131</sup>, incluyendo la gestión jurídica. Como resultado de este cambio, el país se encuentra desde el 2010 en la generación de un carácter nuevo a la administración judicial, incluyendo la judicial<sup>132</sup>, de acuerdo a lógicas modernas de la administración (Patiño Aristizábal, 2007: 249 y ss.). Antes de ese año la calidad de la administración de justicia era considerada precaria, y el acceso a la misma estaba limitado por la distancia, infraestructura, e inclusive de idioma (Gargarella, 2011: 2). Además, la norma prevista en la Constitución anterior (1998) no establecía a la actividad judicial como un “sistema”, con lo que la idea multidimensional de la Justicia se encontraba relegada (Ramos Rollón, 2005: 42), y se reemplaza con un nuevo paradigma signado en que la actividad del juez es una modeladora de conductas de actores públicos (Trujillo, 2004: 90), cuyo estándar respecto al acceso judicial será materia de las siguientes páginas.

**A. Estándares sobre acceso a la justicia y debido proceso en la Constitución 2008:** En relación al acceso a la justicia, las diferentes dimensiones de la aplicación normativa contenidos en el art. 75 son consecuencia de la introducción de estándares internacionales en el sistema interno. Al respecto, la Corte Constitucional supone que el concepto de este derecho supera una definición puramente de servicio y que pasa de la tutela judicial a un espacio holístico<sup>133</sup>. En este orden de cosas, la aplicación de principios internacionales

---

<sup>131</sup> (Hidalgo, 2014: 2) El retorno al Estado está basado en la repotenciación de las capacidades del Ejecutivo en la administración pública y la planificación. (Ávila Santamaría, 2011: 41)

<sup>132</sup> Se propone dentro del Plan Nacional del Buen Vivir (SENPLADES, 2009: 264): a) la racionalización de la administración; b) la configuración de sectores estratégicos organizados de forma eficiente; c) la consolidación de un rediseño institucional del Estado para recuperar las capacidades estatales de rectoría, planificación, regulación, control, investigación y participación; y, d) el fomento de un servicio público eficiente y competente, continuo y de amplia cobertura, para fortalecer los mecanismos de regulación.

<sup>133</sup> “En este mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado que el derecho a una protección judicial efectiva no solo conlleva la existencia de recursos cuya naturaleza sea la de reparar el daño proveniente del incumplimiento o violación a un derecho

como parte de la acción del Estado en la norma constitucional ecuatoriana puede resumirse en la siguiente tabla:

**Tabla N° 1: Aplicación de Tratados Internacionales a la luz de la Constitución 2008.**

Tipo de Uso de Tratados Internacionales	Artículo	Texto Constitucional
Equiparación Normativa	3.1	Como uno de los “deberes primordiales del Estado” se establece “: Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales”.
	10	“Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales”.
Fuerza Normativa (Excepción en materia de Derechos Humanos)	425	Orden jerárquico de aplicación de las normas: primero a la Constitución, luego a los tratados y convenios internacionales.
	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
Interpretación	11	Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo judicial, de oficio o a petición de parte
Aplicación Directa	11	Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento

Fuente: Elaboración Propia, a partir de la Constitución de la República del Ecuador

---

fundamental”. Sentencia: N° 0012-09-SIS-CC, del 8 de octubre de 2009. Magistrado Ponente, Patricio Pazmiño Freire, Registro Oficial N° 58 Suplemento, 30 de octubre de 2009.

Al respecto, la Corte Constitucional afirma que la supremacía constitucional se expresa jurídicamente en un ámbito formal y material: supone que el ordenamiento jurídico constitucional, “consagra el principio de supremacía normativa de la Constitución sobre todas las normas que integran dicho orden jurídico, incluyendo aquellas que se integran a este por un acto normativo internacional”<sup>134</sup>. Eso implica un ejercicio de “*pacta sunt servanda*” para hacer posible su aplicación de buena fe, se debe verificar que lo pactado sea compatible con su ordenamiento interno con lo que el Ecuador no podría invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un Tratado<sup>135</sup>. De tal manera, se cumplen los requisitos de armonía y conformidad con de los tratados internacional con las normas constitucionales, es decir, sujetarse a esta, sin perjuicio de la aplicación de los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta, (artículos 417 y 424 de la Constitución)<sup>136</sup>. En resumen, la Corte Constitucional Ecuatoriana, se suscribe a la teoría monista de las relaciones entre los diferentes actores del ordenamiento jurídico (Kelsen-Wenzel); no existe diferencia entre el Derecho Interno y el Internacional, pero sí diferencia de jerarquía entre ambos y forman la unidad del sistema general. El Derecho Interno se subordina al Internacional, que delimita la línea de competencia o incompetencia del Derecho Interno de un Estado miembro. Esto implica asumir el compromiso dentro de un Estado constitucional, de denotar la supremacía material del texto Constitucional y de la obligatoriedad de adecuar su actuación en el marco de respeto de las normas que integran el ordenamiento jurídico<sup>137</sup>.

---

<sup>134</sup> Corte Constitucional Ecuador. Sentencia: N° 010-14-DTI-CC, del 11 de septiembre de 2014, Magistrado Ponente, Patricio Pazmiño Freire, Registro Oficial N° 346 Suplemento, 2 de octubre de 2014.

<sup>135</sup> Corte Constitucional Ecuador. Sentencia: Ni 033-13-DTI-CC, del 26 de noviembre de 2013, Magistrado Ponente DR. Principales WPMA Wendy Piedad Molina Andrade, Registro Oficial Ni 154 Suplemento, 3 de enero de 2014

<sup>136</sup> Corte Constitucional Ecuador. Sentencia: N° 010-14-DTI-CC, del 11 de septiembre de 2014, Magistrado Ponente, Patricio Pazmiño Freire, Registro Oficial N° 346 Suplemento, 2 de octubre de 2014.

<sup>137</sup> Corte Constitucional Ecuador. 191-12-SEP-CC, Fecha: 08 de mayo del 2012, Magistrado Ponente Dr. Manuel Viteri Olvera, Suplemento Registro Oficial (1): Año IV-Quito, martes 4 de septiembre del 2012—N.º 781, p. 251.

El Art. 75 de la Constitución 2008, introduce el concepto de acceso a la justicia por primera vez en la experiencia constitucional ecuatoriana. La idea de esta norma tiene los siguientes elementos: se propone que a) el acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos e intereses, tanto a nivel individual y como parte de colectivos, b) la gestión de la judicatura incluye los principios de inmediación y celeridad; c) la prohibición de falta de asistencia judicial para evitar la indefensión; y d) la idea de proteger a los ciudadanos de escenarios de impunidad. Debe tenerse en cuenta que la misma expedición de la Constitución del año 2008 y el proceso político que lleva a este ejercicio de poder constituyente, tiene bases que apuntan directo al sistema judicial. Ecuador contaba con servicios judiciales que tenían varias fallas estructurales, centradas en el atraso, la falta de cobertura de servicios, fallas en el debido proceso y vulneraciones directas a los art. 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Esto se demuestra en la jurisprudencia del SIDH, en el que el ciento por ciento de las sentencias ecuatorianas incluye una patente violación de derechos al acceso a la justicia y a los recursos, cosa que se manifestó en el sistema político<sup>138</sup>. Al respecto de los estándares del sistema constitucional y del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, bien vale hacer el siguiente cuadro comparativo:

---

<sup>138</sup> Esta situación de impunidad se trasladó de manera directa al sistema político: en 2004 coronel Lucio Gutiérrez, convocó a un período extraordinario de sesiones del Congreso Nacional. Aunque el presidente tenía la atribución de convocar de manera extraordinaria al Congreso, la convocatoria se refirió al “análisis y resolución sobre la situación jurídica-constitucional de la Función Judicial” (DIARIO HOY, 2004). Esta convocatoria llevó a una sesión especial del Congreso para tratar el punto específico que llevaría a destituir a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, primera elegida mediante concurso de merecimientos y con veeduría internacional. En la Resolución Núm.R-25-181 del Congreso Nacional de la República del Ecuador, se manifestó “CESANTE en sus funciones a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y a sus correspondientes conjuces, quienes no renunciaron a sus funciones en enero de 2003, tal como lo contempla la disposición transitoria vigésimo quinta de la codificación Constitucional vigente; y, DESIGNAR en su reemplazo a los juristas que a continuación se detallan, los que se posesionarán ante el Segundo Vicepresidente del Congreso Nacional, quienes no estarán sujetos a períodos fijos en relación con la duración de sus cargos y cesarán en sus funciones por las causales determinadas en la Constitución Política de la República y la ley: [...]”

**Tabla N°2.- Comparativa de Variables de acceso a la justicia entre la jurisprudencia ecuatoriana y la del Sistema Interamericano de Derechos Humanos**

Texto Constitucional Base	Variable	Corte Constitucional	Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos
Art. 75 Constitución.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión	<b>Acceso Gratuito</b>	Los servicios de naturaleza jurídica que presta el Estado son en principio gratuitos y su prestación solo puede estar gravada mediante un acto de imperio del Estado que establezca un tributo con ocasión de esa prestación <sup>139</sup> .	Para la CIDH, la asistencia jurídica gratuita se vuelve un “imperativo del interés de la justicia” <sup>140</sup> . En situaciones especiales como la violencia de género, la Corte extiende el campo de acción a todas las etapas del proceso <sup>141</sup> .
	<b>Tutela Efectiva</b>	El derecho constitucional de tutela judicial efectiva, expedita e imparcial es aquel por el cual toda persona tiene la posibilidad de acudir a los órganos jurisdiccionales, para que a través de los debidos cauces procesales, y con unas garantías mínimas, se obtenga una decisión fundada en derecho sobre las pretensiones propuestas; por lo tanto, la efectividad en la tutela de los derechos no se traduce únicamente en la mera construcción de una sentencia o fallo por parte del juez, sino además que dicho fallo debe ser argumentado, coherente y	El derecho a la tutela judicial efectiva exige entonces a los jueces que dirijan el proceso de modo a evitar que dilaciones y entorpecimientos indebidos, conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos <sup>143</sup> . Además, implica garantizar un recurso efectivo que remedie la situación jurídica infringida y la ejecución de los fallos <sup>144</sup> .

<sup>139</sup> Sentencia: 018-12-SIN-CC, 26 de abril del 2012, Magistrada Ponente: Dra. Nina Pacari Vega, Suplemento del Registro Oficial: Año III — Quito, miércoles 11 de julio del 2012 — N.º 743, pp. 87-88.

<sup>140</sup> Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, Párrafo 146.

<sup>141</sup> Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289, Párrafo 242.

Texto Constitucional Base	Variable	Corte Constitucional	Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos
		sobre todo eficaz en cuanto a su cumplimiento <sup>142</sup> .	
	<b>Tutela Imparcial</b>	Se define como “la preeminencia de las razones jurídicas por sobre cualquier otro tipo de motivación, lo cual es además un resguardo ante la posibilidad de actuaciones judiciales abusivas o arbitrarias <sup>145</sup> ”. Implica el deber de los operadores judiciales de carecer, de manera subjetiva, de prejuicios personales, así como, en forma objetiva, deben ofrecer garantías suficientes para que no haya duda legítima sobre su decisión en una causa <sup>146</sup> . Finalmente, la Corte supone que imparcialidad es un elemento cardinal de la construcción y ejercicio de la jurisdicción en el contexto del Estado constitucional de derechos y justicia y la piedra angular sobre la que se asienta toda la teoría que desarrollan las instituciones jurídicas de orden procesal <sup>147</sup> .	La imparcialidad del tribunal implica que sus integrantes no tengan un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia <sup>148</sup> . La Corte afirma que la imparcialidad personal de un juez debe ser presumida, salvo prueba en contrario, de forma objetiva <sup>149</sup> ; de forma subjetiva, deben darse garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de <i>imparcialidad</i> <sup>150</sup> .

<sup>142</sup> Sentencia: 037-12-SIS-CC, Fecha: 24 de julio del 2012, Magistrado Ponente: Dr. Patricio Herrera Betancourt, Suplemento Registro Oficial (1): Año IV-Quito, miércoles 26 de septiembre del 2012— N.º 797, p. 48.

<sup>143</sup> Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, Párrafo 210.

<sup>144</sup> Corte IDH. *Caso Mejía Idrovo Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2011. Serie C No. 228, Párrafo 112.

<sup>145</sup> Sentencia: N° 099-15-SEP-CC, del 31 de marzo de 2015, Magistrado Ponente: Wendy Piedad Molina Andrade, Registro Oficial N° 504 Suplemento, 20 de mayo de 2015.

<sup>146</sup> Sentencia: N° 051-15-SEP-CC, del 25 de febrero de 2015, Magistrado Ponente: Patricia Tatiana Ordeñana Sierra, Registro Oficial N° 472 Suplemento, 2 de abril de 2015.

<sup>147</sup> Sentencia: N° 009-15-SEP-CC, del 14 de enero de 2015, Magistrado Ponente: Wendy



Texto Constitucional Base	Variable	Corte Constitucional	Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos
	<b>Tutela Expedita</b>	<p>“...el derecho a la tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos de las personas tiene relación con el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales para que, luego de un proceso que observe las garantías mínimas establecidas en la Constitución y la ley, se haga justicia; por tanto, se puede afirmar que su contenido es amplio y en éste se diferencian tres momentos: el primero relacionado con el acceso a la justicia, el segundo con el desarrollo del proceso en un tiempo razonable, y el tercero que tiene relación con la ejecución de la sentencia, esto es, acceso a la jurisdicción, debido proceso y eficacia de la sentencia<sup>151</sup>” La justicia “expedita” es aquella en la que el juez debe actuar “desembarazado, libre de todo estorbo”, “Pronto a obrar”, esto es en forma rápida y sorteando todo obstáculo<sup>152</sup>.</p>	<p>Las investigaciones y procesos judiciales del caso deben ser llevados a cabo de manera adecuada y <i>expedita</i><sup>153</sup>. Eso implica que el Estado debe remover todos los obstáculos, de facto y de jure, que impidan la debida investigación de los hechos, y utilizar todos los medios disponibles para hacer expedita dicha investigación y los procedimientos respectivos, a fin de evitar la repetición de hechos<sup>154</sup>.</p>

Piedad Molina Andrade, Registro Oficial N° 438 Suplemento, 13 de febrero de 2015.

<sup>148</sup> Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, Párrafo 146

<sup>149</sup> Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, Párrafo 234.

<sup>150</sup> Corte IDH. *Caso Argüelles y otros Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 288, Párrafo 167; Corte IDH. *Caso Argüelles y otros Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 288, Párrafo 167

<sup>151</sup> Corte Constitucional, para el período de transición, sentencia N° 030-SCN-CC, Registro Oficial Suplemento N° 359, 10 de enero de 2011, Véase también en Corte Constitucional Ecuador Sentencia: 227-12-SEP-CC, Fecha: 21 de junio del 2012, Magistrado Ponente: Dr. Patricio Herrera Betancourt, Suplemento del Registro Oficial: Año IV - N 777 Quito, miércoles

Texto Constitucional Base	Variable	Corte Constitucional	Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos
	<b>Inmediación</b>	La tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos e intereses, se sujeta al principio de inmediatez, que implica la libertad de acceso a la justicia, entendida como la eliminación de las trabas procesales <sup>155</sup> . Esto implica procesalmente que el juez tenga a disposición los elementos necesarios para que este se forme un criterio y pueda resolver un caso puesto a su conocimiento <sup>156</sup> .	Implica que la persona debe tener acceso a un juez competente para la resolución de su caso <sup>157</sup> . Esto asegura el control judicial inmediato como medida tendiente a evitar la arbitrariedad o ilegalidad <sup>158</sup> .
	<b>Celeridad</b>	Se basa en la concordancia con los términos o plazos procesales, ya que cada etapa procesal es perentoria y de estricto cumplimiento, para evitar las declaratorias de nulidades <sup>159</sup> . Obliga al juez a impulsar el proceso de forma adecuada <sup>160</sup> .	El Estado debe el imputado ser responsable de velar por la celeridad de la actuación de las autoridades en el desarrollo del proceso penal, o por la falta de la debida diligencia de las autoridades estatales <sup>161</sup> .

29 de agosto del 2012, p. 4.

<sup>152</sup> Sentencia: 086-12-SEP-CC, 29 de marzo del 2012, Dr. Patricio Pazmiño Freire, Suplemento Registro Oficial: Año III— Quito, Jueves, 20 de junio de 2012, No 728, p. 109.

<sup>153</sup> Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, Párrafo 154.

<sup>154</sup> *Ibid.*, párr. 246.

<sup>155</sup> Sentencia: 225-12-SEP-CC, Fecha: 07 de junio del 2012, Magistrado Ponente: Alfonso Luz Yunes, Suplemento Registro Oficial (1): Año IV-Quito, jueves 6 de septiembre del 2012— N°783, p. 11.

<sup>156</sup> Sentencia: 050-11-SEP-CC, 8 de diciembre de 2011, Magistrado Ponente Roberto Bhurnis Lemarie, Suplemento del Registro Oficial: Año III - N.º 613 Quito - Sábado 7 de enero del 2012, p. 6.

<sup>157</sup> Corte IDH. *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, Párrafo 87.

<sup>158</sup> Corte IDH. *Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137, Párrafo

Texto Constitucional Base	Variable	Corte Constitucional	Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos
	<b>No indefensión</b>	Es el derecho del ciudadano de contar con una defensa técnica que defienda sus intereses. No existe indefensión cuando no se quiere utilizar el derecho a la defensa <sup>162</sup> . Impone a los órganos judiciales el deber de evitar desequilibrios en la posición procesal de ambas partes e impedir que las limitaciones de algunas de ellas puedan desembocar en una situación de indefensión <sup>163</sup> . Esto obliga al juez: notificar al acusado y al abogado defensor, con la suficiente antelación, y no excluirlo indebidamente en el proceso, garantizar el derecho de las personas a exponer sus posiciones, a ser oídas por los tribunales, o a presentar sus argumentos o pruebas de defensa <sup>164</sup> .	La Corte plantea la indefensión como un elemento que se construye en torno a la idea de impunidad, que propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la <i>indefensión</i> de las víctimas y de sus familiares <sup>165</sup> .

Fuente: Elaboración Propia a partir de Jurisprudencia Comparada.

109, Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, Párrafo 118.

<sup>159</sup> Sentencia: 021-12-SEP-CC, 8 de marzo de 2012, Magistrado Ponente Dr. Alfonso Luz Yunes, Suplemento del Registro Oficial: Año III N.º 688 Quito, lunes 23 de abril del 2012, p. 20. Sentencia: 103-12-SEP-CC, 3 de abril de 2012, Dr. Alfonso Luz Yunes, Suplemento Registro Oficial: Año III— Quito, viernes, 29 de junio de 2012, No 735, p. 124

<sup>160</sup> Sentencia: 043-12-SEP-CC, Fecha: 20 de marzo del 2012, Magistrado Ponente Dr. Patricio Herrera Betancourt, Suplemento del Registro Oficial: Año IV ? N.º 781 Quito, martes 4 de septiembre del 2012, p. 144.

<sup>161</sup> Corte IDH. Caso Albán Cornejo y otros. Vs. Ecuador. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171, Párrafo 112

<sup>162</sup> Sentencia: 170-12-SEP-CC, Fecha: 26 de abril del 2012, Magistrado Ponente Dr. Hernando Morales Vinueza, Suplemento Registro Oficial (1): Año III - N.º 743, Quito, miércoles 11 de julio del 2012, p. 194.

<sup>163</sup> Sentencia: 063-12-SEP-CC, 27 de marzo de 2012, Dr. Hernando Morales Vinueza, Suplemento Registro Oficial: Año III— Quito, viernes, 29 de junio de 2012, No 735, p. 111.

En general, esta tabla demuestra que al menos en términos de democracia formal, solamente un proceso que respete las garantías, principios y derechos consagrados en la Constitución es el mecanismo idóneo para la correcta administración de la justicia<sup>166</sup>. El art. 169 de la Constitución de la República determina que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, y que por ello las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. En ese orden de cosas, el acceso a la justicia para el Estado ecuatoriano es un derecho humano complejo, que incluye varias dimensiones como las relatadas en las variables anteriores, y que busca garantizar el acceso a la justicia, el debido proceso, la independencia judicial y la aplicación directa de las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos<sup>167</sup>.

Los objetivos de estas actividades han sido definidos por la jurisprudencia ecuatoriana en dos ámbitos: primero el sistema debe ser igualmente accesible para todos; segundo, debe dar resultados individual y socialmente justos<sup>168</sup>. En ese orden de cosas, la Corte Constitucional recoge gran parte del proceso del SIDH y afirma que el acceso a la justicia es un derecho complejo<sup>169</sup>, y en general, no existe complicación en la aplicación directa del sis-

---

<sup>164</sup> Sentencia: 043-12-SEP-CC, Fecha: 20 de marzo del 2012, Magistrado Ponente Dr. Patricio Herrera Betancourt, Suplemento del Registro Oficial: Año IV ? N.º 781 Quito, martes 4 de septiembre del 2012, p. 144.

<sup>165</sup> Corte IDH. Caso *Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91, Párrafo 64.

<sup>166</sup> Sentencia: 196-12-SEP-CC, Fecha: 08 de mayo del 2012: Dr. Roberto Bhrunis Lemarie, Suplemento del Registro Oficial: Año III ? N.º 756 Quito, 30 de julio de 2012, p. 270.

<sup>167</sup> Sentencia: 165-12-SEP-CC, fecha: 26 de abril del 2012, Magistrado Ponente Dr. Alfonso Luz Yunes, Suplemento Registro Oficial (1): Año III - N.º 756, Quito, 30 julio del 2012, p. 171.

<sup>168</sup> Sentencia: 225-12-SEP-CC, fecha: 07 de junio del 2012, Magistrado Ponente Alfonso Luz Yunes, Suplemento Registro Oficial (1): Año IV-Quito, jueves 6 de septiembre del 2012 - N.º 783, p. 12.

<sup>169</sup> Sentencia: 039-12-SEP-CC, 20 de marzo de 2012, Dr. Edgar Zárate Zárate, Suplemento Registro Oficial: Año III— Quito, viernes, 29 de junio de 2012, No 735, p. 63.

tema internacional integrado en el ordenamiento constitucional en el proceso de toma de decisión jurídica<sup>170</sup>.

En conclusión, y haciendo un análisis basado en términos puramente formales, las prácticas jurisprudenciales del ordenamiento jurídico ecuatoriano pueden mostrar un ajuste al sistema procesal previsto en el SIDH, con diferencias menores: cada una de sus dimensiones o variables están enmarcadas en un ajuste con la construcción jurisprudencial interamericana. El problema surge cuando se analiza la situación en términos materiales y sustantivos: ¿el estado ecuatoriano es capaz de construir un sistema institucional que asegure el contenido de esta idea expandida de tutela judicial establecido en el art. 75 de la Constitución y potenciado por el SIDH? Esta será materia de la siguiente sección.

## **E. Acceso a la Justicia y Debido Proceso. Breve mirada al estado del arte en Ecuador 2016.**

### **1. Introducción**

La última reforma judicial en Ecuador tiene una fecha de arranque: el 7 de mayo de 2011, cuando el pueblo ecuatoriano la aprobó, en consulta popular, con un 52 % por el Sí frente a un 47 % por el No en las preguntas que se referían al tema. (El Comercio, 12 de julio de 2011). Han transcurrido seis años, tiempo adecuado para emprender evaluaciones consistentes. Desde el principio, los responsables del proceso han destacado los logros alcanzados en el desarrollo de la infraestructura tecnológica, para lo cual, en el primer año se celebraron contratos por 5'414.661,98 USD para la entrega de 3.500 computadoras a las unidades judiciales del país, la implementación paulatina de telefonía IP, 250 salas de audio y video para las audiencias que permitan la oralidad de los juicios, video conferencias y la plataforma tecnológica 2.0 para digitalizar el trámite de las causas. (CJ, 2012) Con esto, evidentemente se enfatizaba la celeridad.

---

<sup>170</sup> En ese sentido, se recoge la opinión de la Corte Constitucional Colombiana, en el sentido los tratados de derechos humanos orientan al Juez constitucional a identificar elementos esenciales que definan la fisonomía insustituible de la Constitución. Véase Sentencia: 026-12-SIS-CC, Fecha: 21 de junio del 2012, Magistrado Ponente Dr. Manuel Viteri Olvera, Suplemento del Registro Oficial: Año IV ? N.º 781 Quito, martes 4 de septiembre del 2012, p. 102.

Cuatro años más tarde, en enero de 2016, cuando el Presidente del Consejo de la Judicatura presentaba el último informe anual de dicho organismo a la Asamblea Nacional, el énfasis en la celeridad se complementa con otro en la economía de recursos públicos “porque se hace mucho más con los mismos recursos, con mayor productividad y con cobertura de protección de derechos, sin contar con los beneficios en seguridad ciudadana y lucha contra la impunidad”, dijo Gustavo Jalk (Agencia Andes, 2016). Respecto a la celeridad, el titular del CJ destacó los cambios en la legislación procesal penal que permiten la aplicación de procedimientos como el juicio directo y abreviado que habrían permitido juzgar con eficiencia los delitos flagrantes y descongestionar los tribunales penales. “En un intervalo de 10 a 25 días, y ya no de 192 días en promedio como en el pasado, un ciudadano es declarado inocente o asume su responsabilidad frente a la sociedad”, afirmó. En total, más de 20 mil causas se tramitaron bajo estos procesos lo que significó un ahorro de más de 99 millones de dólares. Finalmente, se plante que los índices de satisfacción y confianza ciudadana en la Función Judicial crecieron al 62%, cuando antes apenas llegaba al 7% (Donoso, Montalvo y Orcés, 2010: 140).

## 2. **Estándares sobre acceso a la justicia y debido proceso**

Se ha señalado que el acceso a la justicia depende de algunos factores: (IIDH,2009):

### a. **La obligación de proveer servicios de asistencia jurídica gratuita.**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha insistido permanentemente en el cumplimiento de este requisito, así, por ejemplo, en el marco de la Opinión Consultiva 18/03, con fecha del 17 de septiembre de 2003, sobre Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, se refirió expresamente al deber de los Estados de proveer servicios de asistencia jurídica gratuita. En este sentido, la Corte estableció que la negativa a prestar un servicio público gratuito de defensa legal a las personas sin recursos, constituye una vulneración del debido proceso y del derecho a la protección judicial efectiva.

### b. **Los costos del proceso.**

Las tasas judiciales o costos judiciales deben ser razonables de tal manera que no constituyan un obstáculo para el acceso a justicia y a la administración

de justicia, especialmente en el caso de las personas y/o grupos más vulnerables y sectores excluidos. (IIDH,2009).

**c. La localización de los tribunales.**

La CIDH observa aún una insuficiente presencia de instancias judiciales y acompañamiento estatal disponible a las víctimas a lo largo del territorio nacional, lo que implica que las víctimas tengan que emplear significativos recursos económicos y logísticos propios para poder interponer una denuncia y para participar posteriormente en el procedimiento judicial.<sup>171</sup>

**d. La exclusión sistemática del acceso a diferentes grupos.**

“En los últimos años, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha comenzado a destacar la situación de ciertos sectores sociales que atraviesan procesos estructurales de desigualdad y exclusión y se ven, consecuentemente, imposibilitados de acceder a la justicia, tales como los pueblos indígenas, afrodescendientes, mujeres, adultos mayores, personas con alguna discapacidad, niños, niñas, entre otros”. (IIDH,2009).

Respeto al debido proceso, la Constitución del Ecuador consagra los siguientes derechos:

**3. Las evaluaciones judiciales**

Parecería que la evaluación del titular del Consejo de la Judicatura coincide con el estudio realizado por el Proyecto de Opinión Pública de América Latina (LAPOP) y el Barómetro de las Américas, indica que la lista está liderada por Canadá (58%), Nicaragua (54,5%), Costa Rica (52,9%), Uruguay (49,9%) y Panamá (49%), y Ecuador (48,2%). De acuerdo al informe, países como “Canadá, Ecuador, Haití y Panamá, se apartan de esta tendencia y registran un importante incremento en cuanto a la confianza que la ciudadanía tiene en que la justicia castigue los delitos” (Donoso, Montalvo, y Orcés, 2010).

Este estudio contrasta con el realizado por Luis Pásara (2014), para las organizaciones de la sociedad civil Fundación para el Debido Proceso Legal

---

<sup>171</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales, estudio de los estándares fijados para el sistema interamericano de derechos humanos. Aprobado por la Comisión el 7 de septiembre de 2007. Págs. 17-18.

(EEUU), DeJusticia (Colombia) y el Instituto de Defensa Legal (Perú). El autor acusa las debilidades de la reforma judicial ecuatoriana en el rubro crítico de independencia judicial:

“Desde fuera del sistema institucional de justicia, las declaraciones presidenciales y de altas autoridades se han mantenido, durante el gobierno del presidente Correa, en un nivel destacado que, como se ha visto, en ocasiones desautoriza abiertamente la actuación judicial. Tales declaraciones se han convertido en un rutinario elemento de presión del que, complementariamente, la actuación disciplinar del Consejo ha venido a ser su brazo ejecutor, tal como demuestran algunos de los procesos disciplinarios analizados en este informe” (94).

Informes más recientes como el de la Federación Internacional de Derechos Humanos sobre “Criminalización de la protesta social frente a proyectos extractivos en Ecuador Misión Internacional de Investigación”, de octubre de 2015, la crítica vincula la ausencia de debido proceso en procesos penales contra defensores de derechos humanos.

“Finalmente, el derecho al debido proceso, esto es, que las personas sujetas a juicios de cualquier naturaleza cuenten con que los órganos correspondientes actuarán “en los términos del procedimiento legalmente previsto para el conocimiento y la resolución del caso que se le somete. Este derecho ha sido desconocido en los casos estudiados, conforme pudo constatarlo la Misión” (FIDH, 2015: 15).

#### **F. Limitantes que impiden y dificultan el pleno acceso a la justicia y al debido proceso en la reforma judicial: límites legales y políticos**

Como hemos señalado, es innegable que el proceso de reforma judicial llevado adelante desde 2011 ha tenido algunos logros materiales interesantes: mejoras en la infraestructura, en los modelos de gestión, en la capacitación a los agentes judiciales. También es necesario destacar que la legislación ha ido actualizándose hacia un modelo procesal oral. La puesta en vigencia del Código Integral Penal (COIP<sup>172</sup>) y del Código General de

---

<sup>172</sup> Registro Oficial 180, de 10 de febrero de 2014.



Procesos (COGEP<sup>173</sup>) tendrán un impacto favorable que se podrá observar a futuro. Sin embargo, preocupa una cierta sensación en el ambiente de que algo no salió del todo bien con la reforma judicial.

Las dudas surgen específicamente en torno a un conjunto de casos que tienen al menos un elemento en común: por diversas razones constituyen temas de agenda política prioritaria del Ejecutivo. Estamos hablando, entre otros, del caso contra el Diario el Universo, el caso de los Estudiantes del Colegio Central Técnico, el caso conocido como el de los Diez de Luluncoto, sistematizados en el Reporte elaborado por Pásara (2014-32). Adicionalmente, luego del cierre del de Pásara, la tendencia ha continuado y se manifiesta en casos como el del dirigente de Intag Javier Ramírez, el del dirigente de la comunidad San Pedro de Amalí, el de los de los dirigentes indígenas procesados penalmente a partir de las movilizaciones de agosto de 2015 (FIDH, 2015: 2-7).

En general, las protestas en contra del Régimen gobernante han generado decenas de procesamientos penales. Para el 27 de agosto de 2015, es decir en pleno levantamiento indígena, la mesa jurídica de la CONAIE, un colectivo de abogados convocado para dar apoyo a los indígenas criminalizados a anunciaba la existencia de 132 aprehendidos, 111 a órdenes de un juez, 98 instrucciones fiscales y 61 presos. También se dijo que los sitios donde hay más procesados eran Puyo, Saraguro y Quito (La República, 2015). Desde entonces, dichos procesos han tenido distintos destinos. Algunos han sido desestimados, varios están en pleno trámite y varios han alcanzado sentencia. Entre estos últimos, el más notorio ha sido el que se ha llevado a delante en contra de pobladores de la comunidad indígena de Saraguro que, el 17 de agosto de 2015, en el contexto del levantamiento indígena cerraron la carretera que cruza por su poblado. El resultado fue 26 personas de la comunidad procesados.

En el trámite de estas causas observamos graves deficiencias. Así, en el caso 435-2015 seguido ante el Ab. Alex Torres, Juez Multicompetente del Cantón Saraguro en contra de 26 presuntos participantes de la jornada de protesta del 17 de agosto de 2015, por el supuesto delito de paralización de servicios públicos (Art. 346 COIP), se dictaron órdenes de prisión preventiva sin la debida motivación. Esto llevó a que la defensa de los procesados interponga un recurso de apelación para ante la Corte Provincial de Loja. La Sala

---

<sup>173</sup> Registro Oficial Suplemento 506, de 22 de mayo de 2015.

Penal de dicha Corte, compuesta por los jueces Claudio Francisco Regalado, Leonardo Bravo González y Wilson Condoy Hurtado, resolvió el recurso mediante auto notificado a las partes el 4 de septiembre de 2015 y al hacerlo reconoció que, efectivamente, el juez no motivó debidamente las órdenes de prisión preventiva, violando por tanto una garantía constitucional establecida a favor de los procesados.

Lo sorprendente es que, en lugar de declarar la nulidad de las órdenes de prisión preventiva por haber sido dictadas sin debida motivación y por tanto en violación evidente del debido proceso, ordenando la inmediata libertad de los procesados presos, decide “convalidar los casos en que la prisión preventiva no se encuentra motivada, disponiendo que el juez cumpla con la garantía de motivación, sin anulación del proceso penal.” Peor aún, cita dos casos anteriores resueltos por la misma Sala, “...en donde no se recurre a la figura de la nulidad procesal por tratarse de vicios de garantías convalidables, por no tratarse de nulidades insanables.”

Es complejo sostener que en un Estado de Derechos y de Justicia como se declara el Ecuador en su Constitución, jueces letrados, de un tribunal de alzada, sostengan que la violación de una garantía constitucional del debido proceso tan importante como la motivación, es un vicio “convalidable”, más todavía tratándose de órdenes de prisión preventiva.

Podría resultar hasta cómico, sino fuera tan trágico, que esos jueces pretendan mantenerse en su línea jurisprudencial de convalidar graves violaciones del debido proceso en perjuicio de procesados a los que se les priva de su libertad sin debida motivación, “...para garantizar a las partes el derecho a la igualdad y seguridad jurídica...”. En otras palabras, pretenden, por un lado, que se violen por igual los derechos constitucionales de las personas que tienen la desgracia de caer en manos de una justicia penal de ese nivel y por otro, ofrecen seguridad de que de todos modos las garantías del debido proceso y de la libertad individual que consagra la Constitución son letra muerta.

Al final, doce procesados fueron sometidos a juicio por el delito de Paralización de Servicios Públicos, que según el Código Orgánico Integral Penal puede tener una sanción de pena privativa de libertad de 1 a 3 años. El 30 de mayo, dos procesados: Luisa Lozano y Amable Angamarca, recibieron una condena de cárcel de cuatro años, por el delito de paralización de servicios pú-

blicos, una pena mucho más alta que la determinada para este tipo penal que prevé un máximo de prisión de 3 años. La sentencia fue emitida por el Tribunal de Garantías Penales del cantón Loja.

### **1. Deficiencia en la independencia del poder judicial frente al ejecutivo**

El Gobierno de Rafael Correa ha sido un gobierno fuerte y probablemente, en el ochenta por ciento de su periodo en el poder ha gozado de una amplia aceptación y respaldo electoral. Eso ha llevado a que, en primer lugar, haya podido mantener amplias mayorías en la Asamblea Nacional, en el Consejo de Participación Ciudadana, en el Consejo Nacional Electoral y en el Consejo de la Judicatura. Este factor ha sido clave para permitirle realizar un programa de reformas institucionales importantes. Lo lamentable es que el estilo de ejercicio del poder al interior de las funciones legislativa, judicial y de participación ciudadana ha sido excluyente de cualquier posición no concordante con las directrices emanadas del ejecutivo.

Definitivamente, el sistema de pesos y contrapesos deseable en una democracia representativa estuvo ausente del juego político en el Ecuador de la era Correa. En la práctica la designación de los vocales del Consejo de la Judicatura, de los jueces de la Corte Nacional y de la Corte Constitucional han recaído en personalidades afines al proyecto del Movimiento País y sus aliados. Los procesos de designación no han sido exentos de polémica. Baste recordar el Informe de la Veeduría presidida por Baltazar Garzón en 2011 y 2012 al que ya nos hemos referido.

El poder de las autoridades administrativas sobre los funcionarios judiciales es enorme y se ejerce con firmeza. Solo en 2015, 95 jueces fueron destituidos por el Consejo de la Judicatura, lo que equivale al 5% de los jueces existentes, que ascienden a 1900. Pero en el mismo año se tramitaron 1100 expedientes administrativos.... En 2013 se habría tramitado 2000 expedientes administrativos, y en 2014 fueron 1200 (Diario El Universo, 2016). No es de extrañarnos de que jueces tan sujetos al escrutinio disciplinario, estén poco dispuesto a fallar de una manera que pudiera disgustar al poder político que sostiene a quienes tienen la capacidad de evaluarlos. Más aún, ha habido ocasiones en las que el Primer Mandatario, en los enlaces ciudadanos de los sábados ha proclamado a viva voz su criterio respecto a cómo deben fallar los jueces determi-

nadas causas<sup>174</sup>. Ya es inadecuado, en un Estado de Derecho, que el titular de la función ejecutiva se pronuncie sobre temas que están en espera de resolución judicial, pero en el contexto del ejercicio del poder en el Ecuador, se torna grave.

## 2. Débil compromiso del Sistema Judicial con la tutela de derechos humanos

En un ambiente de tan fuerte presión disciplinaria, el objetivo final del Sistema Judicial que es la tutela efectiva de los derechos fundamentales, termina desdibujándose. No han sido escasas las denuncias sobre presiones ejercidas por altos funcionarios del ejecutivo respecto a la resolución de acciones de protección (El Diario, 2011).

Por último, salvando la actuación de la Defensoría Pública que comentamos antes, los organismos encargados del acompañamiento a las víctimas tampoco salen bien librados. La Fiscalía General del Estado, por ejemplo, presentó en junio de 2014 una acción extraordinaria de protección a la Corte Constitucional ante el fallo de casación que ratificó la inocencia de Mery Zamora, lideresa del magisterio, quien era acusada de terrorismo y sabotaje por los hechos del 30 de septiembre del 2010. La petición del fiscal general, Galo Chiriboga, señala que se violó el derecho a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita, por lo que pidió la reparación de estos derechos.

¿Es posible que el Estado alegue que el mismo Estado violó sus derechos en una sentencia? Depende del caso, dice Alfonso Luz Yunes, exmagistrado de la CC de transición y presidente de la Federación Nacional de Abogados. “Si existen razones de Derecho que justifiquen que se ha violado el debido proceso en detrimento de los intereses del Tesoro Nacional, evidentemente la CC no solo puede, sino que debe intervenir, pero en esos casos no lo hace”. Añade que el Estado sí es titular de derechos, pero tiene límites en el derecho a la libre asociación, al libre flujo de la comunicación y a la libertad de protesta pacífica. “En el caso de Mery Zamora, en estricto Derecho, Galo Chiriboga convierte a la Corte Constitucional en la vía que tuerce fallos de la Corte Nacional, asumiendo funciones que no le competen cada vez que no le dan la razón al poder”. (Redacción El Comercio, 2014).

---

<sup>174</sup> En el caso de la comunidad de Ínter y el caso de Javier Ramírez, el Presidente de la República aludió al caso de la siguiente manera:

Respecto a la Defensoría del Pueblo, el informe de la FIDH del 2015 tiene un comentario lapidario:

En las entrevistas realizadas por la Misión fue ostensible la sensación de orfandad que tienen los defensores respecto de la labor de la Defensoría tanto en el nivel nacional como en las localidades, corroborada por la entrevista sostenida, con el señor Defensor del Pueblo quien se declaró neutral frente a la política de extracción de recursos y a la conflictividad social que la circunda, ajeno a las causas de los defensores de los derechos humanos hasta tanto existan decisiones judiciales en firme y contrario a toda manifestación que pueda derivar en actos de violencia, aun cuando se constate el uso excesivo de la fuerza, por parte de las autoridades (FIDH, 2015: 21).

### 3. Ambigüedad de los tipos penales

Si bien la aprobación y puesta en vigencia del COIP fue un avance dada la vetustez y dispersión de muchas normas penales del anterior régimen penal, precisamente los delitos que se refieren a protesta social son los que más problemas traen. La ambigüedad en los tipos penales abre las puertas a un margen muy amplio de discrecionalidad y arbitrariedad judicial, pues en ellos no se distinguen claramente las modalidades de participación, de dolo o su diferencia con comportamientos de carácter no punible.

El Código Orgánico Integral Penal –COIP–, corrige en gran parte la indeterminación del tipo terrorismo y lo redefine en el artículo 366 como la conducta que provoca o mantiene “en estado de terror a la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o pongan en peligro las edificaciones, medios de comunicación, transporte, valiéndose de medios capaces de causar estragos”. No hay una definición aceptada internacionalmente del terrorismo, pero en general se reconoce que el terrorismo siempre concierne graves atentados a la integridad física excluyendo daños a inmuebles a menos de que sean de una particular gravedad. Esta noción no se encuentra en el artículo 366 del COIP.

---

(...) acusándolo de perseguido, no dicen que quemaron las carpas del INAMHI, dicen que él estaba dormido en su casa. Eso es una cuestión de la justicia. Lo importante es que en un Estado de Derecho se persiguen los delitos y no a las personas. Nunca dicen los delitos los medios de comunicación. Los medios de comunicación tienen tal poder que son capaces de declarar inocente al culpable y culpable al inocente. (Diario El Comercio, 2015)

Peor aún, en el caso del delito el artículo 283 del nuevo Código Orgánico Integral Penal (COIP).

“La persona que ataque o se resista con violencias o amenazas a los empleados públicos, a los depositarios o agentes de la fuerza pública, a los comisionados para la percepción de los impuestos y contribuciones, a los ejecutores de los fallos judiciales, a los guardas de las aduanas y oficinas de recaudación y a los agentes de policía, cuando obran en ejecución de las leyes, o de las órdenes o reglamentos de la autoridad pública, serán sancionadas con pena privativa de libertad de seis meses a dos años”.

En principio, parecería ser una disposición que tipifica el derecho a la resistencia previsto en el artículo 98 de la Constitución. Más allá de eso es una protección desmesurada a los servidores públicos tomando en cuenta que el concepto resistir puede ser muy amplio y la pena es severa.

#### **G. Limitaciones en el acceso a la justicia de los pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador**

El proceso de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en Ecuador (PIE) ha sido largo, complejo e inconcluso<sup>175</sup>. Desde el siglo XVIII hasta nuestros días, el reconocimiento de la ciudadanía de los PIE sigue siendo un territorio en disputa, si bien mediante varias reformas constitucionales se fueron eliminando las barreras de género, estado civil, religión, propiedades o educación para el ejercicio de la ciudadanía ecuatoriana, el paradigma mestizo seguía siendo el modelo de ciudadano en un estado-nación que se resistía a reconocer su carácter multicultural.

Los pueblos indígenas ecuatorianos, empezaron un proceso político-organizativo en la década de los setentas con reivindicaciones de clase y exi-

---

<sup>175</sup> En la época colonial los pueblos indígenas en el territorio del Rey de España fueron considerados incapaces relativos, puestos bajo la custodia de señores españoles encargados de su evangelización mientras recibían las ganancias de la producción de las haciendas. Cuando los descendientes de los españoles, y algunos mestizos lograron la independencia de la metrópoli, crearon estados racistas, excluyentes, sexistas e intolerantes a la diversidad religiosa, ser ciudadano era un privilegio, los pueblos originarios de Latino-América empezaron la era de la libertad sin ser ciudadanos.

gencias de reconocimiento como grupos político-culturales con derechos y necesidades específicas que no podían ser atendidas desde un esquema de estado mono-cultural (Becker, 2008). La propuesta de lo que se denominaría el “Movimiento Indígena Ecuatoriano” (MIE) era la creación de un estado plurinacional en donde las diferentes culturas tengan la posibilidad de alcanzar reconocimiento y de participar en el gobierno del Estado:

El Estado Plurinacional, se sustenta en la existencia de Naciones Originarias como entidades económicas, culturales, sociales, políticas, jurídicas, espirituales y lingüísticas, históricamente definidas y diferenciadas, con el objetivo de desterrar el colonialismo y desmontar el Estado colonial, desarraigar la estructura del pensamiento colonial. La plurinacionalidad pasa necesariamente por la reconstrucción y la reconstitución de los Pueblos y Nacionalidades Originarias con base a la libre determinación, por la configuración de un ordenamiento política, institucional y jurídico que plasme la unidad en la diversidad (Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador, 2012: 31).

Este novedoso concepto fue discutido en la Asamblea Constituyente de 1998, y rechazado porque para la mayoría de asambleístas dicho concepto podría ser interpretado como un derecho a independizarse del estado ecuatoriano. Diez años más tarde, la plurinacionalidad fue recogida en la Constitución de 2008. El estado plurinacional presenta una doble dimensión problemática desde la concepción del estado-nación: (i) una dimensión interna que implica el reconocimiento de que cada nacionalidad tiene procesos de organización propios y autodeterminación en cuanto a su forma de vida y desarrollo; y (ii) una dimensión externa por la cual se reconoce que la consecución de esas formas vida y desarrollo dependen de la convivencia con las de las demás nacionalidades, la administración de esta diversidad de visiones solo se puede lograr mediante un estado en el que participen activamente todas las nacionalidades.

La dimensión interna de la plurinacionalidad puede ser presentada desde la clásica separación de funciones de los estados republicanos: la creación de normas jurídicas, la ejecución de las mismas y la supervisión de su cumplimiento mediante los órganos judiciales. La Constitución de 2008 le reconoce a cada nacionalidad indígena la competencia para realizar las tres funciones.

(i) El artículo 57.10 recoge el derecho a contar con un derecho propio<sup>176</sup>, el cual no se queda en el reconocimiento del derecho ancestral o del derecho consuetudinario, sino que incluye el “crear [...] su derecho propio”. Desde esta norma se desarrolla una concepción dinámica de las culturas indígenas, las cuales no se espera que petrifiquen, sino que se actualicen para abarcar nuevos fenómenos. (ii) El mismo artículo en su numeral 9 reconoce el derecho de las nacionalidades indígenas al uso de sus sistemas de organización social propios incluyendo sus instituciones directivas y las formas en que estas se conforman. (iii) Finalmente la Constitución reconoce la competencia de las nacionalidades para administración de justicia aplicando su derecho propio<sup>177</sup>.

Respecto a la dimensión externa de la plurinacionalidad, el diálogo con las instancias del estado central también se puede analizar desde las clásicas funciones del estado republicano. (i) El gobierno deberá consultar a las nacionalidades indígenas antes de adoptar cualquier decisión que ponga en peligro su territorio<sup>178</sup> u otros derechos.<sup>179</sup> (ii) El legislativo debe consultar a las

---

<sup>176</sup> Art. 57: Se reconoce y garantizará 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: [...] 10. Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes, Constitución de la República de Ecuador de 2008.

<sup>177</sup> Art. 171.- Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. Art. 171, Constitución de la República de Ecuador de 2008.

<sup>178</sup> Art. 57: Se reconoce y garantizará 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: [...] 7. La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley, Constitución de la República de Ecuador de 2008.



nacionalidades sobre los proyectos de ley que podría generar afectación a sus derechos.<sup>180</sup> (iii) Existirían mecanismos horizontales (coordinación) y verticales (revisión) de interacción entre la administración de justicia mestiza y constitucional respectivamente. En el primer caso se refiere a los conflictos en que la administración de justicia mestiza u ordinaria y la indígena deben dilucidar quien tiene competencia para resolver de un caso,<sup>181</sup> en el segundo caso se trata de la revisión que podría hacer la Corte Constitucional sobre la compatibilidad de la decisión de la administración de justicia indígena con la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos<sup>182</sup> y las garantías jurisdiccionales que podrían activar las nacionalidades indígenas en caso de que el estado central irrespete sus derechos. Como veremos a continuación todas y cada una de estas categorías han resultado problemáticas, no por el nivel de complejidad que implica manejar un sistema con pluralismo jurídico, sino por la falta de voluntad política de realizar una seria reforma institucional que permita la vigencia del estado plurinacional.

---

<sup>179</sup> Art. 6: 1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

<sup>180</sup> Art. 57: Se reconoce y garantizará 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: [...] 17. Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos, Constitución de la República de Ecuador de 2008.

<sup>181</sup> Art. 345: Declinación De Competencia. - Los jueces y juezas que conozcan de la existencia de un proceso sometido al conocimiento de las autoridades indígenas, declinarán su competencia, siempre que exista petición de la autoridad indígena en t al sentido. A tal efecto se abrirá un término probatorio de tres días en el que se demostrará sumariamente la pertinencia de tal invocación, bajo juramento de la autoridad indígena de ser tal. Aceptada la alegación la jueza o el juez ordenará el archivo de la causa y remitirá el proceso a la jurisdicción indígena, Código Orgánico De La Función Judicial de 2009.

<sup>182</sup> Art. 65: La persona que estuviere inconforme con la decisión de la autoridad indígena en ejercicio de funciones jurisdiccionales, por violar los derechos constitucionalmente garantizados o discriminar a la mujer por el hecho de ser mujer, podrá acudir a la Corte Constitucional y presentar la impugnación de esta decisión, en el término de veinte días de que la haya conocido, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de 2009.

El acceso a la justicia ha sido considerado, bajo la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), como el acceso a recursos judiciales efectivos que garanticen la protección o reparación de los derechos de las personas (artículo 25 de la CADH), en el marco las debidas garantías judiciales (artículo 8 de la CADH). En el marco del estado-nación, estos derechos se deben garantizar de forma exclusiva por el Estado, sin embargo, en el marco del estado Plurinacional, la doble dimensión se aplica en el acceso a la justicia. El acceso a la justicia, en relación con la dimensión interna de la plurinacionalidad, significa la posibilidad de desarrollar el derecho propio de cada PIE y aplicarlo mediante sus propias instituciones. Mientras tanto, en cuanto a la dimensión externa de la plurinacionalidad, significa obtener de las cortes del estado central la protección de sus derechos colectivos cuando alguna decisión de los órganos de poder públicos pone en peligro la autodeterminación de los PIE. En los siguientes párrafos se desarrollarán estos dos aspectos del acceso a la justicia de los PIE mediante el análisis de jurisprudencia desarrollada en ambos campos, así como a la información oficial de los órganos judiciales sobre atención de casos y aplicación de la perspectiva intercultural.

### **1. Acceso a la justicia mediante el ejercicio del derecho indígena**

El reconocimiento del derecho indígena en el ordenamiento jurídico mestizo ecuatoriano se dio en la Constitución de 1998. Dicho documento en su título VIII referente a la función judicial estipuló que:

Art. 191.- El ejercicio de la potestad judicial corresponderá a los órganos de la Función Judicial. Se establecerá la unidad jurisdiccional. [...] Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional.

Lo que para algunos tratadistas fue una innovación constitucional, para otros fue el mero reconocimiento de una realidad que había existido desde hace 500 años (Pacari, 2002: 84). A los estados centrales poco les había importado como resolvían los miembros de los PIE sus conflictos, en la práctica

las autoridades indígenas resolvían las disputas internas mediante el uso del derecho consuetudinario de cada nacionalidad. El reconocimiento de este pluralismo jurídico no fue necesariamente positivo ya que llamó la atención de medios de comunicación que desde el malentendido cultural calificaron ciertas prácticas de los PIE como injusticiamientos o linchamientos levantando el debate sobre la constitucionalidad de ciertas prácticas de sanación y purificación de las comunidades. Bajo un esquema que reconocía el pluralismo jurídico, no cabría la revisión por parte de una autoridad judicial mestiza de lo decidido por una autoridad indígena, a menos que se trate de un conflicto de competencia (el conflicto se suscita entre dos indígenas de diferentes pueblos o entre un indígena y un mestizo) o que se pretenda la revisión de la constitucionalidad de la resolución. En países que reconocen el pluralismo jurídico y el derecho de los pueblos indígenas al derecho propio, lo que se debe establecer son las reglas de competencia que permitan la coordinación entre las distintas comunidades y el estado mestizo, ese es el caso de Estados Unidos en donde una serie de regulaciones federales, así como de precedentes judiciales, delimitan en razón de la persona, del lugar y la materia las competencias de las autoridades indígenas (Anderson y Berger, 2015).

La cobertura mediática de eventos de aplicación de derecho indígena sumados a la reacción conservadora de gran parte de la comunidad jurídica llevó al desconocimiento en la práctica de la existencia de la justicia indígena. El proceso realizado en la comunidad de “La Cocha” en 2002 es un ejemplo, a pesar de que los autores de un homicidio fueron juzgados por la comunidad la fiscalía inició investigaciones de cara a una sanción dentro del sistema penal mestizo. Al presentar las autoridades de la comunidad una petición para dirimir competencias al Tribunal Constitucional, éste se negó a pronunciarse por cuestiones formales y de esta manera permitiendo que la doble sanción a los perpetradores se consumara. Las reglas de competencia no fueron aclaradas y con ello la posibilidad de un doble enjuiciamiento que desconozca el derecho indígena. Ante la aparición de casos en que existían disputas de competencia, se presentó al congreso nacional un proyecto de ley de funciones de justicia de las autoridades indígenas del Ecuador el cual no fue aprobado (Trujillo, Grijalva y Endara, 2001: 157-165).

Para el 2008, con la nueva constitución que consagra el estado plurinacional se ofrecía un marco normativo que no solo reconocía el derecho in-

dígena como producto de la costumbre o derecho consuetudinario (visión estática), sino que permitía la creación de nuevo derecho (visión dinámica).<sup>183</sup> Además, en el apartado correspondiente a la administración de justicia, se repite el texto del artículo 191 de la Constitución de 2008, pero además se agrega: “*El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.*”<sup>184</sup>

A pesar de lo anterior, no se ha aprobado una ley que regule los conflictos de competencia, así como la coordinación y cooperación de las jurisdicciones indígenas y la jurisdicción ordinaria. Como se citó en líneas anteriores, el Código Orgánico de la Función Judicial estableció la posibilidad de que la administración judicial mestiza decline su competencia cuando una autoridad indígena lo solicite por estar el caso bajo su autoridad. La aplicación de este precepto llegó a la más alta corte de justicia ordinaria del país, la Corte Nacional de Justicia. En el caso Tukayta (Tukuy Cañarís Ayllukunapa Tantanakuy), dos miembros de la comunidad Melchor Zhinín Pinguil y María Dolores Caizan Alvarez estuvieron inmersos en un conflicto por la propiedad de un lote de terreno dentro del territorio del pueblo indígena. El señor José Muños quien se sintió perjudicado por una presunta apropiación ilegal de tierras acusó a los señores Zhinín y Caizan ante la fiscalía por delito de usurpación, llegando a ser condenados por dicho delito por el Juez Tercero de lo Penal del Cañar. Los condenados fueron sometidos a un proceso al interior de la comunidad en donde se les encontró inocentes y se llamó la atención al señor Muños de no presentarse ante la autoridad indígena que era competente para conocer el caso y en su lugar haber acudido a la justicia ordinaria. Los condenados presentaron un recurso de revisión ante la Corte Nacional de Justicia alegando que habían sido juzgados dos veces y que sus jueces naturales eran las autoridades indígenas de su comunidad. La Corte Nacional de Justicia al conocer del caso resolvió:

---

<sup>183</sup> Art. 57: Constitución de la República del Ecuador de 2008, publicada en el R.O. 449 del 20 de octubre de 2008.

<sup>184</sup> Ibid.

DECIMO PRIMERO: Del expediente existe constancia suficiente de haberse aplicado en el presente caso los procedimientos de la Justicia Indígena, y como consecuencia de ello el Juez [...] al dictar su sentencia el 22 de enero del 2009 [...], ha expedido su resolución actuando sin jurisdicción, ni competencia, por tener la condición de juez ordinario, y por ende sin capacidad jurisdiccional para decidir el caso de jurisdicción indígena, cuya resolución debió haber sido respetada, lo cual entraña violación de los derechos de los recurrentes, en particular el principio fundamental de que “Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa”, [...], y, por ende, vulneración del artículo 191, hoy 171 de la Constitución de la República del Ecuador, lo cual constituye un error judicial que la Sala estima necesario enmendarlo.- DECIMO SEGUNDO: Sobre la base de lo dicho, [...] es evidente que en la sentencia de mérito se han vulnerado las garantías básicas del debido proceso, [...] y en ella se ha incurrido en error de hecho, vulnerando el principio fundamental del “Non bis in ídem”.-Por lo anteriormente expuesto, [...] esta Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, [...] ] acepta el recurso de revisión y corrigiendo el error judicial contenido en la sentencia condenatoria [...], se la revoca y en su lugar se absuelve a Melchor Zhinín Pinguil y María Dolores Caizán Alvarez [...]. Dejase a salvo las acciones que el querellante José Humberto Muñoz Iglesias, pudiere: tener dentro de la Jurisdicción Indígena. - Llamase severamente la atención al Juez Tercero de lo Penal y Tránsito del Cañar, por la falta de aplicación de las normas de carácter legal y constitucional que se dejan anteriormente anotadas, debiendo hacerse conocer esta resolución, mediante oficio, al Consejo de la Judicatura del respectivo Distrito.<sup>185</sup>

Esta jurisprudencia favorable al respeto de la administración de justicia indígena por parte de una corte ordinaria, fue desconocida por la Corte Constitucional unos años más tarde. Los resultados del “control de constitucionalidad” de las decisiones de las autoridades indígenas han sido lamentables. En un nuevo proceso por homicidio en la misma comunidad de “La Cocha”, el señor Marco Olivio Pallo fue asesinado por cinco miembros de la comunidad, lo cuales fueron sometidos a un proceso dentro de la comunidad y condenados por el asesinato en el año 2010. La fiscalía tomó la decisión de intervenir para

---

<sup>185</sup> Corte Nacional de Justicia, Segunda Sala de lo Penal, causa 814-2009, de fecha 22 de abril de 2010.

procesar a los cinco condenados y a los líderes de la comunidad. A raíz de estos hechos se iniciaron sendos procesos penales por asesinato y plagio respectivamente que concluyeron ante la Corte Constitucional que debía decidir sobre la existencia de doble juzgamiento y la legitimidad de la actuación de las autoridades de la comunidad en el caso. Respecto al doble juzgamiento de los procesados, la Corte Constitucional declaró que el derecho indígena sólo repara la armonía de la comunidad y no los derechos individuales de las víctimas de un delito (en este caso el derecho a la vida):

Esta Corte encuentra, y así lo declara, que la justicia indígena del pueblo kichwa Panzaleo no juzga ni sanciona la afectación a la vida, en tanto bien jurídico protegido y derecho subjetivo de la persona, sino que lo asume, lo juzga y lo sanciona en tanto genera un conflicto múltiple entre las familias y en la comunidad, que debe ser resuelto con el fin de restaurar la armonía de la comunidad; en este sentido, no se juzga el atentado contra la vida considerada individualmente. Por tanto, esta Corte constata que la justicia indígena, cuando conoce casos de muerte no resuelve respecto de la afectación a la bien jurídica vida, como fin en sí mismo, sino en función de las afectaciones que este hecho provoca en la vida de la comunidad.<sup>186</sup>

En base lo anterior, la jurisdicción indígena y la ordinaria no serían excluyentes: mientras la primera repara a la comunidad, la segunda repara a la víctima. La Corte dictó como:

“regla de aplicación obligatoria a las autoridades indígenas que: a) La jurisdicción y competencia para conocer, resolver y sancionar los casos que atenten contra la vida de toda persona, es facultad exclusiva y excluyente del sistema de Derecho Penal Ordinario. [...] La administración de justicia indígena conserva su jurisdicción para conocer y dar solución a los conflictos internos que se producen entre sus miembros dentro de su ámbito territorial y que afecten sus valores comunitarios.”<sup>187</sup>

---

<sup>186</sup> Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia 0731-10-EP, del 30 de julio de 2014, p. 24.

<sup>187</sup> Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia 0731-10-EP, del 30 de julio de 2014, p. 34-35.

En la práctica, la decisión de la Corte es aplicable a cualquier bien jurídico protegido y, por tanto, lo que decidió es retirar toda posibilidad de que las autoridades indígenas resuelvan situaciones en las que existan actos que estén tipificados en el código penal. Por consiguiente, no existiría doble juzgamiento.<sup>188</sup> Esto implica una seria limitación del acceso a la justicia de los pueblos y nacionalidades indígenas, ya que la pérdida de competencias en materia penal de las autoridades indígenas no ha venido acompañada al menos de una mayor atención por parte de las autoridades de la justicia ordinaria y aunque ese fuera el caso, no se garantiza que las decisiones de dichas autoridades vayan a ser culturalmente adecuadas tomando en cuenta que la privación de la libertad por un delito no existe en la cosmovisión de ninguno de los pueblos no nacionalidades indígenas de Ecuador (Ávila Santamaría, 2013). Respecto a las autoridades del pueblo indígena, la Corte determinó que sus rituales de purificación que practicaron a los condenados y las funciones jurisdiccionales que desempeñaron no están en contradicción con la Constitución y, por tanto, los procesos en contra de las autoridades del pueblo debían ser archivados:

En el caso concreto, las autoridades indígenas actuaron dentro de sus competencias constitucionales y legales, por tanto, cualquier proceso penal que pretenda investigar y sancionar a las autoridades indígenas por el legítimo ejercicio de competencias constitucionales es contrario a la Constitución de la República, así como también a la decisión adoptada por el Pleno de la Corte Constitucional.<sup>189</sup>

---

<sup>188</sup> La corte además manifestó: “la Asamblea General Comunitaria del pueblo kichwa Panzaleo, cuando conoció este caso de muerte, no resolvió respecto de la protección del bien jurídico vida como fin en sí mismo, sino en función de los efectos sociales y culturales que esa muerte provocó en la comunidad, estableciendo diversos niveles de responsabilidad que son distribuidos, en distinto grado, entre los directamente responsables y sus respectivas familias, mientras que por su lado, el ministerio público y la justicia penal ordinaria actuaron bajo la obligación constitucional y legal de investigar y juzgar, respectivamente, la responsabilidad individual de los presuntos implicados en la muerte, por lo que esta Corte declara que no se ha configurado el non bis in idem o doble juzgamiento”. Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia 0731-10-EP, del 30 de julio de 2014, p. 34.

<sup>189</sup> Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia 006-14-SCN-CC, del 11 de septiembre de 2014, p. 16.

En una resolución posterior, la Corte Constitucional ratificó que es un deber de los jueces ordinarios declinar la competencia en favor de las autoridades indígenas como una garantía al derecho de no ser juzgado dos veces por la misma causa:

En este caso, el artículo 345 del Código Orgánico de la Función Judicial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 76 numeral 7 literal i de la Constitución, reconoce que las decisiones de las autoridades de los pueblos y comunidades indígenas tienen carácter de cosa juzgada y evita que las personas puedan ser juzgadas más de una vez por la misma causa. Así, la declinación de competencia por parte de la autoridad judicial ordinaria constituye una garantía que tiene por objeto asegurar el principio constitucional y legal de la *non bis in ídem* y el derecho a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita de derechos.<sup>190</sup>

Sin embargo, la Corte Constitucional ratificó que la declinación de competencia no operaría cuando se trate de un delito contra la vida, en el cual sí existiría competencia de los jueces ordinarios. A pesar de la reiteración de la Corte Constitucional de su decisión de separar exclusivamente los crímenes contra la vida de la competencia de la administración de justicia indígena, queda la duda respecto a la *ratio decidendi* del caso “La Cocha”, si el motivo de dicha decisión fue el carácter colectivo del bien jurídico que tutela el derecho indígena, entonces el mismo razonamiento se aplicaría a cualquier otro delito contemplado en el Código Integral Penal mestizo que, en su mayoría, tutela bienes jurídicos individuales. Otra duda que dejan estas decisiones es el desconocimiento de la Corte de la diversidad cultural de la sociedad ecuatoriana, en un país en donde existen 14 nacionalidades reconocidas y 14 pueblos kichwa, hablar de una “justicia indígena” resulta reduccionista.

Los efectos de las decisiones de la Corte Constitucional en esta línea no pueden ser aún medidos. La administración de justicia mediante la aplicación del derecho propio es un ejercicio constante por parte de las nacionalidades, el cual generalmente ocurre de manera oral sin que queden registros. La falta de atención histórica del estado central a los pueblos indígenas hace

---

<sup>190</sup> Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia 008-15-SCN-CC, del 5 de agosto de 2015, p. 15.



que nuevos casos de delitos contra la vida probablemente no lleguen a ser conocidos por la justicia ordinaria sino posterior a que las comunidades ya hayan tomado conocimiento y decidido sobre el caso, lo cual generará problemas de doble juzgamiento y, en algunos casos, incluso la posibilidad de criminalización de las autoridades indígenas. Tomando en cuenta los estándares del Sistema Interamericano, los precedentes de la Corte Constitucional estudiados violarían el artículo 8 de la CADH por partida doble: (i) privarían a los acusados de juez natural, es decir para el caso ecuatoriano las autoridades de sus pueblos; y, (ii) incurrirían en doble juzgamiento por los mismos hechos. Finalmente, la imposibilidad de desarrollar su derecho propio como parte de la cultura de los pueblos indígenas mina la posibilidad de reproducción cultural, convirtiéndose en una nueva política de asimilación y colonialismo en contra de las nacionalidades indígenas ecuatorianas.

## 2. Acceso a la justicia ordinaria para el ejercicio del derecho a la autodeterminación

Como se dejó enunciado en líneas anteriores, bajo la Constitución de 2008, la fuente primaria de acceso a la justicia para los miembros de los PIE son autoridades propias de cada pueblo o nacionalidad que aplica el derecho indígena. Sin embargo, cuando la tutela judicial que se requiere es ante los actos de personas externas a la comunidad y en especial de las decisiones de organismos del estado, la justicia constitucional es la llamada a tutelar los derechos de los PIE que pueden englobarse en su derecho a la autodeterminación.<sup>191</sup> Sobre este punto la CIDH ha identificado a los derechos territoriales, en cualquiera de sus manifestaciones o componentes, como los temas más relevantes en cuanto a acceso a la justicia de los pueblos indígenas.<sup>192</sup>

Desde la vigencia del Constitución de 2008, son relevantes para la autodeterminación de los PIE las sentencias de la Corte Constitucional que tratan del derecho a la consulta libre, previa e informada y al territorio. En el año 2009 fue aprobada una Ley de Minería que permitía la creación de servidumbres sobre territorio indígena con el fin tanto de extraer materiales como

<sup>191</sup> Ver, James Anaya, *Los pueblos indígenas en derecho internacional*, Trotta, Madrid, 2005.

<sup>192</sup> Ver, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*, CIDH, Washington DC, 2009, p.134.

de construir facilidades mineras. La evidente afectación a los derechos de los PIE que podía generar dicha legislación hacía necesaria la activación de un proceso de consulta previa el cual no fue realizado por la Asamblea Nacional. La ley además no hacía distinción en cuanto a la aplicación de sus normas de restricción a la propiedad entre mestizos e indígenas, lo cual contradecía las características de inalienables, inembargables e indivisibles de los territorios indígenas de acuerdo con la Constitución.<sup>193</sup> La inconstitucionalidad por la forma (falta de consulta) y por el fondo (incompatibilidad con los derechos de los pueblos indígenas) fue presentada por la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador. La sentencia de la Corte Constitucional no declaró la violación por no existir normas que regulen el ejercicio del derecho a la consulta previa. Para la Corte la aplicación directa de la Constitución generaba cierta discrecionalidad al legislativo en cuanto a la forma de realizar la consulta a los pueblos indígenas:

Conscientes del contexto histórico, las circunstancias en las que se desarrolló el proceso de aprobación de la Ley de Minería, y ante la ausencia de una regulación infra constitucional previa que establezca el procedimiento de la consulta pre legislativa, esta Corte determina que en el proceso de promulgación de la Ley se implementaron mecanismos de información, participación y recepción de criterios a un segmento de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas representados por sus máximos dirigentes, aspecto que confirma la aplicación directa de la Constitución; si bien estos mecanismos no se equiparan integralmente a un proceso de consulta pre legislativa, contienen elementos sustanciales del mismo, y así lo declara esta Corte.<sup>194</sup>

---

<sup>193</sup> Art. 57: Se reconoce y garantizará 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: [...] 4. Conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles. Estas tierras estarán exentas del pago de tasas e impuestos.

<sup>194</sup> Corte Constitucional de Ecuador, sentencia 001-10-SIN-CC, del 18 de marzo de 2010, publicada en el suplemento del Registro Oficial 176 de 21 de abril de 2010.

Lo que la Corte no analiza, es que, a pesar de no existir regulación infra constitucional, en el derecho internacional, en especial en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, existen estándares para realizar una consulta previa a pueblos indígenas, por lo que la consulta no podía realizarse sin seguir al menos esos criterios. La propia Corte reconoce este particular ya que dictó una serie de normas que deberían regir futuras consultas previas hasta que la Asamblea dicte la ley correspondiente.<sup>195</sup> Este primer caso constituye un precedente preocupante, ya que siguiendo su lógica ningún derecho de los PIE que no esté regulado por normas infra-constitucionales sería exigible ante los tribunales de justicia, ninguno de los derechos reconocidos a los PIE en el artículo 57 de la Constitución cuenta con una normativa de rango legal. Seis años después de la adopción de dicha decisión, la Asamblea Nacional no ha dictado una Ley de Consulta Previa, a pesar de existir al menos cinco proyectos legislativos en esta materia. Incluso las reglas que dictó la Corte Constitucional en la sentencia de la ley de minería no han sido cumplidas por el estado. Existen varias denuncias presentadas ante el Sistema Interamericano por la sociedad civil en audiencias temáticas, así como estudios académicos que demuestran el incumplimiento del derecho a la consulta.<sup>196</sup> Como punto favorable de la sentencia existe se dio la interpretación conforme de la Ley de Minería por la cual se excluye su aplicación en territorios indígenas:

En ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 1 y 3 del artículo 436 de la Constitución; 5, 76, numerales 3, 4, 5, y 95 inciso primero de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se declara la constitucionalidad condicionada de los artículos 15, 28, 31 inciso segundo, 59, 87, 88, 90, 100, 101, 102, 103, 104 y 105 de la Ley de Minería, referidos a declaratorias de utilidad pública, servidumbres, libertad de prospección, otorgamiento de concesiones mineras, construcciones e instalaciones complementarias generadas a partir de un título de concesión minera y consulta ambiental. Es decir, serán cons-

---

<sup>195</sup> Ver, Corte Constitucional de Ecuador, sentencia 001-10-SIN-CC, del 18 de marzo de 2010, publicada en el suplemento del Registro Oficial 176 de 21 de abril de 2010.

<sup>196</sup> Ver, Centro de Derechos Humanos, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 2015. Los hallazgos incluyen división de las comunidades, selección parcializada de los sujetos a ser consultados, información parcial únicamente sobre beneficios de la actividad petrolera y no de los impactos, entre otras.

titucionales y se mantendrán válidas y vigentes, mientras se interprete de la siguiente manera: a) Son constitucionales los artículos referidos en tanto no se apliquen respecto de los territorios de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afro ecuatorianas y montubias.<sup>197</sup>

En otro caso, esta vez de Acción Extraordinaria de Protección, presentado ante la Corte Constitucional por la nacionalidad Shuar, por la titulación a mestizos de territorio de posesión ancestral de dicha nacionalidad, la Corte Constitucional decidió tutelar el derecho a la propiedad. La Corte realiza en primer lugar una aclaración que va en la línea de despojar a plurinacionalidad de sus consecuencias políticas:

“Se debe realizar una diferenciación entre los derechos colectivos que entran en conflicto dentro del caso sub examine; así, dentro del caso en estudio, la posible afectación a derechos constitucionales tiene relación con el principio de propiedad colectiva de la tierra, lo cual difiere del concepto de territorio más aun considerando que conforme lo establece el artículo 4 de la Constitución ecuatoriana, “el territorio del Ecuador constituye una unidad geográfica e histórica de dimensiones naturales, sociales y culturales, legado de nuestros antepasados y pueblos ancestrales [...]”, destacándose en el artículo antes citado que el “territorio del Ecuador es inalienable, irreductible inviolable [...]”; aquello denota que la territorialidad abarca un concepto en el que se ve inmersa la tierra, pero que incluye otros elementos y atributos, como el espacio físico, pero también el poder y por consiguiente el control de los recursos humanos y materiales (como los biológicos y minerales del suelo y subsuelo); por tanto, este territorio es de propiedad inalienable e imprescriptible del Estado ecuatoriano de forma integral.<sup>198</sup>

En la citada jurisprudencia, la Corte Constitucional manifiesta que “las características que se deben otorgar al territorio de esta población especial son: i) Su inapropiabilidad, ii) Su uso pacífico y iii) Su conservación para las gene-

---

<sup>197</sup> Corte Constitucional de Ecuador, *sentencia 001-10-SIN-CC*, del 18 de marzo de 2010, publicada en el suplemento del Registro Oficial 176 de 21 de abril de 2010.

<sup>198</sup> Corte Constitucional de Ecuador, *sentencia 141-14-SEP-CC*, del 24 de septiembre de 2014.

raciones futuras”<sup>199</sup> por lo que no cabía que el INDA (órgano del estado que estuvo encargado de adjudicar las tierras “baldías” a quien las solicitara para actividades agropecuarias) entregase títulos a terceros sobre territorio indígena.

La aclaración respecto al territorio en contraposición con las tierras de los PIE no es la primera de este estilo de la Corte Constitucional que busca dejar en claro, así como ocurrió en la Asamblea Constituyente de 1997, que los PIE no tienen elementos para ser considerados naciones en el sentido del derecho internacional público. En la sentencia del caso “La Cocha” la Corte Constitucional definió la Plurinacionalidad de manera excesivamente restrictiva, equiparándola con el concepto de la multiculturalidad (reconocimiento de la existencia de varias culturas dentro de una misma sociedad) y así extrayendo todo su contenido político:

la plurinacionalidad comporta un concepto de nación que reconoce el derecho de las personas a identificar su pertenencia, no solo con cierto ámbito geográfico, sino además con una cultura determinada. En este sentido, con el término plurinacionalidad se hace alusión a la convivencia de varias naciones culturales o pueblos étnicamente distintos dentro de una gran nación cívica. [...] Para que la plurinacionalidad se desarrolle positivamente necesita de la interculturalidad; así, estos conceptos guardan entre sí una relación de complementariedad en el sentido que uno completa o perfecciona al otro; mientras que, por otro lado, el principio de unidad del Estado o Estado unitario refiere a una nación dirigida por un gobierno central, con poderes plenos sobre el territorio nacional y con una democracia sustentada en la ciudadanía única.<sup>200</sup>

Como resultado, en decisiones estatales en las que se conoce de la oposición de los pueblos indígenas no se han respetado sus decisiones. Las organizaciones nacionales y regionales de los pueblos indígenas han sido desplazados de ámbitos tan importantes como la educación bilingüe para los niños y niñas indígenas. El concepto de Plurinacionalidad gestado en el movimiento indígena y adoptado por la Constitución de 2008 no está siendo implementado mediante las reformas estructurales en la organización del es-

<sup>199</sup> Corte Constitucional de Ecuador, sentencia 141-14-SEP-CC, del 24 de septiembre de 2014.

<sup>200</sup> Corte Constitucional de Ecuador, *Sentencia 0731-10-EP*, del 30 de julio de 2014.

tado y, sobre todo, en la forma en que la sociedad toma sus decisiones. Tampoco se ha podido cumplir con el precepto de un estado constitucional en donde los jueces y cortes pueden limitar efectivamente los poderes públicos en base a los derechos fundamentales. Como se ha manifestado en esta último sub tema, la Corte Constitucional ha mantenido posiciones conservadoras, más alineadas a una concepción liberal de los derechos, que a una nueva concepción de estado en la que todas las culturas puedan participar en la toma de decisiones de manera paritaria.

## H. Algunas reflexiones finales

La percepción oficial sobre el éxito de la reforma judicial contrasta con la de informes independientes elaborados desde la sociedad civil. Aquello no sería raro si de por medio no hubiera denuncia de un uso político de la justicia penal en contra de quienes defienden derechos en tema de agenda prioritaria del Ejecutivo. El condicionamiento político de las decisiones judiciales constituye el mayor y más complejo obstáculo a ser enfrentado para el acceso a la justicia en una sociedad democrática.

No hay información confiable, de fuentes oficiales, sobre el cumplimiento de estándares acceso a la justicia y debido proceso que puedan servir para contrastar la información crítica.

Se hace necesario emprender un levantamiento de información que permita una lectura global y desapasionada de la situación de la justicia en Ecuador, que permita fundamentar una agenda que, partiendo de avances concretos y reales en la infraestructura física y tecnológica, permita sustentar cambios cualitativos que permitan acercar a la actividad judicial al ideal de una justicia independiente.

Sin embargo, y reconfirmando la hipótesis de trabajo, hay elementos claros que demuestran que, a mediano y largo plazo, hay limitantes políticas e institucionales en la gestión de lo público que afectan el acceso a la justicia en el Ecuador. A pesar de los diferentes espacios sociales en que existe una afectación a la justicia, existe de los elementos mostrados en el presente una tensión irresoluble entre la sociedad civil, con un interés racional de confiar en el Estado para la resolución de sus conflictos y la acción del Estado que también cuenta con un interés de sostener un nivel de gobernabilidad soste-

nido por un sistema político. Al respecto, los datos demuestran que la presión de los actores subalternos repercute en productos estatales que se ven más instrumentalizados por motivos de sostenimiento de una visión del mundo, que por la resolución del conflicto per se. Esto debe ser analizado en largo plazo y dependerá de contar con información cualitativa de fondo que confirme este análisis. Eso sí, los aspectos internos y externos del acceso a la justicia, y de la plurinacionalidad, se encuentran comprometidos. Se observa un desconocimiento de la normativa internacional que debería guiar las decisiones de la Corte Constitucional. Urge un debate amplio sobre los alcances de la plurinacionalidad en cuanto a su potencial de como elemento de generación de diálogo intercultural y participación política.

Finalmente, es difícil conciliar una opción legítima a nivel político con el tratamiento igual frente a la ley. Se debe aumentar la eficiencia de la justicia constitucional para que el juez se vuelva un activista en la esfera pública y pueda sostener los conflictos humanos en una doble vertiente: la tensión entre los conflictos individuales y que al mismo tiempo, se defienda una justicia duradera, eficiente y técnicamente competente.

Como se ve, y para concluir, la academia y la comunidad jurídica, debe ser capaz de construir un debate robusto frente a estos temas, que dependen más allá de la Ciencia del Derecho, sino de construir un fuerte mecanismo interdisciplinario, que logre mostrar, como ha pretendido este texto, que debe completarse el vacío entre democracia formal y material, en la que la administración de justicia tendrá un papel protagónico. Esto depende de contra información adecuada, de una robusta capacidad teórica, y lo más importante, de la voluntad de investigadores e investigadoras con el compromiso suficiente para crear un justicia mejor y un Estado mejor.

## I. Bibliografía

AGENCIA ANDES (2016) “El Consejo de la Judicatura destaca los logros judiciales alcanzados en Ecuador en 2015”. Noticia aparecida el jueves, 28/01/2016. Disponible en <<http://www.andes.info.ec/es/noticias/consejo-judicatura-destaca-logros-judiciales-alcanzados-ecuador-2015.html>>, con acceso el 1 de marzo de 2016.

- ANAYA, J. (2005), *Los pueblos indígenas en derecho internacional*, Trotta, Madrid, 2005.
- ANDERSON, R., & BERGER, B. e.-6. (2015). *American Indian Law. Cases and commentary*. St. Paul, MN: West Academic Publishing.
- ÁVILA SANTAMARÍA, R. (2011), *El Neoconstitucionalismo Transformador. El Estado y el Derecho en la Constitución de 2008*, Quito, Ediciones Abya-Yala, UASB.
- ÁVILA SANTAMARÍA, R. (2011). *El Neoconstitucionalismo Transformador. El Estado y el Derecho en la Constitución de 2008*. Quito: Ediciones Abya-Yala, UASB.
- ÁVILA SANTAMARÍA, R. (2013). ¿Debe aprender el derecho penal estatal de la justicia indígena? En B. De Sousa Santos, & A. Grijalva Jiménez, *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador* (págs. 290-296). Quito: Abya Yala.
- ÁVILA SANTAMARÍA, R. (2016). *El neoconstitucionalismo andino*. Quito: Huaponi Ediciones.
- BAUMAN, S. (2012). *Modernidad Líquida*, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- BECKER, M. (2008), *Indians and leftists in the making of Ecuador's modern indigenous movements*, Duke University Press, San Antonio.
- CASTRO RIERA, C. (2008). Valoración jurídico-política de la Constitución del 2008. En R. Ávila Santamaría, & A. y. Grijalva Jiménez, *Desafíos constitucionales, La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva* (págs. 111-132). Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2009), *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*, CIDH, Washington DC.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales, estudio de los estándares fijados para el sistema interamericano de derechos humanos*. Aprobado por la Comisión el 7 de septiembre de 2007.
- CONFEDERACIÓN DE NACIONALIDADES INDÍGENAS DEL ECUADOR (2012), *Proyecto político para la construcción del estado plurinacional e intercultural*, CONAIE, Quito.



- DIARIO EL COMERCIO. (28 de Febrero de 2015). Enlace Ciudadano 413 desde Carcelén Alto. Diario El Comercio. Recuperado el 2017 de abril de 13, de <http://www.elcomercio.com/actualidad/enlace-ciudadano-413-carcelen-alto.html>
- DIARIO EL UNIVERSO. (5 de Enero de 2016). *El 5% de los jueces existentes fueron sancionados con destitución en 2015*. Diario El Universo, pág. A3.
- DIARIO HOY. (10 de Diciembre de 2004). *La mayoría de bloques irá al llamado de Gutiérrez*. Diario Hoy, pág. A2.
- DONOSO, J. C., MONTALVO, D., & ORCÉS, D. (2010). *Cultura política de la democracia en Ecuador, 2010. Consolidación democrática en las Américas en tiempos difíciles*. Nashville, Tennessee: Universidad de Vanderbilt.
- EL DIARIO. (3 de Marzo de 2011). *Alexis Mera intimidó a juez Erazo*. El Diario. Recuperado el 2017 de Abril de 14 , de <http://www.eldiario.ec/noticias-manabi-ecuador/186378-alexis-mera-intimido-a-juez-erazo/>
- FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. (2015). *Criminalización de la protesta social frente a proyectos extractivos en Ecuador*. Quito: FIDH.
- FERNÁNDEZ, B.; PARDO, L.; Y SALAMANCA, K. (2014), “El buen vivir en Ecuador: ¿marketing político o proyecto en disputa? Diálogo con Alberto Acosta”, en *Íconos. Revista de Ciencias Sociales*. En busca del sumak kawsay, vol. 18, núm. 48. 101-117.
- GARGARELLA, R. (2008), “Prólogo” en *Desafíos constitucionales, La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Ávila Santamaría, Ramiro; Grijalva Jiménez, Agustín y Martínez Dalmau, Rubén (coords.), Quito, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos.
- GARGARELLA, R. (2011). *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Quito, Ecuador: Corte Constitucional para el Período de Transición.
- GRIJALVA, A. (2011). Independencia Judicial y derechos en el Ecuador. *Ecuador Debate* (83), 35-42.
- HIDALGO, A.; CUBILLO, A. (2014), “Seis debates abiertos sobre el sumak kawsay (Dossier)”, en *Íconos. Revista de Ciencias Sociales*. En busca del sumak kawsay, vol., 18, núm. 48. 25-40
- HOBBSAWN, E. (1994). *The age of extremes*. New York:, EE.UU: Pantheon Press.

- LA REPÚBLICA. (27 de Agosto de 2015). *Mesa Jurídica del Levantamiento informa situación de detenidos durante protestas*. Obtenido de La República: <http://www.larepublica.ec/blog/politica/2015/08/27/mesa-juridica-del-levantamiento-informa-situacion-de-detenidos-durante-protestas/>
- MCDavid, J. C., HUSE, I., & HAWTHORN, L. R. (2013). *Program Evaluation and Performance Measurement An Introduction to Practice*, Victoria, Canada: Sage Publications.
- NAMAKFOROOSH, M. N. (2005). *Metodología de la Investigación*. México, D.F., México: Limusa.
- O'DONNELL, G. (2004), "Accountability horizontal: la institucionalización legal de la desconfianza política", en *Revista Española de Ciencia Política*, núm. 11, Asociación Española de Ciencia Política y de la Administración, Madrid, pág. 13.
- OECD . (2001). Evaluation and Outcome Focused Management and Budgeting. *TRANS-TALK Third Workshop: Improving Evaluation Practices in Transport* (pág. 20). Bruselas: OECD.
- OVALLE FAVELA, J.. "La influencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el derecho interno de los Estados latinoamericanos", en *Boletín. Mexicano de Derecho Comparado*. vol.45, núm.134.
- PACARI N. (2002), "Pluralidad jurídica una realidad constitucionalmente reconocida", en Judith Salgado, comp., *Justicia Indígena. Aportes para un debate*, Abya Yala, Quito.
- PÁSARA, L. (2014), *Independencia judicial en la reforma de la justicia ecuatoriana*, *Fundación para el Debido Proceso*; Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad; Instituto de Defensa Legal, Quito.
- PATIÑO ARISTIZÁBAL, L. G. (2007), "El neopopulismo en el contexto de la democracia latinoamericana", en *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 37, núm. 106.
- RAMOS ROLLÓN, M. (2005), "Sistemas judiciales y democracia en Centroamérica: la perspectiva de los jueces", en *Documentos CIDOB. América Latina*, núm. 8.1-42
- REDACCIÓN EL COMERCIO. (21 de Julio de 2014). *Más garantías para el Estado y menos para el ciudadano, luego de siete años*. El Comercio, pág. A2. Obtenido de [http://www.elcomercio.com/app\\_public\\_pro.php/actualidad/garantias-ciudadanos-enmiendas.html](http://www.elcomercio.com/app_public_pro.php/actualidad/garantias-ciudadanos-enmiendas.html)

- SÁNCHEZ, F. (2007). *El litigio estratégico en México: la aplicación de los derechos humanos a nivel práctico. Experiencias de la sociedad civil*. México D.F: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos.
- SENPLADES. (2009). *Plan nacional del Buen Vivir 2009-2013: Construyendo un Estado Plurinacional e Intercultural*. Quito, Pichincha: SENPLADES.
- TRUJILLO, J.C.; GRIJALVA, A.; ENDARA, X. (2001) “Propuesta de proyecto de ley de Funciones de Justicia de las Autoridades Indígenas del Ecuador”, en *Justicia Indígena en el Ecuador*, UASB, Quito.
- TRUJILLO, JULIO CESAR (2004), “Fuerza normativa de la Constitución ecuatoriana actual” en *Foro Revista de Derecho*, núm. 3.



# CAPÍTULO V

## Dificultad contramayoritaria y la Corte Constitucional ecuatoriana.

SEBASTIÁN LÓPEZ HIDALGO  
Universidad del Azuay

### 1. Introducción.

Es frecuente, desde la referencia de Alexander Bickel, (1986)<sup>201</sup> insistir en el problema de la denominada dificultad u objeción contramayoritaria atribuida a los jueces. Se trata de una idea recurrente que cuestiona, desde una teoría democrática, la existencia de Cortes, Tribunales Supremos o Constitucionales encargados de configurar y definir con el carácter de última palabra, los contornos constitucionales en detrimento de los órganos con mayor legitimidad democrática dentro del sistema político.

A pesar de que la discusión contramayoritaria ha penetrado profundamente los debates contemporáneos, en el contexto ecuatoriano actual, aun contando con una apuesta hacia la opción judicial robusta,<sup>202</sup> dicho problema ha pasado inadvertido en razón del asumido carácter de “guardián natural” de su intérprete máximo (Corte Constitucional ecuatoriana).

En ese contexto, la presente investigación, luego de anotar algunas cuestiones centrales sobre la objeción contramayoritaria, el constitucionalismo

---

<sup>201</sup> Véase, Alexander Bickel, (1986).

<sup>202</sup> Se entenderá por opción judicial robusta, un sistema de fuerte supremacía o protagonismo judicial en el marco de la revisión judicial de la ley, así como, en el marco de delimitación y configuración del contorno de los derechos fundamentales por medio de la institución de dicha actividad de revisión, sin que los parlamentos democráticos se encuentren forzosamente autorizados a poner en marcha algún tipo de respuesta legislativa que les permita reaccionar ante una determinada orientación jurisprudencial.

y la democracia, pretende indagar ¿qué tan lejos puede ser extendida la preocupación contramayoritaria en el caso ecuatoriano?

Para ello, se recurrirá a un análisis de las sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador en el marco del control abstracto de norma, puesto que éste tipo de sentencias, en su gran mayoría, y dado la diversidad temática que involucran, dan forma a las preferencias de mayor calado político sobre las que los jueces toman sus decisiones, poniendo a prueba una posible tensión entre el Parlamento y la Corte como los principales actores de la anunciada dificultad. Pero, además, permitirá evidenciar cuál es el discurso del órgano jurisdiccional en el ejercicio de su función asignada; así como, también, de indagar si la temida dificultad contramayoritaria es una realidad o no dentro del sistema ecuatoriano.

Asimismo, evidencia empírica de carácter cuantitativo de las actividades de la Corte facilitará arribar a algunas conclusiones útiles y reflexiones finales con las que cierra el presente artículo.

### 1.- El carácter contramayoritario de la revisión judicial.

Parecería ser que luego del arduo debate sostenido por Kelsen y Schmitt en tiempos de Weimar a cerca de la legitimidad de la justicia constitucional,<sup>203</sup> la historia habría dirimido el conflicto en favor de la vigencia de dicha institución, al punto que la jurisdicción constitucional ha tenido una importante expansión durante el siglo pasado.<sup>204</sup> Aun así, la polémica sobre la legitimidad

---

<sup>203</sup> Al respecto puede verse la obra de Carl Schmitt, (1983); y, la obra de Hans Kelsen, (1995).

<sup>204</sup> Aun cuando sea un punto discutible hoy en día, dado el carácter jurisdiccional que ha adquirido el órgano de revisión constitucional en Francia, según Albert Noguera, (2011), “Seguramente a excepción del caso de Francia, donde fruto de la herencia adquirida con la revolución francesa, el órgano que ejerce control de constitucionalidad (*el Conseil Constitutionnel*) no es un órgano jurisdiccional sino político, en el resto de países del mundo, existe, en la actualidad, un modelo judicializado de revisión constitucional...”. Igualmente Bouzat ha indicado que “la función del Consejo Constitucional francés es política y no judicial porque no persigue la resolución de controversias de derechos o intereses entre personas, ni la protección de los derechos individuales de alguien en particular. Sólo unas pocas personalidades políticas pueden acceder al Consejo, y el control constitucional es preventivo o meramente consultivo. En verdad puede ser considerado como un paso más del procedimiento legislativo”. Véase, Gabriel Bouzat, (1991): 70. Como se indicó, para matizar el tema, Pierre Bon ha manifestado en relación al caso francés que, “...el control parecía servir, esencialmente, para marginar al legislador en su

de la justicia constitucional, con diferente intensidad, resurge de tiempo en tiempo en razón del papel activista *–judicial activism–*, o de una autolimitación judicial *–judicial self-restraint–* asumido por las Cortes o Tribunales.<sup>205</sup>

A este problema, el de la legitimidad de la revisión judicial, es el que se ha referido Alexander Bickel con indudable éxito, al haber acuñado la expresión *“dificultad contramayoritaria”*, para plantear, cómo justificar desde una teoría democrática la vigencia de órganos de revisión judicial encargados de controlar la constitucionalidad de normas provenientes del órgano democrático, depositario de la soberanía popular: el parlamento.<sup>206</sup>

En ese marco, con independencia del modelo de justicia constitucional adoptado, si la ley está objetivada por la Constitución y la Constitución por su intérprete, ya que no existe ninguna norma superior dentro del ordenamiento jurídico positivo,<sup>207</sup> surgen interrogantes acerca de si existen o no parámetros objetivos del control cuando quien realiza la interpretación es una Corte o Tribunal, y lo que se trata de interpretar es nada menos que la Constitución.

¿Quién debe tener la “última palabra” cuando lo que se interpreta es la Constitución en una democracia? ¿Qué es lo que justifica que un grupo de per-

---

ámbito y forzarle a respetar las reglas obligatorias del procedimiento legislativo. Con la decisión de 1971, y la abundante jurisprudencia que la sigue, la protección de los derechos fundamentales aparece en primer plano de las funciones de control de la constitucionalidad de las leyes, como hace tiempo sucedía en otros países dotados de una jurisdicción constitucional. Así, se pasa, en cierto modo, de un control de la constitucionalidad ejercido sólo en interés de los poderes públicos, y en particular del Ejecutivo, a un control de constitucionalidad ejercido también en interés de los ciudadanos...”. Véase, Pierre Bon, (1998): 138-139. También, en la investigación de Javier Pardo Falcón, (1990): 111-113, ha quedado claro que, aunque en un inicio la función del control de constitucionalidad quedaba concebida de una forma absolutamente marginal en los inicios de la Quinta República, en la actualidad, una vez superadas ciertas limitaciones que hacían presumir que muy pocas veces sería activado el control de constitucionalidad, éste se manifiesta en su verdadera dimensión de protección de los derechos fundamentales y libertades públicas. Algo que era inimaginable en un primer momento.

<sup>205</sup> Eduardo García de Enterría, (2006): 167.

<sup>206</sup> Alexander Bickel ha utilizado esta expresión para negar la validez de los argumentos que intentan justificar la revisión judicial por antidemocrática. Véase, Alexander Bickel, (1986).

<sup>207</sup> Dejando a salvo la célebre *norma fundamental o básica* de origen kelseniano, que no se trata propiamente de una norma positiva dictada por algún legislador humano, sino de un presupuesto epistemológico, una especie de hipótesis de trabajo que utilizan implícitamente los juristas en sus elaboraciones con la finalidad de explicar la relación dinámica de derivación y validez de las normas inferiores.

sonas no elegidas por el pueblo puedan ejercer una revisión judicial de la ley como la más alta expresión de la voluntad popular? ¿Cómo las Constituciones pueden inspirar lealtad a pesar de los constantes desacuerdos que se suscitan en relación con sus contenidos, muchas de las veces plurales y abstractos?

Cuando se conservaba intacto el mito de que el juez se limitaba a aplicar la ley o la Constitución sin tener que valorarla, la falta de legitimidad democrática de los órganos de justicia parecía irrelevante, puesto que la actividad judicial se concebía como meramente intelectual y no valorativa.<sup>208</sup>

Precisamente, el problema de la dificultad u objeción contramayoritaria<sup>209</sup> parece cobrar mayor envergadura cuando se advierte que muchas de las cláusulas constitucionales están generalmente expresadas en términos altamente vagos y abstractos con un fuerte contenido valorativo ¿Significa esto rendirse a los argumentos contramayoritarios que llevan, en definitiva, al rechazo del control judicial, acentuando el carácter elitista y antidemocrático de la función de revisión?<sup>210</sup>

La tesis de un *gobierno de los jueces*<sup>211</sup> generalizada después en Europa con el libro de Lambert<sup>212</sup> como un gobierno carente de legitimación demo-

---

<sup>208</sup> Carlos Santiago Nino, (1992): 683.

<sup>209</sup> La crítica contramayoritaria sostendría que, así como el establecer una carta de derechos atrincherada constituiría una limitación injustificada al legislador electo democráticamente, el permitir que los jueces tengan la última palabra acerca del contenido y alcance de una ley implicaría privar a los ciudadanos del derecho a reflexionar libremente mediante sus representantes a través del contenido y alcance de dichas normas. Es extensa la literatura que ha abordado el tema sobre la revisión judicial –defensores y críticos–; sin embargo, es fundamental la referencia a algunos autores. En el ámbito anglosajón marcaron un punto importante Alexander Bickel, (1986); Jeremy Waldron, (2005); John Hart Ely, (1997); Ronald Dworkin, (1996); Bruce Ackerman, (1991); Mark Tushnet, (2012); Larry Kramer, (2004), por citar algunos de los más destacados, entre otros. Aun cuando las referencias son inabarcables, para el ámbito hispanoamericano es indispensable la consulta a obras importantes y destacadas artículos como, Eduardo García de Enterría, (2006); Víctor Ferreres Comella, (1997); Carlos Nino, (1997); Roberto Gargarella, (1996); Juan Carlos Bayón, (2010); Víctor Ferreres, (2010); José Juan Moreso, (2003); Juan Carlos Bayón, (2003); Pablo de Lora, (2003); Víctor Ferreres Comella, (2003); Claudia Orunesu, (2012); Sebastián Linares, (2008); Roberto Gargarella, (2003); Roberto Gargarella, (2008); Francisco Laporta, (2003), entre otros, así como innumerables artículos y demás publicaciones.

<sup>210</sup> Claudia Orunesu *et al*, (2005): 56.

<sup>211</sup> Cesáreo Rodríguez-Aguilera de Prat, (1997): 9, refiriéndose al trabajo de Norberto Bobbio,



crática e irresponsable respecto de sus actuaciones, tiene su origen en contextos como el de los Estados Unidos desde que Theodore Roosevelt, en respuesta a las sentencias del Tribunal Supremo norteamericano condenara el papel del legislador irresponsable asumido por el juez, papel que los jueces americanos se habrían atribuido unilateralmente.<sup>213</sup>

Constantemente, los defensores del principio democrático mayoritario han sostenido que el establecer una carta atrincherada de derechos o confiar la guarda de la supremacía constitucional a órganos elitistas no democráticos (Cortes o Tribunales Constitucionales), permitiéndoles conservar la última palabra en temas constitucionales, constituye una afrenta y una limitación injustificada al legislador democrático que afecta a las bases mismas de una sociedad democrática.

Por otro lado, hay quienes sostienen con destacados argumentos que “la razón de ser de la justicia constitucional es su función anti-mayoría, ejerciendo la cual limita, por así decirlo, la cantidad de democracia para preservar su calidad, para evitar que se transforme en un régimen ciego, rendido al mero número que puede todo lo que quiere, que cambia derechos...”<sup>214</sup> Es decir, se acepta que la justicia constitucional no forma parte “natural” de la democracia, pero sirve a la democracia de forma sustancial.<sup>215</sup>

---

dice: “Al final, señala Bobbio, la cuestión del gobierno de las leyes versus gobierno de los hombres acaba siendo una pregunta mal formulada, ya que lo uno no excluye a lo otro, puesto que aquellas son elaboradas por éstos...sólo la democracia basada en el principio de legalidad con división equilibrada de poderes permite hacer compatibles los dos elementos aparentemente antitéticos de la pregunta”.

<sup>212</sup> La obra de Edouard Lambert, *El gobierno de los jueces (Le gouvernement des juges)* publicada en 1921 es un trabajo que lleva a cabo un análisis crítico de la justicia constitucional en los Estados Unidos. Haciéndose eco de las principales aportaciones de la literatura jurídica estadounidense del momento, Lambert pone de manifiesto los inconvenientes que conlleva la atribución a un órgano judicial de la facultad de revisar la obra del legislador. Véase la obra de Lambert, (2010), trad. Félix de la Fuente.

<sup>213</sup> B. Schwartz, autor citado por Eduardo García de Enterría, (2006): 178; José Luis Cascajo Castro, (1999): 174, con el fin de evitar el gobierno de los jueces –*gouvernement des juges*– ha hablado de una *praxis feliz* y coherente que debe ser desarrollada por los tribunales, alejada de las tentaciones y de los secretos.

<sup>214</sup> Gustavo Zagrebelsky, (2008): 102.

<sup>215</sup> José Juan Moreso, (2003): 397, sostiene que el control judicial de constitucionalidad es un instrumento que puede ser adecuado para proteger los derechos constitucionales, aunque

Desde Kelsen (1977) se insistiría en que no se debía confundir principio de la mayoría (la democracia verdadera), con dominio de una mayoría (el simple mayoritarismo),<sup>216</sup> de forma que el Estado Constitucional resultaría ser, precisamente, la juridificación de la democracia, que excluye la posibilidad de aplicar métodos democráticos orientados a su propia supresión o desconocimiento.<sup>217</sup>

Así, el especial papel de los jueces en el Estado Constitucional como protectores o sujetos llamados a tutelar los derechos, opacaría la necesidad de justificar el ejercicio de su actividad desde una óptica mayoritaria exclusivamente, dado que los derechos fundamentales serían ejercidos contra esa misma mayoría.<sup>218</sup>

En defensa de la justicia constitucional se argumentaría que, “en tanto el control judicial verse sobre las decisiones de la legislatura ordinaria y se ejerce para proteger los derechos básicos definidos por el poder constituyente originario, se trataría de un órgano verdaderamente democrático”.<sup>219</sup> Con lo cual, la tarea revisora consistiría únicamente en hacer cumplir las decisiones de la voluntad soberana objetivadas en la Constitución.

De ahí que “gracias al control judicial, la expresión más genuina de la voluntad popular (la Constitución) logra prevalecer frente a la expresión más atenuada de esa voluntad (la ley)”.<sup>220</sup> Un argumento que, aunque atractivo, afrontará algunas críticas justificadas.

---

no sea un mecanismo estrictamente necesario para la existencia de una democracia constitucional.

<sup>216</sup> Hans Kelsen, (1977): 81-85. trad. Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz y Lacambra. Ahora bien, Anna Pintore, (2000): 135-136, expone que Kelsen, a pesar de que no ignora la tensión entre derecho y democracia, soberanía popular y constitución, nunca elaboró una teoría de la democracia constitucional en el sentido de una concepción que afrontase expresa y sistemáticamente el problema de conciliar los dos polos, sino sólo, por separado, una *teoría de la democracia* y una *teoría de la Constitución*. Más aún, uno de los problemas más críticos de la democracia constitucional relativo a la objeción contramayoritaria, vendría a ser tratado por Kelsen de forma muy concisa y seguramente insatisfactoria, rechazando que las Constituciones apelen a términos abstractos o generales o que se remitan a valores controvertidos para conjurar la inevitable consecuencia del desplazamiento del poder del parlamento al órgano de justicia constitucional.

<sup>217</sup> Ignacio de Otto, (1988): 64.

<sup>218</sup> Luigi Ferrajoli, (1998): 3 y ss.

<sup>219</sup> Claudia Orunesu, (2012):190, en una referencia a Hamilton, Madison y Jay.

<sup>220</sup> Víctor Ferreres Comella, (2010): 485.

En efecto, si se reconoce como está claro, que “el catálogo de derechos que encontramos en la mayoría de constituciones recoge principios abstractos de moralidad política, cuya interpretación es controvertida”,<sup>221</sup> se dificulta una defensa objetiva de una voluntad constituyente, y se coloca a los defensores de la revisión judicial de la constitucionalidad en la tesitura de ajustar sus argumentos, capaces de cerrar la denominada “brecha interpretativa”.<sup>222</sup>

Y si esto se admite, —que las Constituciones incorporan valores abstractos—, hay buenas razones para tomarse en serio la objeción contramayoritaria en contra de la revisión judicial, más aún, en sistemas en donde el grado de rigidez constitucional es mayor,<sup>223</sup> “porque si el procedimiento de reforma constitucional es tan exigente que, en la práctica, su puesta en marcha es inviable, entonces los jueces constitucionales tienen de facto la última palabra sobre el contenido y alcance de los derechos básicos”.<sup>224</sup>

La verdadera dimensión del problema se advierte al considerar que de democracia y mayoritarismo, constitucionalismo y democracia, por una parte,

---

<sup>221</sup> *Ibíd.*

<sup>222</sup> Roberto Gargarella ha definido que muchas de las críticas contramayoritarias se filtran a través de la denominada brecha interpretativa, es decir, en la amplitud y vaguedad a la que se puede prestar la interpretación constitucional. Véase, Roberto Gargarella, (1996): 59.

<sup>223</sup> Alfonso Ruiz Miguel manifiesta que: “...con independencia de la supremacía constitucional, el control judicial en sí mismo no tiene por qué suscitar objeción contramayoritaria si no va acompañado de una cierta rigidez de la Constitución y, más aún, tal objeción, de estar justificada, tendrá más fuerza cuanto más alto sea el grado de rigidez” Véase, Alfonso Ruiz Miguel, (2004): 62-63.

<sup>224</sup> Juan Carlos, Bayón, (2003): 402. Por otro lado, una referencia normativa válida que encaja con este criterio es la disposición contenida en el art. 443 de la Constitución ecuatoriana, que confiere la facultad a la Corte Constitucional de determinar cuál de los procedimientos corresponde ser asumido para la reforma de la Constitución. Y es que, aun cuando el pueblo tenga la posibilidad de pronunciarse en una de las vías previstas, la Corte decidirá previamente cuál de ellas corresponde ser asumida, lo cual coloca el tema de la última palabra en manos de la propia Corte. En otro sentido opinarían Angélica Porras y Johanna Romero cuando consideran que los mecanismos agravados de reforma constitucional en el sistema ecuatoriano, no obstante constituir restricciones, no implican limitaciones a la democracia; de hecho manifiestan: “...las denominadas enmiendas y reformas constitucionales integran mecanismos de democracia directa para que sea el pueblo el que tenga la última palabra en materia de cambio constitucional”. Véase, Angélica Porras Velasco y Johanna Romero Larco, (2011): 53.

se contraponen,<sup>225</sup> pero, por otra, se complementan como dos caras de una misma moneda, dado que la democracia no puede concebirse en términos puramente formales para identificarse, sin más, como un simple procedimiento de toma de decisiones mayoritarias.<sup>226</sup>

No es posible, en efecto, predicar un concepto de democracia basado en el dominio absoluto e irrestricto de la mayoría. La democracia implica no solo un gobierno de la mayoría, sino también el respeto de unas minorías, y uno de los medios para asegurar ese cometido es la propia normatividad de la Constitución con unos límites a la actuación mayoritaria.<sup>227</sup>

La constante tensión entre constitucionalismo y democracia ha llevado a que se pueda hablar incluso de modelos intermedios de constitucionalismo,

---

<sup>225</sup> Rodrigo Uprimny, (2013):173, indica que, en su versión radical, las categorías democracia y Estado de Derecho entran en tensión y pueden ser consideradas opuestas, pues la democracia, en la medida en la que se funda en la soberanía popular, aspira al gobierno ilimitado del pueblo, mientras que el Estado de Derecho está asociado a la idea de gobierno dividido, limitado y reglado.

<sup>226</sup> Véase, Luigi Ferrajoli, (2009): 431-448; Manuel Antonio Peña Freire, (1997): 64-75; Manuel Aragón, (1995): 56. Este último autor indica que en realidad se trata de un falso enfrentamiento entre “democracia sustantiva y “democracia procedimental” – y dice-: “no es que sea falsa la distinción como distinción de facetas o cualidades, sino lo que resulta teóricamente falso es la contraposición como categorías opuestas”; Ignacio de Otto, (1988): 61, 64-65, manifiesta que “la justificación democrática de la restricción de la democracia no es difícil encontrar para aquellos preceptos constitucionales que contienen la fundamentación de la democracia misma y de los que los derechos fundamentales son el ejemplo más destacado... Si la democracia está esencialmente vinculada al pluralismo, está claro que se excluye la posibilidad de aplicar los métodos democráticos a su supresión, esto es, que tal supresión no podría llamarse decisión democrática. Afirmar lo contrario es tanto como admitir una omnipotencia que se destruye, algo que ni de Dios puede predicarse sin sofisma...”; Eduardo García de Enterría, (1997): 65-66; Luigi Ferrajoli, (2010): 25; Rodrigo Uprimny, (2013): 173 y ss., al tiempo que habla de una tensión, sin embargo, rescata la complementariedad de los términos; Robert Alexy, (2003): 37-40 refiere que podrían existir tres formas de contemplar la relación entre derechos humanos y democracia: una ingenua, una idealista y una realista. Indica el autor que un Tribunal que intente responder seriamente a las objeciones democráticas lo debe hacer desde una representación argumentativa, en la cual triunfa la reconciliación entre derechos y democracia.

<sup>227</sup> Francisco Balaguer Callejon, (2005): 199. Sin embargo, en este punto habrá que tener presente la advertencia de Roberto Gargarella sobre la revisión judicial, y es que, “...del hecho de que los jueces no representen a las mayorías, numéricamente hablando, no significa que los

de un *constitucionalismo débil* como una variable del constitucionalismo democrático o de una respuesta democrático-constitucional a medio camino entre la posición constitucionalista pura *–del todo–* y la posición radical democrática pura *–del nada–*.<sup>228</sup>

De hecho, la fórmula contemporánea de la democracia constitucional parece estar contenida en la aspiración a un justo equilibrio entre el principio democrático dotado de valor constitucional y la idea de unos límites *–derechos–*, fijados mediante la fuerza normativa de la Constitución.<sup>229</sup> Un equilibrio que, por ser de reciente adaptación, afecta a los sujetos protagonistas de esta conciliación, es decir, el parlamento y los tribunales.<sup>230</sup>

En ese contexto, y a pesar de que las Cortes o Tribunales Constitucionales no son el mejor ejemplo de lo que representa un órgano con legitimación democrática directa, dadas las credenciales democráticas que ostentan otros órganos dentro del Estado; significativamente, el legislador, sus decisiones pue-

---

mismos representen (o, más bien, tengan una motivación especial para defender) a la infinita diversidad de minorías que existen en la sociedad...”. Véase, Roberto Gargarella, (1997): 26.

<sup>228</sup> Véase, Annette Schmitt, (2002): 254-262, quien ha utilizado tres tipos de respuesta frente a la tensión entre constitucionalismo y democracia: La respuesta constitucionalista pura *–del todo–*; la respuesta del demócrata pura *–del nada–*; la respuesta del demócrata constitucional *–del algo–*. Sobre un *constitucionalismo débil* puede verse Juan Carlos Bayón, (2003): 234-235. Bayón propone un diseño que se caracterice por: i) defender la existencia de un coto vedado mínimo que ponga a resguardo de las mayorías unas reglas de procedimiento como, por ejemplo, el derecho a participar en términos igualitarios en la toma de decisiones, formulables en forma de reglas irreformables, reservando la textura abierta de los principios *–como una ventaja instrumental–* solo para aquellos contenidos que no es posible formular como reglas; ii) admitir la existencia de un sistema de justicia constitucional como mecanismo para incrementar la calidad de la práctica de deliberación previa a la toma de decisiones; iii) que se abandonen procedimientos de reforma que exigen gravosas mayorías calificadas como los que actualmente existen en los ordenamientos jurídicos; iv) otorgar la última palabra en cuestiones constitucionales a los mecanismos ordinarios de democracia representativa mediante técnicas como *el reenvío*. Habría que añadir que Pablo de Lora, sugiere en la línea del *constitucionalismo débil*, tener en cuenta la regla thayeriana, que no hace sino trasladar el estándar del procedimiento penal de la duda razonable al ámbito constitucional de la ley. Véase, Pablo de Lora (2003): 361-366.

<sup>229</sup> Habermas apelaría en esta relación a la idea de la “cooriginalidad” o “copertenencia” de ambos ideales, ya que constituyen la manifestación de una misma concepción de las personas como sujetos morales que hace posible un ejercicio de autonomía política y autonomía privada. Véase, Jürgen Habermas, (2008): 193.

<sup>230</sup> Maurizio Fioravanti, (2001): 164.

den estimarse legítimas si aparecen como “aplicación”<sup>231</sup> del derecho en el marco de una motivación controlable, así como, de una teoría deliberativa de la democracia<sup>232</sup> y de una teoría de la interpretación plausible que involucre prácticas dialógicas y no, actitudes discrecionales o arbitrarias carentes de sustento.<sup>233</sup>

Las decisiones de las Cortes o Tribunales “pueden considerarse legítimas tan sólo si aparecen como aplicación del derecho y no como creación política de normas. Este es el presupuesto que hace que para la jurisdicción constitucional llegue a ser de vital importancia asegurar su carácter jurisdiccional, porque dicho carácter constituye la fuente principal de legitimación de aquellos órganos del Estado llamados a aplicar las leyes y decidir sobre litigios concretos”.<sup>234</sup>

---

<sup>231</sup> Vale destacar que el término *–aplicación–*, en el presente trabajo, no será entendido como un acto puramente cognoscitivo-declarativo sobre el supuesto significado objetivo de las normas llevado a cabo por los órganos jurisdiccionales mediante un procedimiento de inferencia lógico-formal, tal como supusieron determinados planteamientos de la dogmática formalista decimonónica, ya que, de ser así, el debate acerca de la legitimidad de la justicia constitucional se vería anulado por el supuesto de un simple significado objetivo de la Constitución; por el contrario, el término aquí utilizado se halla orientado a un nivel de comprensión de solución de problemas prácticos un tanto más difíciles, tratándose de normas constitucionales cuya estructura normativa es abierta, general e indeterminada, lo cual supone siempre una actividad concebida a medio camino entre la simple aplicación y la creación *ex novo*.

<sup>232</sup> A pesar de que se puede hablar de un primer período de gestación de la democracia deliberativa y uno de consolidación posterior, una consulta sobre el origen y evolución del modelo deliberativo, así como un concepto de democracia deliberativa, puede consultarse en José Luis Martí, (2006). Igualmente, puede verse Carlos Santiago Nino, (1997); Jürgen Habermas, (1998), en lo referente al práctica deliberativa.

<sup>233</sup> Tal como lo expresa María José Añón, “Como se trata por tanto de poner el acento en la esfera de la responsabilidad, la relación entre legitimación y discrecionalidad replantea una de las funciones del Derechos que es la de proveer unos parámetros de legitimación para orientar el comportamiento de funcionarios y ciudadanos. Desde esta perspectiva, suele argumentarse que el poder depositado en instituciones puede transformarse en autoridad en la medida en que los valores y prácticas que son aceptadas o constituyen expectativas en un determinado contexto social son sentidas como legítimas en dicho contexto. La aplicación de este presupuesto a la toma de decisiones por parte de los operadores jurídica lleva a considerar que esas decisiones deben reforzar o estimular el acuerdo u obtener la conformidad de los destinatarios de la decisión en sentido amplio”. Véase, María José Añón, (1994): 897-911.

<sup>234</sup> Claudia Storini, (2007): 160.

Por ello, la tarea de proporcionar un marco de legitimidad<sup>235</sup> apreciable a la revisión judicial descansa “en la posibilidad de evaluar jurídicamente sus interpretaciones”<sup>236</sup> verificando de esta forma, que los jueces constitucionales, se han sometido al derecho que tiene que aplicar –la Constitución–.

Probablemente, una aproximación intuitiva en favor del control judicial de constitucionalidad esté asociada con situaciones en las cuales ciertas condiciones de la democracia no son satisfechas y, consecuentemente, lo político –llámese “democrático” o no– no es epistémicamente superior al proceso judicial.<sup>237</sup>

De esta manera, si se han establecido ciertas restricciones al conjunto de decisiones que son tomadas por medio de la regla de la mayoría mediante la incorporación de los denominados derechos fundamentales, es decir, ciertos derechos que no se encontrarían disponibles en la agenda legislativa ordinaria por corresponder a los “momentos constitucionales”,<sup>238</sup> para diferenciarlos de los “momentos ordinarios”, comúnmente conocido como el atrincheramiento de los derechos, y se ha confiado la guarda del texto constitucional a unos órganos especializados, ubicados en la cúspide reflexiva,<sup>239</sup> al estilo de una Corte o Tribunal, la vigencia de la justicia constitucional dentro de un Estado democrático, dada su expansión y consolidación, desplaza el centro de atención del debate del *quién*<sup>240</sup> al *qué* se decide, y al *cómo* desplegar esta tarea de manera

---

<sup>235</sup> Pedro de Vega considera, apelando a una consideración weberiana que “los términos legalidad y legitimidad terminan siendo expresiones coincidentes, en la medida en que el cumplimiento de la legalidad otorga por sí mismo legitimidad a la acción del gobernante” y por ello “la única forma de legitimidad posible de la que cabe hablar en la democracia posmoderna es de la legitimidad por el ejercicio”. Véase, Pedro de Vega, (1998): 32. Por su parte, Alfonso Fernández Campoamor, en el prólogo a la obra de Esteban Delgado del Rincón, (2002), hace una distinción entre legitimidad y legitimación. Así, mientras la legitimidad es un concepto normativo, la legitimación es un concepto sociológico. Fernández Campoamor indica que así como al Parlamento le otorga legitimidad la voluntad de los electores, la legitimidad de las decisiones judiciales descansa en el propio Derecho que aplican los jueces y en la atribución de competencia que les confiere la Constitución, siempre que actúen sujetos al imperio de la ley. La legitimación –dice– descansa en el consenso social sobre la eficacia y la justicia.

<sup>236</sup> Claudia Storini, (2007): 160.

<sup>237</sup> Carlos Santiago Nino, (1997): 272.

<sup>238</sup> Ackerman y Rosenkrantz, (1991).

<sup>239</sup> Jürgen Habermas, (2008): 313.

<sup>240</sup> De hecho, un dato que la Corte Constitucional ecuatoriana ha pretendido dejar claro es que, es ésta, la Corte Constitucional ecuatoriana, el órgano que ostenta la última palabra dentro

que se pueda abrazar un grado de legitimidad aceptable que procure una conciliación entre el constitucionalismo y la democracia.<sup>241</sup>

Es claro, entonces, que la objeción contramayoritaria se advierte de forma conjunta en dos frentes: en el marco del control abstracto de constitucionalidad en relación con normas inferiores a la Constitución; y, en la idea de unos derechos constitucionales atrincherados, expresados mediante fórmulas abstractas o generales asociados a la idea de rigidez constitucional.<sup>242</sup>

Ahora bien, si se acepta la premisa de la consolidación y expansión de la revisión judicial ¿cuál es el coste que está dispuesta a asumir una sociedad que se estima democrática con el fin de soportar dicha revisión con todas las dudas que la aquejan? ¿Es posible admitir una revisión judicial compatible con el ideal democrático? ¿Cuáles son los argumentos que justifican una revisión judicial?

Más allá de la vitalidad del debate, que ha sido bastante prolijo así como abundante en la teoría jurídica norteamericana, –imposible de poder ser abarcado con toda su amplitud en esta pocas líneas–, parecería contraintuitivo en el contexto de esta investigación pensar que para el caso ecuatoriano, la justicia constitucional pueda aparecer como un órgano antidemocrático capaz de torcer la voluntad popular a pretexto de interpretar la Constitución, debido al carácter garantista<sup>243</sup> que subyace a la carta constitucional vigente y al hecho

---

del sistema constitucional. En la sentencia 019-12-SIN-CC, dijo lo siguiente: “...los jueces constitucionales en el Ecuador tienen la última palabra sobre los derechos en prácticamente cualquier cuestión que se plantee en la sociedad, desplazando adecuadamente, a los órganos que participan en el proceso democrático...”.

<sup>241</sup> Sobre una crítica a los momentos constituyentes para diferenciarlos de los momentos de política ordinaria puede verse un pasaje de Francisco Laporta, (1999): 328-329.

<sup>242</sup> A decir de Ferreres Comella son tres las circunstancias que dan lugar a la denominada dificultad contramayoritaria: 1) La legitimidad democrática de origen del juez, dado que la ley que hay que enjuiciar proviene de un parlamento electo democráticamente; 2) La rigidez constitucional, dado que la Constitución en este supuesto solo puede reformarse mediante un procedimiento agravado; y, 3) La controvertibilidad interpretativa de la Constitución, dado que las Constituciones se conforman en abundancia de conceptos jurídicos indeterminados. Véase, Víctor Ferreres Comella, (1997): 43.

<sup>243</sup> Sobre el garantismo puede consultarse la obra de Luigi Ferrajoli, (2008): 61-62, donde se indica que la expresión *garantismo* constituye un neologismo para referirse a las técnicas de tutela de los derechos fundamentales, así como para designar al conjunto de límites y vínculos impuestos a todos los poderes, públicos y privados, políticos (o de mayoría) y económicos (o



de que la Corte Constitucional del Ecuador ha asumido el papel de “guardián natural” de la norma fundamental.

Aún más, puede sostenerse que el debate es intrascendente en el modelo ecuatoriano por cuanto la institución de la revisión judicial tiene una fuente democrática en su origen, como es su inclusión en una norma fundamental aprobada democráticamente en su momento. Sin embargo, de ello no se colige que pueda seguirse calificando indubitadamente como tal, si, en la práctica, la revisión judicial no se ajusta a unas exigencias verdaderamente democráticas compatibles con el ideal del constitucionalismo.<sup>244</sup>

De hecho, el péndulo parece haber oscilado en términos extremos para el caso ecuatoriano, desde una confianza acrítica en la Corte Constitucional y, en consecuencia, su aceptación o aprobación natural, a una exagerada desconfianza y su consecuente rechazo, obviando la relevancia del debate que oriente la toma de una posición sólida a la luz de algunos datos verificables.

En ese sentido, ¿es la Corte Constitucional ecuatoriana un órgano contramayoritario? ¿Qué tan lejos puede ser extendida la preocupación contramayoritaria en el caso de la Corte ecuatoriana? ¿Son las advertencias contramayoritarias un tema de especial preocupación en el órgano de revisión constitucional ecuatoriano dado su carácter de “guardián natural” de la norma fundamental?

---

de mercado), en el plano estatal e internacional, que surgió en la cultura jurídica italiana de izquierda en la segunda mitad de los años setenta, como respuesta teórica a la legislación y a la jurisdicción que redujeron de diferentes formas el sistema de garantías procesales. Véase, también, Luigi Ferrajoli, (2006). Una visión crítica de la utilización del término “garantismo” puede consultarse en Manuel Aragón Reyes, (2013): 3 y ss.

<sup>244</sup> Como explica Víctor Ferreres Comella, la problemática parecería relevante desde el punto de vista de los Estados Unidos y no en España porque, en el último caso, dice el autor, la justicia constitucional está expresamente establecida en el texto constitucional aprobado democráticamente, mientras en los Estados Unidos no es así. Sin embargo, una cosa es que una institución sea o no compatible con la democracia —que es lo que hace falta discutir— y otra que su existencia sea el producto de una decisión democrática. Para ello pone el ejemplo de la Monarquía prevista en una Constitución que puede ser democrática en el momento de su aprobación, pero no se ajusta a las exigencias estructurales de una democracia. En igual sentido, la institución de la revisión judicial puede parecer como una institución cuya estructura objetiva es contradictoria con la democracia. Véase, Víctor Ferreres Comella, (1997): 47.

## 2.- Dificultad contramayoritaria y la Corte Constitucional ecuatoriana.

Con el fin de poder abordar el tema de la dificultad contramayoritaria a la luz del caso ecuatoriano, se dividirá el período de análisis en dos fases desde el momento en el que, al amparo de la Constitución de la República de 2008, se definió el modelo de Estado como Constitucional de Derechos y Justicia.<sup>245</sup> Primero, la autodenominada Corte de Transición o Corte para el Período de Transición –CCT–; que va desde el 22 de octubre de 2008 al 5 de noviembre de 2012 y, segundo, el período que constituye la Primera Corte Constitucional –CCE–, que comprende desde el 6 de noviembre de 2012 hasta al 31 de diciembre de 2015.

El principal objeto de este apartado se relaciona con el análisis de las sentencias dictadas en procesos sobre control abstracto de normas a luz de la problemática previamente anunciada.<sup>246</sup> Ello se justifica fundamentalmente,

---

<sup>245</sup> Véase, el art. 1 de la Constitución del Ecuador que textualmente, indica: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano...”.

<sup>246</sup> Nos referimos por control abstracto de normas a aquel tipo de control destinado a asegurar la supremacía constitucional, la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico (art. 74 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional del Ecuador –LOGJCC–) que se ejerce sobre cuerpos normativos que provienen en gran medida del legislador democrático. Es decir, nos referiremos a la facultad de la Corte Constitucional contenida en el art. 436, numerales 2 y 4 de la CRE. Se excluyen, por tanto, del estudio las otras facultades en materia de control abstracto como, por ejemplo, control sobre estatutos de autonomía, tratados internacionales y convocatorias a referendo para reforma, enmienda o cambio constitucional, definidas en el art. 75 de la LOGJCC, puesto que, si bien muchas de ellas pueden resultar relevantes, las mismas no hacen una aportación relevante al objeto de la investigación motivo del presente análisis (la relación Corte-legislador) en donde se pone a prueba la anunciada dificultad contramayoritaria. Asimismo, como una justificación metodológica, se excluye del análisis el control que se genera mediante la consulta de constitucionalidad por dos razones fundamentales: 1) porque, si bien la consulta de constitucionalidad puede poner en evidencia la tensión Corte-legislador, la facultad de impulsar el control, elevar la consulta a la Corte Constitucional está restringida solamente a los órganos jurisdiccionales, y el objetivo que nos guía es poder observar en la mayor medida posible, cómo la Corte Constitucional puede desplegar todo su potencial frente a impugnaciones que provienen de una amplia legitimación procesal activa (art. 77 LOGJCC) y, 2) porque interesa examinar los juicios generales y abstractos de la Corte sobre las leyes y otras normas de alcance general, mientras que, en la consulta, la Corte puede decidir en un “juego de razones minimalistas”, sin examinar necesariamente todos los aspectos y consecuencias de la ley, sino sólo los que resulten relevantes para resolver el litigio concreto. Esta

porque este tipo de acciones, “al ser su objetivo dejar sin efecto políticas públicas previamente acordadas”<sup>247</sup> en el legislativo (leyes),<sup>248</sup> en su gran mayoría dan forma a las preferencias de mayor calado político sobre las que los jueces toman sus decisiones poniendo a prueba una posible tensión entre el parlamento y la corte como la expresión viva de la objeción contramayoritaria dentro de un sistema.

### 2.1.- Corte Constitucional de Transición y la dificultad contramayoritaria.

Aun cuando los datos nos son abundantes en los casos resueltos por la Corte Constitucional del Ecuador que tiene que ver con el anunciado problema contramayoritaria, el órgano jurisdiccional, haciéndose eco del problema, –lo cual demuestra la importancia del debate en relación al papel que deben jugar las altas cortes dentro del Estado democrático a efectos de alcanzar el grado de legitimidad deseable–, lo abordó en la sentencia 019-12-SIN-CC, de forma poco satisfactoria.<sup>249</sup>

Se trató de un caso muy particular para la Corte, ya que los legitimados activos dentro del proceso en mención eran miembros del cuerpo legislativo que impugnaban la constitucionalidad del artículo 1 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, lo cual, reunía en torno a la mesa de debate a los principales actores del juego contramayoritario (Parlamento y Corte).

En este proceso, desarrollando el principio de supremacía de la Constitución en el marco del control de constitucionalidad de las leyes, y rescatando

“estrategia de evitación” resulta más improbable cuando el Tribunal o la Corte conoce de un recurso abstracto de inconstitucionalidad. Sobre un análisis detallado acerca de lo difícil que le resulta a un Tribunal Constitucional o Corte Constitucional cultivar “virtudes pasivas” en materia de control de constitucionalidad puede verse, Víctor Ferreres Comella, (2005): 305-326.

<sup>247</sup> Santiago Basabe, (2011): 91.

<sup>248</sup> La referencia a las políticas públicas adoptadas por el legislador mediante normas-leyes es necesaria por cuanto el objeto de la investigación es poner en evidencia si existe o no la advertida tensión contramayoritaria. Sin embargo, como se verá, la impugnación mediante el control abstracto va más allá del ámbito exclusivo del legislador y alcanza también a los actos administrativos con efectos generales emitidos por otros órganos del Estado.

<sup>249</sup> Sobre este debate, conviene remitirse al capítulo primero de este trabajo donde se abordó con algún detalle, la controversia que suscita la revisión judicial de las leyes en el Estado democrático.

la relevancia del problema contramayoritario, la Corte afirmó que “...los jueces deben justificar sus intervenciones de forma axiológica, mediante mecanismos interpretativos”,<sup>250</sup> de lo que deduce posteriormente que “...los jueces en el Ecuador tienen la última palabra sobre los derechos en prácticamente cualquier cuestión que se plantee la sociedad, *desplazando adecuadamente*, a los órganos que participan en el debate democrático”,<sup>251</sup> puesto que, aquéllos, “lejos de oponerse a la voluntad de la mayoría, dan efecto a la voluntad mayoritaria en efecto superior que expresa la Constitución. La Constitución posee aún mayor legitimidad democrática que la ley, y los jueces que hacen prevalecer ésta última no están imponiendo su propia autoridad y capacidad epistemológica, sino la que la Constitución refleja”.<sup>252</sup>

A partir de esta argumentación que pone en evidencia la preocupación de la Corte sobre el tema objeto del presente estudio, el órgano jurisdiccional pretendió dejar sentado de forma terminante que es el órgano que posee la última palabra en cualquier cuestión constitucional.

No obstante, el argumento que le sirvió de sustento dista de ser pacífico. Es más, encubre lo que podrían denominarse algunas prácticas elitistas de la revisión judicial y presupone una claridad semántica de los contenidos constitucionales que difiere de la realidad práctica, ahondando aún más la discusión.

Así, la Corte olvidó que el argumento que subyace a la llamada “obviedad de las cláusulas constitucionales” en materia interpretativa, aunque siendo atractivo, ya que supone que los órganos jurisdiccionales solamente intervienen para sustentar la voluntad popular declarada y contenida en forma objetivada por la Constitución, afronta algunas críticas justificadas, tales como: la apertura semántica de las cláusulas constitucionales con lo cual se dificultan su aplicación silogística, además de un posible elitismo en la práctica de los órganos jurisdiccionales, entendidos como “cuerpos especiales” capacitados en materia de derechos para procurar una única solución correcta frente a cualquier problema de índole constitucional.

---

<sup>250</sup> Véase, la sentencia de la Corte 019-12-SIN-CC, pág. 10, de fecha 26/04/2012.

<sup>251</sup> *Ibíd.*

<sup>252</sup> *Ibíd.*, p. 11.

El argumento de la CCT, según el cual “los jueces no están imponiendo su propia autoridad sino la que la Constitución refleja”, evidencia la falta de atención oportuna a los fundamentos de la crítica que pone de manifiesto que los textos constitucionales no siempre expresan o reflejan de forma clara una única solución correcta para todos los supuestos, al más puro estilo cognitivo-elitista de la actividad interpretativa.

Dicha actitud pretende asegurar a la Corte un espacio dentro del orden democrático capaz de sortear la crítica contramayoritaria, pero, desatiende los cuestionamientos básicos que se han esgrimido en esa dirección.

La “última palabra” a la que alude la Corte ecuatoriana no puede ser utilizada para reemplazar al legislador, si, en la práctica, lo que se demuestra es un ejercicio poco consistente del derecho y sus instituciones.

Ese “desplazamiento adecuado” al cual ha hecho referencia la Corte en su sentencia resultaría tolerable, únicamente, en la medida en que el marco de justificación y argumentación resulte racional y controlable.

A pesar de ello, la práctica de la Corte da la razón a quienes critican la falta de legitimidad democrática de la justicia constitucional, cuando aducen que el orden democrático tiene todo que perder si se produce constantemente el desplazamiento del legislador por unos órganos elitistas que carecen de legitimidad democrática, y dicho desplazamiento es efectuado mediante una práctica judicial defectuosa en términos argumentativos, poco permeables al debate en términos deliberativos. En un contexto tal, habría lugar, más bien, al tan criticado “gobierno de los jueces”.<sup>253</sup>

Como dato cuantitativo a tener presente, se debe dejar constancia de que en los casos en que la Corte conoció de acciones tendientes a dejar sin efecto actos normativos provenientes del Ejecutivo (Decretos Ejecutivos), aquélla no procedió a declarar la inconstitucionalidad de ninguna de las normas impugnadas.<sup>254</sup> Solamente, en un caso se procedió a declarar la inconsti-

---

<sup>253</sup> Un análisis interesante sobre cómo la autoproclamada Corte de Transición se habría desempeñado, con un “menosprecio de las norma constitucionales...” –en palabras del autor-, así como con una quiebra en la aplicación de ciertos principios constitucionales, redundando en una falta de independencia y probidad de sus miembros puede consultarse en Hernán Salgado Pesantes, (2013): 311-324.

<sup>254</sup> Véanse las sentencias de la Corte 005-09-SIN-CC, de fecha 03/09/2009; 005-10-SIN-CC, de fecha 10/06/2010; 005-11-SIN-CC, de fecha 12/10/2011 (en éste caso el voto salvado

tucionalidad diferida mediante una sentencia modulativa.<sup>255</sup> Por el contrario, en los casos en que el Presidente ejerció la legitimación activa, se procedió siempre a estimar la demanda propuesta.<sup>256</sup>

Por otro lado, del período estudiado, de las 23 sentencias relativas a normas impugnadas ante la Corte de Transición respecto de actos provenientes del Legislador, en el 43% la Corte aceptó la acción y declaró la inconstitucionalidad del acto normativo. Dentro de éste número de sentencias, en una de ellas se declaró la inconstitucionalidad reductora; otra aceptó la impugnación parcialmente y, en otras ocasiones, se dictó una sentencia modulativa interpretativa. En el resto, 57% (13 sentencias), la Corte rechazó la acción propuesta.

Bajo este escenario, la anunciada dificultad contramayoritaria no parece un problema con el que deba lidiar el debate constitucional ecuatoriano, o, quizá, al revés, sea un debate que merece ser profundizado cuando lo que se alcanza a evidenciar –al menos cuantitativamente–, son prácticas deferentes del órgano de revisión judicial en favor de los poderes públicos a los cuales está llamado a controlar.

## 2.2.- Primera Corte Constitucional y la dificultad contramayoritaria

En lo que respecta a la actividad de la Primera Corte Constitucional relacionado al problema de la dificultad contramayoritaria, la propia Corte ha afirmado que, “...cada nueva legislatura debe entenderse desde la perspectiva de la voluntad democrática diferente...”<sup>257</sup> con lo cual, se reafirma la cláusula general de configuración legislativa y el respeto al principio mayoritario.<sup>258</sup>

---

aceptaba la acción propuesta); 014-12-SIN-CC, de fecha 19/04/2012; 021-12-SIN-CC, de fecha 07/06/2012; 025-12-SIN-CC, de fecha 21/06/2012; 001-10-SIA-CC, de fecha 16/12/2010.

<sup>255</sup> Véase, la sentencia de la Corte 009-10-SIN-CC, de fecha 09/09/2010. En este caso, la impugnación recayó también sobre algunos acuerdos ministeriales. Adicionalmente, la Corte, declarando la inconstitucionalidad diferida de ciertas normas contenidas en los Decretos Ejecutivos impugnados, vinculó a la Asamblea Nacional para fuese este, el órgano que en el plazo previsto por la Corte, expidiera la normativa necesaria.

<sup>256</sup> Véase, las sentencias de la Corte 001-12-SIN-CC, de fecha 06/03/2012 y 016-12-SIN-CC, de fecha 26/04/2012.

<sup>257</sup> Véase, la sentencia de la Corte 003-14-SIN-CC de fecha 17/09/2014.

<sup>258</sup> Casos en donde la CCE reconoce el margen de configuración legislativa son entre otros: 007-13-SIN-CC, de fecha 25/04/2013, 008-13-SIN-CC, de fecha 13/06/2013; 010-13-SIN-

Sin embargo, en casos de especial relevancia que ponen en evidencia la tensión Corte-legislador, y que cuentan con un ingrediente especial, como es la intervención del Presidente de la República,<sup>259</sup> el tema adquirió una particular importancia.

Esto es lo que ocurrió en la sentencia 009-13-SIN-CC relacionado a la impugnación hecha por el Presidente de la República a la Ley Orgánica de la Función Legislativa. A pesar de que, según la Corte, en la sentencia que se comenta, con la declaratoria de inconstitucionalidad sustitutiva emitida se habría incentivado el diálogo abierto y democrático<sup>260</sup> entre el Ejecutivo y el Legislativo, lo cierto es que no existe en el órgano jurisdiccional una práctica deliberativa clara, real y consolidada que en el marco de un constitucionalismo dialógico incentive una colaboración armónica de las funciones del Estado.

De hecho, el desbalance constitucional en favor de un presidencialismo acentuado como el ecuatoriano<sup>261</sup> parece confirmarse también en las sentencias que son emitidas por la Corte y que son favorables al Ejecutivo.<sup>262</sup>

CC, de fecha 25/09/2013; 003-14-SIN-CC, de fecha 17/09/2014; 005-15-SIN-CC, de fecha 18/03/2015.

<sup>259</sup> Véase, la sentencia de la Corte 009-13-SIN-CC, de fecha 14/08/2013.

<sup>260</sup> Véase, la sentencia de la Corte 009-13-SIN-CC, pág. 12, de fecha 14/08/2013, cuando indica: "...Al respecto se considera que la facultad de sanción y objeción (veto) presidencial, otorgada al Ejecutivo por la Constitución, no debe entenderse como un mecanismo de oposición, al contrario supone un medio para garantizar el principio de pesos y contrapesos (*checks and balances*), por medio del cual se busca establecer una colaboración mutua ente el Ejecutivo y el legislativo, con el objeto de alcanzar los fines del Estado, además de prevenir una invasión del legislativo en la actuación y administración del poder Ejecutivo, logrando alcanzar un verdadero equilibrio de poderes". En sentido similar, la Corte Constitucional en su serie de jurisprudencia constitucional expuso: "...Enseguida, entró a examinar el procedimiento legislativo que debe seguir la aprobación y expedición de la ley interpretativa, buscando con su decisión que exista una colaboración mutua entre el Ejecutivo y el Legislativo, con el objeto de alcanzar los fines del Estado. Con la finalidad de salvaguardar la conservación del derecho e incentivar el diálogo abierto y democrático, la Corte Constitucional aceptó parcialmente la acción pública de inconstitucionalidad, y sustituyó una frase del contenido de la ley sometida a control constitucional". Véase, *Una lectura cuantitativa y cualitativa de las decisiones del Tribunal Constitucional a la primera Corte Constitucional*, (2015): 113.

<sup>261</sup> Sobre el hiperpresidencialismo en el caso ecuatoriano puede consultarse Hernán Salgado Pesantes, (2015): 399-423. También, sobre los modelos presidenciales, concentración de poder y desafío de la discrecionalidad democrática puede verse Diego Rodríguez, (2011): 147 y ss.

<sup>262</sup> Un criterio compartido por Hernán Salgado, esta vez en relación con la Corte de Transición. Al respecto, puede consultarse Hernán Salgado Pesantes, (2013).

Ciertamente, la densidad de la intervención del órgano jurisdiccional en materia de control abstracto respecto de normas provenientes del legislador no ha sido elevada más allá de algunas pocas declaratorias de inconstitucionalidad. No obstante, la evidencia llega a resultar perturbadora en aquellas acciones en las que quien acudió como legitimado activo a la Corte, fue el Ejecutivo.

Si bien en el período analizado son pocos los casos propuestos por el Presidente de la República como legitimado activo con el fin de dejar sin efecto leyes del parlamento –órgano en el cual existe además una mayoría oficialista–, la Corte aceptó todas las demandas presentadas por aquél, declarando la inconstitucionalidad de las normas cuestionadas.<sup>263</sup> De otro lado, cuando fueron otros los legitimados activos que presentaron acciones contra normas provenientes del Presidente, salvo en una ocasión, en la que se aceptó parcialmente la demanda,<sup>264</sup> no se registraron declaratorias de inconstitucionalidad por parte de la Primera Corte Constitucional.<sup>265</sup>

Como dato, más allá de aquellos casos donde se han presentado *amicus curiae*,<sup>266</sup> los cuáles no han tenido mayor trascendencia en las decisiones de la Corte,<sup>267</sup> o se ha dispuesto la publicación de la demanda de inconstitucionalidad para que cualquier interesado en la causa pueda comparecer al proceso

---

<sup>263</sup> Véase las sentencias de la Corte 009-13-SIN-CC, de fecha 14/08/2013; 009-15-SIN-CC, de fecha 31/03/2015; 011-15-SIN-CC, de fecha 08/04/2015.

<sup>264</sup> Véase, la sentencia de la Corte 002-14-SIN-CC, de fecha 14/08/2014.

<sup>265</sup> Véanse las sentencias de la Corte 003-13-SIN-CC, de fecha 04/04/2013; 006-13-SIN-CC, de fecha 25/04/2013; 001-14-SIN-CC, de fecha 21/05/2014; 012-15-SIN-CC, de fecha 22/04/2015; 013-15-SIN-CC, de fecha 29/04/2015 y 018-15-SIN-CC, de fecha 03/06/2015.

<sup>266</sup> Véase, por ejemplo, las sentencias de la Corte 002-14-SIN-CC, de fecha 14/08/2014 y 003-14-SIN-CC, de fecha 17/09/2014. Por su parte la LOGJCC en su art. 12 manifiesta: “Cualquier persona o grupo de personas que tenga interés en la causa podrá presentar un escrito de *amicus curiae* que será admitido al expediente para mejor resolver hasta antes de la sentencia. De creerlo necesario, la jueza o juez podrá escuchar en audiencia pública a la persona o grupo interesado”.

<sup>267</sup> Aun así, Roberto Gargarella destaca el especial papel que los *amicus curiae* pueden tener en las decisiones de la Corte. Se trataría –dice el autor– de una práctica muy difundida en Estados Unidos, consistente en la presentación de alegatos muchas veces redactados por personalidades o grupos de conocida trayectoria que complementan a los ya presentados por las partes y que generalmente suelen tener un peso importante en los fallos, contribuyendo a atenuar la crítica contramayoritaria. Véase, Roberto Gargarella, (1996): 107.



constitucional, la Corte no ha destacado como un órgano que haya promovido con especial relevancia dentro del sistema constitucional, una participación deliberativa en el marco de un constitucionalismo dialógico, atenuando de esta manera la crítica contramayoritaria.

Con tales antecedentes, y frente a las escasas evidencias de prácticas dialógicas, la crítica al ejercicio jurisdiccional de la Corte, sin duda, tiende a acen- tuarse, pero no dentro de los términos de la clásica dificultad contramayoritaria, sino, más bien, porque pone de relieve prácticas llamati- vamente deferentes a ciertas ramas del poder público.

En fin, la evidencia parece indicar que, aunque el diseño constitucional ecuatoriano parece contramayoritario en su origen, por ser partidario de una opción judicialista robustecida con una corte que detenta “la última palabra”, con un amplio catálogo de derechos en la Constitución que requieren ser defi- nidos o dotados de contenido, sin embargo, en la práctica, la temida dificultad contramayoritaria tiende a diluirse cuando la Corte parece más bien deferente con el poder al cual está llamado a controlar, y, en particular, con el Ejecutivo.<sup>268</sup>

Como suele ocurrir, propuestas e iniciativas que aparecen como nove- dosas y generan gran interés social con miras a diluir una crítica contramayo- ritaria como son las audiencias públicas, son aprovechadas en su prestigio para presentar como soluciones dialógicas, prácticas que solo pretenden justificar algunas de las decisiones constitucionales más controvertidas.<sup>269</sup>

Es posible que el problema se deba a la dificultad que todavía existe para definir con precisión los contornos de las soluciones dialógicas, frente a lo que se consideran remedos de prácticas deliberativas donde la *última palabra* de la Corte termina siendo, en la práctica, la *única palabra*.<sup>270</sup>

---

<sup>268</sup> Pero también el Tribunal Constitucional en su momento –según Agustín Grijalva– fun- cionó con extrema deferencia al Congreso de los Diputados, produciéndose una instrumenta- lización o manipulación del Derecho en favor del juego político-partidista. Véase, Agustín Grijalva, (2011): 199-200.

<sup>269</sup> Por ejemplo, en el caso de las denominadas audiencias públicas que la Corte Constitu- cional llevó a cabo dentro del control de constitucionalidad sobre el pliego de preguntas que fueron propuestas por el Presidente de la República, las mismas sólo sirvieron para presentar como prácticas dialógicas una decisión judicial controvertida. Véase al respecto, el dictamen de la Corte Constitucional ecuatoriana 001-11-DRC-CC, de fecha 15/02/2011.

<sup>270</sup> Por ello, más allá de la amplitud con que la que la ciudadanía pueda y deba participar re- almente en la tarea de revisión judicial, lo cual supone una arista de diálogo democrático (cor-

El antídoto constitucional vigente –Corte Constitucional con amplias facultades– frente al constitucionalismo más tradicional, en el que la Constitución se concebía como un mero documento político y los Tribunales Constitucionales unos meros legisladores negativos, sólo es tolerable si en la práctica jurisprudencial diaria el guardián de la Constitución no llega a convertirse en su amo; y, a su vez, en un instrumento de poder que opera como extensión del órgano teóricamente controlado.

A este respecto, dada la especial naturaleza del órgano de justicia constitucional, la consolidación de su jurisprudencia difícilmente se puede lograr de no mediar su *auctoritas*,<sup>271</sup> construida mediante razones intersubjetivas válidas a la luz de criterios de racionalidad.

La legitimidad de ejercicio, en el caso de un órgano como la Corte Constitucional, depende especialmente de ese *auctoritas*, que no se otorga, sólo se alcanza desde un actuar claro, razonable y controlable, como medio idóneo para superar la crítica contramayoritaria.<sup>272</sup>

Por ello, es necesario que la Corte opere como un espacio institucionalizado del debate, incorpore verdaderas prácticas deliberativas y sus decisiones obedezcan a una argumentación válida, racional, suficiente y controlable, incorporando una teoría de la interpretación consistente, apta para ser considerada como fuente de legitimidad de las funciones jurisdiccionales.

---

tes-ciudadanos), una segunda arista de diálogo democrático, esta vez en la dimensión corte-legislador, sólo es posible si la decisión judicial de anular una ley puede generar en el parlamento una reacción positiva para incorporar al nuevo debate legislativo condiciones que hayan sido puestas de relieve en la decisión judicial y que en un inicio no fueran consideradas en la esfera legislativa. Así, la Corte podría haber forzado un tema que el órgano legislativo habría preferido no tratar en su agenda y, por supuesto, los términos precisos de cualquier ley nueva se verían poderosamente influenciados por la decisión de la Corte. Véase, al respecto, Hogg y Bushell, (2014): 19 y ss.

<sup>271</sup> Según la explicación de Eduardo García de Enterría en relación a un trabajo de Carl J. Friedrich, “según Mommsen, la voz *auctoritas* viene de *augere*, aumentar, afirma que la expresión indica un suplemento a un mero acto de voluntad por adición de las razones que los justifican”. Véase, Eduardo García de Enterría, (1997): 149.

<sup>272</sup> Germán Fernández Ferreres, (2015): 16.

### 3.- Conclusiones

El debate acerca de la denominada dificultad contramayoritaria es actual, no obstante, parece estar tomando algunos giros en contextos en los que la carga de justificación y argumentación debería ser más exigente dado que se trata de sistemas con una apuesta judicial robusta con el carácter de última palabra.

En ese contexto, aunque resulte necesaria la revisión judicial por su compatibilidad con los ideales más nobles del constitucionalismo, su aceptación se encuentra más allá de simples estipulaciones terminológicas o asunciones apriorísticas.

De ahí que, una reflexión que se apoya en una verificación empírica en relación al ejercicio de la anunciada legitimidad democrática de la revisión judicial para el caso ecuatoriano, resulta trascendental. De otra manera, todas las inquietudes que ha suscitado la crítica contramayoritaria reaparecen con especial contundencia en contra de la Corte, pero aún más, vuelven injustificables las prácticas judiciales de deferencia funcional en favor de los poderes públicos, cuando no se alcanza a evidenciar una carga de argumentación racional y controlable.

A pesar de lo dicho, y de la importancia del debate contramayoritario, el “problema” de un activismo judicial que reemplace al legislador parece no existir en el ideario de la Corte Constitucional ecuatoriana. Más bien, el tema apunta a un exceso de autocontención, o, dicho de otra forma, de deferencia hacia el Ejecutivo y, por extensión, a un Legislativo de mayoría oficialista, sin que el órgano jurisdiccional haya utilizado de manera decisiva todas sus atribuciones constitucionales hasta llegar a convertirse en un órgano contramayoritario.

En efecto, aunque el diseño constitucional ecuatoriano parece contramayoritario en su origen, por ser partidario de una opción judicialista robustecida que otorga un gran poder a los jueces en el marco de una constitución que se estima garantista, no obstante, en la práctica, la temida dificultad contramayoritaria tiende a diluirse en su versión original cuando la Corte parece más bien deferente con el poder al cual está llamado a controlar.

Consecuentemente, todas las inquietudes que ha suscitado la crítica contramayoritaria y de la cual es consciente la Corte Constitucional ecuatoriana

riana, reaparecen con especial contundencia, cuando se examina el papel que ha desempeñado la Corte.

## 5.- Bibliografía.

- ACKERMAN, BRUCE y ROSENKRANTZ, Carlos, “Tres concepciones de la democracia constitucional” en *Cuadernos y Debates, Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, núm. 29, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991.
- ACKERMAN, BRUCE, *We the People. Foundations*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1991.
- ALEXY, ROBERT, “Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional democrático”, en Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- AÑÓN, MARÍA JOSÉ, “Notas sobre discrecionalidad y legitimación”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 15-16, 1994.
- ARAGÓN REYES, MANUEL, “Dos problemas falsos y uno verdadero: “neoconstitucionalismo”, “garantismo” y aplicación judicial de la Constitución”, en *Cuestiones Constitucionales. Revista mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 29, 2013.
- ARAGÓN, MANUEL, *Constitución y control de poder*, Buenos Aires, Edición Ciudad Argentina, 1995.
- BALAGUER CALLEJON, FRANCISCO, “Constitución y ordenamiento jurídico” en Miguel Carbonell (comp.), *Teoría de la Constitución*, México, Editorial Porrúa, 2005.
- BASABE, SANTIAGO, *Jueces sin toga. Políticas judiciales y toma de decisiones en el Tribunal Constitucional del Ecuador (1999-2007)*, Quito, Flacso, 2011.
- BAYÓN, JUAN CARLOS, “Derechos, Democracia y Constitución”, en Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- BICKEL, ALEXANDER, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2da. ed., Yale University Press, 1986.
- BON, PIERRE, “Francia” en Eliseo Aja (edit.), “Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual”, Barcelona, Ariel, 1998.

- BOUZAT, GABRIEL, “El control constitucional. Un estudio comparativo” en *Cuadernos y Debates. Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, núm. 29, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- CASCAJO CASTRO, JOSÉ LUIS, “La jurisdicción constitucional de la libertad” en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 199, 1999.
- Corte Constitucional del Ecuador, *Una lectura cuantitativa y cualitativa de las decisiones del Tribunal Constitucional a la primera Corte Constitucional*, Quito, Serie Jurisprudencia Constitucional, núm. 6, Secretaría Técnica Jurisdiccional-Corte Constitucional del Ecuador, 2015
- DE LORA, PABLO, “Justicia constitucional y deferencia al legislador” en F. Laporta (ed.), *Constitución: Problemas filosóficos*, Madrid, CEPC, 2003.
- DE LORA, PABLO, “Justicia constitucional y deferencia al legislador”, en F. Laporta, *Constitución: problemas filosóficos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- DE OTTO, IGNACIO, *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, Barcelona, Editorial Ariel, 1988.
- DE VEGA, PEDRO, “Legitimidad y representación en la crisis de la democracia actual” en *Working papers-Documentos de trabajo*, Barcelona, Instituto de Ciencias Políticas y Sociales, núm. 141, 1998.
- DWORKIN, RONALD, *Freedom’s Law. The moral Reading of the American Constitution*, Cambridge: Harvard University Press, 1996.
- ELY, JOHN HART, *Democracia y Desconfianza Una teoría del control constitucional (Democracy and Distrust)*, Colombia, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre Editores, 1997.
- FERNÁNDEZ CAMPOAMOR, ALFONSO, en Esteban Delgado del Rincón, *Constitución, poder judicial y responsabilidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
- FERNÁNDEZ FERRERES, GERMÁN, “Sobre la designación de los magistrados constitucionales: una propuesta de reforma constitucional” en *Revista española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 105, 2015.
- FERRAJOLI, LUIGI, “La democracia constitucional”, en Christian Courtis (comp.), *Desde otra mirada*, Buenos Aires, Eudeba, 2009.
- FERRAJOLI, LUIGI, *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2010.

- FERRAJOLI, LUIGI, “Justicia penal y democracia. El contexto extraprocesal” *Jueces para la democracia*, núm. 4., 1998.
- FERRAJOLI, LUIGI, *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2008.
- FERRAJOLI, LUIGI, *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Madrid, Trotta, 2006.
- FERRERES COMELLA, VÍCTOR, “El control judicial de la constitucionalidad de la ley. El problema de su legitimidad democrática” en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, *Neoconstitucionalismos*, Madrid, Trotta, 2010.
- FERRERES COMELLA, VÍCTOR, “El control Judicial de la constitucionalidad de la ley. El problema de su legitimidad democrática” en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, *El canon neoconstitucional*, Colombia, Universidad Externado, 2010.
- FERRERES COMELLA, VÍCTOR, “Las consecuencias de centralizar el control de constitucionalidad de la ley en un tribunal especial. Algunas reflexiones del activismo judicial”, en Roberto Saba (edt.), *Los límites de la democracia*, Buenos Aires, Ediciones Del Puerto, 2005.
- FERRERES COMELLA, VÍCTOR, “Una defensa de la rigidez constitucional” en F. Laporta (ed.), *Constitución: Problemas filosóficos*, Madrid, CEPC, 2003.
- FERRERES COMELLA, VÍCTOR, *Justicia Constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- FIORAVANTI, MAURIZIO, Constitución. *De la antigüedad a nuestros días*, Madrid, Trotta, 2001.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la Administración*, Madrid, Civitas, 1997.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4ta. ed., Madrid, Civitas, 2006.
- GARGARELLA, ROBERTO, “Constitucionalismo versus Democracia” en *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Abeledo Perrot, 2008.
- GARGARELLA, ROBERTO, “Del reino de los jueces al reino de los políticos” en *Jueces para la democracia*, núm. 28, 1997.
- GARGARELLA, ROBERTO, “Las amenazas del constitucionalismo: constitucionalismo, derechos y democracia”, *Los derechos fundamentales*, Marcelo Alegre, ed. al., Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003.

- GARGARELLA, ROBERTO, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Ariel, 1996.
- GRIJALVA, AGUSTÍN, “Independencia, acceso y eficiencia de la justicia constitucional en Ecuador, en *Constitucionalismo en Ecuador*, Quito, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2011.
- HABERMAS, JÜRGEN, *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 2008.
- HOGG, PETER y BUSHHELL, ALLISON, “El diálogo de la Carta entre los tribunales y las legislaturas” en Roberto Gargarella (comp.), *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2014.
- KELSEN, HANS, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Tecnos, 1995.
- KELSEN, HANS, *Esencia y valor de la democracia*, 2da. ed., Madrid, Guadarrama, 1977. trad. Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz y Lacambra.
- KRAMER, LARRY, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, New York, 2004.
- LAMBERT, EDOUART, *El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estado Unidos*, con estudio preliminar de Luis Pomed, Madrid, Tecnos, 2010, trad. Félix de la Fuente.
- LAPORTA, FRANCISCO, “Materiales para una reflexión sobre la racionalidad y la crisis de la ley”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 22, 1999.
- LAPORTA, FRANCISCO, “Norma básica, constitución y decisión por mayorías” en F. Laporta (ed.), *Constitución: Problemas filosóficos*, Madrid, CEPC, 2003.
- LINARES, SEBASTIÁN, *La (i) legitimidad del control judicial de las leyes*, Madrid, Marcial Pons, 2008.
- MARTÍ, JOSÉ LUIS, *La república deliberativa*, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- MORESO, JOSÉ JUAN, “Derechos y justicia procesal imperfecta” en F. Laporta (ed.), *Constitución: Problemas filosóficos*, Madrid, CEPC, 2003.
- MORESO, JUAN JOSÉ, “Derechos y justicia procesal imperfecta” en Francisco Laporta, *Constitución: problemas filosóficos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- NINO, CARLOS SANTIAGO, *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992.

- NINO, CARLOS SANTIAGO, *La Constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997.
- NOGUERA, ALBERT, *¿Democratizando la justicia constitucional? La articulación entre soberanía, justicia constitucional y participación en el viejo y el nuevo constitucionalismo*, en Oñati Socio-Legal Series, v. 1, n.2 (2011) – Investigaciones – Ikerlanak. Disponible en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=197532](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=197532).
- ORUNESU, CLAUDIA y otros, “Los límites de la interpretación en la democracia constitucional” en *Estudios sobre la interpretación dinámica de los sistemas constitucionales*, México, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Sociedad, Fontamará S.A, 2005.
- ORUNESU, CLAUDIA, *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales*, Barcelona, Marcial Pons, 2012
- PARDO FALCÓN, JAVIER, *El Consejo Constitucional Francés*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.
- PEÑA FREIRE, MANUEL ANTONIO, *La garantía en el Estado Constitucional de derecho*, Madrid, Trotta, 1997.
- PINTORE, ANNA, “Democracia sin derechos. En torno al Kelsen democrático”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 23, 2000.
- PORRAS VELASCO, ANGÉLICA y ROMERO LARCO, JOHANNA, *Guía de Jurisprudencia constitucional ecuatoriana. Período octubre 2008-diciembre 2010*, Quito, Corte Constitucional para el período de transición, 2011, Tomo I.
- RODRÍGUEZ, CESÁREO - Aguilera de Prat, “Norberto Bobbio y el Futuro de la Democracia” en *Working papers-Documentos de trabajo*, Barcelona, Instituto de Ciencias Políticas y Sociales, núm. 125, 1997.
- RODRÍGUEZ, DIEGO, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano en la encrucijada: cuatro tendencias y algunos desafíos para el futuro” en *Derechos Humanos y orden constitucional en Iberoamérica*, Civitas, 2011.
- RUIZ MIGUEL, ALFONSO, “Constitucionalismo y democracia”, en *Isonomía*, núm. 21, 2004.
- SALGADO PESANTES, HERNÁN, “¿Guardianes o sepultureros de la Constitución de 2008? Primer balance de la Corte Constitucional en transición” en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 17, 2013.



- SALGADO PESANTES, HERNÁN, “Estado de Derecho e hiperpresidencialismo en el caso ecuatoriano” en *Derecho Constitucional contemporáneo. Homenaje al profesor Rubén Hernández Valle*, San José, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2015.
- SCHMITT, ANNETTE, “¿Necesita la democracia una Constitución protegida?” en Pablo Navarro y Cristina Redondo (comp.), *La relevancia del derecho*, Barcelona, Editorial Gedisa, 2002.
- SCHMITT, CARL, *La Defensa de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1983.
- Storini, Claudia, “Hermenéutica y Tribunal Constitucional”, en *Revista de Derecho FORO*, Quito, núm. 7, 2007.
- TUSHNET, MARK, *¿Por qué la Constitución importa? Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del derecho. Nro. 63*, Colombia, Universidad Externado, 2012.
- UPRIMNY, RODRIGO, “Estado de derecho”, en *Eunomía Revista en Cultura de legalidad*, núm. 5, 2013.
- WALDRON, JEREMY, *Derecho y Desacuerdos, (Law and Disagreement)* Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2005.
- ZAGREBELSKY, GUSTAVO, *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, Madrid, Trotta, 2008.

## ÍNDICE DE AUTORES

### DAVID CORDERO HEREDIA

Candidato a Doctor en la Ciencia del Derecho (J.S.D.) por la Escuela de Derecho de la Universidad de Cornell. Ha recibido títulos de maestría por las universidades Cornell, Andina Simón Bolívar, y Alcalá. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Abogado de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

### AGUSTÍN GRIJALVA JIMÉNEZ

Ph.D en Ciencia Política, de la Universidad de Pittsburgh (EEUU). Máster en Ciencias Políticas de la Universidad de Kansas, Estados Unidos de América. Tiene una especialización en Estudios Latinoamericanos de la Universidad de Pittsburgh (EEUU). Es Abogado y Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y ha realizado estudios en Ciencias Humanas en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

Desde hace 23 años, ejerce como docente de la Universidad Andina. Se ha desempeñado como docente de Derecho Constitucional en la PUCE. Ha dictado cursos de posgrado en otras universidades como la Universidad de Cuenca, Universidad del Azuay, Universidad de Especialidades Espíritu Santo, Universidad Nacional de Loja, y FLACSO-Ecuador.

Tiene múltiples publicaciones de libros y artículos en Ecuador, Estados Unidos, Colombia, Brasil, Perú y México. Fue miembro del Consejo de Educación Superior del Ecuador (CES), elegido por concurso de méritos y oposición, hasta 2016.

### EFRÉN GUERRERO SALGADO

Doctor en Gobierno y Administración Pública (Universidad Complutense de Madrid). Licenciado en Ciencias Jurídicas y Abogado (PUCE). Máster en Protección de Derechos Humanos (Universidad de Alcalá). Máster Oficial en Gobierno y Administración Pública (Instituto Ortega y Gasset, Madrid). Profesor agregado en la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

**SEBASTIÁN LÓPEZ HIDALGO**

Doctor en Derecho por la Universidad Andina Simón Bolívar, y Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla- España. Doctor en Jurisprudencia y abogado de los tribunales de justicia por la Universidad del Azuay. Diplomado Superior en Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales por la Universidad de Cuenca. Máster en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar.

Es Subdecano de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Azuay.

**ANDRÉS MARTÍNEZ MOSCOSO**

Doctor (PhD) en Estudios Políticos y Constitucionales por la Universidad de Alicante (España). Estudios de posgrado en Derecho Constitucional, y Máster en Protección Internacional de los Derechos Humanos (Universidad de Alcalá – España), y otro Máster en Administración Pública (Universidad de Alicante – España). Profesor titular – Universidad de Cuenca (Ecuador).

Tiene un sinnúmero de publicaciones acerca de la gestión del agua y los gobiernos locales en revistas indexadas, y en revistas con revisión de pares. Es Director de Publicaciones de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Cuenca, y es Director del Proyecto de Investigación - DIUC: “Alternativa al modelo de gestión de agua potable en el municipalismo ecuatoriano. Las mancomunidades como respuesta”. Y es miembro del Grupo de Investigación en Economía Regional, de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas de la Universidad de Cuenca.

**MARIO MELO CEVALLOS**

Doctor en Jurisprudencia por la PUCE, Máster en Derecho Ambiental por la Universidad del País Vasco, Diplomado en Derechos Humanos por la Universidad de Chile. Consultor y asesor de entidades de decisión de política nacional, ONG’s y organismos internacionales. Profesor de la Universidad Andina Simón Bolívar y Coordinador del Centro de Derechos Humanos de la PUCE, ha sido profesor invitado en la Universidad Nacional de Costa Rica y en la Pontificia Universidad Católica de Perú.

**JULIO TEODORO VERDUGO SILVA**

Doctor en Investigación en Ciencias Sociales por la Facultad Latinoamericana Ciencias Sociales, FLACSO- Sede México. Magister en Derecho Constitucional y Especialista en Derecho Administrativo ambos por la Universidad Andina “Simón Bolívar”. Profesor Titular, Director de Investigación y Posgrados de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales; y, Director del Aula de Derechos Humanos de la Universidad de Cuenca.