

# ANÁLISIS DEL PROYECTO NUEVA CONSTITUCIÓN

CONTRIBUCIÓN DE LA  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA  
A UNA REFLEXIÓN ACADÉMICA  
CON MIRAS AL PRÓXIMO  
REFERENDUM SEPTIEMBRE 2008



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL



**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y  
CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS**

**MIEMBROS DE CONSEJO DIRECTIVO**

Dr. Iván Castro Patiño  
*Decano*

Ab. José Miguel García Baquerizo  
*Director de la Carrera de Derecho*

Lcda. Sandra Mendoza  
*Directora de la Carrera de Trabajo Social*

Dr. Ernesto Salcedo Verduga  
*Profesor Representante Principal*

Ec. Mercedes Arellano de Duque  
*Profesora Representante Suplente*

Ab. Ma. Mercedes Ceprián Haz  
*Coordinadora Administrativa*

Ab. Taryn Almeida Delgado  
*Coordinadora Académica*

Sr. Juan Carlos León Cercado  
*Presidente Asociación de Estudiantes Derecho*

## NOTA INTRODUCTORIA

A través del tiempo la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil y particularmente su Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas, se han caracterizado por mantener una activa vinculación con la colectividad. Actuamos así porque tenemos plena conciencia del compromiso de la Academia con el desarrollo jurídico, social, económico, cultural, político, y tecnológico de nuestra patria.

Dicho lo anterior, ponemos a su consideración el presente libro con el cual pretendemos aportar a que la comunidad universitaria y ecuatoriana en general tenga elementos elaborados por la Academia, que ayuden a la reflexión del voto en el referéndum próximo, momento en el cual deberemos tomar decisiones trascendentales, al aprobar o improbar el texto constitucional propuesto por la Asamblea Constituyente de Montecristi.

Esta es una obra producto de la colaboración de distinguidos profesores universitarios a quienes agradecemos por atender nuestro llamado. Responde a nuestra invariable línea de democracia, pluralismo, tolerancia y respeto a los distintos enfoques académicos. Por tal razón, se podrán encontrar en este libro las más responsables y variadas visiones del proyecto de Constitución.

Entre los temas abordados por los autores se encuentran las innovaciones en materia laboral, la seguridad social, la protección a algunos sectores vulnerables, la vida, la unión de hecho, las garantías constitucionales, las Universidades y Escuelas Politécnicas, algunas de las funciones del Estado, la participación política, el modelo económico, el régimen tributario, el emprendimiento, el buen vivir, la responsabilidad del Estado y de los Concesionarios, la organización territorial del Estado, la problemática de la vivienda, y el control de la supremacía constitucional.

Es nuestro propósito continuar cumpliendo cada día de mejor forma nuestra misión, con iniciativas como la publicación de esta obra, que aspira provocar el acercamiento del lector a una cultura jurídica y social de espíritu democrático, que permita acortar la distancia entre el país real y el país legal.

El contenido de este libro se encuentra a disposición de todos quienes desean acceder a él de manera virtual, en la página web de la Revista Jurídica de la Facultad de Jurisprudencia [www.revistajuridicaonline.com](http://www.revistajuridicaonline.com) que, por cierto, es la primera y única de su tipo en el país.

Guayaquil, septiembre de 2008

Dr. Iván Castro Patiño  
DECANO FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

Ab. Deyanira Camacho Toral  
COORDINADORA DE LA PUBLICACIÓN

## ÍNDICE GENERAL

|   |     |
|---|-----|
| Nota Introdutoria .....   | 9   |
| <b>LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DE LOS CONCESIONARIOS</b>  |     |
| Dr. Ernesto Velázquez Baquerizo M. ....   | 15  |
| <b>QUE SIGNIFICA EL BUEN VIVIR</b>  |     |
| Dr. Carlos Zúñiga Romero .....  | 33  |
| <b>PROYECTO DE NUEVA CONSTITUCIÓN Y LAS UNIVERSIDADES<br/>Y ESCUELAS POLITÉCNICAS</b>   |     |
| Dr. Medardo Mora Solorzano.....   | 49  |
| <b>LA PROBLEMÁTICA DE LA VIVIENDA Y LA NUEVA CONSTITUCIÓN</b>   |     |
| Arq. Rosa Edith Rada Alprecht .....   | 57  |
| <b>LAS INNOVACIONES EN MATERIA LABORAL EN EL PROYECTO DE<br/>MONTECRISTI</b>  |     |
| Dr. Héctor Miranda Vargas.....  | 73  |
| <b>SEGURIDAD SOCIAL</b>   |     |
| Ab. José Bruque Martrus.....  | 81  |
| <b>CAMBIOS QUE RESPECTO A LA UNIÓN DE HECHO INTRODUCE EL<br/>PROYECTO DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN</b>  |     |
| Ab. René Quevedo Silva.....   | 91  |
| <b>CONSTITUCIÓN POR LA VIDA</b>   |     |
| Dr. Lenin Hurtado Angulo.....   | 101 |
| <b>LA PROTECCIÓN ESPECIAL DE DERECHOS PARA LOS SECTORES<br/>VULNERABLES DE LA POBLACIÓN EN EL PROYECTO DE<br/>CONSTITUCIÓN DE MONTECRISTI</b> |     |
| Ec. Cecilia Calderón de Castro .....  | 105 |
| <b>LAS ACCIONES DE GARANTÍA DE LOS DERECHOS EN EL PROYECTO<br/>DE CONSTITUCIÓN DE MONTECRISTI ¿ AVANCE O RETROCESO ?</b>                      |     |
| Dr. Ivan Castro Patiño .....  | 123 |
| <b>LA ACCIÓN DE HÁBEAS CORPUS DENTRO DEL PROYECTO DE<br/>NUEVA CONSTITUCIÓN APROBADA POR LA ASAMBLEA NACIONAL<br/>CONSTITUYENTE</b>           |     |
| Dr. Héctor Vanegas y Cortazar .....   | 139 |
| <b>EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE PROTECCIÓN</b>  |     |
| Ab. Carlos A. de Tomaso .....   | 151 |

|  |     |
|--|-----|
| <b>LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA</b>   |     |
| Dr. Enrique Tamariz Baquerizo ... ..   | 179 |
| <b>FUNCIÓN EJECUTIVA</b>   |     |
| Dra. Teresa Nuques Martínez .....  | 189 |
| <b>FUNCIÓN JUDICIAL</b>  |     |
| Dr. Nicolás Castro Patiño .....  | 201 |
| <b>FUNCIÓN ELECTORAL</b>   |     |
| Dr. Modesto Apolo Teran .....  | 215 |
| <b>LA ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DEL ESTADO</b>  |     |
| Dr. Medardo Mora Solorzano.....  | 221 |
| <b>LA IMPORTANCIA DEL EMPRENDIMIENTO EN DESARROLLO DE LAS ECONOMÍAS</b>  |     |
| Ec. Luis F. Hidalgo Proaño .....   | 231 |
| <b>LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE UN MODELO ECONOMICO SOCIAL, SOLIDARIO E IGUALITARIO</b>                         |     |
| Ab. Deyanira Camacho Toral .....   | 251 |
| <b>EL RÉGIMEN TRIBUTARIO EN EL PROYECTO DE CONSTITUCIÓN SUJETO A REFERÉNDUM</b>                                |     |
| Ab. Corina Navarrete Luque .....   | 263 |
| <b>COMENTARIOS AL TÍTULO NOVENO “SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN DEL PROYECTO DE CONSTITUCIÓN DE MONTECRISTI</b> |     |
| Dr. Santiago Velázquez Velázquez .....   | 275 |

**La responsabilidad por los hechos, ideas y doctrinas  
expuestos en esta publicación,  
es exclusiva de los respectivos autores.**

# LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DE LOS CONCESIONARIOS

Por Dr. Ernesto Velázquez Baquerizo

Atender el pedido de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica de Guayaquil, hecho por su Decano, para que analice el tema de la responsabilidad del Estado y de los concesionarios, en la propuesta constitucional materia de debate, constituye un reto, ya que no se trata de un documento meramente académico, sino de un aporte a que todos puedan entender el sometido a referéndum. Por ello trataré de resumir comparativamente la propuesta, con relación a las dos últimas Constituciones, así como una referencia breve al aspecto doctrinario, ojalá contribuya a ilustrar ideas, en este texto que no toma posición sino que busca transmitir indicadores para que todos podamos pensar y decidir.

El Estado, construcción de la sociedad, constituye una persona jurídica, con atributos que lo hacen poseedor de una voluntad, titular de un patrimonio, legitimado para contratar y comparecer en juicio, responsable y justiciable.

Lo anterior es postulado indispensable para entrar a tratar la responsabilidad del Estado y de los concesionarios en el Proyecto de Constitución, aprobado por la Asamblea Constituyente y sometido a referéndum el próximo 28 de septiembre de 2008.

- **Texto de la Constitución de 1998.**

La desaparecida Constitución de 1998, -que es tal desde que por voto popular se convocó y eligió una Asamblea Constituyente que se instaló y puso a consideración de los ciudadanos un nuevo texto constitucional-, en el Art. 20, preceptuaba:

***“Las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios, estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de la prestación deficiente de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados, en el desempeño de sus cargos”***

norma constitucional que asumía la responsabilidad de la Administración Pública y del Estado por los actos de los administradores y su ineficiencia, en ningún caso se refería a la responsabilidad por la violación de derechos fundamentales.

El Art. 22, de la Constitución antes invocada, regulaba la responsabilidad civil del Estado en los casos de errores judiciales. En ambos casos se previó el derecho de repetición contra los funcionarios o los jueces responsables de

causar, por dolo o culpa grave, los errores que costaban dinero al Estado. Era prerequisite que el dolo, la culpa grave o la responsabilidad penal se hubieren declarado judicialmente, lo que provocó pocos casos de aplicación de esta indemnización.

- **Texto del proyecto constitucional de 2008.**

El Proyecto Constitucional producido por la Asamblea Constituyente, (según el texto de publicación oficial que ha hecho circular) en el Título II, nombrado “DERECHOS”, el “Capítulo primero”, denominado “Principios de aplicación de los derechos”, en el Art. 11, constan los principios que rigen el ejercicio de los derechos fundamentales que la Constitución garantiza, en el número 9 declara que el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución (en la de 1998 fue el Art.16), el segundo párrafo textualmente regula así el tema de la responsabilidad:

***“El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.”***

Si comparamos el texto sometido a referéndum con la norma de 1998, lo elaborado por la Asamblea resulta más completo y coherente.

- **Antecedentes históricos.**

La institución de responsabilidad del Estado es moderna, en el Derecho Constitucional, no obstante era parte del Derecho Civil y los iusprivatistas, tratadistas de esa materia, la reivindicaban como necesaria para el respeto del Estado a los ciudadanos.

Para una mejor comprensión del tema, considero necesario revisar los antecedentes del Constitucionalismo Ecuatoriano. Comenzando en la Constitución de 1830, cuyo Art. 57, entre los derechos y garantías, fijaba que todo empleado es responsable de su conducta en el ejercicio de sus acciones; y, el Art. 62 declaraba que nadie puede ser privado de su propiedad, para aplicarla a uso público, sin recibir justa compensación.

En la Constitución de 1835, el Art. 90 declaraba que los magistrados, jueces y empleados son responsables de su conducta; en tanto que el Art. 97 garantizaba, a quien era privado de su propiedad en interés de utilidad pública, que recibiría la indemnización que “se ajustare con él o se avaluare”.

El texto Constitucional de 1843 en el Art. 91 establecía la indemnización caso de expropiación de una propiedad privada.

La Constitución de 1845, en el Art. 120 protegía el derecho de propiedad salvo el caso de utilidad pública previa la indemnización al dueño, acordada con él o evaluada “a juicio de hombres buenos”; el Art. 124 garantizaba al ciudadano la facultad de reclamar sus derechos ante los depositarios de la autoridad pública.

En la Constitución de 1851, el Art. 103 atribuía a todos los empleados públicos la responsabilidad por su conducta en el ejercicio de sus funciones, en la concepción del Derecho Civil de la responsabilidad de las personas, en ejercicio de la autonomía de su voluntad, aplicada a una conducta legal o ilegal por decisión propia; así como la aplicación del respeto del Estado a la propiedad privada, herencia de la Revolución Liberal Francesa, que recoge el Art. 114, al fijar que no se puede privar de la propiedad sino en aplicación de usos públicos, para lo cual se debe pagar la indemnización ajustada con el propietario o evaluada por terceros.

Para 1852, la Carta Fundamental en los artículos 119 y 123, tenía normas que indemnizaban la expropiación y facultaban el reclamo de los derechos de las personas.

En 1861, la Constitución repite los textos en los artículos 113 y 114, en el primero legisla sobre el derecho de propiedad y la expropiación por utilidad pública, que el Estado debe pagar indemnización, en el segundo caso determina que el funcionario que atente contra la propiedad particular era responsable con su persona y bienes por la indemnización de daños y perjuicios que su conducta provocare, no fijaba la obligación en el Estado sino en el funcionario.

Para la Constitución de 1869, la responsabilidad se mantuvo igual a la anterior, incluyendo similares textos en los artículos 98 y 99.

La Norma Fundante de 1878, en el Art. 17, regula el derecho de propiedad y dispone el pago de indemnizaciones en caso de expropiación; el Art. 19 a los empleados públicos que violaren las garantías declaradas por la Constitución les impone la obligación de responder con sus bienes por los daños y perjuicios causados, fijando el procedimiento para juzgar tales delitos o crímenes (sic); y, para los Magistrados y jueces les aplica el Art. 100 que los hace responsables de ser juzgados por su conducta en el ejercicio de sus funciones.

En el texto Constitucional de 1884, el Art. 25, prescribe sobre expropiación y la indemnización por tal causa; el Art. 37 responsabiliza a los empleados que violen las garantías constitucionales, quienes deben responder con sus bienes por los daños y perjuicios causados; y, el Art. 114 hace responsables a los Magistrados y jueces por sus conductas.

Los vientos de las nuevas ideas liberales, producto de la revolución del 5 de junio de 1895, no modificaron esencialmente la responsabilidad del Estado, las Constituciones posteriores mantuvieron el antecedente de las Cartas Políticas anteriores. En la Constitución de 1897 aparecen las constantes, cuando el Art. 16 se refiere a la indemnización por expropiación por razones de utilidad pública; el Art. 39 hace responsable con sus bienes a los empleados que deban pagar indemnización de daños y perjuicios en razón de una conducta que violare cualquier garantía constitucional; y, el Art. 118 los hace responsables a Magistrados y jueces de la conducta que observaren en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.

La Constitución con que estrena el Siglo XX en Ecuador, la de 1906, en el Art. 25 incorpora la responsabilidad de los funcionarios y empleados públicos que violaren cualquiera de las garantías constitucionales, debiendo responder con sus bienes por la indemnización de daños y perjuicios; por otra parte el derecho a la propiedad y la situación de expropiación con indemnización del valor de la cosa expropiada, consta en el numeral cuarto del Art. 26 y, en el Art. 109, se determina la responsabilidad de Magistrados y jueces en el ejercicio de sus judicaturas.

Tras la Revolución Juliana, la Constitución de 1929 presenta algunas innovaciones, mantiene la tónica de atribuir responsabilidad a los Ministros de Estado por los actos que realicen, conforme aparece en el Art. 95; el Art. 129 declara que los Magistrados y Jueces son responsables en el ejercicio de sus funciones; entre las garantías fundamentales del Art. 151, el numeral catorce reconoce el derecho de propiedad, sujetándolo en esta ocasión a “las restricciones que exijan las necesidades y el progreso sociales.”, lo que hace aparecer el condicionamiento de la propiedad privada a la necesidad social. El numeral invocado en el inciso quinto declara que los yacimientos minerales o sustancias pueden ser concedidos en usufructo a particulares y a las sociedades civiles o comerciales que de acuerdo a la ley pudieren ser explotadas; por otra parte en el texto del Art. 159 se reitera la responsabilidad de pagar indemnizaciones por los funcionarios que violaren las garantías declaradas por la Constitución.

Tras la Gloriosa Revolución del 28 de Mayo de 1944, se dictó la Constitución de 1945, en el Art. 91 declara a los funcionarios judiciales responsables del desempeño de sus cargos; el Art. 146 garantiza el derecho de propiedad con las limitaciones que exijan las necesidades sociales, dispone que las expropiaciones se harán pagando la justa indemnización, incluye esta disposición constitucional que la vida económica responde a principios de justicia social y tiende a liberar de la miseria a los ecuatorianos para proporcionarles una existencia digna, subordinando la propiedad y la utilización de la riqueza a los intereses de la colectividad, por lo que autorizaba a expropiar empresas, previa la indemnización por tal acción, reconoce las

concesiones para explotar las riquezas del subsuelo, siempre que los concesionarios se obliguen a invertir, parte de sus utilidades en beneficio de la economía nacional. El Art. 158 retoma el respaldo con los bienes de los funcionarios públicos para indemnizar los perjuicios que causen por violar las garantías que la Constitución declara.

La penetración de las nuevas ideas sociales del mundo impactó la Constitución Ecuatoriana, por ello los textos de 1929 y de 1945 presentan algunas características con relación a bienes y concesiones que se han retomado, con mayor fuerza, en el Proyecto sometido al referéndum.

La Constitución de 1946, aunque más conservadora, en el Art. 50 atribuye a la Cámara de Diputados examinar las acusaciones contra los altos funcionarios del Estado, así como en el Art. 45 concede al Senado la atribución de requerir al Presidente de la República que haga efectiva las responsabilidades de los funcionarios y empleados públicos que hubieren excedido sus atribuciones o abusado de ellas; en el Art. 110 se declara la responsabilidad de los Ministros de Estado; el Art. 122 establece la responsabilidad de los Magistrados y jueces en los actos jurisdiccionales. El Art. 160 recoge el principio de responsabilidad de las autoridades y servidores públicos; el Art. 178 determina una vez más que los bienes de los funcionarios y empleados públicos responden por los daños y perjuicios de actuación, aclarando que la responsabilidad civil es distinta de la penal.

El Art 182 de la Constitución de 1946 garantiza el derecho de propiedad, “conciliándolo con su función social”, prohíbe la confiscación y permite la expropiación sujeta a las condiciones de la ley, ya no incluye el pago de la indemnización como en las constituciones anteriores. Con respecto a las concesiones, nada se regula, sin embargo, el Art. 53, al fijar las atribuciones del Congreso dividió en Cámaras, en el numeral octavo faculta a la Legislatura para “Arreglar la administración de los bienes nacionales y decretar o autorizar la enajenación o la hipoteca de los inmuebles.”.

- **El texto constitucional de 1967.**

La Constitución de 1967, en su Art. 27, concreto el tema de la responsabilidad del Estado, cuando dispuso:

***“El Estado y más entidades de derecho público y las entidades semipúblicas, están obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios irrogados en sus bienes y derechos como consecuencia de la actividad de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados en el desempeño de su cargo.***

***No obstante, lo establecido en el Inciso anterior, el Estado y más entidades antes mencionadas, harán efectiva la responsabilidad de sus funcionarios o empleados que, por dolo o culpa grave, hubieren***

***perjudicado al Estado o a los particulares. La responsabilidad penal de tales funcionarios y empleados será establecida por los jueces competentes.”***

Para completar los antecedentes, debemos citar que el Art. 47, de la Constitución de 1967, reconoció y garantizó el derecho a la propiedad privada, limitándola a que cumpla la función social. El Art. 48 prohibía la confiscación y en los casos de que llegaré a producirse era causal de acción sumaria de daños y perjuicios contra la autoridad que la ordenó y contra el Estado. El Art. 49 regulaba que las expropiaciones sólo pueden producirse conforme a la ley, por causas de utilidad pública o de interés social, lo que se debía producir reconociendo la justa indemnización.

- **La propuesta de la Asamblea en el Proyecto.**

Como establece García de Enterría (*“La lucha contra las inmunidades del poder”, Eduardo García de Enterría, Cuadernos Civitas, tercera edición, 2004, Madrid*) al citar a Max Weber, “la Ley es de suyo una técnica de racionalizar una organización colectiva”, por ello cuando el ciudadano se enfrenta con el poder, primariamente poder de la Administración, la necesidad de que la Norma Fundante: la Constitución, como ley suprema del ordenamiento jurídico tenga claramente delimitados los principios de legalidad y de libertad, posibilitará que la garantía jurídica del Estado constitucional de derechos y justicia social funcione.

El eje de ese funcionamiento radica en los derechos fundamentales, debidamente garantizados por la norma constitucional, de manera que no se afecte ni dañe al ciudadano por acción u omisión del Estado, obrando en ejercicio de sus potestades o autoridad pública.

Cuando el Art. 10 de la propuesta Constitucional declara que las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales, se direcciona los derechos a través de principios que permitirán operar al Estado en ejercicio de su función básica, combatir la pobreza y promover mejor calidad de vida de toda la población.

Parte del combate a la pobreza es manejar los recursos públicos y maximizar los privados para promover su integración en la campaña de lucha contra la miseria; por ello, la función del Estado moderno se orienta a dotar servicios básicos a la población, facilitar el acceso a ellos de todos los habitantes, sin discriminación y maximizar la calidad de esos servicios, entregados para una vida digna de las personas.

Cuando el Estado está operando los servicios, utilizando sus recursos y dando ejecución a los medios de activar los servicios, sea directamente o por delegatarios o concesionarios, puede directamente o a través de sus agentes o servidores producir efectos dañosos o gravosos sobre los ciudadanos, que violan derechos fundamentales y además causan perjuicios que deben ser reparados por quien los provocó.

Para el común de las personas se siente esta situación cuando se interrumpe el servicio de energía eléctrica y al retornar lo hace con tal fuerza que daña bienes que funcionan con esa energía; otra forma de percibir esa situación es cuando uno aborda un vehículo del servicio público y este opera ineficientemente, o se da el caso que colisione o choque con un inmueble al que causa daño, o que atropelle a una persona. En fin, es infinita la gama de opciones de casos en que los ciudadanos pueden encontrarse, afectados por la operación del Estado de los servicios públicos.

El Art. 11 del Proyecto Constitucional, en su numeral 9 es preciso y claro. El Estado, sus delegatarios, concesionarios y cualquier persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, tiene una obligación, reparar las violaciones a los derechos de los particulares.

La razón de esta obligación, en la relación directa entre el causante y el daño provocado, no tiene que ver con el agente que provocó el daño, sino que facilitan al ciudadano resarcir los efectos, para que no deba buscar directamente al funcionario o servidor, fija en el Estado la responsabilidad de reparar las violaciones a los derechos particulares, sea el motivo o causa la falta o la deficiencia en la prestación del servicio público, esto es haber producido falta de energía eléctrica, por ejemplo, o cualquier otra situación.

No basta sólo lo anterior, puede que se produzca violación por la acción u omisión de funcionarios o servidores públicos, en el desempeño de sus cargos, como es el caso del perjuicio colectivo provocado por la negligencia de las autoridades de control bancario, que provocaron la crisis que nos llevó a la congelación de depósitos por un Decreto Ejecutivo del Presidente Yamil Mahuad, que nunca fue juzgado.

- **El caso de sentencia penal.**

El principio constitucional no se queda sólo en las situaciones antes indicadas, la propuesta es más completa, involucrando en ella el caso de sentencias penales.

Dispone, la norma constitucional propuesta por la Asamblea, que cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia.

Nos ubica frente a los casos en que producida una actuación jurisdiccional en la vía penal, los casos de incautación de bienes por narcotráfico o el involucrar a personas inocentes en tan grave delito, posteriormente son revisados por la justicia y se reforma ó revoca la sentencia que condenó al ciudadano, existe una persona que sufrió pena, que se lesionó su derecho fundamental a la libertad y a una tutela judicial efectiva, expedita y oportuna, por lo que al ser víctima de una sentencia condenatoria, que se revoca o reforma, para resarcir el derecho afectado se debe reparar el daño sufrido.

- **El derecho de repetición.**

El texto propuesto en el referéndum, concreta el derecho de repetición, de manera que la persona no litiga ni busca que el funcionario o servidor público sean los directos responsables de resarcir el daño.

Por el derecho de repetición se entiende que el Estado, a través de la Administración Pública es quién debe pagar el daño producido, luego le corresponde el derecho de repetir, esto es de cobrar al funcionario o servidor responsable, o en caso de ser más de uno a todos los responsables, que sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o administrativas, deben cubrir el valor que el Estado pago.

El antecedente constitucional ecuatoriano nos permite conocer que la regulación nunca tuvo plena ejecución y limitó los efectos jurídicos de la responsabilidad del Estado, al pedir que quien lo accione, para fijar la responsabilidad en el funcionario, o en el servidor, cumpla el prerequisite que constituía la resolución del juez, quien en forma previa declaraba al funcionario como responsable de dolo o negligencia grave, o de omisión culposa. La propuesta de la Asamblea no pide esa condición, directamente asume el Estado, sin perjuicio de las responsabilidades que posteriormente puedan establecerse por los organismos de control, esto es por la Contraloría General del Estado, como dispone el Art. 212, numeral 2 del Proyecto Constitucional.

- **La reparación en los casos de error judicial**

El tercer inciso de la norma constitucional que comentamos, es claro y terminante al disponer que en los casos en que hay actuaciones judiciales que causaron perjuicios hay responsabilidad del Estado, esto significa que si se produce detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, lo que causa perjuicios y daña al ciudadano, el Estado asume su responsabilidad, incluyendo las violaciones al derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso.

Hasta ahora los casos han sido de reparaciones impuestas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de Costa Rica, que resolvió reclamos de ciudadanos que demandaron los errores judiciales de los cuales fueron víctimas.

- **La responsabilidad del Estado para con usuarios y consumidores.**

Entre las personas que merecen atención prioritaria, los artículos del 52 al 54 previene la responsabilidad del Estado para con los ciudadanos consumidores.

En el Art. 52, del Proyecto Constitucional, el derecho de los ciudadanos a disponer de bienes y servicios, de óptima calidad, cuando se vulnera este derecho de las personas, el Estado, en los términos que determina la ley, ante esa situación se dispone la reparación e indemnización por la deficiente y mala calidad de los servicios públicos, condicionada a que no fueran producidos por caso fortuito o fuerza mayor.

En el Art. 53, se obliga a que las empresas e instituciones públicas incorporen un sistema de medición de satisfacción de usuarios y consumidores, asumiendo el Estado la responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados a las personas por negligencia y descuido en la atención o por la carencia de servicios ya pagados.

El Art. 54 focaliza la responsabilidad civil y penal, por deficiente prestación del servicio o su calidad, en las personas o entidades que provocaron los defectuosos servicios, ubicando a los responsables por la mala práctica en el ejercicio de su profesión, arte u oficio, que puso en riesgo la integridad o vida de las personas.

- **Algunos elementos doctrinarios.**

El Derecho Constitucional al vertebrar su acción doctrinaria en los derechos fundamentales, busca que el Estado entregue los servicios básicos a la población, todos sustentados en un principio de igualdad ante la ley.

Partiendo del principio de reconocer al Estado como una persona jurídica, surge entonces la preocupación de que no sólo se debe dirigir la atención a la teoría de la indemnización expropiatoria, que completó la atención al derecho de propiedad en el Estado de bienestar, sino a las condiciones que presenta el cambio constitucional mundial y las nuevas dimensiones del Derecho Administrativo, que incluye el Derecho de daños, que ha cobrado identidad propia en el Derecho Civil.

El Estado como persona jurídica, al ser titular de un patrimonio, asumía en su Administración una responsabilidad patrimonial, toda vez que no se trataba de cuidar los recursos sino de financiar con ellos los servicios, que era de su responsabilidad como Estado brindar a los ciudadanos.

Existen antecedentes doctrinarios que hacen evidente una evolución de la responsabilidad del Estado. La escuela inglesa recogió la tesis de que los poderes soberanos del príncipe pasaron al Estado Nación y, en consecuencia, la soberanía se impone a todos sin compensación; dio resultado mientras se redujo sólo a expropiaciones por utilidad pública, comenzó a provocar crisis cuando los efectos de la guerra eran sufridos por todos y se hizo necesario someter a la Corona a la misma responsabilidad que si fuera una persona privada.

En el Derecho alemán, la Constitución de Weimar, en su artículo 131 estableció que: “si en el ejercicio de la potestad pública a él confiada el funcionario infringe los deberes que el cargo le impone frente a terceros, la responsabilidad alcanza por principio al Estado o a la Corporación a cuyo servicio se hallase el funcionario”, esta cobertura del daño ilícito, citada por García de Enterría en “Curso de Derecho Administrativo”, constituye también base de la doctrina italiana y española, conocida con el nombre de teoría de la indemnización de Derecho Público.

La teoría indicada rompió el molde clásico de la expropiación, para orientar la idea de la responsabilidad a la de indemnizar a quien debe sacrificar su propio patrimonio en interés de la comunidad, cediendo sus derechos y ventajas particulares.

En el Derecho francés, León Duguit, hace más de sesenta años, expresó: “En la época moderna, bajo la acción de transformaciones económicas profundas, nacidos de los descubrimientos científicos y de la gran industria, bajo la acción de este fenómeno tan característico de la concentración de capitales, se ha sentido que la norma tradicional de la responsabilidad (por culpa) no era suficiente, que debía ampliarse, que la reparación era debido incluso por los daños causados sin falta por el individuo o por el grupo en interés de los cuales se ejerce la actividad causante del daño o por aquel al que pertenece la cosa que lo produce...No se puede edificar la responsabilidad del Estado más que sobre la idea de un seguro social, soportado por la caja colectiva en provecho de aquellos que sufren un perjuicio que proviene del funcionamiento de los servicios públicos que tiene lugar a favor de todos...El Estado es de alguna forma, asegurador de lo que a menudo se llama riesgo social”, esta cita del profesor francés, hecha por Tomás Ramón Fernández (*“La responsabilidad patrimonial de la administración, Abeledo-Perrot, Buenos Aires*), nos conduce a determinar los obstáculos de la economía del Estado moderno, puesto que pagar indemnizaciones no es sólo una afirmación del derecho sino una carga a los ingresos fiscales.

La idea del riesgo social cubierto por el Estado, supera el criterio de seguridad social para ingresar hoy al de la seguridad jurídica, de los ciudadanos y sus derechos fundamentales, el Proyecto de Constitución lo ha recogido en el Art. 82, que establece que el derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y a la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.

En Ecuador, nuestro Código Civil manejó toda una doctrina sobre la responsabilidad frente a terceros por daños provocados por acción de las personas privadas, lo que nunca se trasladó a los entes públicos, por ello los Municipios no eran responsables de daños a personas y bienes por zanjas, hoyos, obstáculos y demás.

La responsabilidad de las empresas constructoras al interrumpir con sus obras una calle o avenida, sólo apareció cuando el Derecho Administrativo y la Ley de Régimen Municipal, en especial las Ordenanzas Municipales, fijaron a los contratistas la obligación de resarcir daños.

La tendencia mundial a la objetivación de la responsabilidad no se ha detenido, avanza vertiginosa, cuando hay nuevas formas de daños, en especial el daño ambiental, donde prevalece el principio: “el que contamina paga”, lo que debe ser cuidadosamente aplicado por la legislación del medioambiente, recogido en el Art. 396 del Proyecto Constitucional, que dispone al Estado adoptar políticas y medidas protectoras eficaces y oportunas que eviten los impactos ambientales; establece la norma propuesta que la responsabilidad por daños ambientales es objetiva y que todo daño al ambiente implica la obligación de

restaurar el ecosistema e indemnizar a las personas y comunidades afectadas, siendo responsabilidad de cada uno de los actores del proceso obrar en consecuencia.

En el caso de la responsabilidad del Estado, el problema de establecer la relación de causalidad es trascendental, la relación causa-efecto entre el hecho imputado al Estado o al concesionario y el daño producido, es la condición sine qua non para que se pueda atribuir al Estado el deber de resarcir el daño.

La efectividad de la reparación, no reside exclusivamente en restaurar la situación o volver los hechos al momento inicial, puesto que si la acción u omisión provocaron una lesión económica evaluable, la restitución amerita que se constituya en una indemnización monetaria, como así lo prevé el principio contenido en el numeral 9 del Art. 11 de la propuesta constitucional de la Asamblea.

- **Responsabilidad de los concesionarios.**

Para efectos de los concesionarios se estrecha el panorama, ya que según los artículos 313, 314 y 315 de la Constitución sometida a referéndum, el Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos; será además responsable de la provisión de servicios públicos de agua potable, riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructura portuaria y aeroportuaria; además constituirá empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas, con lo que no se podría prever la potencial existencia de concesionarios.

No obstante lo anterior, la figura de la delegación se ha integrado por la Asamblea, lo que obligará a reformar la Ley de Modernización del Estado, cuando el texto del Art. 316, del proyecto constitucional, establece que el Estado podrá delegar la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria.

En el artículo indicado, el inciso segundo, declara que el Estado podrá, en forma excepcional, delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, el ejercicio de la delegación en los sectores estratégicos y de servicios públicos; en ninguno de los textos se excluye a los delegatarios de la responsabilidad del Estado para resarcir daños.

Las normas constitucionales deben ser completadas por una legislación secundaria que regule el plazo de ejercicio y prescripción de la acción, el procedimiento administrativo, la reparación de daños, la valoración del perjuicio, la extensión de la reparación y el importe de la indemnización, entre otras normas que permitan la plena vigencia del principio constitucional, a fin de que no ocurra que se quede en una declaración ineficaz.

- **Conclusión.**

1. La responsabilidad del Estado se ha fijado como un principio constitucional en el proyecto de Constitución sometido a referéndum, consta en el número 9, del Art. 11.
2. La responsabilidad del Estado de obligarse a reparar las violaciones de los derechos de los particulares, no es una novedad, de una u otra forma existe en el antecedente histórico constitucional del Ecuador desde la constitución de 1830.
3. Inicialmente el sistema constitucional ecuatoriano consideró la responsabilidad, limitada a indemnizar los efectos de los casos de expropiación, que con fines de utilidad pública o interés social hacía el Estado, para sus obras públicas.
4. A partir de la Constitución de 1929 se incorporan los conceptos sociales para la propiedad y se amplía la responsabilidad del Estado por las violaciones a los derechos de los particulares.
5. Tanto la Constitución de 1967, como la de 1998, desarrollaron el principio de responsabilidad del Estado para efectos de daños provocados por la ineficiencia de brindar los servicios públicos, con una redacción similar a la propuesta que se hace en el proyecto constitucional de la Asamblea.
6. De los tres textos, el de la Constitución de 1967 es el más completo, por el alcance; el de 1998 fue corto y poco eficaz por la limitación que tenía.
7. El texto propuesto en el proyecto constitucional del 2008, es más completo, novedoso en su extensión social y se complementa bien con el texto constitucional, armonizando con las otras normas del proyecto de Constitución.
8. En el sentido de responsabilidad del Estado, el texto de la propuesta, se ha completado al detallar el alcance en materia de perjuicios por sentencia penal reformada o revocada y además por los errores judiciales
9. El principio de responsabilidad del Estado, por daños causados a los particulares es la realización del principio de legalidad, de responsabilidad del Estado, de tutela judicial y el de seguridad jurídica.
10. La responsabilidad de los concesionarios del Estado, que antes era previsible, con las nuevas reglas existentes en el proyecto de Constitución, es una posibilidad lejana, aunque se prevé casos de delegación a la iniciativa privada.



# ¿QUÉ SIGNIFICA EL BUEN VIVIR?

Por Dr. Carlos Zúñiga Romero

## I.- Lectura para la lectura

**Al** principio Dios creó el cielo y la Tierra. Dios llamó a la luz “Día” y a las tinieblas “Noche”. Al suelo seco llamó “Tierra” y a la marea de agua “Mares”. La Tierra produjo pasto y hierbas que dan semillas. Y vio Dios que esto era bueno.

El hombre es puesto en un jardín para cultivarlo: la humanidad se va haciendo a si misma, trabajando el mundo.

El hombre se queda entre los dos árboles. El de la vida y el de la Ciencia del Bien y del Mal. El de la vida, que el hombre puede probar mientras está en el jardín, y, al ver como le llega la vida, sabe que está en la verdad.

El de la Ciencia del Bien y del Mal, en conocimiento de sí y del mundo que le sugiere al hombre adueñarse de todos los frutos de la ciencia, de la técnica, de la economía y del sexo para gozar de lo que a él le parece bueno para ser libre y feliz.

Adán y la segunda parte de su creación, estaban desnudos sin vergüenza, o sea que estaban en paz con la Naturaleza. No sentían la rebeldía de sus instintos.

Después del diluvio, Dios dijo: nunca más maldeciré la Tierra por culpa del hombre.

Los errores y los crímenes de los hombres no podrán llevar al caos la historia. No solamente el sol dará su calor y la Tierra el pan, sino que, en cada siglo, la humanidad encontrará una solución a sus problemas.

## **II.- Estado y Modelo económico.**

El Estado ha tenido, tiene y tendrá un rol, participación y funciones diferentes a asumir, según el sistema económico imperante, entendido éste como el ordenamiento social a través del cual la comunidad se organiza para producir y distribuir los bienes elaborados, es decir, para responder a los requerimientos básicos del proceso económico: producir y distribuir.

En esta concepción, para efecto constitucional, las bases del sistema económico se establecen en aquellas definiciones centrales entre temas económicos precisos, como el de las potestades regulatorias e intervencionistas del Estado en la economía y de la forma en que se ejercen y revisan; en el Estado empresario y su relación con el individuo; y el de las garantías y libertades económicas del ciudadano, todas ellas con un objetivo, de propiciar una existencia digna e iguales derechos y oportunidades para acceder al trabajo, a los bienes y servicios y a la propiedad de los medios de producción; la proyección del denominador común ha sido el desarrollo, el bienestar, el progreso, la felicidad, la armonía, la solidaridad

Varios son los países en América latina que en este siglo –XXI- han instaurado gobiernos con modelo económico socialista, provocando inquietud, sobre todo, en la indefinición de la propiedad privada, institución trascendental en las economías para su desarrollo o crecimiento, esperada desde la óptica del IDH (Índice Desarrollo Humano) o del PIB (Producto Interno Bruto). Algunos transitan en lo que han denominado socialismo “con enfoque liberal”: Brasil, Argentina-Chile; mientras Venezuela y Bolivia caminan a un socialismo “del siglo XXI”, del cual Heinz Dieterich Steffan de la escuela de Bremen, su autor, rebela: que para llegar a este modelo su proceso él mismo lo desconoce y que esa vieja idea del socialismo estatizando la propiedad, es una equivocación en la economía actual. Ecuador manifiesta identificarse con un socialismo entorno a una economía de privilegio en lo “social y solidario”.

Por tanto, no se dejará escuchar voces pidiendo más Mercados, otros, más Estado, según la diversa ideología e intereses que presionaran en una u otra

dirección. Revisados los textos constitucional-económicos del país apreciamos la adjetivización de que se han hecho acreedores por su manifiesto comportamiento en un tiempo y circunstancia.

El Proyecto de Constitución 2008, elaborado en Montecristi-Manabí, por la Asamblea Constituyente ha sido una de los más cuestionados por la forma y fondo de su concepción. Oferta cosas novedosas, otras inquietantes, también cambios y esto último, siempre erosiona a lo establecido.

### **III.- Naturaleza y Ambiente**

El Proyecto de Constitución se esmera en, la transversalidad, ciudadanizar la Constitución, expresado en contrario, se trata de un Proyecto de Constitución ciudadana, con una nueva forma de convivencia, en diversidad y armonía con la naturaleza que la privilegia de modo singular, también al ambiente, la soberanización, la integración, y colectivización de la diversidad y la armonía para alcanzar (Lo novedoso) el BUEN VIVIR, en kichwa: Sumac Káusay o Alli Káusai, en aymara sumac jakaña: vivir bien.

La humanidad encontrará la solución a sus problemas, se generaliza, no en un modelo económico sea cual fuere su adjetivización, sino en la atención y reflexión en el mundo de hoy que pinta naturalezas muertas, donde sucumben los bosques naturales, se derriten los polos, el aire se hace irrespirable y el agua intomable, se plastifican las flores y la comida, y el cielo y la tierra se desquician de repente.

Mientras esto ocurre, agrega, Eduardo Galeano: “Ecuador discute una nueva Constitución. Y en ese texto se abre la posibilidad de reconocer, por primera vez en la historia universal, los derechos de la naturaleza. Ella tiene mucho que decir, y ya va siendo hora de que nosotros sus hijos, no sigamos haciéndonos los sordos. Y quizás hasta Dios escuche la llamada que suena desde este país andino, y agregue el undécimo mandamiento que se le había olvidado en las instrucciones que nos dio desde el monte Sinaí. “Amarás a la Naturaleza, de la que formas parte”.

En este espacio procedo a anotar: “Un objeto que quiere ser sujeto”

Para esta anotación, Galeano se preguntará ¿I la naturaleza? Pues, en cierto modo, se podría decir, los derechos humanos abarcan a la naturaleza, porque ella no es una tarjeta postal para ser mirada desde afuera; pero si bien sabe la naturaleza que hasta las mejores leyes humanas la tratan como objeto de propiedad, y nunca como sujeto de derecho.

Del Proyecto de Constitución -2008- tomo y transcribo lo correspondiente a los Principios de aplicación de los derechos, concediéndome oportunidad a transcribir los derechos de la Naturaleza, ahora, con rango constitucional.

Art.10.- Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales. La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución.

Capítulo Séptimo. Derechos de la Naturaleza.

Art.71.- La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.

Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observan los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda.

El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema.

Y así, las subsiguientes disposiciones del referido Proyecto rebelan el derecho, de la naturaleza, a la restauración independiente de la obligación que tienen el

Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados.

Amplía la protección cuando dispone aplicar medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales, prohibiendo la introducción de organismos y materiales orgánicos e inorgánico que puedan alterar de manera definitiva el patrimonio genético nacional.

En concordancia con los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades propuesta en el Capítulo Cuarto, el artículo. 74 les concede derechos a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el buen vivir, e incluso añade que los servicios ambientales no serán susceptibles de apropiación; su producción, prestación, uso y aprovechamiento serán regulados por el Estado.

Concluyo la temática sobre la naturaleza observando nuestra América Latina y sus variadas ideologías desde la marxista hasta la neoliberal, que sustentan sus construcciones teóricas y prácticas en tres ejes a saber:

- 1.- Todas las corrientes consideran como indispensable el crecimiento económico.
- 2.- Hay un indiscutible apego a la visión del progreso, entendida como la interminable acumulación material, para así avanzar a niveles superiores de bienestar.
- 3.- La naturaleza no es considerada o si se lo hace esta subordinada al discurso y a la acción del desarrollo. No se acepta a la naturaleza como un cuerpo vivo, con sus propios derechos. Hasta se trata de mercantilizarla para que el mercado la proteja.

“La acumulación material –mecanicista e interminable de bienes- apoltronada sobre el “utilitarismo antropocéntrico sobre la naturaleza” no tiene futuro. El ambiente no puede ser visto como una condición para el crecimiento

económico, tampoco puede ser un simple objeto de las políticas del desarrollo. Esto conduce a aceptar, dice el autor, que la naturaleza es una construcción social y, en tanto obra de los seres humanos, debe ser revisada íntegramente, sobre todo si la naturaleza está por fuera de la humanidad, porque siendo así, incluso al definirla como naturaleza sin considerar al ser humano, se ha abierto la puerta para dominarla y manipularla. Se la ha transformado en recursos naturales e incluso en capital natural a ser explotado.” Gudynas.

La crisis económica nacional se extiende e impacta también en el territorio oriental (amazonia o amazonía), donde las políticas económicas no deben sobreponerse a requerimientos generales, propio de lo local, éstas no deben irrespetar más bien deben promover interdependencias, fortalecer vínculos de la sociedad con la naturaleza por ser, reitero, muy propio de su vivir, donde se practica una economía del diario vivir, cotidiano, lento, de manifestaciones de solidaridad innata, espontánea, que resiste a la especulación, a la agresiva competencia sin límites. Estos colectivos quieren participar en la democracia, integrarse con la lógica de la naturaleza, poder expresar las demandas locales, sus capacidades, trascender el aparato productivo, su realidad y entorno ambiental.

Ante la racionalidad ambiental que desarrolla una competitividad sustentable en la diversificación productiva, como respuesta a las realidades de la amazonía, Tortosa aconseja que el desarrollo local puede plantear sistemas alternativos fuera del sistema, para aquellas comunidades marginadas de la lógica de la acumulación y explotación del capital rechazando el mal desarrollo, para ello cabe, dice, intentar crear a escala local, espacios de relación humana y de satisfacción básica de necesidades dentro de la filosofía del “bastante”, es decir, sin entrar en la lógica capitalista del “más” o de la acumulación incesante de capital

#### **IV.- Desarrollo término ambiguo**

**E**n la revista informativa mensual No. 51, de la Facultad de Jurisprudencia de la UCSG de abril / 2008 como columnista invitado escribí el artículo “Alli Káusai: El buen vivir en la Constitución” y, en él exponía que en la cosmovisión de las sociedades indígenas no existe el concepto de desarrollo. En esta oportunidad ampliaré el tema del desarrollo porque constituye introducción obligada para abordar el buen vivir, escrito en kichwa –quichua- quechua- como sumac káusai o alli káusai; al tratarse del vivir bien, como suma jakaña; o del suma qamaña referente al vivir y convivir bien.

En general, toda persona quisiera ser rico, vivir cómodamente, tener dinero, ganar más, todo ello desemboca en el desarrollo, en el bienestar, por cierto es una posición, creo, mayoritaria.

Como tal el desarrollo es un término ambiguo. No se alcanza culminando metas o etapas preestablecidas. No hay una vía para él, tampoco una llegada única. Es un proceso continuo de búsqueda y aprendizaje, el que se nutre de logros y de los errores, por cierto esta es otra óptica.

La visión del desarrollo es la de un mundo homogéneo y universal, donde el modo de vida de las personas y sociedades está articulado por relaciones generadas en el contexto de mercados dinámicos y, desde ahí, la existencia de una ciudadanía universal conformada por productores y consumidores que, en permanente innovación y competencia, se convierta en el motor de la nueva historia de la humanidad.

Desarrollo en el mundo de la economía y finanzas de occidente, constituye un proceso de crecimiento de una economía, que a lo largo de la ejecución de inversiones se aplican nuevas tecnologías que producen transformaciones sociales.

Desde varias orillas describiremos al desarrollo, al mal desarrollo y al subdesarrollo, para ir avanzando al tema central. Tratemos primero a “Amartya

Sen” y sus cuatro versiones a saber: “.....el desarrollo entendido como aumento de la productividad ; o.....el desarrollo acentuado en la igualdad; o.....el desarrollo en la óptica de las necesidades básicas; o.....el desarrollo visto como la ampliación de las capacidades”.

“Tortosa” El Mal desarrollo se refiere al bienestar material, a la seguridad frente a la violencia física o directa, a la libertad y a la identidad, en estrecha relación con la naturaleza. La no satisfacción de las necesidades básicas conducen al mal desarrollo”.

“Tortosa” El subdesarrollo se origina en los países desarrollados, se agudiza gracias a estos últimos con la visible colaboración de las élites de los países pobres y solo se solucionará cuando los países llamados desarrollados cambien de políticas hacia los subdesarrollados y las élites muy ricas de los países abandonen igualmente su actividad depredadora.”

De inmediato pasamos a deducir que existirán tantas y cuantas teorías representen justificativos en un espacio, en un tiempo o a una circunstancia; por tanto, para dar respuesta al desarrollo podríamos terminar diciendo: ...” es lo que, desde el punto de vista de los respectivamente interesados, debería ser” “Bliss”.

El quichwa ecuatoriano, Luis Viteri Gualinga ofrece un documento titulado “Visión indígena del Desarrollo, testimonio cuestionador del concepto de desarrollo, no solo como inútil para la cosmovisión indígena, sino altamente detonante. Dice:...” ellos, del “desarrollo capitalista”, por sus vínculos con los principios ambiciosos y angurrientos del lucro y la ganancia, pueden matar la vida sobre el planeta. Y esto es lo que está sucediendo, se lo observa y comenta. Por tanto no es solo peligroso para los indígenas, sino que por eso mismo los conceptos de “desarrollo” y “progreso” combinados con “lucro”, “ganancia”, “especulación financiera”, operaciones offsshore” y otros conceptos de economía moderna, tienen significados perversos para toda la humanidad. La pregunta en la cotidianidad es: ¿alguien puede parar esta tendencia y poner fin a esta senda apocalíptica?”

El espíritu del término *sumak káusai* en la cultura indígena puede contribuir cualitativamente a entender aspectos que tienen que ver con la ética “la lógica de la economía indígena no es de acumular bienes materiales sino que es la de tener solamente lo que se necesita”, nos muestra que, la ética de tener solamente lo que se necesita podría ser una contribución a la idea tradicional del desarrollo y a la comunidad de los países industrializados, en donde los pilares del bienestar están basados en una acumulación de capital devastadora.

Para los indígenas, la finalidad de un auténtico desarrollo se establece en construir gradual y democráticamente las condiciones materiales y espirituales para alcanzar el *alli káusai*, esto es, el buen vivir. Un nuevo desarrollo social, que inspire confianza, paz, solidaridad, entendimiento, sentido de pertenencia, vitalidad y alegría, nutrido por valores éticos vividos y sentidos por la ciudadanía.

Al respecto, el Título VI Régimen de Desarrollo. Capítulo Primero: Principios generales, del Proyecto de Constitución –2008- expresa en el artículo 275.:

“El régimen de desarrollo es el conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistemas económicos, político, sociales y ambientales, que garantizan la realización del buen vivir, del *sumak kawsay*. El Estado planificará el desarrollo del país para garantizar el ejercicio de los derechos, la consecución de los objetivos del régimen de desarrollo y los principios consagrados en la Constitución. La planificación propiciará la equidad social y territorial, promoverá la concertación, y será participativa, descentralizada, desconcentrada y transparente. El buen vivir requerirá que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades gocen efectivamente de sus derechos, y ejerzan responsabilidades en el marco de la interculturalidad, del respeto a sus diversidades, y de la convivencia armónica con la naturaleza.”

A este régimen de desarrollo se le asigna objetivos (artículo 276 del Proyecto de Constitución -2008-) notándose una diferencia con el artículo 243 del Título XII. Del Sistema Económico. Capítulo I: Principios generales, de la Constitución

de 1998, que dice: ....”serán objetivos permanente de la economía...1, 2, 3, 4 y 5.. Esto es, siendo variados ellos (PdeC 2008) no tienen la particularidad de ser “permanentes” y esto si influye en una planificación sustentable a largo plazo, a efecto garantizar su permanencia y coherencia con otros aspectos inmersos en los propósitos fundamentales, para abordar el desarrollo.

En el Proyecto, los objetivos tratan de mejorar la calidad y esperanza de vida, y aumentar las capacidades y potencialidades de la población en el marco de los principios y derechos que establece la Constitución; el de construir un sistema económico, justo, democrático, productivo, solidario y sostenible basado en la distribución igualitaria de los beneficios del desarrollo, de los medios de producción y en la generación de trabajo digno y estable.; en el fomento de la participación y el control social, con reconocimiento de las diversas identidades y promoción de su representación equitativa, en todas las fases de la gestión, del poder público; a recuperar y conservar la naturaleza y mantener un ambiente sano y sustentable que garantice a las personas y colectividades en acceso equitativo, permanente y de calidad al agua, aire y suelo, y a los beneficios de los recursos del subsuelo y del patrimonio natural.

Garantiza, también, la soberanía nacional, promoviendo la integración latinoamericana e impulsando la inserción estratégica en el contexto internacional, que contribuya a la paz y a un sistema democrático y equitativo mundial. Incita el promover un ordenamiento territorial equilibrado y equitativo que integre y articule las actividades socioculturales, administrativas, económicas y de gestión a efecto de coadyuvar a la unidad estatal.

La efectiva planificación participativa para el desarrollo, el Proyecto de Constitución lo cubre en el Capítulo Segundo del mismo Título VI, activando el Plan Nacional de Desarrollo como instrumento al que se sujetarán las políticas, programas y proyectos públicos; la programación y ejecución del presupuesto del Estado; y la inversión y la asignación de los recursos públicos; coordinando las competencias exclusivas entre el Estado central y los gobiernos autónomos descentralizados.

## **V.-¿Qué significa el Buen vivir? Imaninantataq sumak káusai**

**(En lengua quichua, quechua, kichwa, significa vida armoniosa: armonía entre nosotros y armonía con la naturaleza, que engendra, alimenta y abriga, y que tiene vida propia y valores propios, más allá de nosotros.)**

**E**l tema central es este, indudablemente que si, indicando lo necesario que fue referirse a los tópicos relatados, para una articulación elemental, a efecto conceder sustento interpretativo a la idea base del mismo.

Ameno ha sido el trabajo de investigación sobre el tema asignado, que ha repercutido en cierta felicidad al interior de mi ser. Así:

“La noción de Justicia en la retórica de Aristóteles”, traída por Jerónimo Corral,...”el desarrollo propugna una retórica que sirva a las ciudades de buen gobierno, la felicidad, la que Aristóteles la define como un buen vivir”.

El inicio del libro I, del Desarrollo del Justo Político, es una defensa de la Retórica como arte, siendo elevada por Aristóteles a objeto de teoría. El Estagirita propugna una retórica que sirve a las ciudades de “buen gobierno”, insistiendo en su interés para el ejercicio de la ciudadanía.

En la oratoria deliberativa el orador aconseja acerca de lo conveniente y de los bienes y de los males que pueden acaecer. y considerando que hay un objeto en función del cual todos los hombres eligen o repudian, la felicidad, Aristóteles la define como un buen vivir, con virtud, uno de cuyos elementos es la justicia.

“...Entonces siendo la justicia la sustancia del sumak káusai, su aliento será la equidad y el respeto por el ser humano y la comunidad, y no la búsqueda de la gobernabilidad. Aun más, la justicia y el nuevo humanismo requieren de la extirpación del colonialismo interno, de los racismos, del sexismo y la homofobia, de la violencia contra la naturaleza. Siendo esas las metas, la construcción del sumak káusai jamás puede ser asimilada a la terapia de mitigación de la inconformidad que fue el Estado de Bienestar.” Catalina León.

En la tarea de buscar significados encontré variedad sobre el buen vivir. Por ejemplo, en el espacio de la Mesa del Buen vivir se lo relaciona con la selección de vinos; otros, con postres caseros.

Existe espacio de “Las veinte reglas para el buen vivir”, traído por el Instituto francés de la ansiedad y el estrés.

También se descubre la existencia de “Consejos para el buen vivir”.

Los franceses, con el Bon vivant -cercaño al bien vivir.

Los italianos, con la dolce vita –la farniente- dulzura de vivir.

Los alemanes, con el Gutes leben –buen vivir- o con el Spass haben-pasarla bien.

Los estadounidenses, con el american way of life- vivir mejor en consumismo

Los latinoamericanos, el buen vivir va en la idea de comodidad, capacidad de gasto.

La tendencia diferenciada a lo dicho, se relaciona más allá del desarrollo como la nueva perspectiva, aquí el objetivo, es propiciar el buen vivir o el bienestar de la población local.

Javier Lajo de la escuela indígena del “Qhapaq Ñan” indica que el Presidente de todos los indígenas del continente al referirse sobre el sumaq káusai la define: “vivir bien, es pensar no sólo en términos de ingreso per-cápita sino de identidad cultural, de comunidad, de armonía entre nosotros y con nuestra madre tierra” Esta idea acentuada y reafirmada asocia a decir que ellos, los indígenas, no creen en la línea del progreso y el desarrollo ilimitado a costa del Otro y de la naturaleza, y que hay que complementarse y compartir, que la lógica de la economía indígena no es de acumular bienes materiales sino que es la de tener solamente lo que se necesita, e incluso se adelantan a observar lo que puede pensar la contraparte que subestima la grandeza y potencia de la cultura andina, para con ironía decir: se trata de poesía indígena, romanticismo o buenos deseos y nada más.

El Allin Káusai, misceláneo compuesto por los términos: Allin comprendido como buenísimo, magnífico, espléndido y el Káusai comprendido como vida, existencia, se presta para traducirlo como: “espléndida existencia”. Con este sustento, el compatriota Carlos Viteri Gualinga expresa que:....”por la diversidad de elementos a los que están condicionadas las acciones humanas que propician el sumak káusai, como es el conocimiento, los códigos de conducta éticas y espirituales en la relación con el entorno, los valores humanos, la visión del futuro, apreciado así, constituye una categoría en permanente construcción”.

El mismo Javier Lajo, autor del “Qhapac Ñan, la ruta Inka de sabiduría” incursiona en el “Ñan” o camino, o búsqueda del criterio de verdad en la cultura indígena de los andes -lo identifica- es simbolizada por una diagonal, en runa simi o quechua : “Ch’ekkalluwa”, cuya traducción literal es “línea de la verdad”, por eso mismo el “Qhapaq Ñan o caminos de los justos, está construido sobre una recta diagonal que traza un ángulo de 45° del eje Norte-Sur y que cubre gran parte del hemisferio, recta encima de la cual están construidos los templos milenarios. En la misma línea de comprensión, encontramos que el Allin Ruay, o “hacer bien” solo cubre uno de los tres “Pachas” de la cosmovisión Inka: el Kay Pacha o mundo “de aquí y de ahora”. El Kay Pacha también es producto del equilibrio del par fundamental o “Hanan Pacha-Uku Pacha”, que son dos mundos en movimiento sucesivo y permanente contractivo-expansivo, dinámica que los Mayas conocían como el “estado Hollín”. Esta dinámica “Hollín” o “Yanan-Tinkuy” – quechua- es la que construye el “aquí y el ahora”. Por tanto “el presente” es producto del equilibrio o encuentro entre “el pasado” y “el futuro” o lo que es casi lo mismo entre el Hanan Pacha y el Uku Pacha, ambos identificados como los principios del Allin Yachay o “pensar bien” y el Allin Munay o “sentir bien”, respectivamente.

Esta transcripción necesaria, por cierto, para comprender que el equilibrio pleno para el Allin Káusai es producto del justo medio entre “el sentir y el pensar” y en donde el criterio de “verdad” (Ch’ekka) es la conciencia plena del momento y la circunstancia del Allin Káusai o “espléndida existencia” como buen producto del sentir y pensar equilibrados o completamente proporcionales. Esta es la

filosofía simple de la cultura andina, resalta Lajo, difícil practicarla, luego añade: pero no es tanto cuando se aprende desde niño.

La escuela indígena, exalta los principios Inkas del “allin Munay” o querer bien; el “Allin Yachay” o pensar bien, saber bien y finalmente el Allin Ruay” o hacer bien, son los tres pilares sobre los que se construye el Allin Káusai o Sumac Káusai, este último término posee connotación estética pues Sumac es un adjetivo que califica lo hermoso, lo bello, pero que en las cultura indígenas suele coincidir con el Allin que es lo bueno, lo espléndido, lo excelente.

Se hace un señalamiento a la cultura occidental al decir que esta ha privilegiado el “pensar” acudiendo al logos y la epistheme, la razón y la ciencia como herramientas principales y virtudes; pero que, comentan, hemos descuidado la parte afectiva, el sentimiento, el corazón. Y que, para eso sirve el “Allin Munay”, principio Inka que señala que para vivir espléndidamente se debe “querer bien”, “amar fuerte”, saber sentir al cosmos, a la comunidad, a los semejantes y al medio circundante, a la madre natura, a la Pachamama.

Los Indígenas, Inkas o Aymaras no divorcian, en su escritura, el denominador común que los identifican con el buen vivir, bien vivir o convivir bien, siempre es la naturaleza, el justo medio, el par, la armonía, la Pachamama que los articula.

Los aymaras -Bolivia- y la historia del movimiento indígena en la búsqueda del sumac qamaña “bien vivir”, esto es, vivir y convivir bien, que es o significa el ideal buscado por el hombre y la mujer andina, traducido como la plenitud de la vida, el bienestar social, económico y político que los pueblos anhelan. Podría arriesgar, para decir, que eso es lo que como desarrollo pleno de sus pueblos, lo consideran y aceptan.

La sumac qamaña, según Javier Medina, es la calidad de vida, es una reflexión mas amplia sobre la condición humana. Ella considera que la identidad cultural, el enraizamiento físico, mental y espiritual del hombre en su territorio es de igual importancia que la base material de la vida.

Ecuador se adelantó a Bolivia, en su concreción constitucional de este Buen vivir, sumak káusai. Los aymaras poseen en literatura una propuesta política de instauración de un régimen para el sumac qamaña, en la consideración que el pueblo quiere cambio y la propuesta es, hacer cambio en toda la estructura política, pero desde la visión andino amazónico. Y, para efectivizar este cambio los actores deberán tener todos los elementos necesarios para la discusión el Pacha-Kuti (cambio) y establecer el suma qamaña, creando principios normativos de reciprocidad, complementariedad, equilibrio y consenso sustentado en el sistema de rotación que ofrece oportunidades.

(Qamaña es habitar, morar, mientras que jakaña es aceptado como vivir, vida; para separar el estar vivo del estar muerto).

El Proyecto de Constitución-2008- garantiza un Buen vivir en su redacción, al decir que éste es para todas y todos con derechos, libertades y oportunidades que les permitirá acceso a alimentación suficiente y saludable; salud, educación y seguridad social; empleo digno y bien remunerado; ambiente sano y libre de contaminación; hábitad adecuado y una vivienda digna; culturas, ciencia y tecnología, respetando conocimientos tradicionales; recreación y tiempo libre; gestión del riesgo; población y movilidad humana, seguridad humana; comunicación social.

Estudiado el texto – proyecto, encuentro que son veinte las ocasiones que transversalmente, hace referencia al Buen vivir, partiendo del Preámbulo: .....“Una forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el sumak káusai.”

Luego encontraremos el Buen vivir en el Título I. Capítulo primero, artículo 3 n.5; Título II. Capítulo segundo, artículos 12 y 13; Sección segunda, artículos 14 y 15; Sección tercera, artículos 16, 17, 18, 19 y 20; Sección cuarta, artículos 21, 22, 23, 24 y 25; Sección quinta, artículos 26, 27, 28 y 29; Sección sexta, artículos 30 y 31; Sección séptima, artículo 32; Sección octava, artículos 33 y 34. Capítulo séptimo, artículo 74;. Capítulo noveno, artículo 83 n7.; Título III Capítulo segundo, artículo 85 n1; Título IV. Capítulo tercero, artículo 97; Título

V. Capítulo tercero, artículo 258; Título VI. Capítulo primero, artículos 275, 277 y 278; Capítulo cuarto, artículo 283; Sección tercera, artículo 290 n2; Capítulo sexto. Sección primera, artículo 319 inciso 2do.; Título VII. Capítulo primero, artículos 385 n3 y 387 n2.

Concluyo expresando sobre el tema del Buen vivir, que esta novedosa inserción constitucional se sustenta en una ciudadanía activa con oportunidades ofrecidas, a efecto, puedan desarrollar sus capacidades y emprenderlas con armonía con la naturaleza, ahora considerada como sujeto de derechos.

## PROYECTO DE NUEVA CONSTITUCIÓN Y LAS UNIVERSIDADES Y ESCUELAS POLITÉCNICAS

Por Dr. Medardo Mora Solórzano

Para poder hacer un análisis adecuado del tratamiento que se hace en el proyecto de nueva Constitución a las Universidades y Escuelas Politécnicas, es necesario partir de dos premisas, la una, ubicando en el contexto histórico a la institución Universidad, y la otra, que se establezca con puntualidad cual ha sido el tratamiento constitucional y legal que han venido teniendo las Universidades y Escuelas Politécnicas en el Ecuador a la presente fecha.

En el caso de la primera premisa, la Universidad históricamente ha sido una institución crítica de todo lo que han significado injusticias sociales, abusos de poder, ó en términos generales han rechazado medidas que hayan atentado contra la plena vigencia y goce de los derechos y garantías fundamentales de las personas, aquello ha hecho que en varios momentos, la Universidad haya desbordado su condición de entidad crítica y se haya convertido en una especie de reducto de la oposición política del gobierno de turno, lo cual ha producido que en muchos casos se haya buscado halagarla o reprimirla por temor, en síntesis la Universidad nunca fue agradable a la visión o intereses de los regímenes imperantes en cualquier país, incluyendo por supuesto Ecuador.

En el caso de la otra premisa, las Universidades y Escuelas Politécnicas lograron alcanzar en el Ecuador un tratamiento legal muy avanzado con la Ley expedida por la Cámara Nacional de Representantes en 1982 (Órgano Legislativo restablecido después del más largo periodo

dictatorial de la historia ecuatoriana 1970-1979), Ley en que se le reconocía una total autonomía en el ámbito de su gobierno y administración, al crearse como organismo rector autónomo de las políticas universitarias y politécnicas y en definitiva de la administración de todo el sistema, al Consejo Nacional de Universidades y Escuelas Politécnicas (CONUEP), lo cual los desvinculaba totalmente de la influencia del poder político. Posteriormente en 1996 se dio un paso de notable trascendencia al dotárselas de autonomía financiera con la creación del Fondo Permanente de Desarrollo Universitario y Politécnico mediante Ley expedida en Mayo de indicado año.

La Asamblea Constitucional de 1998 incorporó al sistema de educación superior a pedido del propio CONUEP, a los Institutos técnicos y Tecnológicos, pero la Asamblea introdujo una disposición transitoria que buscaba reducir la total autonomía alcanzada por las Universidades y Escuelas Politécnicas por la ley de 1982, con un texto que cambió la composición del antiguo Consejo Nacional de Universidades y Escuelas Politécnicas, que lo integraban básicamente los Rectores de las Universidades y Politécnicas y los delegados de los estamentos docentes, estudiantiles y personal administrativo, existiendo una limitada participación externa a través del Ministerio de Educación Superior y del Órgano de Planificación del Estado. Al conformarse el nuevo Consejo Nacional de Educación Superior con 9 miembros, se redujo a 4 Rectores los miembros del Consejo rector de las políticas de educación superior e incorporó a 4 que no pertenecían a las Universidades y Politécnicas, adicionalmente se disponía que el Consejo lo presida ya no un Rector en funciones sino un ex Rector que buscaba convertirlo en fin de cuentas en un alto funcionario público. Se creó paralelamente como organismo de consulta y de una especie de escenario de debates o sugerencias de temas vinculados con la educación universitaria y politécnica, a la denominada Asamblea de la Universidad Ecuatoriana, organismo que al no tener facultades decisorias ha terminado por tener

una muy baja incidencia en las decisiones que deben tomarse en la marcha de la educación superior del país.

## PROPUESTA DEL NUEVO PROYECTO DE CONSTITUCIÓN

Analizadas las premisas que no pueden dejar de ser comentadas en este análisis para clarificar criterios y/o conceptos, el proyecto de nueva Constitución establece un sistema nacional de educación, en cuyo Art. 343 se estipula que el Estado ejercerá la rectoría en materia de educación a través de la autoridad educativa nacional que formulará la política de educación, la regulará y controlará en todas sus actividades y en el funcionamiento de las entidades del sector, tesis que se reitera en el Art. 350 cuando se dispone que el Sistema de Educación Superior estará articulado al Sistema Nacional de Educación y al Plan Nacional de Desarrollo, pero no se consagra de manera expresa como si lo consagra la actual Constitución, al órgano rector de educación superior, que es el Consejo Nacional de Educación Superior y se menciona simple y llanamente a un órgano indeterminado de planificación, regulación y coordinación interna del sistema y de la relación entre sus actores con la función Ejecutiva, lo cual debe entenderse que se reforma la disposición constitucional actual consagrada en el Art. 75, que expresamente señala que las Universidades y Escuelas Politécnicas Públicas y Privadas son personas jurídicas autónomas que se regulan por la Ley y por sus Estatutos que son aprobados por el Consejo Nacional de Educación Superior, es decir no se enfatiza en esta definición la personería jurídica individual de las Universidades y Escuelas Politécnicas y no se consagra constitucionalmente las facultades de aprobar su Estatuto interno, lo cual queda para ser definido en la Ley que deberá expedirse en plazo de 1 año, según la disposición transitoria primera del proyecto de Constitución. Hasta que se expida la nueva Ley queda vigente en todas

sus partes la actual Ley Orgánica de Educación Superior que sería el instrumento legal que regularía el funcionamiento de los centros de educación superior.

En esta parte es conveniente dejar precisado que la autonomía de la que gozan actualmente las Universidades y Escuelas Politécnicas, no puede ser entendida como una facultad para tomar decisiones al margen de disposiciones constitucionales y legales, aquella autonomía debe entenderse como la que permite la libre formación de especialistas y profesionales, la libre investigación científica, tecnológica y la innovación, la promoción y desarrollo de la cultura, y el aporte con el que pueda contribuir a la solución de problemas nacionales y a construir una sociedad más justa y solidaria, es decir libertad para pensar, para crear conocimiento y para producir propuestas que ayuden a la solución de los complejos y heterogéneos problemas de un país, sin presiones ni influencias de orden político o económico.

Estimo que el Art. 350 del proyecto acierta al establecer que la autonomía debe ser responsable, al consagrar el co - gobierno que es en definitiva la posibilidad real de que al interior de las propias Universidades y Escuelas Politécnicas se pueda establecer instancias de cooperación corresponsable docente-alumno, no existe mejor juez de la actividad universitaria y politécnica que su propio estudiante o egresado, de tal manera que conviene advertir que si existe alguna opinión sesgada que pretenda creer que la autonomía es una concesión temporal de un gobierno, es una apreciación equivocada, pues aquella fue gestada a través de una histórica conquista a nivel mundial, que ha sido fruto de luchas estudiantiles inolvidables, como aquellos que produjeron la primera reforma universitaria de Córdoba de 1918, la propuesta de la segunda reforma de París de 1968 y la propuesta todavía en construcción de una tercera reforma universitaria que nace en la primera y única conferencia mundial de educación

superior organizada por la Unesco en Paris en 1998, conferencia en la que el Ecuador a través del Consejo Nacional de Universidades y Escuelas Politécnicas tuvo una protagónica ponencia e intervención, que fue recogida en muchas de sus partes en las conclusiones finales de la conferencia. Adicionalmente para la creación de Universidades y Escuelas Politécnicas se requiere el informe favorable del organismo asegurador de la calidad de la educación superior (se le quita esta potestad al CONESUP) además se requiere de un informe paralelo del organismo nacional de planificación (Art. 353 del proyecto).

## AMPLIACIÓN DEL SISTEMA

El actual sistema de educación superior incluye a partir de la Constitución de 1998 tanto a las Universidades y Escuelas Politécnicas como a los Institutos Superiores Técnicos y Tecnológicos, el proyecto de nueva Constitución incorpora además a los Conservatorios de Música y Arte, lo cual tiene su justificación pues en la práctica muchas Universidades anexaron a sus programas de estudio, Conservatorios de Música y/o Escuelas de Artes. Lo que si queda indefinido es la creación de Institutos Técnicos y Tecnológicos que de acuerdo al actual Art. 76 de la Constitución es una competencia privativa del CONESUP. Tampoco puede dejar de inquietar la disposición transitoria vigésima octava que establece que la Función Ejecutiva creará una institución superior que será dirigida por la autoridad educativa nacional en lo académico, administrativo y financiero

## SUSPENSIÓN DE ASAMBLEA UNIVERSIDAD ECUATORIANA

El Art. 352 mantiene como organismos que dirigirán la Educación Superior en el Ecuador, un organismo planificador, regulador y coordinador de las políticas y actividades en materia de educación

superior, así como mantiene a un organismo técnico de acreditación y aseguramiento de la calidad de las instituciones y carreras en el que expresamente se excluye los representantes de las instituciones objeto de evaluación, redacción que resulta poco precisa y que no sólo le quita autonomía al sistema de evaluación y acreditación sino que abriría posibilidades para que los centros de educación superior no sean evaluados por sus pares sino por personas ajenas y/o desconocedores del sistema, aparte de que se lo exime de coordinar acciones con el CONESUP (Art. 79 Constitución vigente) En conclusión se suprime la Asamblea de la Universidad Ecuatoriana que como expresé anteriormente era un organismo de poca influencia en materia decisorias en políticas de educación superior, cuyo rol se limitaba a ser un espacio de debate o de formulación de sugerencias al organismo rector de la política universitaria que es actualmente el Consejo Nacional de Educación Superior.

#### FINANCIAMIENTO DE UNIVERSIDADES Y ESCUELAS POLITÉCNICAS EN EL PROYECTO DE NUEVA CONSTITUCIÓN.

En líneas anteriores señalaba el importante logro que en materia de autonomía financiera habían conseguido en el Ecuador las Universidades y Escuelas Politécnicas, con la expedición de la ley que creó el Fondo Permanente de Desarrollo Universitario y Politécnico, que sin duda alguna ha sido en los últimos 12 años (desde 1996 en que se creó el Fondo), una garantía de financiamiento confiable de las Universidades y Escuelas Politécnicas, lo cual debe entenderse se lo respeta en cuanto el Art. 296 del proyecto estable como pre asignación presupuestaria los recursos destinados a la educación superior y en el Art. 354 se prohíbe a la Función Ejecutiva privar de sus rentas o asignaciones presupuestarias, o retardar las transferencias a ninguna institución del sistema, de tal manera que debe interpretarse que se

garantiza a las Universidades y Politécnicas las rentas que actualmente le pertenecen constitucional y legalmente.

En lo que si se desmejora la actual disposición constitucional es en la obligación que tenía el Estado de incrementar anualmente y de manera obligatoria, las asignaciones presupuestarias de las Universidades Politécnicas, garantía que según la disposición transitoria decimo octava sólo se la garantiza a la educación básica y al bachillerato, quedando únicamente expresamente estipulado a favor de las Universidades y Escuelas Politécnicas Públicas la obligatoriedad de compensarlas por los recursos que dejan de percibir por concepto de cobro de aranceles, matriculas y derechos escolares que ha venido aportando el estudiante, de tal manera que los otros ingresos propios se mantienen como fuente complementaria de ingresos, pero no podrán constituir gravamen para los estudiantes en el tercer nivel, lo cual tendrá posteriormente que ser regulado por la ley según el Art. 356 del proyecto. Debe advertirse que la gratuidad está vinculada a la responsabilidad académica de los estudiantes (Art. 355 del proyecto).

Debe también quedar claro que al establecerse la gratuidad hasta el tercer nivel, los cursos de posgrado deberán ser forzosamente autofinanciados, también debe advertirse se condiciona la entrega de recursos a las Universidades Particulares que actualmente reciben asignaciones o rentas del Estado, a que se sometan a una previa evaluación y que dichas rentas sean destinadas a la concesión de becas a estudiantes de escasos recursos, según lo establece la disposición transitoria vigésima del proyecto, lo cual colocaría en situaciones financieras difíciles a las Universidades Particulares cofinanciadas, pues a mi parecer debió al menos señalar que aquellas asignaciones del Estado podrían utilizarse también en inversión.

De otra parte con la expedición de la Ley de Equidad Tributaria expedida por la Asamblea Constituyente, las Universidades y Politécnicas ya no podrían seguir recibiendo donaciones del 25% del impuesto a la renta, aunque existe la oferta que aquello sería compensado con asignaciones presupuestarias fijas que se asignaría a las Universidades y Politécnicas que las recibieron, de acuerdo al monto donado en el año 2007. Por esta disposición también se suprime la posibilidad de que las personas naturales y jurídicas hagan aportes económicos para dotar de infraestructura, mobiliario y material didáctico al sector educativo, lo cual es deducible de obligaciones tributarias.

#### PROPUESTA DE LA COMISIÓN DE JURISTAS DEL CONESUP

La Comisión de Juristas del CONESUP cuidó en todo instante que su propuesta no sea regresiva con los logros alcanzados por la Universidades y Escuelas Politécnicas, en cuanto consagraba el más irrestricto respeto a sus fines y funciones por parte de los distintos sectores de la sociedad y principalmente de las instituciones vinculadas al poder político. En resumen se mantuvieron las disposiciones de la Constitución de 1998 que fueron fruto de una propuesta del entonces Consejo Nacional de Universidades y Escuelas Politécnicas del Ecuador (CONUEP) formuladas conjuntamente con Rectores universitarios que integraban la Asamblea, la propuesta clarificó también los ámbitos de gestión de los Institutos Técnicos y Tecnológicos que previnieran y evitasen fricciones con lo que compete a las Universidades y Escuelas Politécnicas, se propuso que de manera taxativa consten en la Constitución lo relacionado con las rentas que les pertenecen por el Fondo Permanente de Desarrollo Universitario y Politécnico, se precisó los incrementos que les correspondían recibir en presupuestos anuales futuros para gastos de funcionamiento, se propuso en la sección de Ciencia, Tecnología e Innovación, que las Universidades y Politécnicas

fueran participes en un 50% de los recursos asignados para estas actividades, para evitar la permanente y tediosa gestión que debe realizarse para conseguir el financiamiento de proyectos de investigación.

Para no dejar margen que se piense que las Universidades y Escuelas Politécnicas tienen una posición de abuso de su autonomía y de manejos poco éticos y responsables del rol que les corresponde y del buen uso de sus recursos, se planteó que se hiciese una auditoría de orden académico internacional, para revisar si las instituciones existentes cumplían estándares de calidad mínimo y en caso contrario se disponga el cierre o derogatoria de la Ley que creó una Universidad o Politécnica

Nota: Los números de articulado del proyecto corresponden al primer texto que estuvo disponible en internet después de ser aprobado por la Asamblea Constituyente, por lo que pudiera existir algún cambio en el número de artículo con el que después se entregó al Tribunal Supremo Electoral

# LA PROBLEMÁTICA DE LA VIVIENDA Y LA NUEVA CONSTITUCIÓN

*Por Arq. Rosa Edith Rada Alprecht*

El Reporte de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (2007), indica que los principales problemas de los asentamientos precarios Latinoamericanos son el hacinamiento y las viviendas provisionales<sup>1</sup>.

En el año 2005, alrededor de un quinto de la población urbana de los países en vías de desarrollo vivía hacinada, entendiendo que el hacinamiento es cuando más de dos personas comparten un cuarto (Naciones Unidas, 2007). En Ecuador el 29,8% de las familias viven hacinadas, aumentando este porcentaje al 34,3% en la costa<sup>2</sup>. Esta promiscuidad afecta el adecuado desarrollo de la familia, impide la privacidad y, algunas veces, puede llevar al abuso de niños.

En Ecuador el problema de mala calidad de materiales es mas grave que el de hacinamiento. El mismo reporte indica que las vivienda de poca durabilidad afecta a alrededor de 177 millones de personas que viven en países en vías de desarrollo (Naciones Unidas, 2007), lo que significa que esas personas no tienen acceso a una vivienda adecuada que sea definitiva, por lo que sus necesidades de refugio son resueltas temporalmente. En el caso de Ecuador la situación es alarmante, ya que tiene un 75,5% de viviendas con mala calidad de materiales y un 40,3% con deficiencias en los servicios básicos.

Para hacer el análisis de la pertinencia del Nuevo Proyecto de Constitución (NPC), se realizará el análisis de la situación de la vivienda en el Ecuador, para lo cual se utilizarán cifras obtenidas por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, INEC, referidas al último censo del 2001 y la Encuesta de Condiciones de Vida (Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, INEC, 2005).

Según los resultados de la Encuesta de Condiciones Vida, en el año 2006 el Ecuador tenía 13.278.359 habitantes; de los que la mitad de su población se hallaba concentrada en Guayaquil y Quito, Guayaquil con el 31% y Quito con el 20%; de este total un 78% de la población vivía en zonas urbanas y tuvo una tasa de crecimiento anual entre 1990 y 2000 de 2.6%, estimando que para el período 2005-2010 sería del 2%.

---

<sup>1</sup> NACIONES UNIDAS, 2007. The Millennium Development Goals Report 2007. United States of America: United Nations.

<sup>2</sup> Fuente: Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda

Se establece que el 61.1% de Ecuatorianos son pobres y de este porcentaje 12.8% viven en la indigencia (Banco Mundial, 2007). Aunque el producto interno bruto (PIB) fuera de \$43.758 millones (en el 2006) y per capita el PIB de \$3.216, es importante destacar que el 60% de la población vivía debajo del línea de pobreza en aquel momento.

La distribución de la riqueza evidencia la inequidad que existe en el país: el 20% más pobre de la población recibe casi 5% de renta total, mientras que el 20% más rico tiene casi una participación del 50%. El sueldo básico es de USD \$ 200 y el costo de la canasta familiar de alrededor de USD 507.48; esto indica que hay un desequilibrio entre los ingresos y egresos y un déficit de \$307.48 en el presupuesto del trabajador.

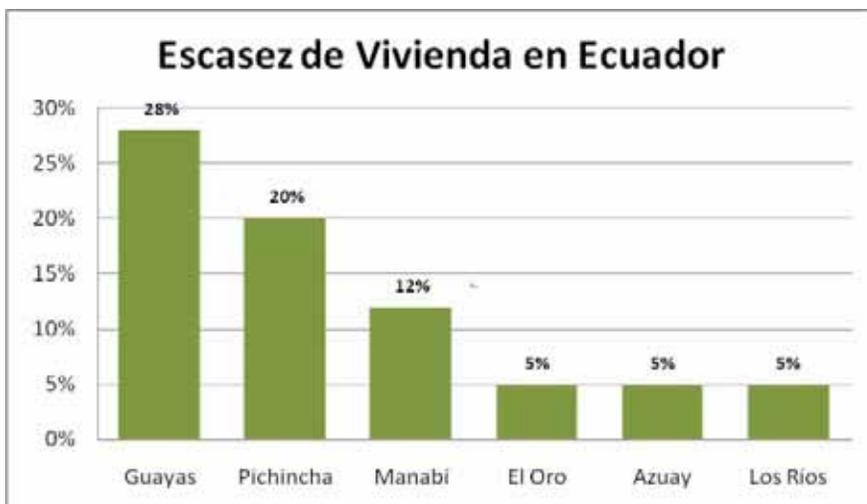
### **Déficit de Vivienda**

La encuesta de condición de vida, Quinta Ronda, desarrollada por el Instituto Ecuatoriano de Estadísticas y Censos (2005-2006), indica que 1.120 hogares no tienen acceso a la propiedad de una vivienda, de los cuales el 76% está situado en zonas urbanas y el 24% en zonas rurales. Se estima que la demanda anual de vivienda por el crecimiento natural de la población según HABITAT de Naciones Unidas, es 50.000 casas<sup>3</sup>

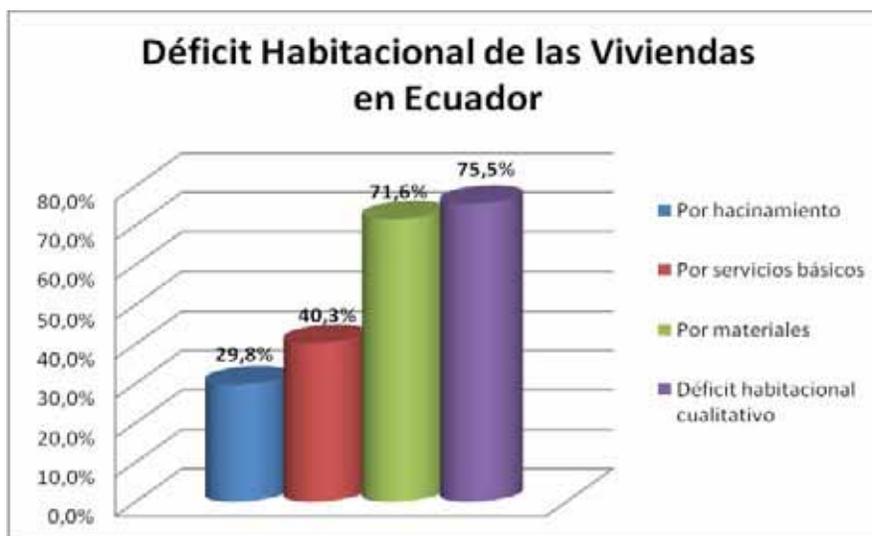
En 2005, el 60% correspondía al déficit cualitativo y el 40% al déficit cuantitativo; de éste, se establecía que el 52% de escasez de vivienda estaba en la región de la costa, donde a la provincia de Guayas y Guayaquil le correspondía un 28%. En Pichincha el déficit era del 20%, Manabí el 12 % y El Oro, Los Ríos y Azuay el 5%. Aunque, según el Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda, en 2005, la escasez de vivienda en Ecuador se estimaba en 828.000 unidades, correspondiendo a 671.000 viviendas que debían ser mejoradas y 157.000 a nuevas viviendas por construir.

---

<sup>3</sup> Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, INEC. Encuesta de Condiciones de vida, 2005-2006



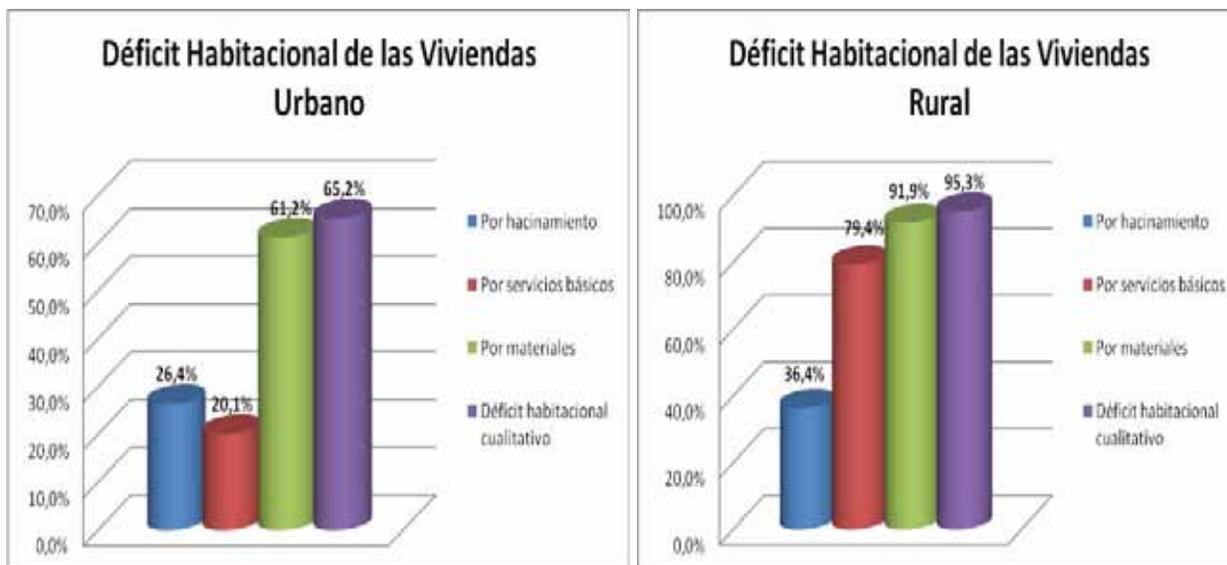
Fuente: INEC, 2005



Fuente: INEC, 2005

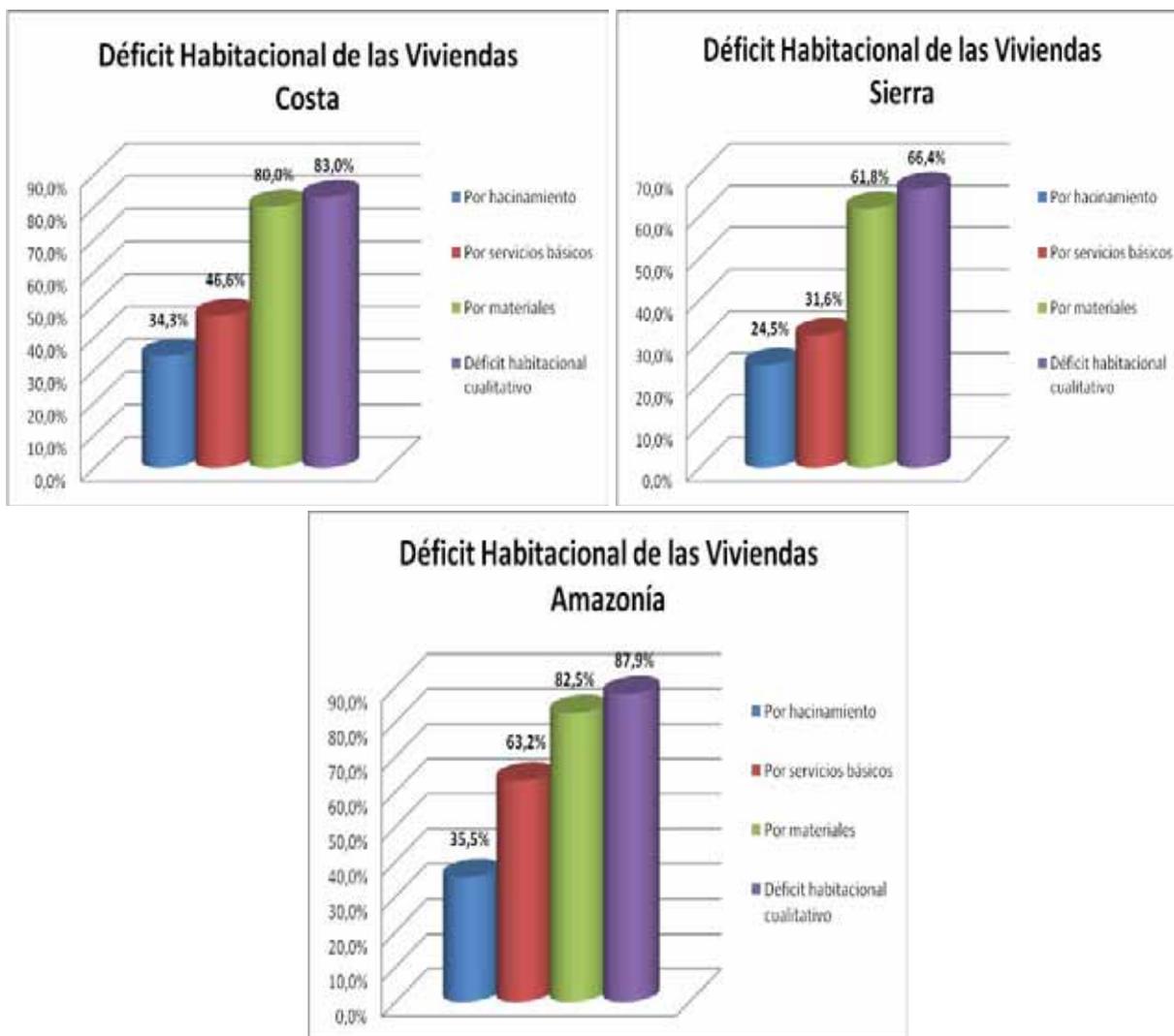
Del gráfico anterior podemos colegir que el déficit cualitativo de vivienda en Ecuador, según el INEC (2005), era del 75.5%, el 71,6% se relaciona con la mala calidad de los materiales de la casa, el 40,3% representa la deficiencia de los servicios básicos y el 29,8% correspondía al déficit cualitativo por hacinamiento. En la región costa, el déficit cualitativo ascendía al 95.3% y el déficit por mala calidad de materiales al 91.9%.

A nivel urbano el déficit cualitativo de vivienda era del 65,2%, el de materiales 61,25%, por servicios básicos 20,1% y por hacinamiento el 26,4%. A nivel rural se establecía que el 95,3% correspondía al déficit cualitativo, el 91,9% a déficit por materiales, el 79,4% a déficit cualitativo por servicios y el 36,4% a déficit por hacinamiento.



Fuente: INEC, 2005

En la Costa el déficit cualitativo era de 83%, el déficit por materiales el 80%, el de servicios básicos 46,6% y el de hacinamiento 34,3%. En la Sierra el déficit cualitativo era de 66,4%, el déficit por materiales 61,8%, el de servicios básicos 31,6% y el de hacinamiento 24,5%. En la Amazonía el déficit cualitativo era de 87,9%, el déficit por materiales 82,5%, el de servicios básicos 63,2% y el de hacinamiento 35,5%.



Fuente: INEC, 2005

Respecto a la propiedad de la tierra y de las viviendas, se establecía que en la Provincia del Guayas hay un 73% que es propietario de una vivienda y un 20% que la alquila. En el caso de Guayaquil debe considerarse que la cifra de propiedad de la vivienda debe haberse incrementado debido al programa de legalización de tierra que sostiene la Municipalidad desde el año 1993 hasta el momento.

| <b><i>Pais/Provincia</i></b> | <b><i>Propietarios</i></b> | <b><i>Alquiler de Vivienda</i></b> | <b><i>Otro</i></b> |
|------------------------------|----------------------------|------------------------------------|--------------------|
| <b>Ecuador</b>               | 67%                        | 23%                                | 10%                |
| <b>Guayas</b>                | 73%                        | 20%                                | 7%                 |
| <b>Guayaquil</b>             |                            |                                    |                    |

Propiedad de la Tierra en Guayaquil  
Fuente: INEC, 2001

## Provisión de servicios básicos

Con respecto a la provisión de los servicios básicos, en Guayaquil tenemos que en el año 2005 el 80% de las viviendas contaban con agua, el 52,72% con drenaje, el 96,77 con energía eléctrica y el 40,40% con teléfono.

A continuación vemos una tabla en la cual se evidencia que en Guayaquil se ha mejorado la provisión de agua, pero en cuestión de drenaje la ciudad tiene 50% de las viviendas sin este servicio. Cabe recalcar que la falta de dotación del servicio no solo se focaliza en los asentamientos ilegales sino también en aquellos que son legales; por ejemplo, las urbanizaciones que están ubicadas a lo largo de la vía a la Costa no tiene la provisión de este servicio.

| <b>Servicios Básicos</b> | <b>1996</b> | <b>1998</b> | <b>2000</b> | <b>2005*</b> |
|--------------------------|-------------|-------------|-------------|--------------|
| <b>Agua</b>              | 70.0        | 67.5        | 66.0        | 80.17        |
| <b>Drenaje</b>           | 48.8        | 45.5        | 42.0        | 50.72        |
| <b>Energía</b>           | 98.8        | 99.0        | 99.0        | 96.77        |
| <b>Teléfono</b>          | 28.2        | 34.5        | 47.7        | 40.40        |

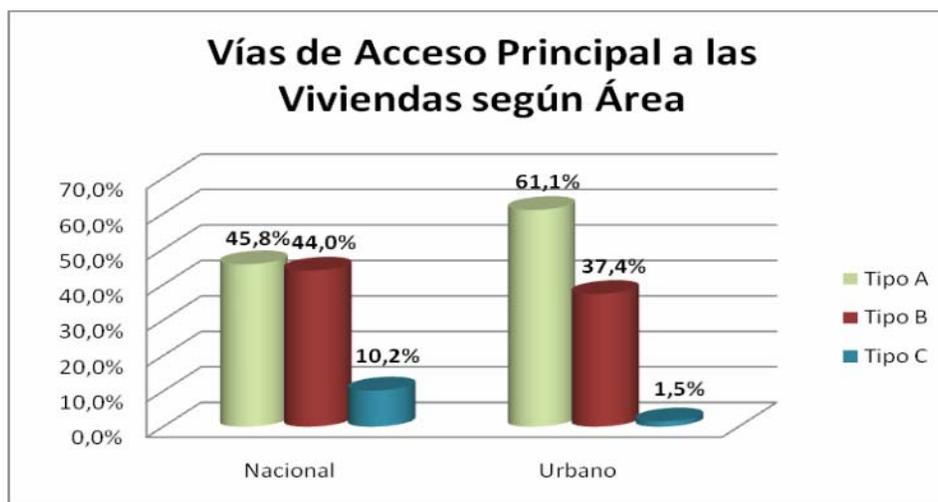
Acceso a los servicios básicos en Guayaquil 1996 a 2005

Fuente INEC, 2001

\* Encuestas de Condiciones de Vida, INEC, 2005

## Calidad de las vías de acceso a las viviendas

A continuación se presenta la situación de la vivienda en relación al estado de las vías de acceso.



Fuente: INEC, 2005

Respecto a la calidad de las vías de acceso que tienen las viviendas podemos ver que el 45,8% de las viviendas tienen acceso a vías de tipo A (pavimentadas o adoquinadas), 44% a vías tipo B (lastradas, empedradas y tierra) y 10,2% a vías de tipo C (senderos, río, mar, puente, camino veranero y escalinatas, ); a nivel urbano las cifras del tipo de vía A se elevan a 61,1%, las del tipo B a 37,4% y las del tipo se disminuyen a 1,5%.

De acuerdo a las cifras por regiones se tiene que la Costa tiene 43,3% de vías del tipo A, 48,3% vías del tipo B y 8,4 del tipo C; en la Sierra el 50,1% pertenecen al tipo A, 38,8% al tipo B y 11,2% al tipo C; en la Amazonía el 27,3% pertenecen al tipo A, el 50,4% pertenecen al tipo B y 22,3% al tipo C.

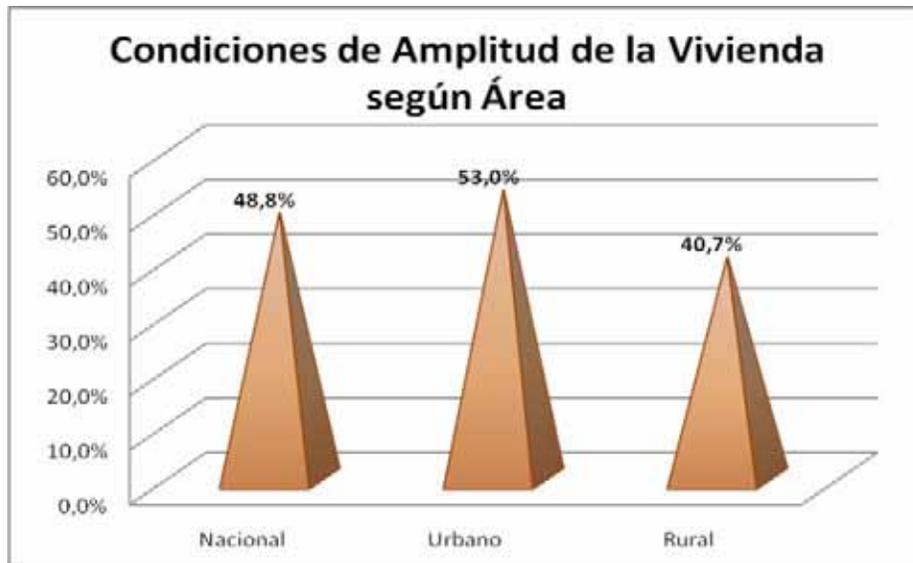
Como se puede colegir la región Amazónica se encuentra en peores condiciones que las otras dos regiones.



Fuente: Encuesta de condición de Vida. Quinta Ronda. INEC, 2005-2006

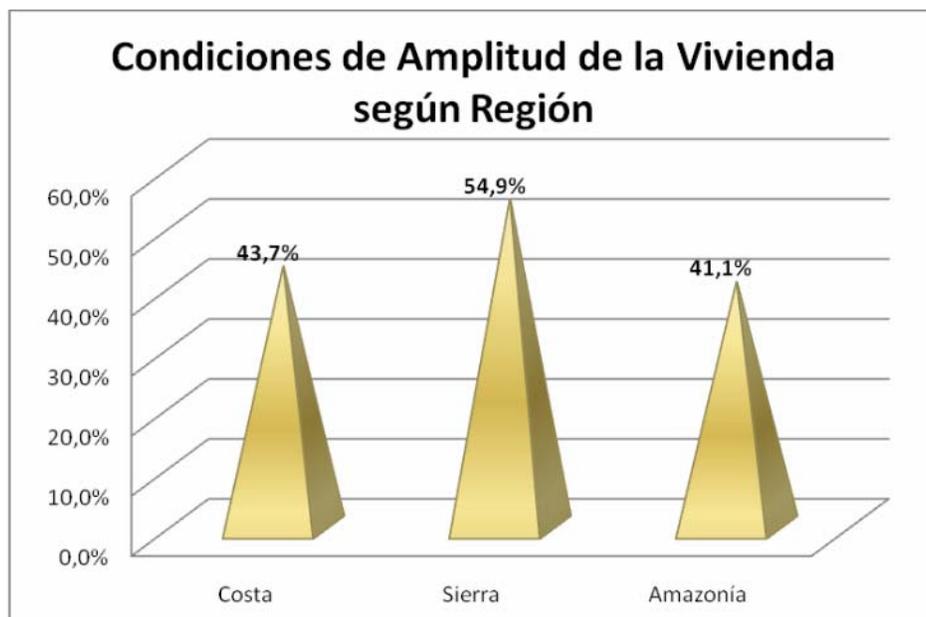
### **Condiciones de amplitud de la vivienda**

Las condiciones de amplitud de la vivienda están dadas cuando hay más de dos cuartos, sin considerar un espacio exclusivo para la cocina y hasta 5 miembros en el hogar. Dentro de estas condiciones Ecuador tiene 48,8% de viviendas en condiciones de amplitud; correspondiendo el 53,0% a nivel urbano y a nivel rural el 40,7%.



**Fuente:** Encuesta de condición de Vida. Quinta Ronda. INEC, 2005-2006

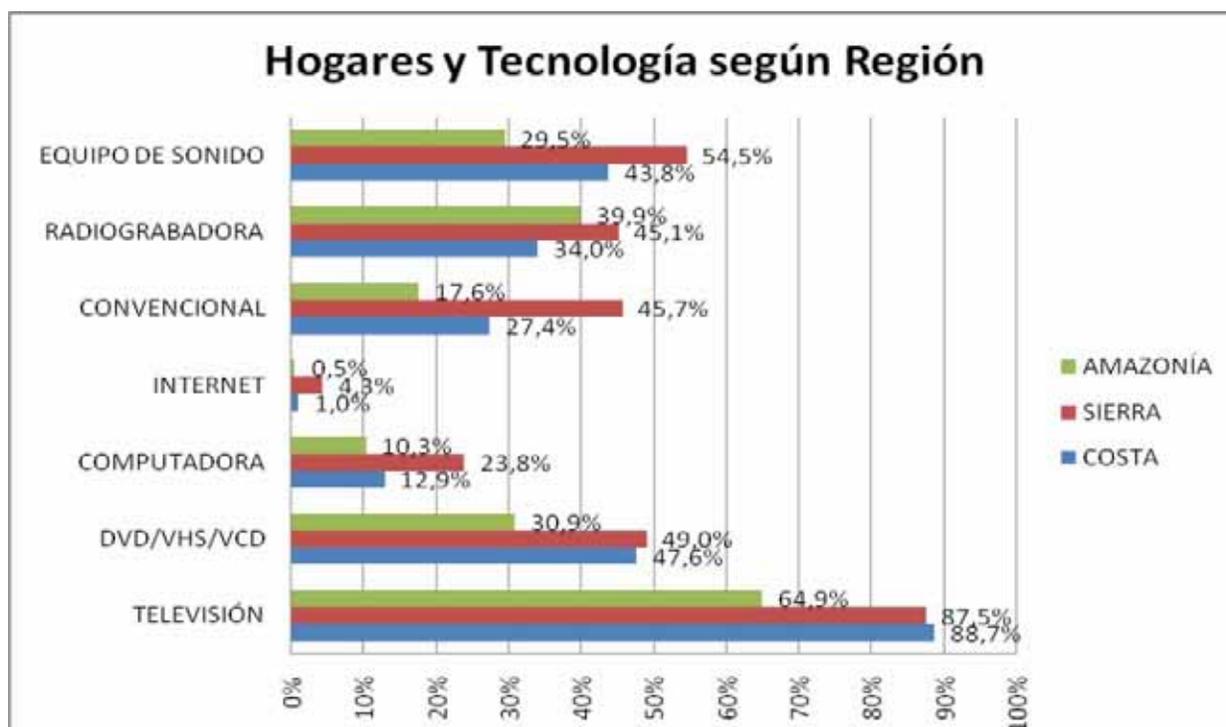
En la Costa se tiene 43,7%, en la Sierra el 54,9% y la Amazonía el 41,1%, la Costa y la Amazonía se encuentran por debajo del promedio nacional y la Sierra por encima.



**Fuente:** Encuesta de condición de Vida. Quinta Ronda. INEC, 2005-2006

## Tecnología en los hogares

De acuerdo al gráfico que a continuación se presenta tenemos que en la Sierra hay una mejor provisión de televisión, Dvd, computadora, Internet, teléfono convencional, radiograbadora y equipo de sonido; luego le sigue la Costa y por último, con gran diferencia la Amazonía.



**Fuente:** Encuesta de condición de Vida. Quinta Ronda. INEC, 2005-2006

## Financiamiento

El financiamiento para la vivienda está otorgado esencialmente por la banca privada y por el Bono Social de la vivienda, ya que ni el Banco Ecuatoriano de la Vivienda, BEV, ni el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, IESS, han otorgado financiamiento en estos últimos años.

El Bono Social de la Vivienda que es el que debería estar orientado a facilitar el acceso a los recursos financieros a las familias pobres, tiene entre sus condiciones importantes, la necesidad de un ahorro por parte del solicitante y que posea un terreno legalizado. Estas dos condiciones están impidiendo que el bono llegue también a aquellas familias que se encuentran en el quintil 1 y 2 de ingresos.

Silvana Ruiz dice que “...entre enero de 1999 y diciembre 2006, según datos oficiales, se emitieron 53.425 bonos para vivienda nueva (un promedio de 6.677 bonos anuales) y 48.905 bonos para mejoramiento. Ello significó que de cada 4 nuevas familias que se formaron en ese período solamente una pudo ser apoyada por este subsidio estatal y solamente una de cada 20 viviendas que se necesitaba mejorar fue atendida”<sup>4</sup>.

Actualmente con la acción del nuevo gobierno y específicamente del Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda, el tema de la vivienda pasa a tener un papel relevante, dado que el bono se duplica y se produce un incremento importante de la partida presupuestaria para el SIV en el presupuesto nacional; estableciéndose que en el año 2007 se han entregado más de 60.000 bonos para vivienda nueva y para mejoramiento<sup>5</sup>.

Luego de la revisión y análisis de la información se puede concluir que la situación de la vivienda es extremadamente crítica ya que hay un déficit cualitativo del 75,5% y un déficit cuantitativo del 40%; que el 61.1% de Ecuatorianos son pobres y de este porcentaje 12.8% vive en la indigencia; que la posibilidad de contraer enfermedades en las zonas rurales es del 36,6%, en las ciudades el 2,6%; que la Amazonía tiene un porcentaje de 30,4% que es el más elevado del país. La mitad de los hogares ecuatorianos no tiene las condiciones de amplitud necesaria, lo que impedirá que las familias tengan un desarrollo saludable, lo que contribuye a incrementar la inequidad; y que el 78% de la población vive en zonas urbanas.

Hoy se plantea un nuevo proyecto de Constitución que debe dar el marco para que en los próximos años se pueda resolver el problema de la pobreza, de la vivienda y de salubridad en los barrios. A continuación se realizará el análisis de cada uno de los artículos que hacen mención al tema de la vivienda en la Constitución vigente y en el nuevo proyecto de Constitución.

En la **Constitución vigente a la fecha, esto es la de 1998**, no existe un capítulo o sección específico referido al tema de la vivienda. En el capítulo de los Derechos Civiles (art. 23, numeral 20) se menciona que “ *El Estado reconocerá y garantizará **El derecho a una calidad de vida que asegure** la salud, alimentación y nutrición, agua potable, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, recreación, **vivienda**, vestido y otros servicios sociales necesarios”.*

Así mismo, dentro de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el art. 32 llamado “Derecho a la **vivienda**” se señala: “*Para hacer efectivo el derecho a la **vivienda** y a la conservación del medio ambiente, las municipalidades podrán*

---

<sup>4</sup> Ruiz Silvana, Artículo publicado en el Boletín del Instituto Urbano Regional, IPUR, de la Facultad de Arquitectura y diseño de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, del 30 de junio del 2008.

<sup>5</sup> Cifras dadas por el MIDUVI.

*expropiar, reservar y controlar áreas para el desarrollo futuro, de conformidad con la ley. El Estado estimulará los programas de **vivienda** de interés social”.*

Estos articulados más la deficiencia de políticas, leyes y reglamentos y la actuación inadecuada de los políticos de los diferentes gobiernos, han generado la situación de pobreza y de condiciones de hacinamiento, mala calidad de materiales en las viviendas y déficit de servicios básicos que hoy enfrentan los ecuatorianos.

En el **Proyecto Nueva Constitución** (PNC), el tema de vivienda es tratado en los siguientes artículos y de la siguiente manera:

TÍTULO II, DERECHOS, Capítulo segundo, Derechos del buen vivir, Sección sexta, Hábitat y vivienda

Art. 30.

Las personas tienen derecho a un hábitat seguro y saludable, y a una **vivienda** adecuada y digna, con independencia de su situación social y económica.

Art. 31.

Las personas tienen derechos al **disfrute pleno de la ciudad y de sus espacios públicos**, bajo los principios de sustentabilidad, justicia social, respeto a las diferentes culturas urbanas y equilibrio entre lo urbano y lo rural. El ejercicio del derecho a la ciudad se basa en la gestión democrática de ésta, en la función social y ambiental de la propiedad y de la ciudad, y en el ejercicio pleno de la ciudadanía.

TÍTULO VII, REGIMEN DEL BUEN VIVIR, Capítulo primero, Inclusión y equidad, Sección cuarta, Hábitat y vivienda.

Art. 375.

El Estado, en todos sus niveles de gobierno, garantizará el derecho al hábitat y a la **vivienda digna**, para lo cual:

1. Generará la información necesaria para el diseño de estrategias y programas que comprendan las relaciones entre **vivienda**, servicios, espacio y transporte públicos, equipamiento y gestión del suelo urbano.
2. Mantendrá un catastro nacional integrado georeferenciado, de hábitat y **vivienda**.
3. Elaborará, implementará y evaluará políticas, planes y programas de hábitat y de acceso universal a la **vivienda**, a partir de los principios de universalidad, equidad e interculturalidad, con enfoque en la gestión de riesgos.

4. Mejorará la **vivienda** precaria, dotará de albergues, espacios públicos y áreas verdes, y promoverá el alquiler en régimen especial.
5. Desarrollará planes y programas de financiamiento para **vivienda** de interés social, a través de la banca pública y de las instituciones de finanzas populares, con énfasis para las personas de escasos recursos económicos y las mujeres jefas de hogar.
6. Garantizará la dotación ininterrumpida de los servicios públicos de agua potable y electricidad a las escuelas y hospitales públicos.
7. Asegurará que toda persona tenga derecho a suscribir contratos de arrendamiento a un precio justo y sin abusos.
8. Garantizará y protegerá el acceso público a las playas de mar y riberas de ríos, lagos y lagunas, y la existencia de vías perpendiculares de acceso.

El Estado ejercerá la rectoría para la planificación, regulación, control, financiamiento y elaboración de políticas de hábitat y **vivienda**.

Art. 376.

Para hacer efectivo el derecho a la **vivienda**, al hábitat y a la conservación del ambiente, las municipalidades podrán expropiar, reservar y controlar áreas para el desarrollo futuro, de acuerdo con la ley. Se prohíbe la obtención de beneficios a partir de prácticas especulativas sobre el uso del suelo, en particular por el cambio de uso, de rústico a urbano o de público a privado.

Existen otros artículos del PNC donde se toca el tema de vivienda:

TÍTULO II, DERECHOS, Capítulo tercero, Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria, Sección primera, Adultas y adultos mayores,

Art. 37. Numeral 7.

El **acceso a una vivienda** que asegure una vida digna, con respeto a su opinión y consentimiento.

Sección sexta, Personas con discapacidad

Art. 47.

Se reconoce a las personas con discapacidad, los derechos a:

Numeral 6.

Una **vivienda** adecuada, con facilidades de acceso y condiciones necesarias para atender su discapacidad y para procurar el mayor grado de autonomía en su vida

cotidiana. Las personas con discapacidad que no puedan ser atendidas por sus familiares durante el día, o que no tengan donde residir de forma permanente, dispondrán de centros de acogida para su albergue.

TÍTULO V, ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DEL ESTADO, Capítulo cuarto, Régimen de competencias.

Art. 261.

El **Estado central tendrá competencias exclusivas sobre:** (numeral 6) las políticas de educación, salud, seguridad social, **vivienda**.

### **Conclusiones**

Luego de la presentación de los hechos se debe indicar que La Constitución de 1998 hace una referencia muy breve al tema de la vivienda, en cambio el PNC insiste de manera reiterada en los derechos llamados del *“buen vivir”*.

Cabe recordar que en el Ecuador existe un déficit aproximado de 1´120.000 viviendas, 75,5% no responde a los requerimientos psicológicos, técnicos, sociológicos, de salud, por lo que el diseño y desarrollo de una política de Estado sobre el tema resulta prioritario.

Como se puede ver el PNC contiene capítulos y secciones expresas para asegurar el derecho al buen vivir, a un hábitat seguro y saludable y a una **vivienda** adecuada y digna, con independencia de su situación social y económica. Además del disfrute de los espacios públicos, asegura la vivienda para las personas con algún tipo de discapacidad, a los de la tercera edad y a las agrupaciones comunitarias ancestrales.

Es necesario resaltar el trabajo del Colectivo Contrato Social por la Vivienda que nace en julio 2005 como una reacción ante la eliminación de la partida para financiar los Bonos para Vivienda en la proforma presupuestaria del 2006. El Contrato Social por la Vivienda, está conformado por organizaciones e instituciones: sociales, no gubernamentales, empresariales, académicas y también por personas y grupos de profesionales, cuyo quehacer está vinculado con la vivienda popular y el derecho a la ciudad. Es un grupo de reflexión-acción que realizó mesas de trabajos, foros, con todos los actores sociales en diferentes ciudades del país para lograr que hoy conste en la en el PNC aquellos que ha sido expuesto.

El PNC proporciona el marco adecuado para superar el déficit de vivienda y mejorar las condiciones de los barrios, el desarrollo del hábitat agrícola. Sin embargo las Constituciones por lo general no han sido el problema. El problema radica en el incumplimiento de lo que dice la constitución, la falta de políticas que orienten la acción, de leyes y reglamentos que permitan implementarlas y del desconocimiento de la

problemática y de las características de los pobres, que permita diseñar la política en función de sus características.

Las políticas deben orientarse a resolver el problema cualitativo y cuantitativo de la vivienda, el mejoramiento de las condiciones del hábitat de aquella población que, encontrándose en el quintil 1 y 2 de ingresos, no tiene efectivamente como solucionar el problema dentro del paradigma actual de los llamados “*sujetos de créditos*”. Este grupo de familias no puede siquiera acceder al bono de la vivienda de USD 3.600,00 ya que no tienen la posibilidad de ahorrar el 10% y muchas veces no tienen legalizada la tenencia de la tierra<sup>6</sup>.

Esta reflexión nos lleva a pensar que es necesario orientar las acciones para satisfacer las necesidades de los realmente pobres y que para hacerlo hay que diseñar políticas, leyes, reglamentos y soluciones que respondan a sus condiciones socio-económicas, a sus necesidades y cultura.

¿Por qué el Estado y los Municipios no se dedican a resolver los problemas de los pobres? ¿Por qué no construimos un país donde la población viva en habitat adecuados? ¿Por qué no trazar un plan a 50 años en el cual al final todos los ecuatorianos vivamos dignamente y tengamos trabajo?

En Guayaquil la Alcaldía empezó un trabajo legalizando la tierra y construyendo al rededor de 15.000 viviendas. ¿Por qué no continuarlo con mayor intensidad? ¿Por qué no proponerse cambiar las condiciones de vida de los guayaquileños? ¡Juntos podemos lograrlo!

Hoy debe darse prioridad a la solución del problema de la vivienda ya que esto trae consigo familias sanas, física y psicológicamente, alza de la autoestima de los más pobres y mueve la economía del país.

---

<sup>6</sup> Condiciones exigidas por el MIDUVI

# LAS INNOVACIONES EN MATERIA LABORAL EN EL PROYECTO DE MONTECRISTI

Por Dr. Héctor Miranda Vargas

La naturaleza social y por tanto cambiante del Derecho Laboral, como lo afirma el profesor Ricardo Lorenzetti, justifica las permanentes innovaciones, que a través de su historia, los estudiosos de esta materia, han señalado.

Como consecuencia de esta premisa los enfoques políticos que desde Grecia, pasando por Roma y llegando a las mas modernas concepciones, también han influenciado en la evolución de esta legislación, llamada en parte de su trayectoria por ilustres tratadistas como Derecho Obrero, tratando de justificar sus concepciones civilistas inspiradas en el código napoleónico, otros conceptuándola como derecho público cuando involucraron al estado y otros en la doctrina *Tertius jenus* sostenida por el profesor Singheimer que nos propone la socialización de esta relación.

Los conceptos económicos también han influenciado en su permanente cambio, desde las más fundamentalistas conservadoras pasando por la célebre liberal, *Laisses Faire* - *Laisses Passer* de Adam Smith, la marxista, la social de mercado y la socialista del siglo XXI, entre otras.

Las referencias políticas, sociales y económicas, sinópticamente expresadas en supra líneas, justifican las innovaciones que en materia laboral, como antecedente jurídico histórico han

influenciado en el proyecto de Montecristi, amén de la realidad por la que en este campo atraviesa el Ecuador en el presente siglo influenciado por la globalización a la que asiste un universo en crisis.

Alejado de toda participación poéticas, de una manera responsable con el conocimiento que me permite más de 35 años de cátedra en materia laboral y sobretodo como ciudadano preocupado por el devenir histórico de mi patria, me permito a solicitud del decanato de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil anotar las siguientes reflexiones dentro de un esquema un poco mas amplio que he denominado: “Ratificaciones importantes e innovaciones de instituciones en materia laboral del proyecto de Montecristi”.

1.- En el artículo 326 numeral 2 me parece importante lo expresado y que dice: “los derechos laborales son irrenunciables e intangibles; será nula toda estipulación en contraria.

Es importante la claridad del texto que estamos comentando, porque a pesar de ello han existido criterios divididos respecto de la transacción por ejemplo, que según algunos doctrinarios significa renuncia y según otros no existe tal porque el trabajador no transa sobre derechos sino sobre expectativas o pretensiones procesales y mas bien el empleador estaría reconociendo una solicitud que antes no conocía, evitando con este medio alternativo -denominado transacción- un conflicto jurídico.

Este artículo y numeral además de ser claro es concordante con el numeral 11 que nos habla como valida la transacción en materia laboral siempre que no implique renuncia del derecho y se celebre ante autoridad administrativa o juez competente e inclusive con la manera de pensar de doctrinarios como Julio César Trujillo Vásquez que en su libro “Derecho del trabajo”, I tomo, así lo confirma.

En mi concepto esta claridad y concordancia se ha visto proyectada con mas claridad ahora, por una interpretación de la norma en al que se ha aplicado los antecedentes históricos jurídicos que había en la anteriores constituciones, con literalidad, sistematicidad e historicidad; así como adecuación al actual momento social, político y económico que vive el país.

2.- El numeral 3 del mismo artículo (326) nos señala “en caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales reglamentarias o contractuales en materia laboral, éstas se aplicarán en el sentido más favorable a las personas trabajadoras”, disposición que ratifica otras anteriores pero que tienen la virtud de mantenerse de acuerdo al principio pro-operario que como lo sostiene el profesor De La Villa en el que indica que es uno antiguo según el cual de “entre dos o más sentidos de la norma ha de acogerse aquel que en cada caso resulte mas conveniente para el trabajador”.

3.- El numeral sexto del artículo 326 siempre relacionado con el proyecto de Montecristi dice: “toda persona rehabilitada después de un accidente de trabajo o enfermedad, tendrá derecho a ser

reintegrada al trabajo y mantener la relación laboral de acuerdo con la ley”.

Nos está hablando del derecho al reintegro de una persona trabajadora que haya sufrido un accidente, enfermedad profesional, situación que no se ha venido dando en la realidad y mas existiendo una discriminación que ha sido estudiada a nivel internacional en organismos como la Organización Internacional del Trabajo que ha creado la doctrina del Trabajo Decente, poco conocida pero señaladamente importante hay que resaltar entonces el criterio laboral del Proyecto de Montecristi, tanto mas que el accidente o la enfermedad profesional se entiende derivada del funcionamiento sistemático de una empresa.

El laboralista Héctor Babase en su estudio: “Formación Profesional, Seguridad e Higiene y Trabajo Decente”, así lo confirma cuando dice: “la seguridad y la salud en el trabajo tiene por objetivo incidir en el ambiente laboral para garantizar la integridad Psicofísica de los trabajadores”.

Con este criterio no sólo se aprecia la preocupación doctrinaria del trabajo decente sino que se soporta el derecho al reintegro de un trabajador que ha sufrido un accidente o una enfermedad profesional, tal como lo encontramos en el proyecto que estamos comentando.

4.- En el numeral octavo del artículo 326 que dice: “el estado estimulará la creación de organizaciones de las trabajadoras y trabajadores y empleadoras y empleadores, de acuerdo con la ley y

promoverá su funcionamiento democrático, participativo y transparente con alternabilidad en la dirección”, señala como fundamental la alternabilidad en el manejo de las organizaciones laborales que en muchos casos a través de la historia en Ecuador ha permanecido en manos de los mismos dirigentes no dando paso por sus posiciones políticas personales, a entendimientos jurídicos como medios de solución pacífica a los conflictos laborales. Por otro lado es importante la alternabilidad señalada porque da paso a una mejor transparencia en los mecanismos de manejo institucional que ciertamente a veces han lesionado los intereses de los trabajadores e incluso han llevado al cierre de determinadas organizaciones sindicales.

Creo que con esta puntualización en cuanto a la alternabilidad, el Estado además cumple con la función de proteger y fortalecer los movimientos laborales.

5.- El artículo 327 dice: “la relación laboral entre personas trabajadoras y empleadoras será bilateral y directa.

Se prohíbe toda forma de precarización, como la intermediación laboral y la tercerización en las actividades propias y habituales de la empresa o persona empleadora, la contratación laboral por horas, o cualquier otra que afecte los derechos de las personas trabajadoras en forma individual y colectiva. El incumplimiento de obligaciones, el fraude, la simulación, y el enriquecimiento injusto en materia laboral se penalizarán y sancionarán de acuerdo con la ley.”

Se trata de una de las más grandes innovaciones que responde a la precaria situación laboral que está viviendo el país por la forma en las que se aplica. Efectivamente la eliminación de la tercerización, la intermediación y el contrato por horas se convirtieron en forma de fraude a los trabajadores, pues se simulaba pagarle todo lo que por ley le correspondía y en la práctica el resultado salarial era diferente. El mandato 08 recogido en este artículo corresponde a una situación histórica que laboralmente existía en el país, de explotación, fraude y simulación cuando en mi criterio la intención original de estas instituciones fue crear fuentes de trabajo correctamente manejadas en el campo jurídico, ético y moral.

Muchos tratadistas están en contra de la forma en que se manejaban estas instituciones, sobretodo porque rompían el principio de estabilidad, de salario justo, y de seguridad social que a mi entender debieron prevalecer si realmente obedecían a una nueva filosofía que creaba jurídicamente nuevas fuentes de trabajo.

6.- En el artículo 328 al referirse al salario en la parte innovadora dice: “la remuneración será justa con un salario digno que cubra al menos las necesidades básicas de la persona trabajadora, así como las de su familias”.

El mérito de esta disposición está en la claridad con que expresa cada una de las características del salario que constitucionalmente deberán ser fatales y no alternativas. En otras constituciones se han referido a un salario justo, pero discretamente que cubra las necesidades familiares, por eso considero un avance en la política salarial ecuatoriana el proteger a la familia y no sólo al trabajador.

No es posible que un empleado con un salario de \$200 pueda cubrir una canasta familiar de \$505,05 a la fecha 29/08/08. Se podría argumentar que el cónyuge en virtud de la igualdad de género y por tanto de derechos y obligaciones podría trabajar en cuyo caso subsistiría un déficit de 105.02, considerando un ingreso adicional de \$200 en el supuesto que hubiere una plaza de trabajo.

Como conclusión matemáticamente hemos probado la importancia que tiene el estipular un salario familiar como derecho del trabajador, transcrita en la constitución de Montecristi.

7.- El artículo 329 a base del moderno concepto de inclusión laboral declara a las jóvenes y a los jóvenes o derechos a ser sujetos activos de la producción de la misma manera a los pueblos y nacionalidades que antes de hecho fueron excluidos; se prohíbe la confiscación de productos provenientes de trabajos autónomos, porque ahora deberá reglamentarse esta actividad dándole formación y capacitación a sus actores y finalmente lo más importante es la innovación inclusiva respecto a los trabajadores ecuatorianos en el exterior que el Estado ecuatoriano deberá protegerlos por ser una fuerza laboral de suma importancia.

8.-EL artículo 330 nos refiere una innovación que incluso ha provocado la creación de instituciones públicas dedicadas a la inserción y accesibilidad en igualdad de condiciones al trabajo remunerado de las personas con discapacidades, que si bien con suerte y por excepción encontraban empleo, la remuneración que percibían, las condiciones generales del trabajo y el trato que se les

daba provocaban una desigualdad, que hoy a nivel constitucional claramente esta desechada.

9.- El artículo 331 de la constitución proyectada en Montecristi nos incluye un concepto de género que en los últimos años había sido manejado de acuerdo a intereses particulares, por ausencia de una norma constitucional clara, precisa y concordante. En este caso se garantiza a la mujer igualdad en el acceso al empleo, a la formación y promoción laboral y a su libre iniciativa respecto de un trabajo autónomo.

Pienso que esta innovación es clara, precisa y concordante porque permite a la mujer insertarse con criterio productivo a la familia y a la sociedad, amén de realizarse humanamente.

10.-El artículo 333 de la propuesta constitucional incluye una propuesta jurídica absolutamente innovadora y eso es el reconocimiento como labor productiva al trabajo no remunerado de auto sustento y cuidado humano que se realiza en los hogares, figura muy común en una sociedad donde la mujer frecuentemente es el eje de un conglomerado sociológico matriarcal, razón por la cual se ha venido desempeñando en actividades de auto sustento y cuidados humano dentro de los hogares. Pero debemos agregar que ahora sabiamente el legislador ha incluido la corresponsabilidad y reciprocidad del hombre en estas obligaciones familiares de tal manera que ambos son sujetos de reconocimientos en labores productivas y es mas de protección en la seguridad social para este tipo de trabajo no remunerado de auto sustento y cuidado humano doméstico.

Puedo afirmar y de acuerdo a la introducción en estos comentarios que los procesos sociales cambian la historia y nutren las normas jurídicas que es precisamente lo que ha sucedido en el medio ecuatoriano y que justifica la intención del legislador al incluir este artículo que reconoce una nueva forma de labor productiva que involucra además corresponsabilidad y reciprocidad entre hombres y mujeres y es mas la protección que a través del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social se le debe entregar.

Ojalá las ratificaciones importantes y las innovaciones en materia laboral del proyecto de Montecristi, que con criterio doctrinal y personal he analizado, no sea una expresión lírica del deber ser constitucional de la legislación laboral del siglo XXI sino que estas sean complementadas con las leyes y reglamentos correspondientes a fin que el efecto requerido y el trabajo realizado no sea en vano o imposibilitado en su cumplimiento porque ésta mora del trabajo complementario que en algunos casos puede ser legislativo o ejecutivo nos harían caer en una Inconstitucionalidad por Omisión, inteligentemente advertida y explicada en la tesis doctoral publicada por el Doctor Iván Castro Patiño justamente por la importancia que esta institución jurídica tiene.

## **SEGURIDAD SOCIAL**

Por Dr. José Bruque Martus

***“La verdad no está en la pura interpretación de las cosas sino en la proporción razonable que se pueda establecer en el texto y su contexto”***

**Mario Beuchet**

Despojándome del credo político que me corresponde como ciudadano, en mi calidad de profesor de Derecho a la Seguridad Social, séame permitido exponer mi criterio personal sobre la Sección Tercera del Título Séptimo del Proyecto de Constitución de la República del Ecuador, que se refiere a la “Seguridad Social”; con la aplicación del pensamiento filosófico de Aristóteles, es decir utilizar la prudencia en la aplicación de la recta razón en lo factible del proyecto.

Analizando el contexto del articulado referente al Derecho a la Seguridad Social, su ubicación dentro del Proyecto de Constitución no es el adecuado, por cuanto el derecho a la seguridad social, es parte de la Declaración de los Derechos

del Hombre, que nada tiene que ver no con el “Buen vivir” sino con el bien común de esa sociedad perfecta y pequeña que es la familia, en cuanto a la protección del ser humano desde su estado de gestación hasta su muerte, en lo que dice relación a las prestaciones básicas y fundamentales como son: la atención de salud, la jubilación, la viudedad y orfandad, los accidentes de trabajos y las enfermedades profesionales, en el mejor de los casos, si consideramos que en su evolución histórica después de la finalización de la Segunda Guerra Mundial, hoy encontramos sistemas aplicados en los Países Europeos en los que se otorgan beneficios sociales de segundo y tercer nivel como son: El seguro de desempleo (cesantía) y préstamos personales, prendarios e hipotecarios y vivienda de interés social.

No hay conceptualidad de lo que se debe entender por Seguridad Social y Seguro Social. La Seguridad Social es un derecho del hombre y una obligación del Estado, por lo tanto es el Estado a través del poder político el que tiene que aplicar el derecho a la seguridad social con recursos obtenidos por el Estado a través de los diferentes sistemas impositivos de impuestos, tasas o contribuciones y su recaudación.

En el proyecto se deja entrever este error conceptual, porque se establece que la seguridad social debe ser pública y no privada, esta apreciación surge por cuanto en el Ecuador lo que ha existido y existe actualmente es Seguro Social

Obligatorio, lo que históricamente se aplicó en Europa especialmente en Alemania e Italia, concepto superado actualmente.

Lógicamente el Seguro Social Ecuatoriano aunque la Constitución actual y el Proyecto digan que este es público y no privado, hasta antes de las reformas a la Constitución del año 1996 y ratificada en la de 1998, constitucionalmente el Seguro era un ente autónomo, independiente del sector público del estado, con fondos propios no sujetos al control de la Contraloría General, porque no es un servicio como erróneamente se piensa, sino la aplicación de un derecho, que se otorga mediante un acto legislativo que establece la prohibición expresa de no poder ceder el otorgamiento de este derecho a ningún ente y que su financiamiento es tripartito, en base a la aportación individual del afiliado, la aportación patronal y la contribución que un 45% de la pensión contribuye el Estado para los jubilados y beneficiarios. En consecuencia quienes gozan del seguro social ecuatoriano, peyorativamente es una clase privilegiada cuyo otorgamiento esta basado en la dependencia económica no jurídica de la relación laboral.

Doctrinariamente un sistema de seguridad social es la planificación y organización de la cobertura de salud y más prestaciones sociales ya referidas, al universo de una población que incluye nacionales y extranjeros por ser integrantes de una colectividad ejemplo: sea esta Chilena,

Argentina, Ecuatoriana, etc..., y lo que el Estado realiza dentro de la planificación del bienestar común, es como va a otorgarse y por supuesto ampliarse frente a las nuevas necesidades de la sociedad, las políticas sociales trazadas y ejecutadas por los gobiernos de turno.

Si bien es cierto que es necesario ampliar la cobertura del régimen del seguro social campesino, que en sus inicios fue un plan piloto para luego ser evaluado, y establecido con cobertura familiar, no es menos cierto que no se puede gravar con más aporte al empleador y al afiliado del seguro general, porque esto puede traer el rechazo mayor todavía del actual por las deficiencias que el seguro general presenta a la vista, unas que son consecuencias de la falta de informática y mecanización a tiempo completo, otras por la falta de estructura hospitalaria, organización médica y paramédicos que determinan un recargo en las instalaciones existentes y lo que es más suficiente carga soporta el afiliado del sector del seguro general, para pretender grabarlo más a base del principio de la universalidad y de la solidaridad, porque sus prestaciones en vez de haberse ampliado el ámbito de cobertura se han restringidos los beneficios sociales, a tal punto que solamente se otorgan los del primer orden.

Es ilógico, por decir lo menos pensar imponer una carga tributaria a los ecuatorianos que están trabajando en el exterior, porque una de las políticas sociales inteligentes aplicadas por

los países que soportan corrientes migratorias de América Latina y África para citar dos continentes, ha sido precisamente otorgarles la residencia pero con la obligación de aportar al régimen de la seguridad social y España tiene establecido un convenio con el Ecuador por el cual hay reciprocidad en el otorgamiento de las prestaciones y de manera especial la de jubilación que le permite al ciudadano ecuatoriano jubilarse en España, completando con su régimen de aportación existente en el Ecuador, de tal manera que para el emigrante esto no va a ser una cuestión que le va a despertar en él un deseo de aportar a la seguridad social ecuatoriana, hoy por hoy tenemos que ser realista que ningún incentivo a más de los ya existentes desde hace muchos años, le promete a los ecuatorianos ausentes el deseo de regresar al Ecuador.

Como un programa piloto, se ejecutó por parte del ex-Instituto de Previsión Social, con el asesoramiento de técnicos de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social, el Plan Piloto de Seguro Campesino, que se inició en el año 1.968, con las comunas La Pila de Manabí, San Pablo en la Provincia del Guayas, una comuna de la Provincia del Chimborazo y otra en Loja, para lo cual se utilizó como organización social del núcleo de habitantes de la comuna, que es un tipo de organización que vino a América con los Españoles, para que esta realice la recolección del aporte familiar de todas las familias asentadas en esas Parroquias y esos valores los deposite como aporte individual para obtener fundamentalmente la prestación de

salud que de acuerdo al Seguro Social vigente comprendía la atención médica por enfermedad común y maternidad, por supuesto también se hicieron los cálculos matemáticos actuariales para cubrir pensiones de jubilación y Cooperativa Mortuoria, esto fue bien acogido no solamente en las comunas como una forma de implantar la seguridad social campesina, pues al aporte de la comuna se agregaba el aporte que en esa época el Estado otorgaba de seis millones de sucres para la aplicación del Seguro Social Campesino y el aporte del 0.33% de la masa laboral sujeta al régimen del seguro general obligatorio. Así las cosas más que nada respondiendo a peticiones de ciertos grupos poblacionales se amplió este seguro pero en forma muy restringida. ¡Oh sorpresa! en el año 1.997, sin jactancia alguna sino por un hecho de la naturaleza tuve que asumir, por supuesto una representación que me honra de concurrir a nombre del Ex –Ministro de Bienestar Social de aquel entonces Dr. Ernesto Velásquez Baquerizo, a la reunión del Congreso Iberoamericano de Seguridad Social celebrado en Lima donde se suscribió el Acta de “ Declaración de Lima”, la que recoge recomendaciones de trascendencia histórica para la Seguridad Iberoamericana, tales como: impulsar el establecimiento de la seguridad social del Pacto Andino, la planificación y el desarrollo del seguro médico con la participación de todos los entes que de acuerdo a la idiosincrasia de cada uno de los países den atención médica a grupos humanos no afiliados al seguro social de cualquier país Iberoamericano, para lograr la cobertura de la atención medica

a toda la población fija y migratoria, pues la seguridad social no admite fronteras y recomienda a los países Iberoamericanos el ensayo del establecimiento del seguro social campesino del Ecuador como un modelo digno de aplicarse en toda Hispanoamérica. Pero como siempre la politiquería, no la política, determinó que de la noche a la mañana se abrieran las puertas del seguro social campesino, como se abren las puertas de la iglesia para que entren los feligreses y esto ha tenido sus desfases y lo que es más ha producido el caos, la falta de atención y los servicios hospitalarios del IESS, que ya todos conocemos, porque rebaso lo que técnicamente se conoce como el máximo de capacidad operativa de las instituciones hospitalarias; en el Proyecto se pretende que con los recursos del seguro social (que es privado aunque se diga lo contrario) se otorgue un seguro médico al campesinado, por supuesto no estoy en contra de aquello, porque sería estar en contra de mi formación humanista como Diplomado en Seguridad Social, sino que no es posible que un grupo de ecuatorianos, por hecho de ser sujetos de dependencia económica tengamos que soportar una carga económica que no nos corresponde sino al ente jurídico que la sociedad ha formado y que se llama Estado, quien a través de su poder político proporcione los recursos necesarios, que no pasan más allá de ofrecimientos.

El Estado Ecuatoriano debe comenzar pagando lo justo de la deuda que tiene con la seguridad social ecuatoriana,

correspondiente a las 21 o 22 consolidaciones que tiene celebrado con el IESS, por el no pago de los aportes y fondos de reservas y más obligaciones inherentes a la seguridad social, al tipo de cambio sucres – dólares, vigente a la fecha en que contrajo la obligación con convenios de pago, así como también informar a la ciudadanía, cual es el valor que se ha recaudado a la fecha por concepto de impuesto a los licores y cigarrillos para aumentar la parte proporcional que el Estado debe pagar a los pensionistas, jubilados y beneficiarios del IESS, esto es a la fecha un secreto de estado, tanto del Ministerio de Economía como de los funcionarios del IESS.

De lo que yo conozco las leyes penales, civiles, laborales, tributarias y la Ley de Seguridad Social son territoriales, como se pretende con una afiliación voluntaria, obtener que aporten para la seguridad social ecuatoriana cuando su residencia la han obtenido precisamente con la obligación de ser aportantes de la seguridad social del País que los ha acogido, cuando ellos pueden muy bien jubilarse allá, con más y mayores beneficios que los que tienen en el Ecuador, especialmente con los hogares de la tercera edad y esto no puede ser obligatorio, porque el alcance jurídico de las Leyes que he mencionado es territorial, y en el caso especial de los Ecuatorianos residentes en España el Ecuador tiene firmado un convenio, ratificado, por el cual los años de aportación realizados en el Ecuador se los admiten para el computo de la jubilación. Perdónenme compatriotas esto es una cosa traída de los cabellos, no creo

que alguna persona que quizás alguna vez por esos abatares del destino tuvo algo que ver con la seguridad social ecuatoriana recomiende lo que estoy comentando.

Lo que se busca indirectamente con el uso de los fondos de la seguridad social, inactivos en este momento, pretender otorgar un servicio de atención médica universal para toda la población urbana y rural para que luego por la falta de recursos económicos y tecnología fracasen a corto plazo, esto es desfinanciar la seguridad social, la que soporta una carga económica muy fuerte por la reinversión de la pirámide en que descansa este derecho, consecuentemente puede producirse la quiebra del sistema, ocasionando un grave estado de necesidad en la población jubilada y beneficiaria.

Es una justa aspiración de la sociedad ecuatoriana, el establecimiento de un seguro médico universal, pero no de la manera como se deja entrever en el Proyecto de Constitución, esto es una recomendación del Acta de Lima en el año 1997, del Congreso de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social, hace más de 10 años, pero aquello demanda como acto previo un estudio sociológico de la población ecuatoriana y un despegue de reactivación del proceso productivo, que trae aparejado una amplio espacio de fuentes de trabajo. Estudio que debe efectuarse por edades como punto de partida, no basta la buena intención, el buen deseo y la ilusión de querer

dejarse arrastrar por lo que es en este momento una efervescencia de cambio.

Dejo en estos términos expresado mi opinión crítica por supuesto constructiva, en relación al Proyecto de Constitución elaborada, en lo que dice relación a la Seguridad Social, estoy de acuerdo que necesita un cambio, una modernización, pero aquello tiene que hacerse con un criterio técnico jurídico, por personas que conozcan sobre la materia, no es posible aceptar por más buenas intenciones que se hayan puesto en los últimos días de funcionamiento de la Asamblea esta parte del Proyecto. No mejora en nada a la Seguridad Social vigente. Aprobar el Proyecto de Constitución en el Referéndum, pienso sin temor a equivocarme, que en vez de mejorar este derecho constitucional, al contrario va a ocasionar hechos negativos en el otorgamiento de esta Garantía Constitucional. Que es necesario una reforma estoy totalmente de acuerdo, pero no en los términos que ha sido proyectada, para mi entender en la Constitución solamente debe de constar que este es un Derecho económico del ser humano, que se debe otorgar con un organismo creado por Mandato Constitucional autónomo, administrativa y económicamente, con sus fondos propios que no forman parte del haber financiero del Estado Ecuatoriano. Eso sí con una recomendación que después de 30 o 60 días de vigencia de la Constitución se cree una Comisión, pero no interventora como en el año 1998, sino técnica jurídica por personas que conozcan el Derecho a la Seguridad Social, que

si lo existen en el País, para que presenten a consideración del nuevo Congreso, para que conozca un Proyecto de Ley, Estatutos y Reglamentos, para que el I.E.S.S., se organice en base a esos nuevos preceptos jurídicos y las prestaciones sean ágiles, rápidas y oportunas, debiendo tenerse muy en cuenta dos grandes rubros de la modernización que son la informática a tiempo completo, la mecanización, automatización y desconcentración de la administración y servicios, eso sí con un gran Banco de Información donde esté la vida, pasión y milagro del afiliado.

Dr. José Bruque Martrus

## **CAMBIOS QUE RESPECTO A LA UNIÓN DE HECHO INTRODUCE EL PROYECTO DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN.-**

**Por Ab. René Quevedo González**

Para quienes estudiamos Derecho, la Unión de Hecho vigente en Ecuador a partir del 29 de Diciembre de 1982 en que se publicó el Registro Oficial 399 que contiene las disposiciones legales que la regulan y que luego de la Codificación de 24 de Junio de 2005 publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 46 se introdujo al Código Civil vigente a partir de su artículo 222 y siguientes, constituyó el reconocimiento y regulación mediante el Ordenamiento Jurídico Positivo de una realidad fáctica existente en nuestro país desde mucho años antes, asimilando el régimen patrimonial de esta unión al que nace entre personas que contraen Matrimonio, tanto para efectos de la sociedad de bienes, como para el régimen hereditario o sucesorio e inclusive en lo que hace relación a deducciones tributarias y beneficios de seguridad social, es decir estrictamente relacionado al **amparo patrimonial tuitivo de los convivientes** que sin haber formalizado su relación mediante el matrimonio, viven en un régimen de hecho que en muchas ocasiones (en ausencia de esta ley) provocaría un perjuicio patrimonial a alguno de los unidos en caso de la terminación de dicha unión por sus distintas causas (muerte, decisión unilateral, matrimonio con otra persona, etc.) , pero es evidente que jamás se intentó crear un institución análoga paralela al matrimonio.

Para el común de la ciudadanía en cambio constituyó un amparo legal innovador, para la situación de hecho que en efecto ya existía, pero al mismo tiempo pasó a ser una fórmula nueva o alternativa de constituir un hogar, lo cual constituye una apreciación distorsionada del verdadero espíritu de dicha legislación. Debo hacer esta diferenciación porque la óptica del común de los ciudadanos, mayoritaria por cierto, en muchos casos es la que traza en el desarrollo y evolución del Derecho, o el norte a seguir en posteriores reformas o nueva legislación, en otras palabras es la sociedad la que señala el destino evolutivo de sus normas de acuerdo a su propia realidad sin que deba estar conformada

mayoritariamente por abogados o aunque la intencionalidad al nacimiento de una normativa haya sido diferente a la que el actor social aplica.

Así lo dicho si el común de ciudadanos no hubiese encontrado en la Unión de Hecho una fórmula nueva o alternativa de constituir un hogar como lo he señalado, la legislación de 1982 se habría limitado a amparar las uniones ya existentes como una problemática social de momento, sin embargo la realidad es que la unión de hecho se mantiene siempre en crecimiento, esta alternativa hoy comúnmente aceptada con muy variados argumentos pues es más fácil simplemente unirse que celebrar un contrato y formalizar una relación, y, su forma de terminación también señala amplias diferencias, pero en el fondo no es otra cosa que el reflejo de una sociedad que mayoritariamente prefiere soluciones inmediatistas y fáciles, lo cual ha debido ser considerado por nuestros legisladores al momento de expedir nuestra normativa **visualizando más bien el alcance a futuro en lugar de la realidad inmediata que pretenden atender**, y, con mucha preocupación debo indicar que los assembleístas incurrieron en el mismo defecto más aun si consideramos los efectos ulteriores que la Unión de Hecho producirá bajo las reformas que se promueven actualmente y respecto a los cuales comentaré brevemente.

Como señalamos antes hay algo que no podemos dejar de resaltar y es que su origen fue el aspecto Patrimonial Tuitivo y no la intención de crear un Instituto Jurídico Paralelo o Análogo al matrimonio.

El Contrato matrimonial tiene una razón de ser desde distintos puntos de vista, pero quizá la más importante socialmente hablando, es que para algunos sociólogos es considerado como el amparo legal a brindarse para la célula primigenia de la sociedad y por eso ha de conservarse como tal en la legislación así como consta con sus fines, beneficios y consideraciones especiales.

El artículo 68 del Proyecto de la Nueva constitución, modifica sustancialmente la concepción misma bajo la cual nació la Unión de Hecho y a la par de esta modificación en

forma indirecta produce una afectación a la institución del matrimonio, y, basta simplemente con comparar sus definiciones, me refiero a la definición que contuvo en su momento el Artículo 1 de la Ley que Regula las Uniones de Hecho que luego sin mayores cambios se incluyó en el Código Civil vigente en su artículo 222, y, la antedicha norma del Proyecto de Nueva Constitución, las cuales a continuación transcribo y que desgraciadamente no han sido debidamente comparadas en los foros de discusión a nivel nacional suscitados sobre este tema:

*Ley que regula las Uniones de Hecho, ...“Artículo 1.- La unión de hecho estable y monogámica de más de dos años **entre un hombre y una mujer** libre de vínculo matrimonial, con el fin de vivir juntos, **procrear** y auxiliarse mutuamente, da origen a una sociedad de bienes.”...*

*Código Civil, ...“Artículo 222.- La unión estable y monogámica de un **hombre y una mujer**, libres de vínculo matrimonial con otra persona, que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señala éste Código, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las mismas familias constituidas mediante matrimonio, **inclusive en lo relativo a la presunción legal de paternidad, y a la sociedad conyugal.***

*La unión de hecho estable y monogámica de más de dos años entre **un hombre y una mujer libres** de vínculo matrimonial, con el fin de vivir juntos, **procrear** y auxiliarse mutuamente, **da origen a la sociedad de bienes.**”...*

*Proyecto de la Nueva Constitución, ...“Artículo 68.- La unión estable y monogámica entre **dos personas** libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la Ley, **generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio.***

***La adopción corresponderá solo a parejas de distinto sexo.”...***

Para empezar nuestros comentarios debemos señalar que la falta de distinción de género constituye una innegable diferencia que no requiere de interpretación o profundidad en su explicación, pues resulta evidente y notorio de la simple comparación de normas respecto a la misma institución vigente y el nuevo proyecto, por lo que deviene en forma indiscutible que bajo el postulado del Proyecto de la Nueva Constitución dos personas del mismo género innegablemente pueden invocar su derecho constitucional a que se reconozca su hogar de hecho, y en atención a la prevalencia y jerarquía de normas postulada desde el aspecto teórico en la pirámide de Hans Kelsen y recogida en nuestro propio ordenamiento jurídico, obviamente una vez aprobado dicho Proyecto, son las leyes las que deberán reformarse y adecuarse al postulado constitucional y no al contrario.

Por otra parte en acopio al tema del género solo para reiterar que no puede existir duda alguna al respecto, bien podemos en ambas definiciones comparar también distinta finalidad de ambas concepciones, puesto que mientras en la Ley vigente se menciona claramente la **procreación**, en el Proyecto de Nueva Constitución **se ha omitido esta en forma expresa por obvias razones y en concordancia con la nueva concepción que se ha dado a dicha institución.**

Como ratificación de todo lo indicado en **lo concerniente al género** debemos considerar el segundo inciso del artículo 68 del Proyecto de la Nueva Constitución que textualmente señala: ...*“La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo.”*..., en el cual por si hubiera cabido alguna duda a cualquiera, se ratifica la posibilidad de uniones de hecho del mismo género, pues se permite la adopción solo a las parejas de distinto sexo.

Lo indicado no constituye la única observación a realizar puesto que también resulta notorio de la comparación de las normas citadas, que existe una importantísima trascendencia sociológica en el cambio que se pretende, dado que las consideraciones del Proyecto de Nueva Constitución extiende el alcance de la Unión de Hecho a otros espectros, y, ya no se limita exclusivamente al régimen patrimonial tuitivo que señalamos inicialmente respecto a la Ley de 1982 posteriormente codificada, puesto que se eleva el

nivel jerárquico de dicha institución de hecho prácticamente al del matrimonio y a continuación procedo a explicar el ¿porqué? de tal afirmación.

Recordemos que mucho antes de la Legislación de 1982 ya se implementaron reformas a nivel de legislación nacional y que se suscribieron tratados internacionales que ampararon y fortalecieron el vínculo filial y la no discriminación en este ámbito, de tal forma que el “hijo” recibe el mismo trato legal en absolutamente todo sentido, sin importar si es concebido dentro de un matrimonio, unión de hecho o ninguna de las mencionadas, de manera tal que no puede intentar usarse este tópico para pretender dar argumentos al cambio que señalamos.

Por otra parte en asocio a lo indicado respecto a esta suerte de analogía entre Matrimonio y Unión de Hecho debemos mencionar que el numeral 4 del Artículo 8 del Proyecto de la Nueva Constitución, concede además a dicho régimen fáctico **la facultad de viabilizar la adquisición de la Nacionalidad Ecuatoriana por naturalización**, ya que textualmente determina:

*Proyecto de la Nueva Constitución, ...“Artículo 8.- Son Ecuatorianas y Ecuatorianos por naturalización las siguientes personas:*

*4. Las que contraigan matrimonio o mantengan unión de hecho con una ecuatoriana o un ecuatoriano de acuerdo con la ley.”...*

**Es decir que la Unión de Hecho adquiere una nueva jerarquía constitucional desde el punto de vista migratorio ahora, al incluirse entre las formas de naturalización por las que un extranjero(a) adquiera la nacionalidad ecuatoriana, habría que preguntarse entonces: ¿Qué diferencia existe entre el Matrimonio y la Unión de Hecho bajo esta nueva concepción?** Quizá únicamente la diferencia de género para los contrayentes en el matrimonio!

Por otra parte, especial consideración ha tenido en las discusiones sobre la polémica norma el contenido del segundo inciso del referido artículo 68, pues no escapa al conocimiento de nadie que a pesar de todo la sociedad ecuatoriana tiene aun acentuados matices conservadores, por ello se ha recurrido a lo que desde mi punto de vista constituyen falacias argumentativas sin fundamento al señalar que esta “innovación” no produciría afectación alguna a la sociedad ya que concierne exclusivamente a los que deseen unirse, considerando que el aludido inciso señala textualmente ...“*La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo.*”... **y con ello dejando libre de cualquier afectación a menores de edad.** Lo dicho no es más que una apreciación miope por decir lo menos de lo que son las alternativas que el Derecho de Familia prevé respecto al cuidado y tenencia de los hijos, limitándolo exclusivamente al tema de la adopción, en relación a este punto no solo constituye el menor de los casos porcentualmente hablando, sino que además en esencia deja de considerar temas mucho más importantes creando un vacío legal de significativa repercusión que a continuación indicaré.

El principal evento en que un menor puede pasar al cuidado de una pareja que no esté conformada por sus padres y madres biológicos **no es la adopción**, mucho más común es que el padre o madre que conservó la tenencia y custodia contraiga un nuevo vínculo conyugal o de hecho con una persona distinta del progenitor, consecuentemente la limitación que concibe el Proyecto de la Nueva Constitución al caso de la adopción resulta ridícula.

La patria potestad, tenencia y cuidado de los menores corresponde ordinariamente a sus padres biológicos, una vez que estos se separan suele acordarse el régimen de su cuidado y tenencia y en ausencia de dicho acuerdo un Juez lo resolverá, una vez establecido dicho régimen puede observarse, modificarse e inclusive revocarse por distintas causas legales considerando siempre el interés prioritario y superior del menor. Recordemos que la constitución de 1998 ya proscribió cualquier tipo de discriminación y el artículo 66 del Proyecto de la Nueva Constitución ratifica dicha postura y la libertad constitucional de elegir orientación sexual en sus numerales 4to y 9no que textualmente señalan:

*Proyecto de la Nueva Constitución, ...“Artículo 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:*

*4. Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.*

*9. El derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad y su vida y orientación sexual. El estado promoverá el acceso a los medios necesarios para que estas decisiones se den en condiciones seguras.*

Queda claro entonces que la orientación sexual de cada persona no puede ser causa de discriminación alguna en su contra.

Nacen entonces varias inquietudes al respecto, pues la prohibición que señala el segundo inciso del artículo 68 del Proyecto de la Nueva Constitución se refiere a una prohibición superviniente a la unión de hecho, **¿Qué pasa con aquellas que antecedieron a dicha unión?**, por otra parte nada se dice respecto a los hijos biológicos, **¿Será que una madre que logre para sí por causas legales la tenencia y custodia de sus hijos biológicos debe ser discriminada en caso de elegir una nueva orientación sexual en su vida?** o en el caso citado **¿La unión de hecho de dos personas del mismo género no afectará para nada la tenencia de sus hijos biológicos procreados en relaciones anteriores?** Etc. Etc. Nada de esto ha sido considerado, y, definitivamente los efectos no previstos respecto al cambio que se implementa pasarán su factura en un futuro no muy lejano.

Nunca está demás mencionar la importancia jurídica que para cada Estado representa su Constitución Política, constituyendo esta la base de su legalidad, fuente de sus principales derechos, amparo y guía de la dirección Política y Social que cada nación seguirá, por ello “La Constitución de cada Estado debe ser la expresión más clara, lógica y fidedigna del ordenamiento jurídico de una nación de acuerdo al sentir ciudadano”.

No obstante lo expresado y luego de mi primer análisis del precitado Proyecto, debo resaltar la carencia de los elementos indicados, tanto respecto a la institución analizada como de muchas otras, que merecen comentarios aparte.

## CONSTITUCIÓN POR LA VIDA

Por Dr. Lenin Hurtado Angulo

En estos días, en que el debate de la Constitución que hemos puesto a consideración del país se ha intensificado, se ha podido advertir cuán vigentes están aquellos opuestos a los cambios que esos sectores identifican (con mucha razón), como una grave afectación a los privilegios de los que injustamente han disfrutado en detrimento del bienestar de la gran mayoría de la población. Lo más terrible es escuchar a los que afirman defender la vida señalando que la Constitución de Montecristi es abortista, atea, contraria a la propiedad privada y a los derechos de los padres a escoger el tipo de educación que sus hijos deben recibir (¿?).

Hablemos del derecho a la vida; el aborto en nuestro país (lo he dicho varias veces), no es legal, mas sin embargo, el número de abortos que se practican cada día en todo el país, es pavoroso. La conclusión lógica es que (asumiendo que se promueva el aborto), la criminalización del aborto, no es la medida más adecuada para su desaparición; tenemos que atacar las causas que originan la gran cantidad de abortos en el Ecuador, tales como: la discriminación social, laboral, social y aun familiar, de las mujeres (casadas o no), la imposibilidad de criar niños con algún tipo de discapacidad, la falta de educación sexual bien concebida que evite que los jóvenes inicien su vida sexual de manera irresponsable, etc.

Nada se ha hecho en el Ecuador -hasta ahora- para incidir en las causas que generan el aborto que he anotado, nada han hecho los que se autodefinen como “defensores de la vida”, a pesar de lo cual, llaman a votar en contra de una Constitución que, en su Art. 43 establece una serie de garantías para las mujeres embarazadas, incluida la prohibición a todo tipo de discriminación, lo que implica enfrentar las razones que impulsan a las mujeres a tomar tan traumática resolución; llamar a votar en contra de una Constitución que en su Art. 47 otorga una serie de garantías para las personas con discapacidad,

evitando de esa forma, que su eventual nacimiento sea visto como una “carga” difícil de sostener.

No ha habido en la historia contemporánea de nuestro país una Constitución más preocupada por la vida que ésta que le proponemos al país, pero eso no es lo único que proponemos. Consagramos el derecho a la educación gratuita hasta el tercer nivel de educación superior (universidad), salud gratuita, seguridad social para toda la población, sin importar que estén o no trabajando, gratuidad en el acceso a la justicia, eliminación de la precarización del trabajo (tercerización, intermediación, trabajo por horas, y cualquier otro modalidad que se les pudiera ocurrir), una muy profunda autonomía que implica la posibilidad de desarrollo equilibrado para todas las regiones del país y no sólo para algunos sectores de algunas ciudades del país; protección a favor de la naturaleza, reconociéndola como sujeto de derechos, texto verdaderamente revolucionario, en un momento en que el Mundo encuentra formas de revertir el daño que le ha causado.

Por las razones indicadas y por muchas más, no podemos permitir que, mediante el engaño y las interpretaciones malintencionadas que, por tales, constituyen inmorales manipulaciones; se frustre una oportunidad irrepetible para lograr el inicio de la transformación de las caducas estructuras que han ocasionado la enorme diferencia entre los que todo lo tienen y aquellos que no logran conseguir UN DÓLAR para pasar el día.

# **LA PROTECCIÓN ESPECIAL DE DERECHOS PARA LOS SECTORES VULNERABLES DE LA POBLACIÓN EN EL PROYECTO DE CONSTITUCIÓN DE MONTECRISTI**

Por Ec. Cecilia Calderón de Castro

En 1998, por primera vez en la historia constitucional del Ecuador, se introducen principios y normas específicos que establecen atención prioritaria y preferente a favor de los derechos de las mujeres, de los niños, de las personas con discapacidad, de las personas de la tercera edad, entre otros y, el compromiso del Estado para garantizarlos y protegerlos. Estas novedades tenían como antecedente, la aprobación por parte de nuestro país, de convenciones y protocolos internacionales sobre derechos humanos a favor de grupos específicos de la población que, por circunstancias de edad, sexo, discapacidad u otras, se encontraban en situación de vulnerabilidad para el ejercicio de sus derechos humanos. La Constitución del 98, desarrolla estos principios y normas, dentro de los llamados derechos económicos, sociales y culturales.

El Proyecto de Constitución de Montecristi desarrolla todo lo concerniente a los derechos de las personas en el Título II: Derechos. El P.C.M. divide este título en los siguientes capítulos:

- 1°. Principios de aplicación de los derechos
- 2°. Derechos del buen vivir
- 3°. Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria
- 4°. Derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades
- 5°. Derechos de participación
- 6°. Derechos de libertad
- 7°. Derechos de la naturaleza
- 8°. Derechos de protección

La primera gran diferencia del P.C.M en relación a la Constitución de 1998, es el abordaje de los derechos humanos en una clasificación novedosa, que se aparta de la clásica: derechos civiles, derechos políticos, derechos económicos, sociales y culturales (DESC) y derechos colectivos, que siguen el orden de primera, segunda y tercera generación. Desde mi óptica, este novedoso abordaje permite que la Constitución cumpla un papel didáctico, más fácilmente comprensible para los ciudadanos no entendidos en la ciencia del Derecho.

El P.C.M. desarrolla los temas de derechos de la familia, derechos de la niñez, derechos de las personas mayores de 65 años y de aquellas con discapacidad y otros sectores vulnerables, en los capítulos “Derechos de Libertad” y “Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria” aunque no agota el tema en ellos, como veremos más adelante.

También debemos acotar que, mientras la C. 98 sólo desarrolla principios y normas a favor de los niños, personas con discapacidad y personas de la tercera edad, el P.C.M. va a normar los derechos especiales de otros grupos de ciudadanos considerados de atención prioritaria, tales como jóvenes, migrantes y sus familias, mujeres embarazadas, personas con enfermedades catastróficas, personas privadas de libertad.

## **I. GRUPOS VULNERABLES VERSUS PERSONAS Y GRUPOS DE ATENCIÓN PRIORITARIA**

La Constitución de 1998, en la Sección V del Capítulo IV: “De los Derechos Económicos, Sociales y Culturales” norma los derechos “De los grupos vulnerables”.

La C.98 define como grupos vulnerables, a los niños, adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, las que adolecen de enfermedades catastróficas de alta complejidad y las de la tercera edad, para quienes dispone atención prioritaria, preferente y especializada en el ámbito público y privado. Igualmente dispone atención a las personas en situación de riesgo y víctimas de violencia doméstica, maltrato infantil, desastres naturales.

El artículo 35 del P.C.M. dispone atención prioritaria y especializada en el ámbito público y privado para personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad. Aquí encontramos varias innovaciones: a) no se refiere al genérico niños y adolescentes para nombrar a las personas menores de 18 años sino que visibiliza a través del lenguaje, las diferencias y peculiaridades de niños, niñas, -que son personas de ambos sexos menores de doce años-, y adolescentes, que son las personas mayores de doce años y menores de 18; b) se refiere a “personas adultas mayores” para referirse a las personas mayores de 65 años a quien la Constitución del 98 llamaba de la tercera edad, por cuanto es el término que, a nivel de las naciones del mundo, se usa para

referirse a este grupo etario que quiere dignidad aún en la mención de su colectivo; en diversos foros, las personas mayores de 65 años han manifestado que, no quieren que se los llame ancianos ni personas de la tercera edad, por considerar esa denominación, peyorativa; c) introduce entre las personas de atención prioritaria a aquellas privadas de libertad; d) dispone que la atención prioritaria también la reciban personas víctimas de violencia sexual y no sólo de violencia doméstica, lo que amplía la posibilidad de atender a todas las víctimas de este flagelo, en cualquier sitio y circunstancia que se haya efectuado el delito; e) introduce la figura de “doble vulnerabilidad” para que personas con esta condición reciban una especial protección del Estado; se refiere, por ejemplo, a mujeres embarazadas y discapacitadas, adolescentes embarazadas, adultos mayores con discapacidad, entre otras condiciones.

## **II. DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES**

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante resolución 44/25 el 20 de noviembre de 1989 y entró en vigor el 2 de septiembre de 1990. Nuestro país la aprobó legalmente el 23 de marzo de 1990, habiendo sido el primer país de América y el tercero en el mundo en así hacerlo. Esta es la Convención Internacional más votada puesto que ningún país, sin excepción ha dejado de hacerlo. Desde entonces, las normas de ese instrumento internacional de promoción y protección de los derechos de las personas menores de dieciocho años, estaban vigentes en nuestro país a pesar que la ley secundaria -Código de Menores- seguía respondiendo a una teoría superada, cual era la de la Doctrina de Tutela del Menor en Situación en Riesgo, frente a la Doctrina de Protección Integral –inspiradora de la Convención mencionada- que establecía que todos los niños y niñas eran sujetos de la integralidad de los derechos humanos que amparaban a las personas mayores de 18 años. El derogado Código de Menores consideraba a las personas menores de dieciocho años como mero objetos de derecho y solamente establecía normas de tutela para los menores en situación de riesgo, tal como el abandono, la orfandad. Según esta doctrina, la responsabilidad del ejercicio de los derechos de los menores de 18 años la tenía exclusivamente la familia y la intervención del Estado era sólo en casos de excepción.

La Constitución de 1998, incorpora los principales mandatos de la Convención Internacional del Niño que posteriormente son desarrollados por el Código de Niñez y Adolescencia, vigente desde julio del año 2002. Entre

las principales innovaciones de la Convención Internacional de la Niñez que corresponden a la Doctrina de la Protección Integral de los Derechos de niños, niñas y adolescentes y recogidas en la C. 98, están: la ciudadanía de niños por lo que convierte a todas las personas menores de dieciocho años en sujetos de todos los derechos garantizados en los pactos internacionales y en la Constitución; la corresponsabilidad de la familia, la sociedad y el Estado para el ejercicio y protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; el interés superior de los niños; reconocimiento que la familia es el grupo fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y bienestar de los niños y que por tanto el Estado debe darle el apoyo para que cumpla sus objetivos; protección legal antes y después del nacimiento; garantías del debido proceso, entre otras. Estas normas están contempladas en la Constitución de 1998, en los artículos 6, 37, 38, 39, 40, 41 47, 48, 49, 50, 51, 52, los mismos que pasaremos a comparar y comentar en relación a los mismos temas protegidos en el P.C.M.

**1. Ciudadanía de niños.-** En la Constitución de 1998, por primera vez en la historia del constitucionalismo ecuatoriano se otorga la ciudadanía a las personas menores de 18 años y por tanto son considerados como sujetos de derecho. Efectivamente, el segundo inciso del Art. 6 de la C. 98 establece: Todos los ecuatorianos son ciudadanos y como tales, gozan de los derechos establecidos en esta Constitución...” En la P.C.M., el Art. 6 también establece que “Todas las ecuatorianas y ecuatorianos son ciudadanos y gozarán de los derechos establecidos en la Constitución.” La diferencia está en el lenguaje usado para visibilizar especialmente a las mujeres.

**2. Principio de Corresponsabilidad.-** Tanto en la C. 98 como en el P.C.M. se establece claramente que, el estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de niños, niñas y adolescentes para asegurar el ejercicio pleno de derechos. Hay que acotar que, aún después de casi 20 años de vigente la Convención de Derechos del Niño, hay personas del Ecuador y de otros países, que han manifestado su desacuerdo de que los temas de derechos de familia y niñez sean también responsabilidad del Estado y la sociedad.

**3.- Principio del Interés Superior de los niños.-** Este principio, que es un principio de interpretación y aplicación de la ley, se mantiene incólume en ambos textos constitucionales que claramente establecen que los derechos de niños, niñas y adolescentes prevalecerán sobre los de las demás personas.

**4. Derecho al desarrollo integral.-** El P.C.M., además de los dos principios señalados anteriormente, agrega al Art. 44 un inciso en el que establece el derecho de los niños a su “desarrollo integral” y define este desarrollo como “proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales.”

La inclusión de esta norma nos permite apreciar:

- a) Concuerda con las responsabilidades que madre y padre tienen respecto al cuidado, crianza, educación, alimentación, protección de los derechos de hijos o hijas, aún estando separados de ellos por cualquier motivo. (Art. 69 P.C.M.) lo que va a servir de base al nuevo concepto de patria potestad, tenencia y derechos a mantener relaciones con los progenitores, que establece la Convención de los Derechos del Niño y el actual Código de Niñez y Adolescencia.
- b) Refuerza los derechos ciudadanos de niños, niñas y adolescentes de acceder a la educación, a la salud, a las manifestaciones culturales, derechos desarrollados en otros capítulos del mismo Título II del P.C.M.;
- c) Reconoce que la familia es el ambiente natural en el cual los niños, niñas y adolescentes van a aprender a socializar y el derecho de ellos a ser parte importante de la familia y de su comunidad;
- d) Reconocen el derecho de niños, niñas y adolescentes al buen trato emocional, físico y espiritual, para dar base constitucional a algunos artículos del Código de Niñez y Adolescencia que norman las relaciones de los niños y su familia y a la Ley contra la violencia doméstica; y,
- e) Siendo que sólo al Estado le corresponde utilizar políticas públicas, se evidencia el compromiso del Estado de proponer políticas públicas sociales dirigidas a apoyar a la familia para que cumpla sus fines o a suplir la falta de familia biológica con medidas de protección y, a coordinar y armonizar las políticas de las diversas entidades e instituciones del Estado a favor de los derechos de la niñez y adolescencia.

**5. Protección de derechos de los no nacidos..** El Art. 45 de la P.C.M. establece que las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad, exactamente igual al Art. 49 de la C.98. A renglón seguido viene el texto polémico:

|                 |                           |
|-----------------|---------------------------|
| CONSTITUCIÓN 98 | PROPUESTA DE CONSTITUCIÓN |
|-----------------|---------------------------|

|  |  |
|--|--|
|  | MONTECRISTI  |
| El Estado les asegurará y garantizará el derecho a la vida, desde su concepción; | El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección, desde la concepción. |

Se ha dicho que, en el artículo relativo al derecho a la inviolabilidad de la vida, la P.C.M. ha quitado la mención “desde su concepción” y que esta exclusión debe entenderse como inducción a la permisión del aborto. Como vemos, la C.98 introduce el texto arriba mencionado en el Art. 49 en el que va a enumerar una serie de derechos de protección especial que tienen los niños y niñas por su vulnerabilidad en relación a la edad, luego de reconocer que son sujetos de los derechos comunes al ser humano, incluyendo la vida, por supuesto. La C. 98 no menciona la concepción cuando garantiza el derecho a la inviolabilidad de la vida, en el Art. 23

En las constituciones del Ecuador anteriores a 1998, no se ha normado el derecho a la vida, en forma distinta a lo que establece la C. 98 en el Art. 23 no. 1 y la P.C.M. en su Art. 66. Jamás antes se había tratado el tema del derecho a la vida desde la concepción. Es la C. 98 la que, por primera vez en el constitucionalismo ecuatoriano, al haber incorporado al texto constitucional los principios y normas de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, introduce el Art. 49 ya mencionado, para que se puedan generar recursos legales a favor del niño y niña por nacer. Es así que, el actual Código de Niñez y Adolescencia, en base a esa norma constitucional, establece que la madre embarazada –en nombre de su hijo que esté en su vientre- tiene derecho a pedir pensión de alimentos al presunto padre o a los familiares más cercanos del presunto padre y, a exigir cuidados y atención prenatal, durante el parto y en el puerperio, así como también el derecho del niño o niña por nacer a que no se le practique examen de ADN mientras esté en el seno de su madre.

¿Qué razón tendrían los asambleístas del 98, que en la redacción de la Constitución hicieron gala de una excelente técnica jurídica, de dislocar el derecho a la vida, elemental y primer derecho, entre dos artículos distantes? ¿Tendrían la intención de elevar a norma constitucional la tipificación del delito de abortar que contempla el Código Penal? Sólo entiendo que los asambleístas constituyentes del 98 lo que quisieron es plasmar la norma de la Convención Internacional de los Derechos del Niño que permitiría generar derechos legales a los niños y niñas que están en el vientre materno pues en esa fecha, no había la alarma social por el creciente número de abortos por embarazos no deseados de adolescentes, situación que surge –no por la

consagración del derecho a la vida desde su concepción, sino por la crisis social, moral y económica que sufren las familias ecuatoriana, por la pobreza, por la migración, por la dislocación de las familias, por la introducción de falsos valores extraños a nuestra cultura que se hace a través de los medios de comunicación.

También es necesario señalar que, tanto la Convención sobre Derechos del Niño como la Constitución vigente y la propuesta de Montecristi, reconocen la corresponsabilidad de la familia, la sociedad y el Estado en relación a la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes. En este controvertido artículo del P.C.M., se regula el compromiso del Estado en relación a la vida de los niños y niñas concebidos que están por nacer pero ninguno de los tres instrumentos jurídicos mencionados aborda el compromiso de la familia y la sociedad respecto a los niños y niñas por nacer, cuestión que no necesitaría estar normada en ley alguna sino que debería estar normada por el amor y la ética individual.

Personalmente, creo que la Constitución del 98 al simplemente declarar que el Estado asegurará y garantizará a los niños y niñas el derecho a la vida desde su concepción, es débil en obligar al Estado a que asuma un compromiso real para lograr que los niños concebidos y en el vientre de su madre, lleguen a nacer y que haya obligaciones legales respecto a ellos. Faltaba introducir mecanismos que obliguen a poner recursos económicos y a establecer políticas públicas para lograr aquello así como para lograr también que las familias alcancen sus fines. A tal punto considero esto cierto que hoy, a más de 10 años de vigencia del Código de Niñez y casi 20 años de vigencia de la Convención, no hay políticas públicas a favor de la vida y sobrevivencia de los niños y niñas en la mayoría de los Municipios, organismos responsables de las políticas a favor de la protección integral de los derechos de los niños, según la Constitución del 98 y el Código de Niñez y Adolescencia.

Creo que la P.C.M. logra un mayor compromiso del Estado en relación a los derechos de la niñez, al introducir la frase “el cuidado y protección” como obligación del Estado para garantizar la vida de los niños y niñas desde su concepción, frase que no la inventa la Asamblea de Montecristi sino que es tomada de la Convención de los Derechos del Niño.

Nunca antes la sociedad ecuatoriana reclamó porque se incluya el derecho a la vida desde su concepción en el texto constitucional porque está fuera de

cuestionamiento que la ley penal ecuatoriana tipifica como delito y penaliza el aborto.

No veo, por ningún lado, que la P.C.M. en este artículo, instituya el aborto o permita el aborto. En todo caso, corresponde también a las familias y a la sociedad, tomar medidas para cuidar la vida de los niños y niñas por nacer, como por ejemplo, brindar amparo a las adolescentes embarazadas y no botarlas de los colegios o del seno familiar, no despedir de su trabajo a las mujeres cuando están embarazadas pues, aunque la ley diga lo que diga, somos los que aseguramos quererlas, quienes las empujamos a la desesperación y al aborto, al abandonarlas e impedirles el ejercicio de sus más elementales derechos. Como respuesta a esta mala práctica social, el P.C.M. en el Art. 43, introduce la obligación especial del Estado a favor de las mujeres embarazadas y en período de lactancia, para garantizar que no sean discriminadas en los ámbitos educativo, social y laboral, lo que permitirá sancionar a los que así actúan.

Tampoco es dable que, quienes interpretan equivocadamente este artículo, en su mayoría hombres, se refieran a las madres embarazadas, como personas que correrían a abortar ni bien la ley se los permitiera: sólo los hace hablar así el hecho de que jamás han sentido el latido de un niño en su vientre y no saben que lo último que hace una mujer desesperada es pensar en desprenderse de su hijo concebido y, aquellas que lo hicieron, llevan su dolor toda la vida.

Por último, para quienes tengan duda, el Art. 424 de la P.C.M. establece en su inciso segundo que, “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.” La Convención Internacional de los Derechos del Niño, que es un tratado internacional ratificado por el Ecuador, permite una interpretación adecuada de este artículo.

**6. Derechos específicos.-** El Art. 45 de la P.C.M. es similar al Art. 49 de la C. 98: ambos establecen los derechos de supervivencia, desarrollo, integración y participación que están contenidos también en la Convención Internacional de los Derechos del Niño y desarrollados en el Código de Niñez y Adolescencia.

**7. Compromisos del Estado para asegurar a niños, niñas y adolescentes las garantías constitucionales.** La P.C.M. en su Art. 46 va a profundizar más algunos de estos compromisos que también están establecidos en el Art. 50 de

la C. 98, tales como: a) la protección especial en el trabajo, estableciendo la edad de quince años como la edad en la que se autoriza trabajar, recogiendo así las normas de la OIT aprobadas por el Ecuador después de la vigencia de la C. 98. b) La protección frente a la influencia de programas o mensajes difundidos a través de cualquier medio que promuevan la violencia o la discriminación racial o de género, está incorporada en este mismo Art. 46 mientras que, en la C. 98, esta garantía se encontraba formando parte de los derechos de comunicación. c) En cuanto a la protección y atención contra todo tipo de violencia, maltrato, explotación sexual, la P.C.M. quita las palabras prostitución y pornografía, porque se entienden que son formas de explotación sexual; aumenta, en cambio la protección contra “la negligencia que provoque tales situaciones”, lo que va a permitir establecer la responsabilidad de quien ejerza la patria potestad de niños, niñas y adolescentes, víctimas de las situaciones descritas.

**8. Administración de Justicia.-** La C. 98 en su Art. 51 establece un régimen jurídico y una administración de justicia especializados para las personas menores de 18 años. Esta norma se mantiene en la P.C.M. pero en el Capítulo de la Función Judicial, en el Art. 175. En la P.C.M. se especifica que no sólo debe haber una administración de justicia especializada de niñez y adolescencia sino que además, debe haber operadores de justicia capacitados en la doctrina de protección integral de derechos; este artículo establece la división de la competencia en protección de derechos y en responsabilidad de adolescentes infractores.

**9. Sistema de Protección.-** En la P.C.M. desaparecen las normas que encontramos en el Art. 52 de la C. 98, las mismas que establece un Sistema Nacional descentralizado y participativo de protección a la niñez y adolescencia así como la obligación de los gobiernos seccionales de formular políticas locales y destinar recursos preferentes para servicios y programas orientados a niños y adolescentes. Aparentemente, esta norma se hace innecesaria vista el nuevo sistema de administración del Estado y régimen de competencias así como por las normas acerca de la planificación, responsabilidad que la tiene el Ejecutivo y los nuevos procesos de participación ciudadana. Sin embargo, mantener el concepto sistémico para la protección hubiera sido muy importante pues ha costado mucho organizarlo poco a poco.

**10. Derecho al voto.-** La P.C.M. en su artículo 62, 2. dentro de los derechos de participación, otorga el voto facultativo para los adolescentes mayores de

dieciséis años, innovación que podría traer consecuencias en otros ámbitos puesto que, al dársele un derecho político tan importante a las personas menores de 18 años y mayores de 16, se estaría asumiendo que están en capacidad de contraer otras responsabilidades.

**11 Igualdad ante la ley de los hijos y derecho de identidad.** El derecho de igualdad ante la ley de todos los hijos e hijas y el derecho de identidad de los niños y niñas está expresamente normado en el Art. 69 números 6 y 7 de la P.C.M., lo que también consta en la C. 98 en el Art. 40.

### **III LA FAMILIA Y LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A VIVIR Y GOZAR DEL MEDIO FAMILIAR.**

La C 98 en la sección 3ª de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en los artículos 37, 38, 39 y 40, da el concepto de matrimonio, unión de hecho, familia y regula los derechos y obligaciones de sus miembros.

El P.C.M. trata los mismos temas, en el Art. 67, 68 y 69 del Capítulo sobre Derechos de Libertad.

En ambos cuerpos constitucionales, el Estado reconoce la familia como célula fundamental de la sociedad y se compromete a protegerla, a garantizar las condiciones que le permitan conseguir sus fines. Ambos textos aceptan que las familias se constituyen por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.

La norma vigente en la C.98 no ha logrado producir políticas sociales públicas para la protección de la familia ni el Estado ha realizado programas para favorecer la consecución de sus fines. Por el contrario, en estos años, frente a la desintegración de las familias por migración de hombres y mujeres, frente a más casos de adolescentes y jóvenes embarazadas sin haber previamente constituido pareja, hemos visto un Estado anonadado que sólo se tranquiliza al establecer estadísticas alarmantes, salvo el caso de unos pocos municipios que se han enfocado a ayudar a las familias de los migrantes.

La P.C.M. incorpora una frase que ha sido muy polémica: “Se reconoce a la familia en sus diversos tipos.” No creo que esta frase deba alarmar a nadie al poner sobre el tapete una realidad social. No hay que hacer como el avestruz que entierra su cabeza en la arena para ignorar lo que pasa a su alrededor hasta que lo aniquilan. Los estudiosos de los problemas sociales, encuentran en la

actualidad varios tipos de familia: nuclear, monoparental, simple, biparental, extensa, amplia, reconstituida, sin vínculos sanguíneos, adoptiva, de madre soltera, de padres separados, homosexual. Reconocer esa realidad no significa propiciar o impulsar a que se formen. Reconocer que existen es necesario para poder analizar sus peculiaridades, sus problemas, sus dolores para justamente brindarles el apoyo de la sociedad y el Estado, necesarios para que estas comunidades de vida y amor, puedan transmitir los valores sociales y ayudar en los procesos de desarrollo de los hijos o hijas. Nos parece una innovación orientada a precautelar los derechos humanos de una manera más amplia, que no fija –y no tiene por qué hacerlo- parámetros morales o religiosos. Puede ser que algún grupo social se niegue a reconocer, por ejemplo, que una madre soltera con sus hijos constituye una familia o que también son familia una pareja de divorciados vueltos a casar y los hijos de ambos y que, por tanto les niegue derechos a esos hijos tales como, el acceso a la educación. Pero el Estado no puede negar derechos humanos, civiles, sociales, culturales, económicos ni la protección legal a personas que constituyan cualquier tipo de familia.

Mientras la C. 98 establece que “el matrimonio se fundará en el libre consentimiento de los contrayentes”, la P.C.M. aumenta que “*el matrimonio es la unión entre hombre y mujer*, se fundará en el libre consentimiento de las personas”, cerrando la posibilidad de que se considere matrimonio a la unión entre personas del mismo sexo.

El Art. 38 de la Constitución define la unión de hecho entre un hombre y una mujer y equipara derechos y obligaciones con los que tienen los miembros de las familias constituidas mediante matrimonio. El Art. 68 de la P.C.M. define la unión de hecho entre dos personas, lo que abre la posibilidad de que la ley desarrolle condiciones, derechos y obligaciones para que dos personas del mismo sexo formen esta institución.

Este artículo tiene un inciso final que establece que “la adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo.” De esta manera se cierra la posibilidad de que no sólo parejas homosexuales adopten niños sino también que mujeres solas u hombres solos adopten niños. En el antiguo Código de Menores, se establecía la adopción como un derecho de los adultos y se permitía que las mujeres solas, pudieran adoptar solamente niñas y que los hombres solos pudieran adoptar solamente niños. Desde que está vigente la Convención Internacional de la Niñez así como el Convenio de La Haya para Adopciones, la adopción no se considera un derecho ni de parejas ni de

personas sino una medida de protección que otorga el Estado para los niños y niñas que, teniendo la garantía del derecho a vivir y desarrollarse en el seno de su familia biológica, por cualquier circunstancia, se encuentren privados del medio familiar. El actual Código de Niñez y Adolescencia establece que, pueden ser encontrados aptos para adoptar las mujeres solas o los hombres solos y, el único requisito es que medie un mínimo de 15 años entre el adoptado y el adoptante. Esta norma quedaría abolida de aprobarse en el referendo el P.C.M.

El Art. 69 de la P.C.M. establece las garantías de protección a la familia y al patrimonio familiar al igual que el Art. 39 y 40 de la C.98, con la innovación de incorporar al texto, de manera transversal, la situación de los padres y madres que han migrado.

### **III DERECHOS DE LAS MUJERES EMBARAZADAS**

El P.C.M., en su Art. 43 introduce normas en las que el Estado se compromete a garantizar a las mujeres embarazadas y en período de lactancia los derechos a no ser discriminadas por su embarazo, en los ámbitos educativo, social y laboral, la gratuidad de los servicios de salud materna, la protección prioritaria y cuidado de su salud integral y de su vida durante el embarazo, parto y postparto, disponer de las facilidades necesarias para su recuperación después del embarazo y durante el período de lactancia.

Si bien estas normas están contempladas en varias leyes: Código de Niñez y Adolescencia, Código del Trabajo, Ley de Maternidad Gratuita y Atención a la Infancia, haberlas elevado a rango constitucional permitirá a las mujeres una garantía más amplia y contundente para el ejercicio de estos derechos y la posibilidad de plantear diversas acciones constitucionales para reclamarlos cuando les fueren violentados.

### **IV DERECHOS DE LAS ADULTAS Y ADULTOS MAYORES**

La P.C.M. en sus artículos 36, 37 y 38 desarrolla de manera más amplia y profunda los derechos de las personas mayores de 65 años. Mientras la C. 98 se limitaba a garantizar una asistencia especial, atención integral de salud gratuita y tratamiento preferente tributario y en servicios, la P.C.M. garantiza la inclusión social y económica, la protección contra la violencia, atención gratuita y especializada de salud así como acceso gratuito a medicinas, acceso al trabajo remunerado, protección contra la explotación laboral o económica,

jubilación universal, exoneración del pago por costos notariales y registrales, acceso a una vivienda digna. Introduce la obligación del Estado de tomar medidas para que los centros especializados de atención de adultas y adultos mayores garanticen su nutrición, salud, educación, cuidado diario; crear centros de acogida para albergar a quienes no puedan ser atendidos por sus familiares; establecer políticas y programas destinados a garantizar el ejercicio de sus derechos integrales. También se establece que, en caso de condena a pena privativa de la libertad, los adultos mayores cumplan su sentencia en centros adecuados para el efecto y, en caso de prisión preventiva, se sometan al arresto domiciliario. Por último, la P.C.M. invoca sanciones a los familiares de adultos mayores o instituciones establecidas para su protección, que los abandonen.

De todas estas garantías, la más difícil de convertir en realidad es la de la jubilación universal, debido a que la gran mayoría de los trabajadores ecuatorianos, especialmente mujeres, no están afiliados al IESS, lo que va a significar un financiamiento de un programa específico por parte del Estado, el que debe empezar a constituir un fondo de previsión. Esta garantía beneficia a amas de casa, artesanos, campesinos y trabajadores independientes en general que, durante toda su vida aportaron con su esfuerzo al desarrollo nacional pero que, al llegar a la edad adulta mayor y no poder seguir trabajando con vigor, se encuentran desamparados en el ejercicio de sus derechos.

## **V DERECHOS DE LOS JÓVENES**

La P.C.M. introduce un artículo, el 39, en el que el Estado se compromete a garantizar los derechos de las jóvenes y los jóvenes y a establecer políticas, programas, instituciones y recursos que aseguren y mantengan de modo permanente su participación e inclusión en todos los ámbitos. A través de esta propuesta, el Estado reconoce a las jóvenes y los jóvenes como actores estratégicos del desarrollo del país en diversos ámbitos. Vale señalar que, en la actualidad existe una Ley de Juventud, vigente desde el año 2001, que desarrolla este precepto constitucional. Lamentablemente, es una de aquellas leyes que no es acatada por las autoridades administrativas.

## **VI DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD**

Si bien la C.98 por primera vez en la historia del constitucionalismo ecuatoriano reconoce derechos especiales, atención preferente y garantías del

Estado para el ejercicio de derechos de las personas con discapacidad, hay que reconocer que el P.C.M. amplía y profundiza estos derechos especiales, las garantías y los compromisos del Estado de asumir políticas públicas para promover, defender y velar por el cumplimiento de estos derechos y los comunes de todo ser humano, de manera integral. Creo que en la sociedad ecuatoriana, todos, incluyendo los que han dicho que negarán el P.C.M. en el próximo referendo, reconocen que el texto es muy bien logrado. La sensibilidad demostrada por los asambleístas al desarrollar estos derechos y normas, sin duda alguna, debe haberse dejado influenciar por la presencia de María Cristina Kronfle, asambleísta y gran luchadora por los derechos de las personas como ella y por el empuje y garra demostrados por nuestro Vicepresidente, Lenín Moreno, al ejercer toda su influencia y poder a favor del ejercicio de derechos de las personas que como él, sufren discapacidad.

## **VII DERECHOS DE LAS PERSONAS CON ENFERMEDADES CATASTRÓFICAS**

El Art. 50 de la P.C.M. establece la garantía que da el Estado a toda persona que sufra de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, el derecho a la atención especializada y gratuita en todos los niveles, de manera oportuna y preferente. Esta norma no existe en la C. 98

## **VIII DERECHOS DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD**

El Art. 51 de la P.C.M. reconoce derechos a las personas privadas de la libertad, tales como: No ser sometidas a aislamiento como sanción disciplinaria, visita y comunicación de sus familiares y abogados, denunciar el trato recibido, acceso a la salud, educación y satisfacción de sus necesidades culturales, alimenticias, recreativas. Las mujeres embarazadas o en período de lactancia, las personas adultas mayores, las personas con discapacidad y las enfermas, privadas de su libertad, tienen derecho a recibir un trato preferente. Por último, el derecho de protección para las niñas, niños, adolescentes, personas con discapacidad, adultas mayores que estén al cuidado y dependencia de las personas privadas de libertad.

Esta innovación de la P.C.M. humaniza el trato a las personas privadas de libertad y afianza el sistema de rehabilitación social.

## **VIII DERECHO A MIGRAR**

La C.P.M., en el Art. 40, reconoce el derecho de las personas a migrar y claramente expresa que no se considera ilegal a ningún ser humano por su condición de migrante. En el mismo artículo, el Estado se compromete a realizar acciones para: dar asistencia y servicios de asesoría legal a las familias de los migrantes, sea que residan en el país como en el exterior, precautelar sus derechos cuando hayan sido privados de su libertad en el exterior, promover vínculos con el Ecuador, facilitar la reunificación familiar, estimular el retorno voluntario. En el Art. 41 se reconocen los derechos de asilo y refugio de acuerdo a los instrumentos internacionales de derechos humanos. En el Art. 42 prohíbe los desplazamientos arbitrarios y establece los derechos de las personas desplazadas a recibir protección y asistencia humanitaria emergente.

## **IX DERECHOS DE LAS PERSONAS USUARIAS Y CONSUMIDORAS**

Los derechos de los consumidores o de las personas usuarias y consumidoras son tratados muy profundamente tanto en la C. 98 como en la P.C.M. No hay innovaciones relevantes.

# **LAS ACCIONES DE GARANTÍA DE LOS DERECHOS EN EL PROYECTO DE CONSTITUCIÓN DE MONTECRISTI: ¿AVANCE O RETROCESO?**

Por Dr. Iván Castro Patiño

El profesor Norberto Bobbio sostiene con razón que, en la época actual, en materia de derechos humanos, el problema no radica tanto en su formulación, sino en sus garantías. El pensamiento de Bobbio es absolutamente aplicable al caso ecuatoriano pues, como bien afirma el profesor Larrea Holguín, una de las constantes que se observa en la evolución de nuestro derecho constitucional, consiste en el progresivo afianzamiento en la formulación de los derechos humanos en nuestros textos constitucionales; sin embargo, la correspondencia entre la normativa jurídica y la eficacia práctica de esos derechos en la realidad social, ha demostrado que existe un divorcio, en buena parte debido a la inexistencia en garantías apropiadas para la protección de los mismos.

Para superar esta dicotomía, que la doctrina constitucional ha calificado como la contienda entre el “*exceso normológico*” versus el “*defecto sociológico*”, es decir, gran cantidad de derechos consagrados versus deficiente eficacia social de los mismos, se torna indispensable que, en nuestro texto constitucional, se creen en unos casos y se fortalezcan, en otros, los mecanismos y acciones destinados a proteger el ejercicio y eficacia de esas “*leyes del más débil*” que, a decir de Ferrajoli, son los derechos humanos.

En este artículo, no me voy a referir a todas sino exclusivamente a algunas de las acciones de protección de los derechos humanos y supremacía de la Constitución que consagra el proyecto de Constitución de Montecristi (**P.C.M., en adelante**), comparándolos con las existentes en la Constitución vigente desde 1998 (**C. 98 en adelante**). Estas son: Hábeas Corpus, Hábeas Data, Protección,

Extraordinario de Protección, Inconstitucionalidad por Omisión y, finalmente, por incumplimiento.

## **I. ACCIÓN DE HÁBEAS CORPUS.-**

Las principales innovaciones del proyecto de Montecristi se refieren a los siguientes aspectos:

1. Mientras en la C. 98 el Hábeas Corpus se puede proponer por toda persona que crea estar *“ilegalmente”* privada de su libertad, en el P.C.M. la puede interponer cualquier persona que considere que se encuentra privada de su libertad de forma *“ilegal, arbitraria o ilegítima”*. Es decir, el objeto de la Acción de Hábeas Corpus se amplía favorablemente a favor de la defensa de los derechos humanos porque, como bien sabemos, la arbitrariedad y la ilegitimidad, son conceptos más amplios que no siempre coinciden con la ilegalidad.

Toda privación ilegal de libertad es siempre arbitraria e ilegítima; empero, no siempre las privaciones arbitrarias o ilegítimas de la libertad son ilegales. Al respecto de este tema, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, tiene establecido que la privación de la libertad de una persona es arbitraria cuando se efectúa conforme a una ley cuya interpretación por parte de la autoridad o cuyo fin sea incompatible con el respeto al derecho del individuo a la libertad y a la seguridad. Adicionalmente, el Comité señala que también es arbitraria una detención que se efectúa por motivos o procedimientos distintos a los prescritos por la ley.

2. En cuanto al juez competente para tramitar el Hábeas Corpus, mientras la C.98 establece que es el Alcalde, competencia privativa que deviene desde la Constitución de 1945, el P.C.M., establece que es la jueza o el juez, sin

señalar cuál juez o jueza. Tal omisión corresponderá ser resuelta por la ley.

Me parece correcto el cambio, tanto más que el Ecuador es prácticamente el único país que mantiene esta reminiscencia de la Colonia por medio de la cual el Hábeas Corpus es resuelto por una autoridad administrativa, como es el Alcalde, y no por la Función Judicial.

No debemos olvidar a este respecto, que el proyecto de Constitución de la Comisión de Juristas del CONESUP, estableció la creación de la “*Justicia Constitucional Especializada*”, con jueces constitucionales de primera instancia y cortes constitucionales de apelación, todos ellos dependientes de la Corte Constitucional. El P.C.M. no establece la justicia constitucional especializada en todos sus niveles pero es de desear que la evolución de nuestra normativa constitucional avance en ese sentido.

3. El P.C.M. establece la posibilidad de que, de ser necesario, la audiencia de comparecencia de la persona privada de la libertad se realice en el lugar donde ocurra la privación de la libertad (debe entenderse en el centro de detención donde se encuentra la persona). No existe una disposición similar en la C. 98. Me parece bien encaminada la reforma.
4. El P.C.M. establece que, en caso de verificarse cualquier forma de tortura, trato inhumano, cruel o degradante, se disponga la libertad de la víctima, su atención integral o especializada y la imposición de medidas alternativas a la privación de la libertad, cuando fuere aplicable. Esta disposición no consta en la C.98.

Si bien la norma propuesta es favorable al respeto de los derechos humanos, faltó incorporar que el juez que conoce el Hábeas Corpus debe informar inmediatamente al Ministerio Fiscal para que se investigue la responsabilidad de quien o quienes hayan efectuado la tortura, trato

inhumano, cruel o degradante en contra del detenido, lo que si consta en el Art. 109 del Proyecto de Constitución que elaboró la Comisión de Juristas del CONESUP. En todo caso, la falla podrá ser subsanada por el Código de Procedimiento Constitucional que debería expedirse con el carácter de ley orgánica.

5. El P.C.M. establece la posibilidad de interponer el Hábeas Corpus aún en el caso en que la orden de prohibición de libertad haya sido dispuesta en un proceso penal, en cuyo caso el recurso se interpondrá ante la Corte Provincial de Justicia. Esta disposición no consta en la C.98.
6. El P.C.M. establece que cuando se desconozca el lugar de la privación de la libertad y existan indicios de la intervención de algún funcionario o agente público o personas que actúen con su autorización, apoyo o aquiescencia, el juez deberá convocar a audiencia al máximo representante de la Policía Nacional y al Ministro competente para, luego de escucharlos, adoptar las medidas necesarias para ubicar a la persona y a los responsables de la privación de la libertad. Una disposición parecida a ésta, existe en el Art. 108 del proyecto elaborado por la Comisión de Juristas del CONESUP. La C. 98 no dispone nada a este respecto

El proyecto de Constitución elaborado por la Comisión de Juristas del CONESUP, en su Art. 110, señalaba que, cuando la privación ilegítima de la libertad se deba a particulares, el juez constitucional debía hacer efectiva la libertad de la persona y remitir el expediente al Ministerio Fiscal para que investigue y sancione al responsable. Lamentablemente, esta previsión no consta en el P.C.M.

## **II. ACCIÓN DE HÁBEAS DATA.-**

Las principales innovaciones del P.C.M. se refieren a los siguientes aspectos:

1. Con respecto al Hábeas Data, la C.98 tiene un error de técnica jurídica. En efecto, en su Art. 94 establece esta garantía constitucional sin que previamente, en el capítulo relativo a los derechos humanos, particularmente en el Art. 23 que enumera los derechos civiles, se haya reconocido el derecho protegido por el Hábeas Data. En la C.98, el derecho protegido por el Hábeas Data, es establecido por el propio inciso primero del Art. 94 que regula la susodicha garantía. Este error es corregido por el P.C.M. pues, en el Art. 66 no. 19, entre los derechos de libertad que reconoce y garantiza a las personas se establece *claramente “el derecho, a la protección de datos de carácter personal, que incluye el acceso y la decisión sobre información y datos de este carácter, así como su correspondiente protección...”*, derecho que, posteriormente, en el Art. 92, va a ser objeto de la garantía del Hábeas Data.
2. En cuanto al objeto del Hábeas Data, el P.C.M. agrega elementos no contemplados en la C. 98 tales como, acceso a *“datos genéticos”*, referencia a *“datos sensibles”*, derecho a conocer el origen y el tiempo de vigencia del archivo o base de datos relativos a la propia persona o a sus bienes. Igualmente se incorpora la disposición de que el acceso al archivo será sin costo para el solicitante.
3. Finalmente, el P.C.M. establece que, sólo en caso de que la entidad pública o privada no atendiere la solicitud de la persona titular de los datos, podrá ésta acudir ante el juez competente, requisito que no está contemplado expresamente en el Art. 94 de la C.98.

Al respecto de lo señalado en el párrafo anterior menciono que el proyecto de Constitución elaborado por la Comisión de Juristas del CONESUP, en su artículo 112, disponía de forma más clara y expresa que, para la procedencia del Hábeas Data, se requeriría que el demandante previamente haya reclamado, por documento de fecha cierta, el cumplimiento de su derecho a acceder a la información que

sobre sí mismo o sobre sus bienes reposen en archivos públicos o privados y que el demandado se haya ratificado en el incumplimiento o no haya contestado dentro de los diez días hábiles a la presentación de su solicitud. Sólo excepcionalmente se podría prescindir de este requisito cuando su exigencia genere inminente peligro de sufrir un daño irreparable, situación que debía ser acreditada por el demandante.

### III. ACCIÓN DE PROTECCIÓN.-

Con respecto a la Acción de Protección, las principales innovaciones del P.C.M. son las siguientes:

1. Mientras en la C.98 se denomina Acción de Amparo, en el P.C.M. se denomina “***Acción de Protección***”, siguiendo en esto a la Constitución chilena que, en su Art. 20, denomina así a esta garantía.
2. Mientras en la C.98 la Acción de Amparo tiene como objeto la adopción de medidas urgentes destinadas a **cesar, evitar o remediar** la comisión o la consecuencia de un acto u omisión ilegítimos (amparo suspensivo, preventivo o reparador), el P.C.M. no hace referencia a ninguno de estos tres verbos, pues simplemente establece que puede interponerse recurso de protección cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones, de cualquier autoridad pública no judicial. Es decir, la violación ya debe haberse producido por lo que no procedería el amparo preventivo, posibilidad que sí franquea la Constitución vigente. De allí también que se elimina la mención a que las acciones u omisiones de la autoridad pública, objeto de la Acción de Protección, deben de “***modo inminente***” amenazar con causar un “***daño grave***”, a un derecho constitucional protegido, términos que si utiliza la Constitución vigente.

3. Mientras la C. 98 requiere que los actos u omisiones de autoridad pública objeto del Amparo, sean ilegítimos y que violen o puedan violar un derecho consagrado en la Constitución o en un Tratado o Convenio Internacional vigente, el P.C.M. se refiere a actos u omisiones que vulneren derechos constitucionales y además agrega, que podrá también proponerse Acción de Protección, contra ***“políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales”***. Si esta disposición se la conecta con la fortalecida importancia que el P.C.M. le da a la planificación de las políticas públicas, la importancia de la Acción de Protección se torna, aún más, evidente.
4. En cuanto a la posibilidad de Acción de Amparo contra particulares, la C.98 la limita a dos posibilidades: a) Si el acto o la omisión que viole o pueda violar un derecho consagrado en la Constitución o en un Tratado Internacional vigente hubiere sido realizado por personas que presten servicios públicos o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública; y, b) Cuando la conducta de los particulares afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso. En cambio, el P.C.M. amplía la posibilidad de la Acción de Protección contra particulares pues establece que procede en los casos siguientes: a) Si la violación del derecho provoca daño grave; b) Si presta servicios públicos impropios; c) Si actúa por delegación o concesión; y, d) Si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.

Es evidente que esta más amplia formulación de la Acción de Amparo (Acción de Protección) contra particulares, va a tener que ser desarrollada por la jurisprudencia y la doctrina, tal como ocurrió en Alemania con el desarrollo de la tesis conocida como ***“Drittwirkung Der Grundrechte”***, sobre la

eficacia de los derechos fundamentales entre particulares, desarrollada por el Profesor Nipperdey. La Acción de Protección por aspectos laborales, por ejemplo, podría ser frecuente, tanto más que, por propia definición de nuestro Código Laboral, el contrato de trabajo tiene como uno de los elementos característicos, la subordinación. Justamente por ello, la tesis del *“Drittwirkung Der Grundrechte”* adquirió especial relevancia en lo relativo al derecho del trabajo, núcleo de los derechos sociales, dada la desigualdad de poder entre las partes contratantes y la necesidad de que ésta sea compensada a través de mecanismos institucionales.

La jurisprudencia constitucional alemana ha variado, desde una inicial acogida a la eficacia inmediata de los derechos fundamentales contra particulares, hacia una posición más conservadora por medio de la cual, los actos susceptibles de amparo, son únicamente aquellos ejecutados por los poderes públicos. El debate está vigente y existen textos constitucionales, como el español, cuyo artículo 53.2 parece no limitar la acción de amparo o de tutela exclusivamente a los actos de los poderes públicos.

#### **IV. ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN.-**

Esta es sin duda, una de las novedades del P.C.M. que más dificultades traerá en su aplicación práctica y que más comentarios produce entre los estudiosos del Derecho.

El P.C.M. establece que la Acción Extraordinaria de Protección procede contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado, por acción u omisión, derechos reconocidos en la Constitución y señala que se interpondrá ante la Corte Constitucional. Para su procedencia, se requiere que se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no

fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado.

En la Comisión de Juristas del CONESUP se debatió ampliamente este tema y se resolvió incorporar esta garantía al proyecto de Constitución pero, con algunas diferencias que cambian sustancialmente el alcance que tiene en el P.C.M. En consecuencia, con respecto a esta Acción, que no existe en la C.98, el análisis comparativo lo voy a realizar en función del proyecto de Constitución que entregó la Comisión de Juristas del CONESUP. Las diferencias primordiales son las siguientes:

1. Mientras el P.C.M. denomina a esta garantía *acción extraordinaria de protección*, el proyecto de la Comisión de Juristas del CONESUP lo denominó **recurso extraordinario de amparo** (Art 114 y 194 no. 7). La terminología usada en el proyecto del CONESUP es la correcta puesto que esta garantía constituye, efectivamente, un **recurso** que se plantea frente a sentencias o autos definitivos que violen los derechos consagrados en la Constitución.
2. El proyecto del CONESUP limita el recurso extraordinario de amparo exclusivamente a los casos en que el recurrente alegue que, dentro del proceso tramitado ante la justicia ordinaria y que haya concluido con sentencia o auto definitivo, se han violado las garantías constitucionales del debido proceso. El P.C.M., en cambio, no limita la procedencia de la acción extraordinaria de protección exclusivamente a los casos en que se hayan violado las garantías constitucionales del debido proceso sino que, la amplía a todos los casos en que, por acción u omisión, se haya violado *“derechos reconocidos en la Constitución”*.
3. En el proyecto de la Comisión de Juristas del CONESUP se establece con claridad que, de proceder el recurso extraordinario de amparo, la Corte Constitucional declarará la nulidad que corresponda y devolverá el expediente a la función

judicial para que la justicia ordinaria corrija la violación a las normas del debido proceso y resuelva sobre lo principal. Esta importante precisión, no existe en el P.C.M., lo que ocasiona que exista el riesgo de una indebida injerencia de la justicia constitucional en aspectos fuera de su competencia, que corresponden a la justicia ordinaria. La ley que regule el funcionamiento de la Corte Constitucional y los procedimientos de control de constitucionalidad que, según la disposición transitoria primera deberá expedirse en el plazo de 360 días después de aprobado el P.C.M., necesariamente tendrá que regular este aspecto.

4. La experiencia española, que permite la interposición de las denominadas acciones de tutela o amparo ante el Tribunal Constitucional, acerca de sentencias dictadas por la justicia ordinaria, deberá ser profundamente analizada para lograr el buen uso de esta nueva garantía constitucional. Previendo su mal uso, el proyecto de Constitución elaborado por la comisión de juristas del CONESUP establecía expresamente que *“si el recurso extraordinario de amparo fuere presentado para obstaculizar la justicia o retardar la sustanciación de la causa, la Corte Constitucional deberá rechazar el recurso y, si fuere el caso, sancionar al infractor de conformidad con la ley”*. El P.C.M. no tiene una disposición similar.

## **V. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN.-**

Esta es, sin duda, la más importante innovación del P.C.M. tendente a hacer prevalecer los principios de supremacía y fuerza normativa o vinculante de sus normas.

La Constitución no sólo se vulnera cuando se ejecuta un acto que por su forma o fondo contradice sus disposiciones, sino también, cuando no se realiza lo que imperativamente ella ordena que se haga. En este segundo caso, cuando la quiescencia, inacción, inercia u omisión de las autoridades u órganos del poder público frente a

claros y concretos mandatos del constituyente vulneran la supremacía y fuerza normativa de la Constitución, se produce lo que la doctrina denomina Inconstitucionalidad por Omisión.

En el Ecuador, la mayoría de las veces en que se viola la Constitución, no se lo hace mediante la expedición de una ley, norma o acto administrativo que contradice sus disposiciones, sino cuando el poder constituido, por omisión o inacción, deja sin efecto lo preceptuado por el poder constituyente.

La inconstitucionalidad por omisión constituye una especie de asignatura pendiente en el derecho constitucional comparado, pues no obstante ser una patología que afecta gravemente al constitucionalismo universal, los únicos países cuyas constituciones la han regulado, son: Yugoslavia, Portugal y Hungría en Europa; Brasil en su constitución Federal y en algunas constituciones estatales; la Constitución de la Provincia de Río Negro, en Argentina; Venezuela; algunos estados de la República de México en América y Angola en África. Otros países han combatido la inconstitucionalidad por omisión a través de la acción creativa de sus tribunales constitucionales.

La Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica, realizó una investigación científica sobre este tema de la Inconstitucionalidad por Omisión. Escribí el único libro que sobre este tema se ha publicado en Ecuador, en cuya parte final elaboré un proyecto de articulado para reformar la Constitución de 1998, introduciendo la regulación de la Inconstitucionalidad por Omisión. Posteriormente, en la Comisión de Juristas del CONESUP, logramos que se incorpore esta Acción, en el Art. 194 del proyecto de Constitución. Con esos antecedentes y con la explicación personal que hiciera a varios asambleístas sobre la importancia de regular esta institución, el P.C.M. introduce esta figura en el Art. 436 no. 10, con la redacción siguiente: ***“La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones: ... 10)***

***Declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerable razonable por la Corte Constitucional. Si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto emitido, de acuerdo con la ley.”***

Sin falsa modestia, debo señalar que la redacción del numeral 10 del art. 436 de P.C.M., es básicamente igual a la reforma planteada en la página 182 de mi libro “Inconstitucionalidad por Omisión”, publicado en Octubre de 2006, en el que además, se hace una amplia exposición de la teoría general y del derecho comparado, en relación con la misma y defino a la inconstitucionalidad por omisión en la siguiente forma: ***“Inconstitucionalidad por omisión es la inobservancia total o parcial de los mandatos concretos contenidos en normas constitucionales de cumplimiento obligatorio, producto de la inacción de los poderes constituidos o de los funcionarios públicos, dentro del plazo establecido en la Constitución o considerado razonable, que ocasiona la pérdida de eficacia normativa de la Constitución”***.

La regulación de la Inconstitucionalidad por Omisión nos dará la certeza de que las disposiciones del P.C.M., en caso de ser aprobado en el referéndum, en todo aquello en que obliguen a los órganos del poder público a dictar leyes o a ejecutar actos, deberán ser cumplidas dentro del plazo establecido en la Constitución o, si no se hubiese establecido plazo, dentro del tiempo considerado razonable por la Corte Constitucional. Caso contrario, la Corte Constitucional, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de conformidad con la ley.

La Acción de Inconstitucionalidad por Omisión impedirá que en lo sucesivo, vuelvan a repetirse casos de violaciones flagrantes a la

Constitución por Omisión, como sucede con la C. 98 la misma que, por ejemplo, dispone: poner en vigencia el procedimiento oral en todas las materias (disposición transitoria 27); establecer la unidad jurisdiccional (art. 191 y disposición transitoria 26); dictar la ley que haga compatible la justicia indígena con el sistema judicial nacional (art. 191). Estas mandatos concretos establecidos en la Constitución vigente, no han tenido eficacia práctica puesto que lo dispuesto por el poder constituyente no ha sido obedecido por un poder constituido, como es, el Congreso Nacional, violándose la Constitución no por acción sino por omisión.

No obstante mi total acuerdo con la Acción de Inconstitucionalidad por Omisión, debo señalar que hay algunos aspectos puntuales que si constan en el proyecto de Constitución elaborado por la Comisión de Juristas del CONESUP pero que no constan en el P.C.M. corresponderá a la ley y a la jurisprudencia suplir esas falencias, tales como determinar que la omisión debe referirse a mandatos “**concretos**” contenidos en la Constitución, ya que en la Constitución existen mandatos abstractos, generalmente contenidos en normas programáticas, que no establecen con precisión aquello que los poderes constituidos deben hacer, requisito indispensable para que, en caso de no hacerlo, pueda configurarse la inconstitucionalidad por omisión.

## **VI. ACCIÓN POR INCUMPLIMIENTO.-**

Esta acción de garantía de la supremacía de la Constitución, es otro de los aportes de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica, al desarrollo del constitucionalismo ecuatoriano, que consta en el P.C.M.

Originalmente fue planteada por mí en el seno de la Comisión Especial de Juristas del CONESUP que la incorporó en el Art. 116 del proyecto de Constitución, con el nombre de Acción de Cumplimiento. El P.C.M. la denomina Acción por Incumplimiento. Al igual que la Acción de Inconstitucionalidad por Omisión, la

Acción por Incumplimiento debe ser planteada directamente ante la Corte Constitucional.

De la misma manera que repele al recto criterio jurídico que se deje al arbitrio de los órganos y autoridades del poder público la posibilidad de que, por su inacción, puedan tornar ineficaz un mandato concreto contenido en la Constitución, también repudia que otras normas que integran el sistema jurídico, puedan tornarse ineficaces por la simple omisión o inacción de un órgano o autoridad pública que no la aplica.

El origen remoto de la Acción de cumplimiento se remonta a los *interdictos romanos*, pero su delimitación más precisa y sus notas características tienen sus antecedentes en el derecho inglés con el *Writ of Mandamus*, posteriormente recogidos en el derecho lucitano en el *Mandado de Injuncao* y en el derecho argentino con el nombre de *Mandamiento de Ejecución*. Sus antecedentes normativos más inmediatos los encontramos en las vigentes Constituciones de Colombia (1991) y Perú (1993), en las que se denomina acción de cumplimiento, que en términos generales es el proceso constitucional por medio del cual se empodera a los ciudadanos del derecho de acudir ante la justicia constitucional, para demandar al Juez que ordene a la autoridad, órgano o funcionario renuente o remiso que de efectivo cumplimiento a lo que imperativamente dispone una ley, norma o acto administrativo de carácter general. El P.C.M. lo ha ampliado ésta acción para exigir también el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, que contengan una obligación de hacer o no hacer, clara, expresa y exigible.

Caso concreto de aplicación de la acción de cumplimiento o acción por incumplimiento, en el caso ecuatoriano, sería por ejemplo plantear ante la Corte Constitucional que determinadas municipalidades morosas (que lamentablemente son la mayoría) den cumplimiento con lo que disponen los artículos 192 y 201 del

Código de la Niñez y Adolescencia, que les obliga a crear en su jurisdicción el respectivo Concejo Cantonal de la Niñez, pues no es posible consentir que aunque las referidas normas del Código de la Niñez estén vigentes, la mora del obligado a cumplirlo, las vuelvan ineficaces.

Entre la propuesta del proyecto de Constitución del CONESUP y la disposición del P.C.M., existen las siguientes diferencias:

1. El Proyecto de la Comisión de Juristas del CONESUP la denomina Acción de Cumplimiento en tanto que el P.C.M. la denomina Acción por Incumplimiento.
2. El Proyecto de la Comisión de Juristas del CONESUP establece que la acción debe plantearse ante el Juez Constitucional en tanto que P.C.M. señala que se interpone ante la Corte Constitucional. Considero que es más apropiado el planteamiento del CONESUP, pues la Acción de Cumplimiento al igual que el Hábeas Corpus, Amparo (Protección), Hábeas Data, etc. sólo deben llegar a la Corte Constitucional para que ésta tome los casos paradigmáticos a fin de establecer jurisprudencia constitucional vinculante.
3. El Proyecto de la Comisión de Juristas del CONESUP precisa de mejor manera cuáles normas que integran el sistema jurídico pueden ser objetos de la Acción de Cumplimiento, pues se refiere expresamente al cumplimiento de una ley, norma o acto administrativo de carácter general, en tanto que el P.C.M. se refiere en forma genérica a normas que integran el sistema jurídico, lo cual incluiría, por ejemplo, acuerdos, resoluciones y otras disposiciones del poder público con alcance particular que, cuando vulneren derechos constitucionales, deben ser objetos de acción de amparo (protección) y no de acción de incumplimiento.
4. El Proyecto de la Comisión de Juristas del CONESUP no se refiere a sentencias e informes de organismos internacionales de derechos humanos, en tanto que el P.C.M., si señala que el

incumpliendo de sentencias o informes de organismos de derechos humanos pueden ser objetos de acción por incumplimiento. Habrá que regular cuidadosamente ésta disposición para que no colisione con la justicia ordinaria.

Se podría pensar que la Acción de Cumplimiento no debería tener un rango constitucional, puesto que no se refiere a garantizar la aplicación de normas de carácter constitucional, ya que para este caso existe la acción de inconstitucionalidad por omisión. Sin embargo, aún cuando la acción por incumplimiento va dirigida a evitar que por omisión se inapliquen las leyes, reglamentos, decretos, etc., indirectamente existe una violación de la Constitución, ya que se viola el derecho a la seguridad jurídica, el mismo que incluye la certeza que deben tener los ciudadanos en la eficacia y aplicabilidad del ordenamiento jurídico. Así conceptúo el derecho a la seguridad jurídica el Proyecto de la Comisión de Juristas de CONESUP en el numeral 28 del Art. 24 e igualmente lo ha establecido el P.C.M. en el Art. 82, que dice: ***“El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respecto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”***.

Mucho más podríamos explicar de la Acción por Incumplimiento pero ello va más allá de los límites de éste artículo, por lo que seguiré escribiendo sobre este tema en la Revista Jurídica de la Facultad.

En síntesis, sin desconocer que como toda obra humana, el Proyecto de Constitución de Montecristi, tiene algunos aspectos que podrían mejorarse, a mi juicio tiene significativos avances en lo relativo a formulación de las garantías de los derechos humanos y el respeto a los principios de supremacía y fuerza vinculante de la Constitución.

Guayaquil, 2 de septiembre de 2008

DR. IVÁN CASTRO PATIÑO

# **LA ACCIÓN DE HÁBEAS CORPUS DENTRO DEL PROYECTO DE NUEVA CONSTITUCIÓN APROBADA POR LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE.-**

Por Héctor Vanegas y Cortázar

## **INTRODUCCIÓN.-**

### **EL MOMENTO POLÍTICO**

Al redactar este tema, es necesario, a fin de alcanzar la mayor ecuanimidad, invocar a la realidad del presente momento, electoral, político, cultural y de conflicto que atraviesa el pueblo ecuatoriano. Más aún cuando se vive el crucial momento post asamblea y pre referéndum aprobatorio de la misma.

Históricamente el tema político se ha visto inmiscuido con el tema legal, y más de una vez se han aprobado leyes, normas, mandatos o reglamentos de diversos tipos en los que se contraponen el deber ser del derecho, con una interacción ocasional política que apenas queda en la retina de los que sí se acogen a la virtud de querer tener memoria.

En un ejemplo de interpretación, podemos manifestar que el libro más leído por muchos, dentro de la cultura occidental es la Biblia del Catolicismo, pero incursionando en sus orígenes encontramos que fue escrita en buena parte por personas que pertenecían a culturas del medio oriente y que se distancian quizás unos 1500 años de la actualidad, lo que significa que si tenemos que valorar la capacidad de redacción o de interpretación, tenemos que apreciar el entorno cultural y político de la época.

Es así que deberemos valorar la esfera política actual que vive el Ecuador para determinar a qué interés responden las normas, incluso la Constitucional. Con relación a la pertinencia manifestada, el Recurso de Hábeas Corpus en la actualidad, se lo interpone ante la autoridad municipal, Por ende la necesidad

de establecer la relación actual entre los Constituyentes y los Personeros Municipales y encontraremos el detonante que consiste en una relación pésima de muy pocos amigos, aunque en el camino, el Ejecutivo que tiene manifiesta afinidad con los Constituyentes va sumando adeptos en los Alcaldes y primeros personeros Cantonales, mientras cada vez se distancia más de los polos de Desarrollo del País y por ende de su administración, que son las ciudades Quito y Guayaquil.

Ante esta realidad, el presente análisis, se apartará del criterio político de su creación, sentando razón que esas si son medidas para cuestionar o resaltar un proyecto de Ley, más aun cuando su carácter es el de Constitucional.

### **ORIGEN DEL HÁBEAS CORPUS.-**

Es necesario, para comprender su esencia, traer a la luz el origen del Recurso del Hábeas Corpus, y cuál es la intensión de su creación como medida de salvaguarda para quien ha sido injustamente detenido, esto es sin una orden judicial previa. El origen de este recurso, data aproximadamente del siglo XII.

Hábeas corpus quiere decir "que tengas el cuerpo", y tiene su origen en las actas que en Inglaterra garantizan la libertad individual, permitiendo a cualquier persona presa ilegalmente acudir a la High Court of Justice.

El requerimiento va dirigido a toda clase de autoridades, lo que se trata de aclarar es, si ellas han adoptado o no esa medida dentro de su competencia y de manera legal.

Como antecedentes remotos se pueden señalar el interdicto de liberis exhibendis et ducendis del antiguo Derecho Romano y el juicio de manifestación del derecho aragonés medieval o más conocido como el Fuero de Aragón.

### **PRESENTE EL CUERPO.-**

El Hábeas corpus, para resultar eficaz, necesita de un procedimiento por la vía sumarísima en juicio no contradictorio. La autoridad requerida no tiene obligación de presentar inmediatamente al detenido, aunque este es un aspecto de discusión dentro de la doctrina, ya que el origen del término Hábeas Corpus, consiste en la exhibición del Cuerpo, pero dentro de la evolución

normativa, su misión va más allá y se encargara de informar sobre los motivos de su detención.

Denominación.-

Se ha discutido a través de los siglos acerca de su denominación procesal: para varios doctrinarios se trata de un recurso, mientras que para algunos juristas es una acción. Aunque esta última interpretación es la prevaleciente.

En algunas legislaciones sólo se garantiza la libertad individual, mientras que en otros cuerpos legales, ampara cualquier otro derecho que sea propio a la constitución, siempre que se carezca de otro medio legal para obtener la inmediata reparación del daño ocasionado. Es lo que constituye la "acción de amparo".

## AMPARO Y HÁBEAS CORPUS

Se trata de una acción posesoria que se ejerce sobre una cosa o bien, en virtud del dominio que el "hombre libre" tiene sobre su cuerpo.

Estamos frente a un derecho patrimonial, en que el cuerpo, equiparado en este momento a una cosa, por estar sometido a la voluntad del propietario, era recobrado. A diferencia del esclavo, que carece de dominio sobre su cuerpo, y no podía ejercer acción alguna. De ahí que éste se da sólo para el hombre libre que hubiere sido privado de tal condición por quien pretendía ser su amo.

En la actualidad, en las legislaciones de occidente la esclavitud está superada, entonces el recurso se dirige para quien ha sido privado injustamente de su libertad. Es decir quien no pueda transitar libremente con su cuerpo por donde su propia libertad lo condujera.

## LO QUE DICE LA CONSTITUCIÓN VIGENTE.-

El Art. 93 de la Actual Constitución, abarca lo concerniente a este tema, siendo la Autoridad Municipal, o quien haga sus veces, quien resolverá si es injusta o no la detención de quien recurre.

Lo importante de determinar en el momento de la interposición del recurso es la Jurisdicción en donde se encuentra detenido, quien se crea ilegalmente privado de su libertad. El Alcalde o autoridad Municipal que haga sus veces, es ajeno, o al menos se entiende que debe ser así a la Función Judicial, por lo que nada tendrá que ver su resolución con una posterior orden de prisión obtenida en contra de quien fue injustamente privado de su libertad.

La misma autoridad Municipal, es responsable civil y penalmente por no tramitar debidamente el Recurso.

## **Capítulo 6**

### **De las garantías de los derechos**

#### **Sección primera**

##### **Del hábeas corpus**

**Art. 93.-** *Toda persona que crea estar ilegalmente privada de su libertad, podrá acogerse al hábeas corpus. Ejercerá este derecho por sí o por interpuesta persona, sin necesidad de mandato escrito, ante el alcalde bajo cuya jurisdicción se encuentre, o ante quien haga sus veces. La autoridad municipal, en el plazo de veinticuatro horas contadas a partir de la recepción de la solicitud, ordenará que el recurrente sea conducido inmediatamente a su presencia, y se exhiba la orden de privación de libertad. Su mandato será obedecido sin observación ni excusa, por los encargados del centro de rehabilitación o del lugar de detención.*

*El alcalde dictará su resolución dentro de las veinticuatro horas siguientes. Dispondrá la inmediata libertad del reclamante si el detenido no fuere presentado, si no se exhibiere la orden, si ésta no cumpliere los requisitos legales, si se hubiere incurrido en vicios de procedimiento en la detención o, si se hubiere justificado el fundamento del recurso.*

*Si el alcalde no tramitare el recurso, será civil y penalmente responsable, de conformidad con la ley. El funcionario o empleado que no acate la orden o la resolución será inmediatamente destituido de su cargo o empleo sin más trámite, por el alcalde, quien comunicará tal decisión a la Contraloría General del Estado y a la autoridad que deba nombrar su reemplazo. El funcionario o empleado destituido, luego de haber puesto en libertad al detenido, podrá reclamar por su destitución ante los órganos competentes de la Función Judicial, dentro de los ocho días siguientes a aquel en que fue notificado.*

Tal como se encuentra concebido en la norma constitucional citada, al presupuesto necesario, en el que tanto insistimos, para proponer la acción de

hábeas corpus es que la persona se encuentre "ilegalmente detenida", privada de su libertad sin que dicha detención responda a los requerimientos que la ley establece con los parámetros impuestos por el procedimiento judicial.

Esta característica de estar ilegalmente detenida, debe exponérsela en la solicitud que se presenta ante el Alcalde o quien haga sus veces, En la norma constitucional se establece que la autoridad ordenará que el recurrente sea conducido a su presencia y que se exhiba la orden de privación de libertad. Esto significa que quien debe comprobar que el peticionario se encuentra ilegalmente detenido es la autoridad competente para conocer la acción.

Por lo expuesto, el recurrente en una acción de hábeas corpus puede simplemente manifestar en su solicitud que se encuentra ilegalmente detenida y la autoridad ante quien se presenta dicha solicitud será quien debe determinar si esa afirmación es cierta. Más aún si concordamos la norma constitucional con lo establecido en la Ley de Régimen Municipal, cuyo Art. 78 señala el trámite a seguir en los casos de hábeas corpus, disponiendo que el alcalde debe solicitar al juez que ordenó la detención o dictó la sentencia, que informe sobre el contenido de la denuncia; así mismo, dicho funcionario, según la norma citada, debe solicitar al centro carcelario los informes y documentos necesarios para resolver sobre la solicitud en mención.

La Constitución no expone ni la Ley tampoco establece, qué debe contener la solicitud, no solamente se dirá que el peticionario está ilegalmente privado de su libertad, sino que contendrá una relación detallada de los hechos, es decir, explicar cómo sucedió la detención ilegal. Esto no debería exigirse como requisito indispensable de la solicitud, sobre todo considerando que cualquier ciudadano puede presentarla por sí misma o por interpuesta persona. No obstante, una violación al derecho a la libertad protegido por el hábeas corpus dentro de un Estado de Derecho, no puede darse en la generalidad de los casos, al contrario, es una arbitrariedad que debería presentarse ocasionalmente.

Es muy probable que el conglomerado social no tenga conocimiento cierto acerca de en qué consiste el Recurso del Hábeas Corpus, y menos que se encuentra en la Constitución, podría ocurrir que un particular sea detenido ilegalmente, y que él no sepa que dicha detención es improcedente, no estar apegada al procedimiento

Sin embargo, cuando quien lo propone es un abogado en defensa de su cliente, éste debe saber cuándo procede la acción, cuáles son las razones para solicitar la libertad de una persona detenida, en qué circunstancias puede acogerse dicho detenido al hábeas corpus, de aquí que es importante, que quienes ejercemos esta noble y social profesión como lo es la abogacía, estemos empapados del conocimiento necesario, a fin de extender un válido recurso e interponerlo de forma correcta, cuando nuestro cliente lo necesite.

## **LO QUE EXPONE EL PROYECTO DE CONSTITUCIÓN DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE.-**

El proyecto de Constitución, realiza variaciones en la Interposición de este Recurso, y provoca una evolución normativa que vamos a detallar a continuación.

### **Sección tercera**

#### **Acción de hábeas corpus**

**Art. 89.-** La acción de hábeas corpus tiene por objeto recuperar la libertad de quien se encuentre privado de ella de forma ilegal, arbitraria o ilegítima, por orden de autoridad pública o de cualquier persona, así como proteger la vida y la integridad física de las personas privadas de libertad.

Inmediatamente de interpuesta la acción, la jueza o juez convocará a una audiencia que deberá realizarse en las veinticuatro horas siguientes, en la que se deberá presentar la orden de detención con las formalidades de ley y las justificaciones de hecho y de derecho que sustenten la medida. La jueza o juez ordenará la comparecencia de la persona privada de libertad, de la autoridad a cuya orden se encuentre la persona detenida, de la defensora o defensor público y de quien la haya dispuesto o provocado, según el caso. De ser necesario, la audiencia se realizará en el lugar donde ocurra la privación de libertad.

La jueza o juez resolverá dentro de las veinticuatro horas siguientes a la finalización de la audiencia. En caso de privación ilegítima o arbitraria, se dispondrá la libertad. La resolución que ordene la libertad se cumplirá de forma inmediata.

En caso de verificarse cualquier forma de tortura, trato inhumano, cruel o degradante se dispondrá la libertad de la víctima, su atención integral y especializada, y la imposición de medidas alternativas a la privación de la libertad cuando fuera aplicable.

Cuando la orden de privación de la libertad haya sido dispuesta en un proceso penal, el recurso se interpondrá ante la corte provincial de justicia.

**Art. 90.-** Cuando se desconozca el lugar de la privación de libertad y existan indicios sobre la intervención de algún funcionario público o cualquier otro agente del Estado, o de personas que actúen con su autorización, apoyo o aquiescencia, la jueza o juez deberá convocar a audiencia al máximo representante de la Policía Nacional y al ministro competente. Después de escucharlos, se adoptarán las medidas necesarias para ubicar a la persona y a los responsables de la privación de libertad.

La naturaleza y razón de ser de este recurso de conserva con respecto al de la Constitución de 1998, y claro está que deber de ser así ya que el recurso es el mismo, y ataca al mismo mal, es decir a una injusta privación de libertad. Es en la forma de cómo y ante quien presentarlo que se encuentran variantes que vale en este momento resaltar.

#### **Autoridad ante quien se interpone el Recurso.-**

Ya no es más el Alcalde de la Jurisdicción donde se encuentre el recurrente, ni quien haga sus veces, sino que será un juez que será el encargado de convocar a audiencia en las siguientes 24 horas y de ahí pronunciarse acerca de la detención del recurrente.

Aquí si cabe la definición que hace la Real Academia de la Lengua que dice: HÁBEAS CORPUS.- “Derecho de todo ciudadano, detenido o preso, a comparecer inmediata y públicamente ante un juez o tribunal para que, oyéndolo, resuelva si su arresto fue o no legal, y si debe alzarse o mantenerse”.

Es decir quién resolverá será un juez o tribunal.

Salta inmediatamente la interrogante, que en que radica la diferencia de ante quien se interponga este recurso. Vale mencionar este caso que en esta exposición se trae a colación que está detallada en el sitio web de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: [www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr), donde se establece que lo más conveniente no sea que se tramite ante el alcalde por los siguientes considerandos.

El artículo 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (vigente en el ordenamiento jurídico del Ecuador desde su publicación en el Registro Oficial 801 del 6 de agosto de 1984 y que prevalece “sobre leyes y otras normas de menor jerarquía” de conformidad con el artículo 163 de la todavía vigente Constitución) establece como parte del derecho a la libertad personal el que “toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que este decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales”. Es decir el 7.6 de la Convención Americana consagra el derecho de toda persona privada de libertad a la presentación de un recurso de hábeas corpus.

En el reciente Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, resuelto el 21 de noviembre del 2007 y en el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó que el Estado ecuatoriano violó en perjuicio de Juan Carlos Chaparro Álvarez y Freddy Hernán Lapo Íñiguez el artículo 7.6 de la Convención Americana (**véase, [www.corteidh.or.cr/casos.cfm](http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm)**) la Corte Interamericana declaró, en específico sobre el hábeas corpus, que este artículo 7.6 de la Convención Americana “es claro al disponer que la autoridad que debe decidir la legalidad del ‘arresto o detención’ tiene que ser ‘un juez o tribunal’, con lo cual “la Convención está resguardando que el control de la privación de la libertad debe ser judicial. El alcalde, aun cuando pueda ser competente por ley, no constituye una autoridad judicial.

Conforme a la propia Constitución ecuatoriana, el alcalde es una autoridad del ‘régimen seccional’, en otras palabras, hace parte de la Administración” (párrafo 128 de la Sentencia) y abundó sobre este punto en el párrafo 268, donde afirmó y ordenó que “teniendo en cuenta lo señalado respecto de la regulación ecuatoriana del recurso de hábeas corpus y la declarada violación del artículo 7.6,

Por esto la garantía constitucional del hábeas corpus deberá ser adecuada a los estándares internacionales, con el fin de que la verificación judicial de la convencionalidad, constitucionalidad y legalidad de una detención, deje de confiarse al máximo personero municipal’, la Corte estima pertinente ordenar al Estado que adecue su derecho interno, en un plazo razonable, a los parámetros de la Convención, de manera que sea una autoridad judicial la que decida sobre los recursos que los detenidos presenten conforme a lo establecido en el artículo 7.6 de la Convención Americana”.

## **TEORÍA QUE APOYA LA SUSTENTACIÓN DEL RECURSO POR EL ALCALDE.-**

Pese a que hay algunas versiones y exposiciones que tratan acerca del abuso de la Autoridad en la concesión del recurso. El principal alegato a la hora de establecer una razón valedera para que se interponga el Recurso ante el Alcalde, es por ser este un funcionario Autónomo a la Función Judicial, procurando evitar en lo posterior un enfrentamiento de posturas dentro de la misma corte, o que una misma autoridad que resuelva sobre la detención, sea la que después tenga que pronunciarse sobre la legalización de la misma.

Este proyecto de Carta Magna trae consigo en el Capítulo III de las Garantías Jurisdiccionales, en la Sección 1era.- Las Disposiciones Comunes para la tramitación de las Garantías Jurisdiccionales en el Art. 86, trae disposiciones aplicables a este recurso:

**Art. 86.-** Las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las siguientes disposiciones:

1. Cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución.
2. Será competente la jueza o juez del lugar en el que se origina el acto o la omisión donde se producen sus efectos, y serán aplicables las siguientes normas de procedimiento:
  - a) El procedimiento será sencillo, rápido y eficaz. Será oral en todas sus fases e instancias.
  - b) Serán hábiles todos los días y horas.
  - c) Podrán ser propuestas oralmente o por escrito, sin formalidades, y sin necesidad de citar la norma infringida. No será indispensable el patrocinio de un abogado para proponer la acción.
  - d) Las notificaciones se efectuarán por los medios más eficaces que estén al alcance del juzgador, del legitimado activo y del órgano responsable del acto u omisión.
  - e) No serán aplicables las normas procesales que tiendan a retardar su ágil despacho.

3. Presentada la acción, la jueza o juez convocará inmediatamente a una audiencia pública, y en cualquier momento del proceso podrá ordenar la práctica de pruebas y designar comisiones para recabarlas. Se presumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información. La jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatarse la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse.

Las sentencias de primera instancia podrán ser apeladas ante la corte provincial. Los procesos judiciales sólo finalizarán con la ejecución integral de la sentencia o resolución.

## **Conclusión:**

El hábeas corpus es una garantía que permite el ejercicio del derecho a la libertad de los seres humanos, uno de los presupuestos, que se establecen como resultado de la instauración de un estado de derecho, su violación es sumamente grave, consecuentemente, la violación a esta garantía deberá ser observada para quien tiene que resolver la interposición de recurso de esta naturaleza y magnitud.

Es una forma de llegar a la exaltación del Estado de derecho se convertiría en un postulado más, sin ninguna eficacia jurídica en la práctica, por ello es importante que la garantía del hábeas corpus sea utilizada por los ciudadanos habitantes de la República del Ecuador, cuando sea ilegalmente detenidos para de esta forma, haciendo valer esta garantía, obtener su inmediata libertad; y, como es lógico deducir, debe ser correctamente utilizada la Garantía del Hábeas Corpus, por los profesionales del Derecho que tienen el alto honor de defender a sus clientes, quienes por demás está decir, acuden al abogado ultimo salvador, más allá que nadie está exento de ser víctima de alguna arbitrariedad.

## **EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE PROTECCIÓN.-**

**Por Ab. Carlos A. de Tomaso R.<sup>1</sup>**

### **Introducción.-**

La Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil me ha invitado a participar con un artículo en una publicación relativa al proyecto de Constitución. El tema seleccionado es el “Recurso Extraordinario de Protección” sobre el cual hace pocos días escribí en el Diario El Universo bajo el título ¿Colapso de la Justicia?

El análisis del “Recurso Extraordinario de Protección”, previsto en el proyecto de Constitución aprobada por la Asamblea Constituyente – artículo 94 del proyecto- involucra directa o indirectamente varias garantías, conceptos e instituciones jurídicas (tales como la tutela judicial efectiva, la unidad jurisdiccional, el debido proceso, la independencia de los poderes, la cosa juzgada, entre otras) que serán analizados en el presente trabajo.

El artículo también contempla los resultados de la investigación histórica de la formación –al interior de la Asamblea Constituyente- del artículo 94, que – (como en otros casos) el texto final aparece modificado sin que hasta la presente fecha haya encontrado algún documento, acta o informe que justifique la desaparición en el texto oficial de una frase clave del artículo aprobado en segundo y definitivo debate.

Analizaremos los requisitos y presupuestos previstos en el texto constitucional para la admisión del Recurso así como el trámite y sus efectos.

Me detendré también en la experiencia estadística del Tribunal Constitucional de España, que a mi criterio demuestra que el recurso de amparo o protección contra sentencias o autos expedidos por órganos judiciales puede

---

<sup>1</sup> Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil.

constituir una causa importante de un colapso en el servicio público de administración de justicia, y por ende la afectación de la tutela judicial efectiva.

## **1.- ANÁLISIS DE CIERTOS CONCEPTOS Y PRINCIPIOS RELACIONADOS CON EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE PROTECCIÓN.-**

### **1.1.-BREVES COMENTARIOS CONSTITUCIONALES.-**

El constitucionalismo en sus orígenes, no sólo implicaba la necesaria descripción del sistema político que configuraba la estructura del Estado, además era necesario declarar los valores que inspiraban ese estado y sobre los cuales sentaron las bases de la estructura fundamental. Un Estado sin la expresión de esos valores es como un cuerpo sin alma.

Los contenidos constitucionales en sus orígenes se caracterizaban por la simpleza de sus expresiones pero también por la profundidad y contundencia que hoy, ni con 444 artículos se logra conseguir. Bien decía García de Enterría<sup>2</sup> *“el poder no puede pretender ser superior a la sociedad, sino sólo su instrumento”*. Las tradiciones constitucionales comunes, recogen y plasman entonces principios como la estructura política del Estado, el sistema de distribución del Poder, las garantías de la libertad que implica el reconocimiento expreso de todos los derechos fundamentales del hombre que deben constituir el primer límite del poder constituido.

Pues en estos tiempos que vive el país, resulta refrescante citar ciertos textos de la Declaración de los Derechos del Hombre, de 1789, inspirada en la declaración de independencia estadounidense de 1776 y en el espíritu filosófico del siglo XVIII, tales como: *“El principio de toda soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún cuerpo, ningún individuo, pueden ejercer una autoridad que no emane expresamente de ella”*; *“La libre comunicación de pensamientos y de opiniones es uno de los derechos más preciosos del hombre; en consecuencia, todo ciudadano puede hablar, escribir e imprimir libremente, a trueque de responder del abuso de esta libertad en los casos*

---

<sup>2</sup> “La Constitución como norma Jurídica y el Tribunal Constitucional”, pag 45, citado por Luis Martín Rebollo, Leyes Administrativas.

*determinados por la ley”; “La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no perjudique a otro: por eso, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos”; “Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución” .*

Desde el punto de vista político, la Constitución tiene que ser un instrumento de integración de los distintos grupos sociales y culturales de una Nación. No se trata de que un grupo se imponga a otro, se trata de encontrar los elementos comunes que determinen un marco básico de convivencia respetando el pensamiento, raíces y costumbres de los miembros de la sociedad. Sólo si se encuentra esa integración social se puede estructurar su verdadera legitimación constitucional.

El Tribunal Constitucional español al respecto sostuvo<sup>3</sup>: *“La Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo. La labor de interpretación de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a opciones o variantes imponiendo autoritariamente una de ellas...”*

Como norma jurídica, su importancia es en la estructuración del Estado mismo y de todos los órganos de poder, distribuyéndolo sin concentración alguna pero principalmente despersonalizándolo, es decir que el poder está en el Estado y su sistema jurídico no en las personas.

El principio de separación de poderes no es una simple tradición constitucional, es una garantía de las libertades del hombre que busca evitar la acumulación del poder y/o el poder absoluto. El sometimiento a la Ley de todos los órganos de poder en sus actuaciones, pero además el establecimiento de responsabilidad –y control judicial- en el ejercicio de estas competencias aseguran aún más las libertades individuales.

---

<sup>3</sup> STC 11/1981

Pero lo más importante del Constitucionalismo, es el reconocimiento de que los derechos fundamentales –su garantía y protección- deben ser el fin primordial del Estado; es que nada se justifica si no es en función del ciudadano, el Estado está y debe estar en función de ellos y del interés general.

Por eso, cuando hablamos de Estado de Derecho nos referimos al sistema que recoge estos y otros principios básicos para la convivencia humana. No puede entonces ser “cualquier derecho”, sino que tiene que tener unos contenidos inspirados en los valores y principios ya mencionados.

## **1.2.- LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.**

Varias posiciones doctrinales reconocen que el artículo 24 de la Constitución Española (1978) fue la inspiración para el moderno desarrollo de este derecho, sin que esto signifique que el origen de la tutela judicial efectiva está en esta Constitución europea.

El citado artículo establece lo siguiente: *“Art. 24.- Todas las personas tienen derecho a obtener una tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso, pueda producirse la indefensión...”*

El Tribunal Constitucional Español ha desarrollado amplia jurisprudencia precisando este concepto, y ha derivado del precepto constitucional entre otros el derecho de acceso a la justicia, el derecho a la doble instancia en materia penal, la exigencia de motivación de las sentencias, el derecho a su ejecución, el derecho a la interpretación más favorable a la vigencia del derecho constitucional del actor, la necesidad de que el juez examine de oficio los requisitos procesales de orden público, derecho de emplazamiento persona, etc, conforme lo sostiene el profesor Martín Rebollo<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Leyes Administrativas, ARAZANDI, 1991.

La Convención Americana sobre derechos humanos también reconoce el derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo ante los jueces y tribunales competentes. Siendo el derecho una herramienta para conseguir fines de interés general, es evidente que las normas jurídicas y el sistema jurídico en su conjunto, deben darnos los instrumentos para el cumplimiento de la tutela efectiva.

La CONSTITUCIÓN DEL 98 reconoce este derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en el artículo 24, numeral 17:

*“Art. 24.- ... 17. Toda persona tendrá derecho a acceder a los órganos judiciales y a obtener de ellos la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, sin que en caso alguno quede en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley “ . Es evidente la influencia de la norma constitucional española sobre nuestra Constitución vigente.*

Al respecto el profesor Miguel Hernández Terán<sup>5</sup> define así a la tutela judicial efectiva: *“es el estado o situación cierta de amparo jurídico y realización material del derecho o interés legítimo que, teniendo como antecedente, por regla general, una o más providencias judiciales, permite al titular del derecho o interés legítimo o a quien se encuentra en el ejercicio legítimo de los mismos, el disfrute de sus beneficios patrimoniales y/o extramatrimoniales o prepara el camino para su realización permanente”*

Martín Hurtado Reyes<sup>6</sup> sobre el tema afirma que la Tutela Jurisdiccional es un derecho Constitucional, derecho fundamental, derecho humano (y no un mero derecho procesal) que en un proceso le corresponde al que pretende (actor, demandante) y al pretendido (demandado). Se hace efectivo el otorgamiento de la tutela cuando el Estado resuelve el conflicto de intereses a través del proceso, esta decisión debe ser el resultado de la concesión de garantías mínimas para las partes; consideramos que al momento de resolver el conflicto

---

<sup>5</sup> “La Asamblea Constituyente y sus Mitos Jurídicos, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008

<sup>6</sup> La Tutela Jurisdiccional Diferenciada, PALESTRA

de intereses y dar la oportunidad para la ejecución de la resolución final, es cuando el Estado convierte esta tutela jurídica en efectiva.

La tutela judicial efectiva y las normas del debido proceso (establecidas en el artículo 24 de la actual constitución) están íntimamente ligadas, ya que no puede existir tutela judicial efectiva si no se han cumplido y respetado las garantías mínimas dentro el proceso. Por tanto al ser ambos derechos constitucionales, puedo sostener que el uno está contenido en el otro, y sin el uno no hay el otro. De igual forma la Constitución del 98 garantiza el derecho a la motivación de los actos, la justicia sin dilaciones, los derechos humanos como deber primordial del estado, entre otros importantes derechos.

El proyecto de Constitución recoge el derecho a la tutela judicial efectiva en el artículo 75:

“Art. 75.- 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. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la Ley”

Este artículo se complementa con el artículo 11, numeral 9, del proyecto, mediante el cual se determina la responsabilidad del Estado por el retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación a la tutela judicial efectiva y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

### **1.3.- EL PRINCIPIO DE LA UNIDAD JURISDICCIONAL.**

Retomo el principio consagrado en la Carta de Derechos del Hombre: *“Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución”*.

Es que justamente, el Principio de la Unidad Jurisdiccional se deriva de la separación de poderes, y busca consolidar la unidad de todos los órganos que

administran justicia en una sola Función del Estado, obviamente la Función Judicial.

El artículo 191 de la Constitución vigente establece *“El ejercicio de la potestad judicial corresponderá a los órganos de la Función Judicial. Se establecerá la unidad jurisdiccional”*. La norma también prohíbe la existencia de Tribunales de excepción, que no sean una expresión válida de jurisdicción.

Pero en mi opinión, donde más claro está reflejado el concepto y efectos de la Unidad Jurisdiccional, está en la Disposición Transitoria Vigésimo Sexta de la actual constitución: *“Todos los magistrados y jueces que dependan de la Función Ejecutiva pasarán a la Función Judicial [...] Esta disposición incluye a los jueces militares, de policía y de menores. Si otros funcionarios públicos tuvieran entre sus facultades la de administrar justicia en determinada materia, la perderán, y se la trasladará a los órganos correspondientes de la Función Judicial”*

Como bien lo dijo el Dr. Francisco Tinajero Villamar, supone que “[...] debe haber un solo tronco jurisdiccional, del que dependan todos los órganos que ejercen la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”<sup>7</sup>. Principalmente este principio impide que la misma administración sea la que juzgue bajo criterios alejados del derecho y cercanos a los políticos.

Juan Larrea Holguín<sup>8</sup> sostuvo que la Constitución del 98, respecto de la Función Judicial, además de los principios generales introdujo los siguientes : a) Unidad Jurisdiccional; b) La intervención de los jueces de paz; c) La mediación; d) El reconocimiento de las costumbres de los pueblos indígenas; e) La oralidad de los procesos; f) La competencia de la Corte Suprema para dirimir en caso de sentencias contradictorias.

---

<sup>7</sup> Citado por Juan Francisco Benalzacar, “Algunas Ideas sobre la Unidad Jurisdiccional”, Derecho La Hora.

<sup>8</sup> Derecho Constitucional, Tomo 2, Corporación de Estudios y Publicaciones

Respecto de la Unidad Jurisdiccional, Larrea Holguín destaca su importancia sosteniendo que la administración de justicia bajo órganos dependientes de la función ejecutiva entraña graves peligros, porque lleva a una concentración de poder en el Ejecutivo, que podría derivar en tiranía y negación de las garantías ciudadanas.

El proyecto de Constitución recoge también este principio en el artículo 168, numeral 3, bajo el siguiente texto: *“En virtud de la Unidad Jurisdiccional ninguna autoridad de las demás funciones del Estado podrán desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria, **sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas en esta Constitución**”*

Justamente, en esa excepción destacada en negrillas está el grave problema.

Dentro de las potestades jurisdiccionales reconocidas en el proyecto de Constitución, están las de **la Corte Constitucional** (que de acuerdo al artículo 429 del Proyecto es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y **de administración de justicia en esa materia**) y que no forma parte de la Función Judicial, como a lo mejor hubiera sido lo lógico.

En complemento de lo anterior, bajo esa jurisdicción y competencias de administrar justicia de la Corte Constitucional en virtud de lo dispuesto en el artículo 94 del proyecto **es competente para conocer y resolver sobre el recurso de protección extraordinario contra sentencias y autos definitivos expedidos por los órganos de la Función Judicial**. Esta sería amenaza a la Unidad Jurisdiccional y a la Tutela Judicial Efectiva es la que analizaremos en lo posterior.

## **2.- EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE PROTECCIÓN EN EL PROYECTO DE CONSTITUCIÓN 2008 (ART.94).-**

### **2.1.- FORMACIÓN E INEXPLICABLE ALTERACIÓN DEL TEXTO DEL ARTÍCULO 94 DEL PROYECTO.-**

No creo que llame la atención a nadie a estas alturas que un artículo del proyecto de Constitución este alterado en su texto al comparar el aprobado en segundo y definitivo debate y el que consta en el texto oficial entregado por la Asamblea Constituyente al Tribunal Supremo Electoral y que ha circulado en los medios de prensa escrita y publicaciones oficiales.

No acusamos a nadie. Lo que hemos pedido son explicaciones, sustentos, actas, documentos, que expliquen esos textos modificados. Es que simplemente no podemos aceptar que sin más, se modifique un texto de la probable carta suprema del Estado sin que quede sustento alguno para poder hacer la interpretación histórica, como si se tratara de un hijo sin padres: existe pero se desconoce su origen.

La Reforma al Reglamento de Funcionamiento de la Asamblea Constituyente respecto de la Comisión de Redacción, en su artículo 4 que reforma al artículo 47 del Reglamento Original, establece como competencias de dicha comisión revisar y corregir las omisiones notorias o contradicciones; repeticiones conceptuales; correcciones gramaticales, ortográficas y otros errores de este tipo; recopilación y unificación de diferentes textos aprobados sobre un mismo tema.

Pero lo más importante es que esa reforma obliga a la Comisión de Redacción en el caso de omisiones notorias y contradicciones conceptuales a presentar un INFORME JUSTIFICATIVO de los textos alternativos que presente para la aprobación del pleno. Tiene plena lógica!!! Justamente que no se rompa la historia de formación del artículo, que algún documento sustente el nuevo texto y que por tanto en caso de problemas de interpretación se pueda abstraer – bajo la interpretación histórica- el sentido de la norma.

Pues pese a una profunda investigación, no he podido encontrar –ni me consta que existen- los informes justificativos de la Comisión de Redacción que expliquen y sustenten el texto alternativo y/o modificación de varios artículos como el 261 (competencias exclusivas del Estado Central) o del artículo 94 (Recurso Extraordinario de Protección). Insisto, no acuso a nadie, lo que pido

es que se entreguen o publiquen los documentos que justifiquen las modificaciones de texto.

Respecto del artículo 94 , en su historia de formación, he encontrado las siguientes sorpresas:

- Mediante Memo número 206-06-08 Mesa 8-AC, de fecha 27 de junio de 2008, el señor Fernando Vega Cuesta y Sandra Andino Espinoza, Presidente y Secretaria de la Mesa 8 respectivamente, presentan el informe de mayoría sobre Justicia Ordinaria, Servicios Notarial Garantías Constitucionales para el primer debate en el pleno.
- Respecto del Recurso Extraordinario de Protección (en ese informe llamado Recurso Extraordinario de Amparo<sup>9</sup>) la mesa justifica su objeto de la siguiente forma: *“tiene por objeto precautelar aquellos derechos humanos protegidos en la Constitución que sean vulnerados por acción u omisión en sentencias o autos definitivos. Esta nueva figura es una innovación en el Ecuador; no obstante se encuentra en todos los países del área andina y en otros países latinoamericanos y europeos. Esta acción complementa la protección de los ciudadanos contra cualquier acto de violación de sus derechos, como es la Acción de Amparo en contra de actos u omisiones de autoridades públicas; ahora podrá interponerse contra decisiones judiciales cuando se vulnere el debido proceso u otro derecho constitucional... Es importante mencionar que en un Estado Constitucional de Derecho, todas las autoridades públicas deben estar sometidas a la Constitución, lo que incluye a los jueces. Pese a que ellos se encontraban sometidos al ordenamiento jurídico, no*

---

<sup>9</sup> El texto del artículo que se propone en este primer informe de mayoría es el siguiente: *“El recurso extraordinario de amparo procede contra sentencias o autos definitivos en los que se hayan violado por acción u omisión derechos reconocidos en esta Constitución, se interpondrá ante la Corte Constitucional, en el efecto devolutivo. Este recurso procede si es que se han agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia del titulas del derecho constitucional violado . Cuando el recurso extraordinario de amparo sea presentado para obstaculizar la justicia, retardar la ejecución de la sentencia o como otra instancia más, el juez que conozca deberá rechazar el recurso y, si es el caso, sancionar al infractor de conformidad con la ley.”*

*existía ningún recurso para la ciudadanía contra sus actos en el caso de que éstos vulneraran derechos fundamentales. Una vez que entre en vigencia la Constitución, los jueces, además de ser los garantes de la Constitución, serán los llamados a procurar la protección de los derechos humanos y estarán sometidos al control de constitucionalidad”*

- Mediante Memo No. 238-07-08-Mesa 8-AC, del 11 de julio del 2008, suscrito por el Presidente y Secretario de la Mesa 8, se adjunta el INFORME DE MAYORÍA sobre la propuesta de articulado propuesto respecto a Justicia Ordinaria, Servicios Notarial Garantías Constitucionales, para SEGUNDO debate en el pleno. Resaltan que han sido debatidos y aprobados en varias sesiones y se han incorporado varias observaciones recibidas.
- En el informe general de la mesa, adjuntado en el oficio antes señalado, destacan que se cambió el nombre de recurso de amparo por la acción de protección, en virtud de que el amparo ha sido desnaturalizado por el uso abusivo y excesivo que se le ha dado, lo que ha provocado su desgaste y desprestigio. De igual forma, agregan, que el recurso de amparo extraordinario (objeto de este estudio) se denominará Recurso Extraordinario de Protección.
- Agregan además, y lo importante para el caso, **que se recibieron observaciones frente al Recurso Extraordinario de Protección, por lo que se añadió que se interpondrá ante la Corte Constitucional “en los casos y por causas que establezca la Ley”**, con miras a que se precise estos estándares técnicos y su procedimiento. Con esta disposición **se evitará los temores que la Corte Constitucional actúe como cuarta instancia.**
- Entonces el texto propuesto por la mesa es el siguiente: *“Art....- El recurso extraordinario de protección procede contra sentencias o autos definitivos en los que se hayan violado por acción u omisión derechos reconocidos en esta Constitución, se interpondrá ante la Corte*

*Constitucional, en el efecto devolutivo en los casos y por causas que establezca la ley. Este recurso procede si es que se han agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia del titular del derecho constitucional violado.”*

- Mediante informe de fecha 16 de julio del 2008, la Subcomisión designada para la MESA 8 (este órgano de acuerdo al Reglamento de la Asamblea prepara el informe final para el segundo y definitivo debate en el pleno) presenta el texto final revisado de los artículos relativos a Justicia Ordinaria, Servicios Notarial Garantías Constitucionales.
- La subcomisión, revisa y **modifica** el artículo eliminando la frase “en el efecto devolutivo”, que obviamente tiene sus consecuencias jurídicas ya que implicaba que mientras se conocía y resolvía el recurso extraordinario de protección no se suspende la ejecución del auto o sentencia<sup>10</sup>. Con la eliminación de la frase: ¿Podemos interpretar que el efecto es suspensivo?
- En tal sentido el texto que proponen para el pleno es el siguiente:  
“Art....- *El recurso extraordinario de protección procede contra sentencias o autos definitivos en los que se hayan violado por acción u omisión derechos reconocidos en esta Constitución, se interpondrá ante la Corte Constitucional, **en los casos y por causas que establezca la ley**. Este recurso procede si es que se han agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia del titular del derecho constitucional violado.”*
- El texto que acabamos de transcribir propuesto por la Subcomisión fue **íntegramente aprobado** por el pleno de la Asamblea Constituyente, en

---

<sup>10</sup> De conformidad con lo previsto en el artículo 331 del Código de Procedimiento Civil.

la sesión del pleno número 89, celebrada el 17 de julio del 2008<sup>11</sup>, con **75 votos a favor**, 19 en contra, 10 votos blancos y 3 abstenciones.

- Ahora viene lo inexplicable!!. Revisando el texto del proyecto de Constitución entregado al Tribunal Supremo Electoral y que ha sido difundido por los medios de comunicación y la página web de la Asamblea Constituyente, he determinado que en el texto falta la frase **“en los casos y por causas que establezca la Ley”**, que como he probado con anterioridad fue expresamente introducida por la mesa para restringir al alcance de este recurso y evitar los temores de que se convierta en una cuarta instancia.
- Como me anticipé en decirlo, no he encontrado la explicación a la supresión de esta frase, no consta en el único informe justificativo publicado de la Comisión de Redacción mención alguna; no consta en las actas de segundo debate mención alguna; no he encontrado documento alguno que pruebe si el artículo fue reconsiderado; en fin, **SIMPLEMENTE NO PUEDO EXPLICAR ESTA MODIFICACIÓN AL TEXTO.** Obviamente no se trata de una omisión notoria, ni contradicción conceptual peor error gramatical .
- Por tanto, el artículo que consta en el proyecto de Constitución es el siguiente: “ *Art. 94.- El recurso extraordinario de protección procede contra sentencias o autos definitivos en los que se hayan violado por acción u omisión derechos reconocidos en esta Constitución, se interpondrá ante la Corte Constitucional, en los casos y por causas que establezca la ley. Este recurso procede si es que se han agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia del titular del derecho constitucional violado.*”

---

<sup>11</sup> El texto del artículo aprobado consta en la pagina 19 y 20 del acta de dicha sesión.

## **2.2.-PRESUPUESTOS DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE PROTECCIÓN.-**

### **2.2.1.-PROCEDE CONTRA SENTENCIAS Y AUTOS .-**

Conforme se desprende del texto del artículo 94, el Recurso Extraordinario de Protección procede contra sentencias y autos definitivos.

La Sentencia, de acuerdo al artículo 269 del Código de Procedimiento Civil, es la decisión del Juez acerca del asunto o asuntos principales del Juicio. El Auto, de acuerdo al artículo 270 del mismo Código, es la decisión del juez sobre algún incidente del juicio. Doctrinariamente se dice que es en la sentencia donde se resume la razón de ser juez y que es indispensable que provenga de un juez dotado de jurisdicción legal, esto es, potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado<sup>12</sup>. Respecto de los Autos, también llamados sentencias interlocutorias, Juan Falconí Puig<sup>13</sup> sostiene que se clasifican en: a) Los que deciden un incidente de manera definitiva y por tanto tienen fuerza de sentencia no obstante no decidir lo principal; b) Los autos propiamente dichos, que no ponen fin a la instancia, pero que pueden causar gravamen irreparable en definitiva, en la medida que no pueden ser modificados en la sentencia que se expida; c) Los Decretos que son decisiones mediante las cuales el juez sustancia o tramita la causa.

Respecto de los autos, me inclino a sostener que los dos primeros de la clasificación son los que interesan al Recurso Extraordinario de Protección.

Para efectos de la aplicación del recurso extraordinario de protección, los autos y sentencias expedidos por los órganos de la Función Judicial están claramente comprendidos en su ámbito. Pero, ¿Qué pasa con los laudos arbitrales?; ¿Qué pasa con los fallos del Tribunal Contencioso Electoral?

---

<sup>12</sup> Código de Procedimiento Civil, Juan Falconí Puig, EDINO

<sup>13</sup> IBIDEM

Recordemos que la jurisdicción<sup>14</sup> es el poder para administrar justicia y consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada, y que corresponde a los tribunales y jueces de conformidad con la Ley. No obstante, hay autores<sup>15</sup> que sostienen que se trata de la jurisdicción judicial, cuando la ejerce la Función Judicial, diferenciándola de la administrativa (vía administrativa) y política (juicio político) que es la que ejercen las funciones ejecutiva y legislativa, respectivamente,

El propio proyecto de Constitución, en su artículo 168, numeral 9, establece que en virtud de la Unidad Jurisdiccional ninguna autoridad de las demás funciones podrá desempeñar funciones de Administración de Justicia ordinaria, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución.

A su vez el Artículo 178 del proyecto, establece que –sin perjuicio de otros reconocidos en la Constitución– los órganos jurisdiccionales encargados de administrar justicia son: a) La Corte Nacional de Justicia; b) Las cortes provinciales de justicia; c) Los tribunales y juzgados que establezca la Ley; d) Los Juzgados de Paz.

Sin embargo, el mismo proyecto reconoce al arbitraje, mediación y otros procedimientos, como medios alternativos a la solución de conflictos (art. 190); al Tribunal Contencioso Electoral (art. 220), con competencias para conocer y resolver los recursos electorales constituyendo sus fallos y resoluciones jurisprudencia electoral, de última instancia e inmediato cumplimiento; a las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, quienes ejercerán funciones jurisdiccionales (art. 171). La misma Corte Constitucional, es el máximo órgano de administración de justicia en esa materia, teniendo entonces potestades jurisdiccionales (art. 429).

Volvemos entonces a preguntar: ¿Sólo las sentencias y autos expedidos por la Función Judicial serían susceptibles del Recurso que estamos estudiando?

---

<sup>14</sup> Artículo 1 del CPC

<sup>15</sup> Como lo cita Juan Falconí Puig, Código de Procedimiento Civil comentado, EDINO

Respetando las opiniones contrarias –en especial de los procesalistas-, mi inclino a opinar que NO, que los laudos arbitrales, las decisiones de las autoridades de los pueblos y comunidades indígenas, los fallos del Tribunal Contencioso Electoral, entre otros, también serán susceptibles del Recurso Extraordinario de Protección siempre que se presenten en el caso específico los otros elementos materiales y formales.

Fundamento mi posición en que el mismo proyecto de Constitución reconoce que otros órganos ajenos a la Función Judicial tienen potestad jurisdiccional; esto, sumado a que el artículo 11 del citado proyecto, consagra los principios que rigen el ejercicio de los derechos entre los que se encuentra los siguientes: a) ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos y garantías constitucionales; b) El *indubio pro vigencia*, que dispone la obligación a los funcionarios administrativos y judiciales a aplicar la norma y la interpretación que más favorezca a la vigencia de los derechos y garantías constitucionales; c) El desarrollo progresivo de los derechos a través de jurisprudencia, normas y políticas, etc. Basta con estos principios, para sostener que en caso de duda, lo más probable es que la Corte Constitucional tenga un criterio amplio respecto de la consulta planteada y no restrinja el recurso extraordinario de protección exclusivamente a sentencias y autos expedidos por los órganos de la Función Judicial.

Vale la pena citar un fallo del Tribunal Constitucional del Perú<sup>16</sup> en el cual sobre recurso bastante similar al que se propone en el proyecto, determinó que debe ser de aplicación no sólo a las Resoluciones que deriven de procesos seguidos en la Función Judicial sino a las que provengan de otros ámbitos jurisdiccionales como la arbitral, la de las comunidades campesinas, etc.

### **2.2.2.- EL CARÁCTER DEFINITIVO DE LOS AUTOS Y SENTENCIAS.-**

---

<sup>16</sup> Exp. 5459-2005, 29 de agosto 2005

Conforme se desprende del artículo 94 del proyecto de Constitución, el Recurso Extraordinario de Amparo procede contra sentencias y autos “definitivos”.

Del mismo artículo se puede desprender qué debemos considerar como definitivos, cito textualmente: *“El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición del recurso no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado”*

Es decir tenemos dos premisas para la admisión del Recurso: a) Que se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal (REGLA GENERAL); y, b) Que no se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios por falta de presentación de alguno, pero que el recurrente pueda probar que la falta de interposición no es atribuible a su negligencia (EXCEPCIÓN).

- a) Que se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal (REGLA GENERAL)

De conformidad con el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, la Ley establece los recursos de apelación, casación y de hecho, sin perjuicio de que al proponérselos se alegue la nulidad del proceso.

El objetivo de los recursos es obtener que una providencia o decisión dentro del proceso sea modificada total o parcialmente, ya sea por motivos de forma o de fondo. El de nulidad a su vez, busca rectificar cualquier violación a las normas procesales.

Sin perjuicio de lo anterior, y teniendo coherencia con lo dicho en el título anterior, en otras normas jurídicas presentes o futuras se pueden establecer otro tipo de recursos o restringir alguno de los recursos señalados en el Código de Procedimiento.

Por tanto, la Corte Constitucional y sus magistrados deberán realizar un examen en cada caso y respecto de cada proceso para poder determinar si la presentación del recurso extraordinario de protección no se ha presentado de manera precipitada.

Es muy importante que no se confunda el presupuesto de sentencia definitiva por haber agotado todos los recursos ordinarios y extraordinarios con el de sentencia ejecutoriada. Además de considerarse sentencia ejecutoriada<sup>17</sup> por haberse decidido la causa en última instancia, también se ejecutoria por haberse desistido del recurso propuesto, por haberse declarado desierto el recurso, por haberse declarada abandonada la instancia. Estos tres últimos supuestos a mi criterio quedan excluidos de la hipótesis prevista para la presentación del Recurso Extraordinario de Protección.

También es importante reflexionar sobre la justificación de la exigencia de que se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios. Resulta lógico pensar que cualquier agresión a un derecho fundamental dentro de un proceso debe ser reparado y exigida su reparación en la misma vía procesal, ya que son los jueces los primeros garantes y tutores de los derechos fundamentales. En ese sentido la vía procesal nunca deja de ser un medio ideal para cesar el agravio a la garantía o derecho fundamental, y sólo en el caso de que en dicho proceso no se satisfaga esta tutela efectiva, sólo en ese caso, se podría activar la protección a través de la Corte Constitucional. Se justifica incluso pensando en la economía procesal, pero también en tratar a toda costa de mantener la unidad jurisdiccional. Adicionalmente el exigir el agotamiento de los recursos es una forma de descongestionar la vía procesal constitucional, aunque sobre este tema –conforme lo expondré- tengo mis serias dudas.

- b) Que no se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios por falta de presentación de alguno, pero que el recurrente pueda probar que la falta de interposición no es atribuible a su negligencia (EXCEPCIÓN)

---

<sup>17</sup> Artículo 296 del Código de Procedimiento Civil

Pues bien, esta excepción a la regla general la intento justificar por el mismo principio de tutela judicial efectiva, y por la categorización que tienen los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico.

Estamos frente una hipótesis en la cual no se interpusieron todos los recursos ordinarios y extraordinarios. Lo que se exige al recurrente titular del derecho vulnerado es que pruebe –en la presentación del recurso- que la no presentación de los recursos no es imputable a él como consecuencia de su negligencia.

Obviamente, las razones y pruebas que exponga el recurrente deberán ser apreciadas por la Corte Constitucional, para lo cual no se restringe de manera alguna cualquier tipo de prueba que quieran presentar para lograr ese fin. Es verdad que pueden haber casos como robo de providencias; impedimentos físicos; fuerza mayor o caso fortuito; que impidan interponer recursos, pero a mi criterio resulta tan subjetiva cada una de esas situaciones que sin duda esta excepción dará mucho que hablar porque no sólo implica aceptar la revisión de una decisión procesal de los órganos jurisdiccionales sino que implica romper la rigidez de los plazos y términos procesales, o incluso el principio de cosa juzgada.

Tanto la REGLA GENERAL como la EXCEPCIÓN antes explicadas, tendrán serios conflictos con el principio de COSA JUZGADA, PRECLUSIÓN y SEGURIDAD JURÍDICA. La **cosa juzgada** es el efecto de una sentencia judicial cuando no existen contra ella ninguna forma de impugnación que permita modificarla. Los principios en los que se fundamenta la cosa juzgada son la certeza de los actos, la estabilidad de los derechos y la separación de los poderes (certeza de situaciones que la sociedad exige; reconocimiento y protección de los derechos adquiridos en sentencia; impedir que órganos de las otras funciones del Estado alteren o modifiquen las decisiones judiciales, respectivamente). A su vez la preclusión significa que para que los actos procesales sean eficaces, han de realizarse en el momento procesal oportuno,

careciendo de validez en otro caso. Ambos conceptos, junto con otros, constituyen el contenido de la Seguridad Jurídica.

Pues bien, el Recurso Extraordinario de Protección previsto en el proyecto de Constitución, amenaza gravemente a estos principios procesales fundamentales, pudiendo provocar todo lo contrario de lo que su esencia protege: falta de certeza de los actos procesales, inestabilidad de los derechos adquiridos, y áreas grises en la separación de los poderes.

### **2.2.3.- VIOLACIÓN POR ACCIÓN U OMISIÓN DE DERECHOS RECONOCIDOS EN LA CONSTITUCIÓN.**

Si los otros presupuestos ya analizados han dejado serías dudas, el establecer que el Recurso Extraordinario de Protección es admisible cuando se ha violado por acción u omisión de cualquier derecho reconocido en la Constitución es un verdadero error.

En virtud de que el mismo proyecto de Constitución establece que la Ley no podrá restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, y habiéndose INEXPLICABLEMENTE excluido en el texto final del artículo 94 la frase **“en los casos y por causas que establezca la Ley”** ( frase introducida por la Mesa 8 para evitar los temores de una cuarta instancia) este recurso es una carta abierta –sin posibilidad de restricción legal futura salvo reforma constitucional- a una cuarta instancia.

Pues si en otros países con sólo establecer que este amparo o protección contra sentencias o autos definitivos cabe cuando se han vulnerado las garantías del debido proceso han surgido innumerables problemas y un brutal congestionamiento de la vía procesal constitucional, lo que nos espera en nuestro país es un real colapso de la justicia.

En España, ya se cometió este error. Se le otorgó al Tribunal Constitucional dichas facultades –pero sólo cuando hay afectación al debido proceso- y provocó un colapso en el sistema. Las estadísticas del año 2007 de dicho

Tribunal (<http://www.tribunalconstitucional.es>) lo demuestran: De las 10.013 causas ingresadas a ese Tribunal en ese año, 9840 corresponden a recursos de amparo. De esos 9.840 amparos, 9.835 son contra sentencias o autos definitivos (extraordinario de protección en nuestro proyecto Constitucional) (2.706 del Tribunal Supremo de Justicia; 17 de Tribunales Superiores de Justicia -Casación o Revisión-; 5.623 de Segunda Instancia; 1.427 de Primera o Única Instancia; y, 67 de otras causas). Por materia, los más numerosos corresponden a lo Contencioso-Administrativo, Penal y Civil. En ese mismo año, quedaron pendientes de admisión 12.226 causas; solo se expedieron 265 sentencias; y no se admitieron al trámite 10.961 causas, que sin embargo debieron ser estudiadas y resueltas. Estas estadísticas, en esos porcentajes, son prácticamente similares a las de los últimos 5 años.

Sólo con este “recurso extraordinario de Protección” se puede advertir que los nueve magistrados de esta Corte Constitucional estarán desbordados de trabajo, con el agravante de que la gran mayoría de recursos serán no admitidos -como sucede en España -ya que se usará para “retardar la justicia” tal como sucede ahora con el recurso de casación. Sumemos a esto, que a esta Corte le correspondería además resolver interpretaciones constitucionales, acciones de inconstitucionalidad, acciones por incumplimiento, conflictos de competencias, sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante de habeas corpus, habeas data, acceso de la información, entre otras competencias.

Para complementar la gravedad de lo expuesto, el artículo 430 del proyecto de Constitución establece que cuando un Juez o Tribunal considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o Tratados Internacionales, deberán suspender –de oficio o a petición de parte- la tramitación de los Juicios hasta que la Corte Constitucional resuelva sobre la Constitucionalidad de la norma en 45 días. Todos sabemos que, ante el volumen de trabajo, será casi imposible que se resuelva en ese plazo, con lo cual las causas quedarán paralizadas indefinidamente quebrantándose nuevamente el principio de Tutela Judicial Efectiva. De manera correcta, la actual Constitución establece para esos casos la potestad del Juez para declarar la inaplicabilidad de una norma sin suspender el trámite de la causa, y en lo posterior le corresponde al

Tribunal Constitucional declarar con efectos generales tal inaplicabilidad si así corresponde.

El incuestionable colapso en la Justicia Constitucional Española provocó que se instrumente una reforma a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional<sup>18</sup> intentando restringir este recurso contra sentencias o autos definitivos expedidos por los órganos judiciales. Los considerandos de esta Ley Reformatoria son elocuentes: *“...La experiencia acumulada tras más de 25 años de actividad del Tribunal Constitucional desde su creación ha puesto de manifiesto la existencia de una serie de situaciones y circunstancias en la realidad práctica que con el transcurso del tiempo han llegado a convertirse en problemas para el mejor resultado del trabajo del Tribunal. Entre ellas destaca, por un lado, el crecimiento del número de recursos de amparo hasta el punto de ocupar casi todo el tiempo y los medios materiales y personales del Tribunal. Por otro lado, la realidad de los hechos ha permitido también constatar la lentitud de los procedimientos que se desarrollan ante este Alto Tribunal, cuestiones todas ellas respecto de las que es el momento de dar respuesta legislativa. En este sentido, esta ley orgánica intenta dar solución a todo este conjunto de problemas, y para ello procede a adecuar la normativa para dar respuesta a los problemas y exigencias que se derivan de la realidad práctica del funcionamiento y organización del Tribunal Constitucional. Así, respecto al mayor desarrollo de la función de garantía de los derechos fundamentales en relación con las demás funciones del Tribunal Constitucional, la ley procede a establecer una nueva regulación de la admisión del recurso de amparo, al tiempo que otorga a los tribunales ordinarios más posibilidades para revisar las violaciones de derechos fundamentales a través de una nueva regulación de la nulidad de los actos procesales ex artículo 241.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Se trata de medidas encaminadas a lograr que la tutela y defensa de los derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional sea realmente subsidiaria de una adecuada protección prestada por los órganos de la jurisdicción ordinaria... El elevado número de demandas de amparo ha provocado un amplio desarrollo*

---

<sup>18</sup> LEY ORGÁNICA 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional

*de la función de garantía de los derechos fundamentales en detrimento de otras competencias del Tribunal Constitucional. El número de solicitudes de amparo y el procedimiento legalmente previsto para su tramitación son las causas que explican la sobrecarga que en la actualidad sufre el Tribunal a la hora de resolver estos procedimientos de garantía de los derechos fundamentales. Por esta razón, las reformas que se abordan van dirigidas a dotar al amparo de una nueva configuración que resulte más eficaz y eficiente para cumplir con los objetivos constitucionalmente previstos para esta institución” . A confesión de parte relevo de pruebas!!!.*

Las reformas del 2007 a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de España relativa al recurso de amparo (extraordinario de protección) determina los siguientes presupuestos:

1. Las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial, podrán dar lugar a este recurso siempre que se cumplan los requisitos siguientes:

a) Que se hayan agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial.

b) Que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquellas se produjeron, acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional.

c) Que se haya denunciado formalmente en el proceso, si hubo oportunidad, la vulneración del derecho constitucional tan pronto como, una vez conocida, hubiera lugar para ello.

2. El plazo para interponer el recurso de amparo será de 30 días, a partir de la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial.

Además para la admisibilidad del recurso se requiere, entre otros requisitos, que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la

Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales

El doctor Miguel Hernández Terán, en su publicación “La Asamblea Constituyente y sus Mitos Jurídicos<sup>19</sup>” hace un serio y detallado análisis de la procedencia del Recurso Extraordinario de Protección por agresiones a las normas del debido proceso. Más allá de destacar ese estudio del profesor Hernández, debo decir que fue escrito cuando el artículo había sido aprobado en primer debate (todavía era llamado Recurso Extraordinario de Amparo) y por tanto no se tenía dimensionado el contenido final (con las modificaciones inexplicables).

Pues bien, en conclusión sobre este punto NO HAY DUDA: se puede fundamentar el Recurso por violación a cualquier, repito cualquier, derecho reconocido en el proyecto de Constitución.

#### **2.2.4.- SOBRE EL PROCEDIMIENTO Y EFECTOS.-**

En el artículo 86 del proyecto de Constitución, se hacen mención de varias disposiciones que deben aplicarse a las garantías jurisdiccionales constitucionales. El alcance de las normas del artículo 86 queda restringido –a mi criterio- al hábeas data, acción de protección, hábeas corpus, acceso a la información, porque ese artículo se refiere a las acciones que son presentadas ante un juez o jueza.

Pero en el caso del Recurso Extraordinario de Protección así como la Acción Por Incumplimiento, la competencia para el conocimiento de las causas la tiene directamente la Corte Constitucional (artículos 93 y 94 del proyecto), por tanto el procedimiento previsto en el artículo 86 no es aplicable.

En tal sentido, no está previsto en el proyecto de Constitución el trámite del Recurso Extraordinario de Protección así como de la Acción Por

---

<sup>19</sup> Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008

Incumplimiento, por lo que se deberá esperar a la expedición de una ley posterior para que implemente y detalle el trámite, sin restringir de ninguna forma estos derechos y garantías constitucionales.

Respecto del efecto en caso de que sea aceptado el Recurso Extraordinario de Protección tampoco está previsto en el proyecto de Constitución. Es decir no conocemos si la Corte Constitucional simplemente se limitará a reconocer la existencia de un derecho o garantía constitucional violado o afectado o en su caso además de ese reconocimiento la Corte Constitucional administrará justicia revocando las sentencias o autos definitivos recurridos. Las leyes futuras nos aclararán este panorama.

### **3.- CONCLUSIONES Y OPINIONES PERSONALES.-**

No puedo dejar de reconocer que es posible que en las sentencias o autos definitivos de los órganos jurisdiccionales existan violaciones a derechos y garantías constitucionales. Pero a la vez, el sistema procesal entrega a los titulares de los derechos una serie de acciones, recursos e instancias que permitan ejercer su defensa. Son los jueces y tribunales los primeros llamados a hacer un Control Constitucional de los casos sometidos a su conocimiento pero también de las actuaciones de sus inferiores. En este sentido, me inclino por la tendencia de que sea dentro del mismo sistema procesal donde se subsanen las agresiones a los derechos y garantías constitucionales a través de todas las acciones, recursos e instancias previstas.

El fortalecer el principio de la Unidad Jurisdiccional, derivado del de separación de los poderes, resulta una carta de presentación fundamental en la evaluación de nuestro sistema democrático, procurando que todos aquellos órganos que administren justicia formen parte de la Función Judicial. Sin ni siquiera entrar a analizar como serían nombrados los magistrados de la Corte Constitucional – tema que ha sido duramente criticado por la probable politización- sólo el hecho de que sentencias y autos puedan ser modificados por un ente ajeno a la Función Judicial ya es suficiente para expresar nuestra profunda preocupación.

La necesidad de certeza jurídica, estabilidad de los derechos y el pleno respeto de la Cosa Juzgada se ven seriamente amenazados por el texto del artículo 94 relativo al Recurso Extraordinario de Protección. La también garantía constitucional de seguridad jurídica queda fracturada, más cuando todavía no se conoce cuales serán los efectos jurídicos sobre esas sentencias y autos recurridos en el caso de que sea admitido y aceptado el recurso.

Pero lo más grave y a la vista es el probable colapso de la justicia que este recurso extraordinario de protección podría ocasionar. Al INEXPLICABLEMENTE haber sido modificado el texto aprobado en segundo y definitivo debate, excluyéndose la frase “**en los casos y por causas que establezca la Ley**” se perdió toda oportunidad de restringir –vía ley- el ejercicio de este recurso estableciendo parámetros específicos y como bien lo sostuvo la Mesa 8 evitando el temor de que se convierta en cuarta instancia. El ejemplo español que he presentado es elocuente, más del 95 % del trabajo del Tribunal Constitucional se relaciona con el recurso contra autos y sentencias, pese a que en España el recurso es mucho más limitado en su ámbito. Este colapso en España provocó en el año 2007 una reforma que intenta lograr que sólo en casos extraordinarios lleguen a conocimiento del Tribunal Constitucional estos recursos contra sentencias y autos, ya que deben ser los jueces y tribunales los primeros llamados a proteger los derechos y garantías constitucionales.

La consideración anterior me lleva a sostener que al permitir que se presente un Recurso Extraordinario de Protección contra cualquier sentencia o auto definitivo, que viole cualquier –repito cualquier- derecho consagrado en el proyecto de Constitución resulta plenamente contradictorio con la garantía constitucional de la TUTELA JUDICIAL EFECTIVA ya que será ahora sí infinitamente largo en el tiempo obtener un resultado firme en un proceso judicial sumado a que el artículo 432 del proyecto de Constitución sólo ha previsto que nueve sean los integrantes de esta Corte Constitucional, lo cual a la vista creemos que provocará un congestionamiento brutal en dicha entidad.

Este Recurso Extraordinario de Protección es una de las más graves preocupaciones que tengo respecto del Proyecto de Constitución. Hay más, también graves, como las autonomías sin autonomía, como la vuelta al sistema centralizado de competencias, como la seria amenaza a la vida y la familia, la estatización de la prestación de los servicios públicos, entre otros temas. Que Dios ilumine a los ecuatorianos y que tomemos la mejor decisión.

## **BIBLIOGRAFÍA.**

- Constitución de 1998.
- Proyecto de Constitución del 2008.
- Constitución de España, 1978
- Código de Procedimiento Civil.
- Código de Procedimiento Civil, comentado por el Dr. Juan Falconí Puig, EDINO.
- Actas de la Asamblea Constituyente, publicadas en la página web [www.asambleaconstituyente.gov.ec](http://www.asambleaconstituyente.gov.ec)
- Derecho Constitucional, Dr. Juan Larrea Holguín, CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES.
- La Asamblea Constituyente y sus Mitos Jurídicos, Dr. Miguel Hernández Terán, CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES.
- Tutela Jurisdiccional Diferenciada, Martín Hurtado Reyes, PALESTRA.
- Derechos Fundamentales y Procesos Constitucionales, Luis Castillo Córdova, GRIJLEY.
- Leyes Administrativas, Edición preparada por Luis Martín Rebollo, ARANZADI.

## **LA PARTICIPACION POLITICA.**

Por una iniciativa oportuna y acertada del señor Decano de la Facultad, los profesores tenemos la oportunidad de comentar diversos aspectos del proyecto de constitución elaborada por la Asamblea Nacional Constituyente, reunida en Montecristi. Esta tarea que contribuirá a la reflexión de los estudiantes, tiene una limitación, en cuanto a la codificación que se utilice, pues lamentablemente la reproducción no está certificada por el secretario de la Asamblea, de tal manera que es posible que el número de los artículos citados y aún su contenido no coincida con otras versiones, aspecto que lo han mencionado los propios integrantes de la asamblea.

Para iniciar este proceso de reflexión, utilizaré la norma contenida en el art. 429 referente a la interpretación de las normas constitucionales en su parte pertinente dice: "se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la constitución en su integralidad".

Es importante destacar que este nuevo texto constitucional propuesto, se aparta de los anteriores que han tenido vigencia en el país, por su extensión y lenguaje. Deja o se aparta en buena medida del riguroso lenguaje jurídico e introduce nuevos y novedosos términos, que guardan relación con el movimiento o escuelas del llamado "Constitucionalismo cultural", que es posterior al llamado "Constitucionalismo social", conocidos como de segunda generación, que en el caso del Ecuador corresponde a la Constitución de 1929, por tanto este último movimiento coincidiría con los llamados derechos de tercera generación que incluyen los ambientales, los derechos difusos de las minorías, etc., además de pretender crear una cultura a partir de la vigencia constitucional y no necesariamente a la inversa, en cuanto que, una constitución refleja la cultura, el momento histórico del pueblo, son ejemplo de esto la última constitución de Venezuela y luego la de Bolivia, en este último país se pretendió inclusive introducir la hoja de coca como parte del símbolo nacional, es a esta tendencia a la que debemos atribuir el nuevo contenido del 1er. Artículo del proyecto cuyo texto es el siguiente:

Art.1.-El Ecuador es un Estado constitucional, social y democrático de derechos y justicia, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa.

Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible”.

Este artículo abandona el calificativo de estado social de derecho y comienza por definir al Estado como “constitucional, social y democrático de derechos y justicia” apartándose de la definición de la constitución vigente como “estado social de derecho” podemos suponer que, se aparta de este concepto por las reminiscencias que trae del principio de legalidad propia del estado liberal instaurada en la revolución francesa matizada en el siglo pasado con los contenidos del constitucionalismo social y por ello el calificativo para determinar que ese estado sometido al derecho gira en torno a las necesidades del hombre puesto que está a su servicio, al determinar que es constitucional, social y democrático no necesariamente remarca su sometimiento a todo el régimen de derecho y más bien menciona la cualidad como defensor de los derechos de los ciudadanos.

El art. 6 salvo en las menciones específicas de género, coincide con la constitución vigente y determina que:

“Todas las ecuatorianas y ecuatorianos son ciudadanos y gozarán de los derechos establecidos en la constitución”.

Por su parte el art. 11 en el numeral 2 amplía el concepto y determina:

“todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades”, enfatizando en el inciso 2do de este mismo numeral que nadie podrá ser:

“discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación”.

Se aprecia que el afán del constituyente en ser exhaustivo en la enumeración y aún deja abierta cualquier otro aspecto por tanto el

concepto de igualdad es total, igual que el de inclusión y participación; por ello el numeral 4to determina que:

“ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos y de las garantías constitucionales y como un avance importante establece en el numeral 8avo el contenido de los derechos se desarrollará a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas”,

por tanto, se aspira a un enriquecimiento permanente del cúmulo de derechos que nos asisten a los ciudadanos dentro del estado y por ello cierra con el inciso dentro de este numeral se determina que será:

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

El término injustificadamente, abre un enorme paréntesis respecto a cuando se justifica, quien justifica una acción proveniente del poder restrictiva de los derechos, por tanto esta discrecionalidad, es potencialmente lesiva a los derechos, que tanto se enfatiza en defenderlos.

### **Capítulo 5to Derechos de Participación.-**

Este capítulo que también está dentro del título segundo expone los derechos que en esta materia nos asisten a los ecuatorianos y en el numeral 8avo del art. 62 dice: “Conformar partidos y movimientos políticos, afiliarse o desafiliarse libremente de ellos y participar en todas las decisiones que éstos adopten”, incluyendo a los extranjeros cuando expresa:

“las personas extranjeras gozarán de estos derechos, en lo que les sea aplicable” por lo cual los extranjeros no sólo tendrán derecho al voto como lo determina el 2do. inciso del art. 64 sino que también podrán ser parte de los movimientos y de los partidos políticos, pues negar su participación constituye un discrimen y los limita exclusivamente al acto de sufragio.

Otro aspecto digno de comentario es el numeral 2do del art. 63 que otorga el voto facultativo:

“para las personas entre 16 y 18 años de edad, los mayores de 65 años, los residentes en el extranjero, las integrantes de las fuerzas armadas y policía nacional y las personas con discapacidad”.

Deberíamos conocer el criterio de los asambleístas, para conceder esta facultad tan importante a un menor púber, que en el caso de la responsabilidad penal, es menor infractor, por tanto, se considera que no ha llegado a la plenitud de su desarrollo en su capacidad de juicio, como para poder imputarlo en el proceso penal. En cuanto a los miembros de las fuerzas armadas y la policía nacional, al margen de la conveniencia o no de la medida, debió repararse en el problema logístico que entraña para estos efectivos el acudir a sus lugares de origen, o en su defecto, lo conveniente que resulta el cambio masivo de domicilio de los acuartelados para provocar efectos electorales, por último, no se menciona a los detenidos con prisión preventiva lo cual también provoca efectos logísticos importantes pues deben acudir a los lugares donde están empadronados, o también sujetarse a los cambios masivos de domicilio.

Entrando en el capítulo 1ero. del título 4to. de la participación y organización del poder se aprecia que el interés fundamental que haya en el denominado:

“proceso permanente de construcción del poder ciudadano y del buen vivir”.

Esta participación calificada de:

“protagónica en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos y en el control popular de los representantes y de las instituciones, el Estado y de la sociedad.....”.

Esta organización colectiva, de acuerdo al art. 97 reconoce todas las formas de organización de la sociedad,

“como expresión de la soberanía popular para desarrollar procesos de alta determinación e incidir en las decisiones y políticas públicas y en el control social de todos los niveles del gobierno así como de las entidades públicas y de las privadas que ofrecen servicio público”.

En el 2do inciso establece que podrán articularse en diferentes niveles:

“para fortalecer el poder ciudadano y sus formas de expresión”.

En el art. 99 es digno de reproducirse íntegramente:

“Los individuos y los colectivos podrán ejercer el derecho a la resistencia y omisiones del poder público o de las personas naturales o jurídicas no estatales que vulneren o puedan vulnerar sus derechos, y demandar el reconocimiento de nuevos derechos”,

deja plena constancia del derecho a la resistencia, no solo frente a las acciones del poder público y también de las personas particulares o jurídicas no estatales no necesariamente que vulneren sino que puedan vulnerar sus derechos y va más allá cuando establece la facultad para demandar nuevos derechos, es importante preguntar cuáles son los límites de estas acciones pues evidentemente pueden tener efectos de orden penal y las consiguientes derivaciones en el orden civil, además de su posible incidencia en la estabilidad del orden público.

A partir del art.101 se menciona la participación en todos los niveles del gobierno “de representantes de la sociedad del ámbito territorial”deben promover “la formación ciudadana” y para el ejercicio de esta participación se organizarán diversos eventos tales como: audiencias públicas, veedurías, etc. El art.102 incluye la famosa “silla vacía” que la debe ocupar algún representante ciudadano.

En todos los artículos mencionados no aparece en ningún momento la organización política a través de sus organizaciones específicas que son los partidos y los movimientos políticos que constan a partir del art.109 que lo vamos a citar textualmente:

“Los partidos y movimientos políticos son organizaciones públicas no estatales, que constituyen expresiones de la pluralidad política del pueblo y sustentan concepciones filosóficas, políticas, ideológicas, incluyentes y no discriminatorias.

Su organización, estructura y funcionamiento serán democráticos y garantizarán la alternabilidad, rendición de cuentas y conformación paritaria entre mujeres y hombres en sus directivas. Seleccionarán a sus directivos y candidatos mediante procesos electorales internos o elecciones primarias.

Los partidos políticos serán de carácter nacional, se regirán por principios y estatutos, propondrán un programa de gobierno y mantendrán el registro de sus afiliados; los movimientos políticos podrán corresponder a cualquier nivel de gobierno o a la circunscripción especial del exterior. La ley establecerá los requisitos y condiciones de organización, permanencia y accionar democrático de los movimientos políticos, así como los incentivos para que conformen alianzas”.

El texto guarda mayor similitud con el proyecto elaborado por la Comisión de Juristas del CONESUP, sin destacar que constituye un derecho de las personas, salvo la expresión que son expresión de pluralidad política del pueblo. La enumeración del sustento de “ concepciones filosóficas, políticas, ideológicas...” es repetitiva pues las concepciones políticas, de hecho poseen sustentos de esa índole, aun los populistas que destacan el liderazgo y la emoción, son de hecho coincidentes con las concepciones políticas de los partidos, de las cuales muchas se escindieron por los personalismos. Queda clara la disposición del carácter regional y electoralista de los movimientos políticos, que de acuerdo al artículo 111 podrán convertirse en partidos al obtener

“en dos elecciones pluripersonales sucesivas al menos el cinco por ciento de los votos validos a nivel nacional”.

es decir a la inversa de la disposición vigente sobre la desaparición que consta en el inciso segundo del art. 115 de la constitución vigente, será la ley quien establezca las causales de disolución y en los hechos el electorado quien los condenará, en la medida que no representan aspiraciones sentidas por la colectividad. Los partidos políticos , que hoy están sometidos a una intensa campaña de desprestigio, son elementos necesarios en la construcción de los regímenes democráticos, su fortalecimiento, significa incentivo de la participación organizada, además de la preparación de los elementos que luego deban participar en la conducción de la gestión política y administrativa, su debilitamiento, su desprestigio contribuye a fortalecer expresiones populistas y de partido único, por tanto concentrador de poder, donde la participación ciudadana, al convertirla en elemento formal e institucional, es susceptible de conducción , es decir utilización para los fines del poder y su grupo conductor.

El art.112, únicamente reconoce, mas no garantiza, el derecho a la oposición y se queda corto, cuando no determina la finalidad de dicha oposición, que es la de presentar alternativas para el buen gobierno, tal como lo determina la constitución vigente en el art. 117 y el proyecto del CONESUP.

## **REPRESENTACIÓN POLÍTICA.**

En esta parte debo concentrar la atención en el contenido del art.114 del proyecto, para destacar que el numeral 2:

“Quienes hayan recibido sentencia condenatoria ejecutoriada por delitos sancionados con reclusión, o por cohecho, enriquecimiento ilícito o peculado.

Está en absoluta contradicción con el numeral 2 del art. 11, que establece que nadie será discriminado por “pasado judicial”, niega la inclusión e igualdad del art.96 y de hecho, constituye la pena, que fue cumplida, en una condena perpetua y clasificación de ciudadanos en una subcategoría. Pasado limpio vrs pasado “ manchado “.

También merece comentario el numeral 3, se incluyen aspectos que son propios de una ley ordinaria y además eventuales, pues la deuda de pensiones alimenticias se paga y el llamado a juicio puede demostrar su inocencia, que no puede ponerse en duda, mientras no se pruebe lo contrario, por tanto, también es discriminatorio. No se puede dejar mencionar las diferencias en el tiempo señalado para presentar la renuncia de las funciones, por parte de quienes desempeñan una función pública: 2 meses en la Función Judicial, 6 meses en el Servicio Exterior y lo que es más notorio, en el caso judicial hay una carrera judicial, por tanto, no es de libre nombramiento y remoción, debería tener derecho a gozar de la licencia establecida en el numeral 6 y por último lo dispuesto en el numeral 7. “ quienes hayan ejercido autoridad ejecutiva en gobierno de facto”, se mete en un mismo saco a todos los niveles de dignatarios y funcionarios y en muchos casos estos últimos estuvieron en el servicio por aquel decreto supremo de servicio civil, al cual no podía negarse el designado o su empleador, por tanto también es discriminatorio y genera un estigma permanente que lesiona la igualdad y discrimina de manera ostensible, a quienes fueron parte de una estructura y no precisamente el factor determinante, que por otra parte, si debió responder por infracciones o delitos, habrá sido juzgado y condenado oportunamente. Otro aspecto que genera controversia y no por ello, deja de ser discriminatorio, es la exigencia a los candidatos para integrar la Corte Constitucional de no “ haber pertenecido en los últimos 10 años a la directiva de ningún partido o movimiento político “ y es probable que se nos escapen algunas otras, donde la actividad política es un elemento que invalida, que descalifica, con lo cual el vigor de la lucha democrática queda afectado, distinto es que al juez, al igual que, a cualquier otro dignatario se le obligue a dejar la actividad de militancia durante su ejercicio, pero no convertirlo en impedimento, el ser militante o no tiene y debe tener ideas políticas y poseer una clara noción del estado en el que aspira a vivir.

Para concluir vale anotar que la importancia dada a la participación política organizada es débil, fruto del momento histórico que se vive, sin embargo, mas adelante se verá la necesidad de colectivos políticos sólidos y debidamente estructurados, para poder participar con solvencia en la vida nacional, que no serán los únicos, pues los "cuerpos intermedios" como los califica Enrique Neira, en su obra "El Saber del Poder" son asociaciones que hacen posible esta participación, que es una característica de las naciones desarrolladas, en sociedades "post-industriales". Los partidos políticos, aparecen como representantes de fracciones, estos promueven una concepción de "vivir juntos organizadamente", es decir les preocupa, cuando son honestos, la conducción de la cosa pública al servicio de toda la Nación".

## **BIBLIOGRAFÍA**

- ≡ Constitución Política de la República del Ecuador. 1998
- ≡ Proyecto de Nueva Constitución Política del Ecuador. Comisión de Juristas CONESUP.
- ≡ Proyecto de Constitución elaborada en Montecristi.
- ≡ Enrique Neira: El Saber del Poder. Editorial Norma S.A. 1986.

Dr. Enrique Tamariz Baquerizo  
Profesor de Derecho Constitucional

## **FUNCIÓN EJECUTIVA: Una visión al proyecto Constitucional**

**Por: Dra. Teresa Nuques Martinez  
Profesora de Fundamentos del Derecho  
Universidad Católica Santiago de Guayaquil**

En días pasados la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica me invitó a participar en la elaboración de comentarios al proyecto constitucional que será sometido a referéndum el próximo veintiocho de septiembre, el tema que comentaré es la Función Ejecutiva, sobre la cual me referí en menor extensión en Diario Expreso. Antes de empezar este análisis es importante señalar que la constitución es una expresión de valores sociales, traducidos en derechos y principios, por lo tanto cualquier interpretación que se haga debe estar dentro de ese marco axiológico asegurando siempre una explicación a la luz de los valores sociales.

Es necesario recalcar que una norma constitucional debe ser analizada en su contexto tal, pues como lo señala el artículo 427 del proyecto constitucional en el que expresamente se establece que “las normas constitucionales se interpretarán al tenor literal que mas se ajuste a la constitución en una integralidad”, por lo que para cualquier análisis observaré como un artículo se vincula con los demás del proyecto en cuestión.

Por lo expuesto, haré una breve referencia doctrinaria de la función ejecutiva en la doctrina constitucional, luego de ello realizaré un comentario acerca de la función ejecutiva en sus aspectos más relevantes en la constitución vigente y finalmente analizaré la función ejecutiva en el proyecto constitucional. Este último análisis lo realizaré no solo desde los articulados que corresponden a la función ejecutiva como tal sino que haré una conexión de estos con dos capítulos que considero se relacionan fundamentalmente con dicha función, que son la Corte Constitucional y la Función de Transparencia y Control Social, para culminar comentando las facultades del ejecutivo analizadas junto al articulado del régimen de transición.

## **1.- Referencia doctrinaria y constitucional a la función ejecutiva**

Llamada comúnmente poder ejecutivo, tiene su origen en el poder constituyente de las independizadas colonias americanas que basándose en la división tradicional del poder, entendieron la necesidad de fortalecer a la función ejecutiva frente a una fuerte función legislativa, a fin de equilibrar el poder dentro de las nacientes repúblicas.

Para Pérez Royo en su obra Curso de Derecho Constitucional<sup>1</sup> este poder tiene algunas características que le son propias, de esta manera el Presidente, cabeza de la función ejecutiva, es producto de un proceso electoral y por ende el legislativo no puede forzar la designación así como la remoción de los ministros de estado, y como contrapartida, el presidente no puede disolver al legislativo, el presidente no dicta leyes, sólo las propone al legislativo, quien luego de un proceso de formación las aprueba, la cabeza del ejecutivo tiene las posibilidades de sanción y veto de las leyes.

Como notamos estas características marcadas y el asumir un rol determinado dentro de la organización del poder dentro del estado, lleva a aplicar un régimen de contrapesos en el cual se trata de equilibrarlo, dividiendo las funciones del estado, pero estableciéndole a cada una de ellas un rol tan determinado que impida la injerencia de la una en la otra y se proteja de presencias absolutistas en un estado democrático.

Conforme lo establece el artículo uno de la constitución vigente el Ecuador es un estado social de derecho y su gobierno es republicano, presidencial, electivo, alternativo, participativo y de administración descentralizada.

---

<sup>1</sup> Pérez Royo Javier, Curso de Derecho Constitucional, novena edición, Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales S.A., año 2005

El artículo define la forma de gobierno manteniendo las características de un gobierno de corte presidencial, esto se manifiesta especialmente en las características de gobierno *electivo* y *participativo*, cabe mencionar que el mismo artículo prevé la alternabilidad en el ejercicio del cargo, es decir que no puede existir reelección inmediata para el ejercicio de la presidencia de la república.

Las demás características propias del régimen las vamos a encontrar en la concordancia con los artículos de los artículos 164 al 171 de la constitución actual. En ellos se destaca la facultad normativa del ejecutivo establecida en el artículo 171 numeral cinco, la facultad contemplada en el numeral 10 del mismo artículo en la que el presidente nombra y remueve a los ministros de estado -facultad propia del régimen presidencial-, así como la facultad contemplada en el numeral 4 del mismo artículo en donde se evidencia el rol de colegislador que cumple en el proceso de formación y promulgación de las leyes.

Como notamos de la lectura anterior la constitución vigente está caracterizada por un régimen presidencial claramente definido y mantiene el espíritu que rige la división de poderes en la cual cada función mantiene atribuciones propias sin intromisión en las demás funciones del estado.

Con estos breves antecedentes, iniciaré el análisis del proyecto constitucional. Para el efecto, empezaré esquematizando las normas conectadas con la función ejecutiva y que pese a no estar concebidas dentro de dicha función se encuentran tan relacionadas que puede decirse que en el proyecto constitucional, las atribuciones del ejecutivo no se agotan en el capítulo tercero del mencionado instrumento.

## **2.- ANALISIS DE NORMAS DEL PROYECTO CONSTITUCIONAL RELACIONADAS CON LA FUNCION EJECUTIVA Y QUE SON INDISPENSABLE PARA LA EXPLICACION DE DICHA FUNCION.**

Como manifesté al inicio de este artículo no se puede realizarse un análisis de una parte del articulado en forma aislada sino que es necesario que el mismo

se realice dentro del contexto del proyecto, para ello empezaré por realizar una sucinta explicación de las normas que regulan la Corte Constitucional, la Función de Transparencia y Control Social y el Régimen de Transición, para seguidamente empezar a notar como se relacionan con el texto del proyecto en la parte pertinente a función ejecutiva.

- 2.1 Es indispensable para las relaciones de normas que se harán mas adelante comprender como se encuentra conformado la Corte Constitucional, en el proyecto motivo de este análisis, sobre todo porque es esta Corte la que emite informe favorable para algunas de las actuaciones del Presidente de la República.

Conforme lo establecido en el artículo 434 del proyecto los miembros de la Corte Constitucional serán designados por una Comisión integrada por dos delegados del ejecutivo, dos del legislativo y dos de la función Transparencia y Control social. Esta comisión seleccionará a los miembros de la Corte de los candidatos presentados por las funciones anteriores. Es importante en este punto anotar dos aspectos: el primero de ellos es que el articulado no mantiene para la designación la misma proporcionalidad que aplicó para la integración de la comisión, es decir, si la elección se realiza de los candidatos presentados por cada función, la integración de la corte debería ser proporcional al origen de la nominación, caso contrario, todos los integrantes de la corte podrían salir de los nominados *únicamente* de una de las funciones del estado.

Otro aspecto a considerar en este artículo es la forma como se encuentra integrada la comisión calificadora que designará a los miembros de la Corte Constitucional, que tal como lo analizaré a continuación tiene una participación directa e indirecta del ejecutivo, por lo tanto no podría garantizarse la objetividad en las decisiones que mas adelante tome.

- 2.2 Antes de continuar creo indispensable revisar cómo se encuentra representada la Función de Transparencia y Control Social, conforme el

artículo 204 inciso tercero la Función de Transparencia y Control Social esta formada por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General del Estado y las Superintendencias.

Si vemos la forma de elección de cada una de ellas, las Superintendencias son nombradas por el Consejo de Participación Ciudadana de una terna enviada por el Presidente de la República ( Art. 213 inciso final del proyecto), la Defensoría del Pueblo y el Contralor son nombrados por el Consejo de Participación Ciudadana. Conforme el artículo 209 del mencionado proyecto, para las designaciones que realiza el Consejo de Participación Ciudadana, este deberá integrar comisiones ciudadanas de selección integrada por miembros de las funciones del estado y los delegados de las organizaciones sociales y la ciudadanía. El problema radica en que el término es muy amplio y ambiguo, y que el criterio de selección de estas organizaciones al final del camino está en manos del mencionado consejo de participación ciudadana, lo que es preocupante es que son las organizaciones sociales las que nombraron a su vez a los miembros del Consejo de Participación Ciudadana.

Es decir en este primer caso no podría asegurarse la imparcialidad de los miembros de la mencionada Función, en consecuencia puede existir una intromisión indirecta por parte del ejecutivo en estas designaciones.

2.3 En lo que se refiere al régimen de transición, es importante notar lo siguiente, de aprobarse el proyecto se formará un “congresillo” derivado de la asamblea constituyente llamado *Comisión Legislativa*, conforme lo establecido en el artículo 29 de dicho régimen es la comisión legislativa la que designa a los miembros del tan mencionado Consejo de Participación Ciudadana, así como a las comisiones nominadoras que son parte de este Consejo. La comisión legislativa a la que se hace referencia estará integrada por los ex asambleístas en la *misma proporción política* que tuvo el plenario de la Asamblea Constituyente, lo

cual denota claramente quienes van realizar la labor de designar a los funcionarios pertenecientes a los diferentes organismos de control del Estado durante el siguiente periodo presidencial.

Lo mismo ocurre con la designación de la Corte Constitucional que será designada por las comisiones integradas por el Consejo de Participación ciudadana, el mismo que, como mencioné anteriormente, ha sido designado por el congresillo elegido por la Asamblea Constituyente.

**Empezamos a notar, entonces, con este análisis inicial que la independencia de la función ejecutiva en el proyecto constitucional no esta garantizada y que el ejecutivo tiene atribuciones mucho mayores que las mencionadas únicamente en el capítulo tercero del proyecto constitucional.**

Con este antecedente normativo procederé a señalar los aspectos que considero más relevante de la propuesta.

### **3.- ANALISIS DE LA FUNCION EJECUTIVA**

Como mencioné, es necesario analizar algunos temas, haré referencia quizás al más preocupante que se vincula con la función ejecutiva. Conforme el artículo 142 del proyecto constitucional para ser Presidente o Presidenta de la república se debe ser ecuatoriano por nacimiento, esto nos lleva obligadamente a la lectura del artículo 7 en el que se establece quiénes son ecuatorianos por nacimiento: primero, las personas nacidas en el Ecuador; segundo, las personas nacidas en el extranjero de madre o padre nacidos en el Ecuador y sus descendientes hasta el tercer grado de consanguinidad; tercero, personas pertenecientes a comunidades, pueblos o nacionalidades reconocidas por el Ecuador con presencia en las zonas de fronteras. Lo preocupante es esta tercera posibilidad porque nos llevaría a concluir, a *prima facie*, sin mayor extensión, que una persona nacida en zonas fronterizas de Colombia o Perú podría candidatizarse a la presidencia de la república y llegar

al cargo, sin mencionar las incidencias que en otros aspectos tiene esta consideración.

La constitución vigente contiene una norma que puede ser considerada como antecedente de la que acabamos de mencionar, contemplada en el artículo 8 numeral cinco en la que se establece que son ecuatorianos por naturalización: los habitantes de territorio extranjero en las zonas de frontera, que acrediten pertenecer a un mismo pueblo ancestral ecuatoriano, con sujeción a los convenios y tratados internacionales y que manifiesten su voluntad expresa de ser ecuatorianos, norma que a mi criterio debió mantenerse, por las consecuencias importantes que puede tener para la vida política del Ecuador las consideraciones y ambigüedades planteadas en el texto que he mencionado.

El artículo 148 del proyecto en el cual “La Presidenta o el Presidente de la República podrá disolver la Asamblea Nacional cuando, a su juicio, esta se hubiera arrogado funciones que no le competen constitucionalmente, previo dictamen favorable de la Corte Constitucional”, de la lectura podemos destacar dos aspectos: lo primero que observamos es que el criterio determinante para concluir si existe o no arrogación de funciones por parte de la asamblea, es el del propio Presidente, que luego de ello decide si la disuelve o no; el segundo, es que el dictamen favorable es emitido por la Corte Constitucional.

Como mencioné con anterioridad, según el proyecto, la corte constitucional está conformada por nueve miembros elegidos por una comisión integrada por dos delegados del Ejecutivo, dos del Legislativo y dos de la función Transparencia y Control Social, el problema que existe es que **los representantes de la función de Transparencia, son designados indirectamente por el Ejecutivo, es decir que en la comisión que elige a los miembros de la corte constitucional existirían representantes directos e indirectos del presidente, entonces no hay muchas oportunidades en el control que debe realizar la Corte.**

Si bien el artículo prevé el sistema de muerte cruzada es decir que una vez cesado el órgano legislativo, el Consejo Electoral convoca a elecciones

legislativas y presidenciales, un presidente con alta popularidad puede disolver la asamblea y someterse a una elección, mas aún con la posibilidad de reelección que existe.

El artículo 144 segundo inciso prevé la reelección inmediata del Presidente de la República, situación extremadamente delicada en un país como el nuestro más aún cuando el mencionado Consejo es nombrado a su vez por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, con los problemas en su conformación ya anotados con anterioridad.

En lo referente a la política fiscal, el artículo 120 numeral 12 establece que la Asamblea Nacional tiene dentro de sus atribuciones *aprobar el presupuesto general del Estado elaborado por el Ejecutivo*, lo que es usual; el problema radica en que el proyecto no establece con claridad quién fija el límite del endeudamiento público, infiriéndose que esta facultad le correspondería a la Función Ejecutiva ya que es el Ejecutivo el que elabora la proforma. La Constitución Política vigente en este aspecto soluciona el problema manifestando en forma expresa en el artículo 130 numerales 13 y 14, en los que claramente se señala que es competencia del Congreso aprobar el presupuesto general del Estado y vigilar su ejecución, así como fijar el límite del endeudamiento público. Situación que concuerda con la facultad concedida en el artículo 171 numeral 18, pues si bien el Presidente de la República decide y autoriza la contratación de empréstitos no es menos cierto que éste lo hace dentro de los parámetros establecidos en la Constitución y la ley, tal como lo mencioné y dentro del límite fijado por el legislativo.

En el artículo 310 del mencionado proyecto se establece que el sector financiero público otorgará créditos que incrementen la productividad y competitividad de los sectores que permitan alcanzar los objetivos del plan de desarrollo, el mismo que es elaborado por la Función Ejecutiva, conforme lo establecido en el artículo 147 numeral cuatro del proyecto, es decir, que los créditos que se otorguen dependerán de si el ejecutivo considera o no que determinados proyectos se ajustan a lo que considera pertinente desarrollar.

El proyecto de constitución establece que el Presidente de la República nombra y remueve a sus Ministros, situación expresada en el artículo 151 del proyecto Sin embargo el artículo 131 prevé que la Asamblea Nacional podrá remover a los Ministros de Estado con el voto conforme de las dos terceras partes de dicho órgano. Aunque constituciones anteriores recogieron el principio del enjuiciamiento político como una acción de censura y por tanto conllevaba la destitución del funcionario censurado, es de recordar que en muchas ocasiones esto sirvió de maniobra política para permitir una clara injerencia de una función en otra, lo que debilita a la figura de la separación de poderes que inspira a un Estado de derecho, como mencioné al inicio de este artículo. La figura de la separación de poderes es una característica como tal del régimen presidencial y ya la constitución actual había superado las viejas tendencias en la cual se da origen a una pugna de poderes y las injerencias no pertinentes en las actuaciones de diversas funciones del estado.

Finalmente mencionaré uno de los artículos que me parece más preocupante que es el 155 donde se menciona que *“en cada territorio el Presidente o la Presidenta de la República tendrá un representante que controlará el cumplimiento de las políticas del Ejecutivo y dirigirá las actividades de sus servidoras y servidores públicos”*, realmente quisiera conocer el alcance de esta norma, primero a qué circunscripción territorial hace referencia el articulado; segundo, qué significa controlar el cumplimiento de las políticas del Ejecutivo nótese que no se dice políticas del Estado ni políticas públicas, así como conocer qué implica dirigir *“las actividades de sus servidoras y servidores públicos”*.

El artículo 401 del proyecto otorga a la presidencia de la república la posibilidad de que excepcionalmente motive el ingreso de cultivos y semillas transgénicas, la que originalmente esta prohibida.

El artículo 407 prohíbe la actividad extractiva de recursos naturales no renovables en las áreas protegidas y en zonas declaradas como intangibles incluida la explotación forestal, señalando el mismo artículo que excepcionalmente dichos recursos se podrán explotar a petición fundamentada

de la Presidencia de la República. Si bien los artículos 401 y 407 contemplan la aprobación de la Asamblea Legislativa es importante notar que sólo la Presidencia de la República puede motivar e iniciar de esta manera la necesidad.

El proyecto mantiene atribuciones ya contempladas actualmente como por ejemplo la facultad reglamentaria del Presidente de la República contemplada en el actual 171 numeral 5 de la constitución vigente, la que se mantiene sin cambios (Art. 147 numeral 13 del proyecto), igualmente ocurre con la participación en la iniciativa y en el proceso de formación y promulgación de la ley artículos 144 numeral 2 y 171 numeral 4 de la constitución vigente y 147 numerales 11 y 12 del proyecto. Lo mismo sucede con el numeral primero del artículo 171 el que es exactamente igual al numeral primero del artículo 147 del proyecto. En definitiva, la constitución actual y el proyecto mantienen similitud de textos como sucede en el numeral segundo de los artículos ya mencionados.

No puedo dejar de señalar una incorporación positiva realizada por parte de la Asamblea en este proyecto que es la posibilidad de la *revocatoria del mandato* para el Presidente de la República, facultad concedida en la actualidad únicamente para la revocatoria de cargos de prefectos, alcaldes y diputados (artículos 109 y siguientes de la constitución vigente), así como la implementación de los Consejos Nacionales de Igualdad que tienen como objetivo la formulación, seguimiento y evaluación de las políticas públicas relacionadas con género, etnias, discapacidades y generacionales.

## **CONCLUSION**

He tratado de desarrollar este trabajo haciendo notar que las atribuciones del ejecutivo como tal se encuentran plasmadas en una serie de disposiciones constitucionales no pertenecientes al capítulo tercero del proyecto y que el nivel de injerencia en las demás funciones del estado aún en los organismos de control es muy alto, lo cual es preocupante. Sin embargo, me parece mucho más riesgosa la ambigüedad del texto constitucional con la que se regula

algunas figuras jurídicas, así como la poca claridad en algunos procedimientos de designación de funcionarios públicos que hacen dudar de la eficacia de lo planteado en el documento y de una verdadera participación ciudadana.

## **BIBLIOGRAFÍA.**

- Constitución de 1998.
- Proyecto de Constitución del 2008.
- Artículos diario expreso de la autoría de Teresa Nuques.
- PÉREZ ROYO, JAVIER, Curso de Derecho Constitucional, novena edición, Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales S. A., año 2005

# FUNCIÓN JUDICIAL

Por Dr. Nicolás Castro Patiño

El claustro académico me invita a analizar el Proyecto de Constitución elaborado y aprobado en la Asamblea Constituyente de Montecristi, en la parte que se refiere a la Función Judicial, para construir un documento que sirva como herramienta de consulta y reflexión en el sufragio referendatario pendiente, para estudiantes, profesionales del derecho y ciudadanía en general.

En el Título IV **Participación y Organización del Poder, Capítulo Cuarto**, está el tema que concierne a nuestro análisis, que lo voy a referir, a la parte orgánica de la Función Judicial; y, en ella, a la Corte Nacional de Justicia y el Consejo de la Judicatura, dejando para otra oportunidad el análisis de la jurisdicción constitucional y otros temas que por la limitación de espacio, omito.

La Corte Suprema de Justicia, según el Art. 198 de la Constitución y otras normas, es el órgano máximo de la Función Judicial. Existe desde 1830, con el nombre de Alta Corte de Justicia. En 1835 adoptó el que actualmente ostenta. El Proyecto de Constitución la elimina y reemplaza por la Corte Nacional de Justicia, caricatura de la histórica.

Desde 1992 hay numerosas reformas constitucionales en todos los ámbitos de la institucionalidad del país. Sólo la Asamblea Constituyente que operó entre 1997 y 1998 reformó 156 artículos e introdujo 103 nuevas disposiciones, en la 5ª Codificación de la Constitución aprobada en referéndum el 15 de

Enero de 1978, que es la supuestamente vigente. En este ámbito, quien soportó las mayores modificaciones fue la Función Judicial, por lo que no hay que creer en una especie de *nomomagia* o magia de la ley fundamental, como vehículo para la transformación que *per se* no se da.

En esta perspectiva la virtud esencial de una propuesta de reforma constitucional para la Función Judicial debiera ser la de la prudencia, regla de oro que no cumplieron los asambleístas convocados en Montecristi que aprobaron la reforma judicial, propuesta que resulta regresiva e inconveniente para el país y no logrará en el ámbito judicial una sólida y eficaz institucionalidad.

La Constitución vigente consagra en su texto y a plenitud el principio de la independencia de la Función Judicial, así como la de todos quienes ejercen la potestad jurisdiccional, bien como jueces, bien como magistrados.

Tan verdad es lo dicho, que el poder político para cesar a la Corte Suprema elegida mediante un proceso innovador en Octubre de 1997, se vio precisado a violar groseramente la Constitución, porque ésta hace normativamente imposible a las otras funciones del Estado, a los partidos políticos, movimientos y organizaciones sociales y a los poderes de hecho, cesar, como tradicionalmente lo hicieron, a la Corte Suprema, para en su lugar poner a otra, en la que los elegidos tengan el beneplácito de la consigna política partidista, como ocurrió con la denominada "Pichi Corte", que careció de legitimidad de origen y de ejercicio.

En el Proyecto de Constitución, en cambio, se fractura con un inmenso horamen, precisamente, el principio de la

independencia de la Función Judicial y de quienes ejercen la potestad jurisdiccional: Se eleva a la categoría de órgano máximo de la Función Judicial al Consejo de la Judicatura, que según la consulta popular de Mayo de 1997, sólo debiera ser órgano administrativo y disciplinario, como lo es actualmente.

Los constituyentes debieron reparar en la circunstancia de que el Consejo de la Judicatura surgió en Francia después de la Segunda Guerra Mundial y se propagó en Europa, en la que predomina el sistema parlamentario, con el propósito de darle a la Función Judicial su autogobierno, que no lo tenía y dependía de las Funciones Ejecutiva y Legislativa; a diferencia de lo que aconteció en nuestro país, en el que desde el punto de vista normativo y constitucional, la Función Judicial tuvo siempre y desde 1830, su autogobierno, por lo que no cabía –ni cabe- calcar en este aspecto la institución nacida en Europa para hacerla desempeñar la misma función en nuestro medio, donde la realidad histórica es otra.

Así mismo, los constituyentes debieron haberse informado que el Consejo de la Judicatura desde que entró en funcionamiento a fines de Diciembre de 1998, ha sido un ente inoperante, burocrático y negligente en el cumplimiento de sus obligaciones, lo que ha coadyuvado al desprestigio de la Función Judicial; cuyo corazón está constituido por los jueces y magistrados que administran justicia, en y para cuyo auxilio existe el Consejo de la Judicatura, dándose incluso la circunstancia –al parecer ignorada- de que una de las funciones judiciales más prestigiosas de América, según encuestas, es la de Uruguay, en la que no existe Consejo de la Judicatura y la Corte Suprema es el órgano máximo.

La Función Judicial puede existir sin Consejo de la Judicatura, como la historia lo demuestra. Pero no puede existir sin jueces ni magistrados; tampoco, sin Corte Suprema de Justicia. De ahí que la línea de pensamiento en Montecristi debió ser la de analizar si se mantenía o no el Consejo de la Judicatura; y, si se lo mantenía, cuál debería ser su rol más adecuado. Resolvieron mantenerlo y lo potenciaron, a costa de la eliminación de la Corte Suprema, haciendo las cosas al revés.

En el Proyecto de Constitución, el Consejo de la Judicatura es el órgano de gobierno, administración, vigilancia y disciplina de la Función Judicial; estaría integrado por 9 vocales con sus respectivos suplentes, que durarían en el ejercicio de sus funciones 6 años, sin posibilidad de reelección, de entre los cuales 6 vocales serían profesionales en Derecho y 3, profesionales en las áreas de administración, economía, gestión y otras afines. En el Art. 181 se determinan sus funciones, entre ellas, en el numeral 3: "Dirigir los procesos de selección de jueces y demás servidores de la Función Judicial, así como su evaluación, ascensos y sanción"; mientras, en la parte final del Art. 183 se dispone:

*Las juezas y jueces de la Corte Nacional de Justicia **serán elegidos** por el Consejo de la Judicatura conforme a un procedimiento con concurso de oposición y méritos, impugnación y control social.*

Actualmente, el Consejo de la Judicatura, está integrado por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia o su delegado, quien lo presidirá y por 7 vocales, designados por el pleno de la Corte Suprema, con el voto, de por lo menos, las dos terceras partes de sus integrantes, que provienen de: **a)** Tres, designados directamente por el pleno de la Corte Suprema de

Justicia, de fuera de su seno; **b)** Uno, por los ministros de los Tribunales Distritales de lo contencioso administrativo y de lo fiscal; y, de las Cortes Superiores de Justicia; **c)** Uno, por la Federación Nacional de Asociaciones Judiciales del Ecuador; **d)** Uno, por los Decanos de las Facultades de Derecho, Jurisprudencia o Ciencias Jurídicas de las Universidades reconocidas por el CONESUP; y, **e)** Uno, por los Presidentes de los Colegios de Abogados del Ecuador legalmente reconocidos, para cuyas designaciones, salvo la de los vocales señalados en la letra a), participarán colegios nominadores, convocados y regulados por el Tribunal Supremo Electoral.

En el Proyecto de Constitución, se agrega un vocal más a los actualmente previstos. Hoy son ocho, y en el futuro serían nueve. El Consejo de la Judicatura tendría, como ahora, dos comisiones: la Administrativa-Financiera y la de Recursos Humanos, integradas por tres y cuatro vocales, en su orden y en la actualidad, pudiendo variar su conformación futura. La de Recursos Humanos absorbe y maneja todo el tema relativo a los servidores judiciales, pero no tiene la capacidad de nombrar a jueces y magistrados, como a *contrario sensu* lo contempla el Proyecto de Constitución.

La Comisión de Recursos Humanos, ejerce la potestad administrativa disciplinaria y sancionadora, que entraña la posibilidad de sancionar a todos los servidores judiciales, incluidos, jueces y magistrados, con excepción de los que integran la Corte Suprema, según la normativa jurídica vigente. Tiene, un enorme poder en relación al personal de la Función Judicial. En el Proyecto de Constitución, se le concede, adicionalmente, la potestad de sancionar con remoción o

destitución a los jueces de la Corte Suprema y la de designar a todos los servidores judiciales, incluidos los jueces supremos.

Toda la explicación anterior es para hacer notar el excesivo poder que se concentraría en el Consejo de la Judicatura, específicamente, en la Comisión de Recursos Humanos, según el Proyecto de Constitución, porque esta Comisión incidiría decisivamente en la vida, pasión y muerte de todo servidor judicial, sin excepción.

Más resulta que esta Comisión toma resoluciones por mayoría absoluta y está presidida por el vocal que designen entre ellos, el mismo que tendrá "voto decisorio", según lo previsto en el Art.15 de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Judicatura o lo que diga, en su momento, la nueva ley, si es que se expide.

Sin duda, un enorme poder dentro de la Función Judicial, sería el ejercido por la Comisión de Recursos Humanos del Consejo de la Judicatura, en el que por mayoría absoluta de entre cuatro o más miembros, con voto "decisorio", podría resolverse sobre la estabilidad de un servidor judicial, y también la de quienes ejercen la potestad jurisdiccional, de todos, sin excepción.

En la actualidad, la Comisión de Recursos Humanos del Consejo Nacional de la Judicatura, sólo organiza y administra los concursos de méritos y oposición, para calificar a los candidatos idóneos que serán nombrados por la Corte Suprema, Distritales y Superiores, de acuerdo con las normas legales que correspondan aplicar; pero no hace designaciones de quienes

ejercen potestad jurisdiccional, jueces y magistrados, como acontecería, según lo previsto en el Proyecto de Constitución.

Esta apreciación conceptual tiene increíbles repercusiones en la vida de la Función Judicial. Las otras funciones del Estado, los partidos políticos, movimientos y organizaciones sociales y poderes de hecho extraconstitucionales, con alguna facilidad podrían doblegar la independencia de cuatro o más vocales de la Comisión de Recursos Humanos, de algunos de ellos o de su Presidente, que tiene voto "decisorio", para designar como jueces a quienes aquéllos promuevan y/o eventualmente, para que se emitan resoluciones inspiradas desde afuera, que afecten en una u otra forma a la plantilla de jueces y servidores judiciales a nivel nacional, provincial o cantonal, según el interés que exista de por medio.

El nuevo sistema, abre el surco para horadar la independencia de la Función Judicial, con facilidad. En esto, hay una diferencia normativa con el actual, en el que es muy difícil o imposible imponer designaciones cuya fuente de nominación descansa en las Cortes, por el alto número de magistrados que en cada caso las integran, con personalidad disímil y plural, desde la perspectiva ideológica e incluso, política.

Tanto o más importante que las circunstancias anotadas resulta el tener muy en cuenta el texto de la parte final del Art. 179 del proyecto de Constitución que dice:

*El Consejo de la Judicatura rendirá su informe anual ante la Asamblea Nacional, que podrá **fiscalizar y juzgar a sus miembros.***

Esta norma está en íntima relación con el Art. 131 ibídem que le otorga a la Asamblea Nacional la atribución de proceder al enjuiciamiento político, a solicitud de al menos una cuarta parte de sus miembros y por incumplimiento de las funciones que les asignan la Constitución y la ley, entre otras altas autoridades del Estado, al Consejo de la Judicatura, durante el ejercicio de su cargo y hasta un año después de terminado, requiriéndose, para la censura y destitución el voto favorable de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea Nacional, que producida, determina la inmediata destitución de la autoridad.

Con la reforma constitucional que produjo la Asamblea Constituyente de 1997-98 concluyó la posibilidad de que el Congreso Nacional fiscalizara y, por ende, censurara y destituyera, a los órganos de la Función Judicial, concretamente, a los magistrados de la Corte Suprema y a los vocales del Consejo Nacional de la Judicatura, con logros positivos para preservar a la Función Judicial de las garras del poder político, que generalmente pretende instrumentalizarlo para la consecución de sus propios fines, a costa de la independencia de aquella función<sup>1</sup>.

Si la reflexión anterior fuese válida, habría que pensar que la potenciación del Consejo de la Judicatura hacia el futuro sería medio idóneo para arrodillar a la Función Judicial en su relación con otros poderes, con mayor razón aún, si tenemos presentes otras justificadas y válidas inquietudes.

---

<sup>1</sup> Desde 1998 no se produjo lo anotado e incluso la letra e) del Art. 8 de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Judicatura, por no guardar conformidad con la Constitución, fue tácitamente derogada y no se aplicó. Con el proyecto de Constitución, de aprobárselo, volveríamos al pasado, donde ocurrían estos hechos, con lamentables consecuencias.

La pregunta que adicionalmente cabe formularse resulta obvia: ¿Quién designa al Consejo de la Judicatura?.

La respuesta la da el Art. 208.12 del Proyecto de Constitución, en el que consta como atribución del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la de designar a los miembros del Consejo de la Judicatura, luego de agotar el proceso de selección correspondiente.

A su vez, el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, se integrará por siete consejeros principales y siete suplentes que serán seleccionados “de entre los postulantes que propongan las organizaciones sociales y la ciudadanía”, en un proceso que será organizado por el Consejo Nacional Electoral, que conducirá el concurso público de oposición y méritos con postulación, veeduría y derecho a impugnación ciudadana, como lo establece el Art. 207 del Proyecto de Constitución.

De la misma manera, el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, forma parte de la Función de Transparencia y Control Social que “promoverá e impulsará el control de las entidades y organismos del sector público, y de las personas naturales o jurídicas del sector privado que presten servicios o desarrollen actividades de interés público”; y que, además, estará integrada por la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General del Estado y las Superintendencias cuyos titulares son designados “de una terna que enviará la Presidenta o Presidente de la República”, como consta en la parte final del Art. 213 del Proyecto de Constitución.

De lo anterior se desprende que la Función de Transparencia y Control Social tendrá ingerencia y predominio

de la Función Ejecutiva, que aspira a hegemonía. Con mayor razón, si no está definido lo que debe entenderse por “organizaciones sociales y la ciudadanía”, a quienes correspondería postular a los consejeros que integrarían el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.

La Primera Disposición Transitoria se refiere a un “órgano legislativo” que en el plazo máximo de 180 días contados desde la entrada en vigencia de la Constitución, aprobará la Ley Reguladora de la Función Judicial, del Consejo de la Judicatura y la que regula el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social; y, así mismo, aprobará en el plazo máximo de 360 días, entre otras, la Ley que regula la participación ciudadana. Mientras, la Segunda Disposición Transitoria le concede al “órgano legislativo” el plazo de 30 días para designar el primer Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, provisionalmente, hasta que se promulgue la Ley del Consejo, cuyo proyecto lo preparará este Primer Consejo Provisional en 120 días para la consideración del “órgano legislativo”.

En el Art. 20 del Régimen de Transición, a su vez, consta que en un plazo no mayor de 180 días debe designarse a los integrantes del Consejo de la Judicatura. Y en el Art. 21 del mismo Régimen de Transición se dispone que “a los diez días de proclamados los resultados del referéndum aprobatorio terminan los períodos de los treinta y uno magistradas y magistrados de la Corte Suprema de Justicia”, de los cuales, por sorteo público, se escogerán veintiuno “juezas y jueces a quienes se les encarga las funciones y responsabilidades de la Corte Nacional de Justicia, hasta que se designe a los titulares, con aplicación de los procedimientos establecidos en la Constitución”.

Este "órgano legislativo" sería el **Congresillo**: clonación de la composición e integración de la Asamblea Constituyente, de labores realmente fenecidas, aunque aparezcan como suspendidas. Esto significa que sólo un sector y grupo político, manejará los hilos conductores que definirán de cara hacia el futuro la composición e integración de cortes, tribunales y juzgados, que como en el pasado histórico, se convertirán en botín para quienes hubieren triunfado en procesos electorales y ejerzan circunstancialmente un enorme poder político.

¿Habrá ganado la Función Judicial en independencia, según lo previsto en el Proyecto de Constitución que será sometido a referéndum?. ¿Habrá una institucionalidad más sólida?.

La respuesta queda para la conciencia individual de cada uno. La mía está traducida en el trabajo.

Por otro lado, la eliminación de la Corte Suprema y su reemplazo por la Corte Nacional de Justicia, es hecho inconveniente y antihistórico, que tiene como consecuencia el encumbramiento a órgano máximo del Consejo de la Judicatura, y lo que es tan o más grave, la reducción del número de jueces a 21 y la sustitución del sistema de cooptación, con grave perjuicio para el adecuado servicio público de justicia y la independencia de la Función Judicial, especialmente, en el ámbito de quienes tendrían el ejercicio de la potestad jurisdiccional, cuyas designaciones le correspondería hacer al Consejo de la Judicatura.

No hay que ser sabio para caer en cuenta de que uno de los mayores problemas que aquejan al servicio público de justicia, es la lentitud y morosidad en el despacho de causas, cuyo efecto

es el hacinamiento de procesos y, técnicamente, la denegación de justicia y vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, debido en buena parte, a la falta o insuficiencia de jueces, en hecho que, curiosamente, parece ser desconocido por los redactores del Proyecto de Constitución.

En la Corte Nacional de Justicia, por la reducción del número de jueces a 21, yacerían depositados miles de juicios sin resolverse, como ocurrió durante la época en que existió el recurso de tercera instancia, convirtiendo a aquella Corte, en una especie de gran Vachagnon nacional, en la que estarán arrumados los procesos judiciales como en un gran basurero judicial nacional.

Los juristas que no conocen la realidad de la Función Judicial, a lo mejor, podrían justificar el hecho, en la creencia de que con un menor número de jueces habría en la Corte Nacional de Justicia sólo una Sala Especializada por materia, lo que redundaría en beneficio de la unificación de la jurisprudencia, que es uno de los propósitos que persigue el instituto de la casación.

Yo soy partidario de mantener el número de jueces en lo que sería la Corte Nacional de Justicia, no sólo porque jamás he sido un abogado de escritorio y conozco de cerca la complejidad del problema de la gestión judicial, sino, esencialmente, porque mi paso por más de siete años en la más alta magistratura de la justicia ordinaria, me confirmó en la creencia de que ese número de jueces debiera mantenerse, dada nuestra realidad e idiosincrasia, diferente y contradictoria con la de otros países, cuyos modelos, a veces, se quieren imitar y aplicar en nuestro

medio, sin la suficiente meditación; es decir, sin beneficio de inventario, copiando.

Para mantener la unidad de la jurisprudencia el remedio está previsto en la Constitución vigente y en la Ley Orgánica de la Función Judicial y lo que hay que hacer es, simplemente, una reforma legal que obligue a la Corte Suprema o a lo que sería la Corte Nacional a ejercitar oportunamente sus atribuciones de dictar la *norma dirimente* en casos de fallos contradictorios, bajo la amenaza de severas, severísimas sanciones, que frente al incumplimiento debieran aplicarse, inexorablemente. Esta sería la fórmula, para el evento de que haya más de una Sala Especializada por materia, como es ahora, en el propósito de que la institución de la casación cumpla, además, con la defensa del derecho objetivo a la que Calamandrei llama función *nomofiláctica* y también la que Hitters menciona como función *dikelógica*, esto es, hacer la justicia del caso concreto.

Mejor aún, si manteniendo el número de magistrados que actualmente tiene, se establece una sola Sala Especializada por materia, con distinto número de integrantes cada una, según la demanda de trabajo, especificándose otra forma de articular el trabajo de tales Salas, pero sin capitular ante la necesidad de una ágil y eficiente administración de justicia, como consta, por ejemplo, en el Proyecto de Nueva Ley Orgánica de la Función Judicial, que la Corte Suprema de 1997 a la que me honré en pertenecer, presentó al Congreso Nacional, sin que hasta la fecha este instrumento haya sido procesado, peor, aprobado. Para adoptar la fórmula sugerida en este párrafo, basta una reforma legal, sin necesidad de tocar la Constitución.

En cuanto a la eliminación del sistema de cooptación habría que considerar el hecho de que en la consulta popular del 25 de Mayo de 1997 se le preguntó al pueblo soberano: *¿Considera Usted necesario modernizar la Función Judicial; reformar el sistema de designación de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, para que su origen sea la propia Función Judicial; nombramientos sin sujeción a períodos fijos que observen los criterios de profesionalización y de carrera judicial que establezca la ley?*; y que la respuesta del constituyente primario fue a favor del *SI* con un 60.73% de los sufragios, equivalentes a 1'651.162 votos; mientras la opción negativa sólo obtuvo el 39.37% de los mismos, equivalentes a 1'067,724 votos, como aparece en la proclamación oficial de los resultados.<sup>2</sup>

Fue esta decisión vinculante del pueblo la que permitió al Congreso Nacional incluir por primera vez en nuestra historia republicana el *sistema de cooptación*, mediante la reforma constitucional cuyo texto está reflejado en el Art. 202 de la Constitución vigente<sup>3</sup>.

El sistema se ha ido perfeccionando y ha dado óptimos resultados. No existen realmente razones de peso para matar el sistema, a no ser, el objetivo o consigna política que suele acompañar a quienes acceden al poder, en su afán de acapararlo todo y supeditar las otras funciones del Estado a sus designios.

En el Proyecto de Nueva Constitución ya no habrá cooptación. El Consejo de la Judicatura será el que nombre. Y ya he explicado cómo se integrará ese Consejo, sin que me resigne a aceptar como argumento para decir lo contrario, que

---

<sup>2</sup> R.O. N° 80 del 5 -VI-2007.

<sup>3</sup> R.O. N° 120 del 31 -VII-2007.

habrá un proceso público con participación ciudadana, veeduría e impugnación, porque esto no es nuevo, ya lo conocemos, y no garantiza independencia cuando, previamente, el órgano nominador, está infiltrado hasta la médula.

En los Estados Unidos de América los jueces y los magistrados de la Corte Suprema gozan de *inamovilidad* en el ejercicio de sus cargos mientras observen buena conducta, como consta en el Art. III de su Constitución:

*Los jueces, tanto de la Suprema Corte como de los tribunales inferiores conservarán sus cargos mientras observen buena conducta y recibirán en épocas determinadas por sus servicios, una remuneración que no será disminuida mientras continúen en sus cargos.*

Las garantías de *inamovilidad* en el cargo e *irreductibilidad* de la remuneración, están atropelladas en nuestro medio y, probablemente, desaparecerán; y, con ellas, la independencia de la Función Judicial, que ha sido la clave para el poder y prestigio de que ésta goza en los Estados Unidos.

La eliminación de la *inamovilidad* trae como consecuencia el establecimiento de períodos en el ejercicio del cargo de magistrado o juez en la Corte Suprema o Corte Nacional, respectivamente, según el nombre propuesto en el proyecto, tanto para quien lo integra, cuanto para el órgano.

Volveríamos hacia atrás. El Proyecto de Constitución es regresivo y retorna al pasado, porque el sistema de períodos fijos y renovación parcial propuesto, es el que siempre existió en el país. Para recordar el más reciente, basta con acudir al Art.

129 de la Cuarta Codificación de la Constitución Política<sup>4</sup> en el que se establece para el magistrado de Corte Suprema, seis años y renovación parcial cada dos años, en una tercera parte, sistema similar al referido en el proyecto.

Sobre el tema la Suprema Corte de los Estados Unidos dijo:

*Es por completo evidente que el que conserva su cargo solamente por el tiempo que quiera otro no es digno de confianza para conservar una actitud de independencia contra la voluntad de ese otro.*

Lo lamentable del proceso constituyente ecuatoriano, finalmente, es que no se debatió suficientemente, en general, el proyecto de Constitución; y, menos aún, en particular, la parte orgánica, las disposiciones transitorias y el régimen de transición, insertados a última hora, al apuro y de manera controvertida y extraña, que desdican de su legitimidad, incluyendo en esta valoración crítica aspectos que están íntimamente vinculados con la Función Judicial.

Esta circunstancia me hace temer que como lo dice Bernard Chantebout en su libro "Derecho Constitucional y Ciencia Política":

*El pueblo será simplemente llamado a pronunciarse por la vía del referéndum –por el sí o por el nó- sobre un proyecto elaborado por los detentadores del poder: es así que procedieron los Bonaparte en el año VIII y en 1852 y como fueron adoptadas la mayoría de*

---

<sup>4</sup> R.O. N° 2 de 13-II-97

*Constituciones establecidas en los regímenes autoritarios vestidos con traje democrático<sup>5</sup>.*

Guayaquil, 29 de Agosto de 2008

---

<sup>5</sup> Así es el texto según lo testimonia en la traducción que ha hecho del francés al español, Paúl Velasco Ruiz, en su columna MASCARÓN DE PROA, artículo *Constitución y Función Judicial*, *Expreso*, 31 de Agosto de 2008, pag. 4.

## FUNCION ELECTORAL

Por Dr. Modesto Apolo Terán

El Capítulo Sexto del Proyecto de Nueva Constitución contempla la denominada Función Electoral, sin definir la misma. ¿Qué debemos entender por Función Electoral? Función es la actividad propia atinente a un cargo, en tal sentido, debemos entender por Función Electoral a la actividad a ser desempeñada por los miembros del Consejo Nacional Electoral, así como del Tribunal Contencioso Electoral.

**El primer inciso del Art. 217** del Proyecto de Nueva Constitución establece que la finalidad principal de la Función Electoral es garantizar el ejercicio de los derechos políticos que se expresan a través de sufragio, así como los referentes a la organización política de la ciudadanía.

Este primer inciso del artículo antes referido, no manifiesta a quién se garantiza el ejercicio de los derechos políticos y no determina qué debemos entender por referentes a la organización política de la ciudadanía; confundiendo los términos ciudadanía con Estado; más aún, cuando el inciso segundo del antes referido artículo establece que la Función electoral estará conformada por el Consejo Nacional Electoral y el Tribunal Contencioso Electoral, organismos éstos, que están dotados de jurisdicción nacional, autonomías administrativa, financiera y organizativa y personalidad jurídica, rigiéndose por principios de autonomía, independencia, publicidad, transparencia, equidad, interculturalidad, paridad de género, celeridad y probidad, sin determinar si la paridad de género se refiere, considerando el significado dado por las ciencias humanas, esto es, centrado en los roles sexuales, hombre o mujer, o también atento a la equidad de género a aquellas personas que pertenecen a los denominados grupos GLBT, (gays, lesbianas y travestis); más aún no se determina el porcentaje de representatividad, agravándose el hecho, si consideramos a las denominadas tribus ancestrales que

corresponderían a la interculturalidad, consideradas en el artículo objeto del análisis.

Además, cabe resaltar, que las funciones del Tribunal Contencioso Electoral corresponden, realmente, a la competencia de la Función Judicial, por lo que existe una intromisión frente a ésta última.

**El Artículo 218** del Proyecto Constitucional al referirse al Consejo Nacional Electoral y su integración, manifiesta que está integrado por 5 consejeros o consejeras principales, lo cual, estaría en contraposición con la paridad de género en el sentido en que se pretende interpretar, esto es, que haya igualdad de proporcionalidad entre hombres y mujeres, en la integración de dicho organismo.

**El Artículo 219, en su primer inciso**, revela que a posteriori a la aprobación, de darse el caso de la aceptación mayoritaria en las urnas en el Referendo del 28 de septiembre del presente año, del Proyecto Constitucional, se procederá a elaborar una nueva Ley Electoral, lo cual se colige por el tiempo gramatical utilizado por los Asambleístas, cuando manifiestan: “El Consejo Nacional Electoral tendrá, **además de las funciones que determine la Ley, las siguientes: ...**”. Si el Asambleístas hubiera querido referirse a la actual Ley de elecciones, hubiera manifestado: “**...además de las funciones que determina la Ley ...**”, lo cual resulta peligroso toda vez que podría elaborarse una Ley de Elecciones hecha a medida, de manera tal, que se vea entorpecida o nulitada la participación de tendencias políticas distintas a las del gobierno de turno.

El numeral 12 del artículo en mención, manifiesta como funciones del Consejo Nacional Electoral el “organizar y elaborar el Registro Electoral del País y en el Exterior, en coordinación con el Registro Civil”. Este numeral es realmente inquietante porque conocidas las falencias existentes dentro del Registro Civil ecuatoriano, las cuales han servido en muchas ocasiones para denunciar el cometimiento de fraudes dentro de los procesos electorales, riesgo que se agrava con el voto otorgado a los ecuatorianos residentes en el extranjero, pues no existe la

determinación de que para ese caso, el padrón electoral deberá ser elaborado por las Embajadas del Ecuador y sus Consulados en el extranjero, lo cual vuelve por demás peligroso, el no contar con un número determinado de votantes, referente indispensable para establecer mayorías dentro del sufragio electoral.

Para el caso del **Artículo 221** referente al Tribunal Contencioso Electoral, resulta válido el comentario realizado en líneas anteriores, esto es, que a posteriori a la aprobación, de darse el caso de la aceptación mayoritaria en las urnas en el Referendo del 28 de septiembre del presente año, del Proyecto Constitucional, se procederá a elaborar una Ley a futuro, lo cual se colige una vez más por el tiempo gramatical utilizado por los Asambleístas, cuando manifiestan: “El Tribunal Contencioso Electoral tendrá, **además de las funciones que determine la Ley, las siguientes: ...**”. Si el Asambleístas hubiera querido referirse a la actual Ley de elecciones, hubiera manifestado: “**...además de las funciones que determina la Ley ...**”, lo cual resulta peligroso toda vez que podría elaborarse una Ley de elecciones hecha a medida, de manera tal que se vea entorpecida o nulitada la participación de tendencias políticas distintas a las del gobierno de turno.

**El Artículo 222** del Proyecto de Constitución, objeto del presente análisis, si bien es cierto que establece que los “Miembros integrantes del Consejo Nacional Electoral y del Tribunal Contencioso Electoral, pueden ser sujetos de enjuiciamiento político por el incumplimiento de sus funciones y responsabilidades, sin embargo de lo cual remite a la Constitución y a la Ley sin manifestar de qué Ley se trata, por lo que, si consideramos el evento antes referido, esto es, que se cree a futuro una nueva Ley que establezca las responsabilidades, ésta podría también ser elaborada, dado el caso, a medida de las necesidades del gobernante de turno, lo cual pone en grave peligro el sentido mismo de la democracia, regido por el principio de pesos y contrapesos en el ejercicio del poder, lo cual se confirma cuando en la parte final establece “La Función Legislativa no podrá designar a los reemplazos de las personas destituidas”.

El **Artículo 24** del Proyecto de Constitución establece de qué manera se nombrarán los miembros de Consejo Nacional Electoral y del Tribunal Contencioso Electoral, siendo ésta, que “serán designados por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social”.

Este organismo es de suprema importancia pues se convierte en una herramienta de concentración de poder ya que designa a las primeras autoridades de la Procuraduría, Superintendencia, sea ésta de Bancos o de Compañías, Defensoría del Pueblo, Defensoría Pública, Fiscalía General, Contraloría General, Consejo Nacional Electoral, Tribunal Contencioso Electoral y Consejo de la Judicatura, conforme se desprende del contenido del Artículo 208 del Proyecto de Constitución. Este organismo en su proceso inicial de creación atenta contra la teoría de los pesos y contrapesos del poder político, pues al designar a sus integrantes de entre los postulantes que propongan las organizaciones sociales, éstas en el presente caso y ante la actual realidad política nacional, responden al ejecutivo, más aún se agrava la situación cuando la selección sería organizada por el Consejo Nacional Electoral, electo por las mismas organizaciones sociales que como en el caso actual podrían deberse al ejecutivo.

Esta concentración de poder rompe el equilibrio de los poderes, equilibrio que nace en la Ley, que por tanto debería corresponder al Poder Legislativo, para de esta manera precautelar los derechos de los ciudadanos, limitando y controlando el poder del Ejecutivo.

El actual Proyecto Constitucional por el contrario, dota al Ejecutivo de todas las herramientas de los organismos de control entre los cuales está el electoral, pudiendo llegar a exageraciones y abusos sobre los ciudadanos a través de los mismos, toda vez que se ha restado la capacidad de control a los otros poderes como es el caso del Legislativo-Judicial, lo cual, bajo la doctrina constitucional, es una aberración o atentado contra los principios democráticos, fundamentados en los principios de pesos y contrapesos del poder, aplicados desde la época de la Revolución Francesa con Juan Jacobo Rousseau.

M. Gerardo Apolo Terán

# LA ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DEL ESTADO

Por Dr. Medardo Mora Solórzano

Cualquier análisis que nos permita concluir de una manera acertada sobre el fundamental aspecto relacionado con la organización territorial del Estado Ecuatoriano, debe partir de tres premisas que son las que sirven de sustento a las conclusiones que se puedan establecer al respecto.

1. Cualquier Estado puede adoptar como régimen de organización territorial en el orden político-administrativo, uno de los dos sistemas existentes: a) el ejercicio centralizado y concentrado del poder en virtud del cual la adopción de políticas de Estado en todos los ámbitos, así como la administración de recursos económicos del Estado, son dirigidos centralizadamente y en consecuencia la toma de decisiones para la implementación de políticas, ejecución de obras públicas y prestación de servicios públicos, son decididos desde el centro del poder por quienes detentan el poder, que puede ser gobernado por un Presidente de la República que es a su vez Jefe de Estado y Jefe de Gobierno, como es el caso de Ecuador que tiene un régimen presidencial, o pudiera también ser dirigido de manera compartida y corresponsablemente por los Poderes Ejecutivo a través del Jefe de Estado y por el Poder Legislativo a través del Jefe de Gobierno (caso Primer Ministro como sucede en Inglaterra), b) el otro sistema es el de un gobierno ejercido desconcentrada y descentralizadamente, de tal manera que la toma de decisiones de los asuntos que interesan al Estado son ejercidos tanto por los dignatarios del gobierno central como de los gobiernos de las unidades territoriales en las que se organice territorialmente el Estado,

ese es el caso del régimen de los Estados Federales, (caso Alemania Federal)

2. No puede prescindirse del contexto histórico vivido por el Estado y en ese sentido el Ecuador tuvo una primera división política administrativa cuando todavía era parte de la Gran Colombia, en que el Congreso de Angostura en 1824 dividió al país en 8 unidades territoriales que es conveniente recordarlas, fueron las provincias de Imbabura, Pichincha, Chimborazo, Azuay, Loja, Manabí, Guayas y la Región Insular o Galápagos, debiendo hacer notar que las provincias orientales o amazónicas formaron parte de las distintas provincias del Centro y Norte de la Sierra y del Austro. Al crearse el Ecuador como Estado independiente en 1830, la primera Asamblea Constituyente que tuvo el país, a sugerencia del Libertador Simón Bolívar, dividió el país en tres Departamentos: Norte o Sierra que comprendía las provincias de Imbabura, Pichincha y Chimborazo, el Austro que comprendía Azuay y Loja, y el de la Costa que comprendía las provincias de Guayas, Manabí y Galápagos, división en Departamentos que fue efímera, pues la Asamblea Constituyente de 1835 adoptó la división territorial en 8 provincias que hizo el Congreso de Angostura en 1824, división que se mantuvo hasta la vigencia de Revolución Liberal que comandó el General Eloy Alfaro;
  
3. La actual Constitución Política de 1998 introdujo importantes avances en materia de descentralización administrativa como lo observaremos más adelante, pero esa descentralización administrativa se quedó corta frente a las pretensiones de provincias del país que reclamaban y reclaman una mayor descentralización política, aquello explica las Consultas Populares del año 2000 efectuadas en las provincias de Guayas, Los Ríos, Manabí, El Oro y Sucumbíos, que demandaron se adopte en el país un régimen de

autonomías provinciales, tomando como ejemplo el modelo vigente en España desde 1978, modelo que en el fondo es una variante del régimen de Estados Federales.

#### LA PROPUESTA DEL NUEVO PROYECTO DE CONSTITUCIÓN SOBRE UN RÉGIMEN DE AUTONOMÍAS.-

La propuesta en el nuevo texto constitucional tiene como eje central de la misma, la futura creación de Regiones con alguna autonomía, a partir de la unión de dos o más provincias colindantes siempre que tengan al menos el 5% de la población nacional y 20.000 Km<sup>2</sup> de extensión territorial, condición de difícil aplicabilidad en la práctica, pues si bien es verdad el texto faculta que sean los respectivos Consejos Provinciales de las provincias que eventualmente puedan unirse para formar una Región, los que tomen la decisión, aquello resulta de muy difícil viabilidad si se considera que la (s) provincia (s) con un menor número de habitantes no querrán asociarse a una de un mayor número de habitantes, sabiendo que el Gobernador de la Región será elegido por lógica quien pertenezca a la provincia con mayor número de habitantes, igualmente el Consejo Regional tendrá una mayoría de Consejeros de la provincia más poblada, lo que en la práctica significa que las provincias de menor población preferirán mantenerse como provincias con su propio organismo de gobierno provincial antes que anexarse a otro gobierno de una provincia colindante más poblada, el conocido axioma "es preferible ser cabeza de ratón que cola de león" tendría un lógico asidero en esta propuesta del proyecto de Constitución, lo cual conspira contra la formación de Regiones autónomas en el Ecuador, que en el fondo tendrá un bloqueo o al menos un obstáculo de difícil superación, que podría en el mejor de los casos tener respuestas aisladas en unas pocas provincias, pero que difícilmente tendrá un interés en el ámbito nacional, lo cual es distante

del verdadero objetivo de un régimen de autonomías cuyo principal propósito es reconocer la diversidad étnica, cultural, geográfica, climática, y facilitar unificar el país construyendo una pirámide social sólida desde la base de la sociedad, para posibilitar un desarrollo armónico, equilibrado y justo, de todo el territorio y conglomerados de habitantes de los diferentes sectores del país, lo cual en definitiva favorece la unidad nacional y la estabilidad de la democracia, al acercar el poder al ciudadano y que este se sienta actor y participe en la consecución de su bienestar comunitario.

## COMPETENCIAS Y RECURSOS

Hay dos factores que son determinantes en cualquier proceso descentralizador o desconcentrador del poder, el uno, es el de las competencias, y el otro, es el de los recursos económicos que se asigne a los gobiernos seccionales o autónomos.

En lo relacionado con competencias es indiscutible que el proyecto de Nueva Constitución, le asigna al gobierno central competencias exclusivas y concurrentes mucho más amplias que las que constan de la actual Constitución, en cuyo Art. 226 más bien se establecen excepciones de competencias no descentralizables y las establece taxativamente: defensa y seguridad nacionales, dirección de la política exterior y de la política internacionales, la política económica y tributaria del Estado, la gestión de endeudamiento exterior y aquellos que la Constitución y Convenios internacionales expresamente excluyan, incluso se establece que la descentralización será obligatoria cuando un organismo seccional lo solicite y tenga capacidad operativa para ello, es lo que algunos han denominado "Autonomía a la carta", que se afirma beneficia a los Municipios de mayor capacidad económica y mayor tamaño, en síntesis el modelo propuesto le reserva

al gobierno central la mayor cantidad de competencias posibles y bloquea la posibilidad de que los organismos seccionales asuman autónomamente mayores competencias, salvo aquellas que decidiendo asumirlas lo puedan hacer de manera concurrente con el gobierno central, por ello en lo que respecta a los gobiernos municipales, lo único que se estaría aumentando como competencia adicional específica, es lo relacionado con la descentralización de los servicios contra incendios, esto es los Cuerpos de Bomberos, y todo lo relacionado con uso de playas, ríos, lagos y lagunas, adicionalmente se le da facultades para de manera concurrente administrar con el gobierno central el sistema público del Registro de la Propiedad. En el caso de los gobiernos provinciales se precisa mejor su actual competencia en lo relacionado con la vialidad y tanto en los gobiernos municipales y provinciales se les confiere facultades expresas para gestionar cooperación internacional.

En lo que tiene relación con recursos económicos y/o asignaciones presupuestarias, se mantiene la actual disposición constitucional de transferencia de competencias conjuntamente con la transferencia de recursos, pero no existe incremento alguno en materia de asignaciones presupuestarias al mantenerse el 15% del Presupuesto del Gobierno Central y se deja discrecionalmente la posibilidad de distribuir un 5% adicional de ingresos NO PERMANENTES, lo cual es poco claro e implica una posibilidad incierta, de tal manera que en conclusión tanto en materia de competencias como en asignación de recursos presupuestarios no existen disposiciones que fortalezcan a los gobiernos seccionales y todo quedará sujeto a la Ley que establecerá un sistema nacional de competencias que de manera general y poco precisa el proyecto de Constitución establece que definiría políticas y mecanismos para compensar desequilibrios territoriales en el proceso de desarrollo (Art.240 del Proyecto). Adicionalmente se le resta a los organismos

seccionales la posibilidad de realizar Consultas Populares sobre organización política- administrativa, es decir la única vía para proponer una mayor autonomía de una provincia es la establecida en la Constitución, salvo que se escoja la vía de una reforma constitucional lo cual no es de fácil trámite.

No deja de ser extraño que no se haga referencia en el proyecto de Constitución de las rentas que actualmente reciben los organismos seccionales a través de leyes especiales como las que creó el Fondo de Desarrollo Seccional y la que establece rentas especiales para las capitales de provincias, lo cual sí está estipulado en la actual Constitución en el Art. 232 numeral 3. Tampoco se deja muy claro el derecho de las municipalidades de tener ingresos por cobro de tributos sobre predios urbanos o rústicos, aunque eso podría entenderse que está ya dispuesto por la Ley.

Adicionalmente en materia de competencias se crea un organismo técnico conformado por un representante de cada nivel de gobierno que regulará el procedimiento y plazo máximo de transferencia de competencias exclusivas, las competencias concurrentes y las competencias futuras que se transfieran y asuman los gobiernos seccionales, así como para resolver cualquier conflicto de competencias que se produzca entre los distintos niveles de gobierno (Art. 262 del proyecto).

#### DISTRITOS METROPOLITANOS.-

En lo que el proyecto de Constitución es generoso es en jerarquizar a los distritos metropolitanos que en definitiva serían Quito y Guayaquil que reúnen el requisito de contar con el 7% de la población nacional, los cuales tendrían competencias similares a las que corresponden a los

organismos municipales como a los órganos regionales, disponiéndose además que deberán establecer regímenes descentralizados y desconcentrados de la jurisdicción que les pertenece.

#### DE LAS JUNTAS PARROQUIALES.-

En lo que también el proyecto de nueva Constitución contempla un importante avance es en el conjunto de atribuciones que se les confiere a las Juntas Parroquiales Rurales, lo cual las consolida como un nivel de gobierno autónomo y sin duda le otorga capacidades no sólo para tener un control sobre todo lo que signifique desarrollo del territorio de la parroquia, sino el de inclusive planificar, construir y mantener la infraestructura física, los equipos y espacios físicos de la parroquia, así como contar con un presupuesto anual, lo que las convierte en organismos de gestión con facultades decisorias, por ello están facultadas para dictar acuerdos y resoluciones que convierten a las Juntas Parroquiales en verdaderos organismos de gobierno de sus respectivas circunscripciones territoriales. Adicionalmente se da vida en la organización social a comunas y recintos lo cual es expresión de democracia participativa

También se les da a las Juntas Parroquiales la posibilidad de integrar los Concejos Cantonales y Consejos Provinciales e incluso se establece una proporcionalidad en la integración de los Concejos Cantonales entre los habitantes en la zona urbana y la zona rural, obviamente ese criterio de representación de las Juntas Parroquiales deberá constar en la Ley Orgánica o en el Estatuto que deban expedirse en la eventual conformación de una región autónoma.

## POSIBILIDADES DE INTERVENCIÓN DE LOS ORGANISMOS SECCIONALES.-

Tampoco puede dejarse de destacar que de acuerdo al Art. 268 del proyecto de Constitución, se establece que en casos de excepción pueden producirse intervenciones en los gobiernos autónomos, cuando exista omisión o deficiente ejercicio de una competencia, y si bien la intervención sería sólo en la competencia indebidamente atendida no deja de ser un mecanismo que puede crear fricciones o incertidumbres en la gestión de un gobierno seccional

## CONFORMACIÓN DE LOS GOBIERNOS PROVINCIALES.-

También se establece una nueva conformación de los gobiernos provinciales que elimina el actual sistema de elección de consejeros provinciales y se lo integra con Alcaldes o Concejales representantes de los cantones y por representantes elegidos entre quienes presiden las Juntas Parroquiales como se lo señala anteriormente. Lo deseable hubiese sido crear circunscripciones territoriales para darles representatividad a los Consejeros

## SUPRESIÓN GOBERNADORES.-

Si bien es verdad el actual Art. 227 de la Constitución vigente establece que en cada provincia habrá un Gobernador que como representante del Presidente de la República coordine y controle las políticas del gobierno nacional y dirija las actividades de funcionarios de la Función

Ejecutiva en cada provincia, este cargo que es suprimido en el nuevo texto constitucional, sin embargo no queda definido claramente la supresión del régimen seccional dependiente que es requisito primordial en la instauración de un régimen de autonomías y de una real desconcentración del poder político.

#### MANCOMUNIDADES Y CIRCUNSCRIPCIONES TERRITORIALES ESPECIALES.-

Se mantiene la posibilidad que dos o más regiones, provincias, cantones y parroquias rurales puedan formar mancomunidades como lo establece el Art. 229 de la actual Constitución y que lo recoge el Art. 224 del proyecto, igual situación sucede con los regímenes especiales o circunscripciones territoriales, aunque el Art. 258 del proyecto amplía la posibilidad de conformar circunscripciones territoriales indígenas, afroecuatorianas, ancestrales o pluriculturales. Igualmente se mantiene sin mayor variación el régimen especial de la provincia de Galápagos y se precautela la biodiversidad del ecosistema amazónico como lo concibe la Constitución vigente.

#### CONCLUSIÓN.-

De todo lo expuesto tenemos forzosamente que concluir que el proyecto de nueva Constitución no facilita la conformación de regímenes autonómicos y más bien frenaría el proceso que ha venido creciendo desde que se produjeron las Consultas Populares entre los años 1999 y 2000, por lo que habría que admitir que lo que se persigue es mantener una descentralización en el orden administrativo con algunos matices que difieren de la Constitución de 1998, pero tampoco se puede sostener que profundiza esa descentralización administrativa,

pues el único rasgo de una descentralización política sería que al constituirse una Región los habitantes de la misma elijan popularmente a su gobernador.

#### PROPUESTA DE LA COMISIÓN DE JURISTAS DEL CONESUP.-

De manera muy breve no se puede dejar de señalar que la propuesta de la Comisión de Juristas del CONESUP si establecía un camino definido hacia la instauración de un régimen de autonomías en el país, así se lo define en el Art. 1 en cuyo numeral 2 se estipula que “El Ecuador se gobierna descentralizadamente mediante un régimen de autonomías, para integrar armónica, solidaria y equitativamente el territorio nacional” y se disponía imperativamente que los funcionarios del gobierno central en cantones y provincias deberían tener iguales facultades que la autoridad nacional para decidir en los cantones y provincias cualquier petición que le presentara un ciudadano (a), establecía un Comité de coordinación paritario entre representantes del gobierno central, provincial o regional, que coordinaría acciones entre autoridades del gobierno central con autoridades provinciales o regionales, aquello lo recoge el Art. 273 del proyecto pero limitado a establecer controles de costos directos e indirectos de las competencias descentralizables. El proyecto recoge lo relacionado con la supresión de la figura del Gobernador, aunque en la propuesta de la Comisión del CONESUP lo que se elimina claramente es el régimen seccional dependiente.

La propuesta de la Comisión del CONESUP disponía el funcionamiento de un Gabinete territorial presidido por el Presidente de la República e integrado por los Prefectos Provinciales o Gobernadores Regionales según el caso, gabinete que se lo reduce en el proyecto de nueva Constitución a un gabinete de consulta pero sólo para los gobiernos

regionales y distritos metropolitanos. Se viabilizaba la conformación de regiones autónomas estableciendo que podría adoptarla una provincia con más de 1'000.000 de habitantes o dos o más provincias, sin exigir en este caso el número de habitantes, se le otorgaba incluso facultades legislativas más amplias a los gobiernos regionales, igualmente se les otorgaba facultades a las Juntas Parroquiales Rurales, lo cual si lo recoge el proyecto de nueva Constitución. Especialmente se incrementaban los recursos de los gobiernos seccionales al 25% de los ingresos totales del Presupuesto del Estado y no solo el 15% del Presupuesto del Gobierno Central como ya lo establece la actual Constitución. En síntesis la propuesta de la Comisión de Juristas del CONESUP definía con claros objetivos mayores facultades de los organismos seccionales, asumiendo competencias en servicios básicos incluyendo salud y educación, y de manera expresa, se incorporaban las actuales funciones de los organismos de desarrollo regional a la dependencia de los Consejos Provinciales o Regionales, situación que omite el proyecto de nueva Constitución.

Nota: Los números de articulado del proyecto corresponden al primer texto que estuvo disponible en internet después de ser aprobado por la Asamblea Constituyente, por lo que pudiera existir algún cambio en el número de artículo con el que después se entregó al Tribunal Supremo Electoral.

---

# LA IMPORTANCIA DEL EMPRENDIMIENTO EN EL DESARROLLO DE LAS ECONOMÍAS

---

En los últimos veinte años, el concepto de emprendimiento ha llamado la atención de las economías mundiales como un factor imprescindible para impulsar el progreso económico de los países. En décadas anteriores los estudios se centraban en el análisis de la productividad, ventajas competitivas y comparativas, administración de empresas, planificación estratégica, evolución de grandes empresas, entre otros aspectos.

Es lamentable que en el Proyecto de Constitución que elaboró la Asamblea Nacional Constituyente no se haya incluido en el Régimen de Desarrollo, el fomento de la cultura emprendedora como mecanismo para gestar y desarrollar negocios, actividad económica que le permitirá a la población (principalmente jóvenes) generar producción, ingreso y puestos de trabajo, y esto se traduce en la reducción de los niveles de pobreza.

Por ejemplo en la legislación de Colombia, se promulgó la “Ley de Fomento a la Cultura del Emprendimiento” (LEY 1014 DE 2006, Diario Oficial No. 46.164 de 27 de enero de 2006. Uno de los objetivos principales de la ley es el de “Promover el espíritu emprendedor en todos los estamentos educativos del país”. (Ver cuadro: *Ley de Emprendimiento de Colombia*).

## **Estudio Global del Emprendimiento**

En la economía moderna, la fuente central de generación de riqueza es la creación de empresas. Los países donde se crean más y mejores empresas tienen un ingreso per cápita<sup>1</sup> superior a aquéllos donde se crean menos. El grado de desarrollo económico de un país está ligado a la calidad de las empresas creadas.

Según la UNCTAD, los países menos adelantados (PMA) son un grupo de 50 economías dado su bajo Producto Interno Bruto (PIB) per cápita, la falta de recursos humanos y su elevado grado de vulnerabilidad económica. La UNCTAD sostiene que la clave para lograr un crecimiento económico sostenido y para reducir sustancialmente la pobreza en los PMA es el fomento de su capacidad productiva y la consiguiente creación de empleo. Además, se centra en la acumulación de conocimientos, el aprendizaje tecnológico y la innovación que permitan fomentar la capacidad productiva.<sup>2</sup>

---

1 Para fines operativos y analíticos, el criterio principal que aplica el Banco Mundial en la clasificación de las economías es el ingreso nacional bruto (INB) per cápita. En anteriores ediciones, este término se denominaba producto nacional bruto, o PNB. En base a su INB per cápita, cada economía se clasifica como de ingreso bajo, ingreso mediano (que se subdivide en mediano bajo y mediano alto) o ingreso alto, aunque también se utilizan otros grupos analíticos que se basan en regiones geográficas.

Grupo de ingresos: Las economías se dividen de acuerdo con el INB per cápita de 2005, el que se calcula usando el método Atlas **i** del Banco Mundial. Los grupos son: ingresos bajos, US\$905 o menos; ingresos medianos bajos, US\$906-US\$3.595; ingresos medianos altos, US\$3.596-US\$11.115; e ingresos altos, US\$11.116 o más.

[http://www.bancomundial.org/datos/clasificacion\\_paises.html](http://www.bancomundial.org/datos/clasificacion_paises.html)

2 En la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), efectuada el 21 de julio del 2007, se exhortó a los gobiernos de las naciones más pobres del mundo a centrarse en tecnología, ciencia e innovación como forma de impulsar el crecimiento económico, para que escapen de su dependencia de las materias primas y la manufactura de bajo costo. Las naciones menos desarrolladas destinan 0.3% del PIB a

Antes no era fácil demostrarlo la creación de empresas, debido a la falta de información. Con el Global Entrepreneurship Monitor (GEM)<sup>3</sup>, que comenzó a realizar sus mediciones en 1999, ha permitido verificar empíricamente estos principios y hoy ofrece una guía para que los gobiernos y las sociedades enfoquen sus energías hacia la creación de empresas y los emprendimientos de mayor calidad.

El estudio GEM es resultado del trabajo de una sólida red académica internacional. Esta red cuenta hoy con más de 100 universidades o centros de investigación en el mundo y más de 250 personas entre investigadores, docentes y personal de apoyo. La magnitud de este esfuerzo indica la importancia que tiene hoy el tema del emprendimiento en el mundo. La medición se realiza anualmente.

Se caracteriza por una metodología rigurosa que permite obtener datos confiables en cada país. Por ejemplo en Colombia se realizó una encuesta con 2.000 observaciones, una muestra de tamaño sustancial. Esta es necesaria para avanzar en el conocimiento sobre el impacto de las nuevas empresas y su relación con temas como el cierre de empresas, la generación de empleo, las posibilidades de expansión de mercados, las exportaciones y el nivel de innovación.

La investigación incluye tres actividades: una encuesta entre la población adulta del país; una serie de entrevistas a expertos nacionales en creación de empresas; y la obtención de información de fuentes secundarias relacionadas con variables socioeconómicas de los países.

En el 2006, el informe Global Entrepreneurship Monitor (GEM) fue realizado como un trabajo de investigación a gran escala que analiza la actividad empresarial dentro de un amplio rango de países. En 1999 fue realizado por primera vez, el número de países que abarca el estudio ha crecido desde los 10 contemplados en ese año hasta los 42 estudiados en la más reciente edición del 2006. Esta última edición ha sido efectuada en colaboración por las escuelas de negocio Babson y London Business School.

### **Aspectos Principales que Estudia el GEM**

El Programa GEM es un esfuerzo conjunto destinado a describir y analizar el proceso emprendedor en un amplio rango de países y se focaliza en responder tres cuestionamientos centrales:

- Medir en qué grado varía el nivel de actividad emprendedora entre los distintos países.
- Descubrir los factores que determinan el nivel de actividad emprendedora.
- Identificar políticas públicas para aumentar el nivel nacional de actividad emprendedora.

Los datos se recopilan de tres fuentes principales:

a) encuestas a la población adulta (de 18 a 64 años).

---

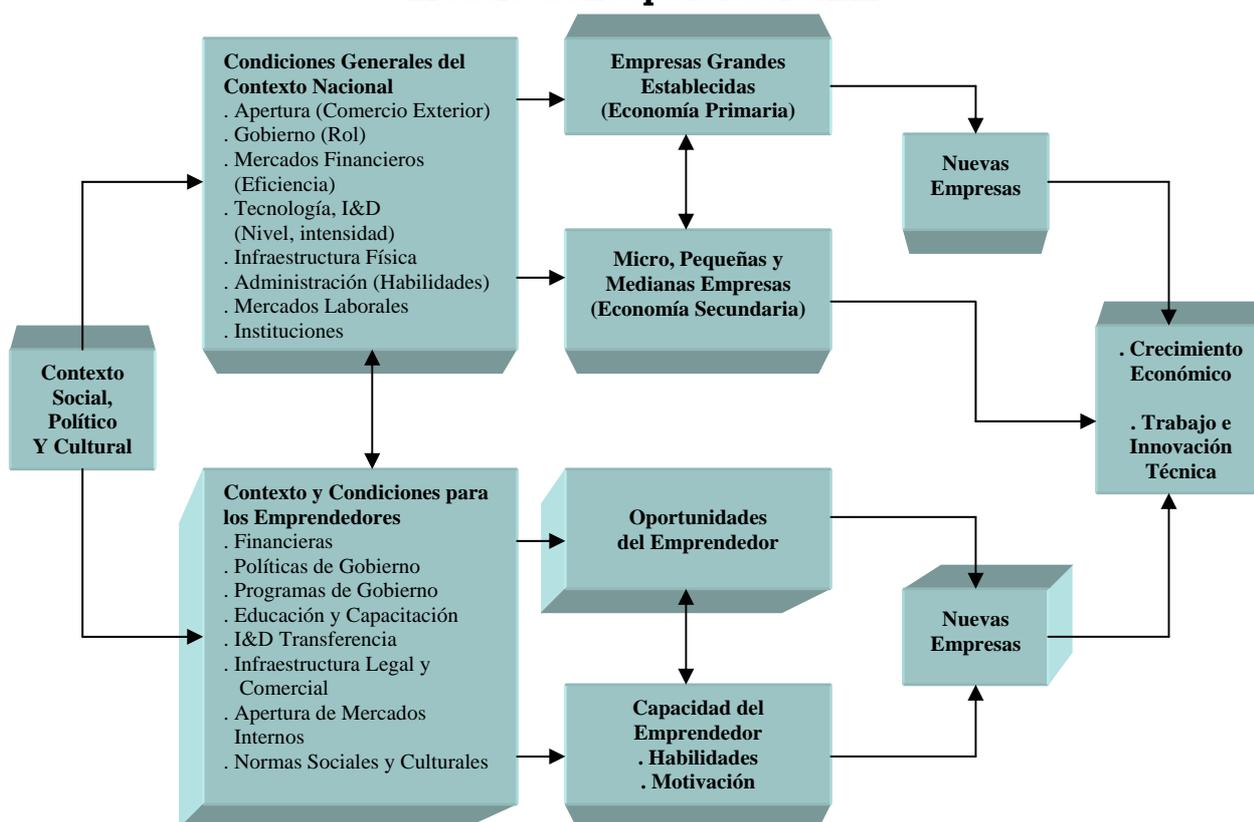
I&D contra el 2.4% del PIB de las naciones ricas; los países pobres solicitaron 121 patentes anuales entre el 2000-2004, mientras las naciones ricas, solicitaron un millón de patentes. <http://www.unctad.org>

3 Visitar Global Entrepreneurship Monitor (GEM) 2006, Babson y London Business School: [www.gemconsortium.org](http://www.gemconsortium.org).

- b) entrevistas en profundidad con expertos nacionales en entrepreneurship.
- c) una amplia selección de datos nacionales estandarizados.

Durante el 2006 se encuestaron a más de 150.000 individuos y se entrevistaron a cerca de 1.500 expertos alrededor del mundo. La contribución del GEM al conocimiento y entendimiento del proceso emprendedor es muy valiosa dado que no existen otros datos que puedan proveer información cruzada de países y mediciones de la actividad emprendedora en un contexto global.

#### Modelo Conceptual del GEM <sup>4</sup>



#### Países que Participaron en el 2006

- *Asia y Oceanía:* Australia, China, Filipinas, India, Indonesia, Japón, Malasia, Rusia, Singapur y Tailandia.
- *Europa, África y Oriente Medio:* Alemania, Bélgica, Croacia, Dinamarca, Emiratos Árabes Unidos, Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Grecia, Holanda, Hungría, Islandia, Irlanda, Italia, Letonia, Noruega, Reino Unido, República Checa, Sudáfrica, Suecia y Turquía.
- *Norte América:* Canadá, Jamaica, México y EEUU
- *Sud América:* Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Perú y Uruguay.<sup>5</sup>

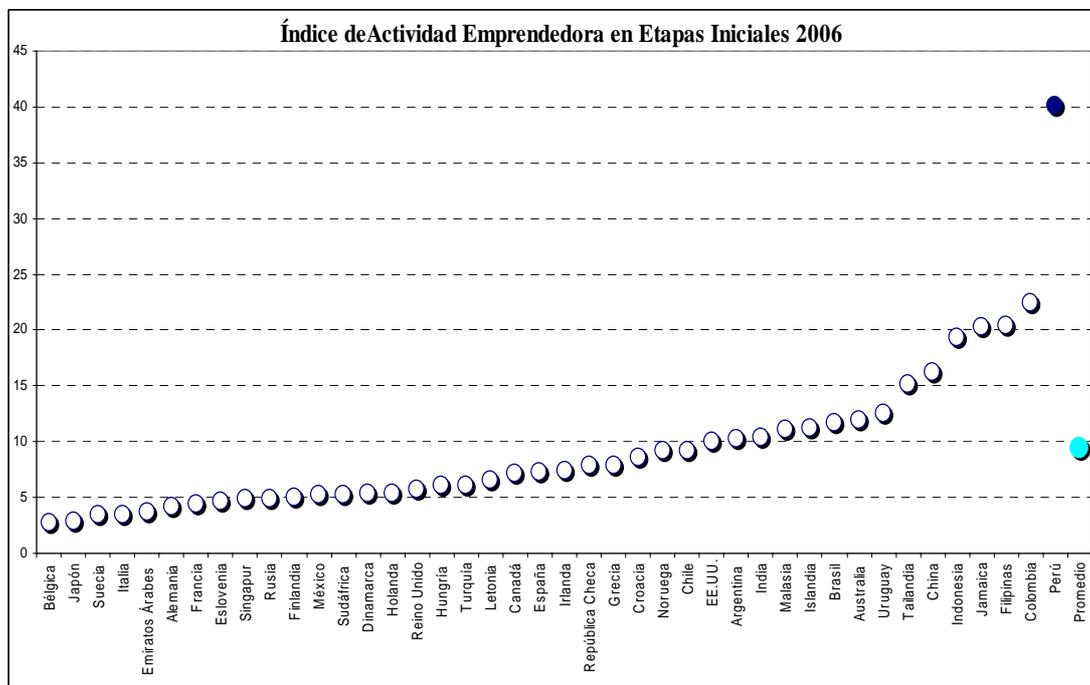
<sup>4</sup> El modelo conceptual del GEM integra diferentes grupos de variables. Hay variables que describen el contexto socioeconómico de un país donde ocurre todo el proceso económico. Dichas variables son: las condiciones generales del contexto nacional, el contexto y condiciones para los emprendedores. Esta última variable incide en la capacidad emprendedora dada por las habilidades y las motivaciones de los emprendedores y que permiten llevar adelante oportunidades que existen en el entorno. A partir de las condiciones del contexto nacional, se consideran a las empresas, las cuales inciden en el crecimiento económico de un país y en la generación de trabajo e innovación. Global Entrepreneurship Monitor (GEM) 2006, Babson y London Business School: [www.gemconsortium.org](http://www.gemconsortium.org).

El reporte divide a los 42 países del GEM en dos grupos (ingresos medios e ingresos altos) basados en su PBI per cápita y en la tasa de crecimiento de su PBI. En el estudio pueden analizarse quiénes y cómo son esos emprendedores, en términos de edad, sexo, educación, situación laboral y nivel de ingresos. También refleja que la actividad emprendedora varía significativamente por zona geográfica, por tipo de negocio y por motivación.

En definitiva, la habilidad particular del GEM para brindar información sobre el ámbito emprendedor de distintos países en un contexto global hace que sus datos sean un recurso necesario para cualquier proyecto serio de estudio y sondeo de comportamiento emprendedor en el mundo. Lo más importante es que la renovada visión del GEM permitirá a los investigadores incrementar sus habilidades de informar a los hacedores de políticas y tener así impacto en el desarrollo de las economías nacionales y regionales.

### Principales Resultados del GEM 2006

Este reporte constituye la octava evaluación y revisión del estado de la actividad emprendedora en los países participantes del proyecto GEM. El estudio del GEM 2006 muestra claramente que un gran número de personas están involucradas en algún tipo de actividad emprendedora en el mundo. Basándose en la muestra de los 42 países que participaron en el GEM 2006, que representan una fuerza laboral de 4.400 millones de personas, el GEM estima que en el año 2006, 527 millones de personas en esos países, en edad adulta, han empezado un nuevo negocio o están al frente de una empresa naciente (de menos de 42 meses de vida).



Fuente: GEM 2006.

Hay una fuerte variación entre los países en la frecuencia y la calidad de la actividad emprendedora. Los países de ingresos medios tienden a mostrar

<sup>5</sup> En el año 2004, por América del Sur participaron: Ecuador, Perú, Argentina y Brasil, según la publicación del Global Entrepreneurship Monitor (GEM), Ecuador 2004, realizado por la Espol, Babson y London Business School.

mayores porcentajes de individuos que comienzan un negocio que en los países de ingresos altos.

Con respecto a las etapas tempranas de la actividad emprendedora, países como Perú (40%) Colombia (22%) y Filipinas (20%) muestran tasas muy altas de participación individual comparada con otros países como Bélgica (2.7%), Japón (2.9%) y Suecia (3.4%). La tasa de actividad emprendedora (TEA) promedio es del 9,5% (uno de cada 10 adultos).

Las tasas que miden la cantidad de dueños de empresas establecidas también varían fuertemente entre países. En el nivel más bajo de la escala, está Rusia (1.2%), Francia (1.3%) y Emiratos Árabes Unidos (1.4%), mientras que la tasa más alta se encuentra en Filipinas (19.7%), Indonesia (17.6%) y Tailandia (17.4%).

La supervivencia de un emprendedor en el mercado por más de 42 meses varía significativamente a través de los países. Emprendedores en etapas tempranas en países de ingresos altos son, en porcentaje, más capaces de sobrevivir en el mercado y convertirse en dueños de empresas establecidas que los emprendedores en etapas tempranas de los países de ingresos medios.

Las evidencias sugieren una relación sistemática entre el motivo que predomina en el inicio y las oportunidades que el nuevo negocio sobreviva. Los países que principalmente muestran emprendimientos conducidos por oportunidades parecen tener una menor cantidad de fracasos en negocios en etapas tempranas que los países con grandes cantidades de emprendimientos guiados por la necesidad.

Altas tasas de crecimiento de PBI per cápita en países de ingresos medios están reflejadas en las altas innovaciones y el crecimiento de potencial de la actividad empresarial en esos países. En todos los países, la mayoría de los negocios ofrecen productos o servicios que no son nuevos para la mayor parte de los clientes, y sólo una pequeña fracción afirma que lo que ellos ofrecen es nuevo para todos los clientes. No es sorprendente que los emprendedores en etapas tempranas alegan más seguido que ofrecen productos innovadores a diferencia de los emprendedores ya establecidos.

En general, los individuos involucrados en actividades emprendedoras en cualquier nivel tienden a confiar más en sus propias habilidades, son más propensos a conocer otros emprendedores, están más alerta a la existencia de oportunidades, y son menos propensos a dejar que el miedo o el fracaso los prevenga de empezar una nueva empresa. Y con respecto a la situación laboral, la gran mayoría de los que emprenden lo hacen teniendo otro trabajo.

El estudio GEM 2006 sugiere la existencia de una relación de forma de curva parabólica entre la actividad emprendedora y el PBI per cápita, que muestra que a niveles muy bajos de PBI per cápita hay alta tasa de actividad emprendedora, especialmente aquella motivada por necesidad, luego a medida que crece el PBI per cápita baja la tasa de actividad emprendedora, hasta un punto de inflexión en que a mayor PBI per cápita vuelve a subir la tasa de actividad emprendedora , pero motivada fundamentalmente por la oportunidad.

Los resultados de la investigación al cabo de estos 8 años donde se observa que las variaciones en la tasa de actividad emprendedora (TEA) de cada país no son significativas de un año a otro, sugieren que la actividad emprendedora parece ser una característica estructural del país, relacionada con la cultura, el sistema institucional y la situación macroeconómica no coyuntural. Por lo tanto, las políticas de corto plazo que no tienen un efecto importante para modificar esa estructura cultural y social, sólo pueden tener efectos transitorios en el desarrollo de la actividad emprendedora. Son necesarias entonces políticas de largo plazo, que se mantengan estables en el tiempo y que impacten profundamente en la sociedad, para forjar una actividad emprendedora capaz de transformar la economía de un país.

### Índice de Actividad Emprendedora en los Países

Muestra un comparativo entre la actividad emprendedora en etapas iniciales y la actividad de emprendedores establecidos.

| Países          | Actividad Emprendedora Naciente | Nuevos Empresarios | Actividad Emprendedora en Etapas Iniciales | Emprendedores Establecidos | Total de Empresarios | Muestra |
|-----------------|---------------------------------|--------------------|--|----------------------------|----------------------|---------|
| Alemania        | 2,90%                           | 1,70%              | 4,21%                                      | 3,03%                      | 6,84%                | 4.049   |
| Argentina       | 6,44%                           | 4,10%              | 10,24%                                     | 6,96%                      | 16,41%               | 1.755   |
| Australia       | 7,33%                           | 5,72%              | 11,96%                                     | 9,12%                      | 20,56%               | 1.971   |
| Bélgica         | 1,82%                           | 1,11%              | 2,73%                                      | 2,12%                      | 4,76%                | 2.001   |
| Brasil          | 3,50%                           | 8,62%              | 11,65%                                     | 12,09%                     | 23,42%               | 2.000   |
| Canadá          | 4,07%                           | 3,17%              | 7,12%                                      | 5,11%                      | 12,01%               | 1.697   |
| Chile           | 5,74%                           | 3,89%              | 9,19%                                      | 6,79%                      | 15,40%               | 2.007   |
| China           | 6,67%                           | 10,52%             | 16,19%                                     | 8,98%                      | 24,74%               | 2.399   |
| Colombia        | 10,92%                          | 12,55%             | 22,48%                                     | 10,41%                     | 31,87%               | 2.000   |
| Croacia         | 6,38%                           | 2,49%              | 8,58%                                      | 4,12%                      | 12,48%               | 1.549   |
| Dinamarca       | 2,88%                           | 2,75%              | 5,32%                                      | 5,28%                      | 10,25%               | 10.000  |
| Emiratos Árabes | 1,71%                           | 2,20%              | 3,74%                                      | 1,39%                      | 4,96%                | 1.903   |
| Eslovenia       | 2,91%                           | 1,79%              | 4,63%                                      | 4,44%                      | 9,04%                | 3.008   |
| España          | 3,01%                           | 4,41%              | 7,27%                                      | 5,45%                      | 12,46%               | 28.306  |
| Estados Unidos  | 7,47%                           | 3,26%              | 10,03%                                     | 5,42%                      | 14,70%               | 2.325   |
| Filipinas       | 4,98%                           | 15,62%             | 20,44%                                     | 19,72%                     | 39,20%               | 2.000   |
| Finlandia       | 2,94%                           | 2,41%              | 4,99%                                      | 8,23%                      | 12,96%               | 2.005   |
| Francia         | 3,76%                           | 0,70%              | 4,39%                                      | 1,33%                      | 5,73%                | 1.519   |
| Grecia          | 5,67%                           | 2,26%              | 7,90%                                      | 8,24%                      | 16,09%               | 2.000   |
| Holanda         | 3,56%                           | 1,86%              | 5,42%                                      | 6,59%                      | 11,85%               | 2.685   |
| Hungría         | 3,18%                           | 3,00%              | 6,04%                                      | 6,72%                      | 12,60%               | 2.500   |
| India           | 5,42%                           | 5,31%              | 10,42%                                     | 5,60%                      | 15,55%               | 1.916   |
| Indonesia       | 9,63%                           | 11,51%             | 19,28%                                     | 17,62%                     | 35,20%               | 1.998   |
| Irlanda         | 4,46%                           | 2,93%              | 7,35%                                      | 7,82%                      | 14,52%               | 1.961   |
| Islandia        | 8,13%                           | 3,78%              | 11,26%                                     | 7,43%                      | 18,19%               | 2.001   |
| Italia          | 2,23%                           | 1,37%              | 3,47%                                      | 3,03%                      | 6,21%                | 1.626   |
| Jamaica         | 11,64%                          | 9,21%              | 20,32%                                     | 10,30%                     | 30,10%               | 3.554   |
| Japón           | 1,59%                           | 1,37%              | 2,90%                                      | 4,76%                      | 7,45%                | 1.923   |
| Letonia         | 4,03%                           | 2,65%              | 6,57%                                      | 5,69%                      | 12,05%               | 1.958   |
| Malasia         | 4,88%                           | 6,21%              | 11,09%                                     | 7,31%                      | 18,40%               | 2.005   |
| México          | 4,12%                           | 1,19%              | 5,26%                                      | 2,27%                      | 7,42%                | 1.839   |
| Noruega         | 5,25%                           | 4,34%              | 9,14%                                      | 5,98%                      | 14,37%               | 1.503   |
| Perú            | 30,01%                          | 15,14%             | 40,15%                                     | 12,37%                     | 49,55%               | 1.845   |
| Reino Unido     | 3,19%                           | 2,78%              | 5,77%                                      | 5,41%                      | 10,85%               | 34.896  |
| República Checa | 6,41%                           | 1,98%              | 7,85%                                      | 5,41%                      | 12,21%               | 1.628   |
| Rusia           | 3,46%                           | 1,71%              | 4,86%                                      | 1,19%                      | 5,64%                | 1.894   |
| Singapur        | 2,74%                           | 2,52%              | 4,85%                                      | 3,37%                      | 7,89%                | 3.883   |
| Sudáfrica       | 3,55%                           | 1,74%              | 5,29%                                      | 1,72%                      | 6,94%                | 2.684   |
| Suecia          | 2,23%                           | 1,39%              | 3,45%                                      | 4,99%                      | 8,39%                | 1.747   |
| Tailandia       | 4,05%                           | 11,49%             | 15,20%                                     | 17,42%                     | 31,70%               | 2.000   |
| Turquía         | 2,20%                           | 4,01%              | 6,07%                                      | 11,45%                     | 17,04%               | 2.417   |
| Uruguay         | 8,37%                           | 4,58%              | 12,56%                                     | 6,91%                      | 19,09%               | 1.618   |
| Promedio        | 5,32%                           | 4,59%              | 9,46%                                      | 6,97%                      | 15,94%               | 3.709   |

Fuente: GEM 2006.

### Estudio Global del Emprendimiento en América Latina en el 2006

El estudio internacional Global Entrepreneurship Monitor (GEM) revela que en América Latina, un total de 48 millones de personas se dedican a la actividad

empresarial. Lo que caracteriza a América Latina es su heterogeneidad cultural y las diferencias que existen en los países en cuanto a su desempeño económico y social. Sin embargo, estas condiciones diversas tienen un espíritu común: el emprendedor.

Según el GEM 2006, América Latina ostenta el título de región más emprendedora del mundo, con una tasa de actividad emprendedora (TEA) del 18,1%. Entre los países Latinoamericanos que intervinieron en el estudio se encuentran México, Jamaica, Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Perú y Uruguay. Se realizaron 150.000 entrevistas y contó con la participación de 1.500 expertos.

El estudio revela que en la lista de países más emprendedores de la región se encuentran, según su posición: Perú, Colombia, Uruguay, Brasil, Argentina y Chile.

Las razones que llevan a una persona a desarrollar su propio negocio varían dependiendo de la situación socio-económica de su país. Aquellos con ingresos medios tienden a mostrar mayores porcentajes de individuos que comienzan un negocio en comparación con los países que tienen altos ingresos.

La necesidad o la búsqueda de nuevas oportunidades pueden convertirse en los principales motores para comenzar a desarrollarse. Mientras que en América del Norte (en donde se incluye Estados Unidos, Canadá y México) la oportunidad, con un 79%, prevalece sobre la necesidad, con el 16%; en América del Sur, la proporción es del 66 y 33%, respectivamente.

Otro factor clave para emprender es la motivación, situación que está íntimamente ligada al grado de educación de la persona. En general, quienes emprenden motivados por necesidad poseen un nivel educacional bajo.

Otro dato que se desprende del estudio, es que la mayor parte de los emprendimientos pertenece a sectores de la economía orientados al consumidor. De esta manera, el espíritu emprendedor ligado a la creatividad y a la búsqueda de nuevas oportunidades une a América Latina y permite generar nuevos lazos de negocios.

*- Los principales resultados del GEM 2006 para América Latina son:*

- Los países de América Latina están entre los más emprendedores del mundo.
- La región muestra una tasa de actividad emprendedora (TEA) del 18,1%, se transforma así en la más emprendedora del mundo.
- El nivel de actividad emprendedora en la región varía de un 9,2% en Chile a un 25% en Perú. Respecto al nivel de TEA, Argentina, Brasil y Uruguay, están muy cerca, con un 10.2%, 11.7% y 12.6% respectivamente.
- De una población total de 317 millones (entre los 18 y los 64 años, en los seis países de la región que fueron estudiados este año –Argentina, Brasil, Chile, Uruguay, Colombia y Perú), más de 48 millones participan en actividades emprendedoras.
- Las mujeres latinoamericanas son, en promedio, más emprendedoras. En Perú, por cada hombre emprendedor hay casi una mujer.

- Más del 36 por ciento de los emprendedores de la región están motivados por necesidad, cifra diferente a lo que se observa en el resto del mundo: en Estados Unidos alcanza el 13%, en Australia el 11% y en Dinamarca el 4%.
- Entre los seis países estudiados este año, Brasil es el de mayor índice, con un 47% de emprendedores por necesidad.
- El grado de motivación depende del nivel de educación: en general, quienes emprenden motivados por necesidad poseen un nivel educacional bajo. Por otro lado, más de la mitad de estos emprendedores son mujeres.
- La mayor parte de los emprendimientos pertenece a sectores de la economía orientados al consumidor.

## **Estudio Global del Emprendimiento en el Ecuador**

En el 2004, el Ecuador participó en el estudio global del emprendimiento (GEM).<sup>6</sup> En este caso se realizó durante el primer semestre del 2004 una encuesta de población adulta que se aplicó a 2.000 personas, cuyas edades fluctuaron entre 18 y 64 años, los que fueron seleccionados a nivel nacional mediante un muestreo probabilístico con un nivel de confianza del 95% y un error del 3%.

Para la consulta a los expertos, se seleccionó 36 personas, 4 representantes por cada uno de los 9 factores de emprendimiento. El grupo de expertos por altas autoridades del gobierno, representantes de las cámaras de la producción, consultores, empresarios, etc.

Los principales resultados del GEM Ecuador 2004<sup>7</sup> El Ecuador se ubicó en el tercer lugar del emprendimiento global pues alcanzó un índice de actividad emprendedora total (TEA) 27.24%<sup>8</sup>, es decir, que más de uno entre cuatro adultos en Ecuador están actualmente planificando iniciar un nuevo negocio o lo han hecho en los últimos 42 meses. De este resultado, el 18.24% manifiestan estar respondiendo a una necesidad; en cambio, el 8.44% son emprendedores por necesidad; mientras que el restante 0.56% tienen otras motivaciones.

La relación masculino/femenino es bastante pareja pues el 55% del TEA son hombres y el 45% mujeres. En el TEA por oportunidad y por necesidad la participación de la mujer es del 45%.

El 28% de los emprendedores posee estudios universitarios y el 48% ha concluido la educación secundaria. Es importante señalar que la educación universitaria tiene un mayor impacto en el número de emprendimientos por unidad, ya que el 32% de los emprendedores por oportunidad posee estudios universitarios; mientras que solo el 20% de los emprendedores por necesidad tienen el mismo nivel de estudios.

<sup>6</sup> El Ecuador no participó en el Estudio Global de Emprendimiento (GEM) 2006. El Ecuador participó sólo en el GEM 2004 que fue realizado por la Escuela de Postgrado en Administración de Empresas (ESPAE) y el Centro de Desarrollo de Emprendedores (CEEMP) de la Escuela Superior Politécnica del Litoral (ESPOL), Guayaquil, Ecuador, 2004.

<sup>7</sup> Revisar del Global Entrepreneurship Monitor 2004 Executive Report, GEM 2004, ESPAE (ESPOL), Babson y London Business School.

<sup>8</sup> En el 2004 el GEM consideró 34 países en su análisis, por América del Sur participaron: Argentina, Brasil, Ecuador y Perú. El primer lugar en emprendimiento lo alcanzó el Perú, mientras que Japón se ubicó en el último puesto.

Un alto porcentaje de creación de empresas se concentra en negocios principalmente dedicados al comercio y los servicios al detalle, muchos de ellos unipersonales o con pocas perspectivas de crecimiento, con ninguna o poca tecnología. Las empresas nacientes y nuevas no están orientadas al mercado internacional; aproximadamente el 60% de estos negocios están orientados al mercado doméstico. El porcentaje de emprendedores que esperan emplear más de 20 personas en los próximos cinco años es tan sólo del 6.23%.

El 8.83% de las personas ha invertido en un negocio que no es de su propiedad; la cantidad de inversión informal fue de 1.78% del PIB. Las fuentes de apoyo financiero fueron familiares cercanos (64%) y amigos (23%); otras fuentes por ejemplo colegas, particulares y otros familiares representan el 13%.

### **Factores Críticos para la Iniciativa Emprendedora en Ecuador**

En el GEM 2004 de Ecuador se evidencia que los factores que contribuyen mayormente con el emprendimiento son: clima económico, apertura del mercado local, normas sociales y culturales, acceso a infraestructura física, contexto político, institucional y social, educación y capacitación. En cambio los factores que limitan principalmente el emprendimiento son: Educación y capacitación, apoyo financiero, contexto político, institucional y social, normas sociales y culturales, y políticas de gobierno.

El estudio demuestra que la estabilidad macroeconómica producto de la dolarización de la economía esta generando un ambiente propicio para los negocios en el Ecuador. El nivel de desempleo puede ser un factor impulsador de las iniciativas emprendedoras. A diferencia del sistema judicial que no genera confianza para las inversiones, la falta de políticas de gobierno de largo plazo, la debilidad institucional reflejada en la falta de consensos en temas críticos como salud, educación y competitividad y en general la inestabilidad política. No obstante, la capacidad de gestión que demuestran algunos gobiernos seccionales y locales incide en la creación de negocios y en la actividad empresarial.

Por otra parte, la educación ecuatoriana no está orientada a desarrollar las habilidades de emprendimiento y no estimula la creatividad, el pensamiento crítico ni la exploración de oportunidades.

Existen algunos factores críticos que afectan al emprendimiento en el Ecuador, tales como: la inexistencia y la falta de efectividad de programas de gobierno para apoyar a los emprendedores, la escasez de recursos financieros, la incipiente investigación y el poco uso de de nuevas tecnologías.

## Puntos Claves

# Emprendimiento en el Mundo

- En el mundo estiman 35% de emprendimiento por necesidad y 65% por oportunidad



| Detalle                                | América Latina | Este del Asia |
|--|----------------|---------------|
| 1. Autorrealización                    | 89             | 85            |
| 2. Poner en práctica sus conocimientos | 77             | 80            |
| 3. Mejorar sus ingresos                | 74             | 63            |
| 4. Contribuir a la sociedad            | 58             | 75            |
| 5. Ser su propio jefe                  | 56             | 52            |
| 6. Ser como otro empresario admirado   | 35             | 45            |
| 7. Valoración social                   | 34             | 40            |
| 8. Hacerse rico                        | 30             | 51            |

Fuente: Empresarialidad en Economías Emergentes, 2002

| Detalle  | América Latina  | Este del Asia  |
|--|---|--|
| <b><i>Etapa de gestación</i></b>                             |   |  |
| Tamaño de equipos de emprendedores                           | Cerca de 30% de empresas tienen más de 3 socios   | Cerca del 50% de empresas tiene más de 3 socios  |
| Origen social  | 70% de clase media, media alta y alta   | 50% de clase media, media alta y alta  |
| Edad de motivación   | 26 años   | 33 años  |
| Inversión  | Promedio USD 100 mil  | Promedio inferior a USD 500 mil  |
| Número de empleados  | Promedio inicial 15   | Promedio inicial 12  |
| Crecimiento en ventas – 3º año                               | Cerca del 25% superan USD 1 millón  | Cerca del 67% superan USD 1 millón   |
| Compiten por   |   | Productos nuevos e innovadores, aún en mercados estancados o decrecientes                |
| Exportadoras – 3º año  | Cerca del 20% exportan, al tercer año   | Cerca del 40% exportan, al tercer año  |
| Factores productivos   |   | Tecnología, administración y conocimiento  |
| Red de apoyo   | Limitada - entorno familiar y social  | Extendido al ámbito social y empresarial   |
| <b>Detalle</b>   | <b>América Latina</b>   | <b>Este del Asia</b>   |
| Información para el planif.                                  | Experiencia en trabajo; <i>visitando ferias</i>   | Experiencia en trabajo; <i>leyendo artículos</i>   |
| <b><i>Etapa de puesta en marcha y desarrollo inicial</i></b> |   |  |
| Plan de negocios   | 50% de emprendedores lo elabora   | 60% de emprendedores lo elabora  |
| Fuentes de financiamiento                                    | Ahorro personal, compra de equipos usados, proveedores  | Ahorro personal, parientes/amigos, bancos  |
| Tiempo de maduración (idea-puesta en marcha)                 | Aproximadamente 27 meses  | Aproximadamente 31 meses   |
| <del>Principales problemas en primeros años</del>            | <del>Conseguir clientes, contratar personal capacitado, <i>financiar y manejar flujos de caja</i></del> | <del>Conseguir clientes, contratar personal capacitado y <i>contratar gerentes</i></del> |

| Detalle  | Ecuador   | Comentario   |
|--|-----------|--|
| Índice de actividad emprendedora total (TEA)   | 24.24%    | Aproximadamente 1 de cada 4 ecuatorianos piensa iniciar un nuevo negocio o lo ha hecho en los 42 meses anteriores  |
| Tipo de emprendedor                            |           |  |
| Emprendedores por oportunidad                  | 18.24%    | Es mayor la cantidad de emprendedores por oportunidad, con una distribución similar entre hombres y mujeres. Sin embargo, la relación de TEA oportunidad/necesidad del 2.16 es bajo comparado con países como Brasil (5.6) |
| Emprendedores por necesidad                    | 8.44%     |  |
| Relación del TEA hombre/mujer                  | 55% / 45% |  |
| Nivel de estudios universitarios / secundarios | 28% / 48% | La educación tiene mayor incidencia en emprendedores por oportunidad   |
| Mercado de nuevas empresas (local)             | 60.0%     | El emprendedor en el Ecuador tiene una fuerte orientación hacia el mercado doméstico   |
| Empresas con oferta de producto innovador      |           |  |
| empresas nacientes                             | 19.66%    | Apenas en 4% de empresas nuevas del país ha ofertado productos novedosos para sus clientes, cuando en Argentina el porcentaje es más del doble   |
| empresas nueva                                 | 4.41%     |  |
| Tipo de emprendimiento                         |           |  |
| Comercial                                      | 68.00%    | Concentración en actividades comerciales que no generan valor agregado   |
| Transformación                                 | 19.00%    |  |
| Porcentaje de empresas con más de 20 empleados | 6.30%     | Empleos esperados dentro de 5 años por empresa. Preocupante si países como Argentina superan el 25%  |

## Partes Claves

Fuentes de financiamiento

LEY 1014 DE 2006

### De fomento a la cultura del emprendimiento.

El Congreso de Colombia

**DECRETA:**

**CAPITULO I**

#### Disposiciones Generales

##### Artículo 1°. Definiciones

a) **Cultura:** Conjunto de valores, creencias, ideologías, hábitos, costumbres y normas, que comparten los individuos en la organización y que surgen de la interrelación social, los cuales generan patrones de comportamiento colectivos que establece una identidad entre sus miembros y los identifica de otra organización;

b) **Emprendedor:** Es una persona con capacidad de innovar; entendida esta como la capacidad de generar bienes y servicios de una forma creativa, metódica, ética, responsable y efectiva;

c) **Emprendimiento:** Una manera de pensar y actuar orientada hacia la creación de riqueza. Es una forma de pensar, razonar y actuar centrada en las oportunidades, planteada con visión global y llevada a cabo mediante un liderazgo equilibrado y la gestión de un riesgo calculado, su resultado es la creación de valor que beneficia a la empresa, la economía y la sociedad;

d) **Empresarialidad:** Despliegue de la capacidad creativa de la persona sobre la realidad que le rodea. Es la capacidad que posee todo ser humano para percibir e interrelacionarse con su entorno, mediando para ello las competencias empresariales;

e) **Formación para el emprendimiento.** La formación para el emprendimiento busca el desarrollo de la cultura del emprendimiento con acciones que buscan entre otros la formación en competencias básicas, competencias laborales, competencias ciudadanas y competencias empresariales dentro del sistema educativo formal y no formal y su articulación con el sector productivo;

f) **Planes de Negocios.** Es un documento escrito que define claramente los objetivos de un negocio y describe los métodos que van a emplearse para alcanzar los objetivos.

La educación debe incorporar, en su formación teórica y práctica, lo más avanzado de la ciencia y de la técnica, para que el estudiante esté en capacidad de crear su propia empresa, adaptarse a las nuevas

tecnologías y al avance de la ciencia, de igual manera debe actuar como emprendedor desde su puesto de trabajo.

**Artículo 2°. Objeto de la ley.** La presente ley tiene por objeto:

a) Promover el espíritu emprendedor en todos los estamentos educativos del país, en el cual se propenda y trabaje conjuntamente sobre los principios y valores que establece la Constitución y los establecidos en la presente ley;

b) Disponer de un conjunto de principios normativos que sienten las bases para una política de Estado y un marco jurídico e institucional, que promuevan el emprendimiento y la creación de empresas;

c) Crear un marco interinstitucional que permita fomentar y desarrollar la cultura del emprendimiento y la creación de empresas;

d) Establecer mecanismos para el desarrollo de la cultura empresarial y el emprendimiento a través del fortalecimiento de un sistema público y la creación de una red de instrumentos de fomento productivo;

e) Crear un vínculo del sistema educativo y sistema productivo nacional mediante la formación en competencias básicas, competencias laborales, competencias ciudadanas y competencias empresariales a través de una cátedra transversal de emprendimiento; entendiéndose como tal, la acción formativa desarrollada en la totalidad de los programas de una institución educativa en los niveles de educación preescolar, educación básica, educación básica primaria, educación básica secundaria, y la educación media, a fin de desarrollar la cultura de emprendimiento;

f) Inducir el establecimiento de mejores condiciones de entorno institucional para la creación y operación de nuevas empresas;

g) Propender por el desarrollo productivo de las micro y pequeñas empresas innovadoras, generando para ellas condiciones de competencia en igualdad de oportunidades, expandiendo la base productiva y su capacidad emprendedora, para así liberar las potencialidades creativas de generar trabajo de mejor calidad, de aportar al sostenimiento de las fuentes productivas y a un desarrollo territorial más equilibrado y autónomo;

h) Promover y direccionar el desarrollo económico del país impulsando la actividad productiva a través de procesos de creación de empresas competentes, articuladas con las cadenas y clusters productivos reales relevantes para la región y con un alto nivel de planeación y visión a largo plazo;

i) Fortalecer los procesos empresariales que contribuyan al desarrollo local, regional y territorial;

j) Buscar a través de las redes para el emprendimiento, el acompañamiento y sostenibilidad de las nuevas empresas en un ambiente seguro, controlado e innovador.

# LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE UN MODELO ECONÓMICO SOCIAL, SOLIDARIO E IGUALITARIO

Por Ab. Deyanira Camacho Toral

“Una sociedad que pone la igualdad por encima de la libertad acabará sin igualdad ni libertad”

Milton Friedman, Premio Nobel de Economía, 1976.

*Estimado lector, deseo compartir con usted algunas reflexiones sobre ciertas disposiciones del Régimen de Desarrollo diseñado por la Asamblea Constituyente de Montecristi, particularmente sobre dos aspectos: la economía social y solidaria, y el objetivo de compartir los beneficios del desarrollo y los medios de producción de forma igualitaria.*

En la historia republicana del Ecuador no todas nuestras Constituciones han determinado un modelo económico, así como tampoco en el constitucionalismo comparado actual es éste un elemento imperativo -aún cuando la posibilidad de incluirlo resulta muy tentadora para las mayorías que, de turno, construyen los textos constitucionales-; pues aquel se entiende que puede responder a visiones del mundo diversas e incluso antagónicas.

En el artículo 23 de la Constitución Quiteña de 1812, previo a nuestra formación republicana, se otorga al Poder Ejecutivo la responsabilidad del desempeño del Gobierno económico en todos los ramos de la Administración Pública y de Hacienda, de Guerra, de educación y prosperidad pública y de todos los establecimientos dirigidos a ese fin.

Para 1945 la Constitución contenía en su artículo 146 la disposición que el Estado garantice el derecho de propiedad, señalaba además, que sería él mismo quien regularía las actividades de la vida económica nacional, a fin de obtener el máximo aprovechamiento de la riqueza y la distribución más justa de ella, procurando mantener el estímulo necesario para asegurar el aporte de la iniciativa privada.

En la Constitución de 1967 el artículo 85 indicaba que el objeto esencial de la riqueza es que los habitantes del Ecuador alcancen sus fines individuales y sociales. En consecuencia, el Estado establecerá un orden económico-social en que los integrantes de la comunidad puedan vivir dignamente y gozar de los frutos del progreso. Y en el artículo siguiente propugnaba el estímulo que el Estado debía dar al desarrollo de la propiedad privada, siempre pensando en la libertad, igualdad y dignidad humanas.

La Constitución de 1979 incluye el título “De la economía”, el mismo que contempla en el artículo 60 que la organización y funcionamiento de la economía deberá responder a los principios de eficiencia y justicia social, a fin de asegurar a todos los habitantes una existencia digna, permitiéndoles, al mismo tiempo, iguales derechos u oportunidades frente a los medios de producción y consumo. Y continúa señalando “El desarrollo, en el sistema de economía de mercado, propenderá al incremento de la producción y tenderá fundamentalmente a conseguir un proceso de mejoramiento y progreso integral de todos los ecuatorianos. La acción del Estado tendrá como objetivo hacer equitativa la distribución del ingreso y de la riqueza en la comunidad”. (Lo subrayado es mío)

La Constitución vigente de 1998, plantea como modelo económico la economía social de mercado (ESM) en la que se consideran principios que promueven la igualdad de derechos y de oportunidades para acceder al trabajo, a los bienes y servicios; y, a la propiedad de los medios de producción. Además deberá promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos, impulsar la libre competencia y sancionar las prácticas monopólicas.

La ESM se basa en el respeto a la propiedad privada, la libertad de contratación, la transparencia económica, el acceso a libres mercados, estabilidad monetaria, es decir, en la economía de libre mercado competitiva donde la sociedad debe verse beneficiada como conjunto, para ello el Estado está obligado a implementar políticas que impidan las deficiencias en el mercado como los monopolios, oligopolios, cárteles, dumping y otras formas de competencia desleal que atenten contra aquél, y por consiguiente contra el bienestar social, sin que esto signifique ampliar la intervención del Estado, pues éste debería limitarse al diseño, implementación y control de políticas redistributivas del ingreso, laborales y de inversión; a controlar las fallas de mercado, y a dar garantía jurídica.

Este modelo económico permite a los ciudadanos organizarse en libertad y por ellos mismos; destinar el fruto de su esfuerzo a gasto, inversión, ahorro según sea su voluntad. La ESM mira el respeto a la libertad humana y a nuestro deseo de disponer del producto de nuestro propio esfuerzo.

En el caso del constitucionalismo comparado, reitero, no todas las Cartas Fundamentales vigentes incluyen algún modelo económico. La Constitución del Perú en el título III ofrece el tratamiento al Régimen Económico, en él defiende la libertad de la empresa privada dentro de una economía social del mercado.

En el caso español, su Constitución en el artículo 38 reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, donde los poderes públicos deben garantizar y proteger el ejercicio empresarial y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y de la planificación.

La Constitución colombiana elaborada en 1991 y reformada en el 2005 dispone que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Se concede el derecho a la libertad de competencia económica con las responsabilidades que conlleva, teniendo a la empresa como el motor para el desarrollo, la misma que el Estado deberá fortalecer, impidiendo la conformación de monopolios.

Otras Constituciones como la argentina, la chilena, y la brasilera no contemplan un modelo económico específico. Así que cabe preguntarse ¿Cómo estos países han conseguido constituirse en referentes del desarrollo económico en la zona, sin tener un modelo económico constitucionalizado?, ¿Es necesario incorporar uno?, ¿Qué aportaría su inclusión?, ¿Qué restaría no tenerlo? Si aceptamos que la sociedad es dinámica y que cada vez se interrelaciona y depende más de factores externos, entonces porqué imponer desde el ordenamiento jurídico un modelo que podría funcionar o no dependiendo de la realidad económica de una sociedad determinada, en un momento determinado, bajo la dirección de un gobierno determinado; volviendo, muy posiblemente, a la norma constitucional ineficaz por lo impracticable de su contenido.

El proyecto de Constitución elaborado en Montecristi plantea significativos cambios en la arquitectura de la economía nacional. Así, en su artículo 283 dispone “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”. (Lo subrayado es mío). Es pertinente reflexionar sobre el alcance de este modelo económico que ha causado inquietud a algunos asambleístas, articulistas y ciudadanos en general que nos preguntamos qué es el buen vivir y si éste debería estar consagrado en una norma constitucional.

Con el fin de ampliar la comprensión del artículo anterior es necesario hacer referencia a otras dos disposiciones constitucionales, a saber: el artículo 275 que señala “El régimen de desarrollo es el conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistemas económicos, políticos, socio-culturales y ambientales, que garantizan la realización del buen vivir, del sumak kawsay”; y el numeral 2 del artículo 276 que dispone “El régimen de desarrollo tendrá los siguientes objetivos: 2. Construir un sistema económico, justo, democrático, productivo, solidario y sostenible basado en la distribución igualitaria de los beneficios del desarrollo, de los medios de producción y en la generación de trabajo digno y estable”. (Lo subrayado es mío)

El economista Walter Spurrier, propone que el hombre es a la vez egoísta y solidario, y que este último rasgo le ha permitido vivir en sociedades cada vez más complejas. Pero la naturaleza humana también es mezquina, pues busca su propio bienestar. Señala, además, que en la doctrina del sumak kawsay, columna vertebral de la Constitución, el “El tipo de sociedad ideal es aquella en que no hay diferencias sociales, no hay acumulación de medios de producción. En las sociedades que viven de la caza, pesca y recolección de frutas, todos los varones participan en la caza, las mujeres en la recolección, y una vez cazado el animal, es necesario consumirlo y todos reciben su porción. La primera vulneración de esa sociedad vino hace diez mil años con la agricultura. El primer medio de producción fue la tierra, cuyo cultivo comenzó a generar diferencias en la sociedad.”<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> SPURRIER, Walter. Artículo *Igualitarismo*, Diario EL Universo, 24 de agosto de 2008. Adicionalmente se recomienda revisar información sobre Iván Illich y Serge Latouche.

Sin duda que se vuelve imprescindible que todos los actores, esto es, gobierno, empresas, ONG's y consumidores, tomemos conciencia, y por supuesto, se genere la normativa que permita cerrar de forma responsable y sistémica un nuevo y sustentable ciclo de economía de materiales, desde la extracción, producción, distribución, consumo y desecho, espacios todos que se espera cuenten con la armonía de la sociedad, la naturaleza y el Estado, sin olvidar el respeto a las libertades individuales lo que, particularmente así, no lo encuentro incorporado en el proyecto de Constitución.

Por su parte, Pablo Lucio Paredes, Doctor en Economía y ex asambleísta advierte que el *sumak kawsay* vuelve al Estado altamente interventor.<sup>2</sup> Esta forma de ver el mundo, más allá de sus buenas intenciones, siempre bienvenidas para la reflexión comparada de la sociedad actual y sus fallas; nos retrocede en el tiempo a las prácticas de convivencia ancestrales lo cual por sí mismo no tiene nada de malo, la pregunta es si el mundo de hoy con más de 6.500 millones de personas soportaría esas prácticas, por supuesto contextualizadas en la actualidad. ¿Es imaginable la vida de hoy sin tecnología? Recordemos que la norma adquiere su sentido en tanto cuanto rige para una sociedad, en consecuencia, el riesgo de normar buenas intenciones podría ser demasiado alto.

Nadie está en contra del buen vivir. Y no solo difieren las formas de conseguirlo sino, además, su propia concepción y alcance, porque hay tantas formas de entenderlo como personas existen -incluyo en esta precisión a los gobernantes-. El bienestar es un concepto subjetivo que varía según las disposiciones íntimas, sociales e históricas, que de cualquier manera implican la satisfacción de las necesidades básicas y de todas aquellas del espíritu que sólo la racionalidad humana es capaz de entender. Ambas requieren recursos materiales que suelen ser limitados, por ello, no todos ni siempre logran el bienestar que buscan y al que tienen derecho por la mera razón de existir. Esta última idea es la mayor justificación para la intervención solidaria del Estado según la visión de los estatistas, sostienen que este modelo produce sociedades más justas; sin embargo, ello está basado en convertir las reivindicaciones de ciertos grupos en “derechos” a satisfacer de forma colectiva.

---

<sup>2</sup> LUCIO-PAREDES, Pablo. Artículo Porqué voy a decir que no, en una asamblea que no ha sido influyente ni democrática, 24 de julio de 2008. [www.cambiemosecuador.com](http://www.cambiemosecuador.com)

No son electoralmente rentables los cambios en pro de las libertades individuales involucradas en el sistema de protección social, ya que muchos votantes quieren solidaridad, y los políticos de todo orden ideológico hallan en ese paternalismo un modelo de buena oferta electoral. Nos han convencido que estas propuestas son gratuitas, cuando en realidad las pagamos todos -unos más, otros menos-, volviéndose cada vez más difícil cubrir el déficit que estas prestaciones provocan, es cuestión de ver el caso español sobre las pensiones jubilares.

Más allá de las reservas sobre la sustentabilidad económica del buen vivir, preocupa la forma de inclusión de los conceptos de solidaridad e igualdad, y el influjo que suelen ejercer sobre el individuo, quien, sobreprotegido por el Estado, pierde las ganas y la capacidad de riesgo, fuente creadora de riqueza. Inmerso en una seguridad sin esfuerzo, se desinteresa de su contribución al avance de la sociedad, fomentando instituciones cada vez más ineficientes.

Debemos ser capaces de una producción individual, y un ahorro consciente. Es humanamente más cómodo, volcar las miradas al Estado, provocando generaciones enteras adormecidas por el exceso de seguridad con cargo al Presupuesto, en perjuicio de los sectores productivos de riqueza que se sienten desmotivados, y que, finalmente, suelen ser uno los más grandes generadores del desarrollo de un país.

Al parecer, los estadistas consideran que nuestras sociedades son más solidarias gracias al Estado, sin considerar que el verdadero virtuosismo de la solidaridad radica en su carácter voluntario y sacrificio personal, a diferencia de la solidaridad organizada soportada por el presupuesto general. Lo dicho no significa que debamos renunciar a la búsqueda del bienestar social. Implica hallarlo por otro camino y, en ese orden, deberíamos regresar la mirada al hombre y a la sociedad, impulsándolo a velar por su propio bienestar y a que asuma sus decisiones económicas con las consecuencias que impliquen; por ejemplo, en algunos países europeos, cualquiera puede practicar deportes de riesgo conscientes que está cubierta su atención sanitaria y su seguro de invalidez, pagado por todos los contribuyentes. Es válido cuestionarse si esa persona tomaría las mismas decisiones de riesgo si lo tuviese que sacrificar de su propio patrimonio.

El Estado es necesario, y en democracia encuentra sus límites en la libertad, la propiedad y la vida de las personas. Debe existir para servir, sin sacrificar en su nombre a los individuos y a sus bienes materiales y espirituales. Debe procurar el marco legal dentro del cual los individuos puedan perseguir libre y responsablemente sus propios fines. El Estado no debe dar al hombre lo que éste necesita para garantizarse el bienestar, sino que debería brindarle la seguridad de que por sí mismo puede ganarse el bienestar que necesita, fomentando su capacidad de trabajo, sus deseos de avanzar y de luchar por su propia existencia. Abraham Lincoln señaló: "La propiedad es fruto del trabajo. La propiedad es deseable, es un bien positivo en el mundo. Que algunos deban ser ricos muestra que otros pueden volverse ricos y por lo tanto es un estímulo para la industria y la empresa. No dejen que el que no tiene hogar tire la casa de otro, déjenle trabajar diligentemente para construirse una, y que así, mediante el ejemplo, se asegure que cuando tenga la suya propia, ésta esté a salvo de la violencia".<sup>3</sup>

Pese a lo señalado en el párrafo anterior, el artículo 340 nos evidencia un Estado sobre protector e intervencionista cuando dispone: "El Estado generará las condiciones para la protección integral de las personas durante todo su ciclo de vida". ¿Es esto lo que buscamos? Algunos nos preguntamos si no sería mejor que en lugar de una protección integral nos den las herramientas y oportunidades para desarrollar nuestra vida en libertad, responsabilidad y respeto.

El término igualitario no equivale a igualdad de oportunidades, más aún de la manera en la que está redactado en el 276 del proyecto aquí abordado. El artículo dispone esa igualdad para la distribución de los beneficios del desarrollo, y para los medios de producción, obviando los sacrificios y méritos individuales. Entonces para qué trabajar duro y esforzarse más si el resultado de ese esmero no es proporcional al mismo. Cuál es el sentido de la organización y sacrificio que producen el ahorro, si posteriormente la inversión en medios de producción y los frutos de ese trabajo serán distribuidos por igual en la sociedad. Desde mi punto de vista, este objetivo se constituye en uno de los más grandes desincentivos de la inversión, del trabajo, del progreso individual, y por ende de la propiedad privada conseguida con esfuerzo y honestidad. Por tanto, cuando el artículo 321 señala que el Estado reconoce y garantiza el derecho a la propiedad en

---

<sup>3</sup> LINCOLN, Abraham. [www.asuntoscapitales.com](http://www.asuntoscapitales.com)

sus formas privada, entre otras, debemos analizarlo en el contexto que le dan las demás disposiciones constitucionales. Quien trabaja y produce mientras otros disfrutan de ese esfuerzo, entonces no es un ser libre.

El

## EL RÉGIMEN TRIBUTARIO EN EL PROYECTO DE CONSTITUCIÓN SUJETO A REFERÉNDUM

*Ab. Corina Navarrete Luque, Mt.*

Muchas expectativas teníamos los ciudadanos de conocer el fruto del trabajo de los asambleístas elegidos, plasmado en un proyecto de Constitución, símbolo de la esperanza de una nación. Para los estudiosos del derecho (profesionales y estudiantes) esas expectativas eran muy grandes, toda vez que la Asamblea a través de sus mandatos había expedido leyes de diferente naturaleza, situación que nos ponía en la incertidumbre de saber que si los preceptos que se habían plasmado en dichos cuerpos legales iban a inspirar los principios señalados en el proyecto de Constitución. Cuando por fin se puso en conocimiento de la ciudadanía el tan ansiado proyecto, nuestra agonía terminó.

El presente trabajo tiene por objetivo analizar el Régimen Tributario del proyecto, ¿será beneficioso? ¿Cuál es su objetivo?. Comenzaré indicando, que en el proyecto, el Régimen Tributario se encuentra formando parte del Capítulo Cuarto de Soberanía Económica, dentro del Título VI: Régimen de Desarrollo. Lo que significa que para poder descubrir a ciencia cierta el alcance del Régimen Tributario tenemos que conocer qué es y cuáles son los objetivos del Régimen de Desarrollo.

El Régimen de Desarrollo lo define el Art. 275 como el conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistemas económicos, políticos, socio-culturales y ambientales, que garantizan la realización del buen vivir, del sumak kawsay. Siendo uno de sus objetivos, y el que nos interesa para el Régimen Tributario, es el señalado en el numeral 2 del Art. 276, “Construir un sistema económico, justo, democrático, productivo, solidario y sostenible basado en la distribución igualitaria de los beneficios del desarrollo, de los medios de producción y en la generación de trabajo digno y estable.

Complementando lo anterior, para la consecución del buen vivir se plantea que a las personas y a las colectividades les corresponde, entre otras, “producir, intercambiar y consumir bienes y servicios con responsabilidad social y ambiental”, según lo enunciado en el Art. 278 del cuerpo legal citado. Esto se relaciona con el segundo inciso del Art. 300, ya del Régimen Tributario, que estipula que la política tributaria promoverá la redistribución y estimulará el empleo, la producción de bienes y servicios, y conductas ecológicas, sociales y económicas responsables.

Por otro lado, tenemos que de acuerdo al Art. 285, entre los objetivos específicos de la política fiscal, se encuentran, entre otros la redistribución del ingreso por medio de transferencias, tributos y subsidios adecuados; y, la generación de incentivos para la inversión en los diferentes sectores de la economía y para la producción de bienes y servicios, socialmente deseables y ambientalmente aceptables.

De las normas que se ha citado, podemos concluir que hasta aquí los fines fiscal y extrafiscal del tributo se mantienen casi intactos. Recordemos que el fin fiscal es constituir el ingreso fiscal, mientras que su fin extrafiscal es ser instrumento de política económica general, tal como lo señala el Art. 256, primer inciso, de la Constitución vigente :” Los tributos, además de ser medios para la obtención de recursos presupuestarios, servirán como instrumento de política económica general.” ¿Cuál es la variante? En el proyecto, no se menciona que los tributos estimularán el ahorro, como sí se señala en forma expresa en la Constitución vigente, al indicar, el segundo inciso del Art. 256: “Las leyes tributarias **estimularán** la inversión, la reinversión, **el ahorro** y su empleo para el desarrollo nacional. Procurarán una justa distribución de las rentas y de la riqueza entre todos los habitantes del país.”

Esta diferencia ¿afectará realmente al Régimen Tributario?, no lo creo, porque el ahorro es dinero prácticamente estático, genera ingreso mínimo para el Estado y para el sector privado. Viendo desde otro punto de vista, si el tributo constituye ingreso proveniente del sector productivo privado en términos

generales, lo que le interesa al Estado es fomentar la inversión y reinversión de ese sector productivo, y con ello el empleo y la producción, porque de esa forma asegura que la fuente de los recursos (tributos) se mantenga constante, sea por los tributos directos, o por los tributos indirectos.

Lo que quiere decir que la concepción antigua que los tributos son cargas o gravámenes que soportan los particulares en detrimento de su economía quedó atrás. El proyecto de constitución realza la idea que los tributos realmente son la prueba tangible que los ciudadanos sienten que son parte del Estado y contribuyen con éste de forma solidaria para el desarrollo de todos.

## **Los principios del Régimen Tributario**

**1. Nuestra Constitución actual**, recogiendo tradiciones y doctrina, proclama cuatro principios específicos del Régimen Tributario: Igualdad, Generalidad, Proporcionalidad y Legalidad (Irretroactividad).

**a.- Principio de Igualdad** Se basa en que frente a la ley todos somos iguales, sin distinción de sexo, ideología o raza. Considerando que el Derecho Tributario, es eminentemente económico, debemos entender que:

La Igualdad en lo tributario, se debe de tratar desde el punto de vista de la igualdad económica. Es decir, todos somos iguales siempre y cuando nos encontremos en las mismas circunstancias económicas.

Esto se puede observar más explícitamente en los impuestos llamados directos, como el Impuesto a la Renta, en donde conforme al monto de los ingresos netos, las personas naturales nos ubicamos en la escala que nos corresponde para determinar la cuantía del impuesto a la renta a pagar.

**b.- Principio de Generalidad** La Ley es general para todos, lo que significa que todos debemos de cumplirla. Por ello, el Art. 97 de la Constitución nos establece como regla general:

“Todos los ciudadanos tendrán los siguientes deberes y responsabilidades, sin perjuicio de otros previstos en esta Constitución y la ley:

10. Pagar los tributos establecidos por la ley.”

El Principio Generalidad en materia tributaria se encuentra resumido en la norma constitucional citada, y abarca dos aspectos:

a) La obligación de todos el pagar el tributo, en consecuencia no se debe establecer diferencias entre los habitantes en cuanto al cumplimiento del tributo frente al Estado.

b) Los tributos deben ser establecidos a todos los sectores y no con dedicatoria en desmedro de algún sector.

**c.- Principio de Proporcionalidad** La Constitución de la República establece como la primera garantía del ciudadano el derecho a la vida. Debemos entender, no sólo como el derecho a nacer, sino ir más allá, y es el desarrollarse plenamente.

La Proporcionalidad va en función de la razón del objeto económico imponible (renta o consumo), es decir de lo que percibe el ciudadano, una parte la entregue al Estado

Lo que se busca, es que los tributos sean establecidos de tal forma que el individuo contribuya con el Estado, pero que a su vez, pueda desarrollarse en todo su contexto. Es decir que no sean tributos de carácter confiscatorio.

Uno puede desarrollarse en base a lo que produce y gasta. Por ello quien gana más y gasta más, debe pagar mayor tributo. Esto se ve reflejado en función

íntimamente con la tarifa a ser aplicada. Por ejemplo, en nuestro país, la máxima tarifa del Impuesto a la Renta para personas naturales es del 35%, lo que significa que la persona tiene un 65% para cubrir sus necesidades. En países desarrollados como Alemania, la tarifa del Impuesto a la Renta puede llegar hasta un 70%; ello se explica porque el Estado cubre la mayor parte de las necesidades de sus ciudadanos, no ocurre lo mismo en nuestra realidad.

En el caso de los tributos dirigidos al consumo, la proporcionalidad va en razón de la capacidad de pago. Así en el Impuesto al Valor Agregado, la tarifa es del 12%, y debe ser pagada tanto por quien gana \$ 100.00 como por quien gane \$ 1,000.00; si las dos personas consumen igual. Pues en este tipo de tributos, la proporcionalidad está reflejada en el porcentaje sobre el total de lo gastado, que sí puede soportar el que ha realizado el consumo.

**d.- Principio de Legalidad** La norma jurídica resulta del establecimiento de disposiciones dadas por el Congreso Nacional para regular la conducta de los individuos dentro de una sociedad. La norma jurídica es de carácter tributario cuando regula la relación que surge entre las partes involucradas (Estado - ciudadanos) para la obtención de una clase de ingresos (tributos) necesarios para el Erario Fiscal. Esta regulación, que es de carácter sustantivo, se encuentra ligada a otras situaciones colaterales a la entrega de dinero, sea por las facultades que goza la Administración Tributaria, sea por procesos para el cumplimiento de la obligación tributaria por parte de los ciudadanos y reclamos que éstos planteen, sea por infracciones penales que sancionan el quebrantamiento de las normas por los sujetos involucrados, entre otras.

Las leyes tributarias en cuanto a su contenido, se expresan al igual que las restantes leyes, con normas generales obligatorias, concebidas en términos abstractos e impersonales; que en el caso particular describen hechos imponibles, enlazando a su efectiva producción en el campo concreto de la realidad, el nacimiento de las consiguientes obligaciones pecuniarias.

El principio de Legalidad se basa en el aforismo “**nullun tributum sine lege**”

Esto significa no puede existir tributo sin ley previa que lo regule, y todos los efectos que de ello se emane.

Así en el Art. 257 de la Constitución, primer inciso, se establece : “Sólo por acto legislativo de órgano competente se podrán establecer, modificar o extinguir tributos. Las tasas y contribuciones especiales se crearán y regularán de acuerdo con la ley...”

Además en segundo inciso de dicha norma, se establece una delegación de ese poder tributario al Presidente de la República, en una parte de la reserva de ley, cuando señala que dicha autoridad podrá fijar o modificar las tarifas arancelarias de aduana. Esta potestad dada a la máxima autoridad pública se hace con fines de agilidad administrativa por el dinamismo del mercado internacional.

**La finalidad del Principio de Legalidad es afianzar la seguridad jurídica,** mediante la predeterminación de las conductas debidas, de modo que tanto gobernados como gobernantes sepan a que atenerse al conocer de antemano qué es lo que tienen que hacer u omitir, principalmente si se trata de asuntos de carácter económico como lo es el ámbito tributario.

Para lograr la seguridad jurídica ansiada, es que el principio de Legalidad se nutre de los principios de certeza y de irretroactividad de las normas jurídicas, a fin de propender a la consecución de su finalidad.

La certidumbre en la tributación tiene que ver con que toda norma tributaria debe poseer fijeza en sus principales elementos o características, para evitar actos arbitrarios por parte de la Administración Tributaria o abusivos por parte de los sujetos pasivos.

La incertidumbre en la tributación es motivo para el quebrantamiento por parte de todos los obligados y favoreciendo a las posibles astucias de algunos de los empleados de la Administración Pública. La certeza de cómo cada individuo debe actuar y comportarse dentro del sistema tributario imperante es de tanta

importancia que una desigualdad considerable en el modo de comportarse y tributar frente a la Administración Tributaria acarrea, un mal tan grande como la más pequeña incertidumbre.

En virtud de lo anterior, para poder cumplir debidamente lo dispuesto en las normas tanto por parte de la Administración Tributaria como por parte de los particulares, es menester que la Ley sea lo más clara posible, se pueda identificar sus elementos y sus efectos; todo ello con el ánimo de que para otros medios no se alteren dichos elementos en perjuicio del contribuyente ni del Estado y no se introduzca la incertidumbre.

La idea de certeza del derecho es una exigencia del principio de seguridad jurídica. De la certeza se deriva el principio de irretroactividad de las leyes, indispensable en lograr el propósito de consolidar la seguridad jurídica.

El principio de irretroactividad significa que toda ley rige para lo venidero, y por ende no para sucesos ocurridos con anterioridad a la vigencia de la ley.

El principio de irretroactividad de la ley en materia tributaria queda expresamente señalado en la Constitución en el Art. 256, inciso primero, parte final : "... No se dictarán leyes tributarias con efecto retroactivo en perjuicio de los contribuyentes."

Hay que tener siempre presente que ¡Sin certeza sobre la vigencia y contenido de la ley tributaria no existe seguridad jurídica!

## **2. El proyecto de Constitución**

El Art. 300 del Proyecto establece que el régimen tributario se regirá por los principios de generalidad, progresividad, eficiencia, simplicidad administrativa, irretroactividad, equidad, transparencia y suficiencia recaudatoria. Estos principios se los puede clasificar en dos grupos, el primero dirigido a todos los sujetos del tributo (generalidad, progresividad, legalidad (irretroactividad) y

equidad) , y el segundo grupo dirigido a la administración tributaria (eficiencia, simplicidad administrativa, transparencia y suficiencia recaudatoria). Como observamos en el numeral anterior, los principios tributarios de nuestra Constitución vigente solamente están contemplados al primer grupo, dirigidos a los sujetos del tributo.

Como ya había señalado antes, el proyecto de Constitución refleja que los tributos tienen una triple finalidad: la recaudación, la intervención en la economía y la justicia social.

El cumplimiento del principio de la eficiencia implica que se cumplan los fines puramente fiscales de la tributación, como la recaudación, y también los extrafiscales, como los económicos y sociales.

El principio de equidad está relacionado con la justicia tributaria, y se lo asimila con el principio de no confiscatoriedad. Es un principio muy amplio que puede llegar a ser mal interpretado y en consecuencia mal aplicado, tanto por parte de los contribuyentes como de la Administración Tributaria.

El principio de progresividad si bien es cierto en la Constitución vigente no se lo mencionaba, se encuentra presente en la mayoría de los impuestos directos, como en el impuesto a la renta de personas naturales, pues la Ley de Régimen Tributario Interno, en su artículo 36, presenta una tabla para calcular el tributo, en la cual la tarifa del impuesto va desde el 0% hasta el 35%; igual situación la podemos apreciar en la Ley del Impuesto a los Vehículos Motorizados, y otras.

El otro grupo de principios (eficiencia, simplicidad administrativa, transparencia y suficiencia recaudatoria) como ya lo indiqué, son establecidos desde el punto del accionar de la administración tributaria, y del Estado en general, con respecto a la distribución del ingreso generado por los tributos; por lo que se puede concluir que una vez aprobado el proyecto de Constitución se derogarían una serie de tributos que no representan recaudación para el Estado.

El principio de legalidad se presenta en el proyecto con el mismo alcance que en la Constitución vigente. Así:

Proyecto:

“Art. 301.- Sólo por iniciativa de la Función Ejecutiva y mediante ley sancionada por la Asamblea Nacional se podrá establecer, modificar, exonerar o extinguir impuestos. Sólo por acto normativo de órgano competente se podrán establecer modificar, exonerar y extinguir tasas y contribuciones.

Las tasas y contribuciones especiales se crearán y regularán de acuerdo con la ley.”

“Art. 305.- La creación de aranceles y la fijación de sus niveles son competencia exclusiva de la Función Ejecutiva.”

Constitución vigente:

“Art. 147.- Solamente el Presidente de la República podrá presentar proyectos de ley mediante los cuales se creen, modifiquen o supriman impuestos,..”

“Art. 257.- Sólo por acto legislativo de órgano competente se podrán establecer, modificar o extinguir tributos. No se dictarán leyes tributarias con efecto retroactivo en perjuicio de los contribuyentes.

Las tasas y contribuciones especiales se crearán y regularán de acuerdo con la ley.

El Presidente de la República podrá fijar o modificar las tarifas arancelarias de aduana.”

El proyecto de constitución utiliza términos más apropiados para evitar una confusión por parte de los administrados. Así, se puede apreciar que se sustituye acto legislativo por acto normativo, pues un Concejo Cantonal o un

Consejo Provincial puede establecer una tasa o una contribución, pero siempre y cuando esa obra pública o servicio que origina esos tributos, se encuentra establecida en la ley; mientras que el acto legislativo sólo es potestad del Congreso Nacional.

Por otro lado, la potestad dada al Presidente de la República, sea para presentar proyectos como para fijar aranceles, en la Constitución actual, en el proyecto dicha potestad se la otorga de forma general a la Función Ejecutiva.

En otro aspecto, el proyecto de Constitución en el Art. 300, parte final, establece: "...Se priorizarán los impuestos directos y progresivos." Se había señalado antes, que el Régimen Tributario del proyecto contenía principios relacionados directamente con la aplicación por parte del Estado en general; al señalar la prioridad de los impuestos directos sobre los impuestos indirectos, denota dos situaciones, por un lado, que el Estado va a imponer tributos de esta naturaleza, como ya lo vimos en la Ley de Equidad Tributaria, con la creación de tres impuestos directos, pero no progresivos, y con el fortalecimiento del Impuesto a la Renta, y la aplicación de la progresividad en el Impuesto a la Renta sobre Herencia, Donación y Legado; y por otro lado, que el Estado se va a preocupar más por la suficiencia recaudatoria de este tipo de impuestos.

Particularmente considero, que esta priorización no debía de haber sido puesta como norma constitucional, sino como política de ejecución de la Administración Fiscal, debido a que el número de contribuyentes de los impuestos indirectos es mucho mayor que el de los contribuyentes directos; además que los impuestos indirectos significan mayor y más pronta recaudación (mensual, diario) que los directos (anual en su mayoría). Lo que significa que en un momento de emergencia económica el Estado siempre se va a preferir modificar a los impuestos indirectos por la agilidad de la recaudación. Situación que no es nueva en el país y que ya la hemos vivido.

A manera de conclusión, señalaré que el Régimen Tributario establecido en el proyecto de Constitución no significa un gran cambio para nuestro sistema

tributario, como se lo esperaba, pues la mayoría de los postulados se encuentran en la actual Carta Magna. La inclusión de la equidad como principio si bien es cierto es más amplio que el principio de igualdad, va a ocasionar problemas en su aplicación, y muchas controversias judiciales y constitucionales. Muchos esperábamos que se incluya como principios el de la Capacidad Contributiva, y el de la No Confiscatoriedad, y no tenerlo que extraer del Derecho de la Propiedad, para la aplicación en materia tributaria.

Lo que sí es digno de destacar es el proyecto establece que la política tributaria estimulará conductas ecológicas responsables

El origen de esta inclusión es que si bien es cierto dentro de la economía clásica, el medio ambiente carecía de valor, por ser considerado un bien de libre uso por toda la humanidad, como el aire, el agua, la flora, la fauna etc. ; sin embargo, en los actuales momentos , el medio ambiente es un bien que tiene un valor equivalente a las erogaciones que es preciso realizar para reparar los daños causados por la actividad económica y el progreso tecnológico.

Al habersele atribuido al Estado la obligación de conservar y restituir los recursos naturales, éste tiene que hacer uso de todos los instrumentos de que disponibles para cumplir tal deber, entre ellos, los tributos, que deben servir para satisfacer necesidades financieras y para inducir conductas acordes con el deber de participar en la vida de la comunidad y de actuar en forma solidaria.

## COMENTARIOS AL TÍTULO NOVENO “SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN” DEL PROYECTO DE CONSTITUCIÓN APROBADO POR LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE

**Por Dr. Santiago Velázquez Velázquez**

El Título de la referencia del Proyecto de Constitución se encuentra dividido en tres capítulos: el primero de ellos relacionado a los principios, el segundo aborda lo relativo a la Corte Constitucional, y el tercero la reforma de la Constitución. División similar a la de la Constitución de 1998. En el presente ensayo únicamente me referiré a los capítulos de los principios y de la reforma de la Constitución.

Sobre los principios, me parece correcto, que el Proyecto enuncie en forma clara el carácter de norma suprema de la Constitución y el hecho que ésta prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico, particular que también consta en la Constitución de 1998.

Es un acierto indicar en forma clara la supremacía de la constitución pues esta norma es la que da unidad al orden jurídico, como bien lo expresa Kelsen: “Una pluralidad de normas, forma una unidad, un sistema, un orden, cuando su validez puede ser atribuida a una norma única como fundamento último de esa validez.”<sup>1</sup>

La supremacía de la constitución es la razón por la cual sus prescripciones quedan fuera de la disponibilidad de los actores políticos y no pueden ser modificadas por los poderes públicos en sus actuaciones ordinarias. Como indica Eduardo Espín “el carácter fundamental y primario de la Constitución se manifiesta también en que la Constitución

---

<sup>1</sup> Kelsen Hans, “Théorie Pure du Droit”, traducción francesa de la segunda edición de la “Reine Rechtslehre” por Charles Eisenmann, Dalloz, Paris, 1962, Pág.257, citado por Salgado Pesantes Hernán, “Lecciones de Derecho Constitucional”, Ediciones Legales, Quito, Pág.51.

regula el procedimiento de creación y modificación de las restantes normas del ordenamiento, esto es, las potestades normativas del ordenamiento.”<sup>2</sup>

Jaime Vidal Perdomo expresa: “La supremacía de la Constitución implica su superioridad; frente a ella, además las otras normas deben someterse o pierden valor jurídico. La superioridad de la Constitución es tanto material como formal. Material, porque ella es el origen de la actividad del Estado y, en consecuencia, todas las demás normas jurídicas le están subordinadas; naturalmente esta superioridad compromete a los gobernantes (legislativo y gobierno) y a los otros órganos del poder, puesto que sus atribuciones emanan de ella y allí tienen sus límites. La superioridad es formal en cuanto que, conforme al criterio de las Constituciones rígidas, la Constitución sólo puede variarse mediante mecanismos más o menos complejos de revisión, y las leyes no disponen por lo general de fuerza jurídica para cambiar sus mandatos”.<sup>3</sup>

Rafael Oyarte también se refiere a la supremacía constitucional en dos vertientes: material y formal. La primera hace alusión a la superioridad del contenido de la Constitución y la segunda se refiere a que la expedición y reforma de la Constitución tiene requisitos y procedimientos específicos más exigentes que las normas ordinarias, y además la Constitución establece los procedimientos por los que deben crearse, modificarse y derogarse las principales normas jurídicas.

El título del proyecto de Constitución al que me estoy refiriendo contempla en forma expresa la superioridad de la Constitución sobre las demás normas del sistema jurídico ecuatoriano y recoge tanto los elementos de supremacía material como los de la formal.

El texto constitucional propuesto, en desarrollo de lo que es la supremacía material de la Constitución, establece un orden jerárquico claro de aplicación de las normas, entendiéndose de su lectura, que en el caso de los tratados internacionales de derechos

---

<sup>2</sup> Espín Eduardo, López Guerra Luis, García Joaquín, Pérez Tremps Pablo, Satrústegui Miguel, Derecho Constitucional, Volumen I, “El Ordenamiento Constitucional. Derechos y Deberes de los Ciudadanos, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, Pág. 46.

<sup>3</sup> Vidal Perdomo Jaime, Derecho Constitucional General e Instituciones Políticas Colombianas, Editorial Legis, Colombia, 2005, Pág.14.

humanos ratificados por el Ecuador éstos pueden actuar en forma conjunta con la Constitución, formando un bloque de constitucionalidad, cuando reconozcan derechos más favorables.

Del orden jerárquico de aplicación de normas expuesto en el artículo 425 del proyecto y del artículo 417 de éste que expresa que los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución queda claro que la Constitución es la norma suprema del Estado y que prevalece sobre los tratados, teniendo en consideración, eso sí, lo citado en relación a tratados internacionales de derechos humanos que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución.

Esto resulta importante porque el inciso final del artículo 162 de la Constitución vigente da lugar a dos interpretaciones. El inciso en cuestión indica: "La aprobación, de un tratado o convenio que exija una reforma constitucional, no podrá hacerse sin que antes se haya expedido dicha reforma". Las interpretaciones a las que me refiero son:

1.- El tratado internacional cuyas disposiciones difieren de las normas constitucionales es superior jerárquicamente a éstas, por cuanto producto de esa diferencia se va a producir una reforma constitucional, en otras palabras, el tratado conlleva en forma obligatoria un cambio en la Constitución, lo que evidentemente permitiría afirmar que el tratado prevalece sobre la Constitución.

2.- La Constitución prevalece sobre el tratado internacional y por ello éste no puede entrar a formar parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano, a no ser que la Constitución sea reformada, particular que de darse responderá no al tratado sino a la necesidad de adecuar el texto constitucional a nuevas circunstancias sociales.

En el punto del orden jerárquico de normas, es novedoso y acertado establecer la utilización del criterio de competencias para determinar la jerarquía normativa en un caso en particular. Este criterio de competencias está vinculado directamente con la institución jurídica de las autonomías y no es nuevo en el derecho.

Acorde con la concepción de la Constitución como verdadera norma jurídica, ya recogida en la Constitución de 1998, el texto propuesto permite aplicar en forma directa las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, particular que implica una delimitación más exacta, pero a su vez restrictiva, de los instrumentos internacionales aplicables en forma directa en el Ecuador, pues el artículo 18 de la Constitución vigente, en lo que hace alusión a derechos y garantías, permite aplicar directa e inmediatamente los instrumentos internacionales vigentes, sin calificar a éstos por su materia, ni condicionarlos al hecho de haber sido ratificados por el Ecuador, lo último, esto es la exigencia de la ratificación por parte del Ecuador del instrumento internacional, no está claro en el proyecto pues el artículo 424 sí contiene esa exigencia, pero el artículo 426 no. Esto significa sin duda un desconocimiento del carácter progresivo de los derechos.

Resulta, en mi opinión, importante destacar que el limitar la aplicación de los tratados internacionales a los de derechos humanos contiene la dificultad de determinar cuáles son los de derechos humanos, esto es, quién califica que se trate de un tratado de derechos humanos. Adicionalmente, existen tratados que no tienen como tópico fundamental los derechos humanos pero contienen normas de derechos humanos, cuya aplicación directa en el Ecuador quedaría excluida, lo que es perjudicial para las personas, y, como se dijo, contrario al principio de progresividad de derechos.

Otra innovación constante en el capítulo de los principios está dada por el artículo 427 del Proyecto, que contiene los parámetros para realizar la interpretación de las normas constitucionales.

El tema de la interpretación de la Constitución reviste singular importancia, por el hecho ya anotado del carácter de verdadera norma jurídica de la Constitución y su aplicación directa. La labor de interpretación siempre es controversial, pero es necesaria, pues ya no es aceptado el enunciado positivista de que basta una subsunción lógica de los hechos en la norma. Robert Alexy manifiesta cuatro razones, para la interpretación de las normas jurídicas:

- 1.- La vaguedad del lenguaje jurídico.
- 2.- La presencia de conflictos entre normas aplicables al mismo supuesto de hecho.
- 3.-La existencia de casos para los que no hay norma vigente.
- 4.-La posibilidad de decidir contra el tenor literal de una norma para evitar un resultado manifiestamente injusto.

La propuesta constitucional en su artículo 427 plasma para la interpretación constitucional los principios de unidad y armonización, además de resaltar el hecho que en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del Constituyente.

La expresión “que mejor respete la voluntad del constituyente” resulta ser general y de difícil precisión, ya que, como es de conocimiento público, la Asamblea Nacional Constituyente facultó a una Comisión especial verificar, entre otras cosas, los textos aprobados por la Asamblea Constituyente, y ésta realizó algunos cambios en el articulado, por lo que resulta difícil determinar cuál fue la voluntad del Constituyente en algunos casos.

En la parte final del artículo 427 se hace una mención a los principios generales de la interpretación constitucional. Considero que el constituyente debió haber sido más explícito en este tema y no hacer dicha remisión por cuanto a pesar que la doctrina ha establecido claras diferencias entre los métodos de interpretación de la ley y los de interpretación constitucional, no es menos cierto que en la cultura jurídica ecuatoriana no están difundidos los métodos de interpretación constitucional.

El título que estamos comentando de la propuesta constitucional, en el capítulo relacionado a la Corte Constitucional, específicamente en el artículo 429, señala que la Corte Constitucional es la encargada de realizar la interpretación constitucional, conforme se desarrolla en el numeral 1 del artículo 436 del Proyecto, lo que supone un cambio significativo en materia de interpretación constitucional respecto de la constitución de 1998, que en su artículo 284, confería al Congreso Nacional la facultad de

interpretar las normas constitucionales de un modo generalmente obligatorio. Me parece acertado el cambio propuesto.

El artículo 428 del Proyecto constituye, en mi opinión, un cambio inapropiado en el sistema de Control Constitucional del Ecuador. La Constitución vigente en su artículo 274 permite a cualquier juez o tribunal, en las causas que conoce, declarar inaplicable, de oficio o a petición de parte, un precepto jurídico contrario a las normas de la Constitución o de los Tratados o Convenios Internacionales, sin perjuicio de fallar sobre el asunto controvertido. Declaración que no tiene fuerza obligatoria sino únicamente en las causas en las que se pronuncia, correspondiendo al Tribunal Constitucional, en forma posterior, teniendo como base el informe presentado por el Juez o Tribunal, resolver sobre este tema con carácter general y obligatorio. Esta facultad permite a los Jueces ordinarios realizar un control de constitucionalidad, siendo una de las notas típicas de un sistema en el cual el control de constitucionalidad se encuentra no únicamente en manos del Juez Constitucional sino que admite la colaboración de la denominada “Justicia Ordinaria” por cuanto ésta es la que conoce el día a día de las divergencias que se producen y está, en consecuencia, en posibilidad de constatar de primera fuente la constitucionalidad o no de las normas del sistema jurídico ecuatoriano.

El Proyecto no hace alusión a los jueces colegiados, esto es, a los tribunales y salas, particular que hubiere sido deseable para mayor claridad. Los mayores inconvenientes que presupone este artículo son los siguientes:

I. El texto del actual artículo 274 se refiere a la inaplicabilidad de normas contrarias a la Constitución o a tratados y Convenios Internacionales en forma general. La propuesta se circunscribe únicamente a normas jurídicas contrarias a la Constitución o a Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución. Esto es, en primer lugar se excluye la posibilidad de realizar un control de normas contrarias a los tratados de una materia distinta a los derechos humanos, y en segundo lugar, aún dentro de los tratados de derechos humanos,

la norma se refiere únicamente a aquellos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución.

II. El texto propuesto dispone en forma imperativa que el Juez que considere encontrarse ante una norma jurídica contraria a la Constitución o a los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en ésta, debe suspender la tramitación de la causa, lo que implica la paralización del proceso, con los consiguientes perjuicios que esto ocasiona a las partes en litigio, en algunos casos incluso este perjuicio puede ser irreparable, pues es evidente que los bienes jurídicos materia de las controversias pueden ser de distintas clases, y algunas de ellas de fundamental valor. Pensemos por un momento en un proceso de niñez y adolescencia, o en un proceso de carácter penal, en los que sería terriblemente perjudicial para las partes la paralización del juicio.

III. La suspensión del proceso puede ocasionar serios inconvenientes en lo relacionado a instituciones jurídicas como la caducidad y la prescripción, creándose entonces a través de esta disposición una herramienta procesal para que los abogados apunten, en contra de la realización de la justicia, a obtener que un derecho prescriba o que el ejercicio de una acción caduque.

IV. La suspensión planteada del proceso, resulta una aplicación en materia constitucional de la figura de la cuestión prejudicial propia del Derecho Comunitario, lo que no es acertado dado que la naturaleza de los procesos de integración, que normalmente constituyen el antecedente del establecimiento de comunidades en las cuales existe el derecho comunitario obedece a otras consideraciones. Así tenemos que, en la Comunidad Andina el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina contempla la denominada “Interpretación Prejudicial” en los artículos que van desde el 32 al 36, siendo en este caso obligación del Juez suspender el conocimiento de la causa principal hasta que se resuelva por parte del Tribunal Andino el verdadero alcance de una disposición comunitaria.

En el Derecho Comunitario Europeo, que sin duda es el más desarrollado, esta institución se denomina como “Reenvío Prejudicial” o también “Cuestión Prejudicial” siendo tratada la misma en el artículo 177 del Tratado de la Comunidad Europea.

V. La norma constitucional propuesta, con la finalidad de evitar que ocurran los inconvenientes antes señalados, esto es, la demora en la tramitación de los diversos procesos judiciales, ha establecido un plazo máximo de 45 días para que la Corte Constitucional absuelva la consulta que sobre la constitucionalidad de una norma le formula un Juez. Este plazo, que a primera vista parece lógico, difícilmente podrá cumplirse en la práctica, pues el Proyecto de Constitución otorga múltiples atribuciones a la Corte Constitucional, que impedirán que ésta a pesar de sus buenas intenciones y de la diligencia de sus integrantes, pueda cumplir en el tiempo estipulado. Debe tenerse presente que el hecho de la suspensión del proceso, como se indicó, hará que los abogados utilicen esta figura como una dilatoria, generándose un crecimiento importante en el número de causas que por este concepto lleguen a la Corte Constitucional, respecto de las que actualmente llegan al Tribunal Constitucional en virtud del artículo 274 de la Constitución Política.

VI. El quitar a los jueces ordinarios la posibilidad de declarar inaplicable un precepto jurídico contrario a la Constitución o a las disposiciones de los Tratados Internacionales, impedirá contar con los conocimientos y experiencias de éstos en el control constitucional, lo que va en detrimento de un examen más exhaustivo de la Constitucionalidad de la norma cuestionada. Como ya he indicado, son los jueces ordinarios quienes en el día a día conocen las diversas vicisitudes que se presentan entre los particulares y la forma, en que el Derecho aborda éstas.

VII. El Proyecto Constitucional, con la intención de obtener que la Corte Constitucional cumpla el plazo de 45 días en la absolución de las consultas que estamos comentando, señala que si transcurrido el plazo, la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente. No se menciona expresamente cual es esta acción pero de la revisión del texto constitucional se infiere que se trata de la prevista en el

numeral cinco del artículo 436 del Proyecto de Constitución, esto es, la Acción derivada de los incumplimientos, lo que, lejos de ser una solución, resulta ser un mero enunciado puesto que dicha acción debe ser conocida por la propia Corte Constitucional que, para el caso en cuestión, sería el ente que habría incurrido en incumplimiento.

Como ya expresamos, una de las manifestaciones de la supremacía constitucional es la denominada superioridad formal, que en pocas palabras se refiere al hecho que las constituciones generalmente son rígidas y que los mecanismos para su reforma son más exigentes que los previstos para la reforma de normas de menor jerarquía.

El capítulo tercero del título noveno del Proyecto de Constitución, se refiere concretamente a esta manifestación de la Supremacía de la Constitución. Dicho capítulo contiene cuatro artículos, dos de ellos destinados a procedimientos de reforma propiamente dichas, esto es, cambios al texto constitucional, sin que signifiquen la expedición de una nueva carta política, los otros dos artículos se refieren uno a la facultad de la Corte Constitucional para calificar la procedencia de los procedimientos que deben aplicarse para la reforma parcial, y el otro a la Asamblea Constituyente.

Respecto a la reforma de la Constitución, antes de comentar los artículos debemos recordar que por regla general sobre las constituciones políticas se puede afirmar que estos cuerpos jurídicos tienen vocación de permanencia. Sin embargo esta vocación no significa que la Constitución no deba ni pueda sufrir cambios para adecuarse a las circunstancias sociales. Obviamente un exceso de reformas debilita a la Constitución y le hace perder fortaleza, al respecto Hesse señala: "... Toda reforma constitucional pone de manifiesto cómo unas necesidades objetivas, real o supuestamente inevitables, se valoran más que la regulación normativa vigente. Agrega que si esas modificaciones se hacen muy frecuentes, la consecuencia inevitable será el resquebrajamiento de la confianza en la inviolabilidad de la Constitución y el debilitamiento de su fuerza normativa."<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Hesse, Conrad, Constitución y Derecho Constitucional, en Manual de Derecho Constitucional de Benda, Maihofer y otros, 2da Edición, Marcial Pons, Madrid, 2001, Pág.74.

El poder de Reforma de la Constitución en palabras de Ster “Es expresión de la soberanía popular que se autorregula, que se autolimita, que se juridifica, al someterse a los procedimientos previstos en la misma Constitución.”<sup>5</sup>

El poder de Reforma de la Constitución tiene básicamente dos clases de límites: los procedimentales y los materiales. Los procedimentales hacen relación al específico y riguroso procedimiento que debe seguirse para la reforma constitucional, en el caso del proyecto de constitución que estamos comentando, los artículos 441 y 442 sin duda ponen de manifiesto este límite procedimental pues confiere, como lo vamos a revisar a continuación, la iniciativa de reforma constitucional a determinados sujetos, o a la ciudadanía siempre que se cumpla con el requisito de que los proponentes alcancen un determinado porcentaje de las personas inscritas en el Registro Electoral, además en los artículos mencionados se alude a la existencia de dos debates en la Asamblea Nacional, con un tiempo determinado intermedio entre ellos, una mayoría de aprobación calificada, e incluso en algunas hipótesis la necesidad de un referéndum.

Los límites materiales también se encuentran de manifiesto en el proyecto constitucional puesto que de la lectura de los textos sugeridos se puede apreciar la existencia de determinadas cláusulas que en doctrina se conocen como “pétreas” o “cláusulas de intangibilidad” ya que el artículo 441 del proyecto excluye de poder modificar siguiendo sus disposiciones lo siguiente: La estructura fundamental, el carácter y elementos constitutivos del Estado, los Derechos y Garantías, el Procedimiento de Reforma de la Constitución; por su parte el artículo 442 excluye la posibilidad de reformar mediante su utilización los Derechos y Garantías Constitucionales y el Procedimiento de Reforma de la Constitución.

El artículo 441 del Proyecto de Constitución, como hemos citado, se refiere a un mecanismo de reforma que no puede utilizarse para cambiar lo siguiente: la estructura fundamental, el carácter y elementos constitutivos del Estado (Título I del Proyecto de

---

<sup>5</sup> Ster, Klaus, Derecho del Estado de la República Federal Alemana, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, Pág. 326.

Constitución), Derechos y Garantías (Títulos II y III del Proyecto de Constitución) y procedimiento de reforma de la Constitución (Capítulo III del Título IX del Proyecto de Constitución). El artículo en cuestión trae dos posibilidades para su aplicación:

1. Un referéndum solicitado por el Presidente de la República o por la ciudadanía con el respaldo de por lo menos el 8% de las personas inscritas en el Registro Electoral. En esta posibilidad, el Proyecto no indica cuál es el resultado mínimo que debe obtenerse en el referéndum para aprobar la reforma, esto es, mayoría absoluta, dos terceras partes, etc.
2. Por iniciativa de los miembros de la Asamblea Nacional, cuyo número sea por lo menos equivalente a la tercera parte de sus miembros. En esta hipótesis el Proyecto se tramitará en dos debates, debiendo el segundo de ellos realizarse dentro de los treinta días siguientes al año de efectuado el primero. Para la aprobación de la reforma, se requiere el respaldo de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea Nacional.

El artículo 442 permite una reforma parcial de la Constitución, siempre que ésta no suponga restricciones a los derechos y garantías constitucionales (Títulos II y III del Proyecto), ni modifique el procedimiento de reforma de la Constitución (Capítulo III del Título IX del Proyecto). La reforma parcial a la que alude este artículo debe darse como consecuencia de la iniciativa ya sea del Presidente de la República, de la Asamblea Nacional mediante resolución de la mayoría de sus integrantes, o de la ciudadanía con el respaldo de al menos el 1% de los inscritos en el registro electoral.

En esta hipótesis, el proyecto de reforma será tramitado por la Asamblea Nacional en al menos dos debates, el segundo de los cuales se realizará luego de 90 o más días del primero. De ser aprobadas las reformas por la Asamblea Nacional, deberá convocarse a un referéndum dentro de los 45 días siguientes, en el cual, para que se aprueben, se requiere al menos la mitad más uno de los votos válidos emitidos. Aprobada la reforma por este procedimiento, dentro de los 7 días siguientes, el Consejo Nacional Electoral dispondrá su publicación. Como vemos, existen dos artículos en la propuesta constitucional relacionados a las reformas constitucionales con procedimientos, iniciativas, y requisitos de aprobación distintos, no existiendo claridad absoluta en los

mismos para determinar cuándo debe aplicarse el procedimiento previsto en el artículo 441 y cuándo el previsto en el artículo 442. Tan cierto es esto que el artículo 443 del Proyecto de Constitución establece que la Corte Constitucional calificará cuál de los procedimientos previstos en el Capítulo de la Reforma de la Constitución corresponde en cada caso, lo que significa sin duda un paso adicional en los procedimientos de reforma pues debe contarse con la participación de la Corte Constitucional. Estimo que debió haber existido claridad absoluta en los artículos relacionados a la Reforma de la Constitución de tal suerte que no se dependa de la Corte Constitucional para aplicar un procedimiento de Reforma Constitucional. No es propio de una Corte Constitucional intervenir en el proceso de reforma de la Constitución que por su naturaleza debe tener otros partícipes.

Finalmente el Proyecto, en el artículo 444, consagra la institución de la Asamblea Constituyente, a quien le confiere la posibilidad, en exclusiva, de dictar una nueva Constitución, esto es, sólo a través de una Asamblea Constituyente podrá sustituirse la Constitución. La Asamblea Constituyente será convocada a través de consulta popular, la misma que a su vez únicamente podrá ser solicitada por el Presidente de la República, por la Asamblea Nacional con la aprobación de las dos terceras partes de sus miembros, o por un número de personas equivalentes a por lo menos el 12% de las inscritas en el registro electoral.

La consulta necesariamente deberá incluir la forma de elección de los representantes y las reglas del proceso electoral, en esta parte debe tenerse presente que existe una gran amplitud en la expresión “reglas del proceso electoral”, por lo que en realidad se trataría de un conjunto normativo extenso y detallado, realizado para el caso particular.

La nueva Constitución requiere para entrar en vigencia ser aprobada mediante referéndum con la mitad más uno de los votos válidos.

Como vemos la institución de la Asamblea Constituyente, consagrada en el artículo 444, en realidad se ajusta al proceso seguido para la elaboración del Proyecto de Constitución que estamos comentando.

## **BIBLIOGRAFÍA**

1. Constitución Política del Ecuador de 1998 (vigente)
2. Proyecto de Constitución propuesto por la Asamblea Constituyente de 2008
3. Espín Eduardo, López Guerra Luis, García Joaquin, Pérez Tremps Pablo, Satrústegui Miguel, Derecho Constitucional, Volumen I, “El Ordenamiento Constitucional. Derechos y Deberes de los Ciudadanos, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
4. Hesse, Conrad, Constitución y Derecho Constitucional, en Manual de Derecho Constitucional de Benda, Maihofer y otros, 2nda Edición, Marcial Pons, Madrid, 2001.
5. Oyarte Martinez Rafael, “La Supremacía Constitucional”, publicado en “Derecho Constitucional para fortalecer la democracia ecuatoriana”, Edición Tribunal Constitucional, Quito, 1999.
6. Salgado Pesantes Hernán, “Lecciones de Derecho Constitucional”, Ediciones Legales, Quito.
7. Ster, Klaus, Derecho del Estado de la República Federal Alemana, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.
8. Vidal Perdomo Jaime, Derecho Constitucional General e Instituciones Políticas Colombianas, Editorial Legis, Colombia, 2005.