

“Balance de la reforma jurídica en el Ecuador”

JORGE MORENO YANES

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

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

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

1. Constitución 2008

Generalidades

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

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

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

Características y rasgos especiales. Constitución 2008

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

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

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

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

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

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

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

Parte dogmática

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

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

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

Estado del Ecuador.- Entendido el mismo como “la comunidad global establecida sobre una unidad geográfica e histórica de dimensiones naturales, sociales y culturales,

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

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

⁴ Utilizaremos simplemente el término derechos.

perfectamente delimitada, con poder suficiente para organizarse y ordenarse y cumplir los objetivos del buen vivir en armonía con la naturaleza bajo una economía social y solidaria, garantizando los derechos individuales y colectivos, con independencia de todo poder extraño”.

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

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

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

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

Por fin, el pueblo se reserva también su ejercicio a través de instituciones de la democracia directa -consultas-, y la participación en democracia -relaciones soberanía popular y gobierno-⁷, es un mecanismo de control del poder constituido, a través de la participación de la ciudadanía.

Plurinacional.- Recogiendo la definición de Boaventura de Souza Santos⁸ la Plurinacionalidad, es una demanda de reconocimiento de otro concepto de nación, la

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

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

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

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

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

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

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

Catálogo de derechos

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

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

La Constitución consagra un amplio catálogo de derechos, siendo sus titulares las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos, titularidad que rompe con la tradición liberal de considerar que existen derechos individuales y excepcionalmente colectivos; en el modelo construido, todos los derechos pueden ser ejercidos individual y colectivamente, exigibilidad que no solo puede hacerlo quien se sienta vulnerado en su derecho, sino cualquier persona -Art. 11.1 Constitución-.

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

⁹ Autogobierno y autodeterminación no significa por supuesto soberanía.

¹⁰ Pérez Royo, Curso de Derecho Constitucional.

¹¹ Obra, Lecciones sobre Derechos Fundamentales

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

Los derechos reconocidos en la Constitución son:

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

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

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

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

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

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

4.- Derechos de Participación.- Está consagrado preferentemente en el Art. 61 de la Constitución, los mismos deben analizarse en concordancia con los Arts. 95 al 117 de la Norma Suprema, solo así se podría entender el cambio propuesto. Estos derechos son más amplios que los derechos políticos¹³.

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

6.- Derechos de la Naturaleza.- Una de las innovaciones más importantes es el reconocimiento de los derechos de la naturaleza -Arts. 71 al 74 Constitución-, tienen sustento en el Sumak Kawsay que se traduce en el respeto a la tierra o pacha mama, su contenido es la ética que debe regir la acción del Estado como también involucra a las personas entre sí y éstos con la naturaleza; por tanto, debe existir respeto no solo a lo

¹³ Ver Art. 62 de la Constitución.

humano sino también a lo no humano, es una concepción que rompe con el modelo liberal del capital. Por tener sustento en una expresión cultural andina, significa que en lo jurídico el cambio debemos sustentarlo los ecuatorianos, esto significa que en la práctica, las dudas y perspectivas que se tengan en cuanto a su aplicación y contenido del derecho, debe hacerse en cada caso.

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

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

Garantías

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

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

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

Entre las garantías genéricas en favor de los Derechos Fundamentales, podríamos citar: Principio de reserva de ley -Art. 132 Constitución-; el respeto al contenido y garantía de los derechos, consagrado en la norma abierta del Art. 11.4 Constitución; garantía de razonabilidad de las normas jurídicas -vinculado con el debido proceso-; prohibición al

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

legislador de limitar o restringir el contenido de los derechos vía el procedimiento de enmienda constitucional -Art. 441.2 Constitución-; el principio de expansibilidad de los derechos -Art. 11.5.7 Constitución-; eficacia normativa y aplicación directa de la Constitución -Art. 11.3-.

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

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

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

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

Organización del poder

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

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

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

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

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

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

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

Función Judicial: Se integra por varios órganos¹⁶:

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

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

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

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

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

Función de Transparencia y Control Social.- Es una nueva Función del Estado, está llamado a promover e impulsar el control de las entidades, órganos y organismos del sector público, como también de las personas naturales y jurídicas del sector privado

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

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

¹⁷ Autos y resoluciones que ponen fin al litigio.

que presten servicios o desarrollen actividades de interés público, las mismas que están llamados actuar con transparencia, responsabilidad y equidad. Está facultada además a fomentar, incentivar y fortalecer la participación ciudadana, proteger el ejercicio y cumplimiento de los derechos, prevenir y combatir la corrupción.

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

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

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

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

Función Electoral.- Se ha instituido esta nueva Función del Estado, que es la llamada a garantizar tanto el ejercicio de los derechos políticos expresados vía el sufragio, como los que corresponden a las organizaciones políticas y sus miembros.

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

La administración pública

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

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

En el sector público, todas las personas tienen la calificación de servidores públicos, sin embargo es necesario hacer la siguiente distinción: los dignatarios o autoridades de elección popular; los de libre nombramiento-remoción; período fijo; los de carrera; los de contrato; y, los obreros, éstos últimos que se rigen por el C. del Trabajo, en tanto que

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

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

los servidores de carrera por regla general se rigen por la Ley Orgánica de Servicio Público, y por algunas especificidades según la Ley de la materia, pero será la LOSEP, la que consagre la rectoría en personal y remuneraciones -esto último, como se dijo con algunas especificidades, según el sector-.

Organización Territorial del Estado

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁰ Tasas y contribuciones especiales.

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

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

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

Supremacía de la Constitución y la Constitución como norma jurídica

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

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

En el caso del Ecuador, diría que a partir de 1988 se le concibe a la Constitución como norma jurídica -con limitaciones-, en el modelo construido, la Constitución de la República es norma suprema y norma jurídica -Arts. 424, 425-, esta condición, le convierte a la Constitución no solo en fuente de derecho, sino en norma reguladora del propio sistema de fuentes.

Corte Constitucional

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

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

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

Enmienda, reforma y Asamblea Constituyente

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

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

2. La actividad dinámica del poder

Existe un verdadero equilibrio de poderes

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

Como el ejecutivo es colegislador, en caso de vetos parciales a las leyes que emanan del legislativo, éste -Asamblea Nacional-, para ratificarse en su proyecto requiere de las 2/3 partes de sus miembros, situación compleja y difícil, que en la práctica está llevando a que los proyectos de ley aprobados por el legislador -mayoría absoluta de votos de sus miembros-, sea vetado parcialmente por el ejecutivo e incluya en el veto, nuevas normas.

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

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

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

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

En un Estado Constitucional, es la Constitución la que determina el contenido de la ley, por tanto, el legislador cuando discute y aprueba la misma debe analizar que aquella no vulnere ni los contenidos de las normas constitucionales, ni su procedimiento. En la práctica ocurre que varias leyes que nacen en el legislativo, han vaciado el contenido de normas constitucionales; basta citar el caso del C. de la Democracia, respecto a la "revocatoria del mandato", donde vía reforma, estableció causas para la revocatoria, facultando inclusive al CNE para que califique la pertinencia o no de la revocatoria, los

²² Pérez Royo, Curso de Derecho Constitucional.

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

aspectos señalados, vulneran el derecho de participación ciudadana y control social, pues el constituyente cuando reguló la revocatoria del mandato no estableció causal alguna para la revocatoria, pues la misma podía progresar simplemente porque el elector le perdió la confianza a la autoridad. Algo parecido ocurre en la Ley de Educación Superior y de Escuelas Politécnicas y su reglamento²⁴.

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

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

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

Corte Nacional de Justicia: Recién conformada, debemos presumir que sus miembros fueron designados y posesionados cumpliendo las exigencias previstas en la normativa respectiva, esperemos que a través de sus actuaciones ratifiquen la legitimidad.

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

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

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

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

En la constituyente de Montecristi existieron pronunciamientos y opiniones, para que no se institucionalice la participación ciudadana como parte en el ejercicio del poder, un argumento que me parecía interesante, fue que se desnaturaliza la lucha ciudadana y se vacía su contenido, que la ciudadanía debe ejercer sus derechos de lucha contra la corrupción, control del poder político e instancias de participación desde fuera del poder

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

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

para no perder su óptica. La corriente impuesta fue, constituirse en una nueva función del Estado, para que diversos órganos de las distintas funciones del Estado o que ejercen poder estatal, accedan a los mismos a través de un concurso de méritos y oposición. Por otro lado, que una de las formas de ejercer la democracia, era formando parte del mismo, para evitar y luchar contra los actos de corrupción pública y organizar este nuevo poder. Tendencia que triunfó.

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

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

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

Función Electoral: Haré una referencia brevísima al órgano de administración electoral, recientemente electo según el procedimiento previsto en la Constitución y leyes, concretamente al CNE, sus miembros asimismo han sido cuestionados por su acercamiento con el gobierno en unos casos y en otros, porque prestaron sus servicios en algunas instituciones u órganos del Estado, pero vinculados al régimen. Esperemos que las críticas queden sin piso, en tanto en cuanto sus titulares en el ejercicio de sus funciones, se legitimen, apliquen el principio de “elecciones, libres, auténticas y periódicas”; el reto es grande, más todavía cuando el C. de la Democracia fue reformado y entre ellas se establece que las autoridades electas democráticamente y que opten por la reelección, dice la norma reformada, Art. 93 “podrán hacer uso de licencia sin remuneración”. Esta reforma impuesta, me parece que vulnera el principio de la igualdad de oportunidades en las competiciones electorales. Asimismo la reforma al Art. 203 concretamente “los medios de comunicación social se abstendrán de hacer promoción directa o indirecta ya sea a través de reportajes, especiales o cualquier otra forma de mensaje que tienda a incidir a favor o en contra de determinado candidato, postulado, opciones, preferencias electorales o tesis políticas”, probablemente sea tan fina que puede en el fondo constituirse en una censura previa; sobre esto último, no veo como el CNE, pueda reglamentarlo, la norma no lo permite, debía el legislador o el ejecutivo que propuso en el veto el tema regular en detalle cuándo, cómo, y por qué modos y formas los medios de comunicación deben así proceder, inclusive estableciendo la infracción y su respectiva sanción, porque lo que sigue de la norma - Art. 203- “el CNE ordenará al medio de comunicación social la suspensión inmediata de

la publicidad o propaganda que no cumpla con las excepciones previstas en el presente artículo sin notificación previa”, lo contemplado en esta parte de la norma no es aplicable a la abstención de los medios de comunicación para tomar partido por un candidato, porque la misma se refiere específicamente a las excepciones previstas en el artículo invocado y que son concretamente las cuatro causas por las que a los distintos niveles de gobierno se les permite hacer propaganda en campaña electoral²⁶, incluso en estos casos me parece que la acción de la suspensión de propaganda sin notificación previa, es una verdadera sanción, ésta última que es competencia del TCE. A lo señalado agréguese, que de existir segunda vuelta -Presidente y Vicepresidente de la República-, tan pronto se notifique con los resultados numéricos pueden arrancar con la publicidad de “obras” los distintos niveles de gobierno. Por tanto, el reto del CNE, es grande en tanto en cuanto están llamados a garantizar elecciones transparentes y limpias, donde no se vulneren los derechos de los electores, a través de publicidad o propaganda de los distintos niveles de gobierno que sutilmente apoyen determinadas candidaturas, configurado ello, con una probable “censura previa” a los medios de comunicación social.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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