

**ANALISIS DEL
CONSTITUCIONALISMO
CONTEMPORANEO DEL
ECUADOR**

2010

Derechos del Autor No. 000915

Obra: Análisis del Constitucionalismo
Contemporáneo del Ecuador – Edición: 2010

Impreso en Docucentro Católica
Nuvera 120 B/N
Patriot Color

Dirección: Av. Carlos Julio Arosemena Km. 1.5
Campus Universidad Católica

ANÁLISIS DEL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO DEL ECUADOR

ÍNDICE GENERAL

1. UNA VISIÓN ALTERNATIVA: EL CONSTITUCIONALISMO CLÁSICO

- 1.1 Antecedentes: De la Carta Magna a la Constitución de Estados Unidos
- 1.2 ¿Qué es una Constitución?
- 1.3 Estados Unidos, Inglaterra, libertad y Constitución
- 1.4 Francia, libertad y Constitución
- 1.5 Conclusión: Volviendo a los orígenes

2. SUPREMACÍA Y CONTROL CONSTITUCIONAL

- Concepción de constitución
- Justicia Validez y eficacia de las normas jurídicas
- Las funciones de la constitución Política y jurídica
- Los vicios del constitucionalismo
- Clasificación de las constituciones
- Según su formulación jurídica
- Constitución escrita
- Ventajas de la Constitución escrita
- Constitución no escrita
- Según su reformabilidad
- Constituciones flexibles
- Constituciones pactadas

Aprobadas por voluntad de la soberanía popular
Control de constitucionalidad
Importancia de la jerarquía del Derecho internacional
Historias de las constituciones
Estados Unidos de Norte América
Francia
Sistema Inglés
Supremacía constitucional según la constitución
Clasificaciones del control constitucional
Según los órganos de control
Según la formación de los jueces
Según los límites estatales
Según la admisión
Según el modo de impugnación
Según la posibilidad de acceso
Según los sujetos legitimados
Según la cobertura
Según la facultad de decisión
Conclusión

3. Neo constitucionalismo y aspectos importantes que éste conlleva.

Índice:

- 3.1 Introducción
- 3.2 Qué es una constitución
- 3.3 Qué es el neo constitucionalismo
- 3.4 Neo constitucionalismo en el Ecuador

3.5 Poder Constituyente

3.6 Participación Ciudadana

3.7 Formas de Democracias Directa

3.8 Conclusión

4. GARANTIAS CONSTITUCIONALES

4.1 Introducción

4.2 Definición

4.3 Caracteres

4.4 El derecho a la Jurisdicción

4.5 Las garantías jurisdiccionales en el proceso penal

5. LA PONDERACION

5.1 Introducción

5.2 Ponderación como procedimiento

5.3 Personas que pueden aplicar el sistema la ponderación

5.4 Formas de ponderación

5.5 Niveles de ponderación

6. GARANTISMO CONSTITUCIONAL

- 6.1 Introducción.
- 6.2 ¿Qué es el garantismo?
- 6.3 Garantías y garantismo
 - 6.3.1 ¿Qué es una garantía?
 - 6.3.2 ¿Qué son garantías positivas y negativas?
 - 6.3.3 ¿Qué son garantías primarias o sustanciales y secundarias o jurisdiccionales?
- 6.4 Origen del garantismo.
- 6.5 Tipos de garantismo.
- 6.6 Inobservancia de las garantías.
- 6.7 El garantismo y el problema para interpretar el texto constitucional.
 - 6.7.1 Demócratas y Constitucionalistas.
 - 6.7.2 La Interpretación Constitucional.
 - 6.7.3 Interpretación dinámica de la constitución.
 - 6.7.4 El originalismo.
 - 6.7.5 Dworkin y la interpretación basada en principios.
 - 6.7.6 John Ely y el Control Judicial.
 - 6.7.7 Jeremy Waldron y la legislatura.
- 6.8 Conclusión.

7. DESCENTRALIZACION DE LOS PODERES DEL ESTADO

- 7.1 Concepto
- 7.2 Características de la descentralización.
- 7.3 Breve Historia
- 7.4 Ventajas y Desventajas de La Descentralización
- 7.5 Ejemplo de un Convenio de Descentralización, firmado en el Gobierno del DR.
ALFREDO PALACIOS GONZALES
- 7.5.1 Análisis Jurídico o Legal, con respecto al Convenio Expuesto en el Numeral Anterior
- 7.6 Análisis de la Constitución Política del 2008.

7.7 Análisis de la Ley Especial de Descentralización del Estado y de Participación Ciudadana.

7.8 Ingresos por Niveles de Gobierno.

7.9 Gobierno Descentralizado

7.10 Formas de Descentralización del Estado

7.11 Un Estado más próximo a los Ciudadanos

7.12 Conclusión

8. FUTURO CONSTITUCIONAL “EL NUEVO ROL DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA DEL ECUADOR”

8.1 Estado

8.1.1 Roles de Estado en la economía

8.1.2 Cerrando puertas a la privatización

8.1.3 El Estado; Competencias para controlar el mercado

8.2 Economía

8.2.1 Situación económica del Ecuador en la última década

8.2.2 Sistema económico actual

8.2.3 Impacto socio-económico al existir una mayor intervención de Estado en la economía del país.

9. PARTICIPACIÓN CIUDADANA

Conceptos de:

Participación ciudadana

Rafael Gonzales define

Clasificación de participación

- Participación social

- Participación privada
- Participación política

Clasificación jurídica

- Participación como derecho
- Participación como deber
- Participación mecanismo

La misión

Los objetivos

Atribución

Aéreas de trabajo

La participación ciudadana

Conclusión

10. LA CORTE CONSTITUCIONAL EN EL ECUADOR

10.1 Introducción

10.2 ¿Qué es una Corte Constitucional?

10.2.1 Estructura interna de la Corte Constitucional

10.2.2 Pleno de la Corte Constitucional.

10.2.3 Salas de admisión, de selección y de revisión de procesos constitucionales.

10.2.4. Presidencia.

10.2.5. Secretaría General.

10.2.6 Órganos y personal de apoyo.

10.2.7 Centro de Estudios Constitucionales.

10.3 Competencia y atribuciones de la Corte Constitucional

10.4 La justicia constitucional

10.4.1 Antecedentes

10.4.2. El Estado de Derecho

10.4.3 Fracaso del concepto de Estado de Derecho

10.4.4 Ascenso del Estado Constitucional

10.4.5 La administración de justicia en el Estado Constitucional

10.5 Los jueces de la Corte Constitucional

10.5.1 Requisitos, inhabilidades e incompatibilidades del cargo de juez de la Corte Constitucional

10.5.2 De las funciones y responsabilidades de los jueces de la Corte Constitucional

10.6 Sistema de elección de los jueces de la Corte Constitucional

10.6.1. Integración de la Comisión Calificadora

- 10.6.2. Convocatoria
- 10.6.3. Concurso
- 10.6.4 Impugnación
- 10.6.5 Comparecencia oral
- 10.6.6 Designación
- 10.7 Terminación del cargo de juez de la Corte Constitucional
- 10.8 La Corte Constitucional y el anterior Tribunal Constitucional
- 10.8.1. Antecedentes históricos del control constitucional en el Ecuador
- 10.8.2. Reflexiones acerca de la actual Corte Constitucional y el anterior Tribunal Constitucional
- 10.8.3. Polémica prórroga de funciones
- 10.9. La Corte Constitucional y la Función Judicial
- 10.10. De las sentencias y dictámenes de la Corte Constitucional
- 10.11. Conclusión

11. INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

- 11.1 Introducción
- 11.2 De la acción por incumplimiento
- 11.3 Semejanzas de la acción por incumplimiento con otras garantías constitucionales
- 11.4 Semejanzas y diferencias entre la acción de amparo actualmente acción de protección y la acción por incumplimiento
- 11.5 Inconstitucionalidad por omisión y la acción por incumplimiento
- 11.6 Diferencias y semejanzas entre la inconstitucionalidad por omisión y la Acción por incumplimiento
- 11.7 Principios generales de la acción por incumplimiento
- 11.8 Improcedencia según la doctrina
- 11.9 Titulares de la acción por incumplimiento
- 11.10 Accionados
- 11.11 Procedimiento y demanda
- 11.12 Prescripción

12. ACCIÓN POR INCUMPLIMIENTO

- 12.1 Regulación actual
- 12.2 Frente a los tratados Internacionales
- 12.3 ¿Cuáles son las normas constitucionales transgredidas en una inconstitucionalidad por omisión?
- 12.4 Concepciones de la doctrina con respecto a la inconstitucionalidad por omisión
- 12.5 Tipos de inconstitucionalidad omisión.
- 12.6 Definición y elementos concepto de Inconstitucionalidad por omisión
- 12.7 Críticas a la inconstitucionalidad por omisión
- 12.8 Conclusión

13. LOS DERECHOS HUMANOS Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES.

- 13.1 Introducción
- 13.2. La importancia de los tratados internacionales en el mundo global
- 13.3 Sedes para el control de constitucionalidad
 - 13.3.1 Primera Sede de Control
 - 13.3.2 Segunda Sede de Control
 - 13.3.3 Tercera Sede de Control
- 13.4 Desarrollo histórico de los derechos humanos
- 13.5 El Ecuador y los tratados internacionales de derechos humanos
- 13.6 La Comisión Interamericana de Derechos Humanos**
- 13.7 La Corte Interamericana de Derechos Humanos**
- 13.8 Reseña histórica
- 13.9 El sistema de casos individuales

14. Grupos de personas vulnerables y de prioridad

- 14.1 Introducción en base a lo que significa un grupo vulnerable y de prioridad.
- 14.2 ¿Cuáles son los grupos de personas vulnerables?
- 14.3 Motivos por los cuales son considerados grupos vulnerables y de prioridad

14.4 ¿Cuál es la realidad referente a los artículos que consagra la Constitución referentes a los grupos vulnerables y de prioridad?

14.5 Conclusión

15. REHABILITACIÓN SOCIAL EN EL ECUADOR

15.1 Introducción

15.2 Concepto

15.3 Antecedentes históricos del sistema penitenciario

15.4 ¿Acaso existiría rehabilitación en el siglo 21?

15.5 Planteamiento del problema

15.6 Ecuador: proyectos en los centros de rehabilitación

15.7 El derecho a la readaptación social

15.8 El rol de la familia en la rehabilitación y reinserción en la sociedad

15.9 recomendaciones

16. Justicia Indígena

16.1 Introducción.- (opinión de que exista una justicia paralela)

16.2 Posibles problemas que pueden surgir por estas dos justicias paralelas.-

16.2.1 Competencia en razón de la persona

16.2.2 Competencia en razón del territorio

16.2.3 Competencia en razón de la materia

16.3 Fiscalías indígenas

16.4 Posibles soluciones

16.5 Opinión personal

17. PROTECCIÓN Y SANEAMIENTO ACCESIBILIDAD: RECURSOS HÍDRICOS

17.1 Introducción

- 17.2 Usos y disponibilidad de agua
- 17.3 Protección y saneamiento de los recursos hídricos
- 17.4 Provisión de servicios
- 17.5 Agua potable en Ecuador
- 17.6 Protección y saneamiento de los recursos hídricos
- 17.7 Provisión de servicios
- 17.8 La tarifa y el pago
- 17.9 Inversión y financiamiento en programas de agua potable
- 17.10 Eficiencia y calidad de servicio
- 17.11 Intervención pública y privada en el agua
- 17.12 Conclusión

Prologo

El investigador es un descubridor intencional, que recaba información dentro del inmenso paraje de las premisas que existen en el universo.

Para desarrollar el proceso de investigación se seleccionan premisas que se identifiquen con la materia, y se formulan hipótesis.

Con la creación de las hipótesis el investigador expondrá las características relativas a la esencia de las premisas escogidas, tendrá la oportunidad de dilucidar las premisas con claridad y seleccionar las que considere pertinentes para el desarrollo de la explicación.

Las hipótesis son la antesala de las teorías, que demostrará en la exposición de su tesis, la que ha formulado y es producto del proceso de investigación realizado.

En este proceso de investigación se ha involucrado a los alumnos del Cuarto Ciclo B de la Facultad de Derecho, en la materia de Introducción a la Investigación Jurídica, para iniciarlos en el fascinante mundo de las investigaciones, de la inventiva, de los descubrimientos, de la creación de hipótesis y la formulación de teorías. Teorías que surjan de su iniciativa, de la sed de conocimientos, de la exposición de premisas en la que ellos crean y la defiendan como "la premisa verdadera".

Investigar es profundizar en los conocimientos ya adquiridos, y conlleva mucho esfuerzo intelectual, es muy difícil en ocasiones desarraigarse de ideas preconcebidas, de los preconceptos, de los prejuicios. Cuando se investiga se fortalecen las ideas y se adquieren nuevas que pueden desplazar las teorías a las que le otorgábamos valor de verdaderas.

El trabajo que han desarrollado los estudiantes es producto de una ardua investigación.

Investigación que comenzó desde escoger la Rama del Derecho en la que se iba a trabajar, la creación de El Índice, los capítulos, los pie de página, las citas, la bibliografía, el Registro del IEPI, la Introducción y Conclusión General, la Ortografía, El Código de Barras en fin un proceso en que se involucraron todos los alumnos, en que adicionalmente también se unieron esfuerzos y se trabajo en equipo, analizando el contenido de los capítulos en mesas redondas y aportando con ideas entre todos para mejorar el tema investigado. Es muy gratificante reconocer en las nuevas generaciones el ímpetu e interés en nuevos proyectos como este Libro de Investigación, por lo que los invito a que se formen una opinión disfrutando su lectura.

Dra. Nuria Pérez de Wright

Agosto 10, 2010

Introducción

En este libro los escritores quienes somos simples estudiantes de Derecho de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil; muy aparte de que sea un trabajo requerido para obtener una buena nota en la materia Introducción a la Investigación es una oportunidad para profundizar y plasmar nuestra opinión, analizando las nuevas corrientes constitucionales que están invadiéndonos hoy en día con la nueva constitución del 2008, la cual tiene un contenido jurídico muy alto pero a la vez diferente en relación a las anteriores, y se basa en nuevas teorías que al garantizar derechos, ponen a la constitución en un plano normativo.

El tema central es el llamado Neo constitucionalismo que hoy en día es implementado en el Ecuador por medio de la nueva constitución, este viene con toda una gama de teorías, según el Dr. Iván Castro Patiño es el conjunto de teorías que han proporcionado fundamentación conceptual y normativa a la Constitucionalización (la cual da prioridad a las constituciones y estas entran a normar a través de las mismas dejando atrás el legalismo) del Derecho, este tema, como vemos es algo complejo y a su vez muy criticado.

Esto del neo constitucionalismo nace con teorías como el Granatismo de Luigi Ferrajoli que mediante un ius positivismo busca hacer que se desmoralice el derecho al plasmarlo en las constituciones, La Ponderación de Robert Alexy quien indica que el juez debe medir la seguridad de los derechos y su grado de afectación para luego dar sentencia, Manuel Atienza, Guastini, Comanducci etc.

La constitución del 2008 tiene un contenido altamente jurídico, puesto que esta expresa la tendencia ya nombrada, haciendo al juez entrar a un campo diferente mediante la conformación de la corte constitucional hoy llamado por muchos el sexto poder, dejando de lado al legislador, para así poner en manos de los jueces las últimas decisiones en el casos que se vulneren derechos expresados en la constitución.

Finalmente, lo que se plasma en este libro, muy aparte de nuestras opiniones acerca de la constitución, es el esfuerzo de todo un semestre en el que haciendo maravillas con el tiempo, los estudiantes de cuatro ciclo B han terminado su primer libro. Invitamos a usted señor lector a adentrarse en este camino un poco denso pero a su vez muy interesante que llamamos Análisis del Constitucionalismo Contemporáneo en el Ecuador.

“Una visión alternativa: El Constitucionalismo Clásico”

Antecedentes: De la Carta Magna a la Constitución de Estados Unidos

En un proceso de varios años y tras constantes luchas por garantizar mayores esferas de libertad bajo la monarquía inglesa, un grupo importante de nobles finalmente –y luego de varios intentos fallidos- logra sentar en una mesa para firmar un importante acuerdo al Rey de aquel momento. El célebre “Juan sin Tierra”¹ firma en 1215 lo que se conocería como la Carta Magna², que no sería otra cosa que el primer documento efectivo en la limitación del poder monárquico –o de gobierno- que el mundo jamás haya conocido. La Carta Magna firmada por el Rey de Inglaterra significaba la imposición de un camisa de fuerza que marcaba la cancha y controlaba los abusos de quienes ejercerían el poder desde ahí en adelante.

Desde 1215 pasando por la llegada del Mayflower³ a las costas de Nueva Inglaterra, incluyendo la firma del Mayflower Compact (acuerdo que firman los primeros colonos americanos) hasta la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, la guerra contra Inglaterra y la final promulgación de la Constitución de Estados Unidos, son varias las luchas que ven cumplido su objetivo de siglos cuando un texto simple regula de manera clara la división tripartita de poderes, establece límites claros a la acción gubernamental y de quienes ejercen el poder, mientras garantiza luego de algunos años los denominados derechos fundamentales de los individuos.

Es así, como nace la democracia más sólida que el mundo haya conocido y se instala en los Estados Unidos la sociedad libre por excelencia, donde cada cuatro años se repite el proceso electoral mediante el cual se eligen mandatarios de forma ininterrumpida hace más de doscientos años. Era preciso que el poder detenga al poder decía Montesquieu⁴, y eso se hizo realidad en la que conocemos como “el hogar de los valientes y la tierra de los hombres libres”.

Podemos tener nuestras críticas personales con el modelo de vida o el tipo de sociedad que han formado los Estados Unidos, pero se trata sin espacio al menor cuestionamiento del proceso de efectiva limitación al poder más exitoso que ha garantizado las libertades más elementales durante mucho más tiempo del que otros países jamás se hubieran imaginado.

¹ Juan I de Inglaterra, más conocido como Juan sin Tierra. Fue Rey de Inglaterra y Señor de Irlanda.

² “Gran Carta” en latín. Documento firmado por el Rey Juan I de Inglaterra.

³ “El tor de mayo” en español. Barco que trasladó a los primeros colonos desde Inglaterra a lo que es hoy Estados Unidos, en 1620.

⁴ Charles Louis de Secondat, Señor de la Brède y Barón de Montesquieu, fue un cronista y pensador político francés (1689-1755)

¿Qué es una Constitución?

Resulta siempre muy importante comenzar con las definiciones. En este caso iniciamos con unas pocas palabras como antecedentes para poder comprender de manera más clara lo que es en realidad una Constitución.

Históricamente y desde sus inicios (1215, con la Carta Magna) se ha pretendido que exista un documento jurídico superior al resto de textos ordinarios de una legislación normal, que controle efectivamente a quienes ejercen el poder. La idea de una Constitución nace entonces por la necesidad de una herramienta que permita controlar a los poderosos, controlar a quienes tienen incluso la posibilidad de cambiar las leyes en su beneficio, estableciendo un texto jurídico superior que ni ellos pudieran desobedecer, en beneficio claro del hombre común y de su libertad.

Podemos decir entonces que la Constitución es un documento para limitar efectivamente al poder, es una herramienta para poner frenos a los poderosos y como lo dice la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, un arma para defender y garantizar la vida, la libertad, la propiedad y la persecución de la felicidad.

El problema aparece cuando hemos confundido la idea de lo que es una Constitución y la hemos tratado de convertir en algo que no es. No se trata de un faisán dorado, ni de un documento mágico que puede hacer todo posible. La historia nos ha enseñado que mientras más largas y complejas sean las Constituciones más fácil es incumplirlas y modificarlas, lo que en la práctica se traduce en menos respeto a la libertad, a la vida y a la propiedad de las personas.

El avance de los tiempos ha traído consigo muchos aspectos positivos, pero en el campo jurídico la llamada modernidad ha traído como resultado una crisis en el antes claro concepto y objetivo de las constituciones, convirtiéndolas a estas últimas en algo que no son y minando desde los cimientos los valores fundamentales que limitan el poder de quienes lo ejercen mientras ponen en jaque las democracias liberales.

Las cosas son lo que son por su naturaleza y origen, no lo que queramos que sean. Ese animal de cuatro patas del que obtenemos la leche y varios otros productos fundamentales para nuestra supervivencia es una vaca, por más que algún despistado la quiera llamar perro. Lo mismo ocurre con las constituciones, se las ha buscado transformar en algo que no son, incumpliendo su principal propósito y despertando promesas imposibles de cumplir en sociedades que no logran consolidar sus democracias ni sus instituciones.

Estados Unidos, Inglaterra, libertad y Constitución

Desde la Carta Magna hasta la Constitución de los Estados Unidos⁵ se da un largo peregrinaje que termina con el reconocimiento de la superioridad anglo-americana en la limitación del poder. Tanto los ingleses como los americanos buscaron hacer efectiva esa limitación de las facultades de sus reyes o presidentes y tuvieron un rotundo éxito.

En 1776 los Estados Unidos consiguen su independencia y desde entonces arranca un proceso de consolidación de su democracia. Se trata de un proceso sin precedentes que en detalle analizan varios grandes pensadores de la época como de Toqueville⁶ que describen sorprendidos el éxito de ese país y pronostican un porvenir increíble para la naciente nación del norte de nuestro continente.

Los ingleses por otro lado continúan ese proceso de consolidación de las limitantes al poder y se ve reflejado en su Parlamento ese espacio que poco a poco gana terreno a los reyes y termina por establecer una democracia solida bajo la figura de una monarquía constitucional.

En Inglaterra no existe una Constitución escrita y se enfocaron siempre en los principios fundamentales que necesitaban proteger. Todo esto sumado a las condiciones de un mundo cambiante permitieron que los ingleses se convirtieran en la gran potencia mundial en los 1800s mientras garantizaban constantes mejoras en la calidad de vida de sus habitantes mediante la protección de grandes esferas de libertad individual que fortalecieron el crecimiento económico nacional impulsando la creatividad y la competencia.

No fue sino hasta las grandes guerras mundiales que Inglaterra perdió el protagonismo mundial, pero no lo cedió a países de otras tradiciones, sino que lo perdió ante quien perfeccionó el modelo ingles y lo llevo un paso más adelante, los Estados Unidos.

Tanto ingleses como americanos se enfocaron entonces en limitar el poder de sus gobernantes porque comprendieron desde el inicio que las leyes se deben hacer pensando no en que todos somos ángeles, sino en que unos cuantos pueden ser unos demonios.

Los derechos fundamentales y la libertad se vio efectivamente garantizada no porque así lo dijeran grandes textos constitucionales, sino porque se limito el poder de quienes lo ejercian. La libertad floreció no porque así lo decian las leyes, sino porque el gobierno tenía limitado su campo de acción.

⁵ Filadelfia, 17 de Septiembre de 1787.

⁶ Alexis Henri Charles de Clérel, vizconde de Toqueville. Fue un pensador, jurista, político e historiador francés, uno de los más importantes ideólogos del liberalismo (1805-1859).

Francia, libertad y Constitución

Francia buscó un camino diferente al de su vecino al otro lado del canal de la Mancha. Puso fin de manera radical –y sangrienta- a la monarquía en lugar de buscar limitar su poder⁷. Se instaló la Asamblea Nacional desde donde se dictarían las leyes que construirían el “nuevo hombre” del que hablaba tanto Rousseau⁸. Lo que viene es conocido por todos, empiezan las pugnas, las luchas y los asesinatos. La capital francesa entra en una etapa oscura de su historia que se conoce como “Paris bajo el terror”.

Esos ideales que habían impulsado a la Revolución Francesa hasta el borde del abismo parecían perdidos. Los americanos seguían consolidando su forma de gobierno y los ingleses sentían ya un importante despegue económico. En Francia la libertad, la igualdad y la fraternidad pendían de un hilo cuando solo pocos años antes se habían convertido en el principal grito de batalla. Todo se justificó en nombre de los ideales y no supieron poner freno a los poderes de una Asamblea Nacional que sufría de mayorías móviles y en cada cambio de manos de poder apuntaba en dedo a los opositores que eran víctimas de una sanguinaria represión. La libertad estaba perdida junto con todos los valores que habían despertando tantas esperanzas en los franceses.

Todo esto dio como resultado que el país galo se convirtiera en el ambiente ideal para un genio militar como Napoleón⁹. Este líder nacional impuso mano dura y gobernó el país como su hacienda por décadas. Sus triunfos militares buscaron esconder en parte los abusos de poder diarios que se cometían y la incertidumbre que reinaba. Se convierte luego el mismo en Emperador¹⁰ y tira así por la borda los esfuerzos y las vidas de tantos que lucharon por una Francia libre.

El fracaso de los Francia se debe a que buscaron crear una lista de derechos que debían ser garantizados a los hombres y se olvidaron que la única manera de lograr eso era en realidad limitar el poder del gobierno, en este caso de los reyes y luego de la Asamblea Nacional que terminó por destruirse desde dentro y entregó en bandeja de plata todos los poderes a un líder militar que gobernó como rey y al que nadie jamás pudo imponer un límite.

En esas cosas irónicas que tiene la vida, serían los ingleses los que salvarían a Francia de Napoleón con las batallas de Waterloo¹¹ y Trafalgar¹². Los franceses habían perdido

⁷ La Revolución francesa fue un conflicto social y político, con diversos periodos de violencia, que convulsionó Francia.

⁸ Jean-Jacques Rousseau. Las ideas políticas de Rousseau influyeron en gran medida en la Revolución francesa, el desarrollo de las teorías republicanas y el crecimiento del nacionalismo. Su herencia de pensador radical y revolucionario está probablemente mejor expresada en célebre libro, el contrato social.

⁹ Napoleón I Bonaparte. Fue un militar y gobernante francés, general republicano durante la Revolución y el Directorio, artífice del golpe de Estado del 18 de Brumario que le convirtió en Primer Cónsul.

¹⁰ El 18 de mayo de 1804 fue proclamado Emperador de los franceses (*Empereur des Français*) y coronado el 2 de diciembre del mismo año.

¹¹ Combate librado entre el ejército francés comandado por el emperador Napoleón Bonaparte frente a las tropas británicas, holandesas y alemanas dirigidas por el Duque de Wellington y el ejército prusiano del Mariscal de Campo Gebhard Leberecht von Blücher, cerca de la ciudad de Waterloo (Bélgica), el 18 de junio de 1815.

décadas en la lucha por la libertad y los ingleses ya los habían dejado atrás en casi todos los aspectos. En Inglaterra la libertad y el orden reinaban, mientras el crecimiento económico se hacía más que evidente, mientras una Francia empobrecida se daba cuenta del gravísimo error cometido cuando se buscó enumerar los derechos a proteger y no limitar el poder de los gobernantes.

Conclusión: Volviendo a los orígenes

El avance natural del tiempo trae consigo siempre modificaciones en los aspectos culturales, sociales y demás de la vida normal de un país. Los cambios son de esperarse y generalmente tienen buenas consecuencias, además que nos permiten solucionar problemas que antes no tenían solución o la que tenían no era la más adecuada. Pero no por novedoso podemos decir siempre que todo es bueno y necesario. No todo lo nuevo es siempre mejor y en eso debemos ser muy cuidadosos.

Específicamente en el campo constitucional parece que quisiéramos repetir con esta constitucionalización de los derechos los errores fundamentales ya cometidos en Francia que condenaron a ese país al retraso y a una crisis de instituciones que comprometió el desarrollo del país galo en casi un siglo. Debemos ser cuidadosos cuando se toman y se proponen soluciones de este tipo.

Las constituciones son lo que deben ser y nada más. El error está en convertirlas en algo que no son por pura novelaría. La mejor manera de garantizar esos derechos fundamentales no está necesariamente en poner en grandes textos constitucionales, sino en garantizar una efectiva limitación del poder de quienes gobiernan, es decir, volver a los principios fundamentales del constitucionalismo y no repetir los errores que ya otros cometieron. Lo nuevo no siempre es lo mejor, y en este caso lo que hoy aparece como nuevo ya se probó antes y sus resultados no fueron los mejores.

La situación actual del mundo, -y en particular de nuestro país- no permite seguir experimentando con propuestas fracasadas. Las consecuencias de estas prácticas nefastas suelen ser aquellos a quienes se busca y se debe beneficiar, los individuos que conforman cada una de nuestras sociedades.

El Ecuador ha tenido un número muy alto de textos constitucionales¹³, y por regla general han venido siendo cada vez más extensos¹⁴ y cada vez con mayores "nuevos derechos" que el Estado garantiza a los ciudadanos. Pero la realidad es muy distinta que aquello que dicen nuestra norma suprema, y el camino a seguir este posiblemente en volver reales los cambios, esto es, que lo sientan en el día a día los individuos y posteriormente perseguir

¹³ La batalla de Trafalgar tuvo lugar el 21 de octubre de 1805, en el marco de la Tercera coalición, iniciada por Reino Unido, Austria, Prusia, Nápoles y Suecia para intentar derrocar a Napoleón Bonaparte del trono imperial y disolver la influencia militar francesa existente en Europa.

¹³ 21 Constituciones según Juan Larrea Holguín y su Libro de Derecho Constitucional.

¹⁴ Derecho Constitucional. Juan Larrea Holguín.

las reformas legales necesarias. Además resulta muy peligroso incluir instituciones extrañas a las nuestras¹⁵ o distintas a las practicas comunes del constitucionalismo clásico¹⁶ por más buenas que parezcan. En muchos casos estas instituciones nuevas o novedosas terminan causando problemas mayores que los que buscaban solucionar en primera instancia¹⁷.

Los países más prósperos y más libres del mundo son aquellos donde las Constituciones son comprendidas como lo que deben ser, documentos para limitar el poder del gobierno¹⁸. Y es que resulta que con esa efectiva limitación del poder estatal –cosa que por ejemplo en el Ecuador no existe¹⁹- es que se vuelven efectivos los derechos de los ciudadanos y se les garantiza mayores esferas de libertad para cumplir sus objetivos personales.

Los derechos no se dan simplemente por escribirlos en un texto constitucional²⁰ o por enmarcarlos dentro de una declaración legal rimbombante. Esos derechos se hacen efectivos únicamente cuando el poder está limitado, sin importar que se encuentren escritos en ningún texto de ese nivel, sino veamos nuevamente el caso de los Estados Unidos (donde no existen tantos derechos garantizados en la Constitución, y aun así sus habitantes gozan de mayores derechos que los ecuatorianos) y de Inglaterra (donde ni si quiera existe una Constitución escrita). Seamos más específicos, en los Estados Unidos la Constitución tiene solamente 7 artículos que se dedican de forma exclusiva a regular la forma como se distribuye el poder entre las funciones del Estado y hasta dónde puede llegar cada una de ellas, estableciendo el denominado sistema de pesos y contrapesos mediante el cual si una institución se atribuye funciones que no tiene, las otras dos deberán servir de barrera ante ese abuso intentado. Adicional a esto, esa Constitución tiene un número muy reducido de reformas, y lo que garantiza son ciertos derechos muy básicos que han permitido que el resto de los derechos que van apareciendo con el tiempo se vuelvan efectivos, no porque se desprenden de los ya enumerados en la Constitución, sino porque las atribuciones de quienes ejercen el poder no aumentan y por ende esos derechos novedosos, se encuentran garantizados sin estar escritos y de hecho se cumplen. En los Estados Unidos se garantiza básicamente la libertad, la vida y la propiedad, teniendo claro que es de esos tres asuntos fundamentales de donde se

¹⁵ Corte Constitucional, o su anterior Tribunal Constitucional es una institución del control de la constitucionalidad importado de la legislación europea, española más específicamente.

¹⁶ Son las Cortes Supremas al mismo tiempo el máximo tribunal judicial y los encargados del control de la constitucionalidad.

¹⁷ Vemos por ejemplo contradicciones entre los fallos de la Corte Suprema de Justicia respecto a ciertos derechos y luego una declaratoria de inconstitucionalidad de la ley que se aplicó para resolver el caso, de parte del Tribunal Constitucional.

¹⁸ Inglaterra, Estados Unidos, Irlanda, Australia, Hong Kong, Singapur, Chile, por citar algunos.

¹⁹ Vemos las constantes intromisiones del Presidente de la Republica en las actuaciones del Congreso Nacional (hoy Asamblea Nacional) y las remociones de jueces de la Corte Suprema (hoy Corte Nacional) de parte de la Función Legislativa.

²⁰ En la Constitución actual se garantiza por ejemplo el derecho al trabajo, pero cerca del 60% de la población nacional está entre la desocupación y el subempleo.

desprenden el resto de derechos que hoy tienen nombres románticos pero que no son otra cosa que derivaciones de derechos ya consagrados.

El camino a seguir debería estar entonces iluminado por aquellos constitucionalismos exitosos y no en experimentos que parten de procesos fracasados²¹ a lo largo de la historia. Nuestro nuevo constitucionalismo parte del francés y ese modelo no fue exitoso. Ya es hora de aprender de los errores y mejorar lo que se debe de procesos que efectivamente han aceptado que las Constituciones deben ser textos cortos y claros que limiten el poder, para volver efectivos de manera real –y no solo imaginaria- los derechos de los individuos.

Nuestra Constitución necesita una reforma, una transformación que la haga volver al constitucionalismo clásico y que le permita proyectarse así en el tiempo²². Debemos todos –y en especial quienes nos dedicamos al Derecho como profesión- impulsar un cambio en esta dirección que nos permita tener finalmente un texto constitucional que no sea el plan de gobierno de ningún partido de mayoría o presidente de turno, sino una norma suprema que establezca las disposiciones elementales que sirvan de marco para el accionar público y la distribución del poder de manera efectiva garantizando así su limitación.

Es una lástima lo poco que se ha analizado de manera integral el proceso constitucional de Occidente²³ y las pocas conclusiones que de eso se han sacado en el país, que sigue impulsando modelos traídos de otras latitudes, que viven realidades distintas –son países desarrollados ya- mientras descartamos las herramientas constitucionales que sirvieron para que un conjunto de trece colonias se convierta en la primera potencia mundial, un país de nuestro continente –como Chile- tenga el sistema democrático más sólido de la región (salvando el período de la dictadura de Pinochet) y un país como España que volvió de una larga era militar al constitucionalismo de la mano de una Carta Magna producto del consenso y del deseo de limitar el poder. Estos son ejemplos más que sobrados para demostrar la superioridad del constitucionalismo clásico y sus beneficios. Ya no es tiempo de jugar ni de experimentar con cosas novedosas. Ya es hora de aprender de lo que funciona, analizarlo como se debe y dejar de pensar en las constituciones como algo que no son, sino pensarlas como lo que nacieron para ser: Documentos para limitar el poder, para gobernar al gobierno, para proteger a los individuos. No fueron pensadas como declaraciones de derechos y ese error se pagará caro.

Incluirlos en una Constitución no vuelve aquellos derechos en realidad. Limitar el poder del gobierno con constituciones cortas y claras hace realidad esa efectiva garantía de cumplimiento de aquellos derechos hoy reclamados y los que aparecerán en el futuro.

²¹ El caso francés ya citado y explicado.

²² Nuestras Constituciones tiene en promedio una vigencia de 10 años según demuestra Juan Larrea Holguín, mientras en otros países tienen cerca de 200 años de vigencia.

²³ No existe ningún análisis profundo de autores ecuatorianos sobre el proceso constitucional clásico, los casos de Inglaterra o Estados Unidos por citar dos ejemplos comunes en este trabajo.

Supremacía y control Constitucional

Concepción de constitución

Para comenzar demos dar una definición de lo que es constitución este es un término que procede del *latín* cum con y *statuere*¹ establecer.

Es la base de las demás leyes, es la norma que rige el ordenamiento jurídico, aquí se plasma el pensamiento moral y la costumbre de una nación; es la Carta Superior, aquí se encuentran incluidos los derechos, deberes y garantías fundamentales.

A través de la historia se han hecho dos tipos de constitución las cuales son la escrita y no escrita pero ambas con una misma relación son en ellas en la que el poder radica en el pueblo y siempre es la máxima institución político- jurídica de los pueblos.

Justicia Validez y eficacia de las normas jurídicas.

Mientras en las proposiciones descriptivas se plantea el problema de su verdad o falsedad, en las proposiciones prescriptivas no se plantea tal problema. Al igual que tiene sentido preguntarse si la proposición descriptiva, "la puerta esta cerrada", es verdadera o falsa, no tiene sentido preguntarse si la proposición prescriptiva: "cierra la puerta", es verdadera o falsa.

- VALIDEZ: Una norma es válida si esta en vigor de conformidad, con las normas de producción propias del sistema normativo del que forman parte. Así la validez de una norma depende de su conformidad con las normas de grado superior que disciplinan la producción de las Normas Jurídicas. La validez de una norma equivale a su existencia, es decir, una Norma Jurídica existe como tal en la medida en que es válida, por tanto no es válida una norma que haya sido derogada o una norma que no haya agotado su iter "camino" productivo. Una 2ª caracterización de las proposiciones prescriptivas es la que hace referencia a la eficacia.
- EFICACIA: La eficacia de las Normas Jurídicas consiste en la conformidad de la conducta de los destinatarios en el modelo prescrito. La observación de las Normas Jurídicas cuenta sobre todo con la adhesión espontánea de los destinatarios, aunque aquellos deben contar, *en última instancia*², con un aparato coercitivo que precisamente refuerce su eficacia, combinando y aplicando sanciones contra los agresores.

Así, si una Norma Jurídica no es espontáneamente observada por los destinatarios y si sus transgresores no son normalmente alcanzados por la sanción prevista, esa norma es ineficaz.

- VALOR: Esta es la tercera característica de las proposiciones prescriptivas hace referencia al VALOR. El valor de una Norma Jurídica consiste en su conformidad en aquellas principios ideales que se piensa que deben regular las relaciones intersubjetivas y que se resumen en la noción de justicia. En relación, pues, con su valor una norma puede ser justa o injusta.

CONCLUSIÓN: *Lo ideal sería que validez, eficacia y valor coincidieran y que toda norma válida fuese al mismo tiempo justa y eficaz. Este es el punto de vista del normativismo³ que se opone tanto al iusnaturalismo⁴, que quita el carácter de juricidad⁵ a las normas que se apartan de ciertos principios de justicia, como al realismo jurídico, que identifica la validez de la norma con su eficacia. Para los realistas una norma es válida en la medida que es aplicada por los jueces.*

Para concluir, resulta evidente que validez, eficacia y valor se encuentran interrelacionadas. En efecto una norma válida resultará tanto más eficaz, es decir ser espontáneamente mejor observada por los destinatarios y coercitivamente aplicada por los jueces, cuanto mas conforme sea en las ideas de justicia compartidas por la mayoría de los ciudadanos.

Las funciones de la constitución Política y jurídica

Toda constitución posee varias funciones que van en relación a sus principios, pero de ellas se desprenden dos que se constituyen a la vez en las más importantes: la política y la jurídica.

Siguiendo la opinión de Karl Lowenstein⁶ que nos indica que " han pasado muchos siglos hasta que el hombre publico ha aprehendido que la sociedad justa, que le otorga y garantiza sus derechos individuales, su poder, independientemente de si la legitimación de su dominio tiene fundamentos fácticos, religiosos o jurídicos. Con el tiempo se ha ido reconociendo la mejor manera de alcanzar este objeto será haciendo constar los frenos que la sociedad desea imponer a los detentadores del poder en forma de un sistema de reglas fijas- la constitución- destinadas a limitar el ejercicio de poder político. La constitución se convirtió así en el dispositivo fundamental para el control del proceso del poder'

Cuando hablamos de la función política de una constitución, nos referimos a la legitimación del poder público, lo cual concierne no solo al presidente de la republica sino a todos los funcionarios públicos.

Como vemos el hecho no solo es legitimar el poder otorgado por el soberano a aquellas personas que a partir de ganar las elecciones correspondientes son nombrados mandatarios, sino que esto nace de la necesidad de limitar el acceso hacia ese poder, que solía ser caotizado por los detentadores de poder en otras épocas.

Al respecto, Linares Quintana⁷ nos enseña que: "cada constitución presenta una doble significación ideológica: *liberar a los destinatarios del poder de control social absoluto de sus dominadores y asignarles una legitima participación en el proceso del poder"*

Entonces podríamos resumir que:

Función política: lo que corresponde a la propia esencia de la constitución, pues clarifica la problemática central de toda política, es decir, quien dirige a quien, en que sentido en que fin y bajo que limitaciones.

En cuanto a la función jurídica tenemos los siguientes criterios:

Jiménez Parga⁸ se refiere a que es la constitución enfocándose desde su función jurídica: "La constitución es un conjunto esencialmente normativo y el supremo de todos, el que sirve de unidad a las normas jurídicas y otorga coherencia al sistema jurídico de todo estado"

Función Jurídica: Se da esta función desde el momento que cualquier forma de gobierno se sujeta al funcionamiento de esta ley fundamental por eso se habla de "estado de derecho"

Los vicios del constitucionalismo:

- **Utopismo:** Enuncia reglas imposibles de realizar redactadas de forma consciente o inconsciente.
- **Detallismo:** Enuncia reglas que no son constitucionales volviéndola extensa y densa. Lo que produce una Constitución que se deba reformar con frecuencia, ocasionando inseguridad jurídica.
- **Demagogia:** Enuncia reglas que promete dádivas o beneficios como forma de captar el poder político.
- **Gatopardismo:** Enuncia reglas que aparentan un cambio, pero mantienen la realidad tal como está.
- **Plagio:** Enuncian reglas copiadas de las constituciones de otras realidades, sin evaluar su posibilidad de éxito lo cual podría volverla inaplicable.
- **Multiformismo:** Enuncian normas surgidas de supuestos consensos del poder constituyente, dando espacio par múltiples interpretaciones.

Clasificación de las constituciones

Según su formulación jurídica

Esta es una clasificación clásica, en virtud de la cual se conoce a las constituciones como escritas y no escritas:

Constitución escrita

Es el texto legal en el que se plasman los principios fundamentales sobre los que descansa la organización del estado, los límites y las facultades del Estado, así como deberes y derechos de los individuos. Es el texto específico que contiene la totalidad o casi la totalidad de las normas básicas, y que debe ser respetado por cualquier otra norma de rango inferior.

Ventajas de la Constitución escrita

Respecto a esta clasificación, considera *Esmein* que es preferible una Constitución escrita a otra no escrita o consuetudinaria, debido a que una Constitución escrita permite una mayor certidumbre jurídica y concede ventajas de técnica jurídica, ya que se conoce con mayor precisión qué normas son constitucionales y cuáles no lo son, otorga ventajas, debido a que es sencillo ubicar la jerarquía y la unidad del sistema en ese tipo de régimen y automáticamente se coloca en la cúspide de ese régimen jurídico el documento madre y, a partir de éste, emanarán las demás instituciones.

A partir del pensamiento de Esmein se concluyen tres ventajas de las constituciones escritas: La superioridad de la ley escrita sobre la costumbre, lo cual se había reconocido a finales del siglo XVIII, ya que desde entonces existía la necesidad de llevar a un rango superior las reglas constitucionales. También desde el siglo XVIII es importante el reconocimiento del pacto social que implica una Constitución dictada por la *soberanía nacional*¹⁰, lo cual es interesante desde la óptica de la legitimación de los principios jurídicos que emanan de la soberanía nacional.

En una Constitución escrita hay claridad y precisión en cuanto al contenido y esto elimina confusiones, y en una Constitución no escrita, la ambigüedad suele ser un riesgo.

Constitución no escrita

Este tipo de clasificación es conocido también como Constitución consuetudinaria, en el cual no existe un texto específico que contenga la totalidad, o casi la totalidad de las normas básicas, sino que estas están contenidas a lo largo de diversas leyes, cuerpos legales y usos repetidos. Un ejemplo sería la Constitución no escrita de Inglaterra cuyas fuentes de derecho las podemos encontrar en los grandes textos históricos como *la Carta Magna*¹¹, *la Petición de Derechos*¹², *el Habeas Corpus*¹³, *el Bill of Rights*¹⁴ y *el Acta de Establecimiento*¹⁵.

Según su reformabilidad

Según su reformabilidad las constituciones se clasifican en rígidas y flexibles. Las constituciones rígidas son aquellas que requieren de un procedimiento especial y complejo para su reformabilidad; es decir, los procedimientos para la creación, reforma o adición de las leyes constitucionales es distinto y más complejo que los procedimientos de las leyes ordinarias.

Constituciones rígidas o pétreas.

Constituciones semi-rígidas.

Constituciones flexibles.

En la práctica las constituciones escritas son también constituciones rígidas; es decir, cuando en un Estado encontramos que existe Constitución escrita, descubrimos que ésta

tiene un procedimiento más complejo de reforma o adición que el procedimiento para la creación, reforma o adición de una ley ordinaria.

Constituciones pactadas

En las constituciones pactadas la primera idea que se tiene es el consenso. Nadie las otorga en forma unilateral, ni tampoco las impone debido a que si son impuestas y no se pactan carecerían de un marco de legitimidad. Estas constituciones son multilaterales, ya que todo lo que se pacte implica la voluntad de dos o más agentes; por lo tanto, son contractuales y se dice que parten de la teoría del pacto social. Así, se puede pactar entre comarcas, entre provincias, entre fracciones revolucionarias, etc. Las constituciones pactadas o contractuales implican:

- Una mayor evolución política que en aquellas que son impuestas u otorgadas
- En las pactadas hay, una fuerte influencia de la teoría del pacto social
- En aquellas que son pactadas este pacto o consenso se puede dar entre diversos agentes políticos todos aquellos grupos de poder real que estén reconocidos por el Estado.
- Así, aún tratándose de una monarquía, cuando se pacta los gobernados dejan de ser súbditos.

Aprobadas por voluntad de la soberanía popular

Es cuando el origen del documento constitucional es directamente la sociedad, la cual por lo general se manifiesta a través de una asamblea. Por lo tanto, no es que la sociedad pacte con los detentadores del poder público, sino que la propia Constitución surge de la fuerza social.

Importancia de la jerarquía del Derecho internacional

Cuando un Estado adhiere a un determinado tratado internacional, o se incorpora a un bloque regional como la *Unión Europea*¹⁶ o el *MERCOSUR*¹⁷ debe enfrentar el problema de coordinar la normativa internacional surgida de esos procesos con su propio ordenamiento interno. Si el Estado otorga superior jerarquía a su propia Constitución podría dejar de cumplir con un pacto internacional por una normativa que a los otros Estados les resulta ajena, lo que como consecuencia puede acarrear responsabilidad internacional para el Estado incumplidor.

Historias de las constituciones

Estados Unidos de Norte América

La Constitución de los Estados Unidos es la ley suprema de los Estados Unidos de América. Fue adoptada en su forma original el 17 de septiembre de 1787 por la Convención Constitucional de Filadelfia, Pensilvania y luego ratificada por el pueblo en convenciones en cada estado en el nombre de «el Pueblo» (We the People)¹⁸ La Constitución tiene un lugar central en el derecho y la cultura política estadounidense. Esta se considera como la constitución nacional más antigua que se encuentra en vigencia actualmente en el mundo.

Francia

La Constitución francesa de 1791, la primera constitución escrita de la historia francesa, fue promulgada por la Asamblea Nacional Constituyente y aceptada por Luis XVI el 3 de septiembre de 1791. Contenia la reforma del Estado francés, quedando Francia configurada como una monarquía constitucional.

Las antiguas divisiones administrativas eran sustituidas por los departamentos, cuyas autoridades serán elegidas localmente.

- La elaboración de las leyes correspondía a una Asamblea Legislativa, era la que tenía más poder. Votaba las leyes, los impuestos y declaraba la guerra.
- El poder ejecutivo quedaba en manos de la monarquía, el rey tiene el poder de nombrar y destituir a los ministros.
- El poder judicial se otorgaba a unos tribunales independientes.

El sistema fiscal también fue modificado: se eliminaron los impuestos indirectos y se implantaron impuestos directos, cuya cantidad dependía de la riqueza que se poseyera (ya fueran tierras, propiedades urbanas o negocios industriales o comerciales).

El sistema de elección de los diputados de la Asamblea Legislativa era el siguiente: se clasificaba a los varones franceses (las mujeres quedaron excluidas) en "activos" (los que pagaban un determinado nivel de impuestos directos, tuviesen más de 25 años y supiesen leer y escribir) y "pasivos" (quienes, por no tener propiedades o negocios, no pagasen impuestos o fuesen analfabetos). Sólo los ciudadanos "activos" elegían a los electores de su departamento. Dichos electores eran quienes escogían a los diputados provinciales para la asamblea. A este tipo de elección se le llama censitaria (sólo pueden votar los más ricos) e indirecta, puesto que los cargos importantes no son votados directamente por la población, sino a través de sus representantes.

Sistema Ingles

PRINCIPIOS POLÍTICOS FUNDAMENTALES

FUENTES DE DERECHO

Desde una perspectiva jurídica la concepción británica del Derecho es muy diferente de las concepciones vigentes en la Europa continental. El espíritu de Inglaterra ha elaborado de manera inconsciente y a veces ilógica su vida constitucional.

Parte de una concepción histórica-tradicional de la Constitución , por la que la Constitución es resultado de una lenta transformación histórica y así se presenta como un conjunto de actos parciales reflejo de situaciones concretas, de usos y costumbres imprecisos.

Con todo esto, la organización de los poderes públicos ingleses no se inserta en un Código constitucional de valor superior a una ley ordinaria sino que es un conjunto *pluriforme*20 de normas legales, costumbres y usos no codificados.

Las fuentes principales son tres:

Derecho Estatutario

Es el conjunto de normas jurídicas emanadas del Parlamento . Se caracterizan por ser leyes de carácter constitucional. Es el caso de la Carta Magna de Juan sin tierra, Petition of Rights, Habeas C orpus, Bill of Rights...

Reglas Consuetudinarias

Es el derecho judicial, el conjunto de decisiones y resoluciones judiciales sobre el derecho constitucional escrito.

Esta fuente de derecho es inferior al Derecho Estatutario, es de carácter subsidiario en el sentido de que estas resoluciones no pueden modificar el Derecho Estatutario.

Convenciones Constitucionales

Son aquellas reglas de la praxis política que son obligatorias para aquellos a quienes va referidas pero que no son leyes puesto que no pueden ser exigidas ni por los Tribunales, ni por las Cámaras del Parlamento.

Cumplen una doble función:

Adaptar el derecho escrito a las transformaciones históricas, actualizando el sentido de viejos textos

Hacer factible la vigencia de la Constitución en aspectos de relación recíproca entre instituciones y órganos.

Estas convenciones responden a las notas de flexibilidad y empirismo que caracteriza a la política y el derecho británico.

Supremacía constitucional según la constitución²¹

La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

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.

Transformación del principio de legalidad en principio de constitucionalidad

Primera acepción (tradicional): el principio de legalidad es sinónimo de primacía o preeminencia de la ley. Supone la reducción del derecho a la ley y la proclamación de la ley como norma suprema del ordenamiento.

Segunda acepción: el principio de legalidad entendido como sometimiento de la administración a la ley entendida en su sentido formal. Se manifiesta en conocida expresión: "el estado solo puede hacer aquello que esta expresamente permitido por la ley y los particulares pueden hacer todo lo que la ley no prohíbe"

Tercera acepción: principio de legalidad se entiende como aquella sumisión al modo de producción legislativa del derecho.

Control Constitucional

El control de constitucionalidad tiene como fundamento el principio de supremacía constitucional, esto es que la Constitución de un país es la norma de mayor jerarquía a la cual deben sujetarse las de valor inferior, entendiéndose por tales a las leyes dictadas por el parlamento, los decretos y demás resoluciones dados por el Poder Ejecutivo o por entidades autárquicas y las sentencias y demás resoluciones de los jueces.

El control de constitucionalidad trata de los mecanismos de revisión de la adecuación de las leyes y de los actos del Estado o de los particulares a la suprema ley de un país. Existen diversas clasificaciones atendiendo a diversos criterios. La rama del Derecho especializada en este estudio es el Derecho Procesal Constitucional

Clasificaciones del control constitucional

Según los órganos de control:

- Judiciales (o con fisonomía judicial): el control se encarga a tribunales, pertenecientes o no al Poder Judicial. Esta variante se subdivide en tres:
 - .. Difuso (o desconcentrado): cualquier juez puede realizar la verificación de constitucionalidad.
 - .. Concentrado (o especializado): es el sistema ideado por *Kelsen*²² que resumimos anteriormente. Algunos países la han implementado exactamente como él propuso; otros ubicaron al Tribunal Constitucional dentro del Poder Judicial. Otros países quedaron a mitad de camino otorgando la función del Tribunal Constitucional a un órgano ordinario del Poder Judicial, sea a la Corte Suprema o a una sala de ella llamándola "Sala Constitucional".
 - .. Mixto: intenta compaginar las ideas del sistema difuso y del concentrado. Así, por ejemplo, todos los jueces resuelven las cuestiones de constitucionalidad en las acciones ordinarias con efectos inter partes, pero en ciertas acciones especiales, generalmente reservadas a ciertos órganos (Presidente, Fiscal General) van directamente al Tribunal Constitucional cuya sentencia será *erga omnes*²³. O bien el Tribunal conoce por apelación en los aspectos constitucionales de los casos comunes pero es primera instancia en las acciones generales de inconstitucionalidad.
- No judiciales: En algunos países la desconfianza por la judicatura (conservadora, no electa popularmente) ha hecho que se entregue el control de constitucionalidad a otros entes. Veamos:
 - .. Poder Legislativo: Es el mismo Parlamento quien controla, o él a través de un órgano suyo. Se trata principalmente de naciones que sostienen la doctrina del "centralismo democrático" donde el órgano más representativo del pueblo (Poder Legislativo) es quien concentra mayor poder, prevaleciendo sobre los demás.
 - .. Poder Ejecutivo: normalmente el Ejecutivo puede vetar cuando considera que una ley sancionada es inconstitucional, este es el control de constitucionalidad propio suyo. Pero también ha existido algún sistema donde era el Ejecutivo el órgano de control frente al cuestionamiento.
 - .. Electorado: se han estructurado algunos sistemas bajo la idea de la democracia directa en los cuales es el pueblo quien decide si determinada norma coincide o no con los lineamientos constitucionales. Un sistema, denominado "apelación popular de sentencias", prevé que cuando el Superior Tribunal declara inconstitucional una norma, el 5% del electorado puede exigir que se someta a referéndum la decisión del tribunal. Otro ha previsto que mediante consulta popular se derogue una ley por considerarla inconstitucional.

- Órganos sui generis: Incluiremos bajo este acápite a órganos que, o no se estructuran como tribunales, o su forma de integración es especial, o fundan el control en principios extrajurídicos, o su método de control es novedoso.
 - .. El Consejo de la Revolución portugués: estuvo integrado por el Presidente de la República y oficiales de las fuerzas armadas. Podía declarar la inconstitucionalidad con efectos erga omnes. Tenía también a su cargo el control de la inconstitucionalidad por omisión, por ello lo veremos infra.
 - .. El Consejo de los Custodios iraní: está conformado por seis teólogos designados por el *Ayatollah* y seis juristas musulmanes. Antes de la sanción controlan los proyectos de ley comparándolos con los principios socioreligiosos del Islam y con la Constitución.
 - .. El Consejo Constitucional francés: inscripto dentro de los sistemas de control especializado, preventivo, abstracto y limitado. Lo componen todos los expresidentes de la República y nueve miembros más: tres designados por el presidente, tres por el presidente del Senado y tres por el de la Asamblea Nacional (Cámara de Diputados).
 - .. El Tribunal de Garantías Constitucionales ecuatoriano: se compone de once miembros, tres designados directamente por el Congreso y ocho elegidos por el Congreso entre ocho ternas enviadas por las centrales nacionales de trabajadores, cámaras de la producción, presidente de la República, alcaldes cantonales, prefectos provinciales, etcétera. Puede suspender los efectos de las leyes, decretos y ordenanzas que considere inconstitucionales pero sometándose a la decisión definitiva del Congreso Nacional.

Según la formación de los jueces

- Letrados: en la mayoría de los sistemas. Algunas constituciones con sistema concentrado exigen una altísima formación profesional, lo que, sin duda, redundará en beneficio de la independencia y capacidad de los magistrados.
- Legos: en algunos sistemas se admite que los jueces legos (no abogados) realicen el control en las jurisdicciones donde no hay jueces letrados.
- Mixtos: otros regímenes mezclan juristas con legos. Algunos lo hacen en búsqueda de mayor conciencia social de los jueces, otros para lograr especialistas en otra materia considerada de importancia.

Según los límites estatales

- Nacional: los órganos del control son órganos propios del Estado controlado.
- Internacional: los países firmantes de ciertos convenios internacionales se han sometido a la jurisdicción de ciertos tribunales supranacionales que pueden desvirtuar lo sentenciado por el Poder Judicial Nacional, pues sus sentencias definitivas son obligatorias para los estados.

Según la admisión

- Positivos: explícitamente en el texto constitucional, o tácitamente en el Derecho Constitucional consuetudinario, admiten la existencia de control. Sagüés diferencia dentro de esta categoría los sistemas completos, que cumplen los cinco requisitos que apuntamos sub 1, de los incompletos, que no los cumplen a todos, aclarando que la mayoría de los sistemas son incompletos.

- **Negativos:** no admiten el control de constitucionalidad pese a tener necesidad de él por ser su Constitución del tipo rígido.

Según el modo de impugnación

- **Abstracto:** el impugnador no se halla en una relación jurídica donde se vea afectado por la norma inconstitucional.
- **Concreto:** está legitimado únicamente cuando hay una relación jurídica donde alguien se ve lesionado por la norma inconstitucional en un derecho subjetivo, un interés legítimo o un interés simple. Las vías de acceso a la jurisdicción son diversas: acción declarativa concreta de inconstitucionalidad, acción de amparo, demanda incidental, juicio ejecutivo o sumario, etc.

Según la posibilidad de acceso

- **Condicionado:** hay un órgano preseleccionador de los casos que llegarán al órgano controlador de la constitucionalidad.
- **Incondicionado:** todos los casos pueden llegar al órgano máximo de control, aunque haya instancias previas.

Según los sujetos legitimados

- **Restringido:** sólo los sujetos taxativamente enumerados pueden excitar el control. Así en Francia donde los legitimados son: el Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Senado, sesenta diputados o sesenta senadores.
- **Amplio:** está legitimado todo aquél que tenga un derecho subjetivo, un interés legítimo o un interés simple, afectados por la norma inconstitucional.
- **Amplísimo:** está legitimada cualquier persona, se vea o no afectada.

Según la cobertura

- **Total:** todo acto, ley y omisión, del Estado y de los particulares, están sujetos al control.
- **Parcial:** sólo una porción del mundo jurídico está sometida al control.

Según la facultad de decisión

- **Decisorios:** el controlador invalida la norma. Hay tres variantes:
 - .. **Inter partes:** sólo para las partes y respecto al asunto de la sentencia.
 - .. **Erga omnes:** todos los habitantes quedan exentos de respetar la norma declarada inconstitucional. Otra posibilidad es que la norma embrionaria

quede preventivamente abolida, con efectos absolutos, e incluso sin recurso alguno contra la decisión, como en Francia.

- .. Intermedio: El Tribunal Constitucional puede meritar²⁴ el caso y decidir inter partes aut erga omnes.
- No decisorios: en estos sistemas el órgano de control emite pronunciamientos que no invalidan la norma cuestionada sino que transmite una recomendación al órgano encargado de dictarla y abrogarla (doctrina del paralelismo de competencias).

Conclusión

Es claro, que en el Ecuador se ha pretendido mediante la nueva constitución garantizar mayormente los derechos de las personas que están dentro del estado. En el hábito jurídico se ha caído en un paradigma en el cual hasta el día de hoy se contraponen posiciones de juristas y especialistas en el tema del control constitucional al igual en el llamado Estado constitucional, que propone mediante la garantía de muchos derechos y hace a las constituciones robustas y rígidas a la vez.

Hay quienes afirman que este llamado control de la constitucionalidad es abstracto y otros quienes dicen que es concentrado, pero mediante el estudio de estos dos y de la ley de garantías jurisdiccionales y control constitucional. Podemos aseverar que el control que vivimos es algo parecido al control mixto que es la unión de ambos controles. Juristas lo han llamado *control integral* de la constitución, ya que buscan aparte de un control de los jueces, un control ejercido por las personas que conforman el estado.

Se analiza también el llamado estado garantista de derechos y de justicia que se verá luego en los trabajos siguientes en el cual se indica que mediante el tipo de constitución rígida o sea casi inmodificable y garantista de derechos se pueda ampliar más el campo del debate jurídico-político entre las entidades de estado.

Es claro que lo que vivimos hoy en día con el nuevo paradigma constitucional en el que entro el Ecuador con su constitución 2008 sin duda alguna es interesante , pero también puede ser perjudicial para el Ecuador, ya que con el poco crecimiento Económico que tiene el país muchos se hacen la pregunta de ¿cómo poder garantizar derechos? la respuesta es sencilla que los gobiernos repartan bien el dinero que cobran en impuestos, es comprobado que otros países se han desarrollado de una manera brutal en los campos jurídicos y económicos con el sistema garantista de derechos y justicia, al repartir bien sus ingresos y cumpliendo la supremacía constitucional de la que se ha hablado.

Neo constitucionalismo y aspectos importantes que éste conlleva.

INTRODUCCION

El pueblo ecuatoriano aprovechando de un cambio que se le vino ofreciendo en cada una de elecciones presidenciales, tomó la decisión de subirse a un tren de cambio denominado "Revolución ciudadana" que como menciono en el desarrollo de este capítulo pusieron todas sus esperanzas, por obtener una mejor calidad de vida, en la cual sus derechos se empiecen a respetar y poseer las mismas igualdades que los demás, el pueblo anhela un cambio social que lo lleve a un mejor estilo de vida, donde no exista el hambre o el analfabetismo, donde haya seguridad jurídica, y paz social; una tarea evidentemente difícil pero no imposible, que se la puede lograr si cada uno de nosotros empezamos cambiando de actitud.

Pues bien, su primer paso fue darle el SI a una propuesta de cambio a la constitución del 98, para ahora tener una nueva constitución que le garantiza derechos y les nos ofrece un buen vivir, pero una cosa es el papel que aguanta todo y otra que realmente se dé lo que se promete.

Esta constitución es de real importancia debido al nuevo constitucionalismo en el que nos encontramos y éste capítulo trata de desarrollar aspectos importantes de éste tema.

¿Qué es una Constitución?

La Constitución es la expresión cultural de cómo se organiza la sociedad. En ella plasmamos nuestro acuerdo para funcionar como colectivo, y formalizamos la cuantía de lo que renunciamos de nuestra libertad personal, para garantizar la armonía en nuestra convivencia. Definimos cómo y a quién delegaremos las funciones a las cuales renunciamos, y las formas como se normará el ejercicio de esas libertades delegadas. En síntesis, una Constitución es un convenio para garantizar la convivencia pacífica. Todo lo que delegamos lo asignamos a instituciones, para garantizar la permanencia de tales acuerdos. La sumatoria de estas instituciones la denominamos Estado.

Las personas creamos al Estado, como sinónimo de sumatoria de instituciones; es decir, pautas de comportamiento y procedimientos especificados. Las atribuciones asignadas a cada institución, creada para ejercer esas libertades a cuyo ejercicio renunciamos, tienen como objetivo garantizar la convivencia pacífica y armónica. Una vez suscrito dicho pacto de convivencia, la sociedad actúa conforme a tales normas, y las siguientes generaciones son educadas bajo tales modelos de comportamiento, valorados positivamente como lo correcto y apropiado.

Pero en base a nuestro estudio sabemos que una Constitución es la ley fundamental, escrita o no, de un Estado soberano, establecida o aceptada como guía para la sociedad. La constitución fija los límites y define las relaciones entre los poderes legislativo, ejecutivo

y judicial del Estado, estableciendo así las bases para su gobierno. También garantiza al pueblo determinados derechos. La mayoría de los países tienen una constitución escrita.

Para **Kelsen** el vocablo Constitución tiene dos sentidos, un sentido lógico-jurídico y un sentido jurídico-positivo.

Según Kelsen, la Constitución en su sentido lógico-jurídico, es la norma fundamental o hipótesis básica; la cual no es creada conforme a un procedimiento jurídico y, por lo tanto, no es una norma positiva, debido a que nadie la ha regulado y a que no es producto de una estructura jurídica, sólo es un presupuesto básico. Precisamente, a partir de esa hipótesis se va a conformar el orden jurídico, cuyo contenido está subordinado a la norma fundamental, sobre la cual radica la validez de las normas que constituyen el sistema jurídico.

Por su parte, una Constitución en el sentido jurídico-positivo, se sustenta en el concepto lógico-jurídico, porque la Constitución es un supuesto que le otorga validez al sistema jurídico en su conjunto, y en norma fundamental descansa todo el sistema jurídico. En éste concepto la Constitución ya no es un supuesto, es una concepción de otra naturaleza, es una norma puesta, no supuesta. La Constitución en este sentido nace como un grado inmediatamente inferior al de la Constitución en su sentido lógico-jurídico. Según Kelsen la Constitución puede ser contemplada en dos sentidos: en un sentido material y en un sentido formal.

En su sentido material está constituida por los preceptos que regulan la creación de normas jurídicas generales y, especialmente, la creación de leyes. Además de la regulación de la norma que crea otras normas jurídicas, así como los procedimientos de creación del orden jurídico; también desde el punto de vista material, la Constitución contempla a los órganos superiores del Estado y sus competencias. Otro elemento que contiene dicho concepto material, son las relaciones de los hombres con el propio poder estatal y los derechos fundamentales del hombre. La Constitución en sentido material implica pues, el contenido de una Constitución.

La Constitución en su sentido material tiene tres contenidos: el proceso de creación de las normas jurídicas generales, las normas referentes a los órganos del Estado y sus competencias, y las relaciones de los hombres con el control estatal.

La Constitución en sentido formal —dice Kelsen— es cierto documento solemne, un conjunto de normas jurídicas que sólo pueden ser modificadas mediante la observancia de prescripciones especiales, cuyo objeto es dificultar la modificación de tales normas. La Constitución en sentido formal es el documento legal supremo. Hay una distinción entre las leyes ordinarias y las leyes constitucionales; es decir, existen normas para su creación y modificación mediante un procedimiento especial, distintos a los abocados para reformar leyes ordinarias o leyes secundarias.

¿Qué es el neo constitucionalismo?

Se denomina neo constitucionalismo al conjunto de teorías que han proporcionado fundamentación conceptual y normativa a la que constitucionalización del derecho es decir que han establecido un carácter constitucional al derecho.

Me parece importante citar al conocido profesor español Luis Prieto Sanchis ¹, que nos

¹ Pensando jurídica y política norteamericanas (Prunco, 1981 - Berkeley, California, 1973). Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Miami (desde 1972) fue uno de los principales autores de la Constitución republicana y democrática que se dio Austria en 1920, tras su derrota en la Primera Guerra Mundial (1914-18) y la consiguiente disgregación del Imperio Austro-Húngaro.

dice que el neo constitucionalismo o el constitucionalismo contemporáneo es la forma como hoy se alude a los distintos aspectos que caracterizan a nuestra cultura jurídica, los mismos que puede ser compartidos al mismo tiempo por la gran mayoría de teóricos legales y filósofos del derecho de la actualidad.

En realidad, se entiende básicamente por neo constitucionalismo a la teoría constitucional que surgió tras la segunda guerra mundial siendo los casos de la Constitución Italiana (1947) y Alemania (1949), de Portugal (1976) y de España (1978) y en Latinoamérica en los casos de la Constitución Brasileña de 1988 o la Colombiana de 1991 caracterizándose fundamentalmente por la inclusión de un conjunto de elementos materiales en la Constitución, dejando de ser ésta exclusivamente una forma de organización del poder o de establecimiento de competencias para dirigirse a la concreción de una serie de fines sustantivo.

Como se indica en un reciente texto sobre filosofía del derecho contemporáneo: "la constitución ya no es sólo el fundamento de autorizaciones y marco del Derecho ordinario. Con conceptos tales como los de dignidad, libertad, igualdad y Estado de derecho, democracia y Estado social, la Constitución proporciona un contenido substancial al sistema jurídico. Esta circunstancia se materializa en la aplicación del Derecho a través de la omnipresencia de la máxima de proporcionalidad, y en una tendencia insita a reemplazar la subsunción clásica de los hechos en reglas jurídicas, por una ponderación que sopesa valores y principios constitucionales"

Neo constitucionalismo en el Ecuador

El neo constitucionalismo ha sido el resultado de la concepción de 2 tradiciones constitucionales una que concibe a la constitución como un pacto de mínimos, es decir que asegura la autonomía de los individuos; y la segunda que concibe a la constitución como propuesta directa de transformación social y política, aquí la constitución no se limita a fijar las reglas del juego, sino que participa directamente en el mismo, condicionando con mayor o menor detalle las futuras decisiones colectivas.

En el fallo de autoproclamación de la corte constitucional nos habla también de esta evolución que ha pasado hasta llegar al neo constitucionalismo. Empecemos diciendo que nuestro ordenamiento constitucional desde principios del siglo XIX ha sido influenciado por el paradigma constitucional europeo o continental europeo que se limita a dos conceptos básicos del derecho liberal:

- 1.- El estado de derecho
- 2.- la primacía de la ley frente a la administración jurisdicción y propios ciudadanos.

Ahora el modelo constitucional liberal se modifica con la aparición del estado social en Europa el cual es su estado que interviene directamente en el orden económico y en el ámbito social.

I Luis Prieto Sainza. I librofo destacado del Derecho de la España Postconstitucional

Basándonos en esto en el Ecuador a pesar del cambio que se ha producido en nuestro país, ya que se han promulgado 20 constituciones desde 1.830, se dice que el sistema que ha regido es sustancialmente el mismo y que solo ha variado con la nueva constitución en la cual se establece una nueva forma de estado. -Estado constitucional de derechos y justicia- cuyos rasgos básicos giran alrededor de este nuevo constitucionalismo. éstos son:

- a) El reconocimiento del carácter normativo superior de la constitución.
- b) La aplicación directa de la constitución como norma jurídica.
- c) E reconocimiento de la jurisprudencia constitucional como fuente primaria del derecho.

Entonces, El neo constitucionalismo es una tendencia jurídica muy importante que se viene gestando desde hace varias décadas en el mundo y desde algunos años en el Ecuador. Se trata de una teoría jurídica que plantea que las Constituciones -normas positivas o leyes de la más alta jerarquía-, deben delimitar estrictamente los poderes estatales y proteger con claridad los derechos fundamentales. El neo constitucionalismo "eleva" a la categoría de normas o leyes escritas a una serie de derechos considerados como naturales o consustanciales a la dignidad de la condición humana. Las Constituciones que han recibido la influencia de esta forma conceptual de entender su propio rol e importancia, tienen en los contenidos de sus artículos y en su estructura, una presencia importante de principios morales, así como, ciertas características novedosas en el tema de la interpretación y aplicación de la norma constitucional.

En el Ecuador el neo constitucionalismo es una de las importantes líneas de pensamiento que fue considerada en el proceso de elaboración de la Carta Fundamental. Si analizamos la Constitución vigente, en su texto, encontraremos con facilidad su influencia

El 20 de octubre del 2008, con el registro oficial N° 449 se le otorga validez jurídica a la nueva corte constitucional, y esta desde su primer artículo nos evidencia de que se dio un fin al legiscentrismo para llegar al neo constitucionalismo, al decir en su artículo 1^{ero} "El Ecuador es un estado constitucional de derechos y justicia social democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico".

Es aquí con esta disposición que el Ecuador pasó de la ficción del estado social de derecho hacia un nuevo modelo estatal, esto es, un estado constitucional del derecho y justicia.

Con este nuevo constitucionalismo la constitución se encuentra por encima de cualquier otra ley, como así lo declara en su art. 425 de la C.M, es decir que con este nuevo paradigma la constitución no puede ser limitada por cuerpos legales inferiores, aquí no caben las incoherencias jurídicas, entonces estaríamos hablando de su endiosamiento

constitucional, no solo en legislación sino también de carácter jurisprudencial influyendo con esto a la doctrinal con nuevas pautas políticas y sociales.

Sabemos que no hay un plan para instituir la constitucionalización ipso facto, pero sabemos que todo un país tiene depositada su confianza en una constitución que le prometió el cambio, me pregunto yo, ¿Cómo se llegara a cumplir con todo lo prometido si cada vez nos encontramos en más desventaja sea en el ámbito financiero, económico, internacional?

La realidad nos evidencia que en el caso de Ecuador, Bolivia y Venezuela los gobiernos populistas han utilizado el clamor popular por un nuevo diseño institucional para justificar su permanencia en el poder mientras que las condiciones de miseria y de pobreza se mantienen en las sociedades (convirtiéndose en una burla a la llamada "revolución social").

Vamos a actualizar puntos importantes que son duda son de relevancia para este nuevo estado constitucionalista:

1.- Empecemos con el tema de la existencia de una constitución rígida, es este rasgo distintivo que separa a la constitución de las otras leyes.

Como sabemos la rigidez implica una inmutabilidad e la norma constitucional lo que la hace firme e inamovible, es decir esta va a predominar ante cualquier otra.

La ley suprema del 2008 impone restricciones a los intentos de reforma la carta magna con mayor facilidad que si se tratara de un reglamento cualquiera o una ley ordinaria como había sido práctica común en los precedentes códigos políticos.

No obstante, la actual constitución no presenta su "blindaje absoluto", pues ofrece mecanismos de reforma de textos constitucionales, con pretextos diversos, por parte de un poder constituido.

Es importante destacar que a pesar de esta jerarquía que tiene la constitución entra aquí la interpretación del legislador que como ha sido discutible conlleva un alto grado de subjetividad que al interpretar la norma se evidencia (tema que sería analizado más adelante)

2.- Examinemos ahora un segundo punto como es la garantía jurisdiccional de la constitución.

El carácter fundamental de la constitución actual es que sus mandatos quedan fuera de la disponibilidad de las fuerzas políticas y deben ser cumplidos en forma estricta, pero ¿Quién garantiza su cumplimiento?

Según la constitución /08 la corte constitucional que como lo dice el artículo 429 C.M es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia.

El nivel de jerarquía que le otorga la nueva constitución a éste llamado quinto poder implica la importancia de la corte constitucional en el nuevo diseño institucional del Ecuador el cual obliga a que sea conformada por verdaderos letrados constitucionales, por juristas que desborden probidad y solvencia intelectual.

Lograr esto parece una misión bastante difícil en un país como el Ecuador que ha sufrido desde 1.984 hasta la fecha el más terrible "Secuestro" de cortes y juzgados, sin contar con que nuestra función judicial parece una agencia de empleos para abogar carentes de meritos (no todos) que cambian cada 4 años. Con el ejecutivo de turno, además de utilizar o mal utilizar su poder para perseguir a sus adversarios en vez de estar garantizando la tutela judicial de manera como lo indican las leyes, que cambie esto difícil ya es, sin

embargo elegimos democráticamente una constitución que crea muchas otras instituciones y en las cuales no nos queda nada más que confiar principalmente en la corte constitucional por ser el máximo órgano de control y por las atribuciones que tiene léase Art. 429 al 440 C.M.

3. El caso de los arts. 441 al 444 de la Constitución del Ecuador

3. Corresponde ahora analizar el tercer elemento: la fuerza vinculante de la constitución. Ignacio de Otto dice "La palabra constitución o constitucional ya no designa un régimen sino una norma a la que habrán de sujetarse todos los poderes del Estado". Guastini dice que la ley suprema no es un simple poemario, un libro contentivo de preceptos líricos por lo tanto el tercer grado de constitucionalización de un ordenamiento jurídico está dado por el hecho que las normas constitucionales son las de mayor volumen e incidencia dentro del espectro legal de la sociedad sin necesidad de cuerpos inferiores que hagan posible su "feliz" realización respecto a esto cabe decir que por el volumen que tenga una norma constitucional no asegura que los hechos se den de una manera correcta, nuestra constitución es la más extensa pero ello no quiere decir que los ciudadanos estén mejor atendidos o que en nuestro país reine el orden, seguridad, solvencia y demás.

4. La "Sobre interpretación" de la constitución.

No se acaba la constitución en sus normas escritas este grado está estrechamente vinculado al nivel que analizamos Ut Supra. Si se defiende la interpretación estrictamente ajustada a las palabras, que se desprende del uso común de las palabras y de las reglas sintácticas, al mismo tiempo se estaría aceptando que la ley suprema únicamente puede regular ciertos aspectos de la vida social y que se deben aceptar como "normales" la infinidad de vacíos o lagunas constitucionales y legales que sin duda esto genera. Por el contrario la interpretación "a Similli" o analógica obliga al operador jurídico a investigar sobre la ratio que alimenta la norma que pretende "Leer" en forma obligatoria lo que le provee un conocimiento que derivara indefectiblemente en la formulación de una nueva norma es decir de esta "sobre interpretación" nacer un sin número de adecuaciones que permiten evitar lagunas constitucionales y legales.

Es en función de lo preceptuado en el Art. 429 C.M que se le otorga la facultad exclusiva a la corte constitucional para que interprete el texto jurídico supremo y en tal virtud le corresponderá únicamente a este órgano la resolución de un sin número de conflictos políticos, sociales, etc. Que no podrían ser previstos por el constituyente.

5. La aplicación directa de las normas constitucionales

"cuando se encuentre en conflicto el derecho y la justicia debe prevalecer lo segundo". En el caso un determinado conflicto legal no puede ser solucionado por una ley secundaria, o existiendo esta sea visiblemente injusta, se debería aplicar las normas constitucionales inherentes al caso concreto .

6. La interpretación conforme de las leyes presupone una interpretación armonizada entre la estructura legal ordinaria y la carta magna, de modo que no exista fractura entre la ley y los preceptos constitucionales. En el caso de no aplicar este esquema interpretativo habría que proceder a declarar inválidas una serie de leyes bajo la presunción de ser opuestas a

la ley suprema, al aplicar este principio lo que se busca es conciliar textos legales con los postulados constitucionales para evitar ese tipo de conflictos en la medida de lo posible .

4. Véase artículo 87 de la Constitución de Montecristi

5. Véase artículo 84 y 86 de la Constitución de Montecristi

7. La influencia de la constitución sobre las relaciones políticas esta condición multicausal y por lo tanto tiene que ver, en primer lugar con el dispositivo previsto en el propio texto constitucional para resolver conflictos políticos, en base a normas de la ley suprema, entre diversos entes estatales .

Poder constituyente

"El poder constituyente, cuyo titular es el pueblo, no es lo mismo que el poder legislativo ordinario, que es un poder constituido"

"El poder constituyente es la capacidad que tiene un pueblo para crear, modificar o extinguir una constitución"

Poder constituyente es la denominación del poder que tiene la atribución de establecer la norma fundamental de un ordenamiento jurídico, dando origen a un Estado y su sistema político y, posteriormente, de modificarla o enmendarla. Esta facultad es ejercida al constituir un nuevo Estado y al reformar la Constitución vigente. Por lo anterior, habitualmente se distingue un *poder constituyente primario* u *originario* y un *poder constituyente derivado*.

El poder constituyente ha sido definido como la "*voluntad política creadora del orden, que requiere naturaleza originaria, eficacia y carácter creadora*" y como la "*voluntad originaria, soberana, suprema y directa que tiene un pueblo, para constituir un Estado dándole una personalidad al mismo y darse la organización jurídica y política que más le convenga*" De todos modos, existen concepciones que consideran que el poder constituyente *originario* puede recaer en el pueblo o en la nación.

Se considera que el poder constituyente existe en los regimenes de Constitución rígida, en el que la elaboración de las normas constitucionales requiere un procedimiento diferente al de las leyes.

El titular del poder constituyente es el pueblo. Hoy es el entendimiento más difundido. Pero en Sieyès , el titular es la nación. El concepto de nación es problemático.

Nación, en sentido estricto, tiene dos acepciones: la nación política, en el ámbito jurídico-político, es el sujeto político en el que reside la soberanía constituyente de un Estado; la nación cultural, concepto socio-ideológico más subjetivo y ambiguo que el anterior, se puede definir a grandes rasgos como una comunidad humana con ciertas características culturales comunes a las que dota de un sentido ético-político. En sentido lato nación se emplea con variados significados: Estado, país, territorio o habitantes de ellos, etnia y otros.

El titular del poder constituyente sólo puede ser el pueblo y que el pueblo, en la actualidad, se entiende como una entidad pluralista, formada por individuos, asociaciones, grupos,

iglesias, comunidades, personalidades, instituciones, articuladores de intereses, ideas, creencias y valores plurales, convergentes y conflictivos.

El poder constituyente originario es el que crea la Constitución: una vez cumplida su labor

6. Artículo 430F 7, 130 01, 329- 429 de la Constitución de Montevideo

desaparece; pero como su tarea requiere continuidad, suele establecer un órgano que se encargue de adicionar y modificarla, de acuerdo a las circunstancias o problemas que surjan, a este se le denomina poder constituyente derivado, instituido o permanente.

Así, el *poder constituyente originario* es aquel que crea la primera Constitución de un Estado; en este sentido, con frecuencia, actúa como poder constituyente originario una Asamblea constituyente que, al aprobar la primera Constitución de un país, está poniendo de manifiesto jurídicamente su nacimiento.

El poder constituyente originario puede actuar dictando una Constitución que no sea la primera del país. Se trata de un Estado que ya tenía una Constitución, en el cual se produce un cambio radical de todas sus estructuras (una revolución). La Constitución que se dicta consagrando nuevas estructuras políticas, sociales y a veces económicas es el fruto de un poder constituyente originario, aunque no se trate, históricamente de la primera Constitución del país. En la gran mayoría de los casos en que se dicta una Constitución luego de un proceso revolucionario, los órganos que intervienen y el procedimiento que se utiliza para dictarla, no son los previstos en la Constitución anterior. Si se dictase una nueva Constitución por los órganos previstos por la Constitución anterior, estaríamos ante una actuación del poder constituyente derivado

A su vez, por *poder constituyente derivado* se entiende aquel establecido en la propia Constitución y que debe intervenir cuando se trata de reformar la Constitución. Es generalmente ejercido por una asamblea, congreso o parlamento. Es un poder que coexiste con los tres poderes clásicos, en los regímenes de Constitución rígida, cuya función es la elaboración de las normas constitucionales, las cuales se aprueban habitualmente a través de un procedimiento diferente al de las leyes.

Participación ciudadana

"La intervención de los ciudadanos es de real importancia en una democracia"

A medida que hay más intervención ciudadana se puede decir que mas cristalizados se encuentran las aspiraciones sociales de diferentes sectores.

Puede decirse que la realización progresiva de los derechos humanos, está relacionada directamente con el proporcional aumento de la calidad de la participación ciudadana.

Pero, prevalece en nuestra sociedad una marcada exclusión de la mayoría poblacional respecto a la toma de decisiones sobre los asuntos públicos; de manera que, el consenso se reduce a minorías no representativas de la pluralidad de intereses societarios.

Una de las razones primarias para tal marginamiento, se desprende de la ausencia de información, e interiorización de la ciudadanía, sobre las posibilidades de nuestro marco jurídico en cuanto al reconocimiento formal de espacios de participación.

Por lo tanto, la presencia del ciudadano en las decisiones que le afectan, tanto individual como colectivamente, precisa de una adecuación funcional, en tanto facilite el acceso y la conformación no excluyente de centros de decisión a partir del nivel local, que en ultima instancia, también sean capaces de incidir en la formación de voluntad sobre las decisiones que exceden el ámbito del Estado-Nación.

De ahí la importancia de la participación ciudadana, de la cual se dice que es "un proceso gradual mediante el cual se integra al ciudadano en forma individual o participando en

7 Emmanuel-Joseph Sieyès, *Conde Sieyès (Léves, 1748-1806) - Essai sur le privilège de l'homme de loi* (1788) fue un político, filósofo, ensayista y jurista francés, uno de los líderes de las constituyentes de la *Revolución Francesa* y de la *Revolución*

forma colectiva, en la toma de decisiones, la fiscalización, control y ejecución de las acciones en los asuntos públicos y privados, que lo afectan en lo político, económico, social y ambiental para permitirle su pleno desarrollo como ser humano y el de la comunidad en que se desenvuelve."

Podemos deducir de lo anterior, que la Participación es un proceso de generación de conciencia crítica y propositiva en el ciudadano. La participación no es realmente efectiva mientras no vaya modificando y ampliando las relaciones de poder.

El fin de la participación ciudadana no es tanto ella en sí misma, por cuanto que, la finalidad que debería perseguir es la mejora sostenible de las condiciones de vida de la sociedad.

FORMAS DE DEMOCRACIA DIRECTA

A las importantes y nuevas formas de participación democrática antes mencionadas debe agregarse las que corresponden a las del ejercicio directo de la democracia, con importantes mejoras. Estas empiezan con la iniciativa popular normativa que puede plantearse, de manera muy amplia, para proponer la creación, reforma o derogatoria de normas jurídicas, ante cualquiera de los órganos competentes para la elaboración normativa, permitiéndose a los proponentes participar en el debate y condicionando su tratamiento al plazo de 180 días, vencido el cual, la propuesta entrará en vigencia.

Reuniendo los requisitos correspondientes, la ciudadanía podrá solicitar la convocatoria a consulta popular sobre cualquier asunto. Igualmente, podrá solicitar referéndum para reformar la Constitución, así como la revocatoria del mandato de las autoridades de elección popular –incluido el Presidente de la República– cumpliendo determinados requisitos que tienen que ver, principalmente, con la representatividad democrática en función del número de solicitantes.

Objetivamente, los aspectos de la Constitución propuesta contienen no solo la concepción que sustenta una nueva forma de concebir el ejercicio del poder político, a través de una valoración importante de la participación social, sino que, además, diseñan las nuevas instituciones por intermedio de las cuales deberá hacerse efectiva dicha participación.

Complementariamente, el Título IV sobre la Participación y Organización del Poder contempla también la creación de una nueva función, de "Transparencia y Control Social", agregándole mayor importancia a la participación social en la nueva concepción del régimen político .

El neo constitucionalismo no solo ha sido la tendencia más novedosa y que mejor explica los desarrollos más recientes del constitucionalismo, que han marcado la extensión y consolidación y fijación de la democracia constitucional, ha reforzado también la importancia de los principios en el derecho y ha incidido de manera principal en los derechos fundamentales.

El neo constitucionalismo conlleva muchos aspectos y temas a tratar, he tratado de hacer una compilación de algunos que se han dado en nuestro País y los cuales son de mucha importancia.

8 DEMOCRACIA DIRECTA artículos 103 al 107 de la Constitución de Montecruti

Cabe recalcar que el neo constitucionalismo asume diversas tareas y presupuestos que no siempre quedan claros e incluso traen confusiones, vale recordar que el neo constitucionalismo es un instrumento que esta al servicio de los ciudadanos para garantizar sus derechos fundamentales. Si los poderes públicos tienen como función básica y primordial la de garantizar los derechos fundamentales nuestra percepción cambiaría de forma sustantiva. Entonces debemos ser capaces de crear dinámicas institucionales, y recursos que hagan efectiva esta garantía.

Todo esto también nos lleva a analizar las condiciones de los ciudadanos y los problemas que viven cotidianamente, estas reflexiones nos permiten analizar las formas en que podemos proteger a una sociedad, por ende LA TEORÍA NEO CONSTITUCIONALISTA DEBE ESTAR INTIMAMENTE LIGADA CON EL PRESENTE.

En cuanto de la democracia con imperio del Derecho, vemos la necesidad de multiplicar los esfuerzos encaminados a comprender, más profunda e íntegramente, las múltiples facetas del nuevo constitucionalismo, nacional e internacionalmente concebido

Éste nuevo Constitucionalismo, donde el derecho gira alrededor de la Constitución como se ha dejado claro en páginas anteriores está marcado ya en nuestro país, y lo único que cabe es aplicarlo de la manera más correcta que se pueda, siendo probos al momento de interpretar las normas y no mirándolas como beneficio personal como puede suceder con funcionarios que tengan la competencia en determinada materia y los cuales poseen ésta potestad de administrar justicia y aplicar las normas.

Las dudas e interrogantes suscitadas por el neo constitucionalismo evidentemente son numerosas, pero toca al legislador y a los ciudadanos coadyuvar a un mejor futuro, si ya emprendimos este viaje pues hay que seguirlo, tratando de hacer la tarea lo mejor posible, mirando el interés general, guiándonos con el derecho nuestro principal aliado.

No debemos olvidar que es importante que tómenos como base para el desarrollo de esta nueva tendencia la realidad en que nos encontramos, no se trata tampoco de garantizar, de prometer hechos que no se van a cumplir; porque entonces, no estaríamos llegando a nada así cambiemos mil veces de tendencia en el derecho.

LAS GARANTIAS JURISDICCIONALES

Introducción

Derechos Humanos es el estudio de las facultades, prerrogativas, y libertades fundamentales que tiene una persona por el simple hecho de ser creado a la imagen de Dios, sin los cuales no se puede vivir como tal. Se expresan como derechos civiles y políticos; derechos económicos, sociales y culturales; y derechos de los pueblos o de solidaridad. Se investiga cuál debe ser el mensaje profético de la iglesia a favor de la dignidad humana, la justicia social y el buen gobierno.

DEFINICION

Las garantías jurisdiccionales constituyen lo que algún autor ha denominado "la jurisdicción constitucional de la libertad" y comprenden el conjunto de instrumentos procesales que dentro del sistema jurídico estatal- cumplen la función de la tutela directa de los derechos humanos. Instrumentos que vienen consagrados constitucionalmente y los organismos judiciales encargados de impartir la protección.

CARACTERES

Las garantías jurisdiccionales internas presentan las siguientes características:

Son aquellas garantías que vienen reguladas por el Derecho Procesal. Por ello se pueden denominar también garantías procesales o adjetivas, frente a las garantías materiales o sustantivas.

El derecho Procesal es el derecho que regula la actividad del proceso, como un Derecho para el Derecho o, si se quiere, como un Derecho garante del Derecho. En este aspecto comporta el Derecho procesal dos dimensiones de garantía fundamentales:

Una dimensión de garantía en vía preventiva general, que actúa como disuasoria frente a los posibles incumplimientos, a través de la coactividad de las normas jurídicas. Una dimensión de garantía en vía de reparación, mediante la declaración del derecho por un órgano jurisdiccional y en su caso por ejecución de la sentencia.

Las garantías jurisdiccionales son las que tienen mayor tradición y, para muchos autores, teniendo en cuenta la independencia del poder judicial, constituyen la mejor garantía de los derechos humanos.

Las garantías jurisdiccionales presuponen la existencia de la garantía denominada derecho a la jurisdicción, que puede ser definido como "el derecho de carácter medial que permite la defensa jurídica de todos los derechos, mediante un proceso garantizado, decidido por un órgano jurisdiccional"

También se puede definir el derecho a la jurisdicción como el derecho que todo ser humano tiene: no se afectado en su libertad sin intervención de un órgano jurisdiccional y,

a que las quejas, agravios, etc., que pueda tener el habitante de un país sean ventilados ante un órgano judicial del Estado y eventualmente satisfechos.

El

derecho a la jurisdicción tiene una doble dimensión:

Una dimensión negativa: nadie se puede ver privado de su libertad o de su propiedad sin un proceso realizado conforme a derecho, en el que sea oído, sus razones sean consideradas y la prueba concerniente a sus derechos recibida y debidamente apreciada. Ese proceso regular debe culminar también en un pronunciamiento también regular, que no implique fallos que puedan descalificarlo como acto jurisdiccional.

Una dimensión positiva: todo miembro de la comunidad debe tener a su disposición remedios rápidos y eficaces que tutelen sus prerrogativas y pretensiones, de modo que nadie se vea privado del auxilio jurisdiccional.

El derecho a la jurisdicción está reconocido en varias declaraciones internacionales de derechos humanos:

²⁴El artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece:

Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la Ley.

²⁵El artículo 2 apartado 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, también reconoce esta garantía:

Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar:

- a. Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aún cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;
- b. La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquier otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y a desarrollar las posibilidades de recurso judicial;
- c. Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

²⁴ Declaración de los Derechos Humanos

²⁵ Pacto Internacional De Derecho Civil Y Políticos

En el ámbito regional europeo es la Declaración de los Derechos y Libertades Fundamentales, del Parlamento Europeo, de 16 de Mayo de 1989 quien lo reconoce en el artículo 19.1.:

Toda persona, cuyos derechos y libertades hayan sido violados, tiene derecho aun proceso efectivo por un juez predeterminado por la ley.

Se trata, pues, de una garantía universalmente reconocida que se materializa a través de una pluralidad de instrumentos procesales.

En el sistema jurídico español la garantía consistente en el llamado derecho a la jurisdicción está reconocida en el artículo 24.1 de la CE.:

Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

• La garantía de la celebración de un juicio justo e imparcial

La celebración de un juicio justo e imparcial se define como aquella garantía de carácter procesal, comprendida dentro del derecho a la jurisdicción, que es absolutamente imprescindible para que los particulares puedan solucionar los litigios sobre sus derechos y obligaciones de tipo civil o laboral o administrativo, o establecer su responsabilidad e inocencia en materia penal.

CARACTERES

Entre sus antecedentes históricos figuran los siguientes:

- La Carta Magna inglesa (del año 1215) establece ya el derecho a la justicia, que no se puede negar, vender, ni retrasar.
- En el siglo XIII, Henry Bracton, en su obra "De Legibus et consuetudinibus angliae", señala como característica del juez, su capacidad de aceptar a las partes con equidad e imparcialidad.
- También en Inglaterra, como reacción frente al poder de la Corona se instituyó en la " Petición de derechos" (de 1628) la prohibición de juzgar a los acusados de acuerdo con una ley "marcial", utilizable sólo en tiempo de guerra.
- Posteriormente, en 1640, la Ley de Habeas Corpus abolió la "Star Chamber" y los tribunales basados en la prerrogativa real. Además privó al Rey y a su Consejo Privado la jurisdicción en asuntos civiles y penales.
- Los revolucionarios franceses de 1789 eliminaron la prerrogativa real de nombrar jueces especiales para un determinado juicio de una sola causa o de una persona. Influidos por el pensamiento de la separación de poderes, enunciado por Montesquieu, en 1748, se consagró este mismo principio en la "Declaración de Derechos del hombre y del Ciudadano."
- Se consagró, además, en la mencionada declaración, el principio de presunción de inocencia como elemento necesario de un juicio imparcial en materia penal.

En los Estados Unidos de América del Norte la separación de poderes de Montesquieu fijó la autonomía entre las ramas del poder público en un sistemas de controles y equilibrios para moderar las acciones de los demás poderes. Las enmiendas V y VI de la Constitución norteamericana consagran otros elementos del juicio justo e imparcial que son:

- La prohibición de declarar contra sí mismo.
- La privación de libertad deberá ser realizada sólo por los medios procedimentalmente establecidos por la ley.
- Juicio rápido y público.

DERECHO DE DEFENSA

Información sobre las causas de la detención.

El sujeto titular de esta garantía son todas las personas que se encuentren bajo la jurisdicción de un determinado Estado. Es decir, no sólo aquellas personas que estén comprometidas en un litigio por sus derechos civiles o el acusado penalmente, sino todas aquellas personas que en alguna forma soliciten la intervención de los órganos jurisdiccionales.

El sujeto obligado a realizar esta garantía es el Estado, a través de órganos jurisdiccionales independientes del Poder ejecutivo.

El objetivo o finalidad básica de esta garantía es asegurar que los derechos civiles, administrativos, laborales y penales se cumplan de acuerdo a lo establecido en las leyes, en su correcta interpretación jurídica, sin que ningún factor externo como la dependencia del órgano jurisdiccional o las preferencias personales del juez pueda influir en el fallo o decisión.

Otros objetivos de esta garantía son los siguientes:

Cuando es el Estado parte interesada en un litigio la decisión final del órgano jurisdiccional no puede quedar ilegalmente desvirtuada por este hecho.

El acusado debe estar protegido frente a los posibles abusos que el Estado pueda cometer y de los abusos que puedan cometer las autoridades y funcionarios en beneficio propio, en el desempeño de sus funciones o aprovechando su condición.

- En suma, el objetivo fundamental de esta garantía es la correcta administración de justicia.

GARANTÍAS JURISDICCIONALES EN EL PROCESO PENAL

Son aquellas garantías jurisdiccionales que se establecen por las leyes procesales penales con la finalidad de garantizar los derechos del procesado.

GARANTÍA DEL JUEZ NATURAL

También recibe el nombre de garantía de "juez legal". Significa esta garantía que nadie puede ser juzgado sino por el juez preconstituido y establecido legalmente con los presupuestos que connotan al juez auténtico: esto es, independencia, inamovilidad y responsabilidad. Se excluyen, en consecuencia, los jueces "ad hoc", "ex post facto" y las llamadas jurisdicciones especiales.

GARANTÍA DEL JURADO

Supone esta garantía que el juicio penal deberá ser fallado a través de la acción de un jurado. El artículo 125 de la CE reconoce esta garantía. A través de ella se pretende la participación ciudadana en la administración de justicia. La participación del ciudadano se entiende como una garantía de la libertad frente a los posibles abusos del poder y como una manifestación de la soberanía popular.

GARANTÍA DEL PROCESO CONFORME A DERECHO

Significa esta garantía que deben seguirse todas las formalidades de un proceso a efectos de garantizar adecuadamente los derechos fundamentales. De tal forma que entre el aspecto formal (trámites y actos procesales) y el contenido material de los derechos existe una unidad esencial que no debe ser quebrada.

Caracteres: Los órganos administrativos no jurisdiccionales no podrán imponer sanciones que directamente o subsidiariamente impliquen privación de libertad. De tal forma que sólo a través de un juicio penal y de sus correspondientes garantías procesales puede imponerse una sanción que implica privación de libertad.

Clasificación

Como especificación de esta garantía podemos señalar, dentro del proceso penal, una serie de instrumentos que actúan también como medio de garantía de los derechos humanos. Esos instrumentos son los siguientes:

a) La detención debe ser conforme a Derecho

La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y en todo caso, en el plazo máximo de 72 horas el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.

El detenido debe ser informado de forma inmediata y de modo que le sea comprensible de sus derechos y de las razones de su detención. En la parte especial de este Curso hacemos referencia a los derechos que asisten al detenido.

b) El Habeas Corpus

Es aquel procedimiento sumamente sencillo y rápido por el que se solicita de una autoridad judicial que compruebe si la detención de una persona es conforme a la ley, de tal manera que si la respuesta es negativa sea puesta en libertad inmediatamente y si la respuesta es positiva pase a disposición judicial, con todas las garantías que las leyes.

c) La imposición de la prisión provisional

La prisión provisional es una medida cautelar que debe ser establecida por la autoridad judicial sólo en determinados casos y siempre con el límite fundamental de un plazo máximo.

d) El control jurisdiccional de los registros domiciliarios

Se establece la inviolabilidad del domicilio. Además ninguna entrada o registro podrá realizarse sin resolución judicial, salvo en caso del flagrante delito o por consentimiento expreso del titular.

e) El control judicial de las comunicaciones

Sólo mediante resolución judicial se puede quebrantar el secreto de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas.

f) El control judicial del secuestro de publicaciones y grabaciones

Sólo se puede acordar el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial.

g) El asesoramiento y defensa por parte de un abogado

Todo acusado, en materia penal tiene el derecho, dentro de la garantía judicial del debido proceso, el derecho a ser defendido y asesorado por un abogado defensor.

La protección del acusado es la razón fundamental que justifica la existencia de la asistencia técnico-jurídica, tanto por ser el detenido lego en materias jurídicas cuanto por su condición de detenido que le imposibilita para poder defenderse.

Esta garantía implica, a su vez, las siguientes:

La protección que se realiza en el proceso penal a través de la asistencia de letrado consiste en la acción de éste, que equilibra técnicamente las fuerzas en el proceso y garantiza que las medidas tomadas en contra de su defendido corresponden a las establecidas por la ley, impidiendo las medidas ilegales y arbitrarias. Los principales obstáculos para la realización efectiva de esta garantía y que han quedado constatados internacionalmente, son los siguientes:

h) El derecho a ser informado sobre la acusación formulada

El conocimiento del inculpado sobre los hechos que motivan la acusación es un presupuesto para la buena ordenación y fin de la propia defensa. Esta información es independiente de la que debe facilitarse al detenido acerca de las causas y razones de su detención.

i) La existencia de un proceso público

La publicidad es una garantía fundamental del proceso penal. Está reconocida esta garantía en el art. 24.2. de la CE, en el artículo 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humano

j) La evitación de dilaciones indebidas

Viene reconocida esta garantía en el artículo 14, 3 c) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos .El retraso malicioso en la Administración de justicia está tipificado como delito en el artículo 357 del código penal español vigente.

Además, el retraso en la administración de justicia (a no ser que sea debida a la conducta del acusado) debe ser causa de responsabilidad civil a cargo del Estado, como manifestación de funcionamiento anormal de los servicios públicos de la justicia, sin perjuicio del derecho del Estado a exigir las responsabilidades en que hubieren incurrido los funcionarios culpables o negligentes.

k) La existencia de limitaciones sobre el contenido de las declaraciones

Las limitaciones sobre el contenido de las declaraciones pueden ser por tres razones:

Esta garantía supone:

o) La indemnización por errores judiciales

El artículo 121 de la CE reconoce el derecho a ser indemnizado por el Estado, tanto por los daños causados por error judicial,

p) Respeto del principio de legalidad de los delitos y de las penas, de los principios que de él derivan, como es el principio general de irretroactividad de las leyes penales más perjudiciales

q) Las garantías establecidas, en relación a la pena de muerte

r) La prohibición de que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad consistan en trabajos forzados

s) La prohibición de imposición de penas crueles, inhumanas o degradantes

t) La prohibición de suspensión de derechos fundamentales del condenado, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido de la sentencia condenatoria, el sentido de la pena y la ley penitenciaria

u) El establecimiento de la función reeducadora de la pena

v) El reconocimiento del derecho de los presos a un trabajo remunerado, y a los beneficios correspondientes de la seguridad social, así como el acceso a la cultura y al desarrollo integral de la personalidad

La inhabilitación política es una sanción penal y es una sanción militar. El principio de garantía jurisdiccional en la aplicación del derecho penal –no hay delito ni pena sin ley y sin un proceso penal con todas las garantías- es un patrimonio jurídico-cultural de la humanidad, y núcleo en un Estado de Derecho y de Justicia democrático y social; art. 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; arts. 14 y 15 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; art. XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). El principio de supremacía constitucional: “La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución”; 4. No pueden crearse delitos ni establecerse penas por analogía; 5. La sanción prevista en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal es la de “inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas hasta por un máximo de quince (15) años...”, no es una sanción penal ni militar, sino administrativa, y tiene lugar “según la gravedad de la irregularidad cometida”, irregularidad que debe enmarcarse entre las previstas en el art. 91 (“Sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal, y de lo que dispongan otras Leyes, constituyen supuestos generadores de responsabilidad

administrativa los actos, hechos u omisiones que se mencionen a continuación..."). No puede pretenderse, sin violar abiertamente la Constitución, convertir: a) una sanción administrativa en una sanción penal, que según el Contralor General de la República tendría como efecto sólo la incapacidad para el goce del derecho pasivo del sufragio (poder ser elegido), pero sin perder los cargos o empleos públicos o políticos que tengan los sancionados. Estas perversiones interpretativas dañan no sólo a ciudadanos individualmente considerados, sino a todos los ciudadanos, hoy en su derecho a elegir y mañana por la posibilidad de ser sancionados penalmente por una autoridad administrativa (y por una irregularidad administrativa);

Lo que es peor, perjudican a Venezuela en la percepción política internacional, porque la hacen aparecer como un Estado en el que se niega un principio fundamental de civilidad: una sanción sólo puede ser aplicada por un juez penal y, en su caso, por un juez militar, y en un proceso penal con todas las garantías previstas en la Constitución, en la leyes, y en las Declaraciones y Pactos sobre Derechos Humanos

Las garantías jurisdiccionales son las que tienen mayor tradición y, para muchos autores, teniendo en cuenta la independencia del poder judicial, constituyen la mejor garantía de los derechos humanos.

Las garantías jurisdiccionales presuponen la existencia de la garantía denominada derecho a la jurisdicción, que puede ser definido como "el derecho de carácter medial que permite la defensa jurídica de todos los derechos, mediante un proceso garantizado, decidido por un órgano jurisdiccional"

También se puede definir el derecho a la jurisdicción como el derecho que todo ser humano tiene, por tanto no debe de ser afectado en su libertad sin intervención de un órgano jurisdiccional y, de igual manera ningún persona se puede ver privado de su libertad o de su propiedad sin un proceso realizado conforme a derecho, en el que sea oído, sus razones sean consideradas y la prueba concerniente a sus derechos recibida y debidamente apreciada. Ese proceso regular debe culminar también en un pronunciamiento también regular, que no implique fallos que puedan descalificarlo como acto jurisdiccional.

Todo miembro de la comunidad debe tener a su disposición remedios rápidos y eficaces que tutelen sus prerrogativas y pretensiones, de modo que nadie se vea privado del auxilio jurisdiccional.

El derecho a la jurisdicción está reconocido en varias declaraciones internacionales de derechos humanos:

En el ámbito regional europeo es la Declaración de los Derechos y Libertades Fundamentales, del Parlamento Europeo, de 16 de Mayo de 1989 quien lo reconoce en el artículo 19.1.

Toda persona, cuyos derechos y libertades hayan sido violados, tiene derecho aun proceso efectivo por un juez predeterminado por la ley.

Se trata, pues, de una garantía universalmente reconocida que se materializa a través de una pluralidad de instrumentos procesales.

Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

EL AMPARO

El amparo puede definirse como aquel procedimiento de carácter jurisdiccional, extraordinario y de gran flexibilidad formal para la protección de los derechos consagrados constitucionalmente, tendentes a lograr el restablecimiento de los mismos de una manera efectiva e inmediata.

OPINION

Si bien es cierto, el Estado ha adquirido en esta nueva constitución compromisos muy serios.

No solo ha reconocido los derechos de las personas, sino que en muchos artículos ha afirmado expresamente que la observancia o el ejercicio de ellos está garantizado.

Por ejemplo, en el artículo 66, del capítulo relativo a los derechos de libertad, se reconoce y garantiza, en el literal b) del numeral 3, que el derecho a la integridad personal incluye una vida libre de violencia, en el ámbito público y privado.

El hecho de que un derecho se encuentre garantizado, nos produce una idea de mayor seguridad.

En Derecho Civil aprendemos que las cauciones son obligaciones accesorias que se contraen para asegurar el cumplimiento de una obligación principal, ellas son la fianza, la prenda y la hipoteca.

En el lenguaje común y aun entre letrados, se las suele denominar también como garantía personal, garantía prendaria y garantía hipotecaria, respectivamente.

Así que, trasladando este concepto del Derecho Privado al Derecho Público, bien podemos entender que las garantías a las que se refiere la Constitución comprometen doblemente al Estado.

Las personas tenemos derechos que el Estado debe respetar y hacer respetar y en este empeño se ha comprometido, adicionalmente, "garantizando" que así lo va a hacer.

Si se tratara de una obligación "garantizada" entre particulares, el acreedor ejecutaría la fianza, la prenda o la hipoteca para quedar indemne.

LA PONDERACION

Para comenzar, debo de dar a conocer que significa PÓNDERACIÓN o PÓNDERAR. Ponderar, es una acción en la que se desenvuelve el hombre para valorar que cualidades de un sujeto u objeto con relación a otro, permiten una mejora para una actividad determinada. Es la tendencia q se tiene, luego de hacer una valoración, por uno u otro objeto, luego de un análisis lógico valorativo.

La ponderación constitucional en cambio, me permito definirla como la valoración o balance que hace una autoridad facultada constitucionalmente para ello (en este caso cualquier autoridad pública o Juez según el numeral 5 del Art. 11 de la Constitución de la República) respecto de dos normas o principios del mismo rango esto es, constitucional; es decir, toda autoridad al encontrarse frente a un conflicto entre normas constitucionales, está obligada a ponderar, valorar, balancear (o como se lo quiera llamar), cuál de ellas permite una mejor efectividad de los derechos constitucionales, provocando que los mismos no sean coartados sino al contrario, que puedan investir a la ciudadanía de los derechos que se consideran mucho más justos o necesarios.

La inmersión en un Estado Constitucional de Derechos, el neo-constitucionalismo y la gran acuarela de conflictos que pueden suscitarse en el decurrir del tiempo de existencia de una norma constitucional imperante, hacen ver la necesidad de comprender el tema de la ponderación constitucional, el cual, considero el único medio posible que tiene hoy en día un Juez para resolver una controversia en la que, en unidad de acto se protegen constitucionalmente las pretensiones de ambas partes (demandante y demandado), pero para iniciar creo necesario explicar la conceptualización de este tema, lo cual servirá de base para cimentarnos debidamente a fin de permitirnos analizar con mayor exactitud cualquier hecho que pueda suscitarse, con apego y respeto a los derechos constitucionales.

Por ejemplo, si tomamos en cuenta el derecho a participar en la vida cultural de la comunidad, y deviene de ello que las prácticas culturales que desarrolla tal comunidad coartan el derecho al libre tránsito y al acceso a la propiedad, dado que en tales prácticas la comunidad cierra la vía sin consideración alguna y me impide llegar a mi casa con mi auto e incluso podría decirse que se restringe mi derecho a la intimidad personal y familiar.

Hablando de un modo general debemos comprender que no por tratarse de derechos constitucionales nos referimos a una competencia exclusiva de la Corte Constitucional, sino que se debe entender que cuando se somete un conflicto de las calidades que la ley determina para una competencia específica y en el que se presenta una controversia que sobrepasa las normas legales hasta llegar al rango constitucional, el Juez, debe conocer y resolver en mérito a la ponderación constitucional, ya no tomando en cuenta única y exclusivamente a la Ley, con lo cual desarrollará una valoración no solo axiológica sino en base a una "auténtica justicia", pues en tal momento deberá analizar los posibles escenarios que se puedan dar superponiendo un derecho o principio del mismo rango a otro (constitucional únicamente).

Es cierto que hablar de una "auténtica justicia" relativizaría las decisiones judiciales, pero el alcance de estos términos debe tener la limitante de lograr una armonía entre derechos y al ponderar permitir que un derecho que otorga mayores beneficios, subsista.

La ponderación, la subjetividad y que ayudado por Guillermo Lariguet la define como "un juicio de lo que es lo justo en un caso según el parecer del juez." Con lo que volviendo con el profesor Riccardo Guastini "el juez superpone su propia valoración a la valoración de la autoridad normativa, en este caso, la autoridad constituyente", y ello no quiere decir que el Juez se tome las atribuciones de intérprete que únicamente posee la Asamblea Nacional (para el ámbito general), ni tampoco se trata de una arrogación de funciones que le pertenecen a la Corte Constitucional, sino que en conformidad con el mismo numeral 5 del Art. 11 de la Constitución, el Juez al someterse a su conocimiento un conflicto que conlleva un análisis constitucional, en el que si bien (Hipótesis 1) existe una ley y una norma constitucional que otorguen derechos, también puede darse que el Juez observe (Hipótesis 2) la existencia de otras normas de carácter constitucional que también otorguen derechos pero que se contrapongan a lo que la ley y la norma constitucional dispongan (De la hipótesis 1), dadas las circunstancias del caso concreto que se encuentra conociendo. Situación ante la cual, el juez deberá valorar cual de ellas contraviene "menos" (por tratar

de graficarlo de una mejor manera) a la constitución y favorece de mejor forma a la colectividad y efectiviza en su mayoría a los demás derechos constitucionales.

A partir de ello y una vez esbozado un concepto (obviamente no absoluto), es importante denotar que hoy en día el Juez que va a resolver un conflicto ya no

puede contemplar como su primer paso el observar qué norma legal ampara la pretensión del actor o si tal existe o si realmente lo ampara, pues existe una cobija mucho más amplia e importante, a la cual le otorgo éste calificativo no en un sentido desvalorativo de la normativa legal, sino que su importancia radica en cuanto a la gama de derechos humanos que recoge y reconoce, a su puntal de justicia efectiva, a su preponderancia al respeto de los derechos fundamentales del ser humano, al procurar que todo ser humano bajo el amparo de nuestra Constitución no sólo tenga una mera enunciación de derechos pero sin los mecanismos para hacerlos efectivos; consecuentemente, el primer paso que considero debe dar un Juez que va a expedir una sentencia para la resolución de una controversia, es justamente el analizar constitucionalmente los hechos, es decir, qué derechos y qué garantías de tal rango amparan a cada parte para luego observar las pretensiones de cada una y finalizar fallando a favor de quien dirigió su pretensión en armonía con la Constitución y sin transgredir los derechos que la contraparte pueda tener (tómese en cuenta que entre éste último punto y el anterior existen toda una valoración de las pruebas formuladas y los diversos actos procesales llevados a cabo que conllevan elementos trascendentales para la resolución).

Es así como la ponderación constitucional, puede ser vista como una herramienta sumamente peligrosa, que en manos de Jueces que no posean una preparación en Derecho Constitucional o vean al Estado Constitucional de Derechos desde una óptica incrédula o no comprendan que el principio de legalidad, al decir de Gustavo Zagrebelsky que comparto completamente, ya no hace "... posible razonar en general partiendo de las premisas del principio de legalidad decimonónico..."; por lo que la peligrosidad de esta herramienta incide en su mal aplicación o en su no aplicación, desconociendo derechos y garantías constitucionales de naturaleza fundamental para la existencia armónica de una sociedad, pues si un Juez no se presenta como el protector del conglomerado social haciendo respetar sus derechos humanos y fundamentales, jamás se podrá hablar de un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, mucho menos se podrá tener la confianza de una auténtica seguridad jurídica.

Se debe comprender que al efectuar una actividad de ponderación constitucional no estamos hablando de jerarquía entre los derechos constitucionales, pues jamás se puede decir que un derecho sea jerárquicamente superior que otro, sino que al ponderar derechos, necesariamente uno debe subsistir en detrimento de otro, pero sólo para un caso particular.

Tampoco se debe entender que por ello exista una actividad eliminadora o que desconozca a un derecho a pretexto de ponderar y dar en un caso particular mayor preponderancia a otro derecho, pues la actividad ponderadora constitucional tiene como fines específicos la armonización de los derechos es decir provocar que todos los derechos puedan convivir entre sí; es justamente la ponderación el mecanismo que permite que un conflicto ponga en velo de duda una norma constitucional o la torne inefectiva por encontrarse en contraposición con otra de su mismo rango pretendiendo con ello una efectiva justicia que dé la seguridad jurídica necesaria a la población de conocer que están investidos de derechos que serán aplicados de forma inmediata y sin necesidad de alegación propia; y, que mis derechos no sean trasgredidos por derechos ajenos que se encuentren en contraposición y que se haya determinado una solución constitucional que posibilite la subsistencia de la mayor cantidad de derechos y en la mejor forma. De esta manera diremos que la ponderación actúa como un mecanismo de flexibilización al imperio constitucional, permitiendo que el Juez pueda adecuar los hechos a las normas supremas, asegurando la tutela efectiva y permitiendo que los derechos, no queden en una retórica bien adornada pero que no deja de ser una mera utopía.

Finalizaré por decir que la ponderación constitucional es una herramienta de vital importancia si se pretende que la Constitución, sus derechos y garantías se cumplan a cabalidad y como expresé anteriormente, los jueces tutelen efectivamente estos derechos, armonizando sus decisiones con la norma suprema y observando la posibilidad de que hoy en día ya no existe solamente un conflicto de leyes que debe ser resuelto por el Juez conforme a los usuales modos, sino que además existe una lucha entre fuerzas de tremendo nivel y poder como lo son las normas constitucionales, conflicto en el que el Juez deberá actuar como un auténtico togado en busca de una "justicia real" en la que o no afecte derechos fundamentales o los afecte en la menor forma posible a fin de permitir que según el caso particular, subsistan los derechos más importantes y se dé paso a un Estado de Justicia en derechos humanos, fundamentales y constitucionales.

PONDERACION COMO PROCEDIMIENTO

La Constitución de la República, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008, propugna que, el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, puesto que ya no se limita a establecer competencias o separar las funciones del aparato estatal, sino que, es una norma jurídica, cuyo contenido axiológico es de cumplimiento directo; y, ha sido adoptada por el Constituyente, transformándola eminentemente en un orden jurídico, democrático, plural e incluyente.

Las características primordiales del Estado constitucional de derechos y justicia, aluden a las siguientes premisas:

- a) Valor en vez de norma
- b) Ponderación en reemplazo de la subsunción, para efectos de la Interpretación.
- c) Papel preponderante de la justicia constitucional, cuyo centro decisorio es la Constitución.

Bajo los argumentos esgrimidos, y por tratarse del tema central del presente artículo, he de expresar que, la interpretación, en el ámbito del Derecho Constitucional, debe dejar de ser conceptuada como una simple actividad cognoscitiva que pretende descubrir el sentido de la norma, toda vez que, la hermenéutica constitucional, *merced* a las transformaciones políticas y sociales, adquiere un papel decisorio y trascendental, tendente no sólo a precautelar sino incluso a garantizar el progreso de los derechos fundamentales.

Al respecto, los artículos 427 y 429 de la Constitución de la República, prescriben:

Art. 427.- "Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad.- En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de Interpretación constitucional"

Art. 429.- "La Corte Constitucional es el máximo órgano de control.- Ejerce jurisdicción nacional y su sede es la ciudad de Quito".

Por su parte, el numeral 2 del artículo 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales, estatuye: "Además de los principios establecidos en la Constitución, se tendrán en cuenta los siguientes principios generales para resolver las causas que se sometan a su conocimiento: [.....] 2. Optimización de los principios constitucionales.- La creación, interpretación y aplicación del derecho, deberá orientarse al cumplimiento y optimización de los principios constitucionales".

(Lo subrayado es fuera de contexto).

La actividad de creación e interpretación del Derecho, en los Estados Unidos de Norteamérica es vital, a tal punto que, la Constitución del prenombrado país, tiene su apoyo en las labores que desarrollan los jueces, mediante las aportaciones basadas en sus conocimientos y en la realidad social, de ahí nace el concepto <<living constitution>>, porque las normas constitucionales, son, si cabe el término acomodadas, a la situación o realidad de cada momento histórico.

El positivismo postulaba la tesis de la subsunción, según la cual toda solución jurídica es deducible de las premisas que ofrecen los hechos y de la norma jurídica aplicable; el neo constitucionalismo, cambia esa forma de interpretación por la ponderación, que es materia del presente ensayo.

Evidentemente, las Constituciones modernas, están contenidas por principios más que por reglas; de ahí que, ante el particular de que existan derechos que, podrían entrar en conflicto, es preciso acudir al método interpretativo de la ponderación y la razonabilidad, lo cual implica que, ninguno de los principios y/o normas en conflicto, pierde su validez, sino que, dentro del caso concreto, el juez constitucional, pondera los bienes jurídicos en controversia, bajo la disposición, establecida en el numeral 3 del artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales, que señala:

Art. 3.- *“Las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integridad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que mas favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente.- {.....} 3. Ponderación, se deberá establecer una relación de preferencia entre los principios y normas condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada.- **Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro**”.* (Lo resaltado es fuera de texto).

La ponderación se efectúa con base, en el peso que cada principio adquiere en el caso concreto, para tal efecto, es menester que las autoridades competentes, tomen en cuenta los siguientes parámetros:

- a) Grado de no satisfacción o posible afectación de los principios y/o derechos.
- b) Importancia de la satisfacción del principio o derecho que se discute en sentido contrario.
- c) La trascendencia de que, la satisfacción del principio y/o derecho contrario, justifica la no satisfacción del otro.

Valga indicar que, en el Derecho Anglosajón, la ponderación de principios, se la realiza a través de lo que se denomina <>, que genera que uno de los principios ceda al otro, sin que ello, signifique declarar la invalidez del principio en conflicto.

El Tribunal Constitucional Español, respecto a la colisión entre el derecho a la libertad de información y el derecho al honor, en su sentencia No. 158-2003 de 15 de diciembre de 2003, se pronunció: *“Este Tribunal ha elaborado un cuerpo consolidado de doctrina, en los casos en que exista un conflicto entre el derecho a la libertad de información y el derecho al honor (...).- Dicha doctrina parte de la posición especial que en nuestro ordenamiento jurídico juega la libertad de información, puesto que a través de este derecho no sólo se protege un interés individual, sino que entraña el reconocimiento y garantía de la posibilidad de existencia de una opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático.- El valor preferente o prevalente de este derecho, ha sido sin embargo*

relativizado en nuestra jurisprudencia, negando su jerarquía sobre otros derechos fundamentales.- De ahí que, hayamos condicionado la protección constitucional de la libertad de información, y su prevalencia sobre el derecho al honor, garantizado en el artículo 18.1 CE, a que la información se refiera a hechos de relevancia pública, en el sentido de noticiables y a que dicha información sea veraz”.

No es propicia la oportunidad para esbozar un análisis valorativo inherente al contexto del fallo transcrito, pues, el fin de este artículo es proporcionar un ejemplo práctico de la utilización del método de la ponderación, a través de la Jurisprudencia comparada.

La ponderación en materia constitucional debe propender a garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales, de ahí que, no se trata de establecer jerarquías o prelación entre principios, sino de conjugar desde la situación jurídica creada ambos derechos, pensando en su eficacia recíproca para decidir y dar preeminencia al que más se ajuste a la Constitución y a la vigencia del Estado constitucional de derechos.

FORMAS DE PONDERACION

La técnica de control constitucional que se ha denominado juicio de proporcionalidad es distinta del test de igualdad. Este último es creación del constitucionalismo norteamericano, mientras que el primero es del constitucionalismo europeo.

El control de constitucionalidad por medio del principio de proporcionalidad (o racionalidad) no es más que una relación entre medios y fines. Lo primero que debemos precisar es que este solo se aplica a las acciones de los poderes públicos y no a las acciones entre particulares, que no deben someterse al principio de proporcionalidad.

Respecto del fin, hay que señalar que cada acción estatal tiene que perseguir un fin legítimo y este debe tener ciertas características; entre otras, no estar prohibido, ya que si la constitución tiene un fin prohibido la ley que lo persigue es inconstitucional.

El fin debe estar entonces permitido. Debe ser además un fin constitucionalmente permitido y relevante.

NIVELES DE PONDERACION

Según Robert Alexy, entendemos por norma tipo principio un mandato de optimización que ordena que algo sea cumplido en la mayor medida posible dependiendo de las posibilidades fácticas y jurídicas. Son supuestos de hecho cuya consecuencia no está explícitamente formulada, es decir, son normas que admiten varias formas de aplicación cuya explicación es más concisa si se diferencian con las normas tipo regla cuyo supuesto de hecho y consecuencia jurídica son claras, las reglas son normas que admiten una única medida de cumplimiento, pueden cumplirse o no cumplirse, es decir, son mandatos definitivos, de todo o nada. Se debe aclarar que las reglas no derivan de los principios y su diferencia principal es la forma en que se resuelven sus conflictos, que es de hecho, nuestro objetivo a explicar. De esta forma, en cuanto a las reglas, para la resolución de sus conflictos usamos los métodos tradicionales de validez: especialidad (ley especial deroga general), jerarquía (ley superior deroga ley inferior) y temporalidad (ley posterior deroga ley anterior) y en cuanto a los principios usamos la ponderación. Los principios se conocen por el enunciado, ordenan que algo sea cumplido en gran medida sin enunciar un supuesto de hecho claro, es decir, admiten varias interpretaciones. Cuando usamos la ponderación enfrentamos dos normas tipo principio, pero no para derrotar a una sobre la otra como ocurriría con las reglas sino para restringir una en favor de otra, otorgándole más poder o más validez en un caso concreto.

En Colombia, podemos distinguir tres momentos claves que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha hablado del juicio de proporcionalidad. El primero lo encontramos en la sentencia C-022 del 96 donde la corte se acoge al "sistema europeo" propugnado por Alexy, donde inicialmente se analiza si la medida persigue una finalidad jurídica aceptable, luego si la medida es adecuada, es decir, si el medio es el idóneo para lograr el fin. El tercer paso es mirar la necesidad de la medida, o sea, mirar si existen medidas alternativas para alcanzar la finalidad, o sea, si existen otras formas de solucionar el problema que restrinjan en menor medida la afectación del otro bien jurídico en juego, entonces, eventualmente la medida puede ser inadecuada y por ende inaplicable. Finalmente se realiza el juicio de proporcionalidad en sentido

2 Estricto, que es el procedimiento interpretativo orientado a definir un peso relativo de los principios que entran en colisión a efectos de determinar cual de ellos prima en el caso concreto, es decir, se compara la restricción de un principio con la importancia de la realización de otro.

Alexy también plantea unas subcategorías, con restricciones e importancia de realización de un principio sobre otro: altas, medias y bajas. Es decir, si la restricción de un principio es alta y la importancia de la realización de otro media o baja triunfará lo primero y viceversa.

Posteriormente, en la sentencia C-093 de 2000, la corte plantea un juicio graduado donde la finalidad, adecuación, necesidad y estricta proporcionalidad depende del grado del juicio: se mira si es leve, intermedio o estricto.

En la sentencia C-673 de 2001 el juicio de grado se vuelve más específico: en el leve, se busca una finalidad legítima y una medida adecuada. El intermedio una finalidad importante y legítima y una medida efectiva y conducente. En el estricto, una finalidad imperiosa y una adecuación efectivamente conducente. La corte constitucional en esta sentencia dice: "El juicio integrado de constitucionalidad, que combina las ventajas del análisis de proporcionalidad de la tradición europea y los test de distinta necesidad estadounidenses, implica entonces que la corte comienza por determinar, según la naturaleza del caso, el nivel o grado de intensidad con el cual se va a realizar el juicio de igualdad, para luego adelantar los pasos subsiguientes con distintos niveles de severidad. Así, la fase de "adecuación" tendrá un análisis flexible cuando se determine la aplicación del juicio flexible, o más exigente cuando corresponda a un escrutinio estricto. Igualmente sucederá con los pasos de "indispensabilidad" y "proporcionalidad".¹

Siguiendo los lineamientos de la sentencia tratada, tenemos que el juicio se estructura de la siguiente manera: si se trata de un juicio débil de igualdad resultará suficiente que el fin no se encuentre prohibido constitucionalmente, si es intermedio, la finalidad debe ser importante desde el punto de vista constitucional, y si por último, es el estricto, la finalidad que se presenta como justificación del trato correspondiente debe ser imperiosa.

En cuanto al juicio de adecuación, realiza distintas exigencias según la severidad del juicio. En un juicio débil de igualdad, el medio empleado debe ser al menos aparentemente el

adecuado, en el juicio intermedio, el juicio debe ser claramente adecuado, y en el juicio estricto la medida debe ser efectivamente conducente.

Tenemos que se trata de un problema probatorio las consecuencias de cada nivel, que aumenta, según la especificidad del juicio, en el débil la apreciación sobre quien impone la medida es más amplia que en la media y estricta.

En el juicio de necesidad, ya se comienzan a afectar intereses constitucionalmente protegidos, y éste, se gradúa según la intensidad. En el juicio débil no se exige una evaluación minuciosa vasta, según palabras de la corte, "que la medida no sea groseramente necesaria"². En el juicio intermedio, no se admitirá la aplicación de un medio más gravoso, la carga probatoria de la medida aumenta. En el juicio estricto, por último, el examen de adecuación no permite que exista duda alguna sobre la efectividad de la medida, que no exista ningún método alternativo menos gravoso.

En el juicio de estricta proporcionalidad, que se efectúa "para determinar si el trato desigual no sacrifica valores y principios constitucionales que tengan mayor relevancia que los alcanzados con la medida diferencial". Como se dijo anteriormente, todo se entorna dentro del marco de las posibilidades fácticas y jurídicas para la realización de los principios donde uno se sobrepone a otro en el caso concreto. "Los principios tienen un peso concreto en cada caso y ponderar significa determinar cual es el peso específico de los principios que entran en colisión"³.

De esta manera, se relaciona la realización de un principio con la restricción de otro como ya se ha venido diciendo, es un juicio que varía según la intensidad con la que se haga al igual que en la necesidad y la adecuación: en el juicio débil, a medida que la restricción a la igualdad aumenta

La importancia de las razones justificantes de aquella crece muy lentamente. En el juicio intermedio, a medida que la restricción de la igualdad aumenta, el poder de las razones que pretenden justificarla crece con una rapidez mayor a la exigida en el juicio débil. En el juicio estricto, cualquier medida restrictiva de la igualdad debe contar con muy poderosas razones que puedan avalarla.

En este sentido el juicio integrado de igualdad, diseñado por la sentencia C-673 de 2001, establece que la norma constitucional que consagra la igualdad toma la estructura de principio, y por ende, un mandato de optimización, que como ya hemos dicho ordena que, según las posibilidades jurídicas y fácticas, y de ahí, parte la justificación de la ponderación.

"Por otro lado, cabe señalar que, Alexy en su teoría de los derechos fundamentales, plantea unos límites a la ponderación, señalando, como primer aspecto, que no existe un criterio objetivo para sopesar los principios dentro de un caso concreto, y, las cargas de la argumentación cumplen un papel muy importante cuando existe un empate entre los principios sobre los cuales se pretende aplicar la fórmula del peso. Aunque a éste respecto, Alexy parece cambiar de postura con el paso de los años: En la teoría de los derechos fundamentales, defiende una carga argumentativa a cargo de la libertad jurídica, sosteniendo que, ningún principio puede sobreponerse a los de libertad e igualdad jurídicas, a no ser que se adujeran razones más fuertes, es así, como de tratarse de una ley, ésta sería declarada inconstitucional.

Sin embargo, en el epílogo del mismo libro, en casos de empate no debe prevalecer la igualdad y libertad jurídicas sino, tratándose de una ley, debe prevalecer el principio democrático, y por ende la ley no es declarada inconstitucional.

Ésta, es una contradicción que sólo se presenta cuando hay empate y es considerado como uno de los límites a las cargas de la argumentación, que se refieren a la racionalidad y a la razonabilidad en la justificación de las decisiones del juez constitucional, dentro de los segundos encontramos lo que referíamos sobre la eventual rivalidad planteada en la teoría de Alexy sobre si debe primar el principio democrático o el principio in dubio pro libertate.

La ponderación por funciones, características, estándares, dimensiones (ámbitos) y variables, estarán en relación a la evaluación de los indicadores. Para la Función Gestión Administrativa en la que se incluye 4 dimensiones (ámbitos): Plan Institucional, Organización y Dirección, Presupuesto y Recursos Financieros y Bienestar Universitario se le asigna un peso específico que corresponde a un porcentaje del 32%; a la Función Docencia con la dimensión Docencia y Formación de Recursos Humanos un porcentaje del 32%; a la Función Investigación con la dimensión Investigación Científica y Tecnológica el

19 %; y, la Función Vinculación con la Colectividad con sus dimensiones, Interacción Social e Impacto Institucional con el 17 %

Esta ponderación general, servirá de base para posteriormente realizar un proceso de desagregación, que nos permita dar un valor específico a los indicadores según las características y estándares de calidad, lo que tendrá como objetivo establecer los logros, limitaciones y perspectivas de mejoramiento del trabajo institucional, en relación a cada una de las dimensiones (ámbitos) analizados.

GARANTISMO CONSTITUCIONAL

INTRODUCCIÓN

El presente capítulo va a versar sobre lo que implica tener una constitución garantista, los perjuicios que acarrea en la difícil tarea de interpretar el texto constitucional y las diversas opiniones a favor y en contra del garantismo.

Puedo decir que el "garantismo" es una concepción filosófica y política sobre el derecho, cuyo origen se sitúa en el ámbito del derecho penal italiano. En palabras de Luigi Ferrajoli - uno de sus exponentes más representativos- es sinónimo de un Estado constitucional de Derecho en sentido fuerte. Desde esa perspectiva, el derecho es asumido como un sistema de garantías, que limita y vincula a todos los poderes públicos -los privados también- para la efectiva protección y tutela de los derechos fundamentales. "La Ley -dice Ferrajoli- no es sólo condicionante, sino que también está condicionada por el respeto a los derechos fundamentales". Así, "el juez tiene a su cargo el control de la legalidad producida por los poderes públicos" y la legitimidad de la jurisdicción "viene dada por su sujeción a la Ley". En esa línea de pensamiento, Ferrajoli también afirma que, al implicar que los poderes públicos violan la Ley, la corrupción política "supone una ruptura del paradigma del Estado de Derecho" y de la democracia, pues "comporta la lesión de todos los principios democráticos: la publicidad, la transparencia, la responsabilidad, la visibilidad del poder".

Tener una Constitución garantista, implica entonces un control jurisdiccional exigente con las ilegalidades en las que pueden incurrir los poderes públicos. Sino que además otorga un gran poder a los jueces, de tal forma que ellos tienen el control jurisdiccional y la última palabra frente a la interpretación constitucional, quedan muy comprometidos la "soberana" voluntad de la ciudadanía, ya que es la institución que más puja política tiene.

¿QUÉ ES EL GARANTISMO?

De forma general, dice Ferrajoli, "se habla de garantismo para designar el conjunto de límites y vínculos impuestos a todos los poderes -públicos y privados, políticos (o de mayoría) y económicos (o de mercado), en el plano estatal y en el internacional- mediante los que se tutelan, a través de su sometimiento a la ley y, en concreto, a los derechos fundamentales en ella establecidos, tanto las esferas privadas frente a los poderes públicos, como las esferas públicas frente a los poderes privados.de límites económicos"

Más concretamente podría decir que el "garantismo" es el movimiento o escuela del derecho constitucional, penal y procesal penal que brega por asegurar la más amplia y efectiva observancia de toda norma, derecho, exención, garantía o principio en defensa de la persona y de su dignidad frente al Estado y frente a terceros, en todos sus posibles roles: como ciudadano, administrado, arrestado, detenido, sumariado, imputado,

procesado, acusado, condenado, etc. (1); ya que como Bidart Campos expresa "un derecho sin su correlativa garantía es un derecho 'inexistente' o un derecho inocuo"; lo que de rescatable que tiene este enfoque es que pone en relieve la efectividad de los derechos, o sea, para contar con la posibilidad de su vigencia sociológica en supuestos casos de desconocimiento, negación o violación, etc. hace falta el instrumental de la correspondiente garantía que permita hacerla valer.

GARANTIAS Y GARANTISMO

Para entender mejor que es el garantismo, es preciso que le demos paso a una breve explicación que realiza el jurista italiano Ferrajoli.

¿Qué es una garantía?

«Garantía» dice Ferrajoli, es una expresión del -léxico jurídico con la que se designa cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo: El sentido originario del término es, sin embargo, más restringido. Por garantía se entiende, en el lenguaje de los civilistas, un tipo de institución, derivado del derecho romano, dirigido a asegurar el cumplimiento de las obligaciones y la tutela de los correspondientes derechos patrimoniales (2). Justamente en relación con estos derechos, se distinguen dos clases de garantías: las garantías reales, como son la prenda o la hipoteca, mediante las cuales el deudor pone a disposición del acreedor un bien inmueble, en el primer caso; inmueble, en el segundo, con lo que se resarcirá en caso de incumplimiento; y las garantías personales, como la fianza y el aval, a través de las cuales un tercero se obliga, en caso de incumplimiento de la obligación, a satisfacerla en el lugar del deudor.

1 El garantismo en la constitución "formal" y "material" del Paraguay: conquistas, déficits y efectos no queridos, por Jorge Seall-Sasiain-página 1.

2 Aula virtual derecho procesal penal. Facultad de derecho. Universidad nacional de Mar del Plata: "Garantías". Luigi Ferrajoli -página 1

Entonces es preciso llamar garantía a toda obligación correspondiente a un derecho subjetivo, entendiendo por «derecho subjetivo» toda expectativa jurídica positiva (de prestaciones) o negativa (de no lesiones).

Ahora explicare la distinción entre garantías positivas, negativas, sustanciales y jurisdiccionales.

¿Qué son garantías positivas, negativas; primarias o sustanciales y secundarias o jurisdiccionales?

Ferrajoli nos habla de garantías, respectivamente positivas y negativas. Las obligaciones de prestación y las prohibiciones de lesión correspondientes a esas particulares expectativas que son los derechos subjetivos, sean patrimoniales o fundamentales. Pero también son garantías las obligaciones correspondientes a las particulares expectativas de reparación, mediante sanción (para los actos ilícitos) o anulación (para los actos no válidos), que se generan con la violación de los derechos subjetivos. De esta forma, entra

en juego una segunda y muy importante distinción. Las primarias o sustanciales a las garantías consistentes en las obligaciones o prohibiciones que corresponden a los derechos subjetivos garantizados. Las garantías secundarias o jurisdiccionales a las obligaciones, por parte de los órganos judiciales, de aplicar la sanción o de declarar la nulidad cuando se constaten, en el primer caso, actos ilícitos y, en el segundo, actos no válidos que violen los derechos subjetivos y, con ellos, sus correspondientes garantías primarias.

Correlativamente, expresamos como normas primarias a las que disponen obligaciones y prohibiciones, incluidas por tanto a las garantías primarias, y normas secundarias a las que predisponen las garantías secundarias de la anulación o de la sanción, en el caso de que hayan resultado violadas las normas y garantías primarias. Por ejemplo, la garantía primaria del derecho de propiedad es la prohibición del hurto establecida por la norma primaria que crea el delito de hurto; la garantía secundaria es la obligación de aplicar la sanción prevista por las normas secundarias que castigan el hurto y que disciplinan las formas de su persecución.

La garantía primaria de los derechos de libertad es la prohibición de leyes o medidas restrictivas de tales derechos implicada por la norma primaria en la que se establecen; su garantía secundaria es la obligación de anular tales leyes, prevista en las normas secundarias que establecen el control de constitucionalidad (3).

Se evidencia, de esta forma, que el garantismo de los derechos fundamentales no es más que la otra cara, por decir así, del constitucionalismo, a cuya historia, teórica y práctica, aparece estrechamente vinculado su desarrollo. Aunque es cierto que las garantías consisten en un sistema de obligaciones y prohibiciones, no es menos evidente que su capacidad de vincular a los poderes supremos, comenzando por el poder legislativo, depende de su rígido fundamento positivo en normas superiores a éstos, como son,

3 Aula virtual derecho procesal penal. Facultad de derecho. Universidad nacional de Mar del Plata. "Garantías". Luigi Ferrajoli –página 4

justamente, las normas constitucionales. En el Estado legislativo de derecho, carente de constitución o dotado de constituciones flexibles, la garantía de los derechos fundamentales, incluidos los de libertad, quedaba confiada únicamente a la política legislativa, que podía reducirla o suprimirla legítimamente. Existían, claro es, ordenamientos garantistas y ordenamientos anti garantistas. Pero la legitimidad de los primeros y la ilegitimidad de los segundos sólo podían valorarse en el plano ético-político de la justicia, y no en el plano jurídico de la legalidad. No obstante su solemnidad, las constituciones eran siempre consideradas, al menos en los ordenamientos de la Europa continental, como leyes formalmente iguales a las demás, al ser inconcebible la idea de una limitación del poder de la ley por parte de otra ley.

Ahora después de la comprensión de este término, pasemos a ver el origen del garantismo.

ORIGEN DEL GARANTISMO

Esta ampliación del significado de «garantías» se ha producido en el terreno del derecho penal. Más concretamente, la expresión «garantismo», en su sentido estricto de «garantismo penal», surgió, en la cultura jurídica italiana de izquierda en la segunda mitad de los años setenta como respuesta teórica a la legislación y a la jurisdicción de emergencia que, por aquel entonces, redujeron de diferentes formas el ya de por sí débil sistema de garantías procesales. En este sentido, el garantismo aparece asociado a la tradición clásica del pensamiento penal liberal. Y se relaciona con la exigencia, típica de la ilustración jurídica, de la tutela del derecho a la vida, a la integridad y a la libertad personales, frente a ese «terrible poder» que es el poder punitivo, en expresión de Montesquieu. En este sentido, «garantismo», se opone a cualquier concepción tanto de las relaciones económicas como de las políticas, tanto de las de derecho privado como de las de derecho público, fundada en la ilusión de un «poder bueno» o, en todo caso, de una observancia espontánea del derecho y de los derechos.

TIPOS DE GARANTISMO

Para Ferrajoli existen diversos tipos de garantismo, según el tipo de derechos para cuya protección se predispongan o prevean las garantías como técnicas idóneas para asegurar su efectiva tutela o satisfacción. De garantismo patrimonial, para designar al sistema de garantías destinado a tutelar la propiedad y los demás derechos patrimoniales; de garantismo liberal y, específicamente, penal, para designar las técnicas de defensa de los derechos de libertad y, entre ellos, en primer lugar, el de la libertad personal, frente a las intervenciones arbitrarias de tipo policial o judicial; de garantismo social, para designar el conjunto de garantías, en buena medida aún ausentes o imperfectas, dirigidas a la satisfacción de los derechos sociales, como el derecho a la salud, a la educación, al trabajo y otros semejantes; de garantismo internacional, para designar a las garantías adecuadas para tutelar los derechos humanos establecidos en las declaraciones y convenciones internacionales, por el momento casi inexistentes(4).

4 Aula virtual derecho procesal penal. Facultad de derecho. Universidad nacional de Mar del Plata: "Garantías". Luigi Ferrajoli –página 3

INOBSERVANCIA DE LAS GARANTIAS

El paradigma garantista y constitucional que aparece aquí sucintamente esbozado es un paradigma teórico y normativo, ciertamente no realizado y, acaso, como sucede con todos los paradigmas normativos, nunca realizable de manera perfecta. Las garantías, como se ha dicho, tanto primarias como secundarias, son normas primarias y secundarias, respectivamente. Aunque implicadas por los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, en la realidad pueden faltar cuando no hayan sido expresamente establecidas, o se las ha plasmado en un texto constitucional sobredimensionado (es decir, que no solo se remite a expresar los derechos fundamentales y las garantías, sino que intenta legislar desde la constitución, asuntos no competentes para los constituyentes, sino para la legislación) y muy ambiguo, facilitando la violación por parte de los poderes públicos.

Entonces parecería que el paradigma garantista es siempre un paradigma en gran medida carente de desarrollo, aunque venga impuesto por las cartas constitucionales. Pero en realidad no es así, es necesario que exista una protección a las garantías en un estado democrático, el problema es cuando los políticos en toda su demagogia generan grandes expectativas en el campo jurídico, convenciendo a la ciudadanía que sobrecargando una constitución con un sinnúmero de disposiciones extremadamente proteccionistas conseguirán la tan ansiada seguridad jurídica. Se puede hablar de carencia o ineffectividad de las garantías, ante todo, en relación con el garantismo penal, que, en efecto, ha supuesto, desde la Ilustración, el terreno sobre el que se ha edificado el modelo del estado liberal de derecho. Las garantías penales y procesales, como se ha señalado, son esencialmente garantías negativas, dirigidas a limitar el poder punitivo en defensa de las libertades individuales.

Ferrajoli dice: "a diferencia de cualquier otra actividad jurídica, la actividad jurisdiccional en el estado derecho es una actividad cognoscitiva además de práctica o prescriptiva; o, mejor, es una actividad prescriptiva que tiene como necesaria justificación una motivación en todo o en parte cognoscitiva. Las leyes, los reglamentos, los actos administrativos y los negocios privados son actos exclusivamente preceptivos, ni verdaderos ni falsos, cuya validez jurídica depende del respeto a las normas y cuya legitimidad política depende de su oportunidad, de su fidelidad a los intereses representados, de la representatividad o de la autonomía de sus autores, y no de ciertas premisas, de hecho o de derecho, argumentadas como «verdaderas». Las sentencias, por el contrario, exigen una motivación fundada en argumentos cognoscitivos sobre los hechos y sobre el derecho, de cuya aceptación como «verdaderos» depende tanto la validez o legitimación jurídica interna o formal, como la justicia o legitimación política, externa o sustancial de las mismas"(5).

A esto se debe que el poder judicial no admite una legitimación de tipo representativo o consensual. Quienes defienden la interpretación de los jueces, se basan en que no se

*5 Aula virtual derecho procesal penal. I facultad de derecho. Universidad nacional de Mar del Plata
"Garantías" Luigi Ferrajoli –página 8*

puede castigar a un ciudadano sólo porque ello corresponda a la voluntad o a los intereses de la mayoría, y que ninguna mayoría, por muy aplastante que sea, puede legitimar la condena de un inocente o la absolución de un culpable. Y ningún consenso político -del parlamento, de la prensa, de los partidos o de la opinión pública- puede sustituir o eliminar las pruebas de una hipótesis acusatoria. Esto implica que estamos todos sujetos al fin de cuentas a lo que un juez decida, porque si en un momento una ley se atrasa en relación a la sociedad, y esta a su vez expresa querer lo contrario, tendría el juez que aceptar la voluntad soberana de la mayoría, porque simplemente esa ley se que sin el poder coaccionar a la población a su obediencia porque ya no sería la manifestación de la voluntad soberana.

Se evidencia, de esta forma, que el garantismo de los derechos fundamentales no es más que la otra cara, por decir así, del constitucionalismo, a cuya historia, teórica y práctica, aparece estrechamente vinculado su desarrollo. Aunque es cierto que las garantías consisten en un sistema de obligaciones y prohibiciones, no es menos evidente que su capacidad de vincular a los poderes supremos, comenzando por el poder legislativo, depende de su rígido fundamento positivo en normas superiores a éstos, como son, justamente, las normas constitucionales. En el Estado legislativo de derecho, carente de constitución o dotado de constituciones flexibles, la garantía de los derechos fundamentales, incluidos los de libertad, quedaba confiada únicamente a la política legislativa, que podía reducirla o suprimirla legítimamente. Existían, claro es, ordenamientos garantistas y ordenamientos anti garantistas. Pero la legitimidad de los primeros y la ilegitimidad de los segundos sólo podían valorarse en el plano ético-político de la justicia, y no en el plano jurídico de la legalidad. No obstante su solemnidad, las constituciones eran siempre consideradas, al menos en los ordenamientos de la Europa continental, como leyes formalmente iguales a las demás, al ser inconcebible la idea de una limitación del poder de la ley por parte de otra ley.

EL GARANTISMO Y EL PROBLEMA PARA INTERPRETAR EL TEXTO CONSTITUCIONAL

Una constitución, por más concreta y taxativa que sea, por más que no se haya escatimado en esfuerzos para evitar la ambigüedad en su texto, siempre en el ejercicio del derecho nos encontraremos con la dificultad de no saber exactamente como aplicar tal o cual artículo, principio o disposición. Si esto se con una constitución realizada por constituyentes inteligentes y responsables con su comunidad, ¿cómo serán las consecuencias de tener una constitución, inflada y garantista? Pues yo creo que atroces; y no solo eso, sino que si ya reconocemos que siempre habrá que recurrir tarde o temprano a la interpretación del texto constitucional, lo siguiente que debemos pensar, es quien o quienes serán los legitimados de tal responsabilidad, es ahí cuando surge el gran problema, y en el caso de tener una carta magna inflada y excesivamente garantista, el trabajo de interpretarla y conservar la constitucionalidad de los actos del gobierno y particulares, se vuelve aun mas difícil.

Continuando con el análisis del problema presentado, cabe hacer ciertas diferencias en conceptos, para mayor entendimiento del lector.

Demócratas y Constitucionalistas.

Generalmente se suele hablar de "democracias constitucionales", y también es muy común escuchar que una persona se proclame demócrata y a su vez defensor de los derechos humanos; pero lo cierto es que tales ideas se llevan mal, y dicho desacuerdo repercute tremendamente en nuestras decisiones públicas, causando una confusión al final del día. Siendo más clara, el conflicto ocurre porque tanto los defensores del constitucionalismo y de los derechos humanos (que para efectos de entendernos mejor los encerraremos bajo una misma denominación: "constitucionalistas") sostienen que la constitución y los derechos humanos vienen a proteger la dignidad humana, a poner frenos infranqueables para resistir la presión de cualquier grupo inclusive la presión de la mayoría, y así salvaguardar el orden social y político; mientras que los defensores de la democracia, los "demócratas" declaran que es impensable que algo o alguien someta a la decisión de la mayoría, ¿qué poder puede tener una constitución a más del legítimamente otorgado por el pueblo; y, como es que si el pueblo es soberano capaz de dictar una constitución, sea sometido por su misma creación?.

El conflicto no termina ahí, si nos adentramos en las aguas de la democracia y el constitucionalismo, veremos que el asunto se torna más turbulento. Y es así que por un lado queremos que existan normas claras y objetivas, impersonales que regulen nuestra convivencia, antes que someternos a los viles mandatos de la voluntad discrecional de un grupo elitista o de un personaje todo poderoso. Pero ahí es cuando nuestros ímpetus democráticos explotan y reclamamos el derecho de las mayorías a la libre determinación de sus decisiones, sentimos que aun actuando en conjunto todos, estamos aprisionados dentro de un derecho al cual no podemos transformar ni romper cuando nuestros ideales y visiones hayan cambiado y se alejen de la constitución.(6)

6 Roberto Gargarella, Teoría y Crítica del Derecho Constitucional (Buenos Aires, Abolado Parrot, 2008)- tomo 1, capítulo 3, página 23.

El origen de esta disputa se remonta Thomas Pain y Thomas Jefferson, estos dos conocidos personajes de la historia estadounidense, defendían la postura democrática. Pain proclamó el "derecho de los vivos" explicando que todas las generaciones tienen los mismos derechos que sus antecesores, esto es que si una generación pasada tuvo derecho a crear una constitución de acuerdo a la realidad de aquella época, cualquier generación puede hacerlo también. Seguido de esta idea, Jefferson defendía la democracia con el llamado "autogobierno colectivo", así como Pain, Jefferson creía que la constitución debería crearse con la opción de reformas y cambios, de tal forma que en el futuro en aras al autogobierno, el pueblo estadounidense, pudiera fijar las pautas que los regirían mientras persista la constitución y en determinado momento rehacer el texto constitucional si es necesario. Jefferson pensaba que estos cambios debían darse más o menos cada 20 años (7). También existían opiniones contrarias, como es el caso de Burke, el sostenía que el valor de la tradición era mayor que cualquier generación, que nos lleva a pensar que para Burke un conservador de primera, la supremacía de la constitución es algo infalible y que de hecho en caso de duda o desacuerdo que tenga la sociedad, solo se podrá recurrir a la interpretación, nunca a un cambio radical.

Las preguntas que nos hacen los demócratas es, ¿por qué razón tendría una comunidad que aceptar lo que se decidió hace cien o más años atrás, sobre cosas que lo más probable hayan cambiado?, ¿Por qué la constitución es suprema, Qué puede haber por encima de ella?, ¿acaso no fue el pueblo quien la dictó?, entonces el pueblo mismo si quiere está facultado para cambiarla, ¿acaso no es cierto que el derecho tiene que evolucionar con la sociedad?, entonces si la realidad del pueblo cambia ¿Por qué no habría de reformarse el texto constitucional?. Es muy difícil después de todas estas interrogantes apostar por los constitucionalistas, por lo menos a mi me cuesta. Pero los defensores de la constitución tienen respuestas frente a todo esto, que veremos a continuación que carecen de fuerza y padecen una falta de convencimiento terrible.

Puedo resumir la contestación de los constitucionalistas, en tres postulados. (8)

El primer postulado, trata de que la constitución dictada se hizo dentro de un marco legal, o sea fue legítima, con una gran participación democrática, y mucha reflexión. Acogiéndome al comentario que hace al respecto Roberto Gargarella en su libro *Teoría del Derecho*, ya resulta casi imposible, por no decir que es una quimera, pretender que todo un pueblo se ponga de acuerdo y tenga una participación democrática abrumadora, siguiendo esta línea, es fácilmente rebatible, esto de la participación democrática abrumadora, porque es de sobra conocido que los procesos constitucionales en gran parte de los países, en especial en países como el nuestro, que no hay tal participación abrumadora, generalmente hay fraude electoral, compra de conciencias. Pero no solo eso, sino

7 Roberto Gargarella, *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional* (Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008)- tomo 1, capítulo 3, página 24.

8 Roberto Gargarella, *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional* (Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008)- tomo 1, capítulo 3, página 25

que si nos remitimos a la historia veremos que la realidad social en el pasado es muy diferente a la realidad que viven las generaciones futuras, de tal modo que cuando se dictó la primera constitución, los esclavos, las mujeres y una gran cantidad de personas nos consideradas como aptas para elegir, no fueron tomadas en cuenta al momento de la elección, entonces, como podemos permanecer con un mismo texto constitucional tanto tiempo, y aun si quisiéramos interpretar, como haríamos con un texto que aprueba la esclavitud, es imposible interpretar aquello favorablemente en un contexto actual.

El argumento del segundo postulado es que si la constitución tuvo un proceso de dudosa democracia, no importa, porque en transcurrir del tiempo el pueblo la ha aceptado tácitamente, los constitucionalistas se acogen a la teoría de Lock sobre el consenso tácito de las normas por parte del pueblo. Pero aquí viene una vez más la realidad a desvirtuar tal aseveración; cabe preguntarse: la ausencia de reclamos por parte de la sociedad, el no intento de reforma al texto de la carta magna es por: una aceptación tácita, o porque el pueblo se ha resignado, conociendo pensando que es muy difícil hacer esos cambios, además que en ciertas constituciones hay muchas trabas para reformar la constitución o cambiarla y puedo pensar que sea esa la verdadera razón por la cual no se ha intentado modificarla, mas no porque acepten la decisión que tomaron los padres fundadores hace ya más de un siglo.

Y por último el tercer postulado: este postulado toma las palabras de Burke cuando decía que la tradición es más importante que cualquier generación. El argumento de este último intento de los constitucionalistas para convencernos, es como entiendo de Gargarella, que la tradición de la comunidad tiene muy enraizada a la constitución, o sea que los principios constitucionales se han fusionado con la sociedad y forman parte de ese núcleo duro que hace que la comunidad sea la que es(9). Pero pregunto, y si la costumbre de la comunidad es resolver los conflictos de una forma muy violenta, hay que respetarla y mantenerla, o ¿habría q cambiar eso?, creo que la respuesta más obvia es cambiarla, ¿verdad? También puedo decir que es muy difícil o casi imposible que la sociedad a la cual pertenece dicha constitución creada hace unos cien años, se haya ceñido a los principios de esta constitución, sin necesidad de buscar los suyos propios, en razón del tiempo y la globalización. Entonces queda decir, que por más que una sociedad se esmere en constreñirse al documento supremo, tarde o temprano esta sociedad vera como su constitución va quedando desactualizada.

Ahora bien, estas posturas en realidad no son muy fuertes, pero Madison pensaba que si los conflictos se resolvían poniéndolos a consideración del pueblo como bien lo propugnaba Jefferson en tu teoría del autogobierno, lo que sucedería es que se pondría en riesgo la estabilidad de cualquier gobierno democrático, y finalmente llevaría a encender "pasiones populares". Jefferson a esto decía que si se daban situaciones como estas, como por ejemplo conflictos sociales ayudarían a la salud cívica d la comunidad.

9 Roberto Gargarella. *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional (Buenos Aires. Abolado Parrot. 2008)- tomo 1, capítulo 3, página 27.*

También los constitucionalistas menos radicales ven a la constitución como una especie de frenos que nos imponen producto de nuestra propia decisión pero que no nos ata de manos frente a la democracia, sino que son límites que nos ponen la constitución por medio de las autoridades para un mejor ejercicio de nuestros derechos, y que no siempre la colectividad está en la capacidad de tomar todas las decisiones. Lo explican haciendo una metáfora muy sugerente que es la de Ulises y las sirenas, en la historia Ulises le pide a los marineros que lo amarren al mástil del barco para que cuando pierda el control de la situación por el canto de las sirenas, no pueda el cambiar el curso deseado del navío. Pero aquí nuevamente se equivocan, porque los demócratas no niegan que la posibilidad que la comunidad se autoimponga determinados límites, lo que niegan es que esos límites sean impuestos a las generaciones futuras, que en palabras del ejemplo, dicen los demócratas, es inaudito pensar que porque Ulises pide a los marineros que lo aten, el hijo de Ulises tenga que atarse también.

También encontramos otra des analogía, Ulises es una sola persona, y en el caso de la sociedad, esta está conformada por millones de habitantes, en este caso la decisión de Ulises no afecta a nadie más, el al va a acatar y el la dicta, pero démosle una mirada a nuestros días, es imposible que todos los individuos de una sociedad puedan decidir que van hacer, ahí es cuando interviene una elite, que por más democrática que sea es una elite, y existe el riesgo latente que no tome las decisiones más objetivas y tome las decisiones más favorable para ellos mismo(10).

Un punto importante que acotar, más allá de que postura nos convenza más, está el hecho que tanto el constitucionalismo y la democracia van tras un mismo fin, que es la "igualdad". Los primero buscan fijar límites y derechos fundamentales para que ninguna opinión valga más que otra o más que las demás, y los demócratas, piensan que las personas tienen la misma dignidad moral e igualdad en sus capacidades básicas, promulgando que cada individuo tenga la capacidad de intervenir en asuntos que le afectan en su vida sin que hayan elites o una persona que decida por los demás.

La Interpretación Constitucional.

Como había dicho en líneas anteriores, es tremendamente dañino para la democracia el tener una constitución excesivamente garantista, porque dificulta más el trabajo de interpretar el texto constitucional.

Para efectos de nuestro estudio, voy a mencionar dos de las visiones más comúnmente sostenidas por nuestros jueces, respecto de la forma de interpretar a la constitución. Entonces tenemos a la visión orientada a "actualizar" el contenido constitucional, y la visión "originalista" que busca fijar el significado de la constitución a lo largo del tiempo, sin que este cambie (11).

10 Roberto Gargarella, Teoría y Crítica del Derecho Constitucional (Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008)-tomo 1, capítulo 3, página 30, 31, 32.

11 Roberto Gargarella, Teoría y Crítica del Derecho Constitucional (Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008)-tomo 1, capítulo 7, página 123.

Interpretación dinámica de la constitución.

Ahora explicare la primera visión, la orientada a "actualizar" a la constitución, o también conocida como la "interpretación dinámica de la constitución". Si nos encontramos en la duda de no saber cómo interpretar un artículo constitucional, los defensores de esta visión, dirían que lo más adecuado sería, que se interpretara según como en la actualidad se entiende y no buscando lo que quiso decir el constituyente hace tantos años atrás. Ahora viene la pregunta ¿Quién debería interpretar? La respuesta viene dada por la democracia, si vivimos en una sociedad que reconoce el valor de la igualdad, ¿quien más que el pueblo para darle un sentido, una interpretación con igualdad y justicia al texto constitucional? Que la interpretación sea hecha por la comunidad no solo que logra justicia e igualdad para todos, sino que hace que el texto este más vivo, y con esto quiero decir que se más cercano a los problemas y necesidades de la sociedad, logrando que a medida que esta evoluciona, también así lo haga el derecho. Pero porque los defensores de la constitución viva, creen que es mejor una interpretación que un cambio radical. Ellos sostienen que una reforma constitucional, es algo muy costoso y difícil de hacer, y que en caso de una duda, se perdería mucho tiempo hasta que se termine de reformar, además que no suena muy sensato hacer reformas cada vez que no entendemos algo. Pero aquí surge un problema, suponiendo que la constitución tiene que ser interpretada, es preciso retomar la vieja pregunta ya planteada tantas veces: ¿Quién o quiénes son los encargados para interpretar?

Como habíamos visto antes la idea de la constitución como texto vivo, así como las dos posturas revisadas anterior mente "la democracia y el constitucionalismo", tienen como eje principal la igualdad y la justicia. La visión de la interpretación dinámica de la constitución, está íntimamente relacionada con el constitucionalismo, que nos predica que la carta magna es suprema, que debe perdurar en el tiempo y que supone lineamientos aceptados por la comunidad para garantizar a todos esa igualdad y justicia de la cual todos hablan. Entonces en aras de estos dos principios claves, la "interpretación dinámica" nos respondería a nuestra pregunta que quienes tienen la labor de interpretar son los propios miembros de la comunidad. Según como lo veo yo esto implicaría que cada vez que exista un conflicto de apreciación de la norma, llamaríamos al pueblo a un plebiscito, pero caeríamos justamente en lo que se quería evitar al rechazar la opción de reforma de la constitución.

Al ver esta situación algunos defensores de esta visión, piensan que es mejor que interpreten los jueces, y ¿Por qué ellos?, bueno dicen ellos que porque son los más cercanos al derecho y con los afectados del mismo.

Esta medida tiene dos críticas que hace Roberto Gargarella, que en lo personal comparto mucho, y es aquí donde el Ecuador tiene mayor problema. Si aceptamos que los jueces sean los que interpreten la constitución, ¿no estaríamos contraviniendo uno de los pilares básicos del constitucionalismo, la "no puja política"?, se suponía que el constitucionalismo buscaba poner un marco para poder enfrentar posibles impulsos a los que podríamos estar sujetos circunstancialmente.

No se suponía que el constitucionalismo bregaba por la igualdad y la democracia, entonces ¿cómo es que son los jueces ahora los que van a interpretar la constitución? Se supone que la visión "viva" de la constitución apela a la participación de la comunidad, y lo que busca es una salida, que se sobreentiende debe ser la más democrática. Pero la salida escogida dista mucho de eso, ya que se ha escogido al órgano institucional menos preparado para buscar la participación democrática. Aquí es donde John Ely afirma que el hecho que los valores de la ciudadanía sean sometidos a la discrecionalidad de los jueces choca con los valores democráticos. Es que resulta someter a la comunidad a la tiranía de una elite, y que se conviertan ellos en los amos y señores del derecho, al decir cómo debe leerse el marco institucional. Si tenemos que dejar en manos de alguien la interpretación, que sea en manos del grupo más democrático y no el más alejado, que son obviamente los legisladores. Pero al fin de cuentas, sea quienes sean los escogidos con esta visión estaríamos sujetemos la discrecionalidad de los intérpretes.

El originalismo.

Una forma de lograr objetividad en la interpretación, para impedir que el intérprete ponga sus propias opiniones, es buscar el sentido original de la norma al momento de ser dictada.

Bork piensa que los jueces, quienes son los llamados a interpretar la constitución, no tienen porque buscar más que el verdadero sentido original de la norma al momento de su creación. Un punto a su favor, es que el "texto vivo" deja a la ciudadanía en el más completo desamparo y el originalismo bloquea la discrecionalidad de los intérpretes, sujetándolos a que se remitan solo al sentido original de la norma. No se podría desvirtuar al originalismo diciendo que causaría un estancamiento del derecho en el pasado, porque esta visión nunca se opuso a la evolución del derecho conjuntamente con la de la sociedad, los demócratas propugnan que si los valores que consagra el texto constitucional, o las normas que tienen ya no son aplicables a la situación actual, o simplemente la comunidad quiere innovaciones legales, se lo haga por medio de un plebiscito, donde los individuos de una sociedad puedan elegir democráticamente que cambios quiere en el derecho, ya que el pueblo tiene el poder para eso. Jefferson defendió mucho esta teoría inclusive dijo que lo más adecuado sería que aproximadamente cada veinte años la constitución pueda ser reformada democráticamente.

Existe un trasfondo en todo esto, y es que si vemos este asunto desde la perspectiva de Jefferson, es fácil darse cuenta que lo que hacemos es crear un compromiso en la ciudadanía en respetar este marco jurídico mientras dure, ya fue el pueblo mismo quien le dio forma y firma a la constitución.

Ahora analicemos un poco lo que implica acogerse al sentido original de la norma dada por el constituyente. ¿Qué pasaría, si durante el ejercicio del derecho, nos encontramos con el problema de no saber exactamente qué quiso decir el constituyente con un artículo determinado, o que haríamos en caso de silencio de la norma?, si estamos confundidos respecto de la interpretación, ¿debemos remitirnos a los criterios que tenía la sociedad, o solo considerar a aquellos presentes en la asamblea constituyente? Lo que sucede al final del día es que el originalismo que nos garantizaba una "certeza imperativa" a caído en las garras de la discrecionalidad de los jueces, porque ante estas interrogantes y muchas otras de este mismo género, al intérprete, en este caso el juez, le tocara decidir a el cual sería la más conveniente para la comunidad en el mejor de los casos, porque como bien sabemos suele suceder que el intérprete lee la norma como mejor le conviene.

Dworkin y la interpretación basada en principios.

Dworkin tiene un especial interés por confrontar a la concepción "originalista", porque la considera contradictoria. El problema que ve es que los originalistas se ataron al factor tiempo, o sea el momento en que fue expedida la norma suprema. Dworkin propone una interpretación del texto constitucional basada en los "principios", de tal forma que al intérprete se le hará mucho más sencillo saber qué es lo que la norma ordena. Lo interesante de la postura que Dworkin nos trae, es que no requiere especular sobre las intenciones de los autores, ni que pensaba la ciudadanía y los constituyentes, sino solo un constante análisis de los principios constitucionales contenidos en el texto.

Dworkin dice que él no quiere darles atribuciones de legisladores a los jueces, en su lugar, expresa que estos, tienen un campo muy limitado de acción. Debe determinar la mejor concepción de los distintos conceptos que la constitución fija. La concepción que elaboren debe ser por un lado fiel al contenido constitucional y las tradiciones, y justificarla, lo que implica leer el texto constitucional a su mejor luz. En otras palabras Dworkin dice que la obligación del juez es construir la mejor concepción moral que encaje en la historia constitucional de la comunidad.

El problema con el juez de Dworkin es un personaje mítico, "Hércules" como él lo llama, el no conversa con nadie, salvo con sus libros, no tiene ningún enfrentamiento. Además que Hércules no es la sociedad, es un solo hombre y recordemos que un solo hombre, no puede tomar las decisiones por los demás. Carlos Nino viene a criticar la idea de Hércules, dice que los jueces por más ilustrados que sean, nunca podrán llegar a conclusiones valorativas adecuadas, haciéndolo desde la soledad de su despacho sin tener un proceso de discusión pública, y sin que su decisión sea revisada públicamente.

Hasta ahora ninguna de las propuestas, parece terminar de solucionar el problema que tenemos con el exceso de poder otorgado a los jueces para imponerse a la ciudadanía.

John Ely y el Control Judicial.

Ely cree que la misión de los jueces se reduce a la custodia de la constitución, es decir que lo que el legislativo interprete o disponga, los jueces tienen que encargarse que nadie viole tales disposiciones; encargarse de que no se violen las disposiciones, es custodiar las reglas del juego. La constitución no implica valores que los jueces tienen que descubrir, sino que fija procedimientos para que las nuevas generaciones puedan ocuparse de ellos.

Jeremy Waldron y la legislatura:

Waldron toma en serio el ideal del "autogobierno" que lo lleva a considerar insultante para la democracia, anclar a la ciudadanía a las interpretaciones de los jueces. Para Waldron resulta de vital importancia que las comunidades tomen sus decisiones en foros a través de procedimientos que permitan que todas las opiniones contrarias o a favor sean escuchadas. Por esto es que propone como el mejor órgano preparado para estos ejercicios democráticos, a la "legislatura", las razones que nos da Waldron es que una asamblea legislativa está capacitada para lograr mejores respuestas que un juez mitológico.

CONCLUSIÓN:

Para concluir con este trabajo, debo decir que la mejor propuesta para solucionar los conflictos constitucionales, es la que nos da Jeremy Waldron. El texto que he traído, es un análisis de lo que ha pasado a lo largo de nuestra vida constitucional. Siempre ha existido el conflicto de quienes son los llamados a interpretar la constitución. Al sujetar a la ciudadanía a la interpretación de los jueces, lo que hacemos es someternos a la tiranía de una elite, donde los jueces son dueño de la última palabra, y nos imponen lo que debemos hacer y cómo debemos entender la constitución.

Una constitución por más clara y taxativa que sea, siempre en algún momento nos encontraremos en una encrucijada sin saber qué camino tomar, es ahí cuando empieza el conflicto de la interpretación. si esto se da con una constitución clara, la situación empeora cuando nos enfrentamos a un texto constitucional ambiguo. En nuestro país lamentablemente se les ha otorgado un exceso de poder a los jueces, son ellos los que terminan interpretando; pero si procuráramos cada vez que hay un proceso constituyente, crear textos menos vagos y más precisos, les cortaríamos las alas a los intérpretes que tienen al pueblo subordinado a sus decisiones. Tal es el caso con la constitución del 2008 que es tan ambigua que lamentablemente resulta imposible trabajar con el derecho sin tener que recurrir a la interpretación de los jueces. También recalco, que quienes deberían tener el control sobre la interpretación, como bien dice Warren tendrían que ser los legisladores, que son escogidos por elección popular, y no los jueces que son puestos por favores políticos.

DESCENTRALIZACION DE LAS FUNCIONES DEL ESTADO

1.- CONCEPTO.

La definición de la palabra descentralización es, que los gobiernos autónomos o internos tengan la libertad de tomar propias decisiones. Así mismo, se lo puede definir como el acto de que los gobiernos locales puedan asumir atribuciones políticas y administrativas de los gobiernos centrales, con el fin de superar la calidad del servicio público que el Estado le brinda a la comunidad.

Según mi criterio, también existen las dos caras de una moneda en el campo de la descentralización. El primero (lado A), el que acarrea pocas restricciones y más libertad, para que los administradores de un Estado puedan tomar decisiones autónomas en el desarrollo de la administración del gobierno local.

Y, el lado contrario (lado B), el que conlleva a un máximo de restricciones y menos libertad para los administradores.

De este modo se mide la libertad y la restricción que tienen los administradores públicos para actuar en el ejercicio de sus funciones, con referencia a la descentralización.

Existen varios escenarios en materia de descentralización de un Estado, por lo que podemos rescatar que ésta, se da en cuanto a la situación política, administrativa y social, y se da en varios niveles o formas.

Voy a continuación a citar dos conceptos que considero que los comparto bastante con respecto a la materia que estoy tratando; el primero es de (+) Gabino Fraga, quien define de la siguiente manera a la descentralización: "Al lado del régimen de centralización existe otra forma de organización administrativa: la descentralización, la cual consiste en confiar la realización de algunas actividades administrativas a órganos que guardan con la administración central una relación que no es la de jerarquía" y concluye en que: "el único carácter que se puede señalar como fundamental del régimen de descentralización es el de que los

funcionarios y empleados que lo integran gozan de una autonomía orgánica y no están sujetos a los poderes jerárquicos.

Y, el segundo concepto es el del (*) diccionario de la Lengua Española, el que define en cambio, la palabra descentralización, que significa acción y efecto de descentralizar y esta última: "Transferir a diversas corporaciones u oficios parte de la autoridad que antes ejercía el gobierno supremo del Estado".

2.- CARACTERÍSTICAS

En cuanto a las Características de la descentralización, puedo hacer la siguiente clasificación:

- Que existe una Transferencia de competencias, que proviene desde la administración central del Estado, hacia otros entes públicos.
- El estado central, debe dotar de funcionalidad al órgano descentralizado.
- Maneja un patrimonio autónomo e independiente de autogestión económica, pero es el Estado central, quien tiene la obligación de dotar ejercer la tutela sobre ellos.

3.- HISTORIA

La descentralización inicio a partir de la promulgación en el Registro Oficial (OR) N.27 de 20 de marzo de 1997, con la Ley Especial de Distribución de un 15% del Presupuesto del Gobierno Central para los Gobiernos Seccionales Autónomos.

El 8 de diciembre de 1997 se promulgo en el Registro Oficial RO.169 la Ley denominada Ley Especial de Descentralización del Estado y Participación Social, el que define a la descentralización como "LA TRANSFERENCIA DEFINITIVA DE FUNCIONES ATRIBUCIONES, RESPONSABILIDADES Y RECURSOS, ESPECIALMENTE FINANCIEROS, MATERIALES Y TECNOLOGICOS DE ORIGEN NACIONAL Y EXTRANJERO, DE QUE SON TITULARES LA ENTIDADES DE LA FUNCION EJECUTIVA HACIA LOS GOBIERNOS

(+) Fraga, Gabino. Derecho administrativo, 13ª ed., México, Porrúa, 1969.

SECCIONALES AUTONOMOS A EFECTOS DE DISTRIBUIR LOS RECURSOS Y LOS SERVICIOS DE ACUERDO CON LAS NECESIDADES DE LAS RESPECTIVAS CIRCUNSCRIPCIONES TERRITORIALES".

Luego, en 1993, se publicó el Registro Oficial No. 349 del 31 de diciembre del mismo año, la denominada Ley de Modernización del Estado.

El 13 de mayo del 2004 se dictó el Decreto Ejecutivo No. 1683, en el que se publicó el Plan Nacional de Descentralización.

4.- VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA DESCENTRALIZACIÓN.

Con respecto a las ventajas, puedo decir que, la descentralización, lleva a tomar decisiones administrativas más rápidas, y en respuesta a esto, se generará una mayor captación de respuestas a las necesidades de la comunidad, basada en un servicio de calidad, por ser menor el número de ciudadanos a los que se atiende.

El servidor público se vuelve más ágil y eficaz, dado que se puede ejercer mejor el trabajo individual.

La Institución Pública obtiene prestigio por la atención y eficiencia que le brinda a la sociedad.

Y en el caso de las desventajas, puedo decir que puede existir un colapso en los sistemas internos de software y en trabajo humano, por la demanda de atención al público que puede existir. Se pueden tomar decisiones apuradas y poco eficientes. Se abre un campo para la corrupción (se disminuye la honestidad ante la institución) y que los funcionarios dupliquen sus actividades. Se trabaja por y sobre mayor información que se recopila y que puede ser perdida por algún caso fortuito o fuerza mayor y se perjudica a un mayor número de habitantes.

(*)Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, 19ª ed., Madrid, 1970.

5.- EJEMPLO DE UN CONVENIO DE DESDECENTRALIZACION, FIRMADO EN EL GOBIERNO DEL DR. ALFREDO PALACIOS GONZALES.

Este convenio fue firmado en Guayaquil, el 28 de noviembre del 2005. Quienes intervinieron fueron, el Presidente Constitucional (Dr. Alfredo Palacios Gonzales), el Ministro de Economía y Finanzas (Eco. Fausto Ortiz de la Cadena), el Ministro de Gobierno y Policía (Dr. Galo Chiriboga Zambrano), el Director Ejecutivo (Galo Cevallos Mancheno), el Consejo Nacional de Modernización del Estado, CONAM (Econ. Iván Tapia Flores), el Director General del Registro Civil, identificación y Cedulación y en nombre de la M.I. Municipalidad de Guayaquil (Abg. Jaime Nebot Saadi, Alcalde; y el Dr. Miguel Hernández Terán (Procurador Síndico).

En los antecedentes de este convenio, se expuso que: "1) Se ha definido la transferencia progresiva de atribuciones, competencias, responsabilidades y recursos a las entidades seccionales autónomas. 2) Se considera la Ley especial de descentralización del Estado y Participación Social, en su artículo 3, el que dice que la descentralización del Estado consiste en la transferencia definitiva de funciones....., hacia los gobiernos seccionales autónomos..... 3) La misma Ley señala que la Descentralización se sustentara en los principios de autonomía, eficiencia, agilidad, coparticipación.... 4) En la misma Ley se señala que para la transferencia de estas funciones, el Presidente de la Republica junto con el Ministro de Finanzas suscribirán con los convenios respectivos.....5) También se prevén las políticas y lineamientos generales que fija el Presidente de la Republica en lo concerniente a ciertos sectores de educación, salud etc... 6) También establece los procedimientos, términos y plazos para el cumplimiento de la transferencia de las competencias del Gobierno Central hacia los Gobiernos Autónomos. 7) Los Gobiernos Internacionales.....establecen los procesos y condiciones a cumplirse para los actos y hechos relativos al estado civil e identidad de las personas. 8) El proceso de descentralización de competencias del registro civil fue iniciado mediante solicitud formulada por el M.I. Municipalidad de Guayaquil, el 6 de junio de 2005, fue aceptada de manera expresa por el Ministerio de Gobierno Centralcon oficio No. DIREJ-2005-000625, de 15 de julio del 2005 dentro del término establecido..... 9) El consejo cantonal determino la plena capacidad operativa de la Ml. Municipalidad de Guayaquil para su asumir la competencia total de los servicios que presta en el cantón.... 10) Se designo al equipo encargado del proceso de negociación.....y 11) Se dispone que las competencias que ejerza la dirección general del registro civil son descentralizadas a las entidades del régimen seccional autónomo, siempre que la

entidad seccional receptora tenga capacidad operativa para asumirla, capacidad que para el caso de su consulta, debe ser determinada por el Consejo Cantonal de Guayaquil”.

Siguiendo con el análisis de este convenio, rescato que, entre las funciones que se transfieren, se encuentran el otorgamiento de cédulas de identidad y/o ciudadanía por primera vez y su renovación.

Los recursos financieros es “la autogestión” y el plazo o condiciones es “indefinido”.

5.1. ANALISIS JURIDICO O LEGAL CON RESPECTO AL CONVENIO QUE FUE EXPUESTO ANTERIORMENTE.

Como se expuso en el cuadro de síntesis de Convenio, demostrado anteriormente, éste se firmó en el Gobierno del Dr. Alfredo Palacios, en el que se derivó ciertas competencias al Municipio del Gye. y en el que se expone que su plazo o vigencia es indefinido.

Tomando en cuenta, el último numeral de los Antecedentes de este Convenio, el que nos dice que “Se dispone que las competencias que ejerza la dirección general del registro civil son descentralizadas a las entidades del régimen seccional autónomo, siempre que la entidad seccional receptora tenga capacidad operativa para asumirla, capacidad que para el caso de su consulta, debe ser determinada por el Consejo Cantonal de Guayaquil”.

El Municipio de Guayaquil si cumple con estos requisitos, por lo que está operando en la actualidad.

El Municipio de Gye. no puede bajo ningún concepto dejar de realizar esta acción que le confirió el convenio anteriormente analizado, por que el plazo es indefinido. Si nos basamos, en que es competencia del Municipio el otorgamiento de las

cedulas de ciudadanía y su respectiva renovación. Este convenio no puede dejar de funcionar a menos que, sea derogado o anulado, pero hasta el momento no han existido ninguna de estas dos causales.

Entendiendo que el Gobierno Central se basa en el artículo 261 numeral 3 de la Constitución en vigencia, el que menciona que “el estado central tendrá competencias exclusivas sobre el registro de personal...”, lo que lo faculta a tener competencia sobre el servicio de cedulaación, y existiendo un convenio de por medio, el cual todavía no ha sido derogado ni anulado, por lo que el Municipio debe seguir operando y brindando este servicio a los ciudadanos; y, que hasta que exista una nueva norma que derogue o una disposición que anule este convenio, y con el objetivo de no eximir a los habitantes de una sociedad, de la seguridad jurídica de la que están facultados, por el momento son los dos gobiernos (el central y el autónomo) los que se encuentran facultados para seguir realizando esta actividad, de otorgar cedulas.

6.- ANALISIS DE LA CONSTITUCION DEL 2008. (DESCENTRALIZACION).

Es tan importante, la materia de descentralización, que la Constitución de la Republica vigente, la contempla desde su primer artículo, en la segunda parte del primer inciso, menciona que “el Ecuador se organiza en forma de republica y se gobierna de manera descentralizada”. Así mismo, se recoge el concepto y el objetivo de la descentralización del Estado Ecuatoriano, en el art. 3, el que menciona “que entre uno de los deberes primordiales del Estado, está el de “promover el desarrollo equitativo y solidario de todo el territorio, mediante el fortalecimiento del proceso de autonomias y descentralización.

7.- ANALISIS DE LA LEY ESPECIAL DE DESCENTRALIZACION DEL ESTADO Y DE PARTICIPACION CIUDADANA.

En el art. 1 de esta Ley se dispone que, ésta “tiene como objeto el impulsar la ejecución de la descentralización y desconcentración administrativa y financiera del Estado, la participación social en la gestión pública, así como poner en práctica la categoría de Estado descentralizado.

Considerando el Art. 9 de ésta Ley, la que se encuentra suscrita en el punto 3 (HISTORIA) del desarrollo de éste Capítulo, entonces puedo constatar de que, con respecto a lo que compete en materia de descentralización, existe una transferencia definitiva de funciones, recursos, atribuciones y responsabilidades a los Gobiernos Autónomos (Municipios); y así, éstos podrán ejercer bien la Función de brindar el servicio adecuado y eficiente, de manera más directa a los ciudadanos sectorización en provincias, ciudades y pueblos.

Existe el mismo tratamiento, cuando se trata de los Consejos Provinciales, el que es señalado por la misma Ley.

Entonces, partimos por la premisa de que en el Ecuador, el Gobierno Central, que es el Estado, delega las funciones a los Gobiernos Autónomos, que son los Municipios y Consejos Provinciales y éstos a su vez, consideran las necesidades de la población para brindarles un mejor servicio y por ende una mejor calidad de vida.

O viéndolo desde otro punto de vista (de abajo hacia arriba), la población realiza el reclamo o interpone la necesidad a los Gobiernos Autónomos; y éstos, a su vez, por encontrarse delegados por el Gobierno Central (Estado), suplen las obligaciones que tiene éste último con la sociedad.

8.- INGRESO POR NIVELES DE GOBIERNO

Galo Viteri Díaz, en su libro denominado "la descentralización en el Ecuador, marco legal, estado del proceso y lineamientos de política", habla acerca de los ingresos por niveles de gobierno y establece que: las cifras sobre la composición de los ingresos del Gobierno General por niveles como porcentaje del PIB (Producto Interno Bruto), permiten apreciar la mayor importancia como generador de ingresos del nivel central respecto de los niveles municipal y provincial.

Los ingresos netos del Gobierno Central como porcentaje del PIB:

En el año 1994, se aplicaba en un 14,05%, por lo que existe un crecimiento al año 2004, a un 17,10%.

Galo Viteri Díaz, libro denominado "La descentralización en el Ecuador, marco legal, estado del proceso y lineamientos de política".

Galo Viteri Díaz es economista (Universidad Central del Ecuador), Diplomado en Pedagogía (Escuela Politécnica del Ejército), Especialista Superior en Gestión Presupuestaria (Universidad Andina Simón Bolívar) y Diplomado en Políticas Públicas para superar la pobreza en América Latina (Universidad de Chile).

Ingresos propios del nivel Provincial:

Aquí también existió un incremento del 6% al 8%.

Los del nivel municipal (entre 1994 y el 2004):

De la misma forma, se vio un crecimiento del 0,66% al 1,13%.

En 1990-2004: transferencia del Gobierno Central (72,7%), ingresos de financiamiento (19,5%), ingresos propios (7,6%) y venta de activos (0,3%).

Debe de considerarse que, si aumenta el ingreso, también aumentan los Gastos, porque se considera de que al obtener mayor ingreso es porque existe mayor necesidad.

9.- GOBIERNO DESCENTRALIZADO

Un Gobierno Descentralizado es aquel en que, los Gobiernos Locales actúan como agentes del Gobierno Central. En el proceso de traspaso de un Gobierno Centralizado a uno Local, se otorga mayor poder a los Gobiernos Locales, por lo que pueden tomar decisiones propias sobre el marco de sus competencias.

No obstante es imprescindible recatar la idea de que ésta actividad es realizada con el único fin de proveer mejor eficiencia en el servicio público; y en atender las exigencias de la población.

10.- FORMAS DE DESCENTRALIZACION DEL ESTADO

La teoría menciona que existen ciertas formas de descentralización del Estado, pero yo rescato las siguientes:

- Descentralización horizontal:

(PIB) El producto interno bruto, producto interior bruto o producto bruto interno (PBI) es el valor monetario total de la producción corriente de bienes y servicios de un país durante un periodo de tiempo (normalmente un año). El PIB es una magnitud denominada de flujo, que contabiliza sólo los bienes y servicios producidos durante la etapa de estudio. El cálculo del producto interior bruto se encuadra dentro de la contabilidad nacional, y no tiene en cuenta los bienes y servicios que son fruto del trabajo informal (trabajo doméstico, intercambios de servicios entre conocidos, etc.) ni tampoco la economía sumergida.

Es cuando se dispersan o esparce el poder entre instituciones del mismo nivel, como por ejemplo las decisiones que se tienen que tomar sobre el gasto que tiene un ministerio y el dinero que sale de las arcas fiscales; y que puede distribuirse entre otros ministerios u organismos del Estado. (El Ministerio de Finanzas). Las transferencias monetarias son distribuidas por el Ministerio de Finanzas a los demás entes públicos.

- **Descentralización vertical.**

Es la que permite que ciertos poderes que tiene el gobierno central, se deleguen hacia otros niveles de administración (locales o territoriales), que son más inferiores; y pueden adquirir las formas ya referidas de desconcentración, delegación, devolución y privatización.

De Ministerios a Municipios o Alcaldías.

Descentralización administrativa.

Supone el traslado de competencias de la administración central del estado a nuevas personas jurídicas de derecho público, dotadas de un patrimonio propio. Aunque el poder central tiene un control muy limitado sobre las actividades de las entidades documentadas, éstas se encuentran sujetas a las órdenes de aquel y no gozan de personalidad jurídica propia. El objetivo de este tipo de descentralización es lograr una gestión administrativa más ágil y efectiva.

Simplemente se delegan funciones, pero es el Estado el ente principal y regulador.

- **Descentralización política.**

En ella los poderes, competencias y funciones administrativas, normativas y de gobierno se trasladan a un órgano con una base territorial determinada (región, territorio, localidad, comuna, etcétera), una cierta autonomía para crear su propio derecho y un origen democrático dimanado de un proceso electoral. Para algunos especialistas lo más importante de la descentralización política es que supone un centro decisorio con capacidad para crear derecho, normas de igual jerarquía que la ley común; por el contrario, la descentralización administrativa acota la facultad de la entidad descentralizada de ejecutar la ley nacional o dictar excepcionalmente (+) normas jurídicas bajo la jerarquía de la ley común.

(+) La norma jurídica es una regla u ordenación del comportamiento humano dictado por la autoridad competente del caso, con un criterio de valor y cuyo incumplimiento trae aparejado una sanción. Generalmente, impone deberes y confiere derechos. Regla o precepto de carácter obligatorio, emanado de una autoridad normativa, la cual tiene su fundamento de validez en una norma jurídica que autoriza la producción normativa de ésta, y que tiene por objeto regular las relaciones sociales, o la conducta del hombre que vive en sociedad, son diferentes a las normas sociales, ya que tienen la característica de la coercibilidad, la

posibilidad legítima de recurrir al uso de la fuerza socialmente organizada en caso de su incumplimiento, busca cumplir con las finalidades concretas del ordenamiento jurídico, la paz, el orden y la seguridad. Se diferencia de otras normas de conducta en su carácter heterónomo (impuesto por otro), bilateral (frente al sujeto obligado a cumplir la norma, existe otro facultado para exigir su cumplimiento), coercible (exigible por medio de sanciones tangibles) y externo (importa el cumplimiento de la norma, no el estar convencido de la misma).

Este no se aplica en el Ecuador, debido a que se maneja la Ley Suprema en todo el Territorio Ecuatoriano (Constitución Política del Ecuador), a diferencia de los Estados Federales, estos sí son un ejemplo de esta clasificación.

- **Descentralización funcional.**

Consiste en el reconocimiento al órgano correspondiente de competencias específicas o delimitadas sólo a un sector de actividad; es decir, el Estado asigna una función técnica o de servicios a una entidad gestora que dispone de personalidad jurídica y patrimonio propio. Un ejemplo puede ser una empresa pública.

En nuestro país, tenemos ejemplos de empresas privadas que se convirtieron en empresas públicas y ahora sirven a la sociedad.

Ejemplo, INTERAGUA.

- **Descentralización territorial.**

Entraña el traspaso de poder decisorio a órganos cuyo ámbito de actividad o jurisdicción lo constituye un territorio o una localidad.

- **Descentralización mixta.**

Las dos formas anteriores se pueden combinar y dar paso a una descentralización política con una base territorial, como es el caso de los gobiernos territoriales, o bien a una funcional y territorial, como sucede con una empresa estatal en una provincia.

- **Descentralización fiscal.**

Algunos Doctrinarios opinan que, esta forma nace de "la búsqueda de eficiencia en la prestación y el financiamiento de bienes públicos locales y nacionales; significa alcanzar un equilibrio

11.- UN ESTADO MAS PROXIMO A LOS CIUDADANOS

En países subdesarrollados como es el nuestro, considero que es de suma importancia el establecer la descentralización en las diferentes regiones, con el objetivo de que el Estado tenga una mayor cercanía, y mas directa, con el ciudadano. La única forma de que esto se pueda dar, es con la descentralización de los poderes del Estado.

Conforme pase el tiempo, el país siga desarrollándose, las ciudades sigan creciendo, y exista una mayor evolución, la única alternativa o remedio es la descentralización, puesto que el Estado no puede dejar de atender nunca las necesidades de su pueblo.

Es importante, recalcar que esta acción, no le quita la posición y la disposición al Gobierno Central, debido a que el es un país que se maneja como republica, mas no es un país federal, entonces siempre el Gobierno Central va a supervisar las gestiones de los Gobiernos locales.

Para obtener una mayor cercanía con los ciudadanos, los servicios que el Estado mas debería de considerar para la descentralización son:

1. La educación
2. La salud
3. El ambiente
4. La defensa
5. La justicia

12.- MODALIDADES DE LA DESCENTRALIZACION

Por su parte, (+) Andrés Serra Rojas explica que descentralizar no es independizar, sino solamente dejar o atenuar la jerarquía administrativa, conservando el poder central limitadas facultades de vigilancia y control.

La autonomía de los órganos descentralizados presupone no estar sujetos a la administración central, esto es, no estar sujetos a las decisiones jerárquicas de ésta. Dotar de personalidad jurídica y patrimonio propios, a los entes descentralizados es una forma de asegurar en parte esa autonomía, pero falta su autonomía económica consistente en la libre disposición de los bienes que forman su patrimonio propio y en la aprobación y ejecución que hagan de su presupuesto sin injerencia de ninguna autoridad central.

La descentralización ha adoptado tres modalidades diferentes, que son:

1. Descentralización por región. Consiste en el establecimiento de una organización

(+) Andrés Serra Rojas, nació en Pichucalco, Municipio del Estado de Chiapas en el año 1904, el día 13 de Octubre. Fue ahí, donde nació, que inicio sus estudios.

administrativa destinada a manejar los intereses colectivos que correspondan a la población radicada en una determinada circunscripción territorial. Esta modalidad de la descentralización se adapta de una manera más efectiva a las aspiraciones democráticas, y además, desde el punto de vista de la administración, significa la posibilidad de una gestión más eficaz de los servidores públicos, y por lo mismo, una realización más adecuada de las atribuciones que al Estado corresponden. Los organismos descentralizados por región son aquellos que atienden y satisfacen las necesidades públicas de una región, como es el municipio.

Descentralización por servicio. El Estado tiene encomendada la satisfacción de necesidades de orden general, que requiere procedimientos técnicos sólo al alcance de funcionarios que tengan una preparación especial. La forma de conseguir ese propósito es dar independencia al servicio y constituirle un patrimonio que sirva de base a su economía. Los organismos descentralizados por servicio son aquellos que prestan determinados servicios públicos.

Descentralización por colaboración. Constituye una modalidad particular del ejercicio de la función administrativa con caracteres específicos que la separan notablemente de los otros dos tipos anteriores de descentralización. La descentralización por colaboración se origina cuando el Estado adquiere mayor injerencia en la vida privada y cuando, como consecuencia, se le presentan problemas para cuya resolución se requiere una preparación técnica de que carecen los funcionarios políticos y los empleados administrativos de carrera. Para tal evento, se impone o autoriza a organizaciones privadas su colaboración, haciéndolas participar en el ejercicio de la función administrativa. De esta manera, la descentralización por colaboración es una de las formas del ejercicio privado de las funciones públicas.

En estos tres tipos de descentralización no hay caracteres idénticos y uniformes, pues a diferencia de la centralización, aquel régimen constituye una tendencia de alcances muy variables. Sin embargo, y reconociendo todos los matices que pueden revestir los organismos descentralizados, la doctrina ha tratado de fijar algún carácter esencial común para todos ellos.

Así pues, el único carácter que se puede señalar como fundamental del régimen de descentralización es el de que los funcionarios y empleados que lo integran gozan de una autonomía orgánica y no están sujetos a los poderes jerárquicos característicos del régimen centralizado en el que las autoridades superiores tienen determinadas facultades con relación a las personas y a los actos de los empleados inferiores.

13.- CONCLUSION

La descentralización se da cuando los gobiernos autónomos o internos tienen la libertad de tomar sus propias decisiones. Así mismo, se lo puede definir como el acto de que los gobiernos locales puedan asumir atribuciones políticas y administrativas de los gobiernos centrales, con el fin de superar la calidad del servicio público que el Estado le brinda a la comunidad.

Como ciudadanos y personas que cumplimos con los deberes que la sociedad y el Estado nos exigen, así mismo pedimos que el Estado nos brinde un mejor servicio público.

Pero no solo puedo exigir como ciudadano, sino que también debo de cumplir con mis deberes y obligaciones, para solamente de esa forma poder exigir mis derechos.

Es importa recalcar que nuestro país, ha cumplido un rol de suma importancia con lo que enmarca el campo de la descentralización, debido a que el Gobierno Central, ha ido, con el traspaso del tiempo, dándole mayor funciones a los Gobiernos Autónomos. Y el resultado de ésta acción es que definitivamente existe un mejor servicio público, con mayor eficiencia y agilidad.

Así mismo existe una mejor forma de hacer conocer nuestras exigencias como ciudadanos, hoy los trámites y las filas y las largas esperas para ser atendidos has culminado.

Somos un país que ha evolucionado gracias a la descentralización y desconcentración de los poderes del Estado, pero no es todo lo que se puede hacer, todavía nos queda un camino largo por recorrer, porque mientras mas aumente la población, mas exigencias existirán y mejor servicio público debemos obtener. Esto también, debido a que la tecnología avanza, las leyes evolucionan y los humanos nos encontramos en posiciones de vivir una vida más digna con los ofrecimientos que nos brinda el Estado.

La descentralización se seguirá dando, creo yo, en la medida en que los Gobiernos Centrales les puedan seguir otorgando la liquidez y las funciones que pertenecen a los Gobiernos Autónomos, caso contrario, nos encontraremos en un retroceso neto del avance que se ha logrado en el transcurso de los últimos 15 años en nuestro país.

Futuro Constitucional “El nuevo rol del Estado en la economía del Ecuador”

Rol de Estado en materia económica

Adam Smith, en el siglo 18, fue uno de los primeros científicos sociales modernos que se preocupó en analizar el rol del estado. La economía clásica y los fisiócratas pugnarón por el "laissez faire" (que implica la nula intervención del estado en los asuntos económicos), salvados los aspectos necesarios para la subsistencia de la sociedad, como era para asegurar la paz exterior e interior y la garantía de la propiedad.

Su famosa teoría de la "mano invisible" consistía en que el mercado se equilibraba de forma natural y que no era necesaria la intervención del Estado pero acontecimientos como la gran depresión de los 1930 desmintió esta teoría.

Actualmente esta teoría ya está superada y las exigencias del mercado actual obligan a que el Estado funcione como un ente que controla las relaciones comerciales entre comerciantes locales y entre comerciantes internos y extranjeros.

Para la reactivación de la economía es imprescindible que el Estado asuma un papel principal ya que si el capital de los entes privados está en riesgo estos limitan sus inversiones por falta de seguridad en la ganancia y a falta de inversión se reducen las actividades productivas ya que no existe demanda, es aquí cuando entra el Estado mediante la inversión para incentivar la economía y el gasto público para mantener la demanda.

Como se sabe todo estado capitalista tiene un sistema político democrático y están representados por gobiernos. Actualmente la economía le atribuye varias funciones al Estado la más importante es el manejo del gasto público mediante políticas de Estado, se determinan las prioridades estratégicas de la nación y se determinan las áreas importantes en donde se deben invertir los recursos de los ciudadanos. Ejemplo; la inversión en salud, educación, vivienda, infraestructura para energías, etc. La segunda gran función económica del Estado, es la regulación constante y el seguimiento de la actividad económica. La regulación económica se realiza mediante tres mecanismos fundamentales;

La política monetaria: Se consolida en el manejo de la moneda y las variables claves de la economía a través del banco central. La política monetaria busca impulsar el crecimiento económico mediante incentivos como tasas de interés, un poder adquisitivo de los ciudadanos que sea estable y que no existan alteraciones en las instituciones bancarias.

La política fiscal: Es el manejo de los tributos y los impuestos de la nación.

La política de regulación: Consiste en garantizar la libre competencia y evitar abusos en la actividad económica general. Comprende la áreas de control de las empresas, regulación anti - monopolios, defensa de los consumidores, auditoría del Gobierno etc.

Dentro de la constitución encontramos que el Estado debe desarrollar varias funciones y crear políticas comerciales, políticas monetarias, para que se efectúe un correcto desarrollo económico;

Art. 300.- El régimen tributario se regirá por los principios de generalidad, progresividad, eficiencia, simplicidad administrativa, irretroactividad, equidad, transparencia y suficiencia recaudatoria. Se priorizarán los impuestos directos y progresivos.

La política tributaria promoverá la redistribución y estimulará el empleo, la producción de bienes y servicios, y conductas ecológicas, sociales y económicas responsables.

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.

En el art. 301 con respecto al régimen tributario encontramos algo importante que no se estaba en la constitución de 1998 acerca de "exonerar" impuestos, la función ejecutiva no tenía esta potestad.

Art. 302.- Las políticas monetaria, crediticia, cambiaria y financiera tendrán como objetivos:

1. Suministrar los medios de pago necesarios para que el sistema económico opere con eficiencia.
2. Establecer niveles de liquidez global que garanticen adecuados márgenes de seguridad financiera.
3. Orientar los excedentes de liquidez hacia la inversión requerida para el desarrollo del país.
4. Promover niveles y relaciones entre las tasas de interés pasivas y activas que estimulen el ahorro nacional y el financiamiento de las actividades productivas, con el propósito de mantener la estabilidad de precios y los equilibrios monetarios en la balanza de pagos, de acuerdo al objetivo de estabilidad económica definido en la constitución.

Art. 303.- La formulación de las políticas monetaria, crediticia, cambiaria y financiera es facultad exclusiva de la Función Ejecutiva y se instrumentará a través del Banco Central. La ley regulará la circulación de la moneda con poder liberatorio en el territorio ecuatoriano.

La ejecución de la política crediticia y financiera también se ejercerá a través de la banca pública.

El Banco Central es una persona jurídica de derecho público, cuya organización y funcionamiento será establecido por la ley.

Art. 304.- La política comercial tendrá los siguientes objetivos:

1. Desarrollar, fortalecer y dinamizar los mercados internos a partir del objetivo estratégico establecido en el Plan Nacional de Desarrollo.
2. Regular, promover y ejecutar las acciones correspondientes para impulsar la inserción estratégica del país en la economía mundial.
3. Fortalecer el aparato productivo y la producción nacionales.
4. Contribuir a que se garanticen la soberanía alimentaria y energética, y se reduzcan las desigualdades internas.
5. Impulsar el desarrollo de las economías de escala y del comercio justo.
6. Evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados.

Art. 305.- La creación de aranceles y la fijación de sus niveles son competencia exclusiva de la Función Ejecutiva.

Art. 306.- El Estado promoverá las exportaciones ambientalmente responsables, con preferencia de aquellas que generen mayor empleo y valor agregado, y en particular las exportaciones de los pequeños y medianos productores y del sector artesanal.

El Estado propiciará las importaciones necesarias para los objetivos del desarrollo y desincentivará aquellas que afecten negativamente a la producción nacional, a la población y a la naturaleza.

Art. 313.- El Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia.

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

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

Art. 314.- El Estado será responsable de la provisión de los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias, y los demás que determine la ley.

El Estado garantizará que los servicios públicos y su provisión respondan a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad. El Estado dispondrá que los precios y tarifas de los servicios públicos sean equitativos, y establecerá su control y regulación.

Art. 315.- El Estado 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.

Las empresas públicas estarán bajo la regulación y el control específico de los organismos pertinentes, de acuerdo con la ley; funcionarán como sociedades de derecho público, con personalidad jurídica, autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión, con altos parámetros de calidad y criterios empresariales, económicos, sociales y ambientales.

Los excedentes podrán destinarse a la inversión y reinversión en las mismas empresas o sus subsidiarias, relacionadas o asociadas, de carácter público, en niveles que garanticen su desarrollo. Los excedentes que no fueran invertidos o reinvertidos se transferirán al Presupuesto General del Estado, el cual es el instrumento para la determinación y gestión de los ingresos y egresos del Estado, e incluye todos los ingresos y egresos del sector público, con excepción de los pertenecientes a la seguridad social, la banca pública, las empresas públicas y los gobiernos autónomos descentralizados.

Por último el Estado es el organismo de representación política de la sociedad. El cual nace en la historia como respuesta a la necesidad humana de organizar y regular los conflictos dentro de las relaciones económicas, sociales, políticas y culturales. En el campo de la economía en la era moderna, todas las sociedades en distinta medida, se valen del Estado para organizar y regular las siguientes relaciones:

- a) las relaciones de distribución, regulando la propiedad, el empleo y la participación de la población en los resultados del desarrollo económico.
- b) las relaciones en la producción de bienes y servicios para la subsistencia, apoyando el desarrollo del empleo, de la productividad y preservando el medio ambiente;
- c) las relaciones de intercambio, para facilitar nexos entre productores y consumidores a nivel nacional e internacional.
- d) las relaciones en la demanda para procurar optimizar la utilización de los bienes y servicios en el consumo y en la inversión.

Para concluir debemos entender que si el Estado es manejado por buenos gobernantes que sepan manejar el gasto público, que no recurran al endeudamiento y sepan crear políticas de Estado que ayuden a mejorar el desarrollo de un país siempre va a existir un avance económico, el principal problema de los países de América Latina es que sus gobernantes no saben manejar los recursos estatales. Si se logra una correcta inversión en los principales sectores productivos se obtendrá mayores beneficios, al tener mayores beneficios se puede reinvertir y la vez atender los sectores más necesitados como educación y salud, todo esto ayudara a que se presente un ambiente de tranquilidad y estabilidad económica a largo plazo.

Cerrando puertas a la privatización

La constitución de 1998 define al Ecuador como un estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico y en cuanto a la economía en su art. 242 decía que la organización y el funcionamiento de esta responderán a los principios de eficiencia, solidaridad, sustentabilidad y calidad, a fin de asegurar a los habitantes 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. Cuando se aprobó la nueva constitución del 2008 se definió al Ecuador como un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, etc. Su definición del ámbito económico es tener un sistema económico social y solidario que tiene por objetivo el buen vivir. Todo esto resalto una clara diferencia entre las posturas que tomaban grupos sociales, en los distintos campos que abarca la carta magna, en cuanto al modelo económico que esta propone se plantearon varias posturas, una de ellas sostenía que dicho modelo pretende regresar a una etapa de dictadura donde el Estado controla todos los sectores económicos del país, situación que podemos encontrar en otros países de América del sur.

Un sistema económico que permite al Estado desenvolverse en todas las áreas importantes del mercado solo funcionaria si este tuviere dinero a raudales para así invertirlo en la mediana empresa o mediante instituciones financieras que den créditos y que permitan promover proyectos donde se desarrollen plazas de empleo. Entonces con un modelo social y solidario el Estado podría no dejar que desarrollen las empresas de capital, bajo pretexto de intervenir les impondrían mayores reglas que no hagan rentable trabajar, y son estas empresas de capital las que generan plazas de trabajo fuertes. La eficiencia económica de las empresas públicas debe buscarse en costos más bajos de operación y en una rápida adaptación a los cambios del mercado.

La estructura legal de las empresas públicas también debe modificarse tanto para determinar una mayor autonomía operativa y para crear mas control en las operaciones estatales, es decir, que exista una clara misión a cumplir pro parte de las instituciones del Estado.

Un claro avance en cuanto a la privatización, es el que presenta la constitución en el artículo 318 el cual señala que el agua es patrimonio nacional estratégico de uso público, dominio inalienable e imprescriptible del Estado, y constituye un elemento vital para la naturaleza y para la existencia de los seres humanos. Se prohíbe toda forma de privatización del agua.

La gestión del agua será exclusivamente pública o comunitaria. El servicio público de saneamiento, el abastecimiento de agua potable y el riego serán prestados únicamente por personas jurídicas estatales o comunitarias.

El Estado fortalecerá la gestión y funcionamiento de las iniciativas comunitarias en torno a la gestión del agua y la prestación de los servicios públicos, mediante el incentivo de alianzas entre lo público y comunitario para la prestación de servicios.

El Estado, a través de la autoridad única del agua, será el responsable directo de la planificación y gestión de los recursos hídricos que se destinarán a consumo humano, riego que garantice la soberanía alimentaria, caudal ecológico y actividades productivas, en este orden de prelación. Se requerirá autorización del Estado para el aprovechamiento del agua con fines productivos por parte de los sectores público, privado y de la economía popular y solidaria, de acuerdo con la ley.

En el Ecuador tenemos el caso de Interagua la empresa que privatizó el servicio de agua en Guayaquil, mediante la constitución se prohíbe que empresas privadas mercantilicen el líquido vital humano. Otro caso es la promesa del Estado en tener una mayor participación en la renta del petróleo.

Cada vez más países van adquiriendo tratados y organismos que tengan como fin regular los procedimientos para que funcione la economía de mercado. La Constitución Política del Estado garantiza a sus habitantes el derecho a la libertad de industria, comercio y, en general, al libre desenvolvimiento empresarial.

Las privatizaciones no son lesivas para la economía, lo que sucede es que estas deben estar acompañadas por un reglamento en cuanto a la ejecución y manejo de los procesos con el fin de obtener verdaderos resultados que arrojen beneficios económicos para el país.

El Estado debe proponer los mecanismos de protección al consumidor frente a la eventualidad de producirse acuerdos colusorios que tiendan a establecer precios tóxicos que perjudiquen a la ciudadanía. Tales mecanismos también deben evitar que el monopsonio impida, restrinja o debilite la presencia de otras empresas en el mercado que debe ser libre y competitivo. Para esto existe la empresa pública que en el país es imprescindible ya que es un claro instrumento de la participación estatal en el medio circundante de la economía.

Con un gobierno que claramente tiene un enfoque social no es de sorprenderse que se eliminen las políticas que fundamenten la prestación privada, sobre todo de servicios básicos, como anteriormente vimos la constitución prohíbe la privatización del agua, estas decisiones pueden deberse al ánimo de evitar que se perjudique los medios de vida y aumentar el sufrimiento de la población más pobre, que siempre es la más afectada. Incluso esto ha sido tema de discusión mundial ya que se sostiene que las privatizaciones afectan a los derechos humanos de los ciudadanos menos protegidos.

El Estado: Competencias para controlar el mercado

Las políticas públicas son las intervenciones del Estado en el desarrollo económico, social, político y cultural de un país. Estas se desarrollan a través de las acciones del Estado que dinamizan las estructuras del desarrollo y los procesos económicos. De manera que necesidades vitales como núcleo esencial de las demandas sociales, procesos económicos y políticas públicas, son los elementos centrales del Desarrollo.

El Estado que adquiere funciones especiales como ente regulador puede tomar medidas de aplicación inmediata o a largo plazo con el fin de proteger el mercado nacional asegurar un incentivo a la mediana empresa, etc. Bajo este esquema podemos encontrar un claro ejemplo; la reducción de importaciones en el 2009 por un monto de 2.169 millones de dólares. Esto incluye a los países con los que Ecuador tiene acuerdos comerciales que reconocen preferencias arancelarias, por otro lado realizo un aumento de aranceles a cerca de 600 bienes señalados en una lista con su respectiva carga arancelaria, esta medida puede no ser la más acertada, ya que se vulnera el principio de cada ciudadano a comprar el producto que sea de su preferencia a un costo razonable y mediante una norma así se da pie a que otros países tomen represalias frente a las exportaciones que realiza el Ecuador, por otro lado encontramos que es una forma clara de incentivar el mercado nacional y que comprar productos nacionales sea parte de la idiosincrasia de los ciudadanos . El superar la crisis involucra a todos los sectores del país, no solo a los más afectados, de esta forma corresponde a todos hacer un sacrificio con el fin de mejorar la economía del país.

Como vimos anteriormente la constitución le otorga un respaldo al Estado para que pueda involucrarse de forma directa con los sectores estratégicos, mediante el régimen de desarrollo puede lograr el buen vivir.

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

El Estado planificará el desarrollo del país para garantizar el ejercicio de los derechos, 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.

Que el Estado se involucre en la economía tiene como fin que exista un equilibrio y equidad distributiva de los ingresos ya que si este no tuviere la competencia para intervenir la mayor parte de los ingresos fueran exclusivamente para las fuerzas de mercado.

Una situación real que se presenta en el Ecuador, país donde la concentración de riqueza esta para un sector reducido de la población es la de evitar las prácticas monopólicas de empresas, como por ejemplo la colusión de precios que impidan a una mediana empresa competir en el mercado, por ello la constitución prohíbe dichas prácticas, el Estado se encarga de sancionar a quienes las pongan en uso y también se encarga de dar prioridad al pequeño productor.

Con respecto a la soberanía alimentaria que señala la constitución en su artículo 281 a la cual constituye un objetivo estratégico y una obligación del Estado para garantizar que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades alcancen la autosuficiencia de alimentos sanos y culturalmente apropiados de forma permanente.

Este ente regulador tiene la capacidad de:

- Impulsar la producción, transformación agroalimentaria y pesquera de las pequeñas y medianas unidades de producción, comunitarias y de la economía social y solidaria.
- Adoptar políticas fiscales, tributarias y arancelarias que protejan al sector agroalimentario y pesquero nacional, para evitar la dependencia de importaciones de alimentos.
- Promover políticas redistributivas que permitan el acceso del campesinado a la tierra, al agua y otros recursos productivos.
- Establecer mecanismos preferenciales de financiamiento para los pequeños y medianos productores y productoras, facilitándoles la adquisición de medios de producción.
- Generar sistemas justos y solidarios de distribución y comercialización de alimentos. Impedir prácticas monopólicas y cualquier tipo de especulación con productos alimenticios.

La constitución también muestra un interés en proteger a la base del mercado, el consumidor mediante más responsabilidades de la soberanía alimentaria como:

- Asegurar el desarrollo de la investigación científica y de la innovación tecnológica apropiada para garantizar la soberanía alimentaria.
- Regular bajo normas de bioseguridad el uso y desarrollo de biotecnología, así como su experimentación, uso y comercialización.
- Fortalecer el desarrollo de organizaciones y redes de productores y de consumidores, así como las de comercialización y distribución de alimentos que promueva la equidad entre espacios rurales y urbanos.

Como señalamos anteriormente el Estado bajo varios artículos de la constitución tiene la facultad de regular la economía ya sea creando aranceles, estructurando nuevas políticas económicas o generando incentivos para la inversión en los diferentes sectores de la economía. Si este logra manejar el mercado de tal forma que exista un mayor equilibrio entre el empresario y el consumidor final se tendrá un mercado más amigable y menos conflictivo, es decir se llegaría a tener una visión más social y no individualista, una finalidad clara es que exista un espacio en el mercado para las personas que poseen un menor ingreso en sus bolsillos, una vez que el Estado logre que haya productos de menor precio y a buena calidad para los ciudadanos menos favorecidos se habrá cumplido un objetivo del buen vivir.

Situación económica del Ecuador en la última década

El Ecuador es uno de los países más pequeños de América del sur estructurado con 24 provincias y 193 cantones podemos empezar recordando que luego de varios factores como la inestabilidad macroeconómica, la falta de credibilidad en los programas de estabilización, el escaso desarrollo de los mercados financieros, la globalización de la economía, el historial de alta inflación y factores institucionales, entre otros provocaron que el 9 de enero de 1997 el entonces presidente de la república Jamil Mahuad anunciara la decisión de dolarizar al país, tras establecer el precio de la divisa en 25.000 sucres por cada dólar de Estados Unidos de Norteamérica, expresando lo siguiente "El sistema de dolarización de la economía es la única salida que ahora tenemos, y es el camino por donde debemos transitar". En los siguientes años 1998-1999 y 2000 el marco económico presenta una mejora con relación al comportamiento del PIB, presentando tasas positivas y que en dos ocasiones superaron un buen 5% de crecimiento, pero esta mejora no produjo un cambio especial en el campo laboral del país, solo trajo una sensación de alivio.

Una vez que se declaró la dolarización y el sucre dejó de existir, se creó una confusión con respecto a las funciones de la mayor entidad bancaria del país, El Banco Central no podía emitir ninguna moneda porque ya no existía, pero sí tenía obligaciones indelegables de proveer la liquidez necesaria para que los ecuatorianos puedan realizar sus actividades económicas con normalidad. De esa forma velar por el poder adquisitivo del dinero y, en el ámbito externo, por el impulso de la competitividad de las exportaciones ecuatorianas, cabe destacar la importancia de que exista dicha institución a pesar de no emitir porque tiene otras funciones como la de manejar la Reserva Internacional de Libre Disponibilidad (RILD) que está constituida por los depósitos que todas las entidades del sector público y las instituciones del sistema financiero realizan en el Banco Central. El Banco Central del Ecuador no es el único banco central que no emite moneda

propia, tal es el caso de los bancos centrales de la Unión Europea donde todos adquirieron al euro como moneda.

En los últimos años el Ecuador se ha visto expuesto en una de sus más profundas crisis, tanto económica y política. La economía y política no han tenido un buen manejo, esto ha provocado una notoria oposición entre los mismos, que provoca daño al país, dando como resultado el creciente empobrecimiento, si estos sectores permitieran dar otro enfoque a las políticas económicas se abrieran más campos para que otros sectores sean los que muevan a la economía del país.

No podemos dejar de lado la frecuente problemática política que se ha presentado en los últimos años esto sin duda limita las posibilidades de que se dé un progreso económico, un país con conflictos internos no puede trabajar en orden y buscar bienestar común porque al existir riñas internas se crea división, la cual impide un correcto apoyo por parte de cada sector del país.

El Ecuador con casi 14 millones de habitantes tiene la octava más grande economía de América Latina y experimentó un crecimiento promedio del 4,6% entre 2000 y 2006. A inicios del 2009 el Banco Central situó el crecimiento del 2008 en un 6.68%, asegurando que el PIB (producto interno bruto) se había duplicado desde 1999 hasta 2007. Se calcula que 9 millones de personas en el país tienen una situación económica activa mientras que 1 millón se encuentran inactivos, un hecho importante que se presentó en los últimos años fue que la tasa de pobreza extrema pasó de ser del 45% en el 2001 a ser del 25% para el 2004, cabe destacar que de las cifras antes señaladas la pobreza extrema recaía más en las poblaciones indígenas, afro-descendientes y rurales, alcanzando al 64 % de la población nativa.

Con respecto a las exportaciones que el país mantuvo durante la última década podemos observar que Ecuador tiene una relación muy directa con E.E.U.U. y países europeos pero se demuestra claramente que tiene una relación comercial limitada con países de Asia, existen cifras que revelan que los contactos comerciales más relevantes se concentran con unos cuatro países del área, básicamente Corea del Sur, Japón, China y Taiwán, de un total de más de diez que componen la lista de países amigos y socios potenciales. La globalización que vivimos actualmente exige que se rompan las barreras comerciales entre los continentes por ello se aspira a que el Ecuador tenga un comercio internacional creciente con Asia, pero creando un equilibrio entre las exportaciones y las importaciones entre países y bloques, de tal forma que no exista una balanza comercial desfavorable.

Es muy importante analizar el sector consumo del país, el cual por ejemplo aumento durante la etapa post- dolarización en el 2003 en 6'534.404 miles de dólares en importaciones de bienes de consumo si tomamos en cuenta que en 1998 dichas importaciones estuvieron alrededor de 5'575.734 miles de dólares y cayeron a 3,017,256 miles de dólares en el año 1999, lo cual se produjo por la crisis político- económica que vivió el país donde hubo una macro devaluación del sucre con respecto al dólar causando una reducción extraordinaria en el poder adquisitivo de los ecuatorianos.

Con la dolarización se ha logrado que el ciudadano tenga un poder de compra estable y que no se altere cada cierto periodo como sucedía con el sucre. Se nombran las importaciones de bienes y consumo debido a que el mercado local no es eficiente y no posee los mecanismos adecuados como para competir con los productos extranjeros.

En el 2008 se presentó un incremento del 2% en el Producto Interno Bruto, lo cual fue muy pobre con relación a los demás países de Latinoamérica, llegando a ser catalogado como el más bajo de ese año.

Según el Boletín del Banco Central del Ecuador el desempeño anual del 2009 en la economía fue positivo y muestra de ello es que el Producto Interno Bruto (PIB) alcanzó los US\$24,120 millones, en términos reales, que representa un crecimiento de 0.38%; esto, gracias a que el último trimestre del año, se evidenció una recuperación, por efecto de las políticas económicas internas implementadas y disminución de las consecuencias de la crisis financiera mundial.

Cabe hacer un breve resumen del comportamiento de la economía del país en los últimos años ya que de esta forma tendremos un conocimiento clave para analizar si las nuevas implementaciones que trae la constitución en el tema económico pueden desarrollarse con normalidad o no, es claro que el Ecuador ha tenido una economía muy conflictiva la cual arrastra muchos problemas socio – económicos haciendo más difícil la tarea de implementar un sistema económico con ciertas variables, pero si se logra estudiar a fondo la economía y se plantean posibles soluciones a los conflictos se lograra alcanzar el buen vivir, así se eliminaría uno de los mayores problemas del país la falta de atención a los menos favorecidos.

Sistema económico actual

El Ecuador tiene un sistema económico 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 objeto garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir.

El sistema económico se integrara por las formas de organización económica pública, privada, mixta, popular y solidaria, y las demás que la Constitución determine. La economía popular y solidaria se regulará de acuerdo con la ley e incluirá a los sectores cooperativistas, asociativos y comunitarios. Así lo expresa la constitución en el artículo 283, si analizamos el cambio de sistema económico de mercado a la actual denominación de sistema económico social y solidario vemos que claramente que se busca un equilibrio económico entre los ciudadanos, esto lo vemos reflejado en la búsqueda por garantizar el *sumak kawsay* o buen vivir, en la creación de un modelo desarrollista que le da suma importancia al Estado en la planificación de la producción, el sistema proteccionista que busca la soberanía alimentaria incluso en lo social donde vemos que se le da mayor importancia al sector publico frente a temas como educación, servicios básicos y salud.

Existe una división en cuanto si aceptar este modelo económico o no, por una parte existen estudiosos de la economía que afirman que dicho sistema promueve que se limite el crecimiento de la empresa privada y la acumulación de capitales mediante una intervención excesiva del Estado mientras que existe otro grupo que sostiene que el nuevo modelo económico busca fomentar el crecimiento de las empresas privadas sin afectar la acumulación de capitales, solo que busca alcanzar ese resultado de manera más eficiente mediante una mayor intervención del Estado para que no existan la violación de derechos laborales, que exista mayor igualdad de competencia y que al existir un ente regulador se pueda evitar la catástrofe bancaria que afecto al país en 1997.

Si analizamos el artículo 308 de la actual constitución el cual dice que Las actividades financieras son un servicio de orden público, y podrán ejercerse, previa autorización del Estado, de acuerdo con la ley; tendrán la finalidad fundamental de preservar los depósitos y atender los requerimientos de financiamiento para la consecución de los objetivos de desarrollo del país. Las actividades financieras intermediarán de forma eficiente los recursos captados para fortalecer la inversión productiva nacional, y el consumo social y ambientalmente responsable.

El Estado fomentará el acceso a los servicios financieros y a la democratización del crédito. Se prohíben las prácticas colusorias, el anatocismo y la usura. La regulación y el control del sector financiero privado no trasladarán la responsabilidad de la solvencia bancaria ni supondrán garantía alguna del Estado. Las administradoras y administradores de las instituciones financieras y quienes controlen su capital serán responsables de su solvencia. Se prohíbe el congelamiento o la retención arbitraria o generalizada de los fondos o depósitos en las instituciones financieras públicas o privadas.

Aquí podemos observar que el artículo es una garantía para evitar que en las instituciones financieras públicas o privadas retengan de forma arbitraria los fondos o depósitos de tal manera que se evita una actividad bancaria abusiva como ya ocurrió. Recordemos que la constitución de 1998 también permitía que el Banco Central otorgue créditos de solvencia a las instituciones financieras en caso de que el Ecuador cuente con crisis financiera, esto ya es superado con el nuevo sistema económico que no permite trasladar responsabilidades, ni solvencia bancaria al Estado, cada administrador será responsable de la institución financiera que maneja.

El sistema económico actual sugiere una mayor intervención del Estado en la economía, esto podemos verlo claramente reflejado en el hecho de que no se pone límites ni al endeudamiento público ni al gasto estatal. Para el ejecutivo las principales motivaciones económicas son revertir las consecuencias sociales y económicas derivadas del modelo económico neoliberal imperante en el continente durante las dos últimas décadas, que ha provocado, entre otros efectos, la privatización de servicios básicos como la salud, la educación o la gestión del agua potable.

La prioridad de lo público resalta en la constitución esto lo podemos observar en el artículo 285 La política fiscal tendrá como objetivos específicos:

1. El financiamiento de servicios, inversión y bienes públicos.
2. La redistribución del ingreso por medio de transferencias, tributos y subsidios adecuados.
3. 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.

La constitución también establece los fines que tiene el nuevo modelo económico, son puntos clave a realizar para alcanzar un desarrollo en la economía, los encontramos en el siguiente artículo;

Art. 284.- La política económica tendrá los siguientes objetivos:

1. Asegurar una adecuada distribución del ingreso y de la riqueza nacional.
2. Incentivar la producción nacional, la productividad y competitividad sistémica, la acumulación del conocimiento científico y tecnológico, la inserción estratégica en la economía mundial y las actividades productivas complementarias en la integración regional.
3. Asegurar la soberanía alimentaria y energética.
4. Promocionar la incorporación del valor agregado con máxima eficiencia, dentro de los límites biofísicos de la naturaleza y el respeto a la vida y a las culturas.

5. Lograr un desarrollo equilibrado del territorio nacional, la integración entre regiones, en el campo, entre el campo y la ciudad, en lo económico, social y cultural.
6. Impulsar el pleno empleo y valorar todas las formas de trabajo, con respeto a los derechos laborales.
7. Mantener la estabilidad económica, entendida como el máximo nivel de producción y empleo sostenibles en el tiempo.
8. Propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes.
9. Impulsar un consumo social y ambientalmente responsable.

Se debe recalcar que el mercado por su naturaleza es individualista no busca enfrentar los problemas de conjunto y de largo plazo del sistema. Desde la perspectiva del sistema es importante la rentabilidad, pero sobre todo crear las condiciones que la estabilicen a través de la construcción de infraestructura básica y de la producción de bienes públicos; de ahí la necesidad del Estado. Entonces si se presenta un sistema económico en el cual la intervención del Estado prometa más garantías a los ciudadanos, en un primer plano podemos aceptarlo y dejar que se desarrolle todo progreso lo veremos a largo plazo, pero a la vez debemos estar pendientes de cada cambio que se genere con el fin de proteger nuestros derechos y evitar una debacle económica.

Impacto socio económico al existir una mayor intervención del Estado en la economía

El Estado ecuatoriano durante los últimos 25 años ha mantenido un modelo económico de libre mercado en el cual su intervención ha sido escasa, si sumamos a esto los resultados del mal manejo de los recursos nacionales por parte de malos gobernantes en su corta participación, encontramos una razón lógica que sirve de fundamento para optar por darle un giro al modelo económico del país convirtiéndolo en social y solidario. Como ocurre en toda sociedad si existe un esquema político- social que no funcionó durante varios gobiernos entonces los ciudadanos empiezan a exigir un cambio, el cual lo otorga la nueva constitución pero vale mencionar que el modelo económico que teníamos no era malo, ni tampoco se puede decir que no era el correcto para el país, todo se resume en la actuación de los gobiernos, entonces tendremos que analizar que sucede con un nuevo modelo económico si los gobernantes pueden llegar a ser tocados por la mano de la mediocridad, sencillamente el resultado será el mismo.

Ahora con la implantación de un modelo económico social y solidario se aspira a que disminuya un poco la injusticia con respecto a la distribución de riquezas, recordemos que el Ecuador es catalogado como uno de los países menos equitativos de Latinoamérica, ya que la concentración de riqueza en un sector reducido de la población representa uno de los principales problemas del país.

En teoría económica, la consolidación del Estado se explica a través del sistema keynesiano. Keynes inicia su análisis a partir de la constatación de que el desequilibrio del sistema, en época de crisis, no puede ser superado por los mecanismos autor reguladores del mercado. Por tanto la situación de un pleno uso de los factores productivos es virtualmente imposible. En las economías de mercado disminuyen los estímulos de inversión y la propensión al consumo, con lo que se determina una reducción de la demanda

Debemos analizar varios campos para determinar qué impacto puede tener la intervención del Estado en la economía de un país. Las ventajas o desventajas que pueda causar dicha intervención se puede deber a la participación de varios factores;

Factor Humano: La constitución fue creada con el fin de perdurar en el tiempo, si es cierto que pueden existir representantes políticos que velen por el crecimiento económico del país y por una mejor calidad de vida para los ciudadanos, también pueden llegar al poder personas que no estén preparadas o asesoradas de forma correcta para desempeñar las funciones públicas que exige el mercado actual.

Factor Comercial: Es el factor más amplio y complejo, debido a que pueden existir sin número de circunstancias comerciales donde el Estado puede desempeñar un papel fundamental como en caso de crisis, la intervención de Estado para regular los precios y crear subsidios es elemental. La contra parte se presentaría en los casos que la actuación del Estado provoque falta de seguridad a las empresas de capital que desean invertir en el país.

Factor Tiempo: Toda nueva tendencia en el campo de políticas comerciales conlleva a distintas alteraciones socio-económicas que pueden generar expectativas entre los ciudadanos pero debemos resaltar que todo cambio es un proceso y hay que procurar ser pacientes, no se puede alegar el fracaso de un modelo económico que no ha tenido el lapso de tiempo necesario para desarrollar todas sus políticas socio-económicas.

Factor Comercio mundial: Dadas las circunstancias de la economía actual, luego de la recesión mundial ocasionada principalmente por Estados Unidos, se vuelve muy compleja la aplicación de un modelo económico nuevo, si bien es cierto que el Ecuador no se vio afectado de forma directa por la crisis, los países de primer mundo no corrieron con la misma suerte y dado a que son estos países los que compran las exportaciones de Ecuador se genera una lentitud en el desarrollo de la economía, un efecto de la recesión es la disminución de la actividad económica de los países.

La intervención del Estado no solo se la puede ver desde un punto de vista donde se declara que solo sirve para restringir porque esta puede ser orientativa, en el sentido que incentiva a la economía privada, para que ésta realice determinadas acciones. La acción del sector público sobre la economía puede tomar la forma de regulación de los distintos procesos económicos, mediante la actividad legislativa conforme el marco institucional dentro del que se desarrolla la producción, el comercio y las finanzas o mediante la manipulación y control de las variables económicas significativas que guían la iniciativa privada, a través de la política fiscal, monetaria o comercial. Así mismo, la intervención estatal puede realizarse a través de la intervención directa del sector público en la actividad económica.

El Estado siempre debe organizar las condiciones bajo las cuales los ciudadanos, en su calidad de personas privadas efectúan intercambios dando sustento al proceso productivo destinado a la satisfacción de las necesidades sociales. El Estado desarrolla y garantiza el derecho privado, el mecanismo del dinero, la infraestructura, etc.; proporciona las premisas existenciales de un proceso económico guiado únicamente por el lucro individual, pero que se legitima, sin embargo, en tanto satisface las necesidades sociales.

Conclusión

Con todo lo expresado con anterioridad se puede llegar a la conclusión de que la economía de un país debe estar cuidadosamente vigilada para asegurar el equilibrio en los ingresos y gastos de los ciudadanos, que no se presente ninguna anomalía ni que exista pretexto alguno para fomentar la existencia de una división social fuertemente marcada, como la que vive el Ecuador. Para esto se necesita una intervención estatal, la cual debe servir como un ente regulador y que guíe a la economía de esta forma se podrá controlar cualquier abuso de los grandes empresarios frente a la pequeña industria o ante el consumidor final, dicha intervención estatal podría estar regida por un reglamento que exprese de que manera y hasta donde puede intervenir el Estado así se asegura al país que no se presente un excesivo control estatal y a la vez que tampoco exista un desorden en la participación de las empresas privadas en el mercado.

Toda la situación económica del Ecuador no solo es responsabilidad del Estado ni del sistema que este aplique sino que la población económicamente activa debe fomentar sus labores y participar de una forma más social, se debe dejar de lado la idea individualista de que mientras más dinero se gane mejor sin mirar la situación que se vive en los sectores productivos, si se fomenta una relación Estado – empresario se podrá mejorar la situación económica de todo el país de tal forma que se genere más empleo, exista un crecimiento del Producto Interno Bruto, mejore la calidad de vida de las familias ecuatorianas, que se cree una relación más estable entre el gobernante de turno y los distintos sectores del país, así logramos un Ecuador que sea gobernable y acabamos con la incesante lucha que enfrentamos los países latinoamericanos.

Si es necesario realizar cambios para que se generen mejoras a futuro pues se debe aceptar y realizar las variantes necesarias, se debe participar de una forma sensata y unida, evitando la crítica destructiva y la oposición caótica, la cual solo busca acabar con la iniciativa del Estado sin presentar un proyecto que busque mejorar la economía. El país necesita erradicar la posición cómoda de los políticos y de la ciudadanía en general, postura que tiene como base "el no hacer, para no comprometerse y solo criticar cuando el sistema cae." Con una postura limitada jamás el país crecerá si existe una nueva propuesta los estudiosos en materia económica deben analizar los pro y los contra, fomentar las cosas que no estén claras, corregir errores y de esta forma se construye un proyecto que vaya a mejorar la economía del Ecuador.

Participación ciudadana

Para poder introducirnos en el tema es necesario comenzar con las definiciones, las palabras claves del posterior y mencionado tema como lo es la participación ciudadana. Es muy claro conocer que es la participación ciudadana. Es una organización no gubernamental, ecuatoriana sin fines de lucro, no partidista y pluralista, legalmente constituida para brindar un aporte desde la sociedad civil al fortalecimiento de la democracia en el Ecuador. La presencia de los ciudadanos en los asuntos públicos es una condición necesaria para alcanzar la gobernabilidad democrática. Está conformada por ciudadanos y ciudadanas que promueven la profundización de la democracia siendo esta Democracia es una forma de organización de grupos de personas, cuya característica predominante es que la titularidad del poder reside en la totalidad de sus miembros, haciendo que la toma de decisiones responda a la voluntad colectiva de los miembros del grupo. En sentido estricto la democracia es una forma de gobierno, de organización del Estado, en la cual las decisiones colectivas son adoptadas por el pueblo mediante mecanismos de participación directa o indirecta que le confieren legitimidad a los representantes. En sentido amplio, democracia es una forma de convivencia social en la que los miembros son libres e iguales y las relaciones sociales se establecen de acuerdo a mecanismos contractuales.

y la transparencia de las actividades públicas y procesos políticos. Este es un colectivo de personas que participan de manera voluntaria, solidaria y militante, impulsando y promoviendo los valores, principios, iniciativas y actividades propuestas por PC encaminadas al fortalecimiento de la Democracia y de las instituciones existentes en el país. A medida que el ejercicio del poder está más legitimado en la voluntad obtenida a través de un consenso social, mayores son las posibilidades de visibilizar las aspiraciones de los diferentes sectores sociales. Puede decirse que la realización progresiva de los derechos humanos, está en relación directamente proporcional al aumento de la calidad de la participación ciudadana, prevalece en nuestra sociedad una marcada exclusión de la mayoría poblacional respecto a la toma de decisiones sobre los asuntos públicos; de

manera que, el consenso se reduce a minorías no representativas de la pluralidad de intereses societarios. Una de las razones primarias para tal marginamiento, se desprende de la ausencia de información, e interiorización de la ciudadanía, sobre las posibilidades de nuestro marco jurídico en cuanto al reconocimiento formal de espacios de participación. Por lo tanto, la presencia del ciudadano en las decisiones que le afectan, tanto individual como colectivamente, precisa de una adecuación funcional, en tanto en cuanto, facilite el acceso y la conformación no excluyente de centros de decisión a partir del nivel local, que en última instancia, también sean capaces de incidir en la formación de voluntad sobre las decisiones que exceden el ámbito del Estado-Nación.

De ahí la importancia de la participación ciudadana, a la cual el abogado costarricense Rafael González Ballar define como "un proceso gradual mediante el cual se integra al ciudadano en forma individual o participando en forma colectiva, en la toma de decisiones, la fiscalización, control y ejecución de las acciones en los asuntos públicos y privados, que lo afectan en lo político, económico, social y ambiental para permitirle su pleno desarrollo como ser humano y el de la comunidad en que se desenvuelve."

"Rafael González Ballar"

Podemos deducir de lo anterior, que la Participación es un proceso de generación de conciencia crítica y propositiva en el ciudadano. La participación no es realmente efectiva mientras no vaya modificando y ampliando las relaciones de poder.

El fin de la participación ciudadana no es tanto ella en sí misma, por cuanto que, la finalidad que debería perseguir es la mejora sostenible de las condiciones de vida de la sociedad.

Para fines didácticos, podríamos subdividir a la participación ciudadana en tres campos de acción:

Participación Privada

Es la que realizamos a nivel personal, en cuanto a cumplir algunos deberes y responsabilidades, tales como el pago de impuestos, el respeto de las leyes, el contar con un empleo para participar de la vida económica, entre otras.

Participación Social

Es la que realizamos ya sea en nuestro ámbito geográfico o funcional inmediato, en procura de mejorar condiciones de vida para una determinada colectividad.

Ejemplo: nuestra participación en Juntas de Vecinos, Sindicatos, Grupos Ecológicos, Sociedad de Padres de Familia, Colegios profesionales, etc.

Participación Política

Es la que realizamos cuando directamente o a través de nuestros representantes, buscamos los canales institucionales del Estado para lograr decisiones gubernamentales.

Obviamente que la trascendencia de la participación política es la que podría permitir la más amplia influencia del ciudadano en los asuntos públicos. Pero como se señaló antes, en realidad la participación es una sola y se conforma con nuestras acciones en los tres campos de acción.

También la participación debe verse en su triple connotación jurídica, a saber:

Como derecho. Como la facultad de involucrarnos en el quehacer social para influir en nuestro devenir.

Como deber. Como la responsabilidad de participar en los asuntos públicos.

Como mecanismo. Como el instrumento mediante el cual podemos ejercer nuestros derechos y deberes.

Así, en el ordenamiento jurídico, pueden identificarse derechos, deberes y mecanismos relacionados con la presencia ciudadana en lo público; de igual forma, en ocasiones también hallaremos restricciones expresas a esta participación.

LA MISIÓN Participación Ciudadana, junto a otros actores sociales, es parte activa de un movimiento ciudadano que ejerce sus derechos y contribuye a fortalecer la institucionalidad democrática y la transparencia en la vida pública

OBJETIVOS

- Contribuir al fortalecimiento de la institucionalidad democrática en el país.
- Promover la participación ciudadana en la vida democrática ecuatoriana y la transparencia en las actividades públicas, y
- Propiciar el debate y la búsqueda de acuerdos sobre temas trascendentales para el país.
- La normativa regulará la organización, funcionamiento y atribuciones de este organismo; promoverá e incentivará el ejercicio de los derechos relativos a la participación ciudadana, impulsará y establecerá los mecanismos de control

social, así como los procedimientos para la designación de las autoridades que le corresponde de acuerdo con la Constitución y la ley.

Atribución El Consejo de Participación Ciudadana sí podrá intervenir como parte procesal, a través de acusación particular, en los procesos penales que se deriven de sus informes, sin el perjuicio de la intervención del Procurador del Estado. Para los postulantes desde la ciudadanía se valorará liderazgo y participación en iniciativas cívicas, experiencia laboral en temas de control social, participación ciudadana, organización, servicios comunitarios; formación académica y capacitación específica y, premios y reconocimientos.

AREAS DE TRABAJO

1.- Control Social: Promover la transparencia en las actividades y procesos políticos a través de acciones de observación ciudadana.

2.- Acción Ciudadana: Fomentar la participación de la ciudadanía en la promoción de valores y prácticas cívicas y democráticas.

3.- Educación para la Democracia: Difundir conocimientos sobre derechos civiles, políticos y sociales y deberes ciudadanos, que contribuyan a profundizar la convivencia democrática.

4.- Información a la Ciudadanía: Proveer información y generar espacios de comunicación ciudadana sobre la realidad política y la democracia en el país.

5.- Diálogo y Gobernabilidad: Promover el diálogo en la búsqueda de acuerdos entre actores políticos y sociales, así como generar iniciativas para el fortalecimiento de la institucionalidad democrática.

Para lo dicho en las páginas anteriores en cuanto a la participación ciudadana lleva relación con los derechos de participación que todos las personas tenemos puesto que esta garantizado en la Constitución del Ecuador en el art. 61, 62, 63, 64. Manifestando que todos tenemos derechos y obligaciones para con nuestra patria siendo estos el derecho a elegir y ser elegido comprendido en el derecho que tenemos los ecuatorianos para poder ser tomados en cuenta para gobernar ya sea un país, una sociedad liderando, para muchos de nosotros es de un pésimo agrado escuchar que nuestro país va a ser producto de burla al saber que gente sin experiencia, como lo son las personas de farandula que se han convertido en una moda ponerlos en una silla y darles la palabra para la toma de decisiones o creación de leyes, a las cuales por obligación el pueblo ecuatoriano estaría sometido. Cuando nos expresamos de elegir nos referimos al derecho garantizado en la norma suprema la constitución, el cual lo haremos efectivo mediante el voto obligatorio, así mismo tenemos el derecho a ser parte de la elección siendo candidatos para representar a nuestros compatriotas escuchar sus quejas y sugerencias, para con ellas poder mejorar un país con sus planes de gobierno presentados al pueblo, muy importante de recalcar que no solo es de

reelevancia ver una cara bonita, dinero, fama sino la responsabilidad de los actos cuando ya tienen el poder. Además deben tener muy en cuenta que al ser elegidos tienen la obligación de hacer efectiva la petición y su plan de trabajo por el cual obtuvieron dicho cargo.

Para muchos en nuestro país existen demasiados partidos políticos, eso implica la excesiva lista de aspirantes para diferentes cargos lo mismo que al llegar al poder solo se limitan a la controversia y no a la ejecución de los mismos. El tema de la participación ciudadana es un eje transversal de la nueva Constitución: los ciudadanos tienen prioridad en la vida democrática y en la gestión y control de los asuntos públicos. Se crea la silla vacía como forma de participación en las sesiones de los gobiernos autónomos descentralizados. Los ciudadanos participan desde allí en la toma de decisiones de los gobiernos locales.

LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN

- La soberanía del pueblo es resaltada en el primer artículo de la Constitución y se ejerce por la vía de los órganos de poder público y de la participación directa de la ciudadanía.
- Se **amplia** la comunidad de ciudadanos que pueden participar directamente en la vida democrática del país. La extensión del derecho al voto a jóvenes, migrantes, extranjeros, militares y policías, y reos sin sentencia implica el reconocimiento de derechos políticos a nuevos sujetos sociales.
- Hay un fuerte énfasis en la igualdad política.
- Reconoce todas las formas de participación individual y colectiva y las diversas formas democráticas del país: por primera vez se reconoce la democracia comunitaria además de la democracia directa y representativa.
- La participación es el proceso autónomo de involucramiento de los ciudadanos y organizaciones de la sociedad civil en las decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos.
- La ciudadanía pueden participar a lo largo de todo el ciclo de elaboración de las políticas públicas tanto a nivel nacional como local: en la planificación, presupuestaria, gestión, control y evaluación de las políticas.
- Se crean los consejos ciudadanos como instancias de deliberación de los grandes lineamientos del desarrollo nacional. Se fijan instancias en todos los niveles de gobierno con "participación ciudadana".
- En cada nivel de gobierno se conformarán instancias de participación con representación de autoridades electas, del régimen dependiente, de la sociedad civil y la ciudadanía para elaborar planes, mejorar la calidad de la inversión pública, elaborar presupuestos participativos, ejercer el control social y desarrollar proceso de formación y comunicación.
- Para impulsar la participación en los diferentes niveles de gobierno se requiere de espacios institucionales que permitan que ésta sea sostenida y no solo circunstancial: asambleas populares, cabildos, veedurías, consejos consultivos, observatorios y los demás que promueva la ciudadanía.
- Participación de la ciudadanía en la planificación nacional.

- Estado garantizará la participación activa y permanente de las personas, comunidades pueblos y comunidades afectadas en la planificación, ejecución y control de toda actividad que genere impactos ambientales.

En conclusión desde mi punto de vista puedo concluir que :

La participación ciudadana es el modo legítimo de actuar en democracia y su base de legitimación, de tal modo que no puede existir democracia sin participación. Por ello, y aún teniendo en cuenta que los representantes elegidos democráticamente son actores legítimos de la democracia, los ciudadanos deben estar presentes en los procesos de análisis, diseño, decisión, elaboración, gestión y ejecución de las acciones de gobierno en sus diferentes escalones en general y en particular en el campo municipal.

La Audiencia Pública es un mecanismo de participación ciudadana cuyo objetivo básico es que la autoridad encargada de tomar una decisión administrativa o legislativa escuche las opiniones de todos los ciudadanos interesados en un tema particular, buscando comunes denominadores y llegando de este modo a la mejor decisión posible.

Las audiencias públicas son mecanismos de consulta que permiten que el conocimiento teórico, la experiencia práctica y vivencial del conjunto de la población pueden servir a las autoridades en los procesos de toma de decisiones, con el objeto de contribuir al mejoramiento de las decisiones que se deban tomar.

La Audiencia Pública es una reunión formal que crea obligaciones y genera responsabilidades. Es un encuentro circunscripto dentro de un procedimiento de toma de decisiones públicas. Una vez institucionalizado, su convocatoria puede ser obligatoria bajo determinadas circunstancias y la falta de celebración de éstas puede ser causa de nulidad de la decisión aprobada

Es de notar que la ciudadanía tiene un derecho de participación en diferentes actos ya sea municipales, cantonales, nacionales, en política dando un enfoque diferente a las opiniones vertidas por estudiados y entendidos en el tema, con ello logramos un cambio en las diferentes opiniones.

Es muy fácil notar la facilidad con la cual se maneja la participación en nuestro país ya de que la nueva constitución 2008 en sus artículos nos recalca las maneras de participación.

En un buen punto nos aclara de la silla vacía en cual una persona puede debatir y poder dar su punto de vista acerca de uno o varios temas los que ocupen la denominada silla vacía en las sesiones de los gobiernos autónomos

descentralizados tendrán derecho a voz y voto pero si entre esos representantes de la ciudadanía existe una misma posición frente al tema debatido, de lo contrario solo serán escuchados.

Me opongo a que tengan derecho al voto porque una sola persona no puede expresar el sentir de toda una comunidad, por ello, en el texto de consenso que se analiza se establece que si no existe acuerdo en un tema entre las "personas acreditadas", quien esté en la silla vacía "solo será escuchada".

LA CORTE CONSTITUCIONAL EN EL ECUADOR

Introducción

Los cambios que introduce la actual Constitución del Ecuador, en materia constitucional, han llevado a la República a una transición político-jurídica. Decimos política, porque el Poder público ha sido redistribuido, reorganizado y reestructurado de forma radical, al punto de reconocerse cinco Funciones del Estado; y decimos jurídica, porque el sistema constitucional de administración de justicia es totalmente innovador en el país.

Uno de esos cambios es la implementación de una Corte Constitucional, objeto del presente estudio, la misma que por su naturaleza y atribuciones es blanco de muchas críticas, como es propio por la novedad del asunto, al menos para nuestro ordenamiento jurídico.

El presente trabajo investigativo pretende dar a conocer, a la luz de la Constitución, la Ley, la Doctrina y la ciencia del Derecho comparado, qué es una Corte Constitucional, cuáles son sus funciones, quiénes la integran y bajo qué parámetros lo hacen.

A lo largo de la lectura de estas líneas, el lector podrá distinguir que, a efectos de desentrañar la naturaleza de la institución objeto del presente estudio y las repercusiones de su implementación en el Ecuador, hemos hecho amplio uso de la comparación, tanto vertical, cuando comparamos entre normas vigentes y derogadas dentro de nuestro ordenamiento jurídico, como horizontal, cuando comparamos con la realidad normativa constitucional entre nuestro ordenamiento jurídico con el de otros Estados.

Referencias y abreviaturas normativas:

- 1.- Constitución de la República del Ecuador: "Const."
- 2.- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional: "LOGJCC"
- 3.- Código Orgánico de la Función Judicial: "COFJ"
- 4.- Reglamento de Sustanciación de Procesos de competencia de la Corte Constitucional: "RSPCCC"
- 5.- Constitución Política del Ecuador (derogada): "Const.1998"
- 6.- Ley de Control Constitucional (derogada): "LCC"

2.- ¿Qué es la Corte Constitucional?

Si nos remitimos a la definición normativa, el art. 170 de la LOGJCC en concordancia con los arts. 429 y 430 de la Const., afirma que "La Corte Constitucional es el máximo órgano de control e interpretación constitucional y del sistema de administración de justicia constitucional".

De la lectura de los mencionados artículos, encontramos que entre sus características están las siguientes:

- 1.- Su jurisdicción, esto es, su poder de administrar justicia juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, abarca todo el territorio nacional, si bien su sede está en Quito.
2. - Sus decisiones son adoptadas por el pleno de la Corte.
- 3.- Goza de autonomía administrativa y financiera de los demás órganos del poder público.

El profesor García de Enterría (1) menciona muy agudamente que entre las bondades de tener una Corte Constitucional como guardiana de la Constitución y por tanto protectora de la institucionalidad del Estado, es que el Derecho se extiende a toda la vida pública del estado, arraigando y afianzando la rectoría de la constitución en el arbitraje social.

La naturaleza de este órgano, como bien afirma Iván Vila Casado(2), es político jurisdiccional, puesto que los miembros de esta provienen de ternas de otras funciones del Estado, como veremos posteriormente. Además, su carácter limitante del Poder trae consigo importantes consecuencias políticas. Esto se refuerza en nuestro país, pues a diferencia del constitucionalismo colombiano,

nuestra Corte Constitucional administra justicia sin integrar la Función judicial, siendo aún más independiente que en el caso colombiano.

Continúa el profesor colombiano (3), diciendo que la jurisdicción la

constitucional presenta el problema de hasta dónde llegan los límites de Constitución. Efectivamente, una Constitución que pretenda regularlo absolutamente todo sin dejar espacio a la participación política de los distintos sectores nacionales, no solo no sería una constitución democrática (tal vez no pudiera considerarse Constitución en lo absoluto), sino anularía la razón de ser de la Asamblea y de la lucha por el Poder político, que a últimas consecuencias llevaría a que los inconformes con el estado de cosas se vean obligados a actuar fuera de la órbita del Derecho

En un país cuyas fuerzas políticas son diversas y divergentes, como el nuestro, debido a su realidad pluralista, es necesario el consenso social a través de la fuerza integradora de la Constitución, cumpliendo, como dice Helmut Simon(4), una función pacificadora.

Como bien enseña este tratadista(5), el límite de la interpretación constitucional es la propia Constitución dotada de primacía y carácter vinculante, esto es, un poder basado en el Derecho (lo que se enmarca en la Constitución) y no en razones políticas. De lo contrario se podría convertir en detentador del Poder a quien es simplemente custodio de la Constitución.

2.1.- Estructura interna de la Corte Constitucional

A la luz del artículo 188 de la LOGJCC, podemos constatar que la organización interna de la Corte Constitucional es de la siguiente manera:

2.1.1. Pleno de la Corte Constitucional

Consiste en la reunión de todos los nueve jueces de la Corte, como bien indica el art. 189 de la LOGJCC. Debido a la importancia y trascendencia de las deliberaciones de la Corte Constitucional para todo el ordenamiento jurídico, se les confía a la totalidad de los jueces de la Corte, esto es, al pleno, la consideración de ciertos asuntos numerados en el art. 191 de la LOGJCC, para que los conozcan y resuelvan en conjunto, mediante mayoría absoluta de 5 votos de entre 9 miembros. Se exceptúa esta regla para el caso de destitución de un juez de la Corte Constitucional, pues para ello se requiere el voto de 2/3 partes del pleno, esto es, 6 votos.

Es el mismo art. 189 de la LOGJCC el que establece que las sesiones del pleno serán presididas por el Presidente de la Corte Constitucional, y a falta de este, por el Vicepresidente; de la misma forma el Secretario General de la Corte Constitucional es el Secretario de las sesiones.

De la lectura del art. 191 de la LOGJCC, tenemos que las funciones que tiene el Pleno de la Corte Constitucional pueden ser clasificadas de la siguiente manera:

a) Funciones de organización interna

Son todas las relativas a la estructura orgánica de la Corte Constitucional, a saber: organizar las salas de admisión, selección y revisión; elegir al Presidente y Vicepresidente de la Corte Constitucional; designar al Secretario General, al Secretario Técnico Jurisdiccional y al Secretario de Gestión Institucional, conforme los candidatos propuestos por el Presidente de la Corte Constitucional, así como cuidar la idoneidad de estas candidaturas.

1.- GARCÍA DE ENTERRÍA. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, 3ª ed., Edit. Civitas, Madrid, p. 86

2.- VILA CASADO. Fundamentos del Derecho Constitucional contemporáneo, 1ª ed., Edit. Legis, Bogotá, p. 272

3.- VILA CASADO. Fundamentos del Derecho Constitucional contemporáneo, 1ª ed., Edit. Legis, Bogotá, p. 274

4.- SIMON. La Jurisdicción Constitucional, en Manual de Derecho Constitucional, 2ª ed. Edit. Marcial Pons, Madrid 2001, p. 846

5.- SIMON. La Jurisdicción Constitucional, en Manual de Derecho Constitucional, 2ª ed. Edit. Marcial Pons, Madrid 2001, p. 850

b) Funciones relativas a la naturaleza y fines de la Corte Constitucional

Son aquellas funciones por las cuales la Corte Constitucional fue concebida e integrada a nuestro ordenamiento jurídico. Debido a la importancia, incidencia y trascendencia de estas, deben ser decididas por el Pleno de este órgano. Las transcribimos a continuación:

2. Ejercer las funciones de control constitucional previstas en la Constitución de la República y en la presente ley, de la siguiente manera:

- a) Ejercer el control abstracto de constitucionalidad del sistema jurídico.
- b) Resolver sobre los informes y las consultas que se formulen en desarrollo del control concreto de constitucionalidad.
- c) Resolver sobre las sentencias de unificación en el caso de las acciones de protección, extraordinaria de protección, incumplimiento, hábeas corpus, hábeas data y acceso a la información pública.

- d) Resolver sobre las acciones extraordinarias de protección de derechos en contra de decisiones de la justicia ordinaria e indígena.
- e) Ejercer las funciones previstas en los artículos 129, 130, número 1; 134, número 4; 145, número 5; 148; y, 436, número 7 de la Constitución de la República.

8. Expedir, interpretar y modificar a través de resoluciones los reglamentos internos necesarios para el funcionamiento de la Corte Constitucional.

c) Funciones de administración

Estas funciones son actos internos de carácter administrativo para el correcto funcionamiento de la Corte Constitucional. Estas son: tramitar y resolver las excusas obligatorias de los jueces que la integran, así como ejercer la función disciplinaria respecto de la actuación de los mismos, lo que incluye sancionarlos según la ley; y aprobar el presupuesto de la institución conforme el proyecto que presente el Presidente de la Corte Constitucional.

d) Funciones de iniciativa legal

Según el procedimiento legislativo que establece la Constitución, los distintos órganos que componen al Estado pueden presentar proyectos de Ley pero sólo si tratan las materias sobre las que tienen competencia. Por esto, es función del Pleno de la Corte Constitucional, preparar y aprobar las iniciativas de proyectos de ley que sean de su competencia, previa su presentación a la Asamblea Nacional. Además, de conformidad con el art. 436 núm. 10 de la Const., cuando la Corte Constitucional declare la inconstitucionalidad de una norma, si persiste el vacío legal más "del plazo establecido en la Constitución" o del plazo que ella haya "considerado razonable", la Corte Constitucional podrá expedir la norma provisional o ejecutar el acto omitido.

El mismo art. 191 de la LOGJCC establece que el Pleno de la Corte Constitucional también ejercerá las demás funciones que establezcan la ley y los reglamentos internos, así como las demás no atribuidas a los demás órganos.

2.1.2. Salas de admisión, de selección y de revisión de procesos constitucionales.

El art. 197 de la LOGJCC establece que la **Sala de Admisión** es el órgano único que califica y admite los procesos constitucionales, según la Ley. La conforman tres jueces de la Corte Constitucional en ejercicio mensual de estas funciones. El mismo artículo es explícito al señalar que la Sala de Admisión, antes de admitir las demandas de acción extraordinaria de protección y de cumplimiento, debe realizar un "análisis exhaustivo" para determinar el "estricto apego a los requisitos de admisibilidad y procedencia previstos en esta Ley".

Por su parte, según reza el art. 198 de la LOGJCC, la **Sala de Selección** es el órgano compuesto por otros tres jueces, que selecciona las sentencias en materia

de garantías jurisdiccionales y resoluciones de medidas cautelares, las cuales son discrecionales y definitivas. Los miembros de la Sala de Selección duran en sus funciones el mismo tiempo que los de la Sala de Admisión, por lo que también rotan de la misma manera.

Por último, el art. 199 de la LOGJCC señala que los órganos que revisan las sentencias de las acciones de protección, cumplimiento hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y resoluciones de medidas cautelares, son **las Salas de Revisión** de procesos constitucionales que se compondrán por 3 jueces cada una, y que para los efectos supradichos serán designados por el pleno rotativamente y al azar. Uno de sus miembros la presidirá.

2.1.3. Presidencia

El pleno la Corte Constitucional elige, únicamente de entre sus miembros, al Presidente y Vicepresidente de la Corte Constitucional, quienes durarán tres años en sus funciones, según el art. 435 de la Const., en concordancia con el art. 192 de la LOGJCC. Cabe recalcar que tanto el Presidente como el Vicepresidente no podrán ser reelectos de manera inmediata, según el mismo precepto constitucional.

Esta disposición es un poco más restrictiva que la de España, país cuyo Tribunal Constitucional guarda muchas semejanzas con nuestra Corte Constitucional, entre estas, la duración del cargo de juez. Efectivamente, el art. 160 de la Constitución española, en concordancia con el art. 9 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de dicho país, establece que el Presidente de este organismo puede ser reelecto sólo una vez, sin pronunciarse sobre la inmediatez de la reelección.

El art. 193 de la LOGJCC es claro al señalar las funciones del Presidente de la Corte Constitucional. De su lectura se desprende que existen:

a) Funciones de gestión

Son aquellas funciones internas de la Corte Constitucional que se realizan en pro del buen desenvolvimiento de la misma, para la consecución de sus fines. Estas son: la elaboración y presentación del presupuesto de la Corte, convocar y presidir las sesiones ordinarias y extraordinarias del Pleno, designar a las y los funcionarios y empleados de la Corte Constitucional, conforme los reglamentos internos, establecer conjuntamente con la o el Secretario de Gestión Institucional la planta de personal de la Corte Constitucional, aprobar las bases de la convocatoria de los concursos públicos para el ingreso de las y los funcionarios de la Corte Constitucional, y delegar las funciones que considere necesarias conforme el reglamento.

b) Funciones judiciales

Son aquellas funciones que le corresponden en virtud de su calidad de juez. De esto se concluye que el presidir la Corte no le exime de sus responsabilidades como juez.

c) Funciones jurídico-administrativas

Son aquellas funciones que le competen en virtud de su calidad de Presidente y que tienen que ver con la representación legal, judicial y extrajudicial de la Corte (en concordancia con el art. 435 de la Const.), así como conformar comisiones especiales y decidir las cuestiones que afecten al funcionamiento interno de la Corte Constitucional, no señaladas por esta Ley.

Sin perjuicio de lo expuesto, el mismo artículo deja libertad para las demás funciones que establezca la Ley y el reglamento.

2.1.4. Secretaría General

El Secretario y Prosecretario generales tienen funciones análogas a las de un secretario de la justicia ordinaria, pues según el art. 200 de la LOGJCC, son los encargados de coordinar los procesos de archivo, custodia, notificación de las providencias y demás funciones que les atribuya el reglamento.

El pleno de la Corte Constitucional es el órgano con la potestad de nombrarlos y removerlos libremente.

2.1.5. Órganos y personal de apoyo

Se trata, por un lado, del **personal** que prestará sus servicios a la Corte Constitucional y que esta requiere para operar (como es el caso de los asesores), y por otro, de los **órganos internos técnicos y de gestión** que funcionarán dentro de la Corte (como la Secretaría General).

El art. 201 de la LOGJCC menciona los siguientes: asesores, Secretaría General, Secretaría Técnica Jurisdiccional, Secretaría de Gestión Institucional, oficinas regionales y las unidades administrativas que establezca la Corte Constitucional.

2.1.6. Centro de Estudios Constitucionales

Se trata de una iniciativa académico-jurídica, cuyas materias a tratar se hallan contenidas en el art. 202 de la LOGJCC. La implementación de este centro de estudio no sólo facilitará a la Corte Constitucional y a los órganos jurisdiccionales la interpretación histórica de la norma constitucional, su evolución y jurisprudencia, sino que también permitirá a todos los ecuatorianos conocer y valorar los aportes jurídicos en la historia de su nación.

La historia constitucional ecuatoriana es bastante amplia y la vocación jurídica de nuestro país es una realidad histórica. Es preciso recordar, que en 1821, a raíz de la Constitución de Cúcuta, se dictó la Ley sobre la Organización de los Tribunales y Juzgados, que estableció que debía haber una corte de Justicia en Quito, pero

que fue establecida en Cuenca debido a razones políticas. Podemos decir que la vida judicial ecuatoriana es incluso anterior a la misma república.

Por último, vale agregar, cómo es el funcionamiento interno de los despachos de los jueces, cosa que menciona el art. 196 de la LOGJCC. Estos se integran por el juez, sus asesores, quienes serán designados previo concurso de méritos y oposición (excepto si son contratados mediante modalidad ocasional de trabajo), y el personal administrativo necesario, con el fin de sustanciar los procesos constitucionales y contribuir a la elaboración de los proyectos de fallo.

2.2.- Competencia y atribuciones de la Corte Constitucional

El art. 436 de la Const. enumera cuáles son las funciones de la Corte Constitucional, mientras que el art. 187 de la LOGJC establece que sólo cuando la Corte Constitucional hace ejercicio de sus atribuciones contenidas en el art. 436 de la Const., producirá precedente constitucional obligatorio y vinculante.

Las funciones de la Corte las hemos venido comentando y lo seguiremos haciendo a lo largo del presente trabajo, es por esto que en este apartado nos limitaremos a señalar cuáles son, y para este efecto, transcribimos el art. 3 del RSPCCC, pues sistematiza todas las atribuciones de la Corte Constitucional de manera clara y ordenada:

1. Efectuar la interpretación de la Constitución.

2. Conocer y resolver la acción pública de inconstitucionalidad en contra de:

- a) Enmiendas, reformas y cambios constitucionales;
- b) Resoluciones legislativas aprobatorias de tratados internacionales;
- c) Leyes, decretos leyes de urgencia económica y demás normas con fuerza de ley;
- d) Actos normativos y administrativos con carácter general;
- e) Omisiones de mandatos contenidos en normas constitucionales.

3. Conocer y resolver las objeciones de inconstitucionalidad presentadas por la Presidenta o Presidente de la República en el proceso de formación de las leyes.

4. Efectuar control previo de constitucionalidad de:

- a) Procedimientos de proyectos de reformas o enmiendas constitucionales;
- b) Convocatorias a referendo para reforma, enmienda y cambio constitucional;
- c) Tratados internacionales;
- d) Convocatorias a consultas populares;
- e) Estatutos de autonomía y sus reformas;
- f) Juicio político para destitución de la Presidenta o Presidente de la República;

- g) Disolución de la Asamblea Nacional.
- h) Decretos Leyes de urgencia económica.

5. Efectuar control automático de constitucionalidad de:

- a) Decretos que declaran el Estado de Excepción y Decretos que se dictan con fundamento en los estados de excepción;
- b) Abandono del cargo de la Presidenta o Presidente de la República;
- c) Normas conexas, cuando en casos sometidos a su conocimiento concluya que una o varias de ellas son contrarias a la Constitución.

6. Efectuar control concreto de constitucionalidad en los casos de consultas formuladas por los jueces.

7. Conocer y resolver peticiones autónomas de medidas cautelares.

8. Conocer y resolver las acciones de Garantías Jurisdiccionales de los derechos, en los siguientes casos:

- a) Acción de Incumplimiento;
- b) Acción Extraordinaria de Protección;
- c) Acción Extraordinaria de Protección en contra de decisiones de la justicia indígena.

9. Dirimir conflictos de competencias entre funciones del Estado u órganos establecidos en la Constitución.

10. Conocer, declarar y sancionar el incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales.

11. Las demás establecidas en la Constitución de la República y la ley.

3.- La justicia constitucional

Como se dijo brevemente en la introducción a este estudio, nuestro país está atravesando una transición político-jurídica. Esta, en resumidas cuentas, no es otra que la transformación de un Estado de Derecho a un Estado Constitucional, y donde se siente ese cambio es justamente en el ámbito jurídico.

Ahora bien, para desarrollar el tema es preciso aclarar previamente qué es Estado de Derecho y qué es Estado Constitucional.

3.1. Antecedentes

3.1.1. El Estado de Derecho

Como bien indica Iván Vila Casado(6), la expresión "Estado de Derecho" (Rechtsstaat) fue acuñada por la teoría política de Alemania, atribuida al jurista Robert von Mohl, conceptualizándolo como un Estado racional, en el que la voluntad general es la directriz según la cual se gobierna y lo que se persigue es el interés común general. Se inspira en la filosofía kantiana (Immanuel Kant), para quien el Estado no es otra cosa que la unión de hombres bajo el imperio de las mismas leyes para coexistir libremente a través del Derecho, siendo equivalentes por tanto Estado de Derecho y Estado de Justicia.

Será Ernst Wolfgang Böckenförde (7) quien afirme que lo básico de un Estado de Derecho es: que consiste en una comunidad al servicio del interés común de todos los individuos; que sus objetivos y tareas se limitan a asegurar la libertad de la persona y la seguridad de sí misma y de su propiedad; y que su organización y actividades son reguladas por principios racionales, por lo que reconoce entre otras cosas, derechos básicos de ciudadanía, igualdad jurídica, propiedad, representación popular y participación del pueblo en el poder. Posteriormente, complementando lo anterior, Otto Mayer (8) concibió el Estado de Derecho con las siguientes características: supremacía de la Ley sobre la Administración; subordinación exclusiva a la Ley de los derechos de los ciudadanos; y la presencia de jueces independientes con competencia exclusiva para aplicar únicamente la Ley.

6.- VILA CASADO. Fundamentos del Derecho Constitucional contemporáneo, 1ª ed., Edit. Legis, Bogotá, p. 384

7.- BÖCKENFÖRDE. Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia. Edit. Trotta, Madrid 2000, p. 19

8.- VILA CASADO. Fundamentos del Derecho Constitucional contemporáneo, 1ª ed., Edit. Legis, Bogotá, p. 390

3.1.2. Fracaso del concepto de Estado de Derecho

Es a raíz de la Segunda Guerra Mundial que los Estados europeos se replantean su Teoría del Estado y surgen tendencias hacia un concepto material de Estado de Derecho y hacia la creación del Estado Social de Derecho. Sin adentrar a consideraciones que escapan del eje central del presente estudio, nos limitaremos a decir que ambas tendencias tendían a abandonar el legiscentrismo (la Ley como eje de la vida del Estado) y optar por la supremacía constitucional, de manera tal que la Ley no pueda contradecir a la Constitución. Es lo que se conoce como principio de constitucionalidad, por encima del principio de legalidad.

3.1.3. Ascenso del Estado Constitucional

El tratadista italiano Zagrebelsky, advirtió los cambios profundos que venía sufriendo el Estado de Derecho, afirmando que la Ley ahora está subordinada al orden constitucional.

El problema surge de la realidad política que vivimos hoy. El Estado de Derecho era la consolidación jurídica del liberalismo y de una sociedad burguesa, por lo que sus leyes eran siempre generales (para todos), a perpetuidad (indefinidas en el tiempo) y abstractas (basadas en supuestos de hecho). En cambio hoy en día la sociedad es plural y por ende las fuerzas políticas también. Esto ha dado lugar a que las leyes se especialicen y dejen de ser generales y abstractas, sino que ahora son el resultado de acuerdos sociales entre fuerzas políticas distintas que persiguen objetivos y tienen intereses diferentes. El Derecho corre el riesgo de quedarse incoherente y heterogéneo por el pluralismo propio de la democracia, que puede desembocar en la anarquía jurídica.

Es aquí que aparece la vocación unificadora de una Constitución jurídicamente vinculante, compuesta por reglas que desarrollen principios constitucionales, que a su vez sean la expresión de valores que les den sentido y fundamento.

3.2. La administración de justicia en el Estado Constitucional

Con esta transformación paradigmática a nivel estatal, es lógico que el Poder más jurídico de todos, por así decirlo, esto es, el Judicial, se transforme igualmente. Esta transformación es patente en el nuevo marco normativo de su estructura y de su función primordial, la administración de justicia, que es materia de este apartado.

El art. 2 de la LOGJCC establece cuatro principios generales para la jurisdicción constitucional. Es de opinión del autor que estos principios son directrices para que quienes tengan la tarea de interpretar y juzgar se nutran de un mismo espíritu, o de lo contrario no se entendería la prosecución de coherencia y sistematización jurisprudencial. Los transcribimos a continuación:

1. Principio de aplicación más favorable a los derechos.- Si hay varias normas o interpretaciones aplicables a un caso concreto, se debe elegir la que más proteja los derechos de la persona.
2. Optimización de los principios constitucionales.- La creación, interpretación y aplicación del derecho deberá orientarse hacia el cumplimiento y optimización de los principios constitucionales.

3. **Obligatoriedad del precedente constitucional.**- Los parámetros interpretativos de la Constitución fijados por la Corte Constitucional en los casos sometidos a su conocimiento tienen fuerza vinculante. La Corte podrá alejarse de sus precedentes de forma explícita y argumentada garantizando la progresividad de los derechos y la vigencia del estado constitucional de derechos y justicia.

4. **Obligatoriedad de administrar justicia constitucional.**- No se puede suspender ni denegar la administración de justicia por contradicciones entre normas, oscuridad o falta de norma jurídica.

El art. 3 de la LOGJCC es muy rico en cuanto a la determinación de los parámetros que se deben seguir al momento de interpretar las normas constitucionales. Primero, en concordancia con la Constitución y con el Código Orgánico de la función Judicial, se refiere, tanto en su primer inciso como en su numeral 5, al método **sistemático** de interpretación constitucional. El método sistemático no es nuevo en el mundo del derecho. Se lo puede entrever en art. 18 núm. 4 del Código civil según el cual, por oscuridad o falta de ley, los jueces pueden atenerse al contexto de la Ley, para ilustrar así cada una de sus partes, guardando armonía y correspondencia entre ellas.

La interpretación constitucional de las normas, sin perjuicio de su integralidad, según el mismo artículo de la LOGJCC, puede ser: sistemática (a la que ya nos referimos), teleológica, literal, y evolutiva.

La interpretación **teleológica** es la que desentraña el contenido según los fines que esta persigue, lo cual puede complicarse considerando la multiplicidad de fines que persigue nuestra Carta Fundamental. La interpretación **literal**, también contenida en el art. 18 de nuestro Código Civil, y que ordena aplicar la norma literalmente cuando su sentido es claro, trae consigo la cuestión de que el juez no puede torcer el contenido de la norma, pero vale la pena aclarar que este siempre debe interpretarla, pues es su misión la de adecuar la norma a los hechos. La interpretación **evolutiva o dinámica** se podría decir que es novedosa, puesto que no se halla en el Código Civil, si bien los tratadistas como Alfredo Pérez Guerrero siempre han insistido en que es propio del juez el dar vida a la norma, que sin él es letra muerta, adaptándola a las circunstancias cambiantes y a los casos siempre únicos y distintos que les toca conocer.

Además se reconocen "otros métodos de interpretación" que tienen que ver, por un lado, con los principios generales del derecho y la equidad, patente herencia del pensamiento iusnaturalista y que tiene amplia aceptación si consideramos que la existencia de los valores como parte del mundo de las normas constitucionales ha sido plenamente reconocida; y por otro lado, con los otros principios más técnicos por decirlo así, que son los de unidad, concordancia práctica, eficacia

integradora, fuerza normativa y adaptación. El juez puede, según su sabiduría y prudencia, hacer uso de uno o varios tipos de interpretación al momento de juzgar.

Ahora bien, cuando los textos normativos constitucionales son tan extensos y garantistas como el nuestro, se acrecienta la problemática de las contradicciones entre normas, ya sean principios ("mandatos de optimización") o reglas, pues de cualquier forma ambos son operativos. Incluso puede haber contradicciones entre derechos, pues muchas normas constitucionales contienen estos.

Para superar este obstáculo, el mismo art. 3 de la LOGJCC establece que se debe aplicar la norma **competente** (la que corresponda según la competencia, entendiéndose por esta, la medida en que se ejerce la jurisdicción en virtud del grado, materia, territorio), la **jerárquicamente superior** (en virtud de la supremacía constitucional, se conoce la "pirámide de Kelsen" del ordenamiento jurídico ecuatoriano en el art. 425 inc. 2º de la Const.), la **especial** (una norma específica para un supuesto de hecho predeterminado) o la **posterior** (en casos penales, la norma posterior que fuere más favorable al reo, se le aplicará en lugar de la que regía cuando se dio el acto materia del proceso).

Sólo en caso de que no se pueda resolver el litigio según esta regla, se deberá aplicar el principio de proporcionalidad, que busca el debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional. La técnica para su aplicación, es la llamada ponderación, la cual busca adecuar al caso concreto los principios y las normas, para tomar la decisión adecuada. Se expresa mediante la fórmula "Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro" (art. 3 num. 2 y 3 de la LOGJCC).

El art. 4 de la LOGJCC establece los principios procesales de la justicia constitucional, entre los que están la gratuidad, el debido proceso, y la publicidad, entre otros. Detallaremos algunos que vale la pena conocer y los comentaremos en el siguiente párrafo:

1. Aplicación directa de la Constitución.- Los derechos y garantías establecidas en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.
2. Impulso de oficio.- La jueza o juez tiene el deber de impulsar de oficio los procesos constitucionales hasta llegar a su conclusión, salvo en los casos expresamente señalados en esta ley.
3. Formalidad condicionada.- La jueza o juez tiene el deber de adecuar las formalidades previstas en el sistema jurídico al logro de los fines de los procesos constitucionales. No se podrá sacrificar la justicia constitucional por la mera omisión de formalidades.

4. Doble instancia.- Los procesos constitucionales tienen dos instancias, salvo norma expresa en contrario.

5. Motivación.- La jueza o juez tiene la obligación de fundamentar adecuadamente sus decisiones a partir de las reglas y principios que rigen la argumentación jurídica. En particular, tiene la obligación de pronunciarse sobre los argumentos y razones relevantes expuestas durante el proceso por las partes y los demás intervinientes en el proceso.

6. La Economía procesal.- comprende la Concentración, esto es el reunir la mayor cantidad posible de cuestiones debatidas y etapas procesales en el menor número posible de actuaciones y providencias; la Celeridad, que consiste en evitar dilaciones innecesarias; y el Saneamiento, que permite convalidar las situaciones o actuaciones afectadas por la omisión de formalidades, a la parte en cuyo favor se establecen.

7. Iura novit curia.- La jueza o juez podrá aplicar una norma distinta a la invocada por los participantes en un proceso constitucional.

Si bien el principio de aplicación directa de la Constitución (del que hablaremos más adelante) y la motivación (que consiste en la obligación de los sectores públicos, sobretudo el judicial, de dar motivos, razones o fundamentos para todas sus actuaciones), al igual que los principios mencionados en el párrafo anterior, están expresamente contenidos en la Constitución, surgen otros principios que, lejos de contradecir a la Carta Fundamental, ayudan a su eficacia.

Entre estos principios está el tener dos instancias para los procesos constitucionales, muy ligado al derecho a la defensa; el impulso de oficio y el saneamiento son principios que pueden herir la sensibilidad de un procesalista, pero considerando que "el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución" (art. 11 núm. 9 de la Const.), podemos decir que efectivamente ambos coadyuvan a ese fin, al hacer eficaz la justicia constitucional. El primero, contrasta con el principio procesal dispositivo, según el cual todo proceso se promueve por iniciativa de la parte legitimada, pero justamente el art. 19 del COFJ soluciona el problema al señalar que este principio no aplica en proceso de garantías jurisdiccionales. El segundo, por otro lado, concuerda con la Constitución en que la sola omisión de formalidades no será causal de denegación de Justicia, pero levanta la interrogante de cuáles son las formalidades que se pueden sanear, si bien como ya vimos, el art. 197 de la LOGJCC ordena hacer un "análisis exhaustivo" de los procesos que se admiten según el "estricto apego a los requisitos de admisibilidad y procedencia previstos en esta Ley". Tal vez este problema sea resuelto por otro principio de los arriba mencionados, el de formalidad condicionada, que obliga al

juez a "adecuar" las formalidades para la consecución de los fines de los procesos constitucionales.

Por último, un breve comentario sobre el principio de *iura novit curia*, que se puede traducir como "el juez conoce el derecho" y consiste en que, de considerarlo pertinente, se permite al juez aplicar una norma que no haya sido invocada por las partes. "*Da mihi factum, dabo tibi ius*" dice un aforismo latino, que significa "Dame los hechos, que yo te daré el derecho" y se aplica perfectamente a la labor del juez.

Una vez que hemos leído cómo es la administración de justicia en el Ecuador, esto es, bajo qué principios se rige, brilla una interrogante. ¿A qué órgano compete el control, la aplicación y la interpretación constitucionales?

Esta pregunta puede ser respondida por el art. 166 de la LOGJCC, que indica que la justicia constitucional la ejercen tanto los órganos jurisdiccionales de la Función Judicial (excepto los juzgados de paz), o sea, desde los juzgados de primer nivel, pasando por las Cortes Provinciales y hasta la Corte Nacional de Justicia, como también por la Corte Constitucional.

La competencia de estos distintos órganos en la justicia constitucional está determinada por la Constitución y la Ley. Los arts. 167, 168 y 169 de la LOGJCC claramente establecen que los tres órganos jurisdiccionales mencionados anteriormente, ejercen el control concreto de constitucionalidad en los términos previstos por la Ley, además de conocer y resolver los procesos de medidas cautelares y/o garantías jurisdiccionales, según la Ley.

Estos órganos jurisdiccionales, distintos de la Corte Constitucional pues pertenecen a la justicia ordinaria, actúan en los procesos constitucionales regidos, además de por los principios de la Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, también según los principios contenidos en el cuerpo legal que les da vida, esto es, el Código Orgánico de la Función Judicial. De la lectura de los arts. 4, 5 y 6 del COFJ, en concordancia con los arts. 426, 427 y 428 de la Const., se desprende lo siguiente:

1.- Los derechos consagrados en la Constitución y Tratados Internacionales son de directo e inmediato cumplimiento y aplicación, por lo que todo servidor de la Función Judicial aplicará de forma inmediata las disposiciones constitucionales y las contenidas en Tratados Internacionales de Derechos Humanos que sean más favorables que aquella, aunque no estén desarrolladas en otras normas de menor jerarquía e incluso aunque las partes no las invoquen expresamente.

2.- En sus decisiones, no podrán restringir, menoscabar o inobservar el contenido de las disposiciones constitucionales.

3.- El juez, de oficio o a petición de parte, suspenderá la tramitación de la causa y la remitirá a la Corte Constitucional, sólo si tiene duda razonable y motivada de

que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos aún más favorables que esta.

4.- Los jueces aplicarán la norma constitucional de modo que más se ajuste a la Constitución en su integralidad (interpretación integral, método sistemático de interpretación) y en caso de duda la aplicará de modo que más favorezca a la vigencia de los derechos consagrados en ella.

4.- Los jueces de la Corte Constitucional

4.1.- Requisitos, inhabilidades e incompatibilidades del cargo de juez de la Corte Constitucional

Como bien indica el art. 432 de la Const., la Corte Constitucional está integrada por nueve jueces, cuyas funciones duran nueve años. Pueden ser reelegidos pero no inmediatamente.

Tanto el art. 433 de la Const. como el art. 172 de la LOGJCC son claros al determinar que los **requisitos** que debe cumplir un ciudadano para ser apto de ser revestido con el cargo de juez de la Corte Constitucional son: ser ecuatoriano y estar en goce de los derechos civiles y políticos, tener título de tercer nivel en Derecho reconocido en el país, haber ejercido la profesión de abogado, la judicatura o la docencia universitaria en ciencias jurídicas por un lapso mínimo de 10 años, no pertenecer ni haber pertenecido a la directiva de ningún partido o movimiento político y demostrar probidad y ética notorias. El art. 172 de la LOGJCC complementa este último requisito, estableciendo que su probidad y ética serán valoradas a través de concurso público, pero en el art. 181 del mismo cuerpo legal, que versa sobre el concurso público, no dice nada al respecto, incluso opone una norma que podría entorpecer dicha determinación, al rezar que "Se evitará la utilización de factores de evaluación subjetivos o irrazonables, tales como... preferencias personales, las creencias o la opinión política, religiosa o filosófica...", que no obstante, es pieza clave para evitar la discriminación. A pesar de esta ausencia normativa, la determinación de la "probidad y ética notorias" se la puede entender dentro del período de impugnación de la designación, lo cual estudiaremos más adelante.

Si comparamos nuestra Corte Constitucional con otras cortes y tribunales constitucionales alrededor del mundo, encontraremos muchas semejanzas y diferencias.

En cuanto al número de integrantes y duración del período, podemos ver que nuestro caso es idéntico al francés, en el que los miembros que componen el "Consejo Constitucional" son también nueve y sus cargos duran igualmente nueve años. En Colombia, la Corte Constitucional se compone también de nueve magistrados pero sus cargos duran ocho años. En Alemania, la duración del cargo de juez de la Corte Constitucional Federal es de doce años.

Es claro que la mayoría de los ordenamientos jurídicos estatales han reconocido al juez como una magistratura extraordinaria en cuanto a periodo de duración, muy por encima del tiempo que comúnmente están en funciones la mayoría de cargos públicos.

En cuanto al número de integrantes, la respuesta es más heterogénea. Existen casos como los de España, Austria, Italia y Alemania, cuyos jueces de las Cortes Constitucionales se elevan a doce, catorce (además de seis suplentes), quince y dieciséis, respectivamente; y otros como Francia, Ecuador y Colombia, de integrantes como ya vimos, y de Chile, cuyo Tribunal Constitucional tiene 10 ministros.

También vale incluir como el aspecto de la posibilidad de reelección para el cargo de esta magistratura, que en nuestro país es permitido pero no de forma inmediata. Países como Italia permiten sin obstáculos la reelección, mientras que otros como Francia lo prohíben en lo absoluto.

Otro criterio de comparación del modus operandi de las Cortes Constitucionales, es según los requisitos que deben cumplir los jueces que las integran. Por ejemplo, el tiempo de desempeño de la profesión. Tanto en nuestro país como en Austria, es requisito haber ejercido la profesión de abogado por diez años, mientras que en otros como Italia, pueden ser jueces de la Corte Constitucional los abogados después de veinte años en ejercicio de la profesión.

El art. 173 de la LOGJCC establece cuáles son las **inhabilidades** que vician la aptitud para el cargo de juez de la Corte Constitucional. Unas buscan el control del Poder, como son la inhabilidad de todo miembro de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en servicio activo, de quienes pertenezcan o hayan pertenecido a la directiva de un partido o movimiento político en los diez años inmediatamente anteriores a su postulación, y de quienes hayan ejercido autoridad ejecutiva en gobiernos de facto.

En virtud del principio de independencia e imparcialidad de los jueces, y de la naturaleza de la Corte Constitucional, entre cuyas atribuciones está el control de constitucionalidad, resulta lógico que se prohíba a quienes conforman la directiva de partidos políticos la ostentación de dicho cargo. Resulta lógico y muy acertado también, que quienes ostenten el cargo no hayan ejercido poder ejecutivo en gobiernos de facto, pues estos muchas veces destacan por actuaciones contra los Derechos Humanos, y por lo tanto permitirles ejercer el control de constitucionalidad sería un atentado contra todo el ordenamiento jurídico y la sociedad.

Otras inhabilidades existen para proteger que quien ejerza el cargo de juez constitucional sea ético y probo, como son la prohibición a quienes se encuentren suspendidos en el ejercicio de la profesión, y a quienes se encuentren en mora en el pago de pensiones alimenticias. Efectivamente, lo contrario podría restarle legitimidad al nombramiento.

Para evitar el nepotismo, se prohíbe que se designe para el cargo a un cónyuge, conviviente o pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de los jueces de la Corte Constitucional o de quienes integren la Comisión Calificadora que los designe.

Para evitar la corrupción y, una vez más, las vulneraciones a la imparcialidad e independencia de los jueces. No podrán ser designados jueces de la Corte Constitucional quienes al presentarse al concurso tengan contrato con el Estado como personas naturales o representantes de personas jurídicas para la ejecución de obra pública, prestación de servicio público o explotación de recursos naturales.

Por último se destaca que los impedimentos generales para el ingreso al servicio civil en el sector público, contenidos en el art. 6 y siguientes de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa también inhabilitan para ser juez de la Corte Constitucional, según el núm. 7 del artículo que venimos comentando.

Al hablar de **incompatibilidades** (art. 174 de la LOGJCC) con el cargo de Juez de la Corte Constitucional, nos referimos a hechos o situaciones que hagan impedir ejercer el cargo pero que no impiden ser candidato a él. Por el contrario, las inhabilidades son difícilmente susceptibles de saneamiento (con excepciones, como la mora en el pago de las pensiones alimenticias), al menos para determinado período. El cargo de juez de la Corte Constitucional requiere dedicación exclusiva, por lo que impide ocupar otro cargo público o privado, a excepción de la cátedra universitaria, y por supuesto, es también prohibido ejercer la abogacía. El que fuera designado juez deberá cesar la actividad incompatible al término de diez días o se presumirá que no acepta el cargo.

4.2.- De las funciones y responsabilidades de los jueces de la Corte Constitucional

Según el art. 194 de la LOGJCC, podemos decir que las funciones de los jueces de la Corte Constitucional son de tres clases:

a) Funciones orgánicas

Son aquellas que se refieren a la participación de los magistrados como miembros de un todo que es la Corte Constitucional. Estas son: formar parte del Pleno de la Corte Constitucional con derecho a voz y voto; formar parte de las diferentes salas de la Corte Constitucional conforme lo establecido en la presente ley; y cumplir con el plan estratégico y los planes operativos anuales de la Corte Constitucional

b) Funciones judiciales

Son aquellas que les son propias en virtud de su función de juzgar, interpretar y controlar en materia constitucional. Estas son: cumplir y hacer cumplir la Constitución y garantizar la vigencia efectiva de los derechos constitucionales y la supremacía constitucional; y realizar la sustanciación de las causas y elaborar los proyectos de sentencias que profiera la Corte Constitucional. Esta última

concuenda con el art. 195 del mismo cuerpo legal, que complementa diciendo que el sustanciador o ponente, que puede ser más de uno según la complejidad del tema, además de sustanciar la causa, debe realizar el proyecto de admisibilidad y elaborar el proyecto de sentencia.

c) Otras funciones

El mismo artículo deja apertura para que posteriormente se agreguen más funciones a los jueces mediante normativa, además de dar mayor libertad a la actuación del Presidente de la Corte Constitucional al permitirle delegar funciones. El artículo en cuestión dice "Las demás funciones delegadas por el Pleno o la Presidenta o Presidente de la Corte Constitucional" y "Las demás que establezca esta Ley y los reglamentos internos de la Corte Constitucional"

4.3. Sistema de elección de los jueces de la Corte Constitucional

El procedimiento de selección de los magistrados de la Corte Constitucional está indicado en el art. 434 de la Const., pero está desarrollado y detallado, como bien lo dispone este mismo artículo, en los arts. 178 y siguientes de la LOGJCC.

Se trata de un proceso bien complejo, pues contiene varias fases e incluso una etapa previa de selección de la comisión que elegirá a los jueces.

El antes mencionado artículo constitucional establece que los miembros de la Corte Constitucional deben ser designados mediante un "concurso público, con veeduría y posibilidad de impugnación ciudadana" ante una Comisión Calificadora integrada por dos personas nombradas por la Función Ejecutiva, la Función Legislativa y la Función de Transparencia y Control Social.

Es curioso que no se haya permitido a la Función Judicial presentar su terna, siguiendo el ejemplo de Colombia, Chile, Italia o de España, ya que es sobretodo esta función la que va a colaborar con la Corte Constitucional en la administración de justicia constitucional.

En Colombia, los magistrados de la Corte Constitucional son nombrados por el Senado, a partir de ternas designadas por el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

En Chile, por otro lado, el Tribunal Constitucional se integra directamente por 3 ministros de libre designación del Presidente de la República, 3 por la Corte Suprema en votación secreta, y 4 por el Congreso Nacional de la siguiente manera: 2 directamente por el Senado y otros 2 también nombrados por el Senado pero a propuesta de la Cámara de Diputados.

En Austria, donde se formó el primer Tribunal Constitucional del planeta, el Gobierno Federal da las propuestas del Presidente, del Vice-Presidente, de 6 miembros titulares y de 3 suplentes, mientras que el Consejo Nacional propone 3 miembros titulares y 2 miembros suplentes. El Consejo Federal designa a 3 miembros titulares y 1 miembro suplente.

En Italia existe un verdadero balance de Poder, ya que en el proceso participan las tres funciones clásicas del Estado, pues de los 15 jueces de la Corte Constitucional, 5 son nombrados por el Presidente de la República, otros 5 por el Parlamento en sesión conjunta y 5 más por las supremas magistraturas, la ordinaria y las administrativas.

En España, claramente se ha reforzado la preponderancia del Legislativo en la designación de jueces de la Corte Constitucional, pues esta se integra por 4 miembros a propuesta del Congreso de los Diputados, otros 4 a propuesta del Senado; 2 a propuesta del Gobierno y 2 más a propuesta del Consejo General del Poder Judicial. Es el Rey quien los nombra.

Francia, cuyo gobierno siempre ha sido baluarte del presidencialismo y del Estado unitario, presenta un proceso en que los miembros del Consejo Constitucional son designados conjuntamente por el Presidente de la República, por el Presidente de la Asamblea y por el Presidente del Senado (ambas cámaras del Parlamento).

Volviendo al caso ecuatoriano, podemos observar que en el art. 177 de la LOGJCC se establecen los principios que regirán el procedimiento de designación de jueces de la Corte Constitucional. De su lectura se desprende que la designación de jueces será independiente, pública, transparente, sin dilaciones innecesarias y basada en méritos.

El procedimiento es el siguiente:

4.3.1. Integración de la Comisión Calificadora (Art. 179 de la LOGJCC)

Como ya dijimos, primero se debe integrar la Comisión Calificadora. Es el mismo Presidente de la Corte Constitucional quien, seis meses antes de que termine el período de la terna de jueces que corresponda, debe hacer el pedido a las funciones ejecutiva, legislativa y de Transparencia y Control Social para que al término de 10 días designen cada una a 2 miembros de la Comisión, por mayoría absoluta.

Los 6 miembros de la Comisión calificadora deben reunir los mismos requisitos y no caer en los mismos impedimentos que para ser juez de la Corte Constitucional. Una vez que son designados deberán posesionarse ante la Función de Transparencia y Control Social al término de 5 días. Inmediatamente iniciará el proceso de designación de jueces.

4.3.2. Convocatoria (art. 180 de la LOGJCC)

La Comisión Calificadora convocará públicamente, a través de medios de comunicación, especialmente los gratuitos, para que las tres funciones supradichas presenten sus candidaturas, que serán 9 por cada una, o sea, un total de 27 candidatos.

La convocatoria es bastante detallada, pues ella debe contener todos los principios y reglas sustanciales del proceso, los requisitos de los candidatos, el cronograma del proceso de selección, y el sistema y criterios de evaluación. Se deberá incluir la invitación a que se inscriban veedurías ciudadanas.

4.3.3. Concurso (art. 181 de la LOGJCC)

Una vez terminada la revisión de los aspectos formales, inicia el concurso público de los candidatos a jueces de la Corte Constitucional, el mismo que tendrá lugar al término máximo de 20 días a partir de la publicación de la lista de aquellos, cuya evaluación será al término de 30 días.

Si bien en el artículo legal se detallan los lineamientos que transcribimos a continuación, en el mismo artículo se establece que la Comisión Calificadora dicte un reglamento previo.

1. Se debe garantizar estricta igualdad de oportunidades y la prohibición de discriminar entre los candidatos presentados, en el proceso de selección.
2. El ejercicio de las obligaciones de cuidado será tenido en cuenta para la valoración de la experiencia profesional.
3. Se procurará garantizar la paridad entre hombres y mujeres, para lo cual, de existir dos candidaturas en iguales condiciones, se preferirá la candidatura de la mujer.
4. Se evitará la utilización de factores de evaluación subjetivos o irrazonables, tales como el lugar de origen, preferencias personales, las creencias o la opinión política, religiosa o filosófica, el origen familiar, u otros análogos.
5. La valoración de la formación, la experiencia y la producción profesional y académica, debe tener en cuenta el desempeño en cada una de estas áreas y la calidad de los productos obtenidos. Los méritos no podrán exceder del treinta por ciento de la puntuación total.

6. El concurso de oposición deberá versar sobre las materias y las habilidades que se requieren para el ejercicio de la judicatura en la Corte Constitucional.

4.3.4. Impugnación (art. 182 de la LOGJCC)

Se abre un período de 15 días para que la ciudadanía pueda impugnar cualquier candidatura ante la Comisión Calificadora. Cerrado el período y habiéndose dado a conocer a los candidatos los motivos de las impugnaciones, se abre otro período de 15 días término, en que los candidatos serán escuchados por la Comisión, mediante audiencias públicas. Una vez terminado este período, la Comisión Calificadora elaborará el listado definitivo de personas elegibles.

4.3.5. Comparecencia oral (art. 183 de la LOGJCC)

La Comisión Calificadora publicará el listado de personas elegibles a través de los medios de comunicación, señalando lugar, día y hora en que se llevará a cabo una comparecencia pública oral que deberá realizarse al término de 5 días, en la que los elegibles serán examinados en orden alfabético, no más de 3 por día. Las preguntas que se harán serán elaboradas previamente por la Comisión, escogidas al azar entre estas, y que privilegien la argumentación y no la memoria.

4.3.6. Designación (art. 183 de la LOGJCC)

Concluida la fase anterior, en virtud del principio de meritocracia, la Comisión Calificadora elaborará una lista con los puntajes obtenidos por cada candidato y designará a los tres que mayor puntaje hayan obtenido para que la Asamblea Nacional, después de convocar obligatoriamente a su Presidente, poseione a los 3 candidatos en sesión extraordinaria.

Es importante señalar que el art. 184 de la LOGJCC establece que los que no resultaron elegidos pero que llegaron hasta la última fase, pasarán a formar la lista de elegibles, que harán los reemplazos en casos de ausencia temporal (en cuyo caso se sortea de entre la lista) o definitiva (en cuyo caso se designa al que mayor puntaje obtuvo) en las judicaturas de la Corte Constitucional. Ellos podrán participar en el siguiente concurso pero sin reemplazar a ningún juez de la Corte Constitucional en ese tiempo.

4.4. Terminación del cargo de juez de la Corte Constitucional

Más adelante, cuando relacionemos a la Corte Constitucional con la Corte Nacional de Justicia, nos detendremos en observar el alto poder político de la primera, cuyos miembros, en virtud del art. 431 de la Const. en concordancia con el art. 186 núm. 1 de la LOGJCC, no están sujetos a juicio político ni remoción de cargo, y sólo si incurrir en responsabilidad penal (Sin perjuicio de la civil), pueden ser acusados y juzgados, pero es la misma Corte Constitucional es la que decide, en cualquier caso, si uno de sus miembros debe ser destituido o no. Muy aparte

de esto, si responden por actos u omisiones al igual que el resto de autoridades públicas pues están sometidos a los mismos controles.

El art. 185 de la LOGJCC señala taxativamente cuáles son las causales de cesación de las funciones de los miembros de la Corte Constitucional, entre las que consta la destitución, que sólo operará por tres motivos, a saber: por incurrir en culpa inexcusable en el cumplimiento de los deberes inherentes a su cargo, por violar la reserva propia de la función, y en caso de responsabilidad penal. Cabe señalar que en esta última causal, la Constitución advierte que se requiere la acusación *sine qua non* del Fiscal General del Estado y el voto de dos terceras partes de la Corte Nacional de Justicia, que es el órgano competente para juzgarlos. Completa el art. 186 de la LOGJCC afirmando que los miembros de la Corte Constitucional no son responsables penalmente en lo que tiene que ver con las opiniones, fallos y votos emitidos en el ejercicio de su cargo.

En cuanto a los otros dos motivos de destitución, es claro que, si bien la iniciativa de presentar la solicitud la tiene cualquier persona, quien tiene la competencia de conocer y decidir es la propia Corte Constitucional, reunida en Pleno (con exclusión del juez acusado), la que según el último artículo citado, en lo que tiene que ver con el procedimiento de destitución, admite la solicitud de destitución por mayoría de 5 votos, reservándose el Presidente de la Corte el voto dirimente, para inmediatamente correr traslado al juez acusado con la solicitud y pruebas presentadas. El solicitante tiene 5 días término a partir de la admisión de su solicitud para exponer ésta y sus pruebas ante el Pleno, el cual en otros 5 días término se debe reunir de nuevo para escuchar al juez acusado, a quien se le concede el término de 10 días para presentar sus pruebas. Por último, el Pleno decide, sin que conste un plazo para dicha decisión en la Ley.

Las otras causales de cesación de funciones de los jueces de la Corte Constitucional son: de orden legal, como la terminación del período para el cual fueron designados (aunque permanecen en funciones hasta ser legalmente reemplazados) y la renuncia legalmente aceptada por el Pleno de la Corte Constitucional; de orden natural: la muerte y la incapacidad física o mental permanente que le impida ejercer el cargo (siempre y cuando sea certificada por un comité de médicos especializados); y de hecho: haber incurrido en una inhabilidad o haber abandonado injustificadamente el cargo, declarado por el Pleno de la Corte Constitucional.

5.- La Corte Constitucional y el anterior Tribunal Constitucional

5.1. Antecedentes históricos del control constitucional en el Ecuador

En el Ecuador, el control constitucional concentrado en un solo órgano es relativamente reciente, pues mientras otros países como Austria, Alemania y Francia ya contaban con éstos órganos desde 1920, 1951 y 1958, respectivamente; recién en 1996, mediante reforma constitucional, se institucionalizó en el país una magistratura especializada en control constitucional, el Tribunal Constitucional.

Sin embargo, dicho órgano encuentra su precedente en el Consejo de Estado (Constitución del Ecuador, de 1851) y en el posterior Tribunal de Garantías Constitucionales (Constitución del Ecuador, de 1945).

El primero, según el art. 82 núm. 1 de la Constitución de 1851, debía "velar por la observancia de la Constitución y de las leyes", de lo cual se desprende que no sólo debía hacer control de constitucionalidad sino de legalidad. Sin embargo, a pesar de tener "bajo su responsabilidad" proceder con las reclamaciones correspondientes al Ejecutivo hasta dos veces, no tenía fuerza deliberatoria. Más adelante, la Constitución de 1906 ampliaría el control del Consejo de Estado, pues le encarga la misión de también "proteger las garantías constitucionales" y "excitar" para ese fin, no solo al Ejecutivo sino a toda autoridad, incluyendo tribunales de justicia.

El segundo, cuando se creó en 1945 sólo estuvo en funciones por un brevísimo período de tiempo, porque al año siguiente, mediante la Constitución de 1946, restituye el Consejo de Estado con sus antiguas atribuciones. Fue en 1967 cuando, mediante la Constitución de ese año, se implementa de nuevo el Tribunal de Garantías Constitucionales con facultades similares a las del Consejo de Estado. Tanto en 1945 como en 1967, el órgano que deliberaba sobre la constitucionalidad e inconstitucionalidad de leyes, acuerdos, decretos, reglamentos y resoluciones era únicamente el Legislativo, mientras que el Tribunal solo hacía observaciones y las publicaba en el periódico si no eran acatadas.

Más adelante, en la Constitución de 1978-1979, el órgano que podía suspender, total o parcialmente, de oficio o a petición de parte, los efectos de toda norma jurídica por inconstitucionalidad, era la Corte Suprema de Justicia, pero su decisión era sometida al Legislativo, mientras que sólo debía informar al Tribunal de Garantías Constitucionales. Con la reforma constitucional publicada en 1984, esta facultad de la Corte Suprema de Justicia pasa a ser del Tribunal de Garantías Constitucionales, pero asimismo, sometida a la decisión del Legislativo. Debido a que esto claramente era entregar el control de constitucionalidad a los partidos políticos, en las reformas constitucionales publicadas en 1993, la decisión sobre si aceptar o no lo que delibere el Tribunal de Garantías Constitucionales ya no recae en el Congreso sino en una sala especializada de la Corte Suprema de Justicia.

Es recién en 1996 cuando, mediante reformas constitucionales, se establece que las decisiones del Tribunal Constitucional son de última y definitiva instancia, consolidándose entonces un control concentrado de constitucionalidad.

5.2. Reflexiones acerca de la actual Corte Constitucional y el anterior Tribunal Constitucional

Es preciso aclarar, primeramente, que los términos "Corte" o "Tribunal" son equivalentes, pero el actual órgano que ejerce el máximo control constitucional es denominado "Corte Constitucional" por la Constitución y por tanto ese es el nombre que le damos los ciudadanos. El Dr. Agustín Grijalva (9) acota que el

cambio de nombre en la actual Constitución es para enfatizar los cambios estructurales, entre esos, el fortalecimiento de su jurisdicción.

Y es que, entre las diferencias que deben destacarse, está que el anterior Tribunal Constitucional no podía actuar de oficio, sus miembros (vocales) estaban en funciones 4 años. Sin embargo, este también tenía la exclusividad de declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma o decisión, en su calidad de órgano que ejercía el control concentrado de constitucionalidad, y sus decisiones tenían efecto de cosa juzgada no revisable. Cabe recalcar que al igual que la actual Corte Constitucional, el Tribunal Constitucional también era independiente de los otros poderes del Estado (al menos de hecho) por expreso mandato de la Ley de Control Constitucional, que así lo disponía en su art. 3, como lo es ahora la Corte Constitucional,

Es preciso hacer hincapié en que muchos de los principios constitucionales que nos rigen actualmente, estaban presentes antes en nuestro ordenamiento jurídico. Ya en la Constitución de 1998 podíamos observar el principio de Supremacía de la Constitución, en el art. 272 del referido cuerpo legal y en el art. 2 de la LCC. Además, el principio de iura novit curia también se hallaba en el art. 273 de la Const. 1998, y en virtud de este, todo juez debía suplir cuestiones de derecho a las partes del proceso. Por otro lado, era patente la disposición del control concreto de constitucionalidad en el art. 274 de la Const. 1998, por medio del cual cualquier autoridad judicial podía declarar la inconstitucionalidad de un precepto jurídico contrario a la norma constitucional, y su calidad de fuerza vinculante solo tiene jurisdicción en las causas sobre las que se pronuncia.

Según el art. 275 de la Const. 1998, en concordancia con el art. 4 de la LCC, los vocales que integran el Tribunal Constitucional son 9 y deben reunir los mismos requisitos que para ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia. Hoy persiste en nuestro ordenamiento que los requisitos tanto para la Corte Constitucional como para la Corte Nacional de Justicia sean los mismos.

Las atribuciones del anterior Tribunal Constitucional, que aparecen en el texto constitucional de 1998, art. 12 de la LCC no difieren mucho de las que ejerce la Corte Constitucional. Como ya dijimos, las atribuciones del nuevo organismo lo que están es fortalecidas para asumir el papel político jurisdiccional que le toca de manera efectiva y eficaz. Ejemplo de esto, es que las providencias de la Función Judicial no eran impugnables, por expreso mandato del último inciso del art. 276, pero ahora existe una acción constitucional expresamente para este efecto.

5.3. Polémica prórroga de funciones

No es nuevo decir que los vocales que integraban el anterior Tribunal Constitucional son los mismos que integran la actual Corte Constitucional.

Tanto la actual Corte como el anterior Tribunal Constitucional se componen de nueve miembros, y debido a eso, o al menos en parte, la prórroga de sus funciones, la integración del nuevo organismo y el revestimiento de sus nuevos poderes no fue tarea difícil. Con la venia de la Asamblea y del Ejecutivo, fue más sencillo aún.

Según los arts. 434 de la Constitución y 25 del Régimen de Transición, la Corte Constitucional debía conformarse tras concurso público de méritos y oposición, ante una Comisión Calificadora integrada de miembros propuestos por la Asamblea legislativa, el Ejecutivo y la Función de Transparencia y Control Social; y por lo tanto, lógicamente, solo podía realizarse cuando estas tres funciones ya estuvieran constitucionalmente conformadas.

El art. 27 del Régimen de Transición establece que los integrantes de ciertos organismos, entre esos el Tribunal Constitucional, terminarían sus periodos cuando se posesionaren los integrantes de los organismos que los reemplazarían, y este sería, en el caso del Tribunal Constitucional, la Corte Constitucional.

Con respecto a su decisión, los miembros del Tribunal Constitucional que actualmente conforman la Corte Constitucional, argumentaron que:

- 1.- No podían permitir que el Ecuador cayera en la indefensión, ya que la justicia constitucional es ahora primordial en la vida jurídica y política del país, y el papel de la Corte Constitucional en la administración de aquella es indispensable.
- 2.- Había muchos vacíos constitucionales con respecto a cuestiones de alta importancia para la ciudadanía, como la cuestión de qué órgano sería el que conocería los procesos constitucionales ingresados hasta antes de la vigencia de la nueva Constitución y qué normativa sería aplicable en ellos.
- 3.- El art. 429 de la Constitución es de inmediata aplicación, y este dispone que exista la Corte Constitucional.
- 4.- La interpretación del art. 27 del Régimen de Transición es que el Tribunal Constitucional siga en funciones hasta que no sea conformada la Corte Constitucional según la Constitución, pero como el aquel no es un órgano reconocido por esta, y sus funciones y atribuciones se han ampliado y fortalecido, se prórroga asumiendo la calidad de Corte Constitucional hasta que esta sea conformada debidamente.

6.- La Corte Constitucional y la Función Judicial

Si leemos los arts. 177 y 178 de la Const., que se complementan, sabremos que la Función Judicial está compuesta por: **órganos jurisdiccionales**, que son los jueces de paz, los juzgados y tribunales, las cortes provinciales y la Corte Nacional

de Justicia; por **órganos autónomos**, que son la Fiscalía General del Estado y la Defensoría Pública; por **órganos auxiliares**, que son el servicio notarial, los martilladores judiciales, y los depositarios judiciales; y por el **órgano administrativo** de toda la función judicial, el Consejo de la Judicatura.

De lo anterior se desprende que la Corte Constitucional no integra la Función Judicial, pues no es mencionada dentro de ninguno de los órganos que hacen parte de esta.

Algunas constituciones, como la de Colombia, ubican a la Corte Constitucional dentro la Función Judicial, como parte integrante de la misma, mientras que otras, como la de Francia y la nuestra, separan a la Corte Constitucional del resto de la Función Judicial, y le otorgan independencia financiera y administrativa.

Esto constituye un reforzamiento del control constitucional, y por tanto, un triunfo para el constitucionalismo, ya que los ministros de la Corte Constitucional no están bajo la vigilancia y administración del Consejo de la Judicatura.

Si comparamos a la Corte Constitucional con la Corte Nacional de Justicia, podemos observar que es evidente que la primera tiene más influencia política que la segunda. Si bien la Corte Nacional de Justicia es aún quien conoce los procesos de quienes gozan de fuero, y es ella misma quien vota sobre llevar o no a juicio penal a uno de los miembros de la Corte Constitucional, previa acusación del Fiscal General de la Nación (por las causales legales que serán tratadas en otro apartado) y con el voto favorable de las dos terceras partes de la misma Corte Nacional de Justicia, los miembros de la Corte Constitucional no pueden ser sujetos a juicio político. De igual forma, la destitución de uno de sus miembros debe ser decidida por la misma Corte Constitucional, mediante voto favorable de sus dos terceras partes.

Los requisitos para ser ministro de la Corte Nacional de Justicia, contenidos en el art. 183 de la Const. en plena concordancia con el art. 175 del COFJ, son los mismos que para ser miembro de la Corte Constitucional, con excepción de lo relativo a la participación en partidos políticos, de lo cual no dice nada. Cumple además decir, que tanto los veintidós jueces de la Corte Nacional de Justicia como los nueve jueces de la Corte Constitucional, duran nueve años en funciones.

El Consejo de la Judicatura es quien designa a los integrantes de Corte Nacional de Justicia, a diferencia de que los miembros de la Corte Constitucional son designados por una Comisión Calificadora cuyos miembros proceden de distintas Funciones del Estado, según se trató anteriormente. Los candidatos a ambas Cortes se someten a un concurso público de oposición y méritos.

Por último, cabe recalcar que la Corte Nacional de Justicia, desembarazada de la ocupación de cuestiones administrativas y políticas (estas últimas no del todo, como es natural, tal cual vimos en párrafos anteriores) ya que se han depositado esas funciones en el Consejo de la Judicatura y en la Corte Constitucional,

respectivamente, puede ahora dedicarse con entereza a su vocación plenamente jurídica y jurisprudencial, como el conocer los recursos de casación y revisión, así como establecer la Jurisprudencia según los fallos de triple reiteración (art. 184 de la Const.). Lo que constituye un triunfo para el sistema jurídico ecuatoriano.

La Corte Constitucional, por su naturaleza controladora y limitadora del Poder, cuyos únicos límites son los que le marca la Constitución, es un órgano con alta incidencia política, si bien su vocación es, así mismo, eminentemente jurídica y jurisprudencial.

7.- De las sentencias y dictámenes de la Corte Constitucional

Por mucho tiempo, los tribunales constitucionales u órganos competentes de efectuar el control constitucional, se limitaban a declarar qué era inconstitucional, o sea, qué norma o acto público contradecía a la Constitución, con el correspondiente efecto de ser retiradas las normas del ordenamiento jurídico.

Fue a raíz de la Segunda Guerra Mundial que los Estados europeos se apartan de este modelo basado en las teorías del jurista austriaco Hans Kelsen, para evolucionar a un sistema de modulación de sentencias, que se aplica cuando se considera necesario, en aras de proteger la supremacía constitucional. Esta mayor libertad refuerza la acción del juez constitucional, sumándole eficacia a las decisiones de la Corte Constitucional.

Es lo que dispone el art. 5 de la LOGJCC al disponer que “Las juezas y jueces, cuando ejerzan jurisdicción constitucional, regularán los efectos en el tiempo, la materia y el espacio de sus providencias para garantizar la vigencia de los derechos constitucionales y la supremacía constitucional.”

Para el profesor Iván Vila Casado(10), cuando estudiamos la relación entre las sentencias de constitucionalidad y la norma confrontada, encontramos que estas pueden ser de tres tipos: las **declarativas**, que se limitan a señalar simplemente si una norma es constitucional o no; las **interpretativas**, que aclaran y direccionan la aplicabilidad de la norma confrontada, si es que se considera que si puede enmarcarse en la Constitución, muchas veces estableciendo una sola y exclusiva interpretación de la misma, para evitar declararla inconstitucional; y por último, las **integradoras o aditivas**, en las que la Corte Constitucional adhiere directamente

10.- GRIJALVA. La Corte Constitucional y el fortalecimiento de las garantías, en Nueva Constitución, Revista La Tendencia, del Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales, Quito 2008, p. 119

los mandatos constitucionales a las leyes que expida el legislativo, para llenar vacíos legales o salvar indeterminaciones, cuando la protección de la Constitución así lo exige. Estas últimas son las que generan mayores críticas por ser consideradas por muchos como invasoras a la labor del legislador.

Es fundamental hacer hincapié en que las sentencias y autos de la Corte Constitucional, por expreso mandato del art. 440 de la Const., son definitivos e inapelables. Esto no es nuevo, pues ya el art. 14 de la anterior LCC establecía que "De las resoluciones del Tribunal Constitucional no cabe recurso alguno". El efecto de cosa juzgada es fundamental para la seguridad jurídica, y si prescindimos de ella, el marco constitucional no sería efectivo y se desmoronaría.

Como sabemos, la Constitución le confía a la jurisprudencia el desarrollo del contenido de los derechos, mediante un sistema de precedentes de fallos, similar al modelo anglosajón, en materia constitucional. Esto contribuye con toda certeza a la seguridad jurídica, pues si se respetan los fallos previos, los siguientes serán previsibles.

Ahora bien, en virtud de la cosa juzgada constitucional, que obliga a toda autoridad pública al cumplimiento de su contenido, surge el interrogante de cuál o cuáles son las partes de la sentencia de constitucionalidad que tienen carácter obligatorio y que son, por ende, precedentes.

Vila Casado distingue⁽¹¹⁾, para el efecto de responder a lo anterior, que en una sentencia de constitucionalidad hay tres partes: la **resolutiva** o cosa juzgada explícita, que contiene la decisión de la Corte y por tanto no se duda de su obligatorio cumplimiento *erga omnes*; la **ratio decidendi** o *razón de la decisión*, que se la conoce como cosa juzgada implícita en razón de que son los considerandos del fallo, y en esta calidad, se relacionan directamente con la decisión de la Corte, al punto de no entenderse esta sin remitirnos a aquéllos; y por último, los **obiter dicta** o *dichos de paso*, que son reflexiones de carácter pedagógico y motivador de la sentencia, de manera que su vinculación con la decisión de la Corte es indirecta y sirve solo de criterio judicial.

Visto esto, se acota que sólo las partes resolutiva y ratio decidendi, son las partes que tienen fuerza vinculante dentro de una sentencia y/o dictamen constitucional. El no reconocer fuerza vinculante a las razones de la decisión sería perjudicial para la seguridad jurídica, el sistema de precedentes y la futura interpretación constitucional, puesto que abriría camino a una excesiva discrecionalidad al aplicar una norma cuyo sentido ya ha sido definido por la constitución, ya que esta puede tener distintas lecturas.

11.- VILA CASADO. Fundamentos del Derecho Constitucional contemporáneo, 1ª ed., Edit. Legis, Bogotá, p. 277-274

Antes, el art. 13 de la LCC declaraba insuficientemente que las resoluciones del Tribunal Constitucional eran apenas; la relación circunstanciada de los hechos, los fundamentos de derecho y la parte resolutive propiamente dicha. También aclaraba que los votos salvados se expresarían por separado y que no afectarían al resto, y que su existencia no afectaría la resolución del Tribunal en mayoría.

8.- Conclusión

Una vez concluido el presente trabajo investigativo, uno entiende la complejidad de este tema de trascendencia global, que no es otra cosa más que una nueva experiencia que está viviendo el Ecuador para su organización política.

Considero que el avance es positivo: un órgano jurisdiccional que regula efectivamente el desenvolvimiento político de la nación, su vida misma. Todo esto trae consigo una realidad de fondo, una realidad social.

Al ser la comunidad ecuatoriana de carácter plurinacional y multiétnica, el Estado está constantemente siendo tirado para distintas direcciones sin poder moverse a ningún lado. La implementación de una Corte Constitucional fuerte, guardiana y depositaria de la Constitución puede ser la solución que necesite este pequeño país de tan enorme diversidad.

Sin embargo, esto trae consigo desafíos. Lógicamente, no se da lo que no se tiene, y por tanto no se le puede exigir a un organismo propiedades que de por sí sus miembros no tienen. La seriedad, entereza, probidad y sentido de justicia de la Corte Constitucional será obtenida en la medida en que sus integrantes posean estas cualidades.

Es preciso pues, un esfuerzo de todo el país para institucionalizar con entera legitimidad a la Corte Constitucional, y así, esta pueda satisfacer las expectativas de un pueblo que deposita en un organismo único, la responsabilidad de delimitar el Poder.

Acción por incumplimiento

1.- INTRODUCCIÓN

"La normativa constitucional fue generosa en la consagración de algunas acciones tendientes a convertir las declaraciones superiores en realidades asibles y no simplemente en postulados retóricos, lo que supone que ya los poderes públicos no se reservarán el derecho de cumplir o no con las obligaciones que las normas jurídicas les impongan "

La ley que es la declaración de la voluntad soberana y mucho más aún los mandatos constitucionales; los cuales establecen un orden regulador de conductas, encaminadas al desarrollo colectivo de la sociedad, fundada en necesidades comunes, nos muestra una imperiosa necesidad de reafirmar las responsabilidades que debe desempeñar la autoridad.

Los poderes públicos quienes ostentan la autoridad, como brazo ejecutor del estado así lo establece la parte orgánica de nuestra constitución, tiene la obligación de cumplir con las condiciones mínimas de existencia material y digna de todos y cada uno de los coasociados dentro de este "Leviatán" llamado estado, y más aun cumplir con el deber de proporcionar el cuidado y protección. Estableciendo no solo la tan mencionada y reconocida jurídicamente "IGUALDAD ANTE LA LEY", sino que tengan las mismas oportunidades para su existencia. Es decir otorgar a todos los ciudadanos el acceso a la educación, a la salud, la alimentación, al empleo a la tan añorada "verdadera seguridad social", es decir cumplir con su rol y brindar el bien común.

1 *Abogado egresado de la División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte. 142 REVISTADE DERECHO, UNIVERSIDAD DEL NORTE, 19: 142-160, 2003

• *Si el siglo XIX fue el de los parlamentos, el siglo XX es el de la Justicia Constitucional*

Mauricio Capelleti

En esta permanente búsqueda de la satisfacción de las necesidades, se han realizado varios aportes y cambios en materia constitucional. Dentro de la corriente de las innovaciones y reformas al derecho constitucional, podemos mencionar la constante voluntad de nutrir los derechos humanos y las garantías constitucionales en nuestro ordenamiento jurídico, acogiendo los aportes en esta materia a nivel continental y mundial de manera puntualizada en América latina.

«En el Estado Social de Derecho uno de los postulados esenciales es el del respeto por la ley, el de la vigencia de la ley, el del imperio de la ley. Las leyes no pueden seguir siendo diagnósticos, no pueden seguir siendo sueños, no pueden seguir siendo buenas intenciones, no pueden seguir siendo románticas declaraciones. Una ley es por definición una norma jurídica de obligatorio cumplimiento, entonces lo que estamos haciendo aquí es expresar eso, porque no podemos seguir construyendo carreteras a base de decir que se ordenen carreteras, pero siquiera permitir la posibilidad, para mí inimaginable de que la ley pueda seguir siendo algo que el Congreso decreta, pero que el Ejecutivo se reserva el derecho de cumplir o no cumplir, según considere que es conveniente, oportuno, o financieramente viable, me parece Absolutamente inaceptable». 1

1 Tomado de la Sentencia de la Corte Constitucional C-1571-98. M.P. Antonio Barroza Carbonell.

2.- De la acción por Incumplimiento.

Uno de estos recientes aportes es la "ACCIÓN DE INCUMPLIMIENTO", llamada de esta manera en nuestro país, o también llamada "ACCION DE CUMPLIMIENTO" en varios países hermanos que al igual que nosotros acogen esta institución dentro de su carta magna, como lo son: Perú y Colombia, entregando a sus ciudadanos de esta manera un instituto procesal de exigibilidad y defensa de la Constitución; Retomando el caso de Ecuador este precepto constitucional velara y garantizara el pleno cumplimiento de los mandatos consagrados dentro de nuestra constitución política, y terminar con la vulneración de los mismos.

Evidentemente, la acción de cumplimiento se postula como el tan esperado antídoto ante la negligencia e impericia del aparato estatal, exigiendo el verdadero cumplimiento del mandato recibido.

"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 corte constitucional que ordene a la autoridad, órgano o funcionario renuente o remiso, que dé efectivo cumplimiento a lo que imperativamente dispone una ley, norma o acto administrativo de carácter general."

1.- Observación de la acción por incumplimiento del Dr. Iván Castro Patiño en la revista jurídica UCSG

Es decir previendo la inobservancia de la autoridad configurando la ineficacia de una norma legal administrativa o sentencia, incumpliendo su disposición se le otorga al ciudadano común esta herramienta de rango constitucional. para que en el momento que sienta que están siendo vulnerados sus derechos previamente garantizados en la carta política pueda activar el órgano competente, en este caso la "CORTE CONSTITUCIONAL" para que este disponga a la autoridad el cumplimiento de lo que de manera taxativa manifiesta la norma. Cuando una disposición legal recaer en incumplimiento sea por la acción u la omisión de las normas ya sean legales o administrativas, se configura la vulneración de derechos constitucionales como la seguridad jurídica, la mora de las autoridades y de los órganos del poder público, violaría el derecho que tenemos todos los gobernados a que todas las leyes y los actos administrativos sean cumplido. Fomentando de esta manera el estatus quo, esto acarrearía consecuencias graves sociales, jurídicas e incluso políticas.

La Acción por incumplimiento se puede dar en los casos en los que no solo se da la omisión indirecta, sino también la acción contraria a lo manifestado en la disposición estas son vulneraciones a los derechos colectivos. Generalmente esta omisión se da por la función ejecutiva.

*Citando las lecturas del profesor Alejandro Nieto, «es unánime la doctrina al señalar que la inactividad de la Administración se puede presentar de dos maneras. Formal y material. La primera es la que se presenta en el ejercicio de una petición o de un procedimiento administrativo. Es la simple no contestación a una petición de los particulares, mientras que la segunda, es decir, la inactividad material, incluye el simple concepto material de la omisión, el no hacer. Esta última forma de inactividad es objeto de nuestro estudio».

3.- Semejanzas entre la acción por incumplimiento y otras garantías constitucionales

3.1.- Semejanzas y Diferencias entre la Acción de Amparo actualmente acción de protección y la Acción por incumplimiento.

Acción de Amparo actualmente acción de protección y la Acción por incumplimiento tienen en común que en ambas se aplican los principios procesales comunes a todas las garantías constitucionales, como son:

- a) Petición de parte interesada quien debe formular la demanda. El proceso sólo se puede iniciar mediante demanda formulada por una persona, sin perjuicio de que la actuación procesal subsiguiente la impulse el Juez;
- b) Publicidad, pues el expediente es público, no está sujeto a reservas y a él tienen acceso no sólo las partes sino las personas en general;
- c) Prevalencia del derecho sustantivo sobre el procesal, no pudiendo sacrificarse la justicia por falta de formalidades o solemnidades propias del ejercicio de las acciones judiciales. Por el contrario, el Juez de corte constitucional debe permitir, facilitar y garantizar el acceso ciudadano a la justicia, sin poner trabas para el ejercicio de la acción;
- d) Celeridad, pues el Juez tiene un plazo perentorio para tramitar la causa y dictar el fallo;
- e) Economía, concordante con el principio anterior, el Juez debe procurar que las actuaciones procesales sean sencillas y pertinentes a la economía en el trámite del proceso; y,
- f) Gratuidad, pues la presentación de la demanda y la tramitación del proceso no implica gasto alguno. La principal diferencia entre las acciones de cumplimiento y de amparo radica en que ésta tiene por fin la protección de un bien público individual, protegiendo o reparando la vulneración de derechos constitucionales

subjetivos de las personas, en cambio que la acción de cumplimiento no protege derechos subjetivos individuales sino que se encamina a procurar la vigencia y efectividad material de las leyes y actos administrativos.

En efecto, como es sabido, la acción de amparo protege los derechos subjetivos de las personas agredidas por una acción u omisión ilegítima de una autoridad pública, en tanto que la acción de cumplimiento no se circunscribe a la protección de los derechos de accionantes, pues no presupone, necesariamente, para su ejercicio, la existencia de un derecho Subjetivo supuestamente agraviado.

3.2.- La Inconstitucionalidad por Omisión y la Acción por incumplimiento

La acción de inconstitucionalidad consagrada en la Constitución ecuatoriana sólo permite reparar los daños a la Constitución como producto de la expedición o promulgación de un acto o de una ley contraria a la supremacía material o formal de la Carta Magna pero, no se aplica a la violación de la Constitución por omisión. Para corregir ésta grave falencia en el constitucionalismo ecuatoriano hemos propuesto la creación de la Acción de Inconstitucionalidad por Omisión, cuya tramitación correspondería a la Corte Constitucional.

Ahora bien, cuando la omisión afecta la eficacia de una ley o norma administrativa de carácter general, no existe un incumplimiento expreso de una norma concreta e imperativa de la Constitución, sino que en forma indirecta se afectaría a la Carta Suprema, al violar los derechos a la seguridad jurídica y a la aplicación de la ley que tenemos todos quienes habitamos en un Estado constitucional de derecho. En este supuesto, el remedio consistiría en crear una nueva garantía constitucional, que permita el inicio de un proceso, con la presentación de una Acción de Cumplimiento.

En mi concepto, se hace lo correcto, al ampliar la legitimación activa para la presentación de una Acción de Cumplimiento a toda persona, pues en materia del imperio de la ley y de los reglamentos de carácter general, no debe aplicarse la máxima jurídica "donde no hay interés no hay acción", ya que este precepto sólo es aplicable para temas de interés particular, pero no para los aspectos de interés

común como es la eficacia de las leyes y normas generales vigentes en un país, que es un tema que debe interesar a todos.

3.3.- Diferencias y Semejanzas entre la Acción por incumplimiento y la Acción de Inconstitucionalidad por Omisión.

La Acción de Inconstitucionalidad por Omisión está destinada a corregir casos de omisión inconstitucional directa, mientras que la Acción por incumplimiento se refiere a casos de omisiones inconstitucionales indirectas.

En efecto, la Inconstitucionalidad por Omisión se define como "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".

Como se aprecia en la definición anterior, se produce la inconstitucionalidad por omisión y, en consecuencia, la posibilidad de pedir la reparación de esta violación a la Carta Suprema, cuando se produce la inobservancia total o parcial de mandatos constitucionales concretos, como producto de la inacción de los poderes constituidos o funcionarios públicos.

La Acción por incumplimiento, en cambio, se dirige a remediar la omisión, por parte de las autoridades u órganos del poder público, en dar cumplimiento con los mandatos estatuidos en una norma legal o en un acto o norma administrativa de

carácter general y tiene como finalidad conseguir que se acate y efectivamente se ejecute lo estatuido en dichas disposiciones. a una norma legal o ejecute un acto administrativo firme; Se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenen emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento.

Otra diferencia entre la Inconstitucionalidad por Omisión y la Acción por incumplimiento es que mientras la primera se refiere básicamente, aunque no en forma exclusiva, a omisiones constitucionales de carácter legislativo, la Acción por incumplimiento en cambio se refiere básicamente, aunque no exclusivamente, al control de las omisiones del ejecutivo, frente a mandatos contenidos en leyes o normas administrativas de carácter general.

La principal semejanza entre la Inconstitucionalidad por Omisión y la Acción por incumplimiento radica justamente en que, el fin que ambas persiguen, es procurar la eficacia de las normas jurídicas. En el primer caso, frente a una violación directa, por omisión, de un mandato constitucional concreto; en tanto que, en el segundo, frente a una violación indirecta de las normas constitucionales y de los principios del Estado Social de Derecho que establecen el derecho de todos los ciudadanos a que las normas legales o administrativas vigentes se apliquen efectivamente en la realidad social.

4.- principios generales de la acción por incumplimiento.

Indican que una vez iniciada se desarrollará de manera oficiosa, su similitud con la tutela radica en la publicidad, economía, celeridad, eficacia, gratuidad y prevalencia del derecho sustancial, es decir, que siempre debe haber un fallo de mérito.

a. Principio de publicidad: En virtud de este principio, la corte constitucional quien tiene la competencia en la acción por incumplimiento debe dar a conocer sus decisiones mediante la notificación de las mismas con el fin no sólo de que las partes se enteren de su contenido. Además, por su propia naturaleza, el trámite de la acción por incumplimiento goza de absoluta publicidad y no hay ninguna restricción para conocer su devenir. Indica también el principio de publicidad la motivación de todas las providencias para evitar cualquier arbitrariedad en el trámite de la misma.

b. Principio de Economía: El procedimiento establecido ha de utilizarse para agilizar las decisiones, imponiendo al juez velar por la rápida solución de la controversia planteada y adoptar las medidas conducentes para impedir la paralización del mismo, so pena de incurrir en responsabilidad por la mora en que incurra. En síntesis, el trámite ha de darse en el menor tiempo y con la menor cantidad de gastos de quienes intervienen en él.

c. Principio de Celeridad: La justicia ha de ser pronta y cumplida, como lo establece la Administración de Justicia, la cual agrega que los términos son perentorios y de estricto cumplimiento por parte de funcionarios judiciales, siendo su inobservancia causal de mala conducta, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar.

d. Principio de Eficacia: Éste es el núcleo esencia de la acción por incumplimiento, pues se busca exigir a la administración que sea eficaz en el cumplimiento de una ley o de un acto administrativo de carácter general, con miras a la efectividad de los deberes que le son impuestos por el mismo orden jurídico.

e. Principio de Gratuidad: En materia de acción por incumplimiento, el trámite es gratuito, es decir que el accionante no debe sufragar ningún tipo de emolumentos para que la demanda sea tramitada y se dicte sentencia. Sin embargo en nuestra legislación la ejecución de dicha acción puede conllevar gastos.

f. Principio de Prevalencia del Derecho Sustancial: Su consagración obliga a la corte constitucional quien tiene la competencia de la acción por incumplimiento a dar prioridad a los contenidos sobre las formas. Sin embargo, esto no quiere decir que los preceptos legales que establecen formalidades no tengan incidencia en el proceso, ni deban exigirse a las partes. Según la Corte Constitucional, lo que en últimas se busca es evitar el excesivo rigorismo formal, es decir, la exigencia de condicionamientos excesivos que no inciden en el hecho considerado.

g. Principio de Informalidad: El profesor Edgardo Villamil Portilla dice que *“es verdaderamente deplorable que no se haya consagrado el principio de informalidad que ilustra la acción de tutela y otras acciones públicas, pero creemos convencidamente que corte constitucional dará preeminencia a este principio.”*

5.- Improcedencia según la doctrina

Quando se pretenda proteger derechos que puedan ser garantizados mediante la acción de protección; Cuando el afectado tenga o haya tenido otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento de la norma o acto administrativo, salvo, que de no proceder el juez, se siga un perjuicio grave e inminente para el accionante; Para perseguir el cumplimiento de normas que establezcan gastos esto en países hermanos porque en nuestra legislación si procederá así conlleve gastos.

6.-Titulares de la acción por incumplimiento

Cualquier persona podrá ejercer la acción por incumplimiento frente a las normas con fuerza material de ley o actos administrativos.

Los Servidores Públicos, en especial, el Procurador General de la Nación, El Defensor del Pueblo y sus Delegados, los Personeros Municipales, el Contralor General de la República.

Las Organizaciones Sociales.

Las Organizaciones no Gubernamentales.

Art. 9.- Legitimación activa.- Las acciones para hacer efectivas las garantías jurisdiccionales previstas en la Constitución y esta ley, podrán ser ejercidas:

a) Por cualquier persona, comunidad, pueblo, nacionalidad o colectivo, vulnerada o amenazada en uno o más de sus derechos constitucionales, quien actuará por sí misma o a través de representante o apoderado; y,

b) Por el Defensor del Pueblo. Se consideran personas afectadas quienes sean víctimas directas o indirectas de la violación de derechos que puedan demostrar daño. Se entenderá por daño la consecuencia o afectación que la violación al derecho produce.

En el caso de las acciones de hábeas corpus y extraordinaria de protección, se estará a las reglas específicas de legitimación que contiene esta ley.

*LEY ORGANICA DE GARANTIAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL.

*LEY ORGANICA DE GARANTIAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL.

7.- Accionados

La acción por incumplimiento se dirigirá contra la autoridad a la que corresponda el cumplimiento de la norma con fuerza material de ley o acto administrativo.

Si contra quien se dirige la acción no es la autoridad obligada, aquel deberá informarlo a la corte constitucional que es quien tramita la acción, indicando la autoridad a quien corresponde su cumplimiento. En caso de duda, el proceso continuara también con las autoridades respecto de las cuales se ejercita la acción hasta su terminación. En todo caso, la corte constitucional deberá notificar a la autoridad que conforme al ordenamiento jurídico, tenga competencia para cumplir con el deber omitido.

Art. 53.- Legitimación pasiva.- La acción por incumplimiento procederá en contra de toda autoridad pública y contra de personas naturales o jurídicas particulares cuando actúen o deban actuar en ejercicio de funciones públicas, o presten servicios públicos. Procederá contra particulares también en el caso de que las sentencias, decisiones o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos impongan una obligación a una persona particular determinada o determinable.

8.- Procedimiento y demanda.

Es de nuestro conocimiento que en nuestro país que la acción por incumplimiento es competencia única y exclusiva de la corte constitucional, la legitimación activa según lo estipula el art 9 de la *LEY ORGANICA DE GARANTIAS

JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL. Cualquier individuo, comunidad o autoridad podrá establecer la demanda, de inmediato la autoridad que está incumpliendo la norma previamente establecida será llamada en audiencia para que esta argumente y mediante pruebas manifieste el porqué de su incumplimiento, teniendo en cuenta lo descargado por el legitimado pasivo la corte constitucional procederá fallar según lo encuentre legal y constitucionalmente pertinente.

Art. 55.- Demanda.- La demanda deberá contener:

1. Nombre completo de la persona accionante.
2. Determinación de la norma, sentencia o informe del que se solicita su cumplimiento, con señalamiento de la obligación clara, expresa y exigible que se requiere cumplir.
3. Identificación de la persona, natural o jurídica, pública o privada de quien se exige el cumplimiento.
4. Prueba del reclamo previo.
5. Declaración de no haber presentado otra demanda en contra de las mismas personas, por las mismas acciones u omisiones y con la misma pretensión.
6. Lugar en el que se ha de notificar a la persona requerida.

Art. 57.- Procedimiento.- Presentada la demanda a la Corte Constitucional, la sala de admisiones lo admitirá o inadmitirá conforme lo establecido en los artículos precedentes.

En caso de considerar admisible la demanda, inmediatamente se designará mediante sorteo a la jueza o juez ponente y dentro de las veinticuatro horas siguientes, se notificará a la persona accionada para que cumpla o justifique el

incumplimiento en una audiencia que se realizará en el término de dos días, ante la jueza o juez ponente.

En la audiencia, la persona accionada comparecerá y contestará la demanda y presentará las pruebas y justificativos que considere pertinentes.

En caso de que existan hechos que deban justificarse, se podrá abrir el término de prueba por ocho días tras los cuales se dictará sentencia. Si la persona accionada no comparece a la audiencia o si no existen hechos que deban justificarse, se elaborará el proyecto de sentencia y el Pleno dictará sentencia en el término de dos días tras la celebración de la audiencia

9.-Prescripción.

Por regla general, la acción de cumplimiento podrá ejercitarse en cualquier tiempo y la sentencia que ponga fin al proceso hará tránsito a cosa juzgada.

***LEY ORGANICA DE GARANTIAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL**

Art. 56.- Causales de inadmisión.- La acción por incumplimiento no procede en los siguientes casos:

1. Si la acción es interpuesta para proteger derechos que puedan ser garantizados mediante otra garantía jurisdiccional.
2. Si se trata de omisiones de mandatos constitucionales.

3. Si existe otro mecanismo judicial para lograr el cumplimiento de la norma, sentencia, decisión o informe, salvo en los casos en los cuales, de no admitirse la acción por incumplimiento, se provoque un perjuicio grave e inminente para el accionante.

4. Si no se cumplen los requisitos de la demanda.

Inconstitucionalidad por omisión

La Carta Magna establece encargos u obligaciones concretas dirigidas generalmente a la Función Legislativa y también a otras funciones del Estado para que completen la voluntad del constituyente, a veces generadas por decisiones políticas del gobierno de turno motivadas por promesas de campaña, o por momentos de necesidad que atraviese el país (como por ejemplo creación de alguna ley que levante la polémica general). Estos encargos podrían nacer por concesiones de tipo social del mandatario al mandante, o en el mejor de los casos en momentos que realmente le hagan falta al país normas que no regulen circunstancias que a través de los años vayan surgiendo dentro de un Estado, formando mandatos establecidos en la Carta Suprema que demandan un cumplimiento de los mismos, ya sea que se mencione el plazo o no.

Pero hay ocasiones en que estos mandatos imperativos de la Constitución no se cumplen por diversos motivos, entre los cuales pueden ser la falta de interés en el cumplimiento de tales mandatos, o la tardanza en el mismo, lo que conlleva perjuicio a la fuerza normativa de la Constitución.

Estas ociosidades de los poderes del Estado se denomina Inconstitucionalidad por Omisión, que en nuestro país uno de los principales estudiosos del Derecho Constitucional el Dr. Iván Castro Patiño²⁵ la menciona en sus obras, y da un concepto del mismo: "Cuando la quiescencia, inacción, inercia u omisión de las Funciones del Estado frente a claros y concretos mandatos del constituyente producen efectos contrarios a lo que dispone la Constitución, estamos frente al caso de una inconstitucionalidad por omisión, pues la Constitución no sólo se vulnera cuando se hace lo que ella prohíbe hacer sino también cuando se deja de realizar lo que ella ordena que se haga".

Por lo tanto al hablar de la Inconstitucionalidad por omisión estamos frente a la incapacidad de acción, incumplimiento, pasividad y ociosidad en el acatamiento de los mandatos constitucionales directos establecidos en la Carta Magna de un país, dejando obligaciones para el poder público, el mismo que puede ser representado por cualquiera de los funcionarios estatales, incluyéndose el poder legislativo, judicial, ejecutivo, electoral y de transparencia y control. Estos mandatos podrían tener obligaciones en creaciones de leyes, ejecuciones de las atribuciones de algún órgano estatal que no cumple, y hasta las decisiones judiciales.

²⁵ Dr. Iván Castro Patiño: Decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil y profesor de Derecho Constitucional y Derecho Laboral en la referida institución.

La diferencia en cuanto al otro tipo de inconstitucionalidad, radica en que la inconstitucionalidad por acción, o llamada también positiva, consiste en que frente a los mandatos constitucionales el sujeto realiza una acción que transgrede la norma, como por ejemplo dentro de las normas del debido proceso, se establece que las pruebas inconstitucionales carecerán de eficacia en el proceso, y al presentarlas el juez pasa por alto esto y aún así la incluye dentro del mismo.

En cambio en la inconstitucionalidad por omisión, o negativa, no hay una acción que transgreda, sino más bien una quietud u inobservancia del mandato establecido.

Regulación actual

En nuestra ²⁷ Constitución dentro del Título IX, en el Capítulo II de la Corte Constitucional, se encuentra establecido dentro de las atribuciones de la Corte Constitucional, que ese será el órgano estatal encargado de regular estas violaciones a la Carta Suprema, antes de esto no existía una regulación positiva por lo tanto es un tema realmente nuevo en nuestra legislación y que antes simplemente era una teoría de diferentes doctrinarios que desarrollaban sobre el tema con lo que conocían de órdenes jurídicos internacionales. . Por lo tanto existe muy poca jurisprudencia conocida sobre este caso, o quizá realmente es carente.

Esto debido también a que la sociedad no conoce de esta forma de poder reclamar sus derechos contenidos en la norma, por lo tanto muy aparte de que exista la transgresión constitucional por parte de los poderes del Estado de una forma negativa(omisión), también existe un total desinterés por los miembros de un país en ejercer presión en contra de esos poderes.

²⁷ Constitución del Ecuador - **Art. 436.-** 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 considerado razonable por la Corte Constitucional. Si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley.

Frente a los tratados Internacionales

En materia de dictar las normas legales locales que instrumenten derechos consagrados en un Tratado o convención Internacional es recomendable hacer dos precisiones en lo referente a omisión inconstitucional:

a) Hay casos en que países dan a los convenios internacionales sobre derechos humanos le dan la jerarquía de norma constitucional. Por lo tanto, incumplir por omisión lo que en ellos se establece, conlleva inconstitucionalidad por omisión.

b) Hay países, en que los instrumentos internacionales no tienen categoría constitucional, pero si existe una omisión en desarrollar las normas locales que tornen eficaces disposiciones de los Tratados en forma indirecta constituiría una inconstitucionalidad por omisión.

Cuando se expide una ley que transgrede la norma constitucional, estamos frente a un caso de violación de la constitución de carácter positivo; cuando se incumple con la expedición de una ley o la ejecución de un acto ordenado por la Constitución, estamos en el ámbito de una violación constitucional de carácter negativo, porque es justamente la inacción, la omisión de la obligación constitucional la que produce el vicio.

Para el primer caso en el constitucionalismo universal exista remedio a través de los mecanismos de control de la constitucionalidad establecidos en sus cartas supremas.

Para el segundo, sólo por excepción se ha regulado el instituto de la inconstitucionalidad por omisión.

Cualquier país debe de regular la inconstitucionalidad por omisión, a fin de conseguir que la voluntad del Constituyente se realice plenamente y se viva en la práctica las doctrinas de la supremacía y de la fuerza normativa de la Constitución.

¿Cuáles son las normas constitucionales transgredidas en una inconstitucionalidad por omisión?

Dentro del Derecho Constitucional existen muchas formas de clasificación de las normas, que en ocasiones llevan a la confusión por la similitud existente entre las mismas, pero que en otras simplemente tratan de hacer más fácil el estudio de esta rama del Derecho.

Entre las clasificaciones más relevante están:

- Normas constitucionales declarativas o de principios: aquellas que se refieren a los objetivos o propósitos del Estado);
- Normas instituyentes u organizadoras: que dejan disposiciones sobre la distribución de las diversas Instituciones existentes en el sector público).
- Normas programáticas de cumplimiento obligatorio, es decir aquellas normas que establecen una acción que deberá ser cumplida en un determinado tiempo por algún funcionario del Poder Público, pero que al momento de transgredirse sólo se lo podría hacer de una manera negativa(inacción) ya que no establecen una prohibición sino una acción por parte de los obligados a realizar ese mandato.

Por lo tanto sería este último tipo de norma la transgredida en cuanto a una inconstitucionalidad por omisión.

Concepciones de la doctrina con respecto a la inconstitucionalidad por omisión

Inconstitucionalidad por omisión de una forma amplia:

Esta concepción trae a consideración que la inconstitucionalidad por omisión no sólo puede efectuarse por la inactividad del legislativo, sino también por los demás poderes y funcionarios públicos en general.

En este sentido, serían también actos de inconstitucionalidad por omisión, decisiones de carácter político o administrativo que impliquen la no realización por parte de un órgano del poder político de un deber que la Constitución le impone.

Entre los doctrinarios que impulsan esta concepción tenemos al ²⁸ Profesor Francisco Fernández Segado y al Profesor argentino ²⁹ Néstor Pedro Sagues.

Inconstitucionalidad por omisión de una forma restringida:

²⁸ Francisco Fernández Segado: Doctor en derecho por la Universidad Autónoma de Madrid y Diplomado en Sociología Política y en Administración de Empresas. Catedrático de Derecho Constitucional

²⁹ Profesor argentino Néstor Pedro Sagues. Obra "Elemento de Derecho Constitucional", Editorial Astrea, Buenos Aires 1999, Tomo 1.

Es cuando sólo se refiere a la inacción de la función legislativa en el dictado de la norma que la Constitución le impone. Quienes están de acuerdo con esta concepción son el Profesor español ³⁰José Julio Fernández Rodríguez y el ³¹Profesor Ignacio Villaverde Menéndez

Tipos de inconstitucionalidad omisión.

Son señalados por diversos doctrinarios del Derecho Constitucional por su punto de vista en este tema, aunque la mayoría de los siguientes tipos mantienen rasgos similares y sólo se diferencian por aspectos mínimos. Entre los más importantes y menos repetitivos tenemos:

- Omisión de las funciones y funcionarios públicos y omisión de la función legislativa

Se produce por la ociosidad de los poderes públicos o de los funcionarios públicos, en un sentido general, que implique un incumplimiento de un directo mandato constitucional. En este caso sería dejar de emitir actos políticos, administrativos, o decisiones judiciales.

Y en lo correspondiente a la legislatura se refiere a la pasividad en cuanto a los mandatos que se les encomiende.

- Omisión legislativa absoluta y omisión relativa

Es propuesta por el Magistrado del Tribunal Constitucional alemán ³²W. Wessel, para él las omisiones inconstitucionales absolutas son los silencios u omisiones del legislador, mientras que las relativas son los silencios u omisiones de la ley, indicando que; según Wessel, frente a la ausencia total de desarrollo de un precepto constitucional -omisión absoluta- no hay posibilidad de demanda constitucional; en tanto que, las omisiones relativas, si son fiscalizables debido a que transgreden el derecho fundamental de igualdad ante la ley.

³⁰ José Julio Fernández Rodríguez: Obra: "La Inconstitucionalidad por Omisión. Teoría General: Derecho Comparado. El Caso Español." Editorial Civitas, Madrid 1998.

³¹ Profesor Ignacio Villaverde Menéndez: Obra. "La Inconstitucionalidad por Omisión. De los silencios legislativos" Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario, número 8 Madrid-España 1996.

³² W. Wessel, Magistrado del Tribunal Constitucional Alemán

- OMISIÓN POR MORA Y POR NEGACIÓN.

El Profesor argentino Néstor Pedro Sagués, en su ensayo "Instrumentos de la justicia constitucional frente a la inconstitucionalidad por omisión", realiza la siguiente clasificación:

a) Inconstitucionalidad por mora:

- Por inercia en adoptar una decisión concreta, como retardar la libertad de alguien cuya detención ha sido concluida como ilegal,
- Por mora en la ejecución, que se produce cuando habiendo una decisión tomada, ella no se cumple, como en el caso que la Asamblea designa alguna autoridad estatal pero sin posesionarlo,
- Por tardanza en la producción de normas jurídicas.

b) Inconstitucionalidad por negación, llamada también inconstitucionalidad por omisión relativa, que viene a ser el caso de la exclusión arbitraria de beneficios a la que nos referimos anteriormente.

Definición y elementos concepto de Inconstitucionalidad por omisión

Conforme a lo leído en los libros sobre este tema, en nuestro país es aplicable la concepción amplia, ya que engloba las situaciones en la que una omisión de los poderes constituidos o funcionarios públicos puede vulnerar la fuerza normativa de la Constitución.

Para el Dr. Iván Castro Patiño el concepto es: "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."

Analizando el concepto se puede explicar que una inobservancia total o parcial se refiere a que no sólo puede producirse por la falta total del mandato constitucional, sino también por el desarrollo parcial de lo que la Carta Suprema dispone.

Al referirnos por mandatos concretos contenidos en normas constitucionales de cumplimiento obligatorio se hace alusión a las normas imperativas de carácter obligatorio y también que sean mandatos concretos, porque los mandatos abstractos no establecen con precisión aquello que los poderes constituidos deben hacer, requisito indispensable para que, en caso de no hacerlo, pueda hablarse de omisión inconstitucional.

Cuando se menciona producto de la inacción de los poderes constituidos o de los funcionarios públicos hay dos elementos importantes que considerar:

Que la infracción constitucional sea producto de la inacción;

Que esta inacción sea atribuible a cualquiera de los poderes constituidos o a cualquier funcionario público.

Dentro del plazo establecido constitución o considerado razonable, ya que a veces se señala el plazo en el que debe cumplirse el mandato; pero también puede suceder que se establece la norma programática imperativa sin señalar plazo fijo. Aquí se da la figura del plazo razonable.

La gran mayoría de situaciones en que los preceptos constitucionales programáticos de cumplimiento imperativo, no señalan plazos dentro de los cuales debe de cumplirse con sus prescripciones.

Debemos reconocer que la existencia de estas normas programáticas imperativas, sin plazo de ejecución taxativamente establecido en la Constitución, conllevan a proporcionar un matiz de relatividad a la institución de la inconstitucionalidad por omisión, pues cabría preguntarse quién fija el plazo.

En consecuencia hay que establecer :

- El hecho de que no exista un plazo determinado para el desarrollo de una norma constitucional programática imperativa, no debe servir de excusa para retrasar al infinito la realización del mandato constitucional
- El principio que debe primar es el de la obligación de desarrollo del mandato constitucional y sólo por excepción, que obviamente deberá ser debidamente justificada, podrá aceptarse la excusa de la imposibilidad de hacerlo.

- Lo que fundamentalmente debe cuidarse, es no dañar la fuerza normativa de la Constitución, permitiendo que subsistan o prevalezcan situaciones jurídicas no queridas por la Carta Magna. Al respecto, el Profesor Ignacio Villaverde señala: "la existencia del permiso constitucional sobre la determinación del momento temporal para cumplir la encomienda constitucional, hace preciso, para transformar el silencio legislativo en una omisión inconstitucional, que ese silencio conserve o genere una situación contraria a la Constitución. Este es el preciso instante en que se infringe la Constitución..."

El problema se acrecienta cuando las normas programáticas de cumplimiento obligatorio establecen derechos de imposible o muy difícil realización práctica en el corto tiempo, es decir, normas utópicas, de aquellas que regalan felicidad por simple decreto, sin que existan las condiciones necesarias para que esa situación ideal se produzca.

Hay varios esfuerzos jurisprudenciales y doctrinarios que han tratado de establecer el del plazo razonable dentro del cual debe de cumplirse con la orden establecida en la norma programática imperativa, pero es imposible dejarlo como regla general ya que no puede establecerse una regla de carácter general que sirva para todos los casos y para todos los países.

Se resalta la necesidad de congeniar la decisión sobre la oportunidad o el momento, que pertenece a la competencia discrecional del poder constituido y la vigencia de los principios de supremacía y fuerza normativa de la Constitución.

Críticas a la inconstitucionalidad por omisión

Entre las principales teorías de diversos doctrinarios ya mencionados anteriormente existen aquellos que mantienen ciertas objeciones, no en cuanto a la existencia sino en cuanto al control, la forma de sancionar y sanear aquellos mandatos constitucionales que no han sido cumplidos por parte de los funcionarios del Estado.

- Riesgo de sustituir al poder legislativo por otro órgano del estado.

Quienes sostienen esta objeción manifiestan que al regular la inconstitucionalidad por omisión se corre el riesgo de atentar contra la división de poderes del Estado, permitiendo que el órgano controlador se inmiscuya en, atribuciones que le son propias a la Función Legislativa. Al juez no le está permitido, sustituir al legislador, dictando normas de carácter general.

A esta objeción se contesta de una doble manera. En primer lugar, la solución jurídica a la inconstitucionalidad por omisión, no necesariamente debe pasar por la dictación de normas legales por parte de la Corte que ejerce el control, tal como se puede apreciar en la casi totalidad de los ordenamientos constitucionales que regulan la materia. En segundo lugar, en el supuesto que la solución establecida por el constituyente, sea la de atribuir al órgano de control la facultad de dictar la legislación omitida, aún cuando sea de forma provisional, ésta no sería sino la previsión legítimamente establecida por el poder constituyente con el objeto de buscar remedio a la negligencia del poder legislativo en usar su competencia para dictar las normas que concreta y obligatoriamente la propia Constitución dispone que las dicte.

- El carácter de legislador negativo que generalmente se le atribuye a los tribunales constitucionales:

Esta objeción recuerda que, a diferencia de la Función Legislativa que actúa como legislador positivo, creando o reformando leyes, a los Tribunales Constitucionales se les atribuye el carácter de legislador negativo, pues su labor se reduce a expulsar del ordenamiento jurídico las normas que juzga contrarias a la Carta Suprema. Esta tradicional concepción se rompería en distintas variantes de posibles regulaciones de la constitucionalidad por omisión.

- La regulación de la inconstitucionalidad por omisión propicia la dictadura de los jueces:

Se sostiene que al institucionalizar la inconstitucionalidad por omisión se estaría propiciando un exagerado activismo judicial, que podría conducirnos a una dictadura o, en el mejor de los casos, a un "gobierno de los jueces". Quienes sostienen esta tesis afirman que si se permite que los jueces corrijan las consecuencias de la inconstitucionalidad por omisión se estaría sobre valorando las posibilidades de actuación judicial, en perjuicio de las competencias originarias del legislador.

- La ilegitimidad de la Corte constitucional para controlar la labor del parlamento:

EL ³³Dr. Luis Fernando Torres Torres sobre este tema indica: "¿Cuál es el fundamento político y democrático para que jueces constitucionales no elegidos por el pueblo invaliden leyes y actos expedidos por los genuinos representantes de los ciudadanos, el Congreso y el jefe (sic) del Ejecutivo?". El mismo autor responde: "No existe una explicación completamente satisfactoria que aclare por qué tales jueces pueden detentar un poder de veto de tanta magnitud."¹

Es evidente que la respuesta a esta inquietud u objeción es que el Congreso y los demás órganos del poder público forman parte del poder constituido y por tanto, están limitados por la Constitución, que es producto del poder constituyente. El propio poder constituyente, en defensa de su obra y de su mandato, ha establecido mecanismos de defensa de la Constitución. Aceptar esta objeción sería regresar a los tiempos de la divinización del Parlamento y considerar a la Constitución como un conjunto de formulaciones políticas sin fuerza vinculante desde el punto de vista jurídico. Esta tesis ha sido superada desde los albores del siglo XIX en América y en el transcurso del Siglo XX en Europa.

El maestro ³⁴Eduardo García de Enterría, al referirse a la legitimidad de la Corte Constitucional ha afirmado categóricamente: "Su legitimación se encuentra, en definitiva, en el 'Tribunal de la Historia', en el 'plebiscito diario' sobre el que una comunidad se asienta por la comunión de ciertos principios

Conclusión:

Tomando en consideración las críticas hechas por los doctrinarios sobre la solución al conferirle al poder judicial la atribución de establecer la inconstitucionalidad por omisión, y de poder expedir las normas cuando el legislativo no lo haga por incumplimiento del mandato constitucional, mi opinión personal es que quizá en esencia sería cierto que no es el órgano que debería de legislar, porque para eso está la Asamblea, pero si este último ha inobservado el mandato y no lo hizo, le corresponderá a otra función corregir y sanear esa inacción legislativa.

No considero que exista una dictadura de los jueces, o que ese sea el verdadero espíritu de la solución para la inconstitucionalidad por omisión, ya que sólo

³³ Dr. Luis Fernando Torres Torres : "Legitimidad de la Justicia Constitucional" editado por Librería Jurídica Cevallos, Abogado y doctor en jurisprudencia por la Universidad Católica de Quito. Ha obtenido una maestría en Ciencias Políticas en London School of Economics (LSE).

³⁴ Eduardo García de Enterría: "La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional" Editorial Civitas, Madrid, tercera Edición, 1985.

intervendrán en los casos en que se viole la Carta Magna de manera negativa, para luego proceder y sanear el acto.

También se critica el porqué del control del poder judicial sobre el legislativo, a mi criterio, ambos forman parte del poder constituido, creado por el poder constituyente, y si éste designa una forma para el control de la constitucionalidad, en la cual se establezca esta atribución para poder sanearla, entonces no habría problema, ya que lo que el poder constituyente busca es la eficacia y la fuerza normativa de la Carta Suprema.

En cuanto a lo personal, si considero que ésta sería una gran solución, para que la función legislativa de nuestro país se dedique para lo que fue elegida, y esto es, dictar normas, y con mucha más razón, aquellas que dicte por mandato imperativo la Constitución.

A más que con esto, las disposiciones contenidas en la Constitución tendrán una verdadera fuerza normativa, y en cada artículo que demande una creación de ley para un tema en específico, se la dicte y no exista un vacío legal en la persona que es el miembro principal en un Estado Social de Derecho, o que esta persona no pueda hacer mención de una norma, o que exista alguna acción que quiera ejecutar, o un derecho que quiera respaldar y que por una omisión legislativa o cualquier poder o funcionario público, no la pueda realizar.

LOS DERECHOS HUMANOS Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES

1. INTRODUCCION

De conformidad con la nueva arquitectura constitucional que rige el Ecuador, la Corte Constitucional es competente para resolver mediante dictamen vinculante, sobre la constitucionalidad de los instrumentos internacionales, de los cuales el país pretende ser signatario. La norma suprema que viabiliza esta atribución la encontramos en lo preceptuado en el numeral 1 del Art. 438 de la Constitución de la República del Ecuador.

Ahora bien, dada la trascendencia de este asunto, indefectiblemente es preciso hacer ciertas puntualizaciones de orden académico para entrar en este tema: 1.) El control de constitucionalidad de instrumentos internacionales representa un campo muy poco explorado en el país; y, 2) Para un adecuado dominio de este complejo ejercicio ius-filosófico, el juez constitucional está obligado a ser titular de una cabal comprensión de los postulados que al respecto propone el neoconstitucionalismo latinoamericano. De otro modo, si se sigue una línea conservadora en esta materia, lo cual es aceptable, siempre que no se invoque el paradigma de moda; se cae inevitablemente en un mecanismo propio de esquemas legales ya superados.

Atención con lo que se expone, porque en el Ecuador, se habla recurrentemente, hasta llegar al extremo de degradar el término mismo, de la vigencia de una corriente denominada neoconstitucionalismo, al que algunos, tienen la tendencia de apellidarle latinoamericano.

Sin embargo, ciertos operadores jurídicos para entrar en este tipo de estudios, aún lo hacen con las mismas reglas del constitucionalismo liberal. Así, en las cuales se habla, a manera de examen de constitucionalidad de un tratado internacional, de control material, de control formal y de una presunta genialidad del constituyente nacional, desgastándose los autores de este tipo de proyectos; en consideraciones de cuño arcaico. Conspira contra el necesario desarrollo de esta materia, además de nuestros marcados déficits de lectura, la mercantilización de los programas de postgrado, con especial énfasis los relacionados con ramas del Derecho como el Constitucional, en los que generalmente participan como maestros; proverbiales desconocedores de la materia. Los franceses, allá por fines de la década del 50 del siglo pasado y bajo la dominante impronta positivista, todavía discutían el fundamento y alcance de estos principios, hoy en desuso, del Derecho.

2. LA IMPORTANCIA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN EL MUNDO GLOBAL:

Ciertamente la incidencia de los Tratados Internacionales es cada vez más creciente y su radio se fortalece mediante la globalización. A partir de este presupuesto, analizar el tema del control de constitucionalidad de los poderes públicos en cualquier Estado contemporáneo impone, en términos genéricos, reflexionar acerca de las relaciones entre democracia y garantías fundamentales, es decir, sobre las vinculaciones entre aquella forma de gobierno cuyo principio básico, no único, por cierto, es la regla del gobierno de la mayoría y un mecanismo claro y serio para impedir que normas de menor jerarquía, auspicien la violación de las normas consagradas en el texto constitucional. Dada la manifiesta trascendencia que este tipo de Acuerdos, Convenios o Tratados tienen para los países que los suscriben, resulta imperioso que éstos pasen un detenido escrutinio constitucional, el mismo que, por obvias consideraciones, debe ser realizado por el órgano que cada sociedad haya facultado para tal efecto, en el caso ecuatoriano, este control, le corresponde, como hemos visto, a la Corte Constitucional.

3. SEDES PARA EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE ACUERDO AL PARADIGMA ACTUAL:

Doctrinaria y jurisprudencialmente, este control presupone tres análisis, puesto que se realiza desde tres sedes diversas, examen que a continuación se hace:

3.1 PRIMERA SEDE DE CONTROL:

Supremacía de la Constitución nacional.

En primer término, el análisis, se hace desde la propia Constitución (sin duda el estudio más importante de todos), en virtud de este examen entramos en la temática de la defensa de la Ley Suprema mediante los mecanismos que ella misma prevé a fin de asegurar el principio universalmente aceptado de la supremacía constitucional y la posterior irradiación de sus efectos en todo el sistema normativo que de ella misma se deriva (metástasis constitucional).

No se puede pretender iniciar siquiera con un control de la constitucionalidad minimamente serio sin hacer mención al contenido del Art. 424 de la Carta Magna, base de la jerarquía normativa del escenario constitucional ecuatoriano. El citado artículo, en su primer inciso prescribe:

La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

Como se aprecia, este inciso afirma la superioridad instrumental de la Constitución respecto del resto de fuentes en el Ecuador. Es decir, a partir de tal consagración son definidos los estratos esenciales del teatro jurídico nacional. Más sin embargo, fiel a la matriz propia del neoconstitucionalismo latinoamericano, en la que se asienta nuestra Ley Suprema, el segundo inciso del mismo Art. 424 nos dice:

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.;

¿Qué es lo que podemos advertir de este texto constitucional? Pues, aquí es cuando adquiere mayor protagonismo el papel de la Corte Constitucional, ya que debe estar claro, que en cuanto más garantista sea un Tratado Internacional, más debe ser considerado válido para el país. En contraste, si éstos, de alguna manera, inobservan derechos fundamentales, se debe declarar de qué manera opera tal inadecuación y señalar la imposibilidad de continuar con su trámite aprobatorio.

Para hacer menos abstracta esta explicación, se puede presentar como ejemplo, una petición que haga el Ejecutivo para que la Corte Constitucional proceda a dictaminar si un instrumento internacional amerita continuar su trámite hasta ser finalmente suscrito por el país. El ejemplo que propongo y sobre el que girará este trabajo versa sobre un imaginario Convenio para la implementación económica de bases de datos compartidas de niños, niñas y adolescentes en situación de vulnerabilidad de la Comunidad Andina y del Mercosur.

Ante un caso de similar naturaleza, la Sala respectiva de la Corte Constitucional, luego de proceder a estudiar detenidamente todo el texto del supuesto convenio, debe determinar si las normas del instrumento internacional mantienen o no armonía con el texto de la Constitución ecuatoriana. En su análisis, la Corte, está facultada y obligada, a revisar si el articulado del Acuerdo (que se referiría a manejo de datos personales de menores de edad) es compatible o no, con lo determinado en el numeral 5 del Art. 40 de la Constitución ecuatoriana que dice:

(El Estado ecuatoriano) Mantendrá la confidencialidad de los datos de carácter personal que se encuentren en los archivos de las instituciones del Ecuador en el exterior;

Del resto del examen, debe dilucidarse si existen o no divergencias con otro principio constitucional nacional.

3.2 SEGUNDA SEDE DE CONTROL:

Análisis enmarcado en el Derecho Internacional.

La segunda sede, la ofrece el Derecho Internacional y más concretamente el Derecho de los Tratados, cuya génesis se da a partir de la cumbre celebrada en Viena el 23 de mayo de 1969. Los dispositivos contenidos en lo que internacionalistas como Anthony Aust (Ex-consejero legal de la cancillería británica), denominan Tratado de Tratados, regulan las diferentes etapas del procedimiento de los instrumentos internacionales. Dado que los tratados internacionales forman parte del entramado del denominado derecho convencional internacional, su aplicación, en la esfera normativa interna, ha propiciado debates de incalculable valor científico respecto a la naturaleza misma de esa relación.

Las tesis predominantes, son básicamente dos, la aportada por la escuela dualista y la otra propia de la concepción monista.

La primera, que, como sabemos, tiene su origen en los estudios de Triepel y Anzilotti, descansa en el postulado esencial de que el ordenamiento jurídico internacional es distinto, divergente y por ende absolutamente independiente con relación a la normativa interna propia de cada sociedad. Si aceptamos esta teoría, las normas derivadas del Derecho Internacional no podrían tener ninguna incidencia en el teatro jurídico de casa país, pues únicamente obligan a los Estados en sus particulares relaciones mutuas, como tales. La segunda consecuencia es que la norma sólo podrá ser aplicable y por ende autorizada como válida dentro del orden legal interno previo un riguroso trámite de incorporación por parte del legislador de dicha sociedad.

Por otro lado la tesis monista, defendida por Kelsen y Scelle, parte del presupuesto de la necesidad del orden jurídico, que debe ser entendido como un complexus, tanto a nivel nacional como en la esfera internacional. Si bien es cierto, estos investigadores hacen consideraciones distintas, dado que sus estilos y formas propias de analizar el fenómeno jurídico son diversas, más, en lo principal, ambos concluyen que el Derecho Internacional tiene primacía sobre el interno y por ende, esto implica, mediante una simple subsunción lógica, que las

normas del Derecho Internacional tienen plena vigencia, validez y por lo tanto obligan no sólo a los Estados partes de un determinado convenio sino que se extiende tal efectividad a los ciudadanos de los mismos, sin que sea necesario ningún examen previo de constitucionalidad al respecto. El examen en todo caso, adoptando este modelo, debe ser previo y por consiguiente, toda norma del derecho interno que se oponga a las disposiciones del Derecho Internacional es nula.

Es preciso señalar que el Estado ecuatoriano ha adoptado un modelo a doble grado o nivel, pues si bien la celebración de los tratados internacionales es facultad del Ejecutivo, el control de los mismos le corresponde a la Corte Constitucional y la ratificación de éstos y por ende su incorporación al ordenamiento interno, su mutación en a part of the law the land es atribución del Legislativo y por ello, la Corte Constitucional, como parte del máximo órgano de control de la constitucionalidad y garante supremo de la Constitución, luego del análisis realizado entre las el texto del (supuesto) Convenio para la implementación económica de bases de datos compartidas de niños, niñas y adolescentes en situación de vulnerabilidad de la Comunidad Andina y del Mercosur y las normas propias del Derecho de Tratados, debería concluir que éste, tanto en el aspecto formal como de fondo, cumple o no con las normativas esenciales para su procedibilidad y posterior aprobación, por lo que expresa su autorización para continuar con su aprobación, en lo que a esta sede respecta.

3.3 TERCERA SEDE DE CONTROL:

Análisis enmarcado en el Derecho Constitucional Comparado.

Por último, la tercera sede es la que aporta el derecho comparado, pues la práctica legal de los diversos Estados es susceptible de contrastar las soluciones previstas por el derecho nacional a fin de establecer el grado de avance y la conveniencia de la regulación interna.

A continuación, dado que es obligación ineludible de los jueces de la Corte Constitucional, tanto más respecto de temas de esta trascendencia, presentar un estudio comparativo con las Constituciones de, al menos, algunos de los países que suscriben también el (supuesto) Convenio para la implementación económica de bases de datos compartidas de niños, niñas y adolescentes en situación de vulnerabilidad de la Comunidad Andina y del Mercosur a fin de determinar si estas guardan relación y conformidad con la Carta Magna de nuestro país.

Un estudio integral, como se espera que lo haga la Corte Constitucional, máximo órgano de control de la constitucionalidad nacional, debería contener un breve enfoque de Derecho Constitucional comparado. Es que la Academia, espera, por no utilizar el término exige; que se haga referencia, a la Constitución uruguaya, que, contiene con relación a la materia axial del Convenio presentado para este trabajo, artículos muy valiosos, preclaros y hasta originales, que permiten una generosa receptividad del llamado ius naturalismo personalista. Y como nadie duda actualmente que el régimen de protección de los datos personales se inscribe dentro del más amplio regazo de los derechos de la personalidad (por vía del otrora derecho de intimidad; convertido en el moderno concepto de la autodeterminación informativa), podemos concluir sin ningún tipo de dudas que las diferentes situaciones en las que cabría encontrarse el titular del dato personal en el Uruguay tienen cuanto menos amparo constitucional. Lo sabe también quien supone que la ley es la herramienta que necesariamente se despliega por parte de los Estados, para obtener un encuadre regulatorio pormenorizado ante situaciones cuya complejidad desborda y exige mayores articulaciones normativas que aquellas que naturalmente puede ofrecer la Carta.

En el caso ecuatoriano, lo que viene haciendo la Corte Constitucional en esta materia, revela la necesidad de poner en marcha un plan integral de capacitación de sus funcionarios para que mantengan sintonía con el nuevo paradigma en el que nos pretendemos insertar.

4. DESARROLLO HISTÓRICO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Los derechos humanos tienen valor propio, es decir, su existencia es parte integral de la persona humana y constituyen un elemento intrínseco de la dignidad de todo individuo. Por ello, los Estados tienen la obligación de promoverlos, protegerlos, garantizar su ejercicio y ponerlos en vigencia. Los derechos humanos constituye el marco referencial mediante el cual se mide el avance o el retroceso de la organización política, económica y social de cualquier sociedad.

Luego de la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en París, el 10 de diciembre de 1948, los derechos humanos han experimentado un permanente desarrollo cuantitativo y cualitativo. De manera cuantitativa, por la cantidad de tratados internacionales que han adoptado los Estados, que han permitido la creación de organismos especializados en derechos humanos como la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, los Comités de Derechos Humanos de la ONU que supervisan el cumplimiento por parte de los Estados de las obligaciones consagradas en los pactos, y, en el marco de la OEA, la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De manera cualitativa, porque dichos tratados y organismos han permitido desarrollar una amplia doctrina internacional sobre derechos humanos que propugna el respeto de los derechos civiles y políticos (derecho a la vida, derecho a la integridad física y mental, libertad de expresión, de opinión, de religión, de circulación, de prensa y demás normas del debido proceso), de los derechos

económicos, sociales y culturales (derecho a la salud, al trabajo, a la educación, a la vivienda, a la seguridad social, a la cultura, a la recreación y a la protección de los derechos intelectuales) y de los derechos colectivos (derecho al desarrollo, derecho a la paz, derecho a un medio ambiente sano, derechos de los pueblos indígenas y negros, derechos de las minorías étnicas, religiosas y nacionales).

En 1993, la Declaración y Plan de Acción de Viena sobre Derechos Humanos, promovieron la integralidad e interdependencia de todos los derechos humanos arriba señalados, enfatizando que todos los derechos tienen igual importancia y jerarquía y que ninguno puede ser superpuesto o postpuesto por otro derecho.

La Declaración de Viena también señaló que la democracia, el desarrollo y el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales son conceptos interdependientes que se refuerzan mutuamente.

Con Viena se ratificó también la concepción de que los derechos humanos dejaron de ser preocupación solamente de los Estados al interior de sus fronteras y han pasado a constituirse en preocupación legítima de los organismos internacionales, de otros Estados y de la Comunidad Internacional en general.

Igualmente, después de Viena se ha fortalecido la concepción doctrinaria de que los derechos humanos no solamente pueden ser ejercidos de manera individual, sino también de forma colectiva.

Este ejercicio colectivo ha sido reconocido casi por unanimidad por parte de los Estados luego de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Xenofobia y otras formas de Discriminación e Intolerancia, celebrada en Durban (Sudáfrica), en septiembre de 2001.

Con la adopción en 1998, del Estatuto de la Corte Penal Internacional, Estatuto que entró en vigencia el 1 de julio de 2002, la humanidad ha sido testigo de un avance sin precedentes en materia de derechos humanos, ya que el antiguo concepto de que el sujeto de derechos humanos solamente podía manifestarse de manera activa, esto es, a través del ejercicio de sus derechos, ha quedado atrás, para dar paso al sujeto pasivo de derechos humanos, es decir, que el individuo también es responsable de violaciones y puede ser penalmente sancionado.

Antes de la adopción del Estatuto, únicamente los Estados estaban sujetos a sanciones por violaciones a los derechos humanos, individuales y colectivos. La entrada en vigencia del Estatuto de la Corte Penal Internacional consolida el principio de justicia universal, según el cual, un individuo puede ser detenido, procesado y sancionado por el cometimiento de crímenes de lesa humanidad, como genocidio, tortura, desaparición forzada, etc., en cualesquiera de los países que han ratificado el Estatuto.

El Ecuador ha expresado en varias ocasiones ante los foros internacionales que uno de los mayores logros de las Naciones Unidas en estos cincuenta y siete años de existencia ha sido y seguirá siendo la promoción y el fortalecimiento del sistema internacional de los derechos humanos. Si la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en 1948, constituyó un hito para la historia de la humanidad, el Ecuador considera que la entrada en vigencia del Estatuto de la Corte Penal Internacional el 1 de julio de 2002, es uno de los mayores logros de la Comunidad Internacional en su conjunto y de las Naciones Unidas, luego de la culminación de la Guerra Fría, dirigido a tan encomiable propósito.

5. EL ECUADOR Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

El Ecuador ha tenido un papel protagónico en el fortalecimiento del sistema internacional de los derechos humanos. De hecho, es ya Parte en el Estatuto de Roma y ha ratificado en los últimos dos años, la gran mayoría de tratados internacionales de derechos humanos en el marco de las Naciones Unidas y del sistema interamericano, tales como: el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966, y su Protocolo Facultativo; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966; la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación Racial de 1965; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer de 1979; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o degradantes de 1984; la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989; la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica" de 1969; el Protocolo de San Salvador de 1988; el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte de 1990; la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura de 1985; la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de 1994; la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer "Convención de Belém do Para" de 1994; la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad de 1999; la Convención sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares de 1990, entre otros.

El Ecuador promovió y tuvo un liderazgo en el proceso de adopción de la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, que fue adoptada durante la Reunión del Consejo Presidencial Andino, en Guayaquil, el 26 de julio de 2002, con ocasión de la II Reunión de Presidentes de Sudamérica.

La Carta tiene como propósito fundamental establecer los principios y ejes temáticos sobre una política comunitaria andina en materia de derechos humanos. En ella se incorporan todos los principios universales reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos y se establecen mecanismos de control y

seguimiento que permitan un cabal cumplimiento de los derechos humanos en la Subregión.

La Carta, está acorde con la doctrina vigente en la materia que determina la integralidad, indivisibilidad y universalidad de todos los derechos humanos.

Por ello, cubre todos los sectores de protección internacional y a todos los grupos vulnerables.

El movimiento internacional de los derechos humanos se fortaleció con la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Redactada como "un ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse", en la Declaración, por primera vez en la historia de la humanidad, se establecen claramente los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales básicos de los que todos los seres humanos deben gozar. A lo largo de los años lo establecido en la Declaración ha sido ampliamente aceptado como las normas fundamentales de derechos humanos que todos deben respetar y proteger. La Declaración Universal, junto con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y sus dos protocolos facultativos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, forman la llamada "Carta Internacional de Derechos Humanos".

Una serie de tratados internacionales de derechos humanos y otros instrumentos adoptados desde 1945 han conferido una base jurídica a los derechos humanos inherentes y han desarrollado el conjunto de derechos humanos internacionales. En el plano regional se han adoptado otros instrumentos que reflejan las preocupaciones específicas en materia de derechos humanos de la respectiva región, y en los que se establecen determinados mecanismos de protección. La mayoría de los Estados también ha adoptado constituciones y otras leyes que protegen formalmente los derechos humanos fundamentales. Si bien los tratados internacionales y el derecho consuetudinario forman la columna vertebral del derecho internacional de derechos humanos, otros instrumentos, como declaraciones, directrices y principios adoptados en el plano internacional contribuyen a su comprensión, aplicación y desarrollo. El respeto por los derechos humanos requiere el establecimiento del estado de derecho en el plano nacional e internacional.

El derecho internacional de los derechos humanos establece las obligaciones que los Estados deben respetar. Al pasar a ser partes en los tratados internacionales, los Estados asumen las obligaciones y los deberes, en virtud del derecho internacional, de respetar, proteger y realizar los derechos humanos. La obligación de respetarlos significa que los Estados deben abstenerse de interferir en el disfrute de los derechos humanos, o de limitarlos. La obligación de protegerlos exige que los Estados impidan los abusos de los derechos humanos contra individuos y grupos. La obligación de realizarlos significa que los Estados deben

adoptar medidas positivas para facilitar el disfrute de los derechos humanos básicos.

A través de la ratificación de los tratados internacionales de derechos humanos, los gobiernos se comprometen a adoptar medidas y leyes internas compatibles con las obligaciones y deberes dimanantes de los tratados. En caso de que los procedimientos judiciales nacionales no aborden los abusos contra los derechos humanos, existen mecanismos y procedimientos en el plano regional e internacional para presentar denuncias o comunicaciones individuales, que ayudan a garantizar que las normas internacionales de derechos humanos sean efectivamente respetadas, aplicadas y acatadas en el plano local.

6. LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La Comisión Interamericana fue creada en la Resolución III de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores celebrada en Santiago de Chile en 1959, con el fin de subsanar la carencia de órganos específicamente encargados de velar por la observancia de los derechos humanos en el sistema. Según el artículo 112 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, la función principal de la Comisión es la de "promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y servir como órgano consultivo de la organización en esta materia".

Está integrada por siete miembros que son propuestos por los Estados, y elegidos, a título personal, por la Asamblea General de la OEA. Los miembros de la Comisión no representan a sus países sino a los treinta y cinco Estados miembros de la OEA.

Las funciones y atribuciones de la CIDH están definidas en su Estatuto: en el artículo 18 respecto de los Estados Miembros de la OEA, en el artículo 19 en relación con los países partes de la Convención, y en el artículo 20 en lo que atañe a los Estados miembros que no son parte de la Convención.

En base a lo establecido en estos artículos se puede decir que la Comisión, por un lado, tiene competencias con dimensiones políticas, entre cuyas tareas destacan la realización de visitas *in loco* y la preparación de informes con sus observaciones acerca de la situación de derechos humanos en los Estados miembros.

Por otro lado, la CIDH realiza funciones con una dimensión cuasi-judicial. Es dentro de esta competencia de la CIDH que recibe las denuncias de particulares u organizaciones relativas a violaciones a derechos humanos, examina esas peticiones y adjudica los casos en el supuesto de que se cumplan los requisitos de admisibilidad establecidos en el artículo 46 de la Convención Americana. En este sentido, una vez presentada la petición ante la Comisión, y examinados los

requisitos formales de admisión, aquella se transmite al Estado denunciado para que presente sus observaciones. Se inicia así un procedimiento ante la Comisión (regulado en el artículo 48 de la Convención), en el cual "se pondrá a disposición de las partes interesadas, a fin de llegar a una solución amistosa del asunto fundada en el respeto a los derechos humanos reconocidos en [la] Convención" (artículo 48.1.f). De no llegarse a una solución, la Comisión puede remitir el caso al conocimiento de la Corte mediante la presentación de la demanda (artículo 32 del Reglamento de la Corte)

Por todo lo anterior, en caso de que un particular o una organización deseen plantear ante el Sistema Interamericano una situación de posible violación a derechos humanos, deberá realizarlo ante la Comisión Interamericana, y no ante la Corte.

7. LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La Corte Interamericana es uno de los tres Tribunales regionales de protección de los Derechos Humanos, conjuntamente con la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

En la Novena Conferencia Internacional Americana, celebrada en Bogotá, Colombia, en 1948, se adoptó la resolución denominada "Corte Interamericana para Proteger los Derechos del Hombre", en la que se consideró que la protección de estos derechos "debe ser garantizada por un órgano jurídico, como quiera que no hay derecho propiamente asegurado sin el amparo de un tribunal competente".

La Corte fue creada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada en la conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, reunida en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. La Convención entró en vigor en julio de 1978 y la Corte inició sus funciones en 1979.

El Tribunal se compone de 7 jueces nacionales de Estados miembros de la OEA elegidos, a título personal y a propuesta de los Estados Parte en la Convención Americana, por la Asamblea General de la OEA. Los jueces de la Corte no representan los intereses de los Estados que los proponen como candidatos.

A la fecha, veintiún Estados Partes han reconocido la competencia contenciosa de la Corte: Costa Rica, Perú, Venezuela, Honduras, Ecuador, Argentina, Uruguay, Colombia, Guatemala, Surinam, Panamá, Chile, Nicaragua, Paraguay, Bolivia, El Salvador, Haití, Brasil, México, República Dominicana y Barbados.

La Corte tiene esencialmente dos funciones, una función contenciosa y otra función consultiva, a las que se une la facultad de adoptar medidas provisionales.

En cuanto a la función contenciosa, se trata del mecanismo por el cual la Corte determina si un Estado ha incurrido en responsabilidad internacional por haber violado alguno de los derechos consagrados o estipulados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Cabe destacar que, conforme al artículo 61.1 de la Convención, sólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte.

Los casos ante la Corte se inician por tanto mediante la demanda presentada por la Comisión o por un Estado.

Los fallos del Tribunal son definitivos e inapelables, quedando la posibilidad de que, dentro de los noventa días siguientes a la notificación del fallo, y en caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del mismo, la Corte emita una interpretación de la sentencia a solicitud de cualquiera de las partes.

Dentro de la obligación de la Corte de informar periódicamente a la Asamblea General de la OEA se encuadra la facultad de supervisión del cumplimiento de sus sentencias. Tarea que se lleva a cabo a través de la revisión de informes periódicos remitidos por parte del Estado y objetados por las víctimas y por la Comisión. Durante el año 2007 la Corte inició una nueva práctica de celebración de audiencias de supervisión del cumplimiento de las sentencias emitidas por el Tribunal.

En cuanto a la función consultiva, es el medio por el cual la Corte responde consultas que formulan los Estados miembros de la OEA o los órganos de la misma. Esta competencia consultiva fortalece la capacidad de la Organización para resolver los asuntos que surjan por la aplicación de la Convención, ya que permite a los órganos de la OEA consultar a la Corte en lo que les compete.

Por último, la Corte puede adoptar las **medidas provisionales** que considere pertinentes en casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, tanto en casos que estén en conocimiento de la Corte, como en asuntos que aún no se han sometido a su conocimiento, a solicitud de la Comisión Interamericana.

De lo anterior se concluye que la Corte Interamericana, como ya se indicó, no es competente para atender las peticiones formuladas por individuos u organizaciones, toda vez que estas deben presentarse ante la Comisión, que es el órgano encargado de recibir y evaluar las denuncias que le plantean particulares con motivo de violaciones a los derechos humanos llevadas a cabo por alguno de los Estados Parte.

El Ecuador ratificó el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre los Pueblos Indígenas y Tribales (el Convenio 169 de la OIT) en 1998, el mismo año en que adoptó una nueva constitución que por primera vez reconoce los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

El Convenio 169 y la Constitución de 1998 declaran el derecho de los pueblos indígenas a ser consultado sobre cualquier plan de exploración o extracción de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras que puedan afectar su ambiente o su cultura, a participar de los beneficios de estos proyectos en cuanto sea posible, y a ser indemnizados por cualquier daño socio-ambiental.

8. RESEÑA HISTÓRICA

En noviembre de 1969 se celebró en San José de Costa Rica la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. En ella, los delegados de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos redactaron la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que entró en vigor el 18 de julio de 1978, al haber sido depositado el undécimo instrumento de ratificación por un Estado Miembro de la OEA.

A la fecha, veinticinco naciones Americanas han ratificado o se han adherido a la Convención: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela. Trinidad y Tobago denunció la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por comunicación dirigida al Secretario General de la OEA, el 26 de mayo de 1998.

Este tratado regional es obligatorio para aquellos Estados que lo ratifiquen o se adhieran a él y representa la culminación de un proceso que se inició a finales de la Segunda Guerra Mundial, cuando las naciones de América se reunieron en México y decidieron que una declaración sobre derechos humanos debería ser redactada, para que pudiese ser eventualmente adoptada como convención. Tal declaración, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, fue aprobada por los Estados Miembros de la OEA en Bogotá, Colombia, en mayo de 1948.

Con el fin de salvaguardar los derechos esenciales del hombre en el continente americano, la Convención instrumentó dos órganos competentes para conocer de las violaciones a los derechos humanos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La primera había sido creada en 1959 e inició sus funciones en 1960, cuando el Consejo de la OEA aprobó su Estatuto y eligió sus primeros miembros.

Sin embargo, el Tribunal no pudo establecerse y organizarse hasta que entró en vigor la Convención. El 22 de mayo de 1979 los Estados Partes en la Convención Americana eligieron, durante el Séptimo Período Extraordinario de Sesiones de la

Asamblea General de la OEA, a los juristas que en su capacidad personal, serían los primeros jueces que compondrían la Corte Interamericana. La primera reunión de la Corte se celebró el 29 y 30 de junio de 1979 en la sede de la OEA en Washington, DC.

La Asamblea General de la OEA, el 1 de julio de 1978, recomendó aprobar el ofrecimiento formal del Gobierno de Costa Rica para que la sede de la Corte se estableciera en ese país. Esta decisión fue ratificada después por los Estados Partes en la Convención durante el Sexto Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General, celebrado en noviembre de 1978. La ceremonia de instalación de la Corte se realizó en San José el 3 de septiembre de 1979.

Durante el Noveno Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA fue aprobado el Corte y, en agosto de 1980, la Corte aprobó su Reglamento, el cual incluye las normas de procedimiento. El 25 de noviembre de 2003 durante el LXI período ordinario de sesiones, entró en vigor un nuevo Reglamento de la Corte, el cual se aplica a todos los casos que se tramitan actualmente ante la Corte.

El 30 de julio de 1980 la Corte Interamericana y el Gobierno de la República de Costa Rica firmaron un convenio, aprobado por la Asamblea Legislativa mediante Ley No. 6528 del 28 de octubre de 1980, por la cual se creó el Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Bajo este Convenio se establece el Instituto como una entidad internacional autónoma, de naturaleza académica, dedicado a la enseñanza, investigación y promoción de los derechos humanos, con un enfoque multidisciplinario y con énfasis en los problemas de América. El Instituto, con sede también en San José, Costa Rica, trabaja en apoyo del sistema interamericano de protección internacional de los derechos humanos.

El mundo ya no es el mismo desde que la humanidad reconoció el carácter universal de los derechos humanos como atributos que emanan de la dignidad de la persona. Este solo concepto ha trastocado los conceptos clásicos de Estado, Derecho, soberanía y jurisdicción. La persona humana como sujeto de derechos fundamentales está hoy en día doblemente protegida por el Derecho Constitucional Democrático y por el Derecho Internacional; es decir, por el Derecho Constitucional de los derechos humanos y por el Derecho Internacional de los derechos humanos. La progresividad de los derechos humanos como principio de interpretación pro homine ha significado el abandono de las imbricadas teorías interpretativas del derecho, y su sustitución por una regla sencilla: la aplicación preferente de la norma más favorable a la persona humana, independientemente de su origen anterior o posterior, de su generalidad o especialidad, o de su estatus nacional o internacional.

Conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos o "Pacto de San José", los Estados Partes asumen el compromiso de respetar los derechos

humanos reconocidos en ella, y de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna. Ahora bien, en caso de que el ejercicio de esos derechos humanos no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esa Convención, las medidas legislativas "o de otro carácter" que fueran necesarias para hacer efectivos tales derechos. Indudablemente, dentro de esa obligación internacional de garantía efectiva de los derechos humanos consagrados en la Convención Americana, deben destacarse las medidas a cargo del poder judicial. En este sentido, se ha desarrollado la jurisprudencia constitucional latinoamericana, al incluir dentro de esas medidas de otro carácter las sentencias de los jueces en general y las de la jurisdicción constitucional en particular

Este movimiento ha comenzado a impactar las jurisdicciones nacionales, mediante la recepción de una jurisprudencia internacional más progresiva en materia de derechos humanos. A su vez, en no pocos casos, la jurisprudencia más progresiva emanada de las jurisdicciones constitucionales también ha sido recogida por los órganos de protección inter-nacional de los derechos humanos, la cual a la par de otorgarle a los tratados sobre derechos humanos la jerarquía constitucional, permite su aplicación preferente aún frente a la propia Constitución cuando las normas internacionales resulten más garantistas y, por último, reitera la vinculación directa y operativa de dichas normas internacionales. De esta manera, los tratados sobre derechos humanos reconocidos expresamente en el derecho constitucional –lo cual refuerza su carácter vinculante y operativo– quedan integrados al "bloque de la constitucionalidad".

El Derecho Constitucional incluye dentro de su objeto no sólo las regulaciones sustanciales con relación a la organización del poder público y la consagración de los derechos, sino también desde su origen, y cada vez con mayor énfasis, las previsiones adjetivas tendientes a garantizar la vigencia efectiva del ordenamiento constitucional.

Este último objeto es lo que se ha denominado recientemente el "Derecho Procesal Constitucional". En efecto, el Estado Constitucional y Democrático de Derecho se funda en principios dogmáticos y orgánicos que suponen la existencia de una constitución (escrita) como norma jurídica suprema, fuente legitimadora, límite del poder y reconocedora de los derechos; constitución cuya supremacía se refuerza con su rigidez, al requerir de procedimientos agravados o extraordinarios para la modificación formal de su texto normativo.

La vigencia de la constitución supone su capacidad para "normar" la realidad. Sin embargo, ello de por sí no es siempre una regla operativa automática o voluntaria, por lo que son necesarios los mecanismos adjetivos de naturaleza parlamentaria, ejecutiva y muy especialmente judicial, para garantizar la vigencia de la constitución frente a los actos que atenten contra ella. Es precisamente a estos

últimos mecanismos judiciales, a los que se contrae el Derecho Procesal Constitucional, como garantía efectiva del Estado de Derecho.

Ahora bien, en la propia fundamentación de las garantías judiciales para la vigencia constitucional, se encuentra un derecho ciudadano a que ello sea así, cual es el derecho a la vigencia de la constitución. Ese derecho puede tener diversas formas de expresión, fundamentalmente a través de las acciones de inconstitucionalidad contra actos estatales, las excepciones de inconstitucionalidad, y las acciones de amparo (tutela) y/o hábeas corpus. En el Derecho Constitucional latinoamericano, las acciones o recursos de amparo, hábeas corpus o sus equivalentes, constituyen los mecanismos judiciales especializados para la tutela o protección de los derechos constitucionales.

Ahora bien, entre los derechos tutelables por este tipo de acciones, se encuentran no sólo los derechos constitucionales consagrados expresamente en el texto fundamental, sino además, los derechos constitucionales implícitos y los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales. Cuando estos mecanismos se consideran agotados sin éxito reparador, se abre la jurisdicción internacional de los derechos humanos, a través del amparo internacional.

Esta integración tutelar de los derechos humanos entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional ha dado lugar a lo que hemos llamado "El Derecho de los derechos humanos" como nueva rama del derecho, que se nutre de ambas disciplinas para formar una nueva.

9. EL SISTEMA DE CASOS INDIVIDUALES

El sistema de casos individuales consiste en el derecho de petición, o acción popular propia del sistema interamericano, para acudir ante la Comisión, a fin de denunciar las violaciones a los derechos humanos de las personas naturales causadas por la acción, omisión o tolerancia de agentes o entes a cualesquiera de los Estados americanos. De cumplir con los requisitos de admisibilidad, que incluyen el agotamiento de los recursos internos o en su defecto la aplicación de una de las excepciones establecidas, la Comisión declara su admisibilidad, se pone a disposición de las partes para lograr un arreglo amistoso y, en caso de que éste no sea posible, prosigue la tramitación contenciosa, a través de audiencias, pruebas e informes de fondo. Estos informes de fondo contienen las conclusiones de la Comisión y, en caso de verificarse violaciones a los derechos humanos, se formulan al Estado las recomendaciones restablecedoras, reparadoras e indemnizatorias correspondientes.

Este importante mecanismo inter-americano de protección guarda cierta similitud con el amparo constitucional consagrado en los derechos internos de los países latinoamericanos, por lo que recientemente lo hemos denominado el "amparo interamericano" en la ponencia presentada en 1998 al VI Congreso Ibero-americano de Derecho Constitucional incluye la competencia de la Comisión con

base en su Reglamento, para solicitar a los Estados la adopción de la "medidas cautelares" en situaciones urgentes; y a la posibilidad de solicitar a la Corte Interamericana la adopción de "medidas provisionales". En el supuesto de que el Estado responsable no dé cumplimiento a las recomendaciones formuladas por la Comisión, ésta puede elevar el caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, si aquél ha aceptado su jurisdicción establecida en la Convención Americana. La Corte, luego de sustanciar el caso por el procedimiento establecido, dicta una sentencia de fondo que decide sobre la responsabilidad internacional del Estado por las violaciones ocurridas, y establece las reparaciones e indemnizaciones correspondientes. Dicha sentencia en materia indemnizatoria puede ejecutarse por los mecanismos previstos en el Derecho Interno, para las sentencias contra el Estado.

El sistema de casos ha representado, como debe ser, el gran peso del trabajo de la Comisión. Desde 1970 hasta la fecha, la Comisión ha resuelto casi 600 informes sobre casos individuales. Así, por ejemplo, en el año de 1999, la Comisión publicó un total de 61 informes: 31 sobre admisibilidad y 30 sobre el fondo (muchos de ellos comprensivos de varios casos individuales acumulados); adoptó 118 medidas cautelares; archivó 41 casos, solicitó 5 medidas provisionales, y litigó 26 casos contenciosos ante la Corte Interamericana. En la actualidad, la Comisión tiene abiertos en trámite para su decisión un promedio por año de 950 casos.

La jurisprudencia del sistema de casos individuales, tanto de la Comisión como de la Corte incluidas sus Opiniones Consultivas, muestra un panorama preocupante en el continente: el 70% de los casos están referidos a violaciones de los derechos fundamentales a la vida, a la libertad individual y a la integridad física y moral. Ello significa que estas violaciones están referidas a crímenes o delitos imputables directa o indirectamente a los Estados, tales como asesinatos, desapariciones forzadas, prisiones arbitrarias, torturas y otros tratos crueles. El resto de los casos se refiere básicamente a violaciones a las garantías judiciales, libertad de expresión, libertad de asociación y otros derechos. Esta situación ambivalente evidencia un continente en dos tiempos: con los problemas institucionales que conllevan la transición y la consolidación democrática.

¿Son respetados los derechos de los grupos vulnerables y de prioridad?
¿Quién es el principal responsable?

1. Introducción

Los Derechos Humanos se fundamentan en la naturaleza humana, tales derechos son inherentes al hombre. Los derechos humanos son universales porque pertenecen a todos los hombres, a todos por igual, en todo tiempo y lugar; se encuentran de manera innata ligados a la naturaleza del hombre. A lo largo del tiempo los grupos de personas vulnerables han ido tomando espacio y fuerza. Pues su voz ha sido propiamente escuchada, además, se los ha considerado de tal forma que se les ha brindando derechos, respeto y protección.

Se considera grupo de personas vulnerables a aquellos que por sus condiciones sociales, económicas, culturales o psicológicas pueden sufrir violaciones contra sus derechos humanos. Para ser más exactos podemos decir que son aquellas personas o grupo que por sus características que los pone en desventaja ya sea por edad, sexo, estado civil, nivel educativo, origen étnico, situación o condición física o mental; requieren de un apoyo adicional para incorporarse al desarrollo y a la convivencia dentro de la sociedad. Se los denomina de esta forma pues vulnerabilidad es asociada con debilidad, fragilidad, inseguridad entre otros que son aspectos que estos grupos presentan. Al momento de identificar un grupo vulnerable lo que realmente se busca es poder ayudarlos de tal forma que, poco a poco, vayan integrándose a la vida en sociedad y puedan tener un mejor desarrollo en el día a día. Para estos grupos es necesaria la consideración especial para poder cumplir sus metas y obtener mejores condiciones para su bienestar personal. Al momento de brindarles ayuda y oportunidades también se fomenta el crecimiento y bienestar social pues existe la llamada "igualdad de oportunidades".

En el Ecuador también los grupos vulnerables han sido tomados en cuenta cada vez más. Sus derechos incluso poco a poco han ido tomando cabida y ahora constan en la norma suprema como es la Constitución Política del Ecuador. Se los ha incrementado pues lo que se es obtener el fortalecimiento del sistema de protección de los derechos humanos. Además, es indispensable que nuestra sociedad conozca sus derechos y las instituciones que existen para ayudar a defenderlos y garantizar el debido cumplimiento. Una de las tareas de nuestro país será el fortalecimiento del sistema de protección de los derechos humanos, en el que nuevamente el papel de la participación de la sociedad será fundamental. Es indispensable que la sociedad ecuatoriana conozca sus derechos y las instituciones que existen para ayudar a defenderlos.

Es importante no dejar de lado la esencia de los derechos en sí, que es proteger y salvaguardar los intereses de este grupo de personas y en general de todos los humanos. Y es que al fin y al cabo todo se remite a los derechos humanos que tienen que ser respetados y puestos en práctica siempre. En sí, los derechos humanos son el conjunto de prerrogativas inherentes a la naturaleza de la

persona, donde la realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral del individuo que vive en una sociedad jurídicamente organizada. Los derechos humanos buscan garantizar que todas las personas puedan disfrutar de los bienes y libertades necesarios para una vida digna. El respeto, la promoción y la protección de los derechos humanos es un elemento intrínseco de todo régimen democrático. Estos derechos establecidos en la Constitución y en las leyes, deben ser reconocidos y garantizados por el Estado haciéndolos efectivos de la mejor manera.

Como ya dijimos antes nuestro país cuenta con la protección de estos derechos a personas vulnerables y de prioridad. Nuestra **Carta Magna**³⁵ lo contempla en muchos de sus artículos. Deberíamos de tener entonces una sociedad donde gobierne la justicia, el respeto, la consideración, la efectividad etc. ¿Cuál es la realidad que vivimos en nuestro país respecto de este grupo de personas que no son mayoría pero no por eso dejan de ser importantes? La realidad que vivimos es lamentable, definitivamente no se los respeta en gran porcentaje sino mas bien es mínimo el porcentaje de respeto y prioridad que se les da a estas personas.

2. ¿Cuáles son los grupos de personas vulnerables y de prioridad?

A medida que el tiempo ha ido pasando, más grupos de personas han sido consideradas para ser ubicadas dentro del llamado "grupo vulnerable" o también llamados de prioridad. Esto no se lo ha hecho con el fin de perjudicarlos sino más bien para todo lo contrario. Lo que realmente se está buscando es beneficiarlos de la mejor manera. Lo que se quiere es poder brindar igualdad de oportunidades y lograr un excelente desarrollo social.

El problema radica un poco en la actitud del resto de personas para con este grupo de personas vulnerables. Me atrevo a decir esto ya que muchas veces en vez de buscar una solución para ellos la gente crea un problema. Aquí lo único que se consigue es perjudicar al grupo de personas vulnerables cuando lo que se debería buscar es una solución, una salida al problema que se les este presentando. Nuestra **Constitución**³⁶ toma en cuenta como grupos vulnerables o de prioridad a:

- Las personas adultas mayores
- Niñas, niños y adolescentes
- Mujeres embarazadas
- Personas con discapacidad
- Personas privadas de libertad
- Personas que adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad

³⁵ Constitución Política del Ecuador, Capítulo tercero, Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria.

³⁶ Constitución Política del Ecuador, Capítulo tercero, Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria art. 35.

- Personas en situación de riesgo
- Víctimas de violencia doméstica y sexual
- Niños y niñas víctimas de maltrato infantil
- Personas que han sido afectados por desastres naturales o antropogénicos.

Sin duda este gran grupo de personas necesita de una ayuda extra. Muchos de ellos no se pueden valer por sí solos al menos que sus derechos sean realmente respetados y se les permita crecer física y mentalmente. Otros en cambio son personas que por razones externas han sufrido adversidades y necesitan las garantías de sus derechos para poder desarrollarse correctamente. Lo importante es que sean considerados y tomados en cuenta de la forma que la Constitución lo estipule para que puedan beneficiarse apropiadamente y salir adelante en cualquier situación que se les presente.

3. Motivos por los cuales son considerados grupos vulnerables y de prioridad

Que sería de nosotros sin aquellas personas que a lo largo de los años han trabajado para hacer de este país lo que es. Cuantas horas de arduo trabajo y de sacrificio. El tiempo pasa y estas personas envejecen convirtiéndose en un gran grupo de personas vulnerables. Las personas adultas mayores están dentro de este grupo ya que por su edad y condición no están a la par con el resto de personas.

Debe dárseles prioridad ya que a lo largo del tiempo, ellos han trabajado muchísimo y han aportado al país. Lo importante es que hay que ser

realistas y no olvidar que el cuerpo humano con el transcurso de los años se desgasta por lo que hay que darles preferencia, más que a los demás. Es por esto que, se les da beneficios y facilidades en distintas áreas, procesos y actividades cotidianas. Aunque todos esos beneficios que se les da no son ni la mitad de los que contempla nuestra Constitución³⁷.

Por otra parte, los niños, niñas y adolescentes también se encuentran dentro de esta clasificación de vulnerabilidad. Muchos preguntarán por qué pues no es el caso de los adultos mayores que por su avanzada edad necesitan protección. Aquí, por el contrario no se los deja de lado ya que los niños, niñas y adolescentes recién están empezando a vivir. Esa es la razón fundamental por la cual se encuentran dentro de este grupo.

Recién están comenzando a vivir y no conocen realmente como es el mundo ni cómo desenvolverse en el medio que los rodea y mucho menos como defenderse de las diferentes adversidades que se presentan. Son personas que necesitan prioridad y beneficios extras. Por esta razón que el Estado les brinda protección y

³⁷ Constitución Política del Ecuador, Capítulo tercero, Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria art. 36, 37, 38.

ayuda además de salvaguardar sus derechos. Existe la Constitución³⁸ como norma suprema que los protege además del Código de la Niñez y adolescencia³⁹, Código Civil y demás leyes⁴⁰.

Está claro que el Estado al momento de fijar una pensión alimenticia a veces fija miserias para los menores. Pero podemos acotar a favor del Estado que en el caso de juicio de alimentos si el padre o madre responsable del pago de pensión se atrasa en dos pagos de alimentos establecidos y no las cancela a tiempo se va preso(a). Es una de las pocas normas que se cumplen a cabalidad cuando se trata de los alimentos del menor. Así la pensión establecida sea menor a lo que se merece el niño para vivir por lo menos se salvaguarda que se cumpla el pago de la misma.

Dentro del grupo vulnerable se encuentran también las mujeres embarazadas. Deben recibir un trato especial por su estado de gestación. Esto se debe ya que dentro de si llevan otra vida que meses posteriores será parte de nuestra sociedad. Es por esta razón que el Estado vela por la vida del que esta por nacer y la de su madre brindando apoyo y facilidades a las actividades que realiza.

La mujer siempre ha sido vista como una persona indefensa más aun si se encuentran en estado de gestación. El estado salvaguarda sus derechos y los derechos del ser que lleva dentro de su vientre además de protegerlos. Brinda facilidades para que las mujeres puedan alumbrar a sus hijos en la maternidad. Podemos citar el caso de La Muy Ilustre Municipalidad de Guayaquil que incluso ofrece un obsequio llamado "mi primer ajuar"⁴¹ donde se le da a la madre ropa, leche, pañales, vacunas etc. para aportar más en la seguridad y protección que el recién nacido merece.

Lo negativo de todo esto está en la actitud de las personas que trabajan en estas instalaciones. Son muchos los casos en que no les brindan la ayuda ni la información necesaria a las mujeres embarazadas. En muchas ocasiones realizan prácticas indebidas donde se pierde la vida del niño o de la propia madre. El estado debe ser firme y sancionar a estas personas para que las demás que se encuentren laborando en estas instituciones tomen conciencia. La vida del ser humano no puede ser tomada como un juego.

Además debemos estar consientes que muchas personas no gozan de la misma capacidad que el resto, ya sea física o mental. Merecen tener más privilegios que los demás permitiéndoles el desarrollo y la protección adecuada. Así como también deben existir instituciones que los ayuden a crecer física y mentalmente. Es importante tener los lugares adecuados y en condiciones aptas para que

³⁸ Constitución Política del Ecuador, Capítulo Tercero, Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria art. 36, 57, 86.

³⁹ Código de la niñez y adolescencia, Capítulo Derechos Fundamentales de los Menores.

⁴⁰ Ejemplo: Ley de seguridad social, Cuantías de los Adultos Mayores, Discapacitados, Mujeres Embarazadas, Menores, Jubilados, etc.

⁴¹ Campaña de la Muy Ilustre Municipalidad de Guayaquil llamada MI PRIMER AJUAR donde se busca brindar apoyo y facilidades a la madre que esta alumbrando a un nuevo ser. Se busca con esta campaña, salvaguardar los derechos del recién nacido así como también el de su madre.

puedan transitar sin ningún problema en el caso de los minusválidos o personas con discapacidad.

Es muy importante que contemos con sitios capacitados para que puedan formar a estas personas. Si recibieren la adecuada formación podrían desenvolverse de mejor forma y hasta ser independientes. El problema radica en que solo pueden acceder a este privilegio en gran número las personas con recursos pues la que son de escasos recursos no pueden acceder a este beneficio en gran mayoría. El claro ejemplo es que las escuelas fiscales no están capacitadas para recibir a estos niños especiales mientras que las escuelas privadas que si están capacitadas son muy costosas. Claro está que no estamos diciendo que las privadas deberían de ser gratis, lo que tratamos de decir es que las escuelas fiscales deberían de contar con todo el equipo y material necesario para poder recibir sin ningún problema a los niños y niñas con alguna discapacidad física o mental. Al referirnos a discapacidad física también incluye que el lugar sea adecuado para el libre tránsito de los niños y niñas que mantenga una discapacidad con rampas etc.

Es importante considerar dentro de este grupo a las personas privadas de la libertad. Están privadas de la libertad pero no de sus demás derechos. Es un grupo vulnerable que igual merece ser considerado. Sus derechos y garantías deben ser respetados en todo momento.

Como sabemos, una persona enferma se encuentra mucho más vulnerable que el resto. Por esta razón se los considera de prioridad dándoles beneficios únicos. Esto también se da cuando las personas están en situación de riesgo. La atención para con ellas debe ser prioritaria, ágil y efectiva. Esto quiere decir actuar de inmediato, sin importar sexo, color, raza o condición.

Es triste tener que admitir que nuestro país tiene un alto grado de abuso y violencia ya sea doméstica y sexual. Estas víctimas están amparadas por la Constitución ya que son muy vulnerables. Deben ser atendidas de inmediato y brindarles toda la ayuda e información correspondiente. Los niños y niñas víctimas de maltrato infantil también son vulnerables, doblemente vulnerables ya que son niños y son abusados. El Estado debe garantizar protección, ayuda e información a los menores que son solo víctimas.

El estado brinda protección en la Constitución pero también es deber de los padres estar informados y más que nada atentos. Doy esta acotación ya que el alto grado de abuso sexual se da entre familiares. Los padres son los responsables de cuidar a sus hijos y no abandonarlos a la buena de nadie. El estado además de proteger a las personas abusadas debe cumplir a cabalidad la sanción para los abusadores y responsables.

Finalmente, No debemos olvidar a aquellas personas que han sido afectados por desastres naturales o **antropogénicos**⁴². Son personas que lo pierden todo y están vulnerables a cualquier situación de riesgo. Su seguridad y protección debe ser garantizada así como también la ayuda debe ser inmediata.

4. ¿Cuál es la realidad referente a los artículos que consagra la Constitución referentes a los grupos vulnerables y de prioridad?

Es muy lamentable pero es la realidad, muchos derechos y beneficios están consagrados en nuestra norma suprema pero no son realmente

puestos en práctica. Da pena ver que tenemos los derechos y beneficios necesarios para este grupo de personas plasmados en la Constitución y **demás leyes**⁴³ pero que día a día no son aplicadas. Simplemente se pasa sobre éstas sin ningún remordimiento haciéndoles un grave daño a todas estas personas. La realidad de nuestro país es triste pues se percibe la falta de respeto hacia este grupo de personas. ¿Dónde queda la protección especial para estas personas?

Vamos caminando y a lo largo de la calle vemos a un señor en silla de ruedas sin saber qué hacer. No puede bajar de la vereda para cruzar la calle ya que no existe una rampa para que pueda descender cómodamente. ¿Y la seguridad de las personas discapacitadas donde quedó? ¿Y la eliminación de barreras arquitectónicas? Es claro que su seguridad no está siendo una prioridad, además de que se está violando su integridad.

Son pocos los lugares que considera a las personas discapacitadas. La fiscalía de tránsito, la fiscalía provincial del guayas, el edificio del litoral y muchas instituciones privadas que también están dentro del grupo de los pocos pero ¿la Corte?, ¿la Súper?, ¿los Bancos públicos? La mayoría de los lugares no están habilitados para la comodidad y facilidad de tránsito para este grupo de personas. Lo más escalofriante es que la mayoría de estos lugares son instituciones del Estado. Más de una vez al día se viola su integridad, su comodidad y su seguridad.

Se supone que el Estado garantiza y brinda **derechos especiales**⁴⁴ a los discapacitados. Los medicamentos entregados en su totalidad no son gratuitos. Es un poco desconcertante pero tampoco existe igualdad de oportunidades para estas personas. Ni hablar de las viviendas adecuadas con facilidades de acceso y condiciones. Muchas veces no se les da una educación que fomente sus potenciales pues los centros educativos no se encuentran capacitados.

⁴² El término antropogénico se refiere a los efectos, procesos o materiales que son el resultado de actividades humanas, a diferencia de los que tienen causas naturales, sin influencia humana.

⁴³ Ley de seguridad social ecuatoriana

⁴⁴ Constitución Política del Ecuador, Capítulo tercero, Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria, arts. 47, 48 y 49

Ahora bien, no hay que dejar de lado las cosas buenas que si se ven en el diario vivir como los descuentos en ciertas tarifas y espectáculos. Y la exención en el régimen tributario también es un hecho. Pero si ponemos en una alanza lo que se cumple y lo que no podemos darnos cuenta que son pocas las cosas que se cumplen. No hay derecho para abusar de esta manera y aprovecharse de su discapacidad.

Derechos y beneficios ya estamos saturados de ver los plasmados en tantas leyes. Buscar un texto donde conste una sanción para su incumplimiento también existe. Pero el problema radica si buscamos una sanción que se haya llevado a cabo. Es muy raro y casi imposible encontrar una causa que se ventile por irrespeto a los derechos y prioridades de grupos vulnerables. ¿Dónde hay un proceso ventilándose por no haberse querido vender una entrada a un espectáculo público para personas con discapacidad? O ¿acaso hay un juicio por ese conductor de bus que no respeto la ley y no le brindo seguridad a la persona vulnerable que se transportaba en el vehículo? Simplemente no hay dichos juicios porque las personas pasan sobre ellos como sin importarles nada pues saben que las sanciones no se cumplen.

Cuantas veces vamos a un hospital y vemos decenas de mujeres embarazadas, niños enfermos, ancianos sufriendo esperando por ser atendidos. ¿Acaso no es un derecho ser atendido inmediatamente ya que la salud es algo fundamental? La realidad es otra. Una personase puede estar muriendo y si no hay dinero de por medio para afrontar el gasto o por lo menos algo que garantice su pago no es atendida.

Esto más que nada se da en clínicas privadas mientras que en las públicas la atención es terrible. Tratan a las personas como si fueran animales, se portan inhumanamente por el simple hecho que son de escasos recursos. Y así se cometen atrocidades contra estas personas. El derecho a la salud y al bienestar es violado y a estas personas solo les queda pedir que las atienda alguien con buen corazón que no se vaya a aprovechar de su situación de vulnerabilidad.

Se supone que el Estado garantiza los derechos de las mujeres embarazadas. Incluso luego de alumbrar al recién nacido están sobreprotegidas en el periodo de lactancia según la **Constitución**.⁴⁵ Si se respeta el periodo de gestación y de lactancia que antes no se lo consideraba. Lo que realmente no se cumple en su totalidad son las facilidades necesarias para su recuperación luego del parto. Es una pena pues estas mujeres están dándole vida a nuestra sociedad. ¿Qué sería de nuestra sociedad si no existiesen niños y niñas? Seríamos una sociedad incompleta...

Porque desde sus inicios no se protege en su totalidad a la madre y al menor es que luego vienen problemas más grandes. ¿Cuántos niños, niñas y adolescentes

⁴⁵ Constitución Política del Ecuador, Capítulo tercero, Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria art. 63

vemos día a día en las calles, trabajando, pidiendo limosnas y tratando de sobrevivir por sus propios medios? Se está

pasando sobre sus derechos. Sus derechos a la familia, a la salud, a la seguridad, a la educación, a la vida digna son olvidados. Estos niños, niñas y adolescentes son personas que han tenido que crecer por condiciones de fuerza mayor.

No hay peor delito que violar los derechos de un niño, niña o adolescente. Las garantías para con ellos que están plasmadas en toda una sección en nuestra **Constitución**⁴⁶ quedan en el olvido. Vemos esto todos los días y los responsables se lavan las manos. No se está velando por su bienestar, esa es la triste realidad.

Los abusos y maltratos a los menores y a las personas en general muchas veces son fruto de la ignorancia y la falta de educación. Así como muchas veces también son el resultado del resentimiento y desamor que recibieron en su infancia. Cuando existe un equilibrio familiar el índice de abusos y maltratos es muy bajo. Por eso se debe realmente brindar apoyo, educación, salud y capacitación a las personas. Se debe realmente sancionar a los abusadores pues no hay derecho que se atente de esta manera contra la vida de nadie.

Es fundamental crear conciencia a las madres, ella son pilar fundamental en la familia. En nuestro país están acostumbradas a tener decenas de hijos, que no pueden mantener y que finalmente son abandonados. Estos niños crecen en las calles y es por esto que los vemos pidiendo caridad, pintándose el cuerpo o vendiendo lo que sea para ganarse el pan de cada día. Como no reciben la ayuda y protección correspondientes muchos terminan en las drogas y el alcohol cometiendo atrocidades contra el resto de personas. Este círculo vicioso debe ser eliminado en nuestra sociedad y solo brindando ayuda, capacitando y haciendo que se respeten los derechos y garantías de los ciudadanos se puede lograr.

Por este queme importismo es que crece el odio, el resentimiento, el abuso, el crimen y se crea una cadena de descontento y rencor donde pagaran inocentes por culpables. Para tener una mejor sociedad con un ambiente agradable se debe empezar desde el inicio: desde los niños, niñas y adolescentes. Porque ellos crecerán, ellos tendrán hijos y ellos enseñaran lo mismo que aprendieron. Si reciben amor, educación, salud, valores y oportunidades en la vida al momento de crecer y tener una familia exigirán y darán lo mismo a los nuevos niños y niñas de nuestra sociedad.

Los jóvenes son el futuro de nuestra sociedad. Ellos con su energía, su capacidad y sus ganas son capaces de cualquier cosa. Debemos explotar de la mejor manera ese potencial. El estado debe brindarles las oportunidades necesarias para que puedan crecer física y mentalmente. ¿Qué va a ser de nosotros sino les damos los elementos necesarios para su desarrollo?

⁴⁶ Constitución Política del Ecuador, Capítulo tercero, Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria arts. 44, 45, 46.

Las leyes están creadas, y una ley creada y plasmada en nuestra **Norma Fundamental**⁴⁷ es para ser cumplida. Los jóvenes son el futuro de nuestro país y no debemos dejar que sus vidas cojan malos rumbos. Si no les brindamos la ayuda necesaria como luego podremos exigirles lo mejor. Somos responsables de estos jóvenes pues mañana serán ellos los que se hagan cargo de nuestro Estado. Deben estar bien formados para que puedan tomar el mando de la manera correcta.

Debemos tener presente también a las personas de avanzada edad que se encuentran todos los meses en las instituciones determinadas para que se les de su pensión. Pensión que no es ni la tercera parte de lo que han trabajado a lo largo de los años y aun así el proceso para recibirla es cansado e incomodo. ¿Dónde están los derechos y beneficios para estas personas? Están solo plasmados en la Carta Magna mas no puestos en práctica en el diario vivir.

Es un deber y obligación que todo trabajador este afiliado y mes a mes aporte con los porcentajes debidos. Así como es un derecho que toda persona que haya cumplido los años de trabajo y aportes correspondiente pueda jubilarse y recibir una pensión digna para poder vivir el resto de tiempo que le quede. Lastimosamente no es mucho lo que reciben y a duras penas logran vivir con esa mensualidad.

Muchos de estos adultos mayores viven en condiciones paupérrimas dejando sepultado el derecho a una vivienda digna. Tampoco se les da la atención que se merecen y no todos los lugares respetan el derecho a la atención prioritaria por ser de la tercera edad. Existen las políticas que los amparan pero sabemos que la realidad es diferente. Nadie hace nada y se aprovechan de su vejez. Muchos son abandonados a la buena de nadie pues son vistos como un estorbo. Es una pena que no valoremos su sabiduría y todo lo que han hecho por nosotros a lo largo de los años.

Por ejemplo las veces que estamos en un lugar haciendo fila y cuantas veces se les da prioridad a los ancianos o mujeres embarazas. Tal vez en los bancos privados es donde más se respeta esta disposición y en algunas instituciones públicas, claro está que son pocas. Ni hablar de cuantas veredas están equipadas con rampas para minusválidos o personas con discapacidad. ¿Dónde las hemos visto? ¿En qué calle? ¿Alguna avenida? Quizá en nuestra mente aun no encontremos ese nombre de esa calle o de esa avenida. Esto se debe a que esas rampas son muy escasas. Ni hablar de los buses públicos que recorren las calles de nuestro país. No tienen consideración ni con los minusválidos, ni con los ancianos, ni con los niños, absolutamente con nadie. Arrancan al primer instante y olvidan salvaguardar la seguridad de las personas.

No dejemos de lado los que sufren enfermedades catastróficas. Muchos de ellos no tienen los medios para solventar los gastos. El estado debe ser firme y cumplir

⁴⁷ Constitución Política del Ecuador, Capítulo tercero, Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria art. 89

con los beneficios que ofrece en la Constitución. Debe cumplirse la regla de la gratuidad pues está de por medio una vida humana.

Nuestro país tiene un clima muy favorecedor pero así también contamos con lluvias y volcanes que de vez en cuando reactivan su actividad. Ocurren desastres naturales ya sean inundaciones o secuelas de la actividad volcánica. Muchas familias de escasos recursos están situadas en zonas de riesgo. Es por esta razón que el estado debe brindarles ayuda y protección. A estas personas se las debería de reubicar y no dejar que regresen a estas áreas de peligro.

Debemos estar consientes que en nuestro país las leyes existen. Están consagradas en nuestra norma suprema pero en la práctica no se cumplen. Las personas privadas de la libertad no gozan de ningún derecho. Algunos son culpables y están ahí dentro cumpliendo su condena: ¿Qué pasa con los inocentes que están cumpliendo una condena que no les corresponde? Nuestro sistema penitenciario no garantiza los derechos del reo. Se cumple injusticia tras injusticia y nadie hace nada. Estar en prisión no es para reformarlos más bien es un calvario que muchos inocentes son condenados a vivir por el sistema penitenciario que no es favorable. Podemos citar el conocido caso del francés Daniel Tibi. El fue aprehendido injustamente en el operativo "camarón"⁴⁸ y pasó en la cárcel 3 años. Sus derechos⁴⁹ no se respetaron, fue torturado, amenazado, golpeado y muchas veces estuvo a punto de morir. Salí prácticamente desfigurado, enfermo y con miles de problemas cuando él era una persona inocente. Llegó con su caso hasta la Corte Interamericana de Derechos Humanos donde se comprobó que el Estado era el único responsable pues los derechos y garantías del ciudadano francés no se respetaron en lo absoluto. ¿Y qué pasa con los derechos y garantías? siguen contemplados en nuestra constitución mas no puestos en práctica.

Podemos citar decenas de artículos garantizando el buen vivir, la salud, la seguridad, los beneficios y programas extras que tienen este grupo de personas pero: ¿Cuáles realmente de todos estos son los que se cumplen? Sin duda son muy pocos. Debemos cambiar la historia de nuestro país. Somos nosotros los únicos que podemos hacerlo. Estamos en capacidad y con los elementos suficientes para lograrlo. No debemos estar esperanzados en otras personas si nosotros también podemos por nuestros propios medios. Si cada persona contribuye se puede lograr y realmente respetar los derechos en general.

5. Conclusión

A lo largo del tiempo todas las personas crecemos y poco a poco visualizamos mejor la realidad. Es muy desconcertante y deprimente el entorno en el que vivimos pero no podemos tapar el sol con un dedo y debemos aceptarlo. Debemos

⁴⁸ Operativo Camarón donde se encontró un computador repleto de langostinos los cuales tenían en su interior una capsula que contenía un virus.

⁴⁹ Código de procedimiento penal ecuatoriano y Código Penal ecuatoriano, derechos y garantías del detenido.

ser consientes y reconocer que nuestro país cuenta con leyes que protejan a los grupos vulnerables y de prioridad. El problema radica en que son pocas las personas o instituciones que garantizan su cumplimiento.

Lo que más tristeza da es que estemos viviendo en el siglo veintiuno y aun se busque garantizar el respeto y los demás derechos cuando estos derechos deberían ser derechos inherentes a las personas sin necesidad de ley o norma expresa. No debería ser necesario que consten en un documento como es la Constitución. Deberían de ser respetados por el simple hecho que se trata de garantías para el bienestar y buen vivir del ser humano.

De cuánto tiempo más necesitamos para comprender que la vida humana es sagrada y debemos proporcionarle a las personas lo mejor para su crecimiento físico, mental y espiritual. Parece que no bastan los veintiún siglos de aprendizaje, de dolor, de sufrimiento, de matanza, de abusos y maltratos. Es inexplicable que aun hoy en día se violen los derechos humanos.

Debemos concientizar a las personas para que creen otro ambiente donde exista el respeto a los derechos de los grupos vulnerables. Esto también es resultado de la ignorancia que carcome a nuestra sociedad. Debemos empezar por la educación, desde los más chiquitos, culturalizar a esta sociedad y hacerles caer en cuenta de lo primordial que es respetar a grupos vulnerables y a hacer efectivos sus derechos. Si el sistema educativo fuese efectivo y además se les inculcara valores desde pequeños nuestro país estaría en mejores condiciones. Si se crea conciencia no solo se respetaran los derechos de los grupos vulnerables y de prioridad. Se lograra que se respeten todos los derechos humanos.

Por esa razón es que los países europeos viven en excelentes condiciones. Porque su sistema educativo es excelente entonces esos niños desde chiquitos reciben educación y les enseñan valores. Creando así una cadena donde la sociedad es culta, respetuosa y con criterio para salvaguardar los derechos de todos. La educación a los menores es un pilar fundamental si se intenta mejorar la vida en sociedad.

Definitivamente eso no ocurre en nuestro país. Contamos con una sociedad corrupta y que me importista. Son pequeños grupos los que se encargan de velar por los derechos humanos. No deberían de ser pequeños grupos nada más, deberíamos de ser todos los que velemos por esos derechos. Es nuestra responsabilidad hacerlo.

A los adultos mayores respetarlos, brindarles apoyo y salud. Darle atención a todos los niños y todos los jóvenes en materia de alimentación, salud y educación. Proteger el derecho de la niñez a contar con igualdad de oportunidades mediante iniciativas legislativas y el diseño de políticas públicas que garanticen la suficiencia de recursos para la atención universal de sus necesidades de alimentación, salud y educación. Fortalecer la institución familiar y hacer tomar conciencia a los padres de familia. Una de las cosas más importantes es brindar garantías de protección absoluta a la niñez contra la delincuencia, la violencia y el abuso sexual; mediante

el diseño de servicios de protección y asistencia adecuados, y la aplicación de castigos más severos para los delincuentes. Impulsar una política juvenil que transversal y se corresponda con una política social que garantice a los jóvenes, oportunidades en el empleo, la salud, la educación, la vivienda, el deporte y la cultura. Debemos fomentar la igualdad de oportunidades y reconocimiento a los derechos de personas con discapacidad. Y así poco a poco ir mejorando las condiciones de vida de estos grupos de personas vulnerables.

Pongamos una balanza de derechos. Los derechos que se cumplen de un lado y del otro lado lo que no se respetan ni se toman en cuenta. Sabremos con certeza que más peso el lado de los derechos que no se cumplen. Y tenemos que ser realistas, la culpa es en mayoría del Estado que nos gobierna.

Ya estamos seguros que los derechos, beneficios y facilidades con las que cuenta el ciudadano están plasmadas en la constitución. ¿Qué es lo más lógico? Que se garantice su cumplimiento y aplicación. ¿Quién debe garantizar su cumplimiento y aplicación antes que el resto? Claro está que es el estado. Si se abusa y se omite estos derechos y beneficios y no se hace nada para sancionar al que los omitió o los violó la culpa sigue siendo del estado. El estado debe de garantizar esos derechos y sancionar a quien no los respeta o los omite. El estado es que el debe poner un alto antes que el resto siendo el ejemplo para los demás.

Si el estado es firme en garantizar su cumplimiento y respeto nadie se atreverá a desafiarlo. Pero lo que pasa en nuestro país es todo lo contrario. Se violan los derechos sin ningún remordimiento y no se hace nada. La gente burla a la autoridad. Se permite que se haga cualquier cosa contra estas personas que son vulnerables y merecen prioridad y trato especial.

Si el estado fuere firme e hiciera que en todas las instituciones públicas se respetaran los derechos de los vulnerables. Que equipen toda la edificación para que puedan ir y usar las instalaciones. Que les permitieran aportar en lo que fuere. Si el estado trabajara en ello y lo impusiera todas las instituciones privadas también lo harían. Se crearía una cadena y al final se lograría una verdadera inclusión y un verdadero beneficio para estas personas vulnerables.

Es deber de nosotros como ciudadanos también aportar en el respeto de los derechos de las personas vulnerables. Si todos ayudamos en parte lograríamos un gran resultado.

He llegado a la conclusión que todos somos vulnerables. La vulnerabilidad es parte de la naturaleza humana. Todos estamos expuestos a sufrir alteraciones en nuestro cuerpo por causa de accidentes o enfermedades o simplemente nacemos con las mismas. Es por esto que El derecho entendido como el orden jurídico del Estado, debe servir como instrumento para conducir adecuadamente las demandas de la sociedad y darles un correcto tratamiento.

No permitamos que se sigan cometiendo atrocidades contra este grupo vulnerable. La protección a las condiciones de vida de las personas vulnerables

debe ser considerada como un asunto de interés común. Representan al conglomerado de seres más desprotegidos y que sufren las carencias más severas al encontrarse en circunstancias desiguales en comparación con el resto de la población.

Tampoco permitamos que se lleguen a situaciones extremas como fue el caso del francés Daniel Tibi. Seamos capaces de luchar por los derechos de los vulnerables así como luchamos por nuestros derechos. Las personas vulnerables tienen menos posibilidades y necesitan de nuestra ayuda. No actuemos cuando ya se haya irrespetado un derecho sino antes de que se lo haga para mantener la armonía en nuestra sociedad.

Las personas vulnerables merecen un mejor trato. Cuando las veas en la calle no huyas, ayúdalas. No seamos personas vacías sin corazón. Es fácil darse la vuelta y seguir caminando. Ayúdalas, hoy por ti, mañana por mí. Los derechos humanos son de todos y a todos nos corresponde garantizarlos. Además, no sabemos en qué momento nuestra propia condición pueda variar hasta convertirnos en vulnerables. Todos deseáramos, en tal supuesto, contar con los medios jurídicos accesibles y eficaces para hacer valer nuestros derechos.

No dejemos que pase más tiempo. Ahora es el momento, un poco tarde pues han pasado bastantes siglos pero no debemos dejar que el tiempo siga pasando para comprenderlo. Las personas merecemos una vida digna. No importa el color, el sexo, la cultura o los recursos que tenga. Todos tenemos derecho a tener derechos y esos derechos deben ser respetados. No esperemos más y hoy tomemos conciencia y empecemos a luchar por nuestros derechos que es algo que nos corresponde por el simple hecho de existir.

Así como lucharemos por nuestros derechos no debemos olvidar a los que están en menos posibilidades que nosotros. También luchemos por sus derechos. Nadie sabe qué puede pasar mañana. Hay pelear porque se respeten los derechos de todos y sean puestos en práctica no hoy ni mañana, sino mas bien que sean puestos en práctica siempre. Está más que claro que no son respetados dichos grupos. La vida cotidiana da fe de lo que estoy afirmando. No se necesita ser especialista para darse cuenta así como tampoco se necesita ser más que humano para hacer valer sus derechos.

Para las personas con vulnerabilidad los derechos y prioridades son para ellos parte de sus **derechos humanos**⁶⁰. Son libertades, facultades, instituciones o reivindicaciones relativas a bienes primarios o básicos que incluyen a toda persona, por el simple hecho de su condición humana, para la garantía de una vida digna. Son independientes de factores particulares como el estatus, sexo, orientación sexual, etnia o

⁶⁰ Son inherentes a la persona, irrevocables, inalienables, intransmisibles e inextinguibles. Por definición, el concepto de derechos humanos es universal (para todos los seres humanos) e igualitario, así como incompatible con los sistemas basados en la superioridad de una casta, raza, pueblo, grupo o clase social determinados.

nacionalidad; y son independientes o no dependen exclusivamente del ordenamiento jurídico vigente. Los derechos humanos son condiciones que permiten crear una relación integrada entre la persona y la sociedad, que permita a los individuos ser personas, identificándose consigo mismos y con los otros.

Rompamos ese círculo vicioso en el que se pasa por encima de sus derechos. Seamos nosotros quienes lideremos el verdadero cambio pues estas personas necesitan de nosotros. La vulnerabilidad es la incapacidad de resistencia cuando se presenta un fenómeno amenazante, o la incapacidad para reponerse después de que ha ocurrido un desastre. La vulnerabilidad depende de diferentes factores, tales como la edad y la salud de la persona, las condiciones higiénicas y ambientales así como la calidad y condiciones de las construcciones y su ubicación en relación con las amenazas. Hoy son ellos, mañana ¿quiénes serán?

Rehabilitación social en el Ecuador

Introducción

Ciertamente, muchas personas argumentarían que la rehabilitación es un concepto anticuado que debió haber sido eliminado del vocabulario hace muchas décadas. Otras personas dirán que no es sólo el concepto el que está obsoleto, sino el contenido y los valores que refleja. Y aún así, la rehabilitación ha reunido a inmensas cantidades de personas en conferencias internacionales, regionales y nacionales, y no sólo a los profesionales de la salud.

El presente trabajo contiene un desarrollo sobre la realidad de los Centros Penitenciarios de nuestro país, remitiéndonos a estudiar dicha realidad dentro de nuestra sociedad; al hablar de la realidad de los Centros Penitenciarios, cabe destacar que estaremos enfocados en el aspecto de la reinserción social, la cual es la base de nuestro nuevo sistema penal, ya que se busca no castigar al delincuente, sino ayudarlo a dejar los hábitos que lo llevaron a delinquir y brindarle ayuda para que se transforme en un ser humano que sea de utilidad para la sociedad.

Según sectores de la doctrina, las obligaciones de los Estados, constituyen derechos para sus ciudadanos. desde este punto de vista, cuando la Constitución manda a que se creen Centros Penitenciarios adecuados, para promover la readaptación del delincuente, está prácticamente otorgándoles un derecho a las personas privadas de libertad a que puedan ser sujetos de ayuda y de atenciones para una efectiva reincorporación a la sociedad, reincorporación que debe de traer una formación integral que permita al delincuente, alcanzar una vida honrada y digna al momento de dejarlo en libertad.

Tenemos una legislación enfocada a cumplir con el buen tratamiento al recluso, pero la cruel realidad de nuestro Sistema Penitenciario, contrasta totalmente con la teoría, los niveles de hacinamiento son desesperantes, es necesario buscar el cumplimiento efectivo de las disposiciones en materia penitenciaria para nuestro país, ya que escasamente se cumple, la política criminal del Estado, se ha

separado de su finalidad ulterior y está cometiendo enormes violaciones a los derechos de las personas privadas de libertad.

En el trabajo se apreciará que nuestra legislación en materia penitenciaria es muy moderna y apegada a criterios internacionales, no se cumple en lo absoluto, que ya no se puede obviar el problema y hay que denunciar los atropellos que se cometen.

Aunque la rehabilitación con trabajo se ha convertido en el resultado deseable para estas políticas, el alcance de la rehabilitación es mucho más amplio y requiere una conceptualización y una práctica nueva y revitalizada.

La pregunta, sin embargo, es si el concepto de "rehabilitación" puede o no ser rescatado, o si es posible revitalizarlo, actualizando su contenido y sus connotaciones de manera que se puede ubicar más en línea con los requisitos y retos que estamos afrontando al inicio del siglo 21. La otra pregunta es cómo afectará esta actualización al entusiasmo actual de los profesionales acerca de la rehabilitación.

2. CONCEPTO

La Rehabilitación es el proceso global y continuo de duración limitada y con objetivos definidos encaminados a permitir que una persona con deficiencia alcance tanto un nivel físico como mental y social óptimo, dándole a la persona las herramientas necesarias para poder alcanzar un nivel de independencia y libertad importantes para llevar su vida.

Tanto la Organización Panamericana de la Salud como la Organización Mundial de la Salud han dado distintos conceptos a la palabra Rehabilitación, pero la diferencia se encuentra únicamente en la forma que fue redactado, ya que ambos conceptos nos llevan a un mismo entendimiento del concepto "Rehabilitación".

Según la Organización Panamericana de la Salud la rehabilitación es un proceso continuo y coordinado que tiende a obtener la restauración máxima de la persona

con discapacidad en los aspectos funcional, psíquico, educacional, social, profesional y ocupacional con el fin de reintegrarla como miembro productivo a la comunidad, así como promover las medidas que busquen prevenir la discapacidad.

En tanto la Organización Mundial de la Salud concibe como Rehabilitación todas las medidas que tienen como objetivo disminuir el impacto de las condiciones que causan la discapacidad y las restricciones en la participación social para llevar a cabo la integración social de las personas con discapacidad.

Ambos conceptos nos llevan a interpretar que el objetivo primordial de la Rehabilitación es integrar a las personas con discapacidad (PCD) a la sociedad mejorando tanto su estilo de vida así como el de sus familias y comunidades.

Debemos tener en cuenta que la rehabilitación no solo se emplea en las personas con discapacidad, sino que también trabaja con las familias y las comunidades para involucrarlos en el plan y la implementación de varias clases de servicios referentes a la Rehabilitación. Ya para finalizar el concepto de Rehabilitación es importante conocer que tipo de servicios incluye:

1. Detección temprana, diagnóstico e intervención.
2. Atención y tratamiento médico
3. Asesoramiento y asistencia social, psicológica y de otros tipos.
4. Capacitación en actividades de auto cuidado incluye los aspectos de la movilidad, comunicación y actividades de vida cotidiana con las disposiciones especiales que se requieren.
5. Suministros de ayudas técnicas y de movilidad y otros dispositivos.
6. Servicios educativos especializados.
7. Servicios de Rehabilitación profesional, incluyendo orientación profesional, colocación en empleo abierto o protegido y seguimiento.

3.- Antecedentes Históricos del Sistema Penitenciario.

La privación de libertad como sanción penal fue conocida en el Derecho Penal antiguo hasta el siglo XVIII, la reacción penal estaba destinada fundamentalmente a las penas capitales, corporales e infamantes; con esto no queremos negar que el encierro de los delincuentes existió desde tiempos inmemoriales, pero éste no tenía carácter de pena, sencillamente su fin era retener a los culpables de un delito en un determinado lugar, mantenerlos seguros hasta que fueran juzgados para proceder a la ejecución de las penas antes referidas.

En la Edad Antigua, las características de las prisiones tenían un punto en común, que se les entendían como un lugar de custodia y tormento; en la Edad Media además de las prisiones de la Edad Antigua, surgen dos clases de encierro, en las prisiones de Estado, en las cuales se recluía a los enemigos del poder por haber traicionado a los adversarios detentadores del poder. También existía la prisión Eclesiástica, que estaba destinada a Sacerdotes y Religiosos, consistía en un encierro para éstos en el cual debían hacer penitencias por sus pecados.

En el Siglo XIX surge la época del humanitarismo con John Howard y César Beccaria, que enfocaban su atención hacia al hombre mismo y cuya máxima institución fue la "Declaración de los Derechos del Hombre", con esto se inicia el pensamiento del correccionalismo, cuya premisa es que existe una relación Estado-Delincuente, y que se hace necesario reparar el daño causado por el delito reformando a quien lo produce.

Antes del Siglo XVIII no existía derecho de los penados a la readaptación, las penas del pasado eran siempre personales, hacían caso omiso de la entidad del ser humano y sólo proponían su destrucción o mutilación. De esta manera no puede existir el derecho del individuo a la readaptación, porque ésta implica la individualidad biológica, psíquica y cultural del sujeto, por lo que esto carece de validez cuando la única posibilidad es la eliminación de la persona, tal posibilidad no permite la más mínima readaptación.

A través de la historia universal de los Derechos del hombre que comete un delito, éste se encuentra ante un sistema penitenciario donde no se cumplen con los

derechos de las personas privadas de libertad, a pesar de los Derechos Humanos y los principios de las escuelas penales.

4.- ¿Acaso existiría rehabilitación para el Siglo 21?

El alcance de los servicios y de las medidas que las personas con discapacidad necesita para lograr las mismas oportunidades que las demás personas de la sociedad, diferirán de persona a persona. Y si comenzamos a pensar que la meta de la rehabilitación es la igualdad de oportunidades, esa rehabilitación deberá incluir todo lo necesario para contribuir a que la gente pueda lograr esa meta.

Siendo así, la rehabilitación no puede tener un contenido definido. La rehabilitación no puede ser una profesión ni una práctica institucional. La rehabilitación no es un conjunto de servicios específicos, porque los servicios no pueden contener todo lo que hay en la rehabilitación. Más bien, los servicios y las medidas necesarias se hacen parte de la rehabilitación cuando forman parte esencial de un estrategia con propósito que contribuye con los esfuerzos que realiza la persona para lograr sus metas. Así entendida, la rehabilitación nunca podría ser una actividad ajustada y deberá ser constituida o definida otra vez y otra vez según las metas y necesidades de las personas individuales. La rehabilitación será, entonces, todo lo que se necesita para apoyar y cumplir estas metas.

Esto es, a como lo interpretamos, la consecuencia necesaria de cambiar la meta de la rehabilitación de mejorar las funciones corporales a lograr la participación y la igualdad de oportunidades. La pregunta es cómo esto afectaría el entusiasmo profesional que actualmente disfruta la rehabilitación. Alguna de las profesiones médicas y de la salud quizá sienta amenazada su posición excepcional. Sin embargo, esta concepción de rehabilitación no significa un cambio en el poder

entre las profesiones, sino entre el sistema de servicios y el usuario. Son las necesidades y las preferencias del usuario las que definen el contenido de la rehabilitación. La pregunta es así, según los valores que sostienen las profesiones de la salud y médicas, ¿Serán más fáciles?

Sin embargo, si la rehabilitación realmente tiene futuro, la pregunta ya no debería ser la más importante, quién representa la mejor o más significativa de las perspectivas. La pregunta debe ser ahora ¿Cómo organizar los servicios y las prácticas según la nueva interpretación? La rehabilitación debe ser una práctica que responda a las necesidades y preferencias individuales de las personas y que facilite una atención verdaderamente interdisciplinaria para las personas.

La última pregunta es si la rehabilitación, como concepto, sobrevivirá al cambio de perspectivas. Pero si no es así, debemos guardar la perspectiva, no el concepto.

5. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En el problema de la reinserción social concurren varios factores, entre los que podemos mencionar, y que se desarrollaran en el trabajo, está en primer lugar el alto índice de hacinamiento, es increíble pensar que en el Centro Penitenciario puedan vivir seres humanos de una manera digna que los ayude a obtener hábitos que los lleven por "el buen camino", el cual es ser productivos en una sociedad cada vez más competitiva y discriminativa; en segundo lugar está la inadecuada política criminal que tiene el Estado, no es concebible que el Estado sólo se preocupe por encerrar y no por educar a los internos de los centros penales.

No se pueden observar condiciones que favorezcan a los internos e internas para una efectiva reincorporación a la sociedad, las personas no duermen cómodamente, las condiciones físicas del penal son precarias, es un penal muy viejo, en el cual se puede apreciar a simple vista las condiciones de insalubridad y de inseguridad que tienen los internos.

No se puede decir que, como la mayoría de Centros Penales de nuestro País, son unos verdaderos centros de tratamiento para que los internos dejen sus malos hábitos y aprendan buenos, no existen los suficientes talleres, la asistencia médica deja mucho que desear; el problema es serio, es grave, y la verdad no vemos que el Estado este tomando las medidas necesarias para solventar todas las deficiencias que sufren, y recalcamos sufren los internos y las internas.

6.- Ecuador: En centros de rehabilitación, la mitad de reclusos no tiene sentencia

Se construyen 10 centros de rehabilitación social para impulsar un verdadero sistema de rehabilitación **José Vaca, director técnico de la Unidad Transitoria de Gestión Emergente para la Construcción de los Centros de Rehabilitación Social, confirmó que al momento se trabaja en la edificación de 10 centros con nuevas características, que permitan avanzar en un efectivo sistema de rehabilitación social en el Ecuador. Vaca explicó que pese a los indultos determinados por la Asamblea a las personas denominadas “mulas” del narcotráfico y las acciones de la Defensoría Pública Penal, todavía existen 13.534 personas privadas de su libertad, de las cuales, la mitad no tiene sentencia.**

Vaca aseguró que el trabajo realizado en 2008 ha sido arduo, y que existían estadísticas iniciales, a principios de año, en los meses de enero y febrero, que señalaban que había aproximadamente 18 mil personas privadas de la libertad en los centros de rehabilitación social.

“Después del censo penitenciario cuyos datos finales se han obtenido en las últimas semanas se ha detectado una realidad totalmente distinta: existen en este momento 13.534 personas privadas de la libertad, no solo por las acciones tomadas en torno a la pequeña tenencia de drogas o a los indultos humanitarios, sino que ha habido también una mala información estadística”, acotó en entrevista concedida a Radio Quito.

En torno a la decisión de la Asamblea Constituyente conforme a la cual se procedió a indultar a las denominadas "mulas" o personas usadas por el narcotráfico para llevar hasta dos kilos de droga, Vaca indicó que son aproximadamente 1.500.

"Esto también hay que explicar un poco porque una de las percepciones de la ciudadanía es plantear una interrogante ¿a quién estamos sacando? Y ya analizando los perfiles de la familia, uno de los datos importantes de este censo penitenciario, ya no es solamente la persona en si sino el perfil de la persona", explicó.

Indicó que en la mayor parte de casos, en especial las mujeres, el 80% de quienes permanecen en los centros de rehabilitación están por temas de narcotráfico.

Especificó que si se analizan los casos, son mujeres que no tienen un trabajo estable durante 5 años tienen 4 o 5 hijos, sin una pareja que mantenga a la familia y atraviesan por muchas dificultades económicas, por lo que terminan aceptando llevar droga por un pago de 2 a 5 mil dólares.

"Hay que diferenciar y aclarar eso. El motivo del indulto a las pequeñas mulas como se denominó o personas con una tenencia de hasta dos kilogramos de droga tiene ese factor, no es el narcotraficante de dos toneladas", puntualizó.

Aseveró que hay personas que no tienen conocimiento que no tienen siquiera conciencia de los efectos de la droga y su transporte y cuyos casos son atendidos por la Defensoría Pública Penal.

"Hay otras personas que también han salido por el trabajo de la Unidad Transitoria de Defensoría Pública Penal", acotó, sin dar cifras.

Comentó que en estos casos hay extremos , como el de alguien que estuvo en prisión preventiva, determinándose después de este lapso que era inocente.

"En este momento se está trabajando en un sistema de mérito para la rebaja de penas", subrayó.

En este momento, reconoció, existe un 50% de personas en las cárceles sin sentencia, más de 6 mil.

"Una de las áreas a cual me debo es generar centros adecuados para poder dividir. En este momento la actual Constitución del 98 establece que los centros de detención provisional son donde estarán las personas que están por una investigación, por 24 horas, o aquellas personas que están por una prisión preventiva y que deberían estar un año como máximo como una medida extraordinaria", aclaró.

Indicó que al momento se está creando 10 centros de rehabilitación social adecuados que brinden características adecuadas para que permita a los reclusos permanecer 12 horas en espacios de educación, recreación y cultura.

"Que se pueda tener actividades permanentes porque ese es el problema. Nosotros ahora tenemos centros a los cuales no se accede a ninguno de esos servicios entonces se dedican a otras actividades por desesperación: lo único que ven son cuatro paredes", adicionó.

Refirió que no hay categorías en los presos, y que alguien que está por un juicio de alimentos se encuentra compartiendo el espacio con delincuentes que están por pagando una sentencia por hurto o asesinato y violación.

"No tiene una diferenciación del tipo de delito, ni del tiempo por el que están pagando esa pena y tampoco tiene una clasificación desde el punto de vista psicológico", aclaró.

Especificó así que se requieren centros que proporcionen características técnicas, humanas que permitan al individuo "convertirse en su auto rehabilitador", compartiendo un espacio diferenciado, únicamente con personas sentenciadas.

7.- El derecho a la readaptación social

Este problema ha desencadenado un conflicto mayor de sobrepoblación en las cárceles que en lugar de buscar una readaptación social para las personas que han pagado su pena, sufren de una contaminación social que los lleva a cometer delitos mayores incluso dentro de la prisión. Además de los costos presupuestarios que representan para el gobierno los centros penitenciarios, pagados indirectamente de todos los impuestos de la población.

La contaminación social a la que se exponen los presos depende de muchos factores, por un lado la corrupción y el tráfico de drogas, armas e influencias que se vive en la cotidiana batalla por sobrevivir en la cárcel y la lucha de poder, parecerían suficientes detonantes.

Por otra parte la única forma de adaptarse a convivir con personas agresivas o violentas es comportarse del mismo modo y si sumamos a esto factores familiares, externos, escasos recursos económicos, etc. sabremos el por qué de que la readaptación sea una utopía.

Este problema no es nuevo y en muchos centros penitenciarios se cuenta con el doble de población para la que fueron construidos. Si bien es cierto se cuenta con actividades productivas en la agenda cotidiana y se les enseñan oficios, es de vital prioridad separar a los delincuentes por grado delictivo y destinar espacios para una verdadera rehabilitación.

Por si fuera poco, al salir de prisión se les excluye, ya que en la mayor parte de los trabajos no se contratan a personas con antecedentes penales aumentando el ciclo vicioso de aislamiento y alejando cada vez la más mínima posibilidad de readaptación.

Con esto, el Estado reconoce al menos parcialmente su culpa, pues una estructura social y política disfuncional, genera su propia delincuencia, razón por la que se "garantice" la readaptación; pero, como ya se ha mencionado en este escrito por desgracia carece de aplicación real.

La delincuencia es un problema que nos afecta a todos por el simple hecho de vivir en sociedad, pero más grande es la imposibilidad de readaptación pues aunque pudiéramos dejar de lado que con ello se comete una violación a las garantías individuales del delincuente, la imposibilidad de readaptación sólo multiplica la propia delincuencia.

Finalmente, no es sencillo, pero se debe trabajar en ello. Se deben reforzar y clasificar los centros penitenciarios, se deben limpiar de corrupción e impunidad al sistema jurídico y ejecutivo de la Nación, se deben mejorar las condiciones económicas y de oportunidades de las clases marginadas y se debe fortalecer la educación y formación cívica.

La familia es por excelencia el núcleo primario social y aunque los delincuentes se vean como responsabilidad del gobierno, dependen mucho de la formación familiar y el medio al que estén expuestos por lo tanto los delincuentes son responsabilidad de cada uno de los miembros de la sociedad, por lo que la única salida es realizar un verdadero esfuerzo colaborativo entre individuos, sociedad y gobierno, que si bien llevará tiempo, no es imposible.

8.- EL ROL DE LA FAMILIA EN LA REHABILITACION Y REINSERCIÓN

La Familia durante mucho tiempo ha sido objeto de estudio dentro de las distintas ramas de las Ciencias Sociales, se le han atribuido características, funciones, roles, tipos, y un sin fin de definiciones para poder comprender las relaciones que se dan entorno al grupo familiar, y cómo éste se ha entendido a lo largo del tiempo. Cabe destacar dentro de ello, la importancia que la Familia tiene en los procesos de socialización por medio de la entrega de valores y conductas.

De lo anterior nacen varias preguntas; ¿Cuál debe ser el rol de la familia del interno durante el cumplimiento de su pena? ¿Gendarmería debe disponer de programas que incluyan a las familias, para que el tiempo que el privado de libertad éste sin ella, pueda sobrellevar su angustia de mejor manera? o

¿Incluyendo a las familias durante el proceso de reclusión podríamos asegurar mayores niveles de reinserción social de los internos?

Primero, es pertinente precisar que la privación de libertad implica la pérdida del derecho a desplazamiento, y en ningún caso se pierden los derechos fundamentales de las personas, por lo que es menester aclarar que toda persona tiene derecho a constituir familia, todo hombre y toda mujer tienen derecho a fundar una familia como elemento natural de la sociedad, a recibir protección para ella y mantenerla dignamente. Lo que permitiría decir que nadie puede quitarle a una persona el derecho de mantener su vínculo familiar, incluso a aquel que esta cumpliendo una condena privativa de libertad.

Para concluir podemos decir que la participación activa de las familias de los reclusos durante el tiempo que éstos cumplan condena, por medio de las visitas, jornadas de trabajo, acompañamiento, restablecimientos de los lazos socio-afectivos, entre otras metodologías, permitirán que desempeñe de mejor forma ciertas competencias sociales y capacitación laboral que faciliten su inserción social y eviten futuras reincidencia. Por que si bien los procesos de reinserción y de readaptación, como tales, comienzan una vez que la pena esta cumplida todo éste trabajo previo al egreso del recluso permitirá que un futuro, no muy lejano, éste pueda desenvolverse de las formas esperadas.

9- Recomendaciones:

1. Es necesario que los pocos recursos que tiene el Penal, se destinen en una medida proporcional a los internos, para procurar así su reinserción.
2. Se debe delegar la administración del Centro Penal a personas preparadas y capacitadas en materia penitenciaria, a modo de brindar un tratamiento eficaz, que procure la readaptación del reo.
3. La finalidad de los Centros Penales debe de reorientarse, debe tratar de readaptar al reo, no torturarlo.
4. Es necesario dejar de seguir mandando personas no juzgadas a prisión, cuando éstas no representen un peligro para la sociedad.

10.- CONCLUSIÓN

¿De que Rehabilitación Social se puede hablar si desde el momento mismo de la detención, en un buen porcentaje de casos, las declaraciones de los detenidos se las realiza sin la debida asistencia legal, y apunte garrote y tortura se hacen firmar declaraciones inculpatorias?

En fin lo que en este país se denomina Rehabilitación Social, es un cuento de nunca acabar, mientras persistan las condiciones de injusticia, explotación, corrupción inherentes al sistema que domina nuestro país.

Los programas de **rehabilitación social** persiguen hacer frente a las dificultades de desarrollo personal, familiar, laboral, etc., las cuales plantean serios obstáculos para la integración social. Desde estos programas se plantea la distinción entre síntomas y funcionamiento, asumiendo que el entorno o situación socio ambiental de inserción tiene tanta importancia o más que la discapacidad y sus manifestaciones, por lo que es necesario intervenir sobre aquél para la mejora de la situación personal.

Se trata, por tanto, de un modelo de atención basado en la comunidad que implica tanto procedimientos específicos como una serie de recursos orientados a ofrecer una mayor calidad de vida en las condiciones más normalizadas, autónomas e independientes posibles.

Justicia Indígena

Introducción.-

Está claro que la justicia indígena tiene un rango constitucional y así mismo su base de reconocimiento recae en que Ecuador es un país plurinacional, también reconocido en su art. 1 de la constitución. Sin embargo de lo establecido en el art 171 debe ser objeto de análisis los siguientes puntos:

La justicia indígena se aplica para la solución de conflictos internos, es decir son tales los que surgen en el seno de la comunidad y amenazan con la armonía, su forma de vida, sus valores y principios que identifican a la comunidad. La competencia trata en razón de las personas y solo ocasionalmente en razón del territorio, por tanto hay que distinguir los conflictos entre los miembros de una misma comunidad, los conflictos de una comunidad con otra comunidad y de los miembros de una comunidad con los miembros de otra comunidad, los conflictos de los indígenas con los no indígenas, caso en el que es importante diferenciar de los no indígenas que viven fuera de la comunidad de los que viven en ella o con ella. (jc Trujillo)

Pero ¿Qué entiende la justicia indígena como conflictos?

Mientras que en el derecho positivo, legal es todo aquello que está bajo el amparo de la ley, es decir en la sociedad todo aquello que amenace con la paz y el orden social, estará tipificado en el orden jurídico. Pero en el caso de la justicia indígena, se viola una costumbre reconocida y compartida por el grupo (derecho consuetudinario), y su sanción sería como un medio para recobrar esa armonía y paz de la comunidad.

La ley constituye la primera fuente del derecho seguida por la costumbre que solo constituye derecho en los casos en que la ley se remite a ella. El principal ejemplo de esto, como ya mencionamos es la justicia indígena.

Pero este no es el punto que ha generado debate y análisis, sino su forma de sancionar a las personas que cometen conflictos en la comunidad.

¿El estado debe permitir que se siga sancionando de esta manera? o ¿Se debe tomar acciones que regulen esta forma de administrar justicia?

Es importante hacer un análisis sobre como el hombre en sociedad ha ido evolucionando, si bien es cierto que hace muchos años atrás una de las formas de hacer justicia era en la forma llamada "ojo por ojo diente por diente" habrá que analizar ¿porqué en nuestro tiempo ya no se usa esa forma de hacer justicia? La respuesta es simple. Porque la sociedad y el hombre ha evolucionado, dejando

atrás su forma primitiva y cerrada de ver la justicia como una forma de venganza a criterio personal de cada persona. Es decir, si un ciudadano desea que se haga justicia y hacer prevalecer un derecho sobre un asunto en particular debemos ir al órgano cuya función consiste en juzgar y sancionar basándose siempre en un sistema jurídico que establece estas sanciones que no son contrarias a los tratados de derechos humanos. En otras palabras, el hombre con el tiempo, ha conseguido una gran herramienta importante para cada mujer, hombre, niño, anciano, mestizo, indígena, la cual hace que cada uno de ellos tenga a su favor ciertas garantías que lo protegen de posibles violaciones contra su integridad, dignidad, persona; y esto se constituyó como Los derechos humanos.

Entonces, si partimos de este punto, ¿por qué en estas comunidades indígenas no se toma en cuenta estos derechos fundamentales a la hora de sancionar?

¿Habrá que seguir tolerando esta clase de acciones con la excusa de que es parte de su cultura, principios y valores?

Si bien en la justicia ordinaria, la forma máxima de sancionar es privándolo de su libertad, considerando a esta como lo más valioso del hombre; en la justicia indígena lo más valioso es el honor de la persona, por eso es que su forma de castigar es en público y de la mano con la creencia de que esa es una forma de saneamiento de la persona que cometió el delito. Pero, ¿es válido que por esta creencia se castigue a los culpables colgándolos públicamente, azotarlos, bañarlos con agua fría, etc.? ¿No va esto contrario a lo que los derechos humanos establecen? Y si la respuesta a esta es afirmativa entonces, ¿No estaríamos hablando de ir en contra de la constitución que es la norma Jurídica suprema?

Hasta este punto nos hemos encontrado con un problema no solo social, sino también jurídico, rompiendo con la unidad jurisdiccional al momento en que la actual constitución reconoce la justicia indígena, como una justicia a la par, siempre y cuando se cumpla estos dos requisitos:

- 1.- Mayor participación de la mujer en estas comunidades,
- 2.- Y que esta justicia no vaya contra los derechos humanos.

Es decir, en nuestro país, tenemos dos formas de administrar justicia; esto es, la justicia ordinaria a la que la mayoría de ciudadanos nos sometemos y la justicia indígena que se aplica cuando se comete un delito en estas comunidades violando así su derecho consuetudinario.

Sin embargo, a pesar que en la constitución se establece como límite de esta justicia indígena los derechos humanos, lamentablemente esto no se ha cumplido. Aún vemos la forma brutal e inhumana de castigar.

¿Cuál sería la medida que el Estado debe tomar para que no ocurra de nuevo un caso en que un compatriota sea juzgado inhumanamente?

¿Habría entonces que crear una ley que regule esta forma de administrar justicia?

¿La solución podría ser abolir de raíz esta justicia y desaparecerla del sistema jurídico?

Hay q tener en cuenta que no solo se combate esto imponiendo una ley que regule esta forma de juzgar, porque imponer a la fuerza no consigue nada, todo lo contrario, puede crear la posibilidad de que la ciudadanía se levante y reclame; lo adecuado es explicar los motivos y dar a entender con bases legales e históricas de porqué ese cambio es el más adecuado y favorable para la comunidad, además que traerá beneficios para todos ya que se implementará de manera práctica la protección de derechos humanos a favor de todas los integrantes de esas comunidades.

Es decir, en otras palabras, lo que exprese en el párrafo anterior es que siempre hay que ver hacia adelante, y evolucionar hacia el bienestar de todos los ciudadanos. Si la sociedad ha logrado el avance que se ha conseguido ha sido por qué el mundo ha sufrido momentos importantes que motivaron a que se tomen medidas para así poder evitar que vuelva ocurrir. Así mismo porque han surgido figuras importantes que motivaron y lucharon por que se reconozcan derechos a favor de un grupo de personas.

¿Porqué retroceder hacia atrás empleando métodos de castigos que en años atrás denigraban la persona humana y que hoy en día son contrarias a los tratados internacionales de derechos humanos?

Y más aun, cuando la constitución prohíbe todo acto contrario a los tratados internacionales, que atenten contra estos derechos que son indispensables para todo hombre, mujer, niño, anciano.

Es respetable el fundamento de la justicia indígena como método de limpieza y purificación, pero su forma de castigo es totalmente inhumana.

Posibles problemas que pueden surgir por estas dos justicias paralelas.-

Debemos analizar que el sistema de justicia estatal ha sido en la gran mayoría de las veces inaccesible e inadecuada para los pueblos indígenas. No existe una cobertura nacional de las instituciones de justicia; hay un despliegue limitado de la policía; no hay o son pocos los defensores públicos en las zonas indígenas; hay una marcada urbanización de las oficinas de justicia; los jueces no hablan los idiomas indígenas ni comprenden su cultura. El sistema penal se centra en la persecución del infractor antes que en la atención a la víctima, "con lo cual la victimiza doblemente y probablemente también victimiza al infractor sin ningún provecho"

En cambio en la administración de justicia indígena hay una suerte de identificación con las autoridades locales y los administrados, además de la accesibilidad, inmediatez procesal y bajos costos. Por otro lado, a diferencia del derecho estatal, el derecho indígena privilegia a la víctima y prefiere llegar a acuerdos antes que sancionar al agresor con penas muchas veces inútiles.

Es decir, hay una indudable marginación que tras muchos años ha habido en el país hacia los indígenas, creo que eso es lo que motivo a que este grupo de personas busquen su manera de organizarse constituyendo así hasta su propia forma de justicia. Así mismo este ha sido el motivo también para que este grupo de personas se organicen políticamente y producto de ello es que hoy en día vemos a indígenas muy bien preparados, con títulos académicos inclusive internacional, y con puestos importantes políticamente, algo que yo veo muy positivo, pero no puedo expresarme así mismo de su forma de administrar justicia porque lo considero inhumano.

El problema que para el derecho estatal presentan las normas del derecho indígena es que ellas demuestran "un orden social típico que se manifiesta —entre otras— en maneras más o menos constantes de concebir, tipificar y definir actos que deben ser reprimidos colectivamente ("delitos") así como maneras más o menos constantes de procesar estos". Es decir, ninguna norma indígena surge del legislador nacional ni de ningún otro acto normativo o administrativo del poder público, sino de las reglas del propio derecho indígena. Lo que resulta en la "imposibilidad práctica de controlar la regularidad interna de las decisiones, por cualquier órgano distinto de la propia comunidad."

Es claro el problema que esto surge, mientras todos los ciudadanos nos sometemos por las leyes, normas, ordenanzas expedidas por los órganos

competentes, estas comunidades se someten por lo que expiden sus propias autoridades. ¿y quién controla esto?

Los ciudadanos sometidos por la justicia ordinaria, tienen un medio, el registro oficial, para estar informado de todo lo expedido, decidido, anunciado por las autoridades, es decir funciona como el periódico del estado, en el que los ciudadanos podemos estar informados sobre las decisiones tomadas por las autoridades.

Pero, ¿las autoridades indígenas tienen también un medio idóneo y eficaz para comunicar así mismo sus decisiones a los integrantes de estas comunidades?

Con ello, el Art. 191 no solamente está devolviendo a las autoridades indígenas atribuciones judiciales sino también legislativas, puesto que el proceso de creación, modificación y derogación de normas compete a la propia autoridad indígena, siendo imposible que alguna otra autoridad del Estado esté en capacidad de hacerlo.

“...para la solución de conflictos internos...”

Está en una de las frases más controversiales del reconocimiento de la administración de justicia indígena, porque indudablemente se presentarán conflictos de competencia entre las autoridades estatales y las indígenas. De ahí la importancia de delimitar el alcance de cada una de ellas.

Competencia en razón de la persona

1. indígenas de una misma comunidad

Cuando los sujetos involucrados pertenecen a la misma comunidad, "el principio de maximización de la autonomía adquiere una gran relevancia [...] Los límites a las normas en la que se ejerce este control interno deben ser, entonces, los mínimos aceptables, por lo que sólo pueden estar referidos a lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre". En este caso las autoridades indígenas tienen competencia exclusiva para conocer del asunto y llevarlo bajo sus normas y procedimientos. La autoridad estatal sólo pudiera intervenir para precautelar un interés más alto que la autonomía.

indígenas de distintas comunidades

En este tipo de casos serán conocidos "por lo que al respecto convengan las autoridades de las colectividades a las que pertenecen sus litigantes", pudiendo el

caso ser enviado a la organización de grado superior a la que pertenecen las comunidades involucradas, o a la justicia estatal.

3. conflictos entre dos colectividades distintas

En estos casos se procede de manera similar al caso anterior. Los conflictos los resuelve la suprema autoridad de la organización de grado inmediatamente superior a la que pertenecen las comunidades en conflicto, o también se puede acudir a la autoridad estatal.

El caso más reciente de conflictos entre dos comunidades fue la matanza en el Tigüino en donde fallecieron al menos 20 personas. Las comunidades involucradas (los huarani, los taromenane y los tagari) pertenecen a los pueblos huao. Varios líderes indígenas han manifestado que si bien este es un hecho que conmocionó a la opinión pública, debe dejarse que la organización huao se encargue de investigar y sancionar a los responsables de conformidad con su derecho consuetudinario. Dicen también que no es dable admitir que el Estado se involucre, en exclusión de las autoridades indígenas, y literalmente extraiga a los responsables de la selva amazónica para que sean juzgados por jueces que por poco ignoran si quiera de su existencia como pueblos.

Es claro que casos como el citado afecta primordialmente a los indígenas, y son sus autoridades las que deben solucionarlo. Comparto plenamente esta idea. Sin embargo, ¿estarán las autoridades indígenas en capacidad de investigar y dar con todos los responsables? Es en estos casos cuando debe existir mayor colaboración del Estado. Es decir, que haya una comunicación y colaboración entre la policía, para que este haga su función de investigar, recolección de prueba, para luego remitir el expediente a las autoridades indígenas para que se proceda a la sanción de los responsables conforme al derecho consuetudinario.

¿Pero, realmente se da esto en la realidad?

conflictos entre un indígena y un no indígena

“En los litigios que versen sobre actos o contratos en los que una de las partes sea uno o más indígenas será competente la autoridad indígena y aplicará el derecho más favorable a la parte indígena, sea la ley estatal o el derecho consuetudinario”.

Al respecto debo coincidir con Andrade Ubidia (2002, 152) en que el “inciso segundo debe suprimirse porque es una fragante violación de la garantía constitucional de igualdad de personas ante la ley. El no indígena puede que sea más pobre, menos culto, más dependiente que el indígena ¿porqué en tratándose

de negocios jurídicos unilaterales (actos) o bilaterales (contratos) se va a aplicar el derecho más favorable a la parte indígena?"

Es cierto en que las comunidades indígenas requieren un trato diferenciado respecto del resto de la población, y necesitan condiciones suficientes que les permitan una verdadera igualdad en el ejercicio de todos derechos.

El artículo 24 de la Convención Americana, al igual que el Art. 23.3 de la Constitución, consagran el derecho a la igualdad, el cual, en el caso particular de los indígenas, importa la adopción de medidas positivas que, de acuerdo a la especial consideración y respeto de una persona o un grupo de personas, permitan hacer realmente efectiva la garantía de la igualdad entre sujetos que no se encuentran, en los hechos, en una situación de igualdad.

Esta obligación particular de los Estados ha sido fomentada y estimulada por la Comisión Interamericana al expresar que dentro del derecho internacional en general, y en el derecho interamericano específicamente, se requiere de protección especial para que los pueblos indígenas puedan ejercer sus derechos plena y equitativamente con el resto de la población. Además, quizá sea necesario establecer medidas especiales de protección para los pueblos indígenas a fin de garantizar su supervivencia física y cultura.

La solución más adecuada sería la utilización de medios alternativos de solución de conflictos, en donde prevalezca el entendimiento y acuerdo entre las partes. De no llegarse a un acuerdo, la conformación de un tribunal mixto o el sometimiento del caso a un juez de paz, podría ser la salida, obviamente, teniendo en cuenta la interculturalidad y las especificidades de cada asunto.

Competencia en razón del territorio

Es claro que para los indígenas el territorio es una noción vinculada a la categoría de pueblo, "significa mucho más que la idea de propiedad de la tierra; tiene que ver con el ámbito necesario para la reproducción cultural y material del grupo, como un espacio ecológico, social y simbólico, no necesariamente continuo, que remite a referentes históricos e identitarios, partes centrales de la cosmovisión de pueblos".

Pero para la delimitación de la competencia en razón del territorio habría que determinar qué territorio pertenece a una comunidad y hasta dónde se extiende el poder del derecho de esa comunidad. Este es un asunto complejo que se agrava aún más por falta de la figura jurídica del territorio indígena. En principio, debería crearse esa jurisdicción en territorios donde sólo vivan indígenas. Pero la gran mayoría se asientan en espacios territoriales, rurales y urbanos, donde conviven

con mestizos, con negros y con indígenas de otras etnias. ¿Bajo qué ley juzgar a unos y otros?

Las tierras indígenas en su mayor proporción están en manos privadas, son de propiedad particular y sujetas a la legislación común vigente en el país. Pero aún cuando las tierras comunales y privadas indígenas, sin base legal, se podrían considerar como territorios indígenas, todavía la mayoría de los espacios donde viven los indios no serían considerados tales. Las haciendas, las pequeñas y medianas propiedades de titulares blanco mestizos, las tierras públicas, estatales y municipales no podrían formar parte de 'territorios indígenas' para efectos de que sus autoridades ejerzan la jurisdicción. Si no hay un concepto claro de territorio - y el proyecto habla todo el tiempo de territorio - ¿a qué estamos refiriéndonos? Si no se ha definido la territorialidad y no es posible definirla de acuerdo a nuestras normas constitucionales, porque territorio solo tiene el Estado como espacio de su soberanía ¿cómo vamos a plantear el problema de la jurisdicción territorial? Una cosa es que haya tierras en propiedad de comunas y en propiedad de indígenas privados y otra cosa es que eso pueda considerarse territorio. Ese salto no lo da nuestra Constitución ni ninguna ley y, que yo sepa, no hay visos de que así suceda. Pero, digámoslo categóricamente, éste es un problema serio para los pueblos indígenas en todo el mundo. La territorialidad es una cuestión fundamental que hay que desarrollarla. Este es un asunto que debemos seguir debatiendo.

Además de este gran inconveniente, queda por determinar qué derecho se aplica en cada uno de los siguientes supuestos:

1. faltas que comentan indígenas en el territorio de su comunidad

Si un indígena comete una acción reprochable dentro del territorio de su comunidad, es ella la llamada a juzgarlo, en virtud de las consideraciones personales y territoriales.

2. faltas que cometan indígenas fuera del territorio de su comunidad

En América Latina, los indígenas cuando eran juzgados por la comisión de delitos, frecuentemente eran clasificados en una de dos categorías: o como salvajes y selváticos que no han tenido ningún contacto con la "civilización", y eran inimputables de la sanción penal; o como indios incorporados o asimilados a la "civilización", y como tal imputables.

En ciertos casos se buscaba asimilar a los indígenas a la categoría de sordomudos por su "incapacidad de entendimiento" o los colocaban en la misma categoría que los menores de edad.

El Anteproyecto de Ley, al respecto, nos da dos soluciones. La primera está en el Art. 15, el cual dispone que todo conflicto individual de indígenas con no indígenas, fuera del territorio de la comunidad, serán resueltos por "tribunales mixtos de equidad" cuyos miembros serán designados en número de dos por la comunidad indígena y uno por la autoridad estatal competente. La segunda, se encuentra en el Art. 15 alternativo. Se reconoce que la autoridad estatal es la competente para conocer del caso, pero tendrá que hacerlo respetando una serie de consideraciones, entre las cuales destaca la consagrada en el numeral segundo del mencionado artículo: "En la sentencia el juez o tribunal tendrá en cuenta las diferencias culturales y buscará conciliar estas diferencias con la cultura a la que responde el derecho estatal [...]".

La primera propuesta me parece inviable e injusta, además que se está distrayendo al no indígena de su juez natural. En cambio la segunda propuesta está más cerca de una solución basada en la equidad, pues reconoce la competencia del juez estatal, y a la vez, le obliga a tener en cuenta la diferencia cultural. Tal y como nos dice Trujillo (2002, 104), se debe proceder a una interpretación intercultural de los hechos y del derecho. Esto quiere decir "que los hechos deben ser examinados desde la perspectiva de cada cultura, luego se debe examinar la valoración que de ellos hace cada una de ellas y, en fin, averiguar las causas por las que lo que es bueno o indiferente en la una, es malo o pernicioso para la otra". En el derecho en cambio, se necesita que las normas en conflicto sean analizadas para entender la *ratio* y el propósito de cada una y "en vista de la conclusión inducida del análisis de los hechos, aplicar la norma según el principio de ponderación".

3. *faltas que cometan no indígenas dentro del territorio de una comunidad indígena*

El Anteproyecto en su Art. 13.1 señala que las infracciones cometidas por no indígenas dentro del territorio de una comunidad serán juzgadas por la autoridad indígena y el responsable será remitido a la Función Judicial para que se imponga la sanción que corresponda según la ley estatal, salvo en el caso de indemnizaciones patrimoniales que serán las fijadas por la autoridad de la comunidad.

A diferencia de la anterior situación, el Anteproyecto olvida mencionar la interpretación intercultural de los hechos y del derecho. La autoridad indígena que

juzga a un no indígena, debe hacer todo el análisis que la autoridad estatal debería hacer a la hora de juzgar a un indígena. Es decir, la interculturalidad debe aplicarse en ambas esferas legales: en el derecho estatal y en el indígena; en la legislación nacional y en el derecho consuetudinario. Sólo así llegaremos a una armonía justa y real.

Competencia en razón de la materia.-

El derecho indígena, a diferencia del derecho estatal, no contempla una división por materias. Las autoridades indígenas son competentes para conocer transgresiones de orden público o privadas, según afecten a la comunidad como un todo o a miembros de ésta; sean de naturaleza penal, civil, administrativa, agraria, etc. Además, el Convenio 169 de la OIT, tampoco hace alguna limitación al respecto.

Varios autores, como Andrade Dávila (2002), se muestran renuentes al otorgamiento de competencia a las autoridades indígenas para el juzgamiento de infracciones y delitos. En especial, porque no puede considerarse "que la comisión de un delito penal afecta únicamente a los miembros de la comunidad indígena en la que se cometió, es un asunto de competencia del Estado, y por ello debe ser juzgado por sus jueces o tribunales competentes." Sostiene que de conformidad con el Art. 141.2 de la Constitución, se requiere ley para establecer sanciones por lo que "es exclusiva potestad del legislador el tipificar una conducta como penalmente punible y establecer una pena para el caso de que alguien incurra en ella". Sustenta lo mismo en el Art. 24.1 de la Constitución y el Art. 2 del Código Penal.

Si la costumbre del respectivo pueblo indígena considera una conducta como penal y establece una sanción para ésta sin que haya sido tipificada y sancionada por una ley penal, está contradiciendo normas expresas de la Constitución y de la ley, por lo que no puede ser aplicada. Las normas consuetudinarias no tienen fuerza para modificar a la ley.

El autor también sostiene que según el Art. 24.11 de la Constitución nadie puede ser distraído de su juez competente, y según el Art. 16 del Código de Procedimiento Penal sólo los jueces y tribunales penales son competentes para conocer causas penales. Además, el Art. 19 del mismo cuerpo de leyes señala que la competencia nace de la ley. "Si así lo hacen, se están atribuyendo una potestad que no les ha sido concedida, por lo que están excediendo las

atribuciones que la Constitución les otorga, irrogándose funciones que no les son propias”.

Andrade reconoce que el Art. 9.1 del Convenio 169 de la OIT manda respetar los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros, pero concluye que en el Ecuador esto es incompatible por el principio de reserva legal en materia penal, “por lo que tampoco es acertado invocar esta norma para pretender dar unas competencias en el juzgamiento de materias penales a las autoridades tradicionales indígenas”.

Por supuesto que la comisión de un delito afecta a la sociedad en su conjunto, mucho más si la sociedad es cohesionada y comparte valores tan estrechos como es una comunidad indígena. Por eso la sanción que se otorga a quien ha cometido un homicidio es ejemplarizadora, y busca restablecer el orden social perdido. Si el Estado entrara a juzgar este hecho, como lo ha venido haciendo hasta ahora, no se consiguen los fines de reconciliación y se victimiza al agresor. Se lo arranca de su comunidad de origen para llevarlo a una celda inútil.

La CCC, en una de sus sentencias, recogió el testimonio de un indígena sobre las prisiones y sobre la necesidad de instaurar el derecho consuetudinario:

En la cárceles está bien, se come bien, se duerme bien; pero, no se ve a la familia y se fuma marihuana, basuco, se aprende de homosexual, se aprende de fechorías y los castigos son muy largos. Cuando la persona sale no se ha rehabilitado, llega vicioso, llega homosexual, llega corrompido. Así, la pena de la cárcel no corrige, antes daña.

Al fin de cuentas, los propósitos del sistema penal, que básicamente son los mismos que los del derecho indígena (sanción al responsable, re-socialización del agresor, reparación a la víctima, efecto ejemplificador, etc.) se cumplen. ¿Por qué entonces limitar la aplicación del derecho indígena en materias penales?

También es cierto que sólo el legislador es el llamado a tipificar las conductas punibles, pero la autonomía que se les ha otorgado a los pueblos indígenas en la actual Constitución “implica la existencia de un régimen nacional político-legal de devolución de los poderes legislativos, administrativos y jurisdiccionales en cuanto a un ámbito amplio de asuntos de vida” Lo que faculta a las autoridades indígenas a juzgar conforme a su derecho consuetudinario, que pasa a ser norma jurídica vigente y exigible.

El autor en mención vuelve a caer en el error de criminalizar la administración de justicia indígena, calificándola como arrogación de funciones. Justamente uno de los fines de la reforma constitucional fue legitimar el ejercicio de la justicia indígena, y al ser un derecho constitucional, "ya no configura usurpación de autoridad ni ninguna forma delictiva" mucho menos contraria a las leyes.

Finalmente, desconocer el Convenio 169 de la OIT alegando el principio de reserva legal, es un error en la interpretación de los tratados internacionales y un desconocimiento de que la jerarquía de los mismos en el derecho interno es irrelevante en lo que a responsabilidad internacional se refiere.

Fiscalías indígenas.-

La creación de las fiscalías indígenas me parecen un acierto para así ejercer un control sobre la justicia indígena, es decir es una forma de asegurarnos que la justicia ordinaria también tenga participación en el proceso de investigar los hechos los cuales se denuncian. Además así, se evita que en algún caso se imponga la justicia a mano propia tan criticada y cuestionada hoy en día por sus sanciones en contra de los derechos humanos reconocidos por nuestra constitución.

Sin embargo hoy en día, se han dado casos en los que la comunidad por sí sola ha ejercido justicia sobre los presuntos culpables del delito sin comunicar a las fiscalías indígenas, entonces se genera incertidumbre ya que la propia comunidad impide el acceso de la fiscalía como lo que sucedió en el caso de Orlando Quishpe que más adelante analizaremos.

Lo que da como resultado que la propia comunidad juzgue y sancione sin un control, basado en sus tradiciones y dejando a un lado a esta institución, haciendo prevalecer el reconocimiento, en lo personal mal dado por la constitución.

Este es el problema que desata el haber reconocido y otorgado jurisdicción y competencia a la justicia indígena, ya que ellos se sienten con poder reconocido por la misma constitución. Es decir se genera un conflicto entre la jurisdicción ordinaria y la indígena; ¿Cómo es posible que haya dentro de una jurisdicción otra jurisdicción?

Esto rompe con la unidad jurisdiccional que expresa que solamente el poder de administrar justicia lo tiene la función judicial esto es, a sus órganos

jurisdiccionales, administrativos, auxiliares y autónomos establecidos por la constitución y la ley.

Pero sobre todo, toda la función judicial se basa sobre un derecho escrito, que tuvo su proceso de formación, y que emerge de la voluntad misma del pueblo, y que tiene diferentes áreas de competencia con jueces que ejercen su poder de forma especializada; estos es, jueces civiles, jueces penales, jueces de laboral, etc.

Pero ¿Cómo es posible que en la justicia indígena no hay esta competencia de jueces, de forma especializada? Y sobre todo ¿existen estas áreas también en la justicia indígena como el área civil, laboral, Administrativo, etc.? Entonces, ¿cuáles son los tipos de conflictos que en sí resuelve la justicia indígena? ¿Solamente conflictos de la comunidad?

Volviendo al tema de las fiscalías indígenas, su presencia es un tanto alentadora ya que valorarán principios reconocidos en la constitución que pondrán un límite y freno a este tipo de justicia tan criticada y mal vista hasta en el campo internacional.

Estas Fiscalías indígenas tienen como objetivo primordial, dentro de la justicia ordinaria y cuando un indígena está procesado por esta justicia, velar por el respeto y la vigencia de los derechos de los pueblos indígenas; principalmente en su proceso inicial de investigación e indagación de alguna infracción.

Los fiscales indígenas garantizarán en los trámites respectivos la vigencia y el fortalecimiento de la lengua materna, los símbolos indígenas, los sistemas jurídicos del pueblo o comunidad a donde pertenece, plantearán sanciones distintas como dispone el Convenio 169 de la OIT.

Se analizarán las infracciones o el delito desde la cosmovisión indígena, e incluso, en algunos casos cooperarán con la autoridad de los pueblos indígenas y se logre el fortalecimiento de las mismas y se vele por el cumplimiento del debido proceso y los derechos humanos fundamentales.

En muchos casos se inhibirá de conocer y proseguir con la investigación de un hecho denunciado y se remitirá ante las autoridades indígenas, respetando su jurisdicción y competencia como lo faculta la Constitución Política del Estado

Posibles soluciones.-

Se debe regular esta justicia indígena, creo que mis argumentos tanto de hecho como de derecho expresan que es necesario un progreso en este aspecto, ya que esto atenta directamente al principio de unidad jurisdiccional que existe en nuestro país, en donde la jurisdicción recae únicamente a los jueces debidamente reconocidos por la constitución y las leyes, y que se someten y juzgan basados en la constitución, normas, tratados y principios que son en pro del hombre.

No podemos permitir que mas compatriotas sean sancionados de manera brutal e inhumana, a pretexto de la jurisdicción otorgada por la constitución a esta justicia que no respeta los tratados internacionales de derecho humanos cuando la norma jurídica suprema la reconoce e obliga que se ponga en ejercicio todos los principios universales de derechos humanos.

¿Por qué se da tanta preferencia a una justicia que de justa no tiene nada?

Si los ciudadanos común nos sometemos a un proceso judicial, porque no los indígenas que también son ciudadanos y que más aun, gozarán así mismo de las garantías que gozamos en un proceso judicial.

Hay que incentivar, enseñar en las comunidades indígenas los conceptos, procedimientos que en la justicia ordinaria se da.

Edificar instituciones en donde los indígenas tengan la oportunidad de acercarse a realizar alguna denuncia, trámite, presentar una demanda, etc.

Si no se motiva a estas comunidades con servicios que incentiven a dejar esas prácticas ancestrales y que los incorpore al sistema judicial ordinario, ellos seguirán ejerciendo sus prácticas ancestrales ya que ese ha sido siempre su método de hacer justicia.

Pero sobre todo, dejemos atrás toda práctica que denigra la integridad humana, existen otras medidas para sancionar al ciudadano que no sea latigazos, agua fría, desnudarlos, etc.

El ser humano sea culpable o no, jamás deja de ser humano, y jamás pierde sus derechos a que se lo trate dignamente...

Opinión personal.-

La justicia ordinaria en materia penal, existe el principio de legalidad, es decir nadie puede ser juzgado o sancionado por un hecho que no estuvo tipificado al momento de cometer el delito.

Tenemos como fuente del derecho penal a la misma ley penal, es decir en esta rama de derecho no existe las analogías, no se permite basarnos en casos similares o tratar de llenar un vacío o laguna penal por medio de la analogía.

En el caso de la justicia ordinaria el mismo Estado es quien se encarga y tiene la potestad para proteger los bienes jurídicos como la vida, la propiedad, el honor, etc.; y lo hace a través de determinar en el sistema jurídico las acciones que serán sancionadas y de qué manera.

Pero en el caso de la justicia indígena, las sanciones están establecidas basadas en el derecho consuetudinario es decir en las costumbres de la comunidad que durante años han sido practicados y en sus creencias que han sido transmitidas de manera oral durante años.

Lo ideal sería que el caso del derecho consuetudinario de la justicia indígena se relacione con el derecho penal nacional de una forma escrita, tipificada, en donde el código penal establezca los delitos que se podrían cometer en las comunidades, y que sea solucionado por sus mismas autoridades (esta sería una forma de mantener su cultura y tradición) pero dejando en claro que esas autoridades se deben basar en un cuerpo de leyes ya establecido y dejando un lado el castigo "a mano propia".

Entonces, si bien están establecidos los requisitos para conformar el cabildo ya que está claramente definido sus reglas y que además son aceptadas por los miembros de la comunidad, su sistema de sanciones no está escrito y se fundamenta en la tradición oral. (Derecho consuetudinario)

Habría que analizar si realmente el castigo "a mano propia" nos asegura que esa persona no volverá a delinquir, porque en este caso la persona recobra su libertad luego del castigo y no se le priva de ella como en el caso de la justicia ordinaria.

La figura de privación de libertad además de ser una manera de sancionar es además una forma de seguridad que toma el estado de que el individuo que delinquirió pague su pena en prisión, y de esa forma garantizar a la sociedad de que el delincuente no cometerá delitos al menos durante el tiempo que pase en prisión.

Pero en el caso de la justicia indígena su manera de sancionar es públicamente, "a mano propia", como método de purificación, sanación, enmendar su error y esto daría como resultado que ellos no vuelvan a cometer ese delito; luego de eso la persona recupera su libertad, siendo expulsada de la comunidad, pero ¿estará esa persona realmente rehabilitada?

¿Es suficiente el castigo?

A criterio personal, considero que hay derechos fundamentales garantizados a cada persona que se lo has conseguido a medida que el mundo entero ha ido evolucionando y que en pleno siglo XXI aún se mantenga estas prácticas ancestrales inhumanas me parece un retroceso en el tiempo. Mientras el mundo avanza, y no me refiero únicamente al ámbito económico, tecnológico, científico; nuestro país, se presenta como un estado aun atrasado en materia de derecho constitucional, con una constitución garantista al máximo pero que en el caso concreto de la justicia indígena no se lleva a cabo al momento de que nuestro compatriota indígena levanta su mano para azotar y torturar a un ser humano.

¿Dónde queda entonces el reconocimiento e incorporación a nuestro orden jerárquico los tratados internacionales de derechos humanos?

Pues, existen hoy en día otras medidas alternativas de solucionar y sancionar los conflictos en una sociedad, fundamentados en el hecho de una idea de avance y progreso inculcado en la sociedad para que así sea realidad el principio de la tutela judicial efectiva que engloba muchos aspectos, entre ellos el debido proceso, seguridad jurídica, principio de legalidad, el derecho a la doble instancia, principio de juicio previo, el principio de indubio pro reo, derecho a la defensa, etc.

¿Existen todos estos principios dentro del proceso de la justicia indígena?

¿Qué pasaría si el "detenido" se trata de un demente? Pues si fuera ese el caso en un proceso penal, el detenido sería un inimputable.

La imputabilidad **es la capacidad de actuar culpablemente**. Esa capacidad se reconoce, en principio, a todo hombre por el hecho de que es un ser inteligente y libre, o sea dotado de inteligencia y libertad. La primera implica la capacidad de conocer el alcance de los actos que realiza; la segunda, la posibilidad de acomodar su conducta a las exigencias del ordenamiento jurídico. Por eso es frecuente encontrar definida la imputabilidad en función de estos dos componentes como capacidad para conocer y valorar el deber de respetar la norma y de determinarse espontáneamente.

¿Se analiza entonces estos aspectos dentro del proceso de juzgamiento de la justicia indígena?

Esto es solo un aspecto por mencionar, pero hay muchos principios consagrados hoy en día que se violados en este tipo de juzgamiento o que por otro lado no

cumplen con etapas importantes previas a determinar si alguien realmente merece la sanción impuesta, y no establecer el castigo a un presunto culpable.

Si en un momento de la historia como lo fue la época de la conquista española y nuestras ansias de libertad, tanto negros, mestizos, afro americanos, mulatos, indígenas, cholos (un alto porcentaje), mestizos y criollos, que sin duda constituyen el círculo de nuestros antepasados, en el que todos unidos anhelaban conquistar la libertad total con la esperanza de forjar una patria mestiza que les permita organizarse como un Estado de Derecho con todos los elementos del Constitucionalismo y el derecho positivo, a base de los principios fundamentales de: LIBERTAD individual y colectiva en todo su contenido, IGUALDAD ante la Ley sin fueros ni privilegios y FRATERNIDAD a base del amor filial entre hermanos, inspirado en el pensamiento de un grupo de transformadores y revolucionarios, entre los que se encontraban principalmente Locke, Comte, Rousseau, Montesquieu y Otros.

Entonces porqué no seguir con ese ideal, y constituir un real estado de derecho, de igualdad entre todas las culturas, etnias que la constitución reconoce y de someternos a un solo órgano de justicia, con un derecho positivo y escrito para todos, pero sobre todo un estado fraterno donde las prácticas ancestrales inhumanas y crueles hacia el hombre, desaparezcan.

PROTECCIÓN Y SANEAMIENTO ACCESIBILIDAD

RECURSOS HÍDRICOS

INTRODUCCION

Parece mentira que en pleno 2010 aun existen países cuyo tema de discusión es el agua, un líquido vital e indispensable para el hombre, sin embargo Ecuador es uno de esos países que quizás por ser un subdesarrollado, no cuenten todavía con una ley de aceptación multitudinaria de distribución y acceso al agua.

En el caso de Ecuador específicamente el tema del agua había pasado desapercibido, ya que nunca antes este tema había sido tan debatido por el contenido de la ley con la que se apoya para promulgarla.

Antes simplemente se sabía que el agua era uno de los bienes nacionales al que todos podíamos acceder, sin limitación alguna, y los ciudadanos no le tomaban mayor importancia, pues cada uno era responsable de la cantidad de agua que consumían.

Y por ende no existían mayor problema ni controversia por el agua, los ciudadanos incluso hacían de este recurso hídrico un negocio con el que ganaban una muy buena cantidad de dinero, quien y como regulaba este negocio quizá a nadie, sino a los directos interesados les importaba, por lo que nunca antes se había debatido el acceso y la distribución del agua.

Datos estadísticos apuntan que el Ecuador cuenta con una gran cantidad de agua incluso estos datos fueron reconocidos por el foro mundial del agua (CAM) al designar al Ecuador como país capital del agua, organización dedicada analizar políticas mundiales sobre el agua dulce y tiene como objetivos aumentar la importancia del agua en la agenda política, apoyar solución problemas del agua, formular propuestas y generar compromisos políticos.

Organizaciones como estas, nos presentan al Ecuador como un país donde el agua es el líquido que jamás ha de faltar, pero poco o nada se dicho sobre nuestra realidad interna, el agua potable y su "igual acceso" a todos los habitantes del país.

2.-USOS Y DISPONIBILIDAD DE AGUA

El hombre puede subsistir sin alimentos pero no lo logra sin agua, es por tanto que todas sus actividades productivas están relacionadas con este recursos. Para producir alimentos necesita contar con los recursos naturales o con sistemas de reserva y regadío, lo que le permitirá garantizar al menos la seguridad alimentaria.

Para el desarrollo urbano requiere igualmente contar con los recursos hídricos que le permitan entregar a los habitantes el recursos necesario para cubrir sus necesidades diarias, requiriendo cantidades significativas de este elemento de acuerdo al número de pobladores que tengan. Este recursos deberá ser por tanto garantizado en su cantidad y calidad.

Con el paso de los años y el crecimiento de los centros poblados han generado un problema adicional, ya que las fuentes de agua que pueden ser utilizadas están cada vez más lejanas, lo que significa que se deban construir sistemas de transporte del recurso con altos costos. Otro gran usuario del recurso es la industria, que en muchos casos luego de utilizarlo lo devuelve a la naturaleza totalmente contaminado.

El aprovechamiento del recurso hídrico, superficial y subterráneo, por parte de las zonas rurales y de las zonas urbanas genera conflictos permanentes, especialmente en cuanto a las cantidades destinadas para los diferentes usos y porque no existe procesos de concertación que permitan manejar las prioridades.

Existe un problema de equidad social en el acceso a los recursos hídricos y servicios públicos del agua, que deberían enmarcarse en el problema general de la pobreza existente. Las clases sociales más desfavorecidas no disponen en gran parte de agua potable ni saneamiento, o no pueden pagar las tarifas de estos servicios.

No existe una planificación adecuada para la GESTIÓN INTEGRAL DE LOS RECURSOS HÍDRICOS, lo que impide la protección de los recursos, la coordinación de las instituciones públicas entre si y con los sectores de usuarios y agentes sociales.

El modelo de planificación integrada para el aprovechamiento y protección de los recursos hídricos deberá contemplar:

- La planificación ha de ser vinculante para todas las instituciones públicas, centrales, seccionales y sectoriales.
- Para el sector privado, la planificación ha de ser vinculante en los aspectos normativos, reguladores y de asignación de recursos hídricos, e indicativo en lo relativo a los proyectos de inversión.
- El otorgamiento de concesiones de agua, de autorizaciones de vertido y la resolución de conflictos intersectoriales e intraregionales han de efectuarse de acuerdo con la planificación.
- La planificación hídrica ha de elaborarse en coordinación con los otros planes de desarrollo y pensando siempre en la sustentabilidad.

Esta planificación integrada ha de incluir:

- La planificación de recursos hídricos y demandas sectoriales – agua potable, riego estatal y particular, incluido riego comunitario y campesino -, energía eléctrica, industrias y otros. Como soporte de esta planificación deberá contarse con un Sistema de Información de Ofertas y Demandas.
- La prevención de la contaminación y protección de los recursos hídricos en general.
- La prevención de inundaciones, procesos de desertificación, el cambio climático, fenómenos adversos como El Niño, Sequías, etc.
- La restauración de la cubierta vegetal, tanto a efectos de protección de los recursos como de prevención de riesgos y amenazas naturales y antropicas.

3.-PROTECCIÓN Y SANEAMIENTO DE LOS RECURSOS HÍDRICOS

La contaminación de los recursos hídricos es uno de los problemas más importantes que tiene la gestión del agua, por la diversidad, desconocimiento y agresividad de las fuentes de contaminación – urbana, industrial, minera, hidrocarburífera, agroindustrial – y por la multiplicidad, ineficiencia y descoordinación de las instituciones públicas con funciones en la materia, la pérdida de la cubierta vegetal es un problema menos manifiesto, pero las consecuencias a largo plazo de la destrucción de los páramos, humedales, manglares, masas forestales y de la erosión son también importantes para la conservación y calidad de los recursos hídricos.

Los servicios de saneamiento básico son esenciales para el bienestar físico de la población y tienen fuerte impacto sobre el medio ambiente. Definimos saneamiento básico como un conjunto de actividades de abastecimiento de agua, colecta y disposición de aguas servidas, manejo de desechos sólidos y desechos peligrosos.

En relación a los servicios de saneamiento básico a nivel global, millones de personas carecen de acceso a agua segura y no cuentan con servicio de alcantarillado adecuado. Lo que sucede en América Latina se puede observar en la tabla siguiente, en la que consta una muestra de ocho países y las cifras referentes a toda la América Latina.

4.-PROVISION DE SERVICIOS

Las 219 municipalidades del país son las responsables de la entrega de los servicios en los cascos urbanos municipales, ya sea directamente o a través de empresas municipales autónomas. En el año 2001, en Guayaquil se ha delegado el servicio a la empresa privada Interagua, a través de una concesión. La empresa prestadora municipal ECAPAG se convirtió al mismo tiempo en ente regulador de la empresa privada.

En áreas rurales más de 5,000 Juntas Administradoras de Agua Potable prestan los servicios. La mayoría sobreviven a su suerte en condiciones de abandono, debido a niveles de tarifas muy bajas, el descuido de las fuentes y una falta de una institución dedicada al apoyo a las Juntas desde hace la disolución del IEOS en 1992-

No cabe duda que la cobertura de agua potable y su acceso en Ecuador aumentaron considerablemente en los últimos años. Sin embargo, el sector se caracteriza por, bajos niveles de cobertura especialmente en áreas rurales, pobre calidad y eficiencia del servicio, ¿será acaso que falta eficiencia en el ejercicio de sus labores de las instituciones en conjunto con los municipios y no logran abastecer con todos los sectores que les corresponden brindar el servicio?

¿Falta de interés e inversión del gasto público en el recurso hídrico por parte del estado? La contestación de estas preguntas serían imprecisas he incorrectas ya que no se sabe a ciencia cierta el interés que prestan tanto municipios, estado e instituciones para generar de forma eficaz e igualitaria para todos los sectores del país.

Deberían implementar políticas de abastecimiento del agua, que abarque desde sectores urbanos como rurales que no existan desigualdades al momento de generar este recurso ya que este es un recurso natural simplemente que el agua potable es procesada para que sea apta para el consumo humano, por ende este es un recurso que le pertenece a las personas sin distinción lugar de residencia o provincia donde radican, por lo que debe ser igual para todo tipo de ciudadano, implementando estas políticas de abastecimiento sería imposible alegar que este recurso no está bien distribuido dentro de los ciudadanos que viven dentro del estado.

5.-AGUA POTABLE EN ECUADOR

El agua potable, que si es segura para el consumo humano dentro del país esta sectorizada, esta es una realidad no de ahora, sino de hace mucho pero mucho tiempo atrás, este servicio vital es privilegio para unos cuantos, no para todos, existen incluso comunidades enteras rurales donde este servicio aun no llega, y en ciudades como Guayaquil el consumo de agua potable para muchos es permanente es decir las VEINTE Y CUATRO horas al día, para otros es de CUATRO a OCHO horas durante todo el día, y para otros simplemente este servicio no llega. Por este motivo es que la cobertura de agua potable y saneamiento en Ecuador aumento considerablemente en los últimos años. Sin embargo, el sector se caracteriza por, bajos niveles de cobertura, especialmente en áreas rurales, pobre calidad y eficiencia del servicio, una limitada recuperación de costos y un alto nivel de dependencia en las transferencias financieras de los gobiernos nacionales y subnacionales. Es más, existe una superposición de responsabilidades, tanto dentro del gobierno nacional como entre los distintos niveles gubernamentales.

Y por ende la responsabilidad de que el agua potable llegue de forma igual y equitativa para todos los ciudadanos del país, es incierta por un lado le corresponde al gobierno nacional invertir en planes de desarrollo que permitan trabajar en proyectos que abastezcan a toda la población para la distribución de este servicio, básico y fundamental, pero no lo pude hacer solo, ya que tiene que contar con la ayuda de los gobiernos internos que son los que palpan con mas cercanía el problema, ayuda que en muchos casos es inexistentes.

En el año 2004, el porcentaje de la cobertura del abastecimiento de agua era de 82% en las zonas urbanas y 45% en las rurales, mientras que el sistema de alcantarillado cubría el 62% de los hogares urbanos y el 16% de los rurales.

La cobertura de los servicios de agua y saneamiento tiende a ser menor en la Costa y en el Oriente que en la Sierra. Además, la cobertura del abastecimiento de agua muestra amplias variaciones según el ingreso, alcanzando aproximadamente el 90% en los primeros tres deciles de ingreso en las zonas urbanas, comparados con niveles de sólo un 60% en los últimos tres deciles de ingreso.

Como ya antes se menciona el servicio de agua potable en la costa es menor, es decir vivimos en una perfecta centralización incluso dentro de este servicio vital.

El servicio de agua es intermitente en la mitad de los centros urbanos. La presión de agua está muy por debajo de la norma, especialmente en barrios marginales. En un 30% de los centros urbanos falta un tratamiento de agua "potable" de aguas

superficiales. 92% de las aguas servidas se descargan sin ningún tratamiento. En las zonas rurales, según un estudio de sostenibilidad realizado en 2004, 38% de los sistemas han colapsados y 20% son con deterioro grave. 29% tienen deterioro leve y solamente 13% son considerados sostenibles.

6.-PROTECCIÓN Y SANEAMIENTO DE LOS RECURSOS HÍDRICOS

La contaminación de los recursos hídricos es uno de los problemas más importantes que tiene la gestión del agua, por la diversidad, desconocimiento y agresividad de las fuentes de contaminación – urbana, industrial, minera, hidrocarburífera, agroindustrial – y por la multiplicidad, ineficiencia y descoordinación de las instituciones públicas con funciones en la materia, la pérdida de la cubierta vegetal es un problema menos manifiesto, pero las consecuencias a largo plazo de la destrucción de los páramos, humedales, manglares, masas forestales y de la erosión son también importantes para la conservación y calidad de los recursos hídricos.

Los servicios de saneamiento básico son esenciales para el bienestar físico de la población y tienen fuerte impacto sobre el medio ambiente. Definimos saneamiento básico como un conjunto de actividades de abastecimiento de agua, colecta y disposición de aguas servidas, manejo de desechos sólidos y desechos peligrosos.

En relación a los servicios de saneamiento básico a nivel global, millones de personas carecen de acceso a agua segura y no cuentan con servicio de alcantarillado adecuado. Lo que sucede en América Latina se puede observar en la tabla siguiente, en la que consta una muestra de ocho países y las cifras referentes a toda la América Latina.

7.-PROVISIÓN DE SERVICIOS

Las 219 municipalidades del país son las responsables de la entrega de los servicios en los cascos urbanos municipales, ya sea directamente o a través de empresas municipales autónomas. En el año 2001, en Guayaquil se ha delegado el servicio a la empresa privada Interagua, a través de una concesión. La empresa prestadora municipal ECAPAG se convirtió al mismo tiempo en ente regulador de la empresa privada.

En áreas rurales más de 5,000 Juntas Administradoras de Agua Potable prestan los servicios. La mayoría sobreviven a su suerte en condiciones de abandono, debido a niveles de tarifas muy bajas, el descuido de las fuentes y una falta de una institución dedicada al apoyo a las Juntas desde hace la disolución del IEOS en 1992.

No cabe duda que la cobertura de agua potable y su acceso en Ecuador aumentaron considerablemente en los últimos años. Sin embargo, el sector se caracteriza por, bajos niveles de cobertura especialmente en áreas rurales, pobre calidad y eficiencia del servicio. ¿será acaso que falta eficiencia en el ejercicio de sus labores de las instituciones en conjunto con los municipios y no logran abastecer con todos los sectores que les corresponden brindar el servicio?

¿Falta de interés e inversión del gasto público en el recurso hídrico por parte del estado? La contestación de estas preguntas serían imprecisas e incorrectas ya que no se sabe a ciencia cierta el interés que prestan tanto municipios, estado e instituciones para generar de forma eficaz e igualitaria para todos los sectores del país.

Deberían implementar políticas de abastecimiento del agua, que abarque desde sectores urbanos como rurales que no existan desigualdades al momento de generar este recurso ya que este es un recurso natural simplemente que el agua potable es procesada para que sea apta para el consumo humano, por ende este es un recurso que le pertenece a las personas sin distinción lugar de residencia o provincia donde radican, por lo que debe ser igual para todo tipo de ciudadano, implementando estas políticas de abastecimiento sería imposible alegar que este recurso no está bien distribuido dentro de los ciudadanos que viven dentro del estado.

8.-LA TARIFA Y EL PAGO

Un estudio concluyó que en 2001, en el ámbito nacional, las tarifas cubrían aproximadamente sólo dos tercios de los costos de operación y mantenimiento del sistema. Se requieren transferencias del gobierno nacional y subnacional (provincial y municipal) para cubrir la brecha en los costos de operación y mantenimiento, y para financiar la expansión de la cobertura.

En cuanto a la capacidad de pago, en 1998 los hogares que reportaban gastos por agua en la encuesta nacional de vida indicaron que estos eran, en promedio, el 1.7% de sus gastos totales. Este porcentaje era más alto en áreas urbanas (1.9%) que en el área rural amanzanada (1.3%) y el rural disperso (0.9%). En el decil más pobre, este porcentaje era 1.9% en el marco del promedio del país, pero 3.3% en áreas urbanas. Estos gastos incluyen gastos por agua comprada de carro-tanques, pero excluyen gastos por el saneamiento.

9-INVERSION Y FINANCIAMIENTO EN PROGRAMAS DE AGUA POTABLE

El financiamiento de las inversiones para el abastecimiento urbano y rural de agua es proporcionado por una multitud de actores nacionales y subnacionales, bajo diferentes términos y condiciones. Entre las diversas modalidades de intervención algunas favorecen la coparticipación de los usuarios y de las municipalidades, pero la mayoría obedece al asistencialismo y clientelismo, subestimando la

importancia de la coparticipación para lograr la sostenibilidad y la apropiación de las obras por parte de la comunidad.

Sin embargo, el gobierno ha dado recientemente un paso audaz para mejorar el marco de incentivos a las inversiones en agua y saneamiento, mediante la adopción del Decreto Ejecutivo No. 2562 (publicado el 21 de febrero de 2005), el cual asigna parte del producto del Impuesto sobre Consumos Especiales (ICE), que grava los servicios de telecomunicaciones, a favor de las transferencias gubernamentales a las municipalidades, destinadas exclusivamente a la inversión en el sector de agua y saneamiento. El nivel de transferencias es mayor para las municipalidades pobres y, lo que es notable, aún mayor para aquellas que mejoran el rendimiento de los operadores u optan por delegar la entrega de los servicios a operadores autónomos. El sistema de transferencias subnacionales proporciona, así, incentivos destinados a mejorar el rendimiento y a lograr arreglos institucionales más sostenibles en el ámbito local.

En 2008 los programas de inversión del MIDUVI en el sector de agua potable y saneamiento (sin residuos sólidos) eran los siguientes.

- El Programa PRAGUAS para áreas rurales y pequeñas ciudades, con el apoyo del Banco Mundial
- El Programa de Agua y Saneamiento para Ciudades Intermedias (PRASCI) para apoyar el mejoramiento del desempeño de las Empresas Prestadoras de Servicios de Agua Potable y Alcantarillado-(EPS), en las ciudades de población entre 100.000 y 300.000 habitantes. Este programa está en preparación con asistencia técnica del Banco Interamericano de Desarrollo.
- El Programa de Agua Potable y Saneamiento - Subvención Fiscal, un programa de US\$26 millones
- El Programa Estudios y Diseños de Agua Potable y Saneamiento a Nivel Nacional con el objetivo del desarrollo de estudios y diseños con recursos provenientes del Fondo Nacional de Agua Potable y Saneamiento FONASA.
- La Cuenta Especial de Reactivación Económica, Productiva y Social (CEREPS) alimentado por los ingresos del Estado provenientes del crudo pesado, denominados "Fondo de Estabilización, Inversión Social y Productiva y Reducción del endeudamiento Público" (FEIREP).
- El PROMADEC está orientado a dotar de servicios básicos como agua potable, saneamiento y buen manejo de Residuos Sólidos en zonas que se encuentran en los tres primeros quintiles de pobreza. Los proyectos del PROMADEC son analizados técnicamente por la SAPSyRS antes de ser remitidos al Banco del Estado para su financiamiento. La ejecución se hace por los municipios. Sus recursos provienen de un crédito de la Corporación Andina de Fomento (CAF), por un monto de US\$250 millones.

10.-Eficiencia y calidad de servicio

La eficiencia operativa del agua potable se mide normalmente a través de la productividad de este servicio y los beneficios que el mismo ofrece a la población entera, sin ningún tipo de desigualdad de condiciones para acceder al mismo.

La productividad laboral del servicio de agua y saneamiento es, por lo general, difícil de estimar en las pequeñas municipalidades donde dicho servicio con frecuencia es proporcionado directamente por el gobierno municipal en conjunción con otros servicios. Lo que se debería ser es un estudio sobre la calidad y la eficiencia por medio de la cual los municipios entregan este servicio, por ejemplo existen grandes municipios donde se ha venido trabajando para que este recurso hídrico sea general para todos los sectores de la ciudad como es el caso de Guayaquil, que se han preocupado por firmar convenios para que se dé un mayor acceso al agua potable o para que el precio de este recurso sea mínimo por tratarse de uno de los recursos naturales existentes en el país. Pero existen municipalidades pequeñas o que recién están surgiendo donde no se han preocupado por implementar nuevos proyectos para dar un mayor servicio a los ciudadanos y que este recurso sea realmente vital, y puedan contar con el, puesto hay municipalidades muy pequeñas donde el recurso está, sin embargo aun no ha sido procesado debidamente como para poder llamarlo agua potable.

Deberían de brindar una cooperación externa a estos pequeños municipios que no cuentan con un sistema de agua potable estable y permanente y sobre todo igual para todos, brindándoles mayor información acerca de las mejoras que hay en el recurso.

El manejo del abastecimiento de agua potable y alcantarillado en el ámbito urbano, como ya se ha dicho es a través de las Municipalidades y Empresas de Agua Potable, cuyos directivos principales son renovados con el cambio de las autoridades municipales, en la mayor parte de los casos. Existen en la actualidad dos casos de participación privada, Zamborodón en la provincia del Guayas y Tena en la provincia de Napo. En el ámbito rural, a estas unidades se suman las Juntas de Agua. Pese a que estas entidades tienen cierta autonomía, sin embargo acusan un patrón bastante uniforme de subvenciones gubernamentales para proyectos de capital y operación y mantenimiento, los ingresos de operación sufragan entre 59 y 77% de los costos de operación, la diferencia y otros costos de estas empresas corresponderían a subvenciones.

En cuanto a su calidad de este servicio es importante que los municipios se actualicen en los nuevos procesos que existen para que el agua realmente se purifique y sea debidamente potabilizada, ya que en la actualidad existen nuevos mecanismos que garantizan una verdadera calidad del agua, que está libre para su consumo.

Al igual que debería de exigir que las empresas encargadas de comercializar este producto, lleven un registro sanitario actualizado, y que en los lugares donde se

comienzan a procesar el agua, sea el adecuado y cuente con las necesidades de salubridad que requiere para que esté libre de algún tipo de bacteria que ponga riesgo a la salud de las personas que consumen, estas empresas deberían ser constantemente fiscalizadas para que no se altere los requisitos que deben tener para comercializar el agua, existen casos que ya han sido denunciados por lo que existen comercializadoras de agua en botellones o embases pequeños que no tienen permisos sanitarios actualizados, o lo que es peor que nunca han sacado tal permiso, y los lugares donde procesan el producto no son para nada higiénicos, es más se cuestiona aun por que están comercializando el agua si están en condiciones infrahumanas como para asegurar que es un agua purificada y potable como para ser consumible.

11.-INTERVENCIÓN PÚBLICA Y PRIVADA EN EL AGUA

Según la Ley de Aguas vigente, el agua de los ríos, lagos, lagunas, manantiales y las subterráneas, son bienes nacionales de uso público, están fuera del comercio y su dominio es inalienable e imprescriptible. Su asignación se realiza mediante concesión de derechos de aprovechamiento por parte del CNRH, a través del dictamen del Jefe de la Agencia de Agua.

Las inversiones realizadas y por realizar en infraestructura para aprovechamiento hidráulico tienen un elevado peso sobre la composición de la deuda externa del Ecuador, sin embargo tiene defectos derivados principalmente de la falta de un enfoque global y de la deficiente información hidrometeorológica. En contraste, las instituciones encargadas de la investigación, planificación y administración del recurso agua no han tenido prioridad para acceder a un presupuesto digno.

A la falta de coincidencia de la división político administrativa del Ecuador con los sistemas hidrográficos existentes, se suma la superposición y ambigüedad institucional respecto a concesión de derechos de aprovechamiento, control de calidad de agua, cobro de las tarifas y manejo de cuencas (para lo que no hay responsabilidades institucionales concretas).

Para el estudio de la evaluación de la disponibilidad, calidad y administración de usos del agua en todo el territorio nacional, el Estado cuenta con varias instituciones encargadas de esas tareas: el Instituto Nacional de Meteorología e Hidrología – INAMHI, adscrita al Ministerio de Energía y Minas; la Subsecretaría de Saneamiento Ambiental (adscrita al Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda); nueve corporaciones de Desarrollo Regional (CEDEGE, CRM, PREDESUR, CREA, CORSINOR, CORSICEN, CODELORO, CODERECH, CODERECO), dos entidades para la región marítima costera (DIGMER e INOCAR), todos los municipios y consejos provinciales; y como entidad central está el CNRH, constituido como un cuerpo colegiado de cuatro ministerios y la Secretaría Nacional de Planificación. Esta multiplicidad institucional no está orgánicamente estructurada; el CNRH, por un lado depende de ministerios (Ministerio de Agricultura y Ganadería, de Finanzas y Crédito Público, de Energía y Minas, de Desarrollo Urbano y Vivienda) sobre los cuales debería ejercer

rectoría en materia de agua y por otro carece de representación de los usuarios que más necesitan del agua.

El esquema de tarifas del agua para sus diferentes usos, en general indiferenciado y subsidiado, es un limitante para recuperar los costos de operación y mantenimiento y a la vez disminuir el desperdicio y las pérdidas no técnicas. Igualmente, las penas establecidas por contaminación del agua no guardan relación con la gravedad de las faltas y no se establecen estímulos para motivar cambios en los procesos productivos.

En cuanto al riego privado, durante la presente década se ha incrementado notablemente el área y el uso de agua para el cultivo de flores (en Imbabura, Pichincha y Cotopaxi, principalmente), de banano, especialmente en las provincias de El Oro, Guayas, Los Ríos y Esmeraldas. También en las cuencas que vierten al Pacífico, especialmente de las provincias de Guayas, Manabí y Esmeraldas, la expansión de la producción de camarón presiona sobre el agua y sobre el suelo de los manglares, provocando su retroceso. En general, son procesos tecnológicos sofisticados y orientados a la exportación.

El riego particular, privado y comunitario, tiene un enorme potencial de aporte económico para el país, con inversiones relativamente pequeñas y recoge una larga experiencia de gestión social del agua, con bajos costos de implementación y manejo.

12.-CONCLUSIÓN:

Dentro de la constitución del Ecuador nos habla de "el derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable. El agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida."

Sin embargo dicho artículo quedaría en letra muerta, pues la realidad que afronta la población ecuatoriana es muy diferente de la que proyecta la constitución, que como siempre está hecha por un simple análisis jurídico, mas no para poner en práctica normas esenciales para la vida humana, tal es caso que dentro de la carta magna del país nos habla que el derecho del agua es fundamental e irrenunciable. Aquella afirmación nadie la duda ya que el agua es el líquido vital que el hombre necesita para poder vivir.

Irrenunciable, acaso podía renunciar al agua, aquellas poblaciones que aun no cuentan con una calidad de agua purificada y saludable, pues el caso no es simplemente abastecerse de este recurso si no que tal recurso sea de calidad optima ya que es ingerida a diario por todos los humanos, pero el agua cuenta con

tal calidades decir que sea potable ,purificada, saneable antes de su consumo, me temo que muchas de las poblaciones rurales no cuentan con tal servicio, siendo el estado en conjunto con los gobiernos seccionales responsables de brindar este servicio.

Y cuando la constitución dice que, el agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial par la vida. He aquí mas palabrería alejada de lo diario, cotidiano, y la rentablemente real, ya que patrimonio real de uso público, este último es cuestionable, acaso existe fuera de ríos, riachuelos, lagunas, mares etc., agua realmente consumible, lo respuesta es sencilla y tan solo contiene dos letras NO, pues se paga por tal servicio, no es gratuito, cuesta, y si no tiene s la capacidad económica suficiente para pagar por el servicio simplemente te cortan la distribución del mismo.

He ahí la pregunta ¿entonces el agua no es de servicio público? Más bien parecería que el agua es de aquel que tiene la capacidad económica para pagar un determinado valor cada mes a cambio del servicio, y lo peor de todo que este servicio en mucho de los casos no es permanente, ya que no está permanente durante las veinte y cuatro horas al día, es entre cortado, puede existir durante cuatro horas seguidas y cortarse por el resto del día. Es decir que tras que el usuario paga por un recurso que se supone que es público, ni si quiera su abastecimiento cuenta con una debida y efectiva distribución.

Y en cuanto a lo inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida, vuelve al supuesto de "letra muerta" será a caso que el tener una constitución garantista de los recursos de los derechos del hombre y ciudadano de verdad nos garantiza que esos derechos se cumplan a cabalidad, este visto por lo menos que en Ecuador no es así, ya que si bien es cierto existen leyes que nos garantizan que el agua es patrimonio nacional y de uso público, pero como ya se ha visto no es del todo cierto, si el ejecutivo fue quien propuso y aprobó estas nuevas reformas a nuestra constitución, es potestad del mismo ejecutivo, velar que las garantías dadas por la carta magna sean cumplidas, al igual que debe facilitarse su cumplimiento, por medios de los gobiernos seccionales, que no están capacitados del todo para que este servicio sea eficaz, estos gobiernos deberían tener una ayuda económica más sustentable para la realización de estos proyectos de saneamiento y purificación del agua .

Y procurar que este servicio sea realmente de uso público, ya que en el país no todos cuentan con una capacidad económica para estar pagando por este servicio una vez al mes, deberían pensar en las personas que si le afectan esta disposición, pues dentro del país no todas la viviendas cuentan con este servicio,

debido al pago que después deben de realizar, y se están privando de un recurso que se dice que es público.

Por último no hay que olvidarnos de la calidad, disponibilidad y accesibilidad, para las personas haciendo énfasis en la calidad de este recurso, ya que como antes se ha dicho es vital para las personas por tal motivo es ingerido a diario, se debería procurar que sea realmente purificada y saneada y no vaya a perjudicar en la salud de las personas que la consuma. Es deber del estado no solo otorgar leyes garantistas si no velar por tales leyes sea cumplidas no solo a cabalidad si no también calidad y eficiencia

Conclusión General:

El libro que el lector tiene en sus manos ha pretendido analizar el actual fenómeno y las consecuencias de aquellas nuevas teorías del constitucionalismo moderno. Se han desarrollado temas que van desde las críticas y la sugerencia de un retorno al modelo del constitucionalismo clásico, hasta los procesos que supone la aplicación de estos nuevos derechos en un país como el nuestro.

El análisis que se hace sobre la Corte Constitucional, las inconstitucionalidades por omisión, las acciones de inconstitucionalidad, y demás estrechamente ligados con la tesis central de esta obra colectiva proponen una radiografía de lo que ocurre hoy en el Ecuador, de cómo se podrán enfrentar los retos que todo esto crea para los diversos operadores jurídicos y los mecanismos para comprender mejor el desarrollo del constitucionalismo en espacios tan complejos como por ejemplo, el económico.

La obra pretende despertar un interés en quien la lee sobre los diferentes aspectos que analiza, y busca al mismo tiempo proponer ideas nuevas sobre estas teorías que hoy para muchos pueden resultar novedosas e interesantes. Los autores han tratado de elaborar sus argumentos con premisas sólidas que pueden ser compartidas o no por el lector, pero que sin duda no lo dejarán indiferente frente al tema planteado y la tesis expuesta.

Los avances y las nuevas tesis que se presentan hoy respecto del constitucionalismo deben ser estudiados con la seriedad y profundidad que se merecen. Este libro propone varios temas y las conclusiones a los que llegan los autores, en un afán de buscar fomentar la discusión de estos y generar el debate académico que estos nuevos tiempos en materia constitucional requieren.

Finalmente debemos decir, que este libro tiene como uno de sus objetivos lograr que el lector profundice sobre cualquiera de los temas expuestos para que construya cada uno sus propios argumentos al respecto. Lo nuevo o contemporáneo no siempre es lo mejor, por lo que estas nuevas teorías requieren de un período de reflexión y análisis antes de ser tomadas por nosotros como mecanismos cuya aplicación en el Ecuador va a traer solo buenos resultados. El debate sobre el tema está abierto y aquí hemos dado una primera aproximación a varios de esos aspectos que ya se discuten y que se deberán seguir discutiendo.

Bibliografía

- ¿Qué es el Derecho? Javier Hervada
- Administración de Justicia indígena por Raúl Ilaquiche Licta.
- Aula virtual derecho procesal penal. Facultad de derecho. Universidad nacional de Mar del Plata: "Garantias". Luigi Ferrajoli -página 1
- Código de la niñez y adolescencia, Capítulo Derechos Fundamentales de los Menores.
Ley de seguridad social ecuatoriana
Código de procedimiento penal ecuatoriano y Código Penal ecuatoriano,
- Constitución de la República del 2008 y Constitución de la República de 1998
- Constitución de la República del Ecuador
- Convenio de Descentralización, firmado en el Gobierno del Dr. Alfredo Palacios Gonzalez
- Derecho administrativo, Fraga, Gabino. 13ª ed., México, Porrúa, 1969.
- Derecho Constitucional. Sexta Edición, Juan Larrea Holguín, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones 1999, Tomo I y II Quito – Ecuador:
- Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, 19ª ed., Madrid, 1970.
- Diccionario Jurídico Cabanellas
- Diccionario LNS
- El Alma de la Libertad. Robert Sirico.
- El Contrato Social. Juan Jacobo Rosseau.
- El derecho dúctil, Zagrebelsky, p. 33
El garantismo en la constitución "formal" y "material" del Paraguay: conquistas, déficits y efectos no queridos, por Jorge Seall-Sasiain-página 1.
- El Poder Político en el Ecuador. Osvaldo Hurtado.
- Elementos de Teoría Constitucional. Ricardo M. Rojas.

- Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia. Bockenforde E. Edit. Trotta, Madrid 2000, p. 19
- Formas de descentralización de Elier Méndez Delgado y María del Carmen Lloret Feijóo (2007).
- Fundamentos del Derecho Constitucional contemporáneo, Vila Casado. 1ª ed., Edit. Legis, Bogotá, p. 272
[http:// www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)
- <http://http://www.derechoecuador.com>
- http://rai.ucuenca.edu.ec/universidad/evaluacion/proyecto_archivos/page0026.htm
- http://www.dadep.gov.co/archivos/documentos/publicacion/Cuaderno_3/Cuaderno
- <http://www.minjusticia-ddhh.gov.ec>
- <http://www.participacionciudadana.com>
- <http://www.revistajudicial.com>
- <http://www.uasb.edu.ec>
- Inconstitucionalidad por omisión. Primera Edición, Dr. Iván Castro Patiño, Editorial de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil, Octubre 2006; Guayaquil - Ecuador.
- Instituciones Políticas Españolas en Diez Lecciones. A. De La Iglesia Chamarro.
- Instrumentos de la Justicia Constitucional frente a la Inconstitucionalidad por Omisión. Néstor Pedro Saguez (artículo).
- Justicia Indígena carece de normativa", Diario HOY, 2/11/08.
- Justicia indígena solo debe resolver conflictos internos", 29/05/10. agencia pública de noticias del ecuador y Sudamérica.
- Justicia Indígena, Diario Comercio, 04/06/10 por Enrique Ayala Mora.
- La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, García de Enterría. 3ª ed., Edit. Civitas, Madrid, p. 86'

- La Corte Constitucional y el fortalecimiento de las garantías, en Nueva Constitución, Revista La Tendencia, GRIJALVA, del Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales, Quito 2008, p. 119
- La Jurisdicción Constitucional, en Manual de Derecho Constitucional, SIMON. 2ª ed. Edit. Marcial Pons, Madrid 2001, p. 846
La justicia indígena desata un conflicto con la ordinaria en Ecuador", Diario El Mercurio, 24/05/10.
- La justicia indígena y afro ecuatoriana en la asamblea nacional constituyente <http://www.derechoecuador.com>
- La Ley. Frederic Bastiat.
- La Libertad y la Ley. Bruno Leoni.
- La privatización como alternativa. Andersen Arthur. Limusa, México, 1997
- La realidad de la Justicia indígena en el Ecuador, primera edición, editorial de la universidad de Guayaquil. (libro hecho por estudiantes de la facultad de jurisprudencia en la materia de Introducción a la investigación Jurídica)
- Ley de participación ciudadana
- Ley Especial de Descentralización del Estado y de Participación Ciudadana.
- Liberalismo: La Tradición Clásica. Ludwig Von Mises.
- Los Fundamentos de la Libertad. F.A. Hayek.
- On Liberty. JOHN STUART MILL.
- Pagina web del Banco Central del Ecuador
- Poder Constituyente, Constitución y Control de la Constitucionalidad. Nicolás Castro Patiño, Editorial OFFSET GRAPA, 1997, Guayaquil – Ecuador.
- RECEPCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL SOBRE DERECHOS HUMANOS POR LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL
Carlos M. Ayala Corao
- Reforma a la Justicia y derecho Indígena ecuatoriano por Jaime Vintimilla Saldaña.
- Revista de Derecho Económico de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil

- Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil. John Locke.
- Teoría y Crítica del Derecho Constitucional. Roberto Gargarella, (Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008)- tomo 1, capítulo 3, página 23.
- The Federalist Papers. Jay, Hamilton y Madison.