

# Hitos de la Constitución ecuatoriana

Vicente Manuel Solano Paucay (Coord.)\*  
Marcelo Sebastian Aguilera Crespo (Coord.)\*  
Marco Navas Alvear  
Enrique Eugenio Pozo Cabrera  
Marcela Paz Sánchez Sarmiento  
Diego Francisco Idrovo Torres  
Juan Francisco Delgado Ponce  
Paúl Córdova Vinueza  
Cornelio Agustin Borja Pozo

\* Coordinadores de la obra.

Hitos de la Constitución ecuatoriana

ISBN: 978-9942-27-085-6

Edición y Corrección  
Lic. Marilin Balmaseda Mederos, MSc.

Diagramación y Maquetación en L<sup>A</sup>T<sub>E</sub>X  
Ing. Rodolfo Barbeito Rodríguez

Diseño de cubierta  
DG. Alexander Javier Campoverde Jaramillo

Impresión: Editorial Universitaria Católica (EDÚNICA)

Primera Edición, 2018

© Sobre la presente edición: Universidad Católica de Cuenca

Esta obra cumplió con el proceso de revisión por pares académicos  
bajo la modalidad de doble par ciego

Queda prohibida la reproducción total o parcial de la obra sin permiso por escrito de la Universidad Católica de Cuenca, quien se reserva los derechos para la primera edición.

---

## Presentación

---

La Constitución ecuatoriana de 2008 probablemente es la Constitución más avanzada del mundo; y, sin duda, es el mejor exponente del nuevo constitucionalismo latinoamericano.

Eso no significa que no sea un texto con posibilidades de mejora. Todas las Constituciones lo son, porque son hijas de su tiempo. El poder constituyente democrático está inserto en los procesos históricos, y su capacidad de transformación depende del cuándo y del dónde. El potencial constituyente no es un ideal abstracto ni una idea etérea, sino un constructo material limitado por los condicionantes de la realidad en la que se aplica. El clásico carácter absoluto del poder constituyente solo puede entenderse desde sus límites intrínsecos; el principal es el mencionado carácter histórico, que puede resumirse en que el poder constituyente no puede hacer aquello que no se puede hacer en su tiempo. Por lo tanto, todos los textos constitucionales son por necesidad mejorables al día siguiente de su aprobación.

Pero eso no niega el carácter histórico de determinadas Constituciones; al contrario, lo subraya. Las Constituciones no democráticas suelen pasar sin pena ni gloria -a veces con más pena que gloria, como fue el caso de la Constitución ecuatoriana de 1998- al cajón del olvido o, lo que es lo mismo, a las anodinas listas de los manuales de Historia del Derecho. Las Constituciones democráticas son las que hacen historia, las que son recordadas, porque son fruto de revoluciones democráticas que asumen diferentes

expresiones. En el caso de la Constitución de 2008, la expresión revolucionaria fue el voto popular y una asamblea constituyente que decantó la voluntad de un pueblo necesitado de un revulsivo democrático para avanzar.

Lo recuerdo muy bien. Hace diez años éramos partícipes de los debates constituyentes que se alargaban en los plenarios de Ciudad Alfaro, Montecristi. Los días parecían horas, y las semanas parecían días. El esfuerzo era agotador, pero en el ambiente se compartía la convicción de que se estaba haciendo historia. Cada palabra redactada, cada párrafo revisado, era finalmente un adoquín en un camino empedrado que facilitaba la llegada nuevos horizontes. Todos querían participar en la construcción del camino, todos querían vislumbrar nuevos horizontes. El tiempo parecía detenido para decidir hacia dónde transcurriría.

Ya hace diez años y la Constitución de Montecristi sigue en construcción. Una Constitución democrática no deja de construirse nunca, porque así como cambian los condicionantes también lo hace su capacidad emancipadora. Es cierto que ya se levantan algunas voces que se refieren a la erosión de la Constitución de 2008 y al agotamiento de los procesos emancipadores que de ella pueden desprenderse. Si esto ocurriera -y solo el pueblo ecuatoriano podría decidirlo- no habrá que resistirse ni obstaculizar el camino; los demócratas darán gracias a la Constitución anterior y saludarán a la nueva, porque la anterior fue fruto de un momento histórico y la nueva cobrará significado en un momento histórico diferente.

Pero esto no ha pasado aún; por lo tanto, la Constitución sigue en construcción. Por eso, obras como la que el lector tiene en su mano son tan importantes. No solo nos recuerdan una década de Constitución y lo que se ha podido hacer en ese tiempo, sino que apuntan hacia las deudas pendientes y lo que nos queda por hacer. En *Hitos de la Constitución Ecuatoriana* los profesores Solano Paucay y Aguilera Crespo han reunido a un grupo de académicos que han examinado con rigor los principales temas constitucionales con problemática aún vigente: el concepto de

Estado constitucional, la interpretación de la Constitución, la naturaleza del poder, la reforma constitucional. . . Son cuestiones más actuales que nunca, porque forman parte de la construcción teórica que debe abrazar toda Constitución. Una Constitución que no se estudia, que no suscita el interés de la academia y sobre la que no se escribe es una Constitución muerta. La Constitución de 2008 es, por el contrario, una Constitución bien viva.

Estoy convencido de que disfrutarán la lectura de este texto esclarecedor sobre una Constitución compleja, perfectible y polémica, pero al mismo tiempo democrática, emancipadora e histórica.

Rubén Martínez Dalmau  
Profesor Titular de Derecho Constitucional  
Universitat de València  
Bogotá, 15 de agosto de 2018.



---

## Prólogo

---

Un país constitucionalista.

Hay muchas cosas admirables sobre el Ecuador. A su riqueza natural hay que sumar su riqueza humana y las ganas enormes de sus habitantes para salir adelante, logrando el ideal de ser un país de justicia y de derechos.

Para lograrlo cuentan con varios instrumentos indispensables. Para empezar, tienen un texto constitucional expedido en 2008 que sin duda alguna se ubica dentro de los mejores y más modernos de nuestra América Latina. Pero además, a partir del nuevo orden constitucional, se han dictado una serie de medidas legislativas que también deben valorarse positivamente. Menciono dos: el Código Orgánico General de Procesos (COGEP) y el Código Orgánico Integral Penal. Se trata de dos instrumentos jurídicos que deben ser puntualmente analizados, interpretados y aplicados (y, seguramente, en el futuro reformados para mejorarlos) por los juristas del Ecuador. Su potencial es enorme, para cambiar una realidad que todavía no es tan óptima como lo desean la mayor parte de habitantes del país.

Lo cierto es que, todo lo mencionado y muchas otras cuestiones que podrían sumarse, abona en la imagen de un país que siente un profundo aprecio por los temas jurídicos y que sabe (porque ha aprendido algunas duras lecciones de su historia política reciente) que la ruta del respeto a los derechos humanos, el

camino del fortalecimiento del Estado constitucional y el respeto a la división de poderes son algunas de las llaves que permiten el desarrollo y la prosperidad de los países. Eso hace que muchos de nosotros sigamos con vivo interés y con gran admiración lo que ocurre en Ecuador en temas jurídicos.

He viajado continuamente a Ecuador en los últimos diez años. He podido compartir con mis colegas ecuatorianos la ilusión de construir un régimen de libertades y derechos para su país. Al haber tenido la oportunidad de dar clases y de impartir conferencias en Quito, Guayaquil, Cuenca, Ambato, Loja, Santo Domingo, Quevedo y muchas otras ciudades del país, he visto el vivo interés de los jóvenes ecuatorianos para formarse y ser excelentes en el desempeño de la profesión jurídica. Cada vez que viajo al Ecuador regreso con una gran ilusión: la que me contagian en ese país tan digno, tan bonito, con tanta gente amable y con tantos deseos de hacer bien las cosas.

Obviamente, lo anterior no significa que no tengan muchos retos por delante y que deban ser especialmente cuidadosos para asegurar las condiciones que permitan el desarrollo de las personas y el cuidado de la naturaleza. Falta mucho por hacer, como lo señalan varios de los autores del libro que el lector tiene entre las manos. Pero también es mucho lo que ya se ha logrado.

Me parece que las reflexiones que en este libro se reúnen reflejan perfectamente la excelencia académica con la que se trabaja en el Ecuador. Basta ver la abundancia de citas bibliográficas empleadas por los autores, en las que repasan a la más moderna y actualizada doctrina jurídica de Iberoamérica (incluyendo las muchas aportaciones de autores italianos, de los que tanto se puede aprender).

El libro lleva por título “Hitos de la Constitución ecuatoriana”, pero el lector podrá apreciar que los verdaderos hitos son los textos de los autores, quienes abordan temas de enorme profundidad e incluso aspectos que por ser tan novedosos pudieran ser muy discutibles. Comprobarán los lectores el enfoque progresista y tutelador de derechos que se le dan a cuestiones como los



matrimonios entre personas del mismo sexo o el no menos importante tema del control de convencionalidad. En estos dos temas, es importante poner atención a lo que ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La jurisprudencia interamericana ha refrescado el debate jurídico latinoamericano alrededor de los derechos y ha supuesto una importante afirmación del signo garantista que puede tener la globalización. Gracias a la intervención de la Corte Interamericana de Derechos puede vislumbrarse un futuro mejor para el respeto de la dignidad humana de todas las personas que viven en nuestra América Latina. Hay elementos que nos permiten señalar que estamos ante la posibilidad de que el siglo XXI sea mejor que el siglo XX en materia de derechos humanos.

La lectura de la obra no termina cuando el lector cierra su última página. Está muy bien celebrar los primeros 10 años de la Constitución de Ecuador. Es un homenaje que debe ser más que bienvenido, pero que nos obliga a pensar en lo que sigue para el país. Todos conocemos su historia política y sabemos que han existido vaivenes de grandes proporciones. Como en la historia del resto de países de América Latina, el Ecuador ha dado pasos enormes hacia delante, pero también ha visto retrocesos. Ningún país se salva de las dificultades de buscar el desarrollo nacional por medio del derecho. Pero de momento, son más los aspectos positivos, como lo explican los autores de este extraordinario libro.

Los felicito a todos ellos y felicito a la comunidad entera de la Universidad Católica de Cuenca, que una vez más demuestra su compromiso con la defensa del orden constitucional del país, como corresponde a una institución de tanto prestigio nacional e internacional. Reciban, amigos del Ecuador, mi total admiración y respeto a la obra jurídica que están construyendo y de la que se deben sentir orgullosos. Pero no se rindan ante lo mucho que todavía falta por hacer, ni bajen la guardia ante las muchas pulsiones autoritarias que, si se lo permiten, empujarán por retroceder en lo mucho que se ha avanzado. Ecuador es, por muchos motivos,

un ejemplo a seguir. Síganlo siendo y que su Constitución siga celebrando su vigencia durante mucho tiempo.

Miguel Carbonell  
Ciudad de México, Septiembre de 2018.

# Índice general

<b>Presentación</b>	<b>III</b>
<b>Prólogo</b>	<b>VII</b>
<b>1. El concepto de Estado en la Constitución Ecuatoriana</b>	
Marco Navas Alvear	<b>1</b>
Referencias Bibliográficas . . . . .	17
<b>2. El control de poder en la constitución</b>	
Enrique Eugenio Pozo Cabrera	<b>21</b>
Referencias Bibliográficas . . . . .	41
<b>3. Controversias interpretativas sobre la regulación en la Constitución ecuatoriana de la interpretación constitucional</b>	
Vicente Manuel Solano Paucay	<b>43</b>
Referencias Bibliográficas . . . . .	58
<b>4. La democracia participativa: ¿Mecanismo idóneo para profundizar la democracia?</b>	
Marcelo Sebastian Aguilera Crespo	<b>63</b>
Referencias Bibliográficas . . . . .	83
<b>5. El matrimonio y la unión de hecho de parejas del mismo sexo desde la óptica del principio de razonabilidad</b>	
Marcela Paz Sánchez Sarmiento	<b>87</b>
Referencias Bibliográficas . . . . .	101
<b>6. El control difuso de constitucionalidad en la administración pública</b>	
Diego Francisco Idrovo Torres	<b>105</b>
Referencias Bibliográficas . . . . .	117

<b>7. La reforma constitucional: ¿fricción entre política y derecho?</b>	
Juan Francisco Delgado Ponce	<b>121</b>
Referencias Bibliográficas . . . . .	138
<b>8. Garantías sin garantismo. Un balance crítico de las garantías jurisdiccionales en la Constitución de 2008</b>	
Holger Paúl Córdova Vinueza	<b>143</b>
Referencias Bibliográficas . . . . .	161
<b>9. El Artículo 33 de la Constitución ecuatoriana</b>	
Cornelio Agustín Borja Pozo	<b>165</b>
Referencias Bibliográficas . . . . .	176

# Capítulo 1

---

## El concepto de Estado en la Constitución Ecuatoriana

---

Marco Navas Alvear

## Introducción

Si revisamos los tres textos constitucionales más recientes de nuestro país, advertiremos que en ellos se ha esbozado un concepto de Estado<sup>1</sup>, el cual es desarrollado al inicio, delimitando sobre todo las características o atributos fundamentales de ese Estado y la manera en cómo se gobierna. Estos atributos y la forma de gobierno son precisamente los elementos de la definición del Estado que en este texto nos interesa analizar con relación al caso ecuatoriano<sup>2</sup>.

Las constituciones son producto de las circunstancias históricas y de correlaciones de fuerzas allí desplegadas, son también expresiones de las tendencias culturales arraigadas en una sociedad. Cuando surgen nuevas constituciones, por lo general expresan nuevos proyectos de sociedad<sup>3</sup>. Es así que el constitucionalismo es un fenómeno dinámico y las constituciones resultan en ese contexto dispositivos que expresan innovaciones sociales y políticas, cuya vigencia además depende de que los presupuestos establecidos en ellos se adapten a las transformaciones del futuro. Si aceptamos este enfoque de la Constitución como un dispositivo dinámico, enmarcado en un contexto histórico (socio-cultural y agregaríamos económico), podremos apreciar cómo la actual Constitución de la República del Ecuador (CRE) instituye un novedoso concepto de Estado.

Si se compara este concepto, que se encuentra establecido en el artículo 1 de la actual Carta, con los anteriores textos constitucionales de nuestro país, de 1979 y 1998, podremos ver cómo el mismo se ha venido ampliando y complejizando, en el marco de una suerte de “proceso de etapas textuales” (Häberle, Peter, 2008, pág. 2). Así, podemos apreciar una rápida evolución del concepto de Estado, que con rupturas y continuidades, va desde una concepción más tradicional en 1979, de Estado de derecho (soberano, republicano) del tipo liberal, a una de “Estado

---

<sup>1</sup>Como nos recuerda Peter Häberle, la Constitución es un orden fundamental, no solo del Estado sino de la sociedad en forma, por así decirlo, totalizante, de manera que además de estructurar al Estado un orden constitucional incluye a la sociedad constituida”, (Häberle, Peter, 2008, págs. 3-4).

<sup>2</sup>También los textos constitucionales suelen referirse a otros elementos característicos del Estado como pueden ser su simbología y territorio.

<sup>3</sup>Para profundizar en este enfoque acerca de la Constitución, véase Navas Alvear (2016, págs. 7-25).

social de derecho” en 1998<sup>4</sup>; para finalmente terminar con la vigente Carta, que alude a un más complejo modelo de “Estado constitucional de derechos y justicia” (ECDJ).

Decimos que este nuevo concepto de la actual Carta es más complejo, porque el Estado se encuentra definido a partir de atributos nuevos y fuertes que lo orientan por diversos caminos, por ejemplo, hacia lo plurinacional, hacia la necesidad de constituir un aparato estatal potente para garantizar derechos y a la vez, partir de un nuevo modelo de gobierno, basado no solamente en una democracia representativa.

---

<sup>4</sup>Si bien en la Constitución de 1998 el modelo estatal que esboza el artículo 1 se corresponde más con un Estado social, en la parte orgánica del texto, ya el momento de definir las competencias y capacidad de intervención de ese Estado, se lo hace de manera restringida, dos ejemplos de ellos podemos encontrarlos en los Arts. 243 y 244 de ese texto constitucional que se refieren a la necesidad de equilibrios macroeconómicos como objetivo de la economía y a que el sistema económico se define como economía social de mercado. Véase al respecto el análisis comparativo que hace J. Paz y Miño (2008).

## El Estado en las tres últimas constituciones ecuatorianas.

El Estado en la Constitución de 1979:	El Estado Constitución Política de 1998:	El Estado Constitución de la República del Ecuador:
<p>Art. 1.- El Ecuador es un Estado soberano, independiente, democrático y unitario. Su gobierno es republicano, electivo, responsable y alternativo.</p> <p>La soberanía radica en el pueblo que la ejerce por los órganos del poder público.</p> <p>El idioma oficial es el castellano. Se reconocen el quichua y demás lenguas aborígenes como integrantes de la cultura nacional.</p> <p>El escudo, la bandera y el himno establecidos por la ley, son los símbolos de la Patria.</p> <p>El territorio es inalienable e irreductible.</p> <p>La capital es Quito.</p>	<p>Art. 1.- El Ecuador es un estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico. Su gobierno es republicano, presidencial, electivo, representativo, responsable, alternativo, participativo y de administración descentralizada.</p> <p>La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es la base de la autoridad, que ejerce a través de los órganos del poder público y de los medios democráticos previstos en esta Constitución.</p> <p>El Estado respeta y estimula el desarrollo de todas las lenguas de los ecuatorianos. El castellano es el idioma oficial. El quichua, el shuar y los demás idiomas ancestrales son de uso oficial para los pueblos indígenas, en los términos que fija la ley.</p> <p>La bandera, el escudo y el himno establecidos por la ley, son los símbolos de la patria.</p>	<p>Art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario,</p> <p>Intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.</p> <p>La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución.</p> <p>Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible.</p>

Elaboración propia.

**Fuentes:** <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Ecuador>

[http://cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion\\_1978.pdf](http://cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1978.pdf)

Ahora bien, ¿qué suponen estos cambios de lo que Echeverría (2009, pág. 12) ha llamado la “semántica constitucional”? Es decir, ¿qué significan los atributos con los que se configura este nuevo ECDJ? ¿Cómo este concepto básico del artículo 1 influencia y se corresponde o no con el resto del texto?

En este trabajo vamos a procurar responder estas inquietudes y al efecto proponemos dividirlo en cuatro secciones, además de la presente introducción.



La segunda sección la dedicamos a desarrollar el enfoque. Nos referimos a la Constitución como un objeto o dispositivo complejo que merece ser visto desde una mirada que pueda apreciar tal condición. Tal mirada supone sobre todo, ver al texto constitucional no como un conjunto uniforme y unívoco de enunciados, sino, como explicaremos seguidamente, como uno compuesto de elementos que proceden de diferentes lógicas, que pueden conjugarse a la hora de la interpretación e implementación, en diferentes maneras.

De acuerdo a esta mirada y en la tercera sección, vamos a examinar este concepto de Estado y sus diversos elementos, énfasis y derivas potenciales a la luz de las grandes matrices lógicas que articulan la actual Constitución<sup>5</sup>. A manera de conclusión, en la última parte presentaremos unas reflexiones finales.

## Constitución y complejidad.

Las sociedades actuales expresan una suma de relaciones, en buena parte contradictorias que tienen que ver no solo con cómo sus recursos son distribuidos, sino también con cómo se reconocen los sujetos diversos que conviven en ellas.

En particular, respecto de las sociedades latinoamericanas, hemos dicho que estas son particularmente complejas, porque en ellas se expresan —e incluso se combinan— formas singulares de contradicciones y diversidades. En este sentido, se ha calificado a nuestras sociedades en términos de barrocas, abigarradas, híbridas, para expresar sus formas particulares de complejidad<sup>6</sup>. El reconocer esta condición de complejidad de América Latina y en particular del Ecuador resulta especialmente importante al momento de analizar los más recientes procesos de transformación política que en muchos países han tendido como hito la promulgación de innovadoras constituciones en el marco de procesos constituyentes participativos.

---

<sup>5</sup>Para el desarrollo de este análisis nos basaremos en nuestro texto (Navas Alvear, 2016).\* Marco Navas Alvear, Ph.D. en Ciencias Políticas, FU Berlín. Doctor en Jurisprudencia, UCE, Quito. Magister en Estudios Latinoamericanos, UASB, Quito. Profesor del Área de Derecho y coordinador de la Maestría en Derecho Constitucional de la UASB, Sede Ecuador.

<sup>6</sup>Véase las tesis de autores como Bolívar Echeverría sobre lo “barroco” (Echeverría, 2011, págs. 193-219, 265-279), sobre abigarramiento de René Zavaleta (2002). Sobre esta idea de la hibridación tomada de los aportes entre otros de N. García Canclini, véase Leonardo Avritzer (2002).

El análisis de esta complejidad, nos lleva de otro lado, a la necesidad de desarrollar un marco comprensivo sobre el significado de la Constitución que la aprecie en todas sus dimensiones y que además ensaye un enfoque crítico sobre ese objeto de estudio.

Sin embargo, respecto del campo jurídico esta visión compleja resulta excepcional. Las visiones tradicionales —influenciadas grandemente por el positivismo formalista de la así llamada dogmática jurídica y por la tradición liberal— han presentado a la Constitución, fundamentalmente en su dimensión normativa, como la norma suprema del ordenamiento jurídico, que permite estructurar coherentemente al Estado y establecer su relación con la sociedad y el mercado. Este enfoque es no obstante parcial. Si hablamos de una Constitución en sociedades particularmente complejas vale ensayar una visión de esta no solamente desde su consistencia jurídica, sino desde su carácter político, como proyecto de vida de una sociedad; pero también como conjunto de arreglos entre fuerzas sociales o lo que Ferdinand Lasalle ha llamado “factores reales de poder” (Lassalle, 2001, pág. 35).

Empero, incluso admitiendo esta dimensión política, la Constitución nos ha sido presentada como un pacto producto de un consenso del cual resulta un conjunto de disposiciones que al provenir de una sola voluntad constituyente, se pensaría que son plenamente armónicas.

Desde una visión compleja habrá que ver la Constitución necesariamente en varias dimensiones. En principio, como un proyecto político, pero uno que refleja en un solo cuerpo una amalgama de voluntades e intereses; y en segundo lugar, como un dispositivo jurídico, esto es vinculante, pero cuya trayectoria depende de cómo es interpretada a lo largo del tiempo. Y si bien, tal interpretación se sujeta a unas metodologías y a un lenguaje propio del derecho, no puede desestimar una suma de circunstancias culturales, políticas y sociales (estructurales) propias de la complejidad constitutiva de cada sociedad. De manera que si se busca atrapar la complejidad de la Constitución es preciso ver cómo su dimensión política interactúa con las formas jurídicas. Lo político refleja la voluntad de lo que se quiere hacer con la sociedad, y de cómo se estructura al efecto el Estado<sup>7</sup>. La dimensión jurídica, refleja

---

<sup>7</sup>Constantino Mortati (2000: 225-6) ha hablado de esto en términos de Constitución material, en el sentido de que la Constitución comporta un fin supremo político (de “dirección política”) que supone organizar de determinada manera las relaciones sociales y el Estado. En esta materialidad, la definición del Estado —así como lo pueden ser los contenidos de los derechos— es un elemento central.

en cambio, las formas y procedimientos por cuales se intenta disciplinar el juego de poder de los actores sociales y políticos.

Es importante avanzar en comprensiones más integrales de la Constitución, unas que la puedan apreciar en su dimensión histórica (diacrónicamente del pasado al futuro)<sup>8</sup>; y otras complementarias, que la vean como un proceso abierto (Häberle, Peter, 2008, págs. 149-162), en un presente continuo. Esto nos lleva a ver a la Constitución en el marco de un tiempo histórico y en una realidad concreta. Se trata de una visión situada, que nos permite no solo apreciar las formas a partir de las cuales este cuerpo normativo se estructura, sino mirar cómo opera sobre una sociedad compleja. Esto exige tener lo que autores de la perspectiva crítica como Ost y van der Kerchove denominan una visión externa pero cercana al fenómeno jurídico<sup>9</sup>.

La Constitución ecuatoriana de 2008 es una expresión de la complejidad política, social, cultural de nuestro país. Ella surgió frente a un contexto histórico crítico caracterizado por la exclusión política y sobre todo por un trasfondo económico inequitativo. Su fuerza transformadora proviene de una voluntad de cambio influida por la constatación de la necesidad de recuperar el Estado, de tener más derechos y de fundar otra forma de democracia más intensa.

Sin embargo, a pesar de coincidir las demandas que se pusieron en común durante el proceso constituyente, por su propia naturaleza, en la producción de los contenidos de la Constitución pueden advertirse diferentes énfasis y enfoques. Además de esta diversidad en su origen, hay que remarcar que los contenidos que, como dispositivo complejo, la Constitución condensa, una vez esta fue aprobada se convierten en normas a ser implementadas cuya interpretación se sujeta a distintos matices, algunos de los cuales pueden dar nuevos significados según las necesidades del proceso político y de la transformación social.

---

<sup>8</sup>Puede verse a este respecto, el enfoque basado en la “experiencia jurídica”, que incorpora una dimensión histórica al análisis sobre qué es el derecho, que presenta Antonio E. Pérez Luño (2004: 19).

<sup>9</sup>Ello implicaría salir de una visión interna del mundo jurídico, de sus formas y texturas propias, para ver también, desde una perspectiva interdisciplinaria aunque centrada en lo jurídico, la interacción de las formas jurídicas con la realidad social, política y cultural (Ost, Kerchove, Echeverry, y Valencia, 2001, págs. 5-52).

## Un modelo de Estado en el marco de tres comprensiones.

Vamos en esta parte a revisar más deteidamente el concepto de Estado instituido en la CRE, centrándonos en sus atributos fundamentales y la forma de gobierno, los cuales se encuentran establecidos en los dos primeros incisos del ya referido artículo 1.

El primer inciso conceptúa al Ecuador como “un Estado constitucional de derechos y justicia”. Pero además, seguidamente se agregan a esta definición ocho características o atributos fundamentales como son las de ser un Estado “social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico”. Todas estas características en conjunto conforman el carácter del Estado ecuatoriano. Ellas proceden de un acto convencional que expresa las voluntades amalgamadas en el constituyente.

Luego, sobre la forma de gobierno, al final del primer inciso del Art 1 con la frase: “Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada”, se precisa este aspecto que es igualmente transcendental para definir el carácter del Estado. En complemento, el inciso siguiente establece varios elementos de la modalidad de gobierno como el principio de soberanía popular, señalando que esta “radica en el pueblo” y que su “voluntad es el fundamento de la autoridad”. Luego, el concepto es precisado con la referencia al final del inciso 2 agregando que, el ejercicio del poder proveniente de la voluntad soberana tiene lugar “a través de los órganos del poder público”, pero también “de las formas de participación directa previstas en la Constitución”.

Con esta serie de elementos, desde el orden fundamental se articula una definición de Estado, la cual según la idea de Constitución material que hemos propuesto resulta ser el dispositivo básico que permite darle sentido al resto de la estructura constitucional. Por ello, resulta importante explorar los alcances de estos contenidos del artículo a de la CRE en correspondencia con el resto de contenidos de la Carta.

No obstante, como hemos mencionado, esta estructura de contenidos de nuestra Constitución es compleja y en ella pueden distinguirse diferentes enfoques o lógicas. Para continuar este análisis y a riesgo de simplificarlo, proponemos agrupar estos contenidos y enfoques de la Constitución a partir de tres grandes lógicas o comprensiones que llamaremos garantista, participacionista y republicano desarrollista.

La primera de estas comprensiones o lógicas, a cual denominamos garantista, se refleja precisamente en la definición del Estado ecuato-

riano en términos de “constitucional de derechos y justicia”. Ese enunciado es fundamental y tal como hemos señalado:

No debe ser entendido como una mera declaración, sino como una norma que al definir el Estado como “constitucional de derechos”, está configurando su principal finalidad y que justifica su organización y existencia en la protección de los derechos. Así, tanto la parte dogmática como la orgánica de la Constitución deben ser interpretadas según esta primordial finalidad (Storini y Navas Alvear, 2013, pág. 41).

Es definitiva, el del Estado Constitucional es un modelo en el que las normas constitucionales son plenamente vinculantes. Así mismo, con la calificación de Estado “de derechos”, se precisa que aquellas normas supremas que definen los derechos y sus garantías están claramente situadas en el centro de este diseño y sobre el resto del ordenamiento estatal; de manera que la razón de ser de todos los organismos públicos sea respetar y garantizar los derechos. A la vez, los contenidos de los distintos tipos de derechos que se consagran<sup>10</sup>, deben ser interpretados en clave de intercultural. Finalmente, al referirse a Estado “de justicia”, se enfatiza en la necesidad de garantizar de forma efectiva los derechos, de diversas maneras y desde visiones que respeten precisamente el carácter intercultural y plurinacional de ese Estado<sup>11</sup>.

Este concepto de Estado y la tendencia garantista tras él, en síntesis, se expresan en: a) un muy amplio catálogo de derechos, b) un sistema de garantías que pueden ser normativas, de políticas públicas y jurisdiccionales (Arts. 84 al 94, CRE); y c) un sistema de Justicia fuerte, y especialmente la presencia de una Corte Corte Constitucional con amplias competencias sobre el resto de instituciones (Título IX, capítulo segundo)<sup>12</sup>. En otras palabras y tomando como referencia la

---

<sup>10</sup>Como nunca antes en la historia republicana la CRE contempla siete grupos de derechos (Título II, capítulos segundo al octavo): del Buen Vivir (fórmula que redimensiona a los tradicionales DESC y los sitúa como una parte protagónica del catálogo de derechos); de las comunidades, pueblos y nacionalidades; de los grupos de atención prioritaria; de libertad; de participación; de la naturaleza y de protección.

<sup>11</sup>En consonancia, el Art 171 de la CRE garantiza las distintas modalidades de Justicia Indígena.

<sup>12</sup>El aparato está además conformado por un sistema de judicaturas de primera y segunda instancia que conocen varios procedimientos de garantías

célebre discusión entre Carl Schmitt (1983) y Hans Kelsen (1995), en este modelo, el “guardián de la Constitución”, sería el juez constitucional.

Una segunda comprensión acerca del carácter del Estado es aquella que denominamos participacionista. Recordemos que el citado Art. 1 se refiere a la forma de gobernar el Estado con base en el principio de soberanía popular. Esto supone que la autoridad y la legitimidad del poder residen en la voluntad colectiva de la comunidad política (los ciudadanos). El cambio sustantivo respecto del pasado radica en que el poder se ejercía básicamente mediante un sistema de representantes a los cuales se elegía cada número de años. La CRE rompe con esta tendencia liberal al instituir un sistema de poder híbrido<sup>13</sup>. Se mantiene el sistema de democracia representativa para las más altas autoridades centrales y locales, pero se la combina con numerosos derechos y formas de participación, y de democracia directa. Todo ello no olvidemos, en el marco de un Estado que se define también como intercultural, plurinacional y laico, características para cuya implementación se requiere del desarrollo formas de diálogo ciudadano y político.

Este impulso a la participación, tanto en la arena política propiamente, como en los espacios de relación ciudadana (que no dejan de tener un sentido político no partidista), a diferencia del garantismo apuesta porque sean los aparatos políticos, más que los judiciales, quienes mediante procedimientos democráticos deliberativos procesen los grandes conflictos en torno a la Constitución y los derechos, y a que desde allí se los defiendan y desarrolle (Bellamy, 2010, págs. 20-23). La participación, desde este enfoque, se torna un elemento muy significativo, el cual se disemina a lo largo de la CRE a través de diversas medidas y modalidades, a saber:

- a) Se consagra a la participación como principio articulador de la acción estatal y social. Esto se instituye en el citado Art. 1 al definir al Ecuador como un Estado democrático organizado en forma republicana, cuyo poder reside por un lado en los representantes, pero también en las formas de participación y de democracia directa. En esta norma se configura sintéticamente cómo es y cómo

---

jurisdiccionales y medidas cautelares. La amplia serie de competencias que se asigna a la Corte Constitucional convertirían a este órgano en un gran decisor político en situaciones de conflictividad.

<sup>13</sup>Con todo, es necesario indicar que ya la Constitución de 1998 instaure ciertas formas de participación, pero de manera incipiente.

ha de organizarse el Estado, incorporando, como referimos, una serie de instancias y mecanismos participativos.

- b) De acuerdo a la premisa de que la participación tiene que basarse en el reconocimiento fuerte de derechos, se consagra un derecho muy amplio a construir el poder popular mediante la participación (Art. 95), así como como capítulo específico sobre derechos de participación (Título II, cap. Quinto, Arts. 61 al 65 de la CRE). En este capítulo, a los tradicionales derechos políticos propios de la representación como el de elegir y ser elegido, se incorpora una serie de novedosos derechos que protegen la participación activa y continua de la comunidad política, entre otros, el derecho a participar en asuntos de interés público, a la consulta, a la iniciativa popular normativa y a fiscalizar los actos del poder público.
- c) Se instituye un nuevo esquema de organización del poder (Título IV) lo cual incluye varios niveles operativos e incluso formas cercanas al autogobierno en particular en lo referente a niveles locales (sobresalen en tal sentido los Arts. 100 y 238 de la CRE). Se establecen una serie de mecanismos que potencian la participación en diversas formas (Título IV, capítulos cuarto y quinto, CRE), entre otras, los observatorios, las veedurías y la silla vacía. Así mismo, bajo la premisa de reconectar las iniciativas participativas con los espacios de toma de decisiones, se instauró una nueva institucionalidad estatal en una suerte de experimento institucional. Por un lado, se establece la Función Electoral para tutelar los procesos electorales, incluidos los de democracia directa. Por otro, se instituye la Función de Transparencia y Control Social, como instancia encargada de promover el ejercicio de los nuevos derechos y las formas de participación, así como el control de la gestión pública y el combate a la corrupción (Capítulos quinto y sexto del Título IV, Participación y Organización del Poder).

Con todo, este protagonismo de la participación no supone necesariamente una contradicción con la labor de las distintas funciones estatales. Así por ejemplo, respecto de la Justicia, es importante recordar que existen algunas perspectivas que reconociendo la importancia del juez constitucional, defienden lo que denominaríamos su *papel complementario* de la participación. Por ejemplo, como ha propuesto

Häberle, esta complementariedad se daría si una justicia constitucional cuya máxima instancia, la Corte Constitucional, se convierte en una entidad “abierta” no solo a aquellas interpretaciones autorizadas, sino a las provenientes de todos los intérpretes ciudadanos (Häberle, Peter, 2008, pág. 767).

Finalmente, una *tercera comprensión* sobre el carácter del Estado, muy influyente en nuestro esquema constitucional actual, es aquella que lo entiende como uno de corte *republicano orientado al desarrollo*, para construir el Buen vivir.

Tal enfoque que se asienta en primer lugar, en una lógica que conjuntamente con las otras dos ya descritas comparte una posición crítica frente a las políticas neoliberales que varios gobiernos del pasado habían desplegado. Como reacción a esta crítica, se partió de la necesidad de reivindicar un Estado soberano y eficiente. De allí que esta comprensión haya apuntado a que en la Constitución se rescate la soberanía estatal tanto en el ámbito interno como en el externo (el escenario internacional)<sup>14</sup>. En este sentido en la definición del Art. 1 del Ecuador se concibe al Estado como uno organizado bajo la forma republicana, de carácter social, soberano, independiente, unitario y laico, entre otros términos.

Esta lógica resulta complementaria con las dos anteriores, apuntando específicamente a que no bastaba con un modelo de Estado en el que se proclamen derechos y garantías, o mayor participación, sino que resultaba indispensable el diseñar un Estado fuerte y autónomo como base para implementar el proyecto político expresado en la CRE. Un proyecto asociado fuertemente a una visión no fragmentaria de lo común, que requiere de un tipo de Estado que se imponga por sobre formas corporativas y particularistas de gestión de lo público, tradicionales en el Ecuador<sup>15</sup>. De acuerdo a estos argumentos es que sostenemos que

---

<sup>14</sup>Esto también ha sido descrito como una visión “anti imperialista y nacionalista del Estado”, (Montaña, Juan, 2011, pág. 12).

<sup>15</sup>En efecto, uno de los énfasis más fuertes en el discurso del presidente Correa ha radicado en la crítica a las visiones sociales basadas en intereses particulares y a las formas de participación de tipo sectorial o gremial. Un ejemplo de esto lo encontramos en las palabras del gobernante al instalar la Asamblea Constituyente en noviembre de 2007: «Nuestra visión no puede ser otra que una visión nacional e histórica. Ya no somos más los asambleístas de Manabí, del Carchi o de Zamora, saraguros, montubios o cofanes, trabajadores, profesionales o empresarios, somos un todo nacional» (Ospina Peralta, 2010, pág. 3).



el carácter republicano sería el que mejor define a esta tendencia<sup>16</sup>, asociado simultáneamente a una propensión al desarrollo armónico. Este rasgo resulta fundamental, pues sobre otras consideraciones enfatiza en la necesidad de edificar una institucionalidad pública que incluya mejor a la comunidad política y posibilite la implementación de los objetivos constitucionales<sup>17</sup>. (Häberle, Peter, 2008)

Lo descrito se expresa en numerosas instituciones, principios y reglas.

- a) Se busca primeramente, articular un modelo de desarrollo con fuerte acento social y posibilidades de intervención estatal. Tal modelo se sustenta en la noción de complementariedad entre Estado, naturaleza y sociedad, lo cual se recogería finalmente en la Constitución bajo la categoría de *Buen vivir*<sup>18</sup>, aunque al tiempo parece retomar varios fundamentos del modelo desarrollista promovido por la CEPAL hace unas décadas, mediante una fuerte presencia estatal en la regulación de la economía para orientar el desarrollo.

Así, entre las premisas del modelo constitucional de desarrollo se establece la rectoría estatal sobre en cinco ámbitos esenciales: a) planificación participativa; b) soberanía alimentaria; c) soberanía económica que abarca entre otros, el sistema económico, las políticas económica y fiscal, el endeudamiento público, el presupuesto del Estado, el régimen tributario, pero también las políticas monetaria, crediticia, financiera y comercial; d) sectores estratégicos sobre los que el Estado se reserva el derecho de administración y regulación, servicios y empresas públicas, y e) el trabajo, la propiedad, la democratización de los factores productivos, los intercambios económicos, el comercio justo, el ahorro y la inversión (Título VI CRE). En todo caso, insistimos en que

---

<sup>16</sup>Otros autores como Andrade (2012: 43-44), presentan esto en términos de “presidencialismo”, o bien “desarrollismo”, según Montaña (2011, pág. 12). Nosotros integramos estos rasgos alrededor del republicanismo.

<sup>17</sup>Para una exposición acerca del carácter republicano del proyecto político plasmado en la Constitución vigente en el Ecuador, véase Ramírez (2012, págs. 29-33).

<sup>18</sup>El Art. 275 de la CRE en su encabezado define: «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» (Título VI CRE).

la presencia de un paradigma desarrollista sensible con la naturaleza se refuerza precisamente con la idea transversal de Buen vivir. En este sentido el buen vivir, además de constar como una parte relevante del catálogo de derechos, se despliega en la CRE mediante un amplio sistema con reglas específicas que refleja justamente esta conexión con el régimen de desarrollo y la rectoría estatal<sup>19</sup>.

- b) Las disposiciones que definen el *Régimen del Desarrollo* y las que desarrollan el del buen vivir, precisan para su implementación el asegurar una autoridad estatal vigorosa que represente el interés común. Esto se expresa en dos ámbitos. Por una parte, mediante un extenso sistema de competencias a favor de diversas instancias de gobiernos autónomos descentralizados (Título V Organización territorial del Estado), las cuales hallan, sin embargo, su límite en una centralización competencial a favor del gobierno central (Arts. 260 y 261, CRE). Por otra parte, la autoridad estatal se consolida a través de un gobierno central que cuenta con amplias competencias sobre todos los temas atinentes a la relación desarrollo-Buen vivir, con una tendencia a congregarse en torno a la autoridad política del Ejecutivo. De manera que si bien, la responsabilidad del Estado central se desplaza hacia sus cinco funciones, sobre todo, en el diseño actual puede advertirse un papel relevante del Ejecutivo<sup>20</sup>. Así quedaría establecido el límite entre el gobierno central y una participación que si bien cons-

---

<sup>19</sup>Este régimen se ordena (Título VII de la CRE) en dos capítulos: inclusión y equidad y, biodiversidad y recursos naturales. En el primero se establecen condiciones relativas a educación, salud, seguridad social, hábitat y vivienda, cultura, cultura física y tiempo libre, comunicación social, saberes, gestión de riesgos, población y movilidad humana, seguridad humana y transporte. El segundo capítulo sobre Biodiversidad y recursos naturales, regula el manejo de la naturaleza y el ambiente, la biodiversidad, el patrimonio natural y ecosistemas, el suelo, la biósfera, la ecología urbana y las energías alternativas.

<sup>20</sup>Tal cuestión se evidencia al revisar tanto las atribuciones del Presidente de la República como las competencias del gobierno central (Arts. 147 y 261 de la CRE). Podemos destacar por ejemplo, a la planificación, la cual bien se consagra que esta debe ser participativa y descentralizada, en relación con la toma de decisiones finales, estas le corresponden al Ejecutivo a través de la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo. Véanse los Arts. 279 y 280 de la CRE.

tituye un componente constitucional muy relevante, no alcanza niveles de codecisión.

- c) Finalmente, el esquema prevé el concurso activo y el compromiso de la comunidad política, de manera que correlativamente a las obligaciones estatales se establecen una serie de responsabilidades ciudadanas<sup>21</sup>, así como de limitaciones a ciertos derechos en favor del interés común<sup>22</sup>.

## Conclusiones y reflexión final

Hemos podido apreciar como la concepción actual de Estado contenida en el artículo primero de la Constitución de la República del Ecuador ha evolucionado de manera innovadora, incorporando una serie de elementos que la tornan compleja. En este proceso, este nuevo concepto de Estado recupera algunos elementos de las nociones presentes en las dos constituciones anteriores (1979 y 1998) como son el carácter republicano y social, pero sin duda los potencia.

Las relaciones de estas innovaciones en el concepto de Estado con los grandes contenidos del cuerpo constitucional las hemos examinado a partir de las tres lógicas comprensivas a las que hemos denominado como garantista, participacionista y republicano desarrollista.

La comprensión garantista permite comprender el vínculo entre el carácter del Estado constitucional de derechos y justicia con el catálogo de derechos, el sistema de garantías, el rol de los jueces y de la institucionalidad judicial, en particular en el ámbito constitucional. Esta institucionalidad se requiere que sea fuerte y autónoma, precisamente para cumplir su cometido garantista.

La segunda comprensión, permite apreciar la importancia que tiene la participación y la democracia directa dentro de un nuevo diseño

---

<sup>21</sup>De acuerdo a lo expresado, el inciso final del artículo constitucional 275, que como referimos, define el *Régimen de Desarrollo*, precisa: «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».

<sup>22</sup>Así, por ejemplo, en temas como por ejemplo el derecho a la propiedad (Arts. 321 y 323 CRE) o la explotación de ciertas áreas (Art. 407 de la CRE). Ello, en complementariedad con el Art. constitucional 83, que establece en forma general las responsabilidades de los ciudadanos y ciudadanas.

de la forma de hacer política y acción ciudadana, en particular aquella dirigida al gobierno del Estado en sus distintos niveles; así como la relación existente entre el concepto de Estado, el principio de soberanía y una serie de nuevos derechos, mecanismos e instituciones de participación. Para que esta nueva fórmula compleja funciones se requiere que la participación surja de la sociedad y se mantenga activa, el papel del Estado es potenciarla pero en ningún sentido cooptarla. En este último caso, el modelo de Estado se desnaturalizaría.

La lógica republicana al impulsar una recuperación del Estado como agente promotor del desarrollo, así como de los derechos, de lo común y de la actividad pública, tiene su base en la concepción de un Estado soberano, laico, social, entre otros rasgos fundamentales, que exhibe un modelo republicano fuerte. Un Estado fuerte resulta viable si logra una ecuación adecuada de desarrollo con la participación de la sociedad y de las iniciativas del mercado, regulándolas pero no de manera inhibitoria. Un Estado es más fuerte si su poder se presenta a la vez desconcentrado aunque coordinado en los distintos niveles.

La influencia de estas tres lógicas y su concreción en componentes constitucionales concretos de la Constitución ecuatoriana, en sí misma no resulta un problema, sino que enriquece el esquema constitucional. No obstante es necesario asumir la complejidad social y su reflejo en el carácter multidimensional del Estado. No olvidemos que todo este diseño constitucional cobra sentido solo si el Estado se comprende como plurinacional e intercultural en una forma transversal y amplia, abierta a la sociedad, que por tanto abarca las tres comprensiones.

De allí que la construcción del Estado y la implementación de los contenidos de la Constitución requieren de un equilibrio entre las tres lógicas, es decir que ninguna de estas se imponga a las otras. Además se precisa, insistimos, de una coordinación adecuada y de una sensibilidad democrática. Siendo diversas las comprensiones que hemos exhibido y que se condensan en el concepto de Estado, estas pueden converger en función de convertir al modelo estatal y al cuerpo constitucional, en un motor de la transformación social. Sin embargo, esta tarea, que es de largo aliento, presenta desafíos políticos y culturales, que suponen una voluntad política de gobernantes de avanzar en acuerdos, así como la de las fuerzas sociales para participar protagónicamente en el proceso.

## Referencias Bibliográficas

- Andrade, P. (2012, 07). *El reino (de lo) imaginario : Los intelectuales políticos ecuatorianos en la construcción de la constitución de 2008 (tema central)*.
- Avritzer, L. (2009). *Democracy and the Public Space in Latin America*. Princeton University Press. Descargado 2018-06-06, de <http://www.myilibrary.com?id=293527> (OCLC: 824162893)
- Bellamy, R. (2010). *Costitucionalismo político*. Madrid, España: Marcial Pons. (OCLC: 932549541)
- Echeverría, B. (2011). *Discurso crítico y modernidad: ensayos escogidos* (n.º 4). Bogotá, D.C., Colombia: Ediciones Desde Abajo. (OCLC: ocn739125952)
- Echeverría, Julio. (2009). El Estado en la Constitución. En S. Andrade Ubidia (Ed.), *La Nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones* (1. ed ed.). Quito: Corporación Editora Nacional [u.a.]. (OCLC: 836881376)
- Häberle, Peter. (2008). La jurisdicción constitucional en la sociedad abierta. En E. Ferrer M y A. Zaldívar (Eds.), *Teoría general del derecho procesal constitucional* (1. ed ed.). México: UNAM.
- Kelsen, H., y Gasió, G. (1995). *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid: Tecnos. (OCLC: 1025080407)
- La base fundacional en la constitución: Propuestas para comprender el modelo de estado constitucional ecuatoriano. (2016). En P. Muñoz y M. Navas (Eds.), *Nueve años de desarrollo constitucional* (Primera edición ed.). Quito: Asamblea Nacional del Ecuador.
- Lassalle, F. (2001). *¿Qué es una constitución?* Barcelona: Ariel. (OCLC: 434379906)
- Mercado, R. (1986). *Lo Nacional-Popular en Bolivia*. Siglo Veintiuno Editores. Descargado de <https://books.google.com.ec/books?id=FlmvAAAAIAAJ>

- Montaña, Juan. (2011). Prólogo. En L. F. Avila Linzán (Ed.), *Política, justicia y constitución* (1. ed ed.). Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición. (OCLC: 931316583)
- Mortati, C., Bergareche Gros, A., y Zagrebelsky, G. (2000). *La Constitución en sentido material*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. (OCLC: 252814424)
- Navas Alvear, M. (2016). Constitución y procesos constituyentes. En B. Rajland, M. Benente, y M. Navas (Eds.), *El derecho y el Estado: procesos políticos y constituyentes en nuestra América* (Primera edición ed.). Buenos Aires: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales : FISYP, Fundación de Investigaciones Sociales y Políticas.
- Ospina Peralta, P. (2010). *Corporativismo, estado y revolución ciudadana*. Quito: Instituto de Estudios Ecuatorianos. Descargado de [www.flacsoandes.org/web/imagesFTP/1263401619.Corporativismop.pdf](http://www.flacsoandes.org/web/imagesFTP/1263401619.Corporativismop.pdf)
- Ost, F., Kerchove, M. v. d., Echeverry, E., y Valencia, M. (2001). *Elementos para una teoría crítica del derecho*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Fac. de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. (OCLC: 964809035)
- Paz, J. J., y Cepeda, M. (2008, Nov). *Visión histórica de las constituciones de 1998 y 2008*. Descargado de <http://www.institut-gouvernance.org/es/analyse/fiche-analyse-449.html>
- Pérez Luño, A. E., Alarcón Cabrera, C., González-Tablas Sastre, R., y Ruiz de la Cuesta, A. (2004). *Teoría del derecho: una concepción de la experiencia jurídica*. Madrid: Tecnos. (OCLC: 56960264)
- Ramírez Gallegos, R. (2012). *Socialismo del sumak kawsay o biosocialismo republicano*. Quito: SENESCYT.
- Schmitt, C. (1983). *La defensa de la Constitución: estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución*. Madrid: Tecnos.

---

Storini, C., y Navas Alvear, M. (2013). *La accion de proteccion en ecuador*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador.

# El autor

Marco Navas Alvear

Marco Navas Alvear, es Dr. Phil. Jurista y politólogo. PhD. en Ciencias Políticas de la Freie Universität, Berlín. Profesor investigador titular de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, institución en la cual coordinó el programa de Maestría en Derecho Constitucional. Profesor invitado, entre otras, de la Universidad Nacional de Colombia, Universidad del Rosario, UEES y UDA. Es Consejero de Estado, miembro académico del Consejo de Educación Superior (CES), miembro correspondiente del Centro de Estudios sobre América Latina de la Universidad de Bolonia. Es autor de cinco libros y 30 publicaciones especializadas.



# Capítulo 2

---

## El control de poder en la constitución

---

Enrique Eugenio Pozo Cabrera

## Metodología

El presente artículo basa su trabajo metodológico en la revisión bibliográfica correspondiente a documentos y normativas relevantes y de suma importancia, recurriendo al método analítico - sintético, a través del cual se han recogido los criterios más notables de autores que han estudiado en su debido momento los aspectos asociados al control del poder en la constitución. Usando el fichaje bibliográfico como técnica, la información necesaria se pudo condensar en el contenido que este artículo muestra.

## El control del poder en la constitución del 2008.

El concepto de “control del poder” que utilizaremos en el presente análisis es el de “poder” como “separación de poderes” y el de “balance de poderes”; conceptos que denotan significados de poder como “funciones del Estado” (administrar, legislar, juzgar, etc., etc.) y como “órganos del Estado” (Ejecutivo, Legislativo, Judicial, entre otros).

## El Poder.

Al poder se le ha definido de diferentes formas; así, Bertrand Russell la define como “la producción de los efectos buscados”; Georges Burdeau como la fuerza al servicio de una idea”; Guglielmo Ferrero como “La suprema manifestación del miedo”; Karl Deutsch le conceptúa como “la capacidad de prevalecer en un conflicto y de vencer obstáculos” (Galvis-Gaitán, 1998, págs. 10-11). La palabra poder proviene del latín *possum*, *pótes*, *posse*, *potuit*. *Potis* que significa capaz de y *sum*, ser o existir. Las expresiones combinan la calidad de capaz con la de ser; (Velasquez Turbay, 1985, pág. 21). Es decir, el poder es propio de quien es capaz en sí. En este sentido cabría señalar que el poder es la capacidad de lograr los fines deseados<sup>1</sup>; desde este punto de vista, el hombre tendrá fines teleológicos; (Rozo Acuña, 1998, pág. 29) pues, coexiste y actúa tras proyectos ordenados y planificados. Es decir, el poder es la capacidad de lograr los fines previamente planificados.

El poder tiene un carácter maniqueo (Valadés, 2005, pág. 6); para unos bueno, para otros malo, para unos divinización, para otros demonización, el poder se resuelve por su afirmación o nulificación categórica.

---

<sup>1</sup>Expresión de Norberto Bobbio al referirse a Hobbes (Bobbio, 2002)

La expresión práctica en esos extremos nos conduce al totalitarismo o al anarquismo; pero, un equilibrio racional del poder (separación o balance) nos encaminan hacia la democracia.

Con el concepto expresado llegamos a coincidir con Guardini señala que es necesario separar el poder humano y el llamado poder de las ideas (Guardini, 1959, pág. 14); pues, el poder humano es la capacidad de poner en movimiento la realidad; cosa que las ideas no pueden hacer; pues, las ideas son valiosas y no poderosas.

El poder en la actualidad es la capacidad de influenciar en la conducta de otros; es decir, es la relación entre comportamientos; es decir la conducta de “A” trata de modificar el comportamiento de “B”.

El poder en la relación intersubjetiva es de mando y obediencia y, en consecuencia, la existencia de quienes mandan y de quienes obedecen, o sea, gobernantes y gobernados. En esta relación, el poder constituye un elemento esencial de la política. No hay política sin poder. (López, 1999, pág. 34) En este sentido y de manera muy general, se podría decir que todo poder es político.

El poder político se ejerce a través del Derecho: (Gros-Espiell, 2013, pág. 232), ya sea por medio de actos jurídicos que son de diferente naturaleza y jerarquía; así también por hechos y acciones humanas de personas a las que se les ha dado competencias que son respaldadas por el Estado; en consecuencia, el poder se manifiesta a través de actos, hechos o acciones que son capaces de causar efectos en terceros.

## La Política.

Derivado del adjetivo polis (*politikós*) que significa todo lo que se refiere a la ciudad, en consecuencia al ciudadano, civil, público, y también sociable y social: (Bobbio, 2002, pág. 1215); el término política ha sido transmitido por la influencia de la obra de Aristóteles “Política”<sup>2</sup>.

Ha quedado claro que el concepto “política” como acción humana, está vinculada al poder como relación entre sujetos en los que unos imponen la voluntad y otros obedecen; y bajo esta perspectiva se ha pretendido justificar el poder político desde distintas perspectivas; así:

---

<sup>2</sup>Con seguridad es el primer tratado sobre la naturaleza y las divisiones del poder dentro de un Estado.

## Max Weber.

Desde la visión de la justificación interna que hacen legítimo al poder político y desde la perspectiva de los medios externos que son los mecanismos que utilizan para el ejercicio del poder político; aclarando que, ninguno de ellos se encuentra de forma pura en la realidad social, siempre están mezclados; y se clasifican en:

**El poder tradicional:** Cuyo funcionamiento se fundamenta en las costumbres valoradas y validadas por los hábitos enraizados en el hombre para respetarlas; por ejemplo los patriarcados.

**El poder carismático:** Se fundamenta en los atractivos de un individuo (carisma); su principal característica es la fascinación personal que tiene una persona sobre los colectivos; por ejemplo, los caudillos.

**El poder legal:** Representa a la autoridad que fundamenta su poder en la legalidad; es decir son competencias establecidas formalmente en las normas; este poder político lo ejerce el burócrata.

## George Burdeau.

Desde una perspectiva histórica presenta la siguiente clasificación:

**El poder anónimo:** Es el que no se puede precisar en medio de la colectividad; esta difuso en ella, se caracteriza por las costumbres y creencias; este poder es característico de las comunidades primitivas.

**El poder individualizado:** Este poder se encarna en un hombre que ejerce la autoridad basado en su prestigio, valía moral, su fuerza o habilidades; son prerrogativas personales.

**El poder institucionalizado:** Este poder se basa en el Estado; en su estructura fundamentada en normas que organizada el poder y lo vuelve alternativo y pasajero.

## Hermann Heller.

Desde una visión de la organización se clasifican en:

**El poder de la organización:** Hace relación a toda la población y los efectos que irradia tanto interna como externamente; es decir, es el prestigio que tiene una organización en su conjunto (el Estado).

**El poder sobre la organización:** Es la influencia que ejerce sobre una organización las cualidades o virtudes del líder; que hace que la organización se le semejen; es una influencia externa.

**El poder en la organización:** Es un poder objetivo (el poder de la organización y el poder sobre la organización son subjetivos), muestra la capacidad en conjunto de la organización que alcanza fines que le son comunes. Es decir, es la capacidad de organización, de dirección de liderazgo.

En la actualidad se habla de “poder económico”, “poder ideológico”, “poder político” y “poder de derecho”.

### **El Poder Económico.**

Se basa en la posesión de los bienes que teniendo la calidad de necesarios, la mayoría de la población no los posee; razón por la cual se vuelven influenciables. Es decir, en los medios de producción reside gran capacidad de poder (poder de facto).

### **El Poder Ideológico.**

Este poder se basa en la influencia que las ideas formuladas de manera adecuada, en el momento adecuado y expresadas por personas que tienen cierta autoridad (religiosa, científica, etc.); si bien, este tipo de poder lleva a la cohesión social, se procura a través de cierta alienación del grupo.

### **El Poder Político.**

El poder político definido como la posesión de instrumentos para imponer la fuerza; es el poder coactivo.

Estos tres tipos de poderes denominados modernos; se basan en la desigualdad; así: el primero que divide entre ricos y pobres; el segundo entre concededores e ignorantes; y, el tercero entre fuertes y débiles

## El Poder De Derecho.

Desde la perspectiva del derecho el poder puede ser visto:

**Poder de facto:** Se fundamenta en la fuerza de coacción física, moral o económica exclusivamente.

**El poder de derecho:** Basa su autoridad en el cumplimiento de la norma; y fundamentalmente en la jerarquía normativa; es decir, las competencias son atribuidas para realizar determinada actividad.

## Justificación del poder político.

Quienes ejercen el poder político desean de manera permanente justificar el ejercicio del poder; de manera tal que, nadie o al menos una gran mayoría no ponga en duda la efectividad de su ejercicio; para ello procuran legitimidad y eficacia (Galvis-Gaitán, 1998, pág. 15).

La legitimidad la sustentan en el cumplimiento de requisitos que están previamente señalados en la ley y que cuentan con el apoyo de una mayoría de ciudadanos (legitimidad directa).

Cuando el sustento de legitimidad es insuficiente; quienes mandan, procuran justificar su ejercicio por la eficacia con la que desempeñan su función; es decir, por la calidad en el ejercicio (legitimidad indirecta).

La justificación del poder sirve a quien la ejerce para que la mayoría acepte sus órdenes y las obedezcan.

## Relación entre poder, política y estado.

Es evidente que no se puede concebir al Estado sin poder y sin política (López, 1999, pág. 34). La política como actividad humana que corresponde a una comunidad; en el sentido más amplio se vincula con la población asentada en un determinado territorio y que se encuentra organizado; esto es, el Estado; y, sobre esta población organizada se pretende la mayor influencia para guiarla a un determinado objetivo que le sea común; es decir tener sobre la población un determinado poder de mando.

No hay duda que el poder político es una relación de influencia que ejercen los detentadores del poder sobre los gobernados. Es por esta razón que, la actividad política tiene como referencia al Estado;

y se manifiesta, a través de la pugna entre los aspirantes para dirigir el Estado; de esta manera, la actividad política en faz “arquitectónica” (López, 1999, pág. 35) realiza la relación entre el poder del Estado y sus gobernados, institucionalizando a través de un sistema de normas, una estructura de órganos y un coordinado funcionamiento.

## Los poderes del estado.

La expresión “poder” o “poderes del Estado” se utilizan en esta ponencia en el significado de “separación de poderes”, “división de poderes”, “balance de poderes” o “pesos y contrapesos de poderes”; expresiones que tienen significados distintos y que es necesario tenerlos claros dentro del marco del control del poder.

Le expresión “poder” nos lleva a una primera aproximación a las funciones del Estado; es decir a las actividades o a la determinación de sus actuaciones (Administrar, Legislar, Juzgar).

En una segunda visión, “poder”, hace referencia a los órganos del Estado que ejercen diferentes funciones (Legislativo; Ejecutivo; Judicial; Transparencia y Control Social; y, Electoral).

## Funciones fundamentales <sup>3</sup>

La doctrina, desde Montesquieu, el Estado (en todo Estado, siempre y en cualquier caso), cumple tres –y sólo tres- funciones. Esto es como decir que todos los actos del Estado se pueden agrupar bajo tres clases (Guastini, 2016a, pág. 292).

Es una costumbre el de personificar al Estado; y en este sentido señalar que el Estado actúa; es evidente que no es así; pues, el estado es un ordenamiento; en consecuencia, son sus órganos los que actúan; y, por órganos del Estado debemos entender seres humanos, calificados como órganos por normas de competencia (Guastini, 2016a, pág. 292).

1. *Actos Legislativos.* La función legislativa produce normas generales y abstractas; esto es, normas impersonales y con proyección futura.

---

<sup>3</sup>Expresiones de Riccardo Guastini que nos advierte que todos los actos del Estado pueden agruparse bajo tres clases: Actos legislativos, Actos Jurisdiccionales y Actos administrativos - ejecutivos.

2. *Actos Jurisdiccionales*. Determina la violación de normas; esto es, resolver conflictos que tiene por objeto la violación de normas.
3. *Actos Administrativos-Ejecutivos*. Administra y reparte los bienes materiales e inmateriales del Estado, es el titular de la fuerza pública; además, procura actos que son individuales y concretos y tiene excluido los actos de producción normativa general y abstracta y la resolución de controversias.

Guastini considera que estas tres funciones del Estado no están ubicadas en un mismo plano; muy por el contrario, están jerarquizadas. Las funciones ejecutiva y jurisdiccional están para aplicar las normas y/o ejecutar; por lo que suponen un papel secundario frente a la legislativa que crea las normas; por lo que presupone una subordinación a aquella (Guastini, 2016a, pág. 292).

Desde la observación de Guastini, entonces cabría decir que normativamente existen únicamente dos funciones; la primera creadora de normas (legislativo); y, la segunda, la aplacadora de normas (ejecutivo y judicial).

Pero desde el punto de vista orgánico existen, a más de las tres fundamentales, otros órganos que son creados por un poder que es efímero pero que es el más potente –*legibus solutus, extra ordinem*– me refiero al poder constituyente. Un ejemplo claro de lo indicado es la Constitución del 2008 que da nacimiento a órganos como el de Transparencia y Control Social y el Electoral.

Desde el punto de vista del origen, el poder es único, nace del pueblo; en consecuencia, la fórmula sintética es: “un poder político unitario radicado en el pueblo, actuante por el cauce de plurales funciones y ejercido por diversos órganos” (Dromi, 1998, pág. 129).

De la llamada división o balance de poderes no resulta más que una separación y una correlativa separación de órganos que como mecanismos de control del poder significan evitar la concentración autoritaria o la suma del poder público del ejecutivo, legislativo o judicial.

Más allá de lo señalado, debemos tener claro que la división de Montesquieu es un valioso instrumento para el análisis; pues, si nos referimos de manera correcta a las funciones del Estado (poder en el primer sentido de la palabra) y no a los órganos que las ejercen (poder en el segundo sentido de la palabra). Esto es así, pues, como ya se ha dicho, las funciones son una clase de actos; y las clases de actos en un Estado son siempre tres: actos normativos (legislativos), actos jurisdiccionales y actos administrativos.



## El control del poder.

El control del poder va a depender del tipo de régimen político. En un régimen político democrático, el control del poder está en el pueblo; por ello se dice que el poder es único; que el poder está en el pueblo; pero, que para su ejercicio se lo divide.

En los regímenes autocráticos la división es aparente; pues, es el gobernante el que capta todo el poder y lo ejerce a través de los órganos que han sido creados; pero, su funcionamiento depende de las directrices del que detenta el poder.

El mejor límite, el más acertado control del poder está en los Derechos Humanos y en la normativa que tanto al interior del Estado como al exterior se ha creado (Ferrajoli, 2014) sobre Derechos Humanos.

Los modelos de control de poder denominados de “separación de poderes” o “balance de poderes” son adoptados por los estados de manera indistinta; esto es, se otorga a ciertos órganos facultades exclusivas o se les otorga facultades controladoras; pues, cuando estamos frente a órganos que comparten en todo en o parte, el poder de ejercer determinada función, hablamos de separación de poderes; pero, cuando un órgano dispone del poder de impedir el ejercicio de una función o del poder de anular actos de ejercicio, los poderes están balanceados.

## Separación de poderes.

Los principios: a) Principio de especialización de funciones; y, b) Principio de independencia recíproca de los órganos; son los que actuando de manera combinada conforman el modelo de separación de poderes (Guastini, 2016b, pág. 33).

El primero hace relación a la distribución de funciones estatales y el segundo a las competencias y relaciones que tienen los órganos para ejercerla; esto significa funciones especializadas y coordinación entre los órganos para ejercerlas.

Una función es “especializada” cuando ejerce una determinada función de manera especializada o monopólica; en otras palabras, es una atribución exclusiva de poder que detenta determinado órgano de poder para ejercer, impedir y anular el ejercicio de determinadas funciones; así por ejemplo:

El legislativo tiene la facultad exclusiva de crear leyes generales y abstractas; en consecuencia, el poder judicial no tiene la capacidad de

anular los actos legislativos, inclusive, a pesar de su inconstitucionalidad; y, el poder ejecutivo, no tiene la capacidad de veto.

El poder judicial es monopólico cuando los poderes ejecutivo o legislativo no tengan la posibilidad de resolver controversias o cuando la cosa juzgada no pueda ser revisada por el legislativo o ejecutivo.

Cuando el legislativo no tiene capacidad de administrar los bienes públicos (materiales o inmateriales) y no puede expedir actos administrativos, estamos frente a un ejecutivo con poder exclusivo. Cuando el poder judicial no puede anular los actos del ejecutivo, estamos así mismo frente a un poder ejecutivo exclusivo.

De otro lado, cuando hablamos de independencia coordinada de órganos cuando los órganos no tienen interferencia en su formación, funcionamiento y duración.

La independencia puede ser reducida si un órgano provee a otro órgano de su autoridad ya sea eligiendo o designando; más cuando, esa autoridad puede ser renovada y más aún cuando, esa autoridad puede ser revocada en cualquier momento; en consecuencia, la independencia es absoluta cuando un órgano puede elegir o designar su autoridad y esta autoridad no es renovable y no es revocable por otro órgano; *vervi gratia*, cuando el ejecutivo no es nombrado o elegido por el legislativo y sus decisiones no pueden ser juzgadas no revocadas por el órgano legislativo; el legislativo es independiente del ejecutivo cuando sus integrantes no son nombrados por el ejecutivo y las decisiones legislativas no son vetadas por el ejecutivo salvo inconstitucionalidad manifiesta<sup>4</sup>. El Poder judicial es independiente el ejecutivo y del legislativo cuando sus miembros no son nombrados por estos órganos; y si lo son, la designación de los integrantes del poder judicial no pueden ser removidos por los poderes ejecutivo o legislativo.

## Balance de poderes.

La técnica constitucional de control de poder denominado “*checks and balances*”; es aquel modelo de organización del poder con multipli-

---

<sup>4</sup>Existe inconstitucionalidad manifiesta cuando una norma viola de manera flagrante la Constitución; cuando esta violación es *prima facie*; es decir no requiere de mayor interpretación, se evidencia la violación con la sola lectura del texto; por ejemplo, la Constitución prohíbe el trabajo de menores de 18 años; el legislador expide una norma que faculta el trabajo a menores de 18; esta norma legislativa es claramente violatoria de la Constitución.

cidad de órganos constitucionales; pero, manteniendo la independencia de los órganos legislativo, ejecutivo y judicial; más no así la independencia de funciones; pues rige la concepción montesquiana del “poder frena al poder”; un poder se contrapone al otro para evitar el abuso del poder. Es necesario aclarar que, en este modelo de control del poder; el órgano judicial es considerado de “poder nulo”; ya que su única función es la de comprobar si existe o no violación de la ley.

En conclusión diremos que bajo esta arquitectura constitucional; el poder político, está dividido en varios órganos; de tal manera que, ningún poder pueda ostentar la integralidad del poder; además, las funciones de los órganos no son especializadas; pues, las funciones se dividen en una pluralidad de órganos; de tal manera que lejos de ser recíprocamente independientes son de influencia recíproca.

## Confusión de poderes

Ambos modelos, a pesar de las múltiples diferencias como las hemos dejado descritas, tienen características que les son comunes; por ejemplo: la especialización de la función jurisdiccional, su independencia interna como externa.

El Legislativo no ejerce una función jurisdiccional; pero a través de la jurisdicción constitucional está sometida a ella.

El Ejecutivo está en la obligación de ejecutar las resoluciones jurisdiccionales; ello, porque tiene el monopolio de la fuerza. Esto implica una convergencia o confusión de poderes.

## La arquitectura constitucional en los modelos de control - separación vs. balance<sup>5</sup>.

De manera ejemplificativa veamos los dos modelos de control del poder.

1. En el modelo de separación de poderes; el ejecutivo es irresponsable frente al legislativo; es decir, el modelo de separación de poderes es contrario al gobierno parlamentario; pero, es útil para el sistema presidencialista.

---

<sup>5</sup>La expresión “arquitectura constitucional” es una emulación a la de Ingeniería Constitucional de Giovanni Sartori.

- 1.1. En el modelo de balance de poderes; el ejecutivo es responsable frente el legislativo; en muchos modelos de balance de poderes el ejecutivo depende de la confianza del legislativo.
2. En la arquitectura separatista, el legislativo no puede ser disuelto por el ejecutivo.
  - 2.1. En el modelo de balance de poderes el ejecutivo (Presidente) puede disolver el legislativo y convocar a elecciones para sustituir a los legisladores.
3. En el modelo de separación de poderes el ejecutivo no tiene capacidad de veto<sup>6</sup> de leyes; el ejecutivo está obligado a la promulgación de las leyes expedidas por el legislativo.
  - 3.1. En la arquitectura del balance de poderes, el ejecutivo; si bien no puede expedir leyes; si puede, impedir la vigencia de leyes imponiendo un veto; este veto puede ser tanto por la forma (procedibilidad) cuanto por el fondo (inconstitucionalidad), a lo que se ha denominado facultad colegisladora.
4. En ambos modelos, el poder judicial únicamente tiene capacidad resolutive en conflictos de interpretación y aplicación de leyes; en consecuencia las decisiones jurisdiccionales tiene eficacia *inter partes*.
5. En el modelo de separación de poderes el órgano judicial no puede inaplicar o inobservar
  - 5.1. En el modelo de balance de poderes, las leyes están sujetas a una interpretación conforme; es decir, de legitimidad constitucional.
6. En la arquitectura de la separación de poderes; el judicial no puede controlar los actos del ejecutivo; el control de legalidad está encargado a un órgano interno del propio ejecutivo.
  - 6.1. En el balance de poderes los actos del ejecutivo están sujetos al control de legalidad del poder judicial.

---

<sup>6</sup>Existen modelos de separación de poderes que permiten un veto parcial. Concretamente cuando existe una inconstitucionalidad flagrante.

7. En ningún modelo el ejecutivo tiene facultades de dictar actos normativos dotados de fuerza de ley que tengan el “poder” de modificar o abrogar los actos del legislativo.

## Los modelos de control del poder y sus principios.

Los modelos de control del poder tienen principios que les son propios; pero que pueden estar presentes en los dos modelos.

### La función legislativa.

El modelo separatista exige la plena vigencia del principio de separación de poderes (García-Belaunde, 2009, pág. 777) que significa la especialización de la función legislativa (el Ejecutivo no tiene capacidad de veto) y la exclusión de otros poderes en la creación de leyes abstractas y generales. Se fundamenta además en los principios de reversa exclusiva de ley: (Rubio-Correa, 2008, pág. 146), (únicamente el legislativo es generador de leyes); principio de exclusión de veto (el ejecutivo únicamente debe promulgar las leyes y aplicarlas conforme las ha expedido el legislativo) y el principio de exclusión de control jurisdiccional (no permite ni el control difuso ni el concentrado del control de constitucionalidad).

El modelo de balance de poderes; se fundamenta en los principios primacía legislativa (en caso de duda sobre la constitucionalidad de las leyes de debe mantener la vigencia de la ley), reserva legislativa (otros órganos pueden presentar proyectos de ley e imponer acciones de inconstitucionalidad sobre las leyes expedidas por el legislativo); principio de veto, (El Presidente puede oponerse a la vigencia total o parcial de una ley expedida por el legislativo) y el principio de control de constitucionalidad (El órgano judicial u otros órganos como el Constitucional pueden inaplicar una ley por considerarla inconstitucional).

### Poder ejecutivo.

Los principios que rigen el modelo de separación del poder ejecutivo, son los principios de especialidad y exclusividad. El primero, el de especialidad, hace relación a que únicamente el ejecutivo tiene la responsabilidad de la administración del Estado y de sus bienes materiales e inmateriales; en consecuencia ningún otro poder le puede proveerle

de administradores. El segundo, el de exclusión, prohíbe al judicial a que pueda anular sus actos.

En el modelo de balance de poderes; los principios son de proveimiento y el de revocabilidad; esto significa; que bajo el principio de proveimiento el poder legislativo puede proveerle de autoridades que han de contribuir en la administración del Estado, en consecuencia, el legislativo es corresponsable de la administración del Estado; y, al amparo del principio de revocabilidad; los actos del ejecutivo pueden ser revocados o anulados por el poder judicial.

## **Arquitectura del control del poder en la constitución del 2008.**

Los dos modelos de control del poder que hemos expuesto son mecanismos conceptuales que nos permiten analizar cuál es la estructura constitucional que ha adoptado el Ecuador en el 2008; aclarando que, no existe Constitución (al menos yo no lo he encontrado) que adopte exclusivamente uno u otro modelo; siempre existen una mezcla de modelos; pero, eso sí, en las Constituciones se inclinan con mayor preeminencia uno u otro modelo; en consecuencia se debería hablar de modelos de control uno con preeminencia separatista de poder y otro con preeminencia de balance de poder.

Arquitectura del control del poder en la constitución del 2008. Los dos modelos de control del poder que hemos expuesto son mecanismos conceptuales que nos permiten analizar cuál es la estructura constitucional que ha adoptado el Ecuador en el 2008; aclarando que, no existe Constitución (al menos yo no lo he encontrado) que adopte exclusivamente uno u otro modelo; siempre existen una mezcla de modelos; pero, eso sí, en las Constituciones se inclinan con mayor preeminencia uno u otro modelo; en consecuencia se debería hablar de modelos de control uno con preeminencia separatista de poder y otro con preeminencia de balance de poder.

### **La función legislativa.**

- Toma del modelo separatista el principio de especialidad en cuanto a expedir, codificar, reformar, y derogar las leyes e interpretarlas con carácter generalmente obligatorios (art.120.6).

No obstante lo dicho, el Presidente de la República (Poder Ejecutivo), tiene la iniciativa legislativa (art. 147.11) y además, tiene el Ejecutivo el monopolio de la expedición de reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes (Ar.147.13) que si bien los reglamentos están subordinados a las leyes más no están autorizados por las leyes, pues la facultad de producción normativa reglamentaria está reservada al Presidente de la República; hecho que nos coloca frente a un modelo de “confusión” de poderes.

- El Presidente de la República tiene la exclusividad de la iniciativa legislativa en la creación, modificación o supresión de impuestos, de aumento de gasto público o de la modificación de la división política administrativa del País (art. 135) la Constitución adopta el modelo de balance de poderes.
- El Presidente tiene el poder de veto; y con ello, interfiere en la producción legislativa; pues, puede objetar el proyecto de una ley, de manera parcial o total (art. 138) aquí la arquitectura constitucional es de balance de poderes.
- El art 172 señala que los jueces administrarán justicia con sujeción a la ley; en consecuencia están sujetas a ella; no pueden crearla. Las decisiones jurisdiccionales no pueden asumir contenido normativo y por lo tanto no tiene eficacia general; su eficacia es únicamente en el caso decidido. Estamos frente al modelo de separación de poderes.

Pero, contrariamente a lo señalado; la Constitución en el art. 172 sujeta la validez de las resoluciones jurisdiccionales a la Constitución ya a los tratados internacionales de derechos humanos; dicha validez constitucional o control constitucional no es difuso<sup>7</sup> (arts. 428y 436.2) es de carácter concentrado<sup>8</sup>, a través de un órgano *ad-hoc* cuyas decisiones pueden anularlas normas consideradas inconstitucionales. Existen opiniones que consideran que estamos frente a contrapesos de poder; mientras que otras opiniones señalan que estamos frente a un legislador negativo; lo que podría llevarnos a concluir que estamos frente a la denominada confusión de poderes.

---

<sup>7</sup>Control de Constitucionalidad que es ejercido por todos los jueces; a este control también se lo denomina norteamericano.

<sup>8</sup>Control de constitucionalidad que es ejercido por un órgano especializado “*ad-hoc*”.

## El órgano legislativo.

- La Constitución señala cómo se ha de conformar la Asamblea Nacional (art.18) y cómo se han de elegir sus autoridades (art.121); además señala, como se ha de administrar (art.122). Esto nos llevaría a concluir que estamos frente a un modelo de separación de poderes.
- El ejecutivo tiene la facultad constitucional de disolver la Asamblea Nacional previo informe favorable de la Corte Constitucional; en consecuencia, el modelo que se adopta es el de balance de poderes.

## La función ejecutiva.

- En el modelo constitucional vigente el poder ejecutivo está especializado en la expedición de actos administrativos (147.5), lo que nos conduce al modelo de separación de poderes; pero, estos actos pueden ser impugnados a través de la función judicial (art. 173); entonces entramos al modelo del balance de poderes.
- La Constitución establece un modelo de confusión de poderes cuando señala que con exclusividad el Presidente de la República podrá presentar proyectos de ley que creen, modifiquen o supriman impuestos, aumenten el gasto público modifiquen la división político -administrativa del país; pero el incursionar monopólicamente en el sector legislativo en las materias y temas descritos; se convierte en un modelo separatista.
- El Presidente puede disolver la Asamblea Nacional (art. 148); cuando a su juicio, la Asamblea Nacional se está arrogando funciones; modelo separatista; pero, este juicio valorativo del Ejecutivo debe ser ratificado por la Corte Constitucional; balance de poderes.

## El órgano ejecutivo.

- La provisión del cargo del Presidente es de orden democrático; pues es el pueblo el que lo elige (art. 143); este modelo es separatista.
- Tiene la exclusividad en el nombramiento de los ministros de Estado (art. 147.9), nos lleva a un modelo de separación de poderes.



- La designación de Procurador General del Estado de la terna que presente el Presidente de la República es de la Función de Transparencia y Función Social; aparentemente estaríamos frente a un balance de poderes; pero, al hacer la designación de la terna que envía el Presidente; se convierte en un modelo concentrado o separatista de poderes.

## **La función judicial.**

Como función; la judicial, es con la que concluyen los poderes y su control denominados clásicos; pues, en la Constitución del 2008 existen dos funciones más que desde la visión orgánica. La Constitución del Ecuador establece dos órganos adicionales, les analizaremos luego.

- La Función judicial es estrictamente especializada en virtud del principio de “reserva de jurisdicción” (art.167) y como ya se indicó, los jueces están sometidos a la ley. En estricto, estamos frente al control separatista del poder.
- La Función Judicial es independiente; tanto externa como internamente (art.168.1); esto significa que ningún otro poder puede influir en sus decisiones y que, a lo interno, los jueces no obedecen disposiciones en cuanto administración de justicia de ninguna autoridad judicial; pues se ha señalado el “principio de horizontalidad” de los administradores de justicia. Esto significa que se adopta el modelo separatista del poder.
- Todos los actos del Estado están sometidos a la Función Jurisdiccional; si son los actos del Ejecutivo, éstos pueden ser impugnados ante la jurisdicción ordinaria (art. 173), los actos del legislativo pueden ser impugnados ante la Corte Constitucional (art. 436.2). Los actos derivados de las relaciones de las actividades político partidistas y los emanados por el Consejo Nacional Electoral pueden ser impugnados ante el Tribunal Contencioso Electoral (art. 221. 1). Esto constituye un ejercicio de balance de poderes.

## **Órganos jurisdiccionales.**

- La integración de sus miembros es a través de concurso de méritos y oposición que está vigilado por el Consejo de la Judicatura

(art. 179); pero su designación proviene del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (art. 208.12). Este mecanismo procura la independencia de los jueces.

- Tiene función administrar justicia el denominado Tribunal Contencioso Electoral (art. 221); pero pertenece a un órgano distinto del jurisdiccional que en la Constitución del 2008 se le ha llamado Función Electoral.
- La jurisdicción Constitucional es ejercida por Jueces Constitucionales que son seleccionados por las funciones Ejecutiva, Legislativa y la de Transparencia y Control Social (art. 434); esto procura un equilibrio de poderes.

### **Función de transparencia y control social.**

- La Función de Transparencia y Control Social como órgano está encargado de hacer efectivo el “principio de transparencia” que, manda a que los organismos del Estado y los privados que reciben recursos del estatales, rindan cuentas sobre el manejo de sus recursos y del cumplimiento de sus competencias; Funciones que le competen al Ejecutivo (art. 204).
- Esta Función tiene capacidades jurisdiccionales puede ejercerse la actividad investigadora sobre actos de corrupción que se puedan presentar en las otras funciones del Estado; emite resoluciones que conllevan al enjuiciamiento de personas que se sospecha son responsables de actos de corrupción, lo que significaría un control del poder a través de un mecanismo de confusión de poderes.
- La Función de Transparencia y Control, Social tiene funciones ejecutivas cuando vigila la transparencia de la ejecución de actos, designa al Procurador General del Estado, Defensor del Pueblo, Defensor Público, Fiscal General del Estado, Contralor del Estado, a los miembros del Consejo Nacional Electoral y al Consejo de la Judicatura; estos actos significan confusión de poderes (art. 208.10.11.12).

### **Órgano de transparencia y control social.**

- Este órgano está conformado por los miembros del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, el Defensor del Pueblo, el Contralor General del Estado y los súper intendentes de

Bancos y de Compañías (Art. 204). Es un órgano autónomo e independiente; es un organismo que toma del ejecutivo sus funciones; y que además, está integrado por Funcionarios que éste órgano los designa; en consecuencia, es separatista de funciones; pero, con apariencia de balance de poderes.

- El Consejo de Participación Ciudadana y Control Social está integrado por siete miembros que serán escogidos entre los postulantes que propongan las organizaciones sociales<sup>9</sup> y la ciudadanía. (art.207)

## Función electoral

- Esta función está llamada a garantizar el ejercicio de los derechos políticos que se expresan a través del sufragio (art. 217); lo que significaría una especialidad y por lo tanto un ejercicio del modelo de separación de poderes.
- Tiene la capacidad de dirigir, vigilar y garantizar los procesos electorales. Esta función la hace ser singular y por lo tanto ejerce un modelo de separación de poderes (art. 219.1).
- Tiene una capacidad jurisdiccional a través del Consejo Nacional Electoral para conocer y resolver impugnaciones y reclamos administrativos de los organismos desconcentrados de esta función; y así mismo, a través del Tribunal Contencioso Electoral ejerce potestad jurisdiccional que son de última instancia<sup>10</sup>, de cumplimiento inmediato y constituirán jurisprudencia electoral (art. 221.3). Esto podría ser considerado un modelo de separación de poderes; pero, al tomar de la función judicial esta competencia, estamos frente a un modelo de confusión de poderes.

## Órgano electoral

- El órgano electoral se expresa a través del Consejo Nacional Electoral, que está integrado por un presidente (a); vicepresidente (a)

---

<sup>9</sup>Las organizaciones sociales son grupos de presión que tienen sus intereses definidos que pueden ser contrarios a los intereses de las mayorías e inclusive del propio Estado; son un anti poder y la relación con el Estado es de tensión.

<sup>10</sup>Este mandato constitucional viola el principio de doble conforme y tiene tensión con los arts. 173 y 436.2 de la Constitución del 2008.

que, son designados por la Función de Transparencia y Control Social; lo que determina un balance de poderes (art.218).

El Consejo Nacional Electoral puede designar a sus miembros de manera desconcentrada; este modelo adopta la separación de poderes (art. 219.2).

- El Tribunal Contencioso Electoral es parte integrante de la función electoral y, es designado por la Función de Transparencia y Control Social, lo que nos lleva a un mecanismo de balance de poderes.

## Conclusiones

Las funciones del poder, en las distintas formas de las cuales él se manifiesta, dentro del Estado; son modos a través de los cuales se canaliza la actividad pública con competencias determinadas a los órganos públicos.

Es un principio fundamental de nuestro sistema político la división de poderes; esto como un ejercicio de defensa de la libertad; pues, entendemos nosotros esta división como el elemento jurídico - político que evita el autoritarismo y la pérdida de libertades ciudadanas.

El poder es uno (pueblo), pero las funciones son varias (legislativa, ejecutiva, judicial); que se expresan a través de diversos órganos de carácter constitucionales que tienen específicas competencias (Presidente, Asambleístas y Jueces).

No se desnaturaliza la división tripartita del Control del Poder en nuestro sistema constitucional con la aparición de dos órganos adicionales, con sus funciones: Transparencia y Control Social y el Electoral.

Las técnicas jurídicas de transferencias, de competencias como modelos de ejercicio de poder, no afectan a la indivisibilidad del poder y a su unidad; pues, todas las acciones del Estado están dirigidas exclusivamente a beneficiar a su población, que es la detentadora efectiva del poder político.

Las funciones del poder se exteriorizan de manera sustantiva, orgánica y procesal. Los aspectos sustantivos son los que definen la naturaleza y el contenido esencial de la función (administrar, legislar e interpretar los conflictos normativos). Los aspectos orgánicos constituyen el órgano que cumple la función (ejecutivo, legislativo y judicial); y, procesalmente, constituyen el modo de preparación y exteriorización de los actos (decretos, leyes y sentencias).

## Referencias Bibliográficas

- Bobbio, N. (2002). *Diccionario de política*. Madrid: Siglo Veintiuno.
- Cabrera, J. (2014). *Revista ECOS*. Cuenca: Machill.
- Dromi, R. (1998). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ciencia y Cultura.
- El control del poder. libro homenaje a Diego Valadez*. (2013). Mexico: Grijley.
- Ferrajoli, L. (2014). *La democracia a través de los derechos*. Madrid: Trotta.
- Galvis-Gaitán, F. (1998). *Manual de ciencia política*. Bogota: Temis.
- García-Belaunde, D. (2009). *Diccionario de jurisprudencia constitucional*. Lima: Grijley.
- Guardini, R. (1959). *El poder*. Buenos Aires: Trota.
- Guastini, R. (2016a). *La sintaxis del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Guastini, R. (2016b). *Lecciones de derecho constitucional*. Lima: Legales.
- López, M. J. (1999). *Manual de derecho político*. Buenos Aires: Dipalma.
- Rozo Acuña, E. (1998). *Introducción a las instituciones políticas*. Bogotá: Gustavo Ibañez.
- Rubio-Correa, M. (2008). *Interpretación de la constitución según el tribunal constitucional*. Lima: Fondo Editorial.
- Valadés, D. (2005). *El control del poder*. Buenos Aires: Ediar.
- Velasquez Turbay, C. (1985). *El poder político*. Bogota: Exter-nado de Colombia.

# El autor

Enrique Eugenio Pozo Cabrera

Es Doctor en Jurisprudencia y abogado de los tribunales de justicia por la Universidad Católica de Cuenca (UCACUE). Realizó sus estudios de posgrados en la Universidad de Castilla- La Mancha, España, en la especialidad de Derecho Administrativo, y en la Universidad Espíritu Santo en Guayaquil, Ecuador, la maestría en Derecho Constitucional. En estos momentos se encuentra cursado sus estudios doctorales en el área de Derecho en la Universidad de León, en España.

Ha sido expositor, conferencista y ponente en diferentes escenarios, ya sea en seminarios, congresos o foros internacionales tanto a nivel nacional como en diversos países: Colombia, Perú, Argentina, España.

Se ha desempeñado como asesor jurídico en la Cámara de Comercio e Industrias de la ciudad de Azogues durante el período 1992-1993. También como Procurador síndico del H. Consejo Provincial de Cañar de 1993-1997. Fue Concejal de la ciudad de Azogues, de 1998-2002, así como Presidente de la Comisión de Legislación y Fiscalización del I. Concejo Municipal 2000-2002. En el año 2006 trabajó como asesor del Tribunal Constitucional, y catedrático universitario de la Universidad católica de Cuenca, en la sede Azogues, luego de lo cual fungió como Decano de la Unidad Académica de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Católica de Cuenca. En el periodo comprendido entre julio de 2006 y enero de 2012, fue elegido como Vicerrector. En la actualidad, ejerce como Rector de la UCACUE desde agosto de 2013.

# Capítulo 3

---

**Controversias interpretativas sobre  
la regulación en la Constitución  
ecuatoriana de la interpretación  
constitucional**

---

Vicente Manuel Solano Paucay

## Introducción

El objetivo general del presente trabajo es contribuir a la teoría jurídica de la interpretación del derecho desarrollada en Ecuador. El objetivo específico apunta a señalar algunos problemas que el intérprete de la Constitución puede encontrar a la hora de atribuir significado a los enunciados normativos, que pretenden regular la interpretación jurídica de los artículos 11 y 427 de la Constitución.

Este trabajo lleva a la práctica las tesis realistas sobre la interpretación del derecho, que se vienen sosteniendo por autores americanos y europeos, desde hace varias décadas. Me refiero, en concreto, a las tesis escépticas sostenidas por autores como K. Llewellyn, en Estados Unidos; A. Ross, en la cultura jurídica escandinava; G. Tarello, R. Guastini y P. Chiassoni, en el realismo jurídico genovés, por poner solo algunos de los ejemplos más relevantes.

## Algunas observaciones iniciales

Antes de comenzar el análisis de la regulación de la Constitución de la República del Ecuador<sup>1</sup> sobre interpretación jurídica, es necesario realizar algunas puntualizaciones respecto del objetivo de este trabajo. En primer lugar, el propósito de este trabajo es teórico. En segundo lugar, mi intención es señalar problemas de interpretación de los enunciados que regulan la interpretación de la Constitución ecuatoriana.

## Los conceptos distinguen

Una vez aclarado el objetivo de este trabajo, es conveniente introducir algunas tesis y distinciones fundamentales para entender desde qué marco teórico voy a analizar las disposiciones comprendidas entre los artículos 11 y 427 de la CRE. La primera distinción importante permite diferenciar, por un lado, entre disposiciones normativas o textos legales –distinguibles de las proposiciones normativas–, y, por el otro, el significado de dichos textos o normas (Guastini, 2011). La segunda tesis apunta a que las palabras, enunciados o textos no tienen un significado objetivo, sino que el significado de aquellos es dependiente de la comunidad lingüística de referencia o de los intérpretes (Guastini, 2013).

---

<sup>1</sup>En adelante, CRE.



La tercera tesis se refiere a que las técnicas interpretativas de la comunidad lingüística jurídica ecuatoriana son sincrónicamente múltiples y diversas; es decir, disponemos en esta comunidad jurídico-lingüística de una serie de cánones interpretativos que permiten, al menos en relación con algunos enunciados, atribuir diferentes significados a las disposiciones jurídicas (Tarello, 2013).

La cuarta tesis tiene que ver con el orden de las normas sobre interpretación jurídica. En efecto, parece que las reglas de interpretación no están todas situadas en un mismo nivel, ni son todas normas para atribuir directamente significado a textos o enunciados normativos. Por ello, se puede hablar de: a) Directivas interpretativas primarias y b) Directivas interpretativas secundarias (Chiassoni, 2011; Guastini, 2014).

La quinta tesis se relaciona con los intérpretes de la Constitución. En ese sentido, se puede resolver esta inquietud dependiendo de tres variables: a) la estructura de la Constitución, b) la garantía jurisdiccional de la Constitución y c) la concepción que se tenga de la Constitución. En el primer caso, nos permite distinguir entre una Constitución breve y una larga; esta última, al contener normas sustanciales, podría ser objeto de aplicación por órganos jurisdiccionales. Con respecto a la segunda variable, es posible encontrar constituciones que no prevén algún control jurisdiccional sobre la legitimidad constitucional de las leyes, y constituciones que sí prevén ese control, que a su vez establecen un control difuso o un control concentrado. La tercera variable diferencia entre la concepción clásica de la Constitución, que únicamente limita el poder público, y la concepción moderna, que favorece la aplicación directa de la Constitución por cualquier juez o jueza (Guastini, 2010a).

La sexta tesis alude a la especificidad de la interpretación constitucional; es decir, la interpretación de un texto constitucional podría, al parecer, ser algo diferente de la interpretación de otros textos jurídicos<sup>2</sup> (Guastini, 2010b). La séptima tesis tiene que ver con la necesidad

---

<sup>2</sup>Esta distinción podría ser válida, si, y solo si, alguno de estos argumentos es válido: el primero, que se refiere al objeto de regulación normativa, que es la “materia constitucional”, aunque no haya límites claros de la misma. Un segundo argumento es que los textos constitucionales son distintos de otros textos jurídicos, pues sus formulaciones se establecen en forma de reglas y, también, en principios y valores, aunque esto tampoco ocurra en todos los casos. En tercer lugar, los textos constitucionales se diferencian de otros textos normativos por cuanto regularían las “relaciones políticas”; sin embargo, esto tampoco sería correcto, puesto que las normas de índole constitucional

de distinguir lo que sería propiamente una teoría de la interpretación constitucional, como descripción de las técnicas que utilizan los jueces y juristas para interpretar la Constitución, y lo que es una doctrina (ideología) de la interpretación constitucional, que implica que hay quienes recomiendan unas técnicas interpretativas, por sobre otras, a los jueces constitucionales para la actividad interpretativa.

La octava tesis señala que las disposiciones normativas implican que sus normas no únicamente expresan reglas, sino también principios e, incluso, valores (Guastini, 2011a; Comanducci, 2010). Esto implica concretizar los principios, o resolver conflictos entre estos últimos, y el papel de la “ponderación” en la resolución de esas controversias entre principios constitucionales. Por último, es necesario advertir que, en la siguiente parte, se intentará reconstruir los métodos de interpretación utilizados por parte de los jueces para la interpretación constitucional que, al final, en muchos de los casos serían los mismos que se usan para la interpretación de ley (Guastini, 2010a).

## Problemas de interpretación de los artículos 11 y 427 de la CRE

### Interpretación textual vs. Integralidad

Al hablar de la interpretación textual, es posible entenderla como atribuir significado a un enunciado normativo según las reglas semánticas y sintácticas de la lengua. La interpretación que utiliza las reglas lingüísticas vigentes al momento de emisión del texto constitucional, se denomina “originalista”. En cambio, cuando se utilizan las reglas lingüísticas vigentes en el momento en que se realiza la actividad interpretativa, se estaría frente a la interpretación “evolutiva” (Guastini, 2010a, p.217).

La interpretación de tipo integral –sistemática– se puede decir que es “cualquier interpretación que consista en decidir el significado de una disposición a la luz de otras disposiciones (previamente interpretadas),

---

no solo regulan las relaciones políticas. El cuarto argumento, que los textos constitucionales estarían hechos para extenderse mucho más en el tiempo que los textos legales. Ello implica que dichos textos sean difíciles de enmendar o sustituir. No obstante, muchas veces siendo constituciones flexibles o rígidas estas han sido cambiadas o no; además, hay casos en los que la ley ha estado vigente mucho más que una Constitución (Guastini, 2010a).

sobre la base de la presunción de que el Derecho es una totalidad consistente y coherente –consistente en sentido lógico (*consistency*, ausencia de contradicciones), coherente en sentido axiológico (*coherence*, ausencia de armonía entre valores)– del Derecho” (Guastini, 2010a, p.220). En ese sentido, es posible afirmar que la interpretación de tipo integral recurre a normas válidas para, a partir de ellas, darle el significado a una norma que pertenece a un sistema único, consistente y coherente.

Ahora, nuestro texto constitucional, en su artículo 427 sobre la interpretación de la Constitución, señala lo siguiente:

**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 la interpretación constitucional.

En esta dirección, la primera proposición señalaría que las disposiciones normativas de orden constitucional deben hacerse, en primer lugar, mediante la interpretación literal; no obstante, observando las demás normas constitucionales, implica que no existe ningún tipo de contradicción o vacío normativo. Esa perspectiva supone varias opciones interpretativas, para lo cual se utilizarán los siguientes símbolos:

- a) ITO= Interpretación textual originalista
- b) ITE= Interpretación textual evolutiva
- c) II= Interpretación Integral (Integralidad)

De esa forma, tenemos entonces que podemos acudir al menos a dos códigos<sup>3</sup> interpretativos (Chiassoni, 2011) inmediatos:

1. ITO + II
2. ITE + II

En consecuencia, se asumirían esos dos códigos para la interpretación constitucional. Esto implica aceptar la tesis de la completitud y coherencia del sistema, que claramente denota el compromiso con el

---

<sup>3</sup>Aquí hago uso de la categoría de Pierluigi Chiassoni.

formalismo jurídico. Sin embargo, es posible advertir varios problemas. El primero es que si la interpretación textual recurre a ciertas reglas lingüísticas –sintáctica, semántica o pragmática–, significa que el lenguaje natural, por sus características, puede ser ambiguo, vago, o incluir una carga emotiva; por consiguiente, la interpretación textual asumiría estos tres problemas del lenguaje. En segundo lugar, si se acude a las reglas de la pragmática, entonces sería necesario ver el uso de la palabra en el contexto que se presente, para poder acudir a la interpretación de la disposición normativa.

## **Voluntad del constituyente y principios generales de la interpretación constitucional vs. Interpretación textual**

Si se sigue la segunda proposición del artículo 427 de la Constitución, esta indica que, en casos de duda, se debería aplicar la norma que sea más favorable a los derechos, y que respete la voluntad del constituyente de la mejor forma, además de la conformidad con los principios generales de la interpretación constitucional.

En primer lugar, se podría entender la “voluntad” de los constituyentes en dos sentidos: uno, buscando la intención “subjctiva”, que se puede hacer en un grado medianamente empírico, al utilizar los trabajos que recogen el proceso preparatorio del constituyente; el otro sería un sentido “objetivo”, cuando se supone que habría una intención de tipo racional del constituyente. Ahora, esto dependería de la valoración de los intérpretes.

Este argumento podría usarse, al menos, de tres modos distintos: a) se puede obtener del texto normativo, en forma directa –literal–, el significado que se está interpretando; b) se usa este argumento con el único objetivo de negar la interpretación literal, escogiendo un significado distinto; y, c) se hace referencia a ver una intención “«contrafáctica», con el objetivo, nuevamente, de descartar el significado literal o de colmar una laguna de la Constitución: Si los constituyentes hubiesen previsto el caso (que, de hecho, *no* previeron), habrían decidido que...” (Guastini, 2010a, p.218).

En segundo lugar, desde la perspectiva “doctrinal”, podemos encontrar que los principios comprenderían los siguientes: 1) Principio de unidad de la Constitución, que pretende que la interpretación esté dirigida a garantizar la unidad y a asegurar que sea la que presida el ordenamiento jurídico; 2) Principio de concordancia práctica, que pretende que se resuelvan las tensiones de una norma constitucional sin

sacrificar a alguna, sino ponderando en un caso concreto; 3) Principio de corrección funcional, cuyo objetivo es respetar de manera irrestricta la distribución de funciones y mantener un equilibrio entre los poderes estatales; 4) Principio de la función integradora, que implica que la Constitución debe ser necesariamente de incorporación política de la comunidad, es decir, que siempre la interpretación constitucional debe mirar a este principio ante cualquier conflicto; 5) Principio de la fuerza normativa de la Constitución, que implica que esta es norma jurídica y, por ello, aunque su interpretación puede ser más laxa, nunca pierde su carácter jurídico y vinculante. (Royo, 2010; Revorio, 2008)

Con esta breve exposición, entonces podemos situar los siguientes códigos interpretativos –obviamos la plena vigencia de los derechos-, para ello utilizaremos los siguientes símbolos:

- a) IVCL= Interpretación según la voluntad del constituyente literal
- b) IVC(-)L= Interpretación según la voluntad del constituyente no literal
- c) IVC(-)L(+ )A= Interpretación según la voluntad del constituyente no literal, que llena la anomia –laguna-.
- d) IPUC= Interpretación según el Principio de Unidad de la Constitución
- e) IPCC= Interpretación según el Principio de Concordancia Práctica
- f) IPCF= Interpretación según el Principio de Corrección Funcional
- g) IPFI= Interpretación según el Principio de la Función Integradora
- h) IPFN= Interpretación según el Principio de la Fuerza Normativa

De esa forma, tenemos entonces que podemos acudir al menos a quince inmediatos códigos interpretativos:

- |              |                    |                       |
|--------------|--------------------|-----------------------|
| 1. IVCL+IPUC | 6. IVCL(-)L+ IPUC  | 11. IVC(-)L(+ )A+IPUC |
| 2. IVCL+IPCC | 7. IVCL(-)L+ IPCC  | 12. IVC(-)L(+ )A+IPCC |
| 3. IVCL+IPCF | 8. IVCL(-)L+ IPCF  | 13. IVC(-)L(+ )A+IPCF |
| 4. IVCL+IPFI | 9. IVCL(-)L+ IPFI  | 14. IVC(-)L(+ )A+IPFI |
| 5. IVCL+IPFN | 10. IVCL(-)L+ IPFN | 15. IVC(-)L(+ )A+IPFN |

Ahora bien, frente a la expresión “en caso de duda”, hay que señalar que el intérprete debe decidir cuándo se autoriza o no. Por ello, la segunda proposición de la disposición normativa resulta una expresión ambigua e, incluso, entra en un área de vaguedad. De otra parte, al hablar de la “voluntad” –intención– del constituyente, es difícil saber si se refiere a la intención que tuvo el legislador de forma subjetiva –sea un legislador o todo el órgano–, y que puede denotarse en los textos preconstituyentes, o si está relacionada con la voluntad objetiva que los intérpretes de las disposiciones normativas atribuyen a lo que quería el constituyente, como razón para la acción. Asimismo, es necesario precisar que hablar de la intención del legislador implicaría que, mediante la norma, se trata de cumplir con ciertos objetivos. En consecuencia, el problema es si estos objetivos se cumplen o no, tanto a corto como a largo plazo, o si, por lo contrario, difieren en el tiempo. Con estas controversias, es posible señalar que se ha analizado el artículo 427 de la Constitución; no obstante, existen otras disposiciones normativas que estipulan ciertas reglas o principios que regulan la interpretación constitucional; ese es el caso de varios numerales del artículo 11.

## **Interpretación textual e integralidad y prohibición de restricción de derechos**

La regulación sobre la interpretación constitucional *prima facie* se entendería que únicamente estaría establecida en el artículo 427 de la Constitución. No obstante, en otras disposiciones normativas también existirían ciertas reglas o principios que harían más compleja la actividad interpretativa. En ese sentido, el texto constitucional en torno del ejercicio de los derechos, mediante la aplicación de los principios –entre lo principal–, prescribe lo siguiente:

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

(...) 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia. (...)

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

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

De lo antedicho, es posible observar que el enunciado que comprende el numeral 4 del artículo 11 denota que no se puede restringir el contenido de los derechos mediante una norma jurídica. En este sentido, un primer problema sería decidir si se trata de una disposición normativa o una norma; esto, para poder definir si la disposición normativa no puede restringir el contenido de los derechos, o bien, si su interpretación es la que no puede hacer esa limitación. Sin embargo, en los dos casos, habría que explicitar si, mediante alguno de los métodos de interpretación, se podría restringir o no el contenido de un derecho o una garantía.

Un segundo problema se originaría en lo que se puede entender por “restringir el contenido de los derechos”. Un primer sentido podría relacionarse con la prohibición que establece el constituyente al legislador de restringir el contenido esencial de los derechos fundamentales; esto, a su vez, comprendería las propiedades sustantivas del derecho, y no otras de tipo ocasional. En esa dirección, hay dos posibles vías para delimitar ese contenido esencial: por un lado, atendiendo a la naturaleza jurídica del derecho, o, por otro, determinando los intereses jurídicos protegidos como núcleo protegido de tipo absoluto (Nogueira, 2003). Esto conlleva un gran nivel de indeterminación; por consiguiente, esta afirmación limitaría al legislador para que, en el desarrollo normativo, no se pueda afectar a los derechos constitucionales, por preponderar bienes jurídicos

infraconstitucionales. Un segundo sentido indicaría que la restricción de los derechos fundamentales no necesariamente está dirigida, de forma única, al legislador y la prohibición de no restricción al contenido esencial de los derechos mediante normas de tipo infraconstitucional, sino que pudiera dirigirse a quienes deban realizar la labor interpretativa del texto constitucional. De ahí que habría una obligación de interpretar las disposiciones normativas en un sentido en el que no se restrinja el contenido “esencial” de los derechos.

Un tercer problema se encontraría al especificar si se adopta la interpretación textual –originalista o evolutiva– como método de interpretación. Eso implica observar si efectivamente existe o no una compatibilidad o incompatibilidad entre la interpretación textual, sea esta originalista o no, y la prohibición de restricción de derechos. Para denotar aquello, se utilizarán los siguientes símbolos:

Prohibido la restricción en el contenido de los derechos=PhRCD  
Así, tendremos los siguientes códigos interpretativos:

a) Compatibilidad

- 1) ITO + PhRCD
- 2) ITE + PhRCD

b) Incompatibilidad

- 1) ITO  $\neq$  PhRCD
- 2) ITE  $\neq$  PhRCD

De igual manera, se estaría frente a la compatibilidad o incompatibilidad, al utilizar el método de interpretación textual conforme a la integralidad –método sistemático– de la Constitución, respecto de la prohibición de restricción de los derechos. Esto obliga a que, además de realizar una interpretación literal, se recurra a normas válidas para, a partir de ellas, darle el significado a otra norma, que podría restringir o no el contenido de los derechos. En esa perspectiva, se acudiría a una reforma en los códigos interpretativos, que podría definirse así:

a) Compatibilidad

- 1) ITO + II = PhRCD
- 2) ITE + II = PhRCD



## b) Incompatibilidad

- 1) ITO + II  $\neq$  PhRCD
- 2) ITE + II  $\neq$  PhRCD

### Prohibición de restricción de derechos vs. Voluntad del constituyente

Un problema mayor sería en efecto, saber si la prohibición de restricción de derechos y garantías es contraria o no a la voluntad del constituyente. En un sentido subjetivo, se podría mirar la voluntad del constituyente desde los trabajos previos de la Constitución y, con ello, delimitar si es o no plausible determinar ese contenido esencial de los derechos como compatible con la intención del legislador. Como un segundo objetivo, el intérprete debería delimitar cuál sería la voluntad del constituyente en un sentido racional, y si esta conlleva o no la restricción del contenido de un derecho. En definitiva, se podría acudir a los tres usos del canon interpretativo, denominado “la voluntad del constituyente”, lo cual involucra varios códigos interpretativos. No obstante, habría dos posibles opciones: una de ellas implicaría la compatibilidad entre la voluntad del constituyente, mientras la otra involucraría la incompatibilidad.

Así, tenemos los siguientes códigos interpretativos:

## a) Compatibilidad

- 1) VCL = PhRCD
- 2) IVCL(-)L = PhRCD
- 3) IVC(-)L(+)A = PhRCD

## b) Incompatibilidad

- 1) VCL  $\neq$  PhRCD
- 2) IVCL(-)L  $\neq$  PhRCD
- 3) IVC(-)L(+)A  $\neq$  PhRCD

Ahora bien, es necesario completar el código, al indicar que, además de la intención del constituyente, se debe orientar la actividad in-

terpretativa bajo los principios de la interpretación constitucional. Con ello, entonces, se tendrían que denotar, de forma concomitante con lo anterior, varios códigos interpretativos. En este caso, se toma solo un ejemplo:

a) Compatibilidad

1)  $IVCL+IPUC = PhRCD$

b) Incompatibilidad

1)  $IVCL+IPUC \neq PhRCD$

### **Progresividad, aplicar la norma y la interpretación que más favorezca al ejercicio de los derechos vs. interpretación textual e integralidad**

La disposición normativa señala que siempre se deberá aplicar la norma más favorable y la interpretación más favorable; además, que esa actividad interpretativa debe efectuarse bajo el principio de progresividad. En ese sentido, lo primero es asumir que la Constitución parece diferenciar entre una disposición normativa y una norma. No obstante, existe un primer problema: qué se entiende por el enunciado “lo más favorable”, lo que implicaría un nivel de vaguedad. Esto solo podría resolverse al acudir a las construcciones dogmáticas que determinen qué se puede entender como la interpretación más favorable; esto contiene una estipulación.

En esa misma línea, un segundo problema se refiere a cómo entender la expresión “el contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva”. Al respecto, se debería recurrir nuevamente a las construcciones dogmáticas, para entender el significado de esa expresión, que puede ser diversa y prescriptiva<sup>4</sup>. Por consiguiente, es necesario comprender si hay o no una incompatibilidad, en primer lugar, entre los enunciados “lo más favorable” y “el contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva”; y, en el caso de existir una incompatibilidad, cuál debe ser el enunciado que debe aplicarse; por tanto, plantear si existe o no una jerarquización.

---

<sup>4</sup>Para mayor información sobre el principio de progresividad, véase (Courtis, 2005).

Otra controversia giraría en torno de la aplicación de cualquiera de los enunciados: a favor de quién debe hacerse la interpretación más favorable o bien la aplicación del principio de progresividad. Entonces, el problema consiste en saber si es posible establecerlo a priori, o si solo puede plantearse a la luz del caso en concreto.

Así las cosas, si se logra determinar qué se entiende por alguno de los enunciados, sea “la interpretación más favorable” u otro, es necesario observar si este es compatible o no con la interpretación literal y sobre la base de la integralidad de la Constitución; por ejemplo, si podría existir una norma N1 que, desde la interpretación textual y la integralidad, sea contraria a una norma N2, que desde la interpretación esté de acuerdo con el principio de progresividad. En esa línea, cuál de las dos interpretaciones sería la que prima o la que debería ser elegida por el intérprete de la Constitución; es decir, existe una jerarquía o una metanorma que resuelva esa controversia, o es el intérprete quien tiene la posibilidad de decidir, de forma discrecional, según su preferencia (Marmor, 2011). En estos casos, es posible visibilizar mediante los siguientes símbolos:

Principio de Progresividad = PRPRO

Aplicar la norma y la interpretación que más favorezca al ejercicio de los derechos =  $DN(+)\text{F}\wedge\text{N}(+)\text{Fa}$

Por último, observamos un código interpretativo de esta forma, por ejemplo:

a) Compatibilidad

$$1) \text{ITO} + \text{II} = \text{DN}(+)\text{F}\wedge\text{N}(+)\text{Fa} + \text{PRPRO}$$

$$2) \text{ITO} + \text{II} + \text{DN}(+)\text{F}\wedge\text{N}(+)\text{Fa} = \text{PRPRO}$$

b) Incompatibilidad

$$1) \text{ITO} + \text{II} \neq \text{DN}(+)\text{F}\wedge\text{N}(+)\text{Fa} + \text{PRPRO}$$

$$2) \text{ITO} + \text{II} + \text{DN}(+)\text{F}\wedge\text{N}(+)\text{Fa} \neq \text{PRPRO}$$

## Progresividad, aplicar la norma y la interpretación que más favorezca al ejercicio de los derechos frente a la voluntad del constituyente y los principios generales de la interpretación constitucional

En primer lugar, es necesario determinar si la aplicación del principio de progresividad o si la aplicación de la norma y la interpretación más favorable es o no compatible con el método de la intención del constituyente, y conforme a los principios generales de la interpretación constitucional. En segundo lugar, se debe establecer si existe o no una jerarquía que estipule, en el caso de contradicción, cuál de los métodos se deben aplicar. En esa perspectiva, no parece existir esa metanorma; por tanto, parece que el texto constitucional permite que sea el intérprete de la Constitución quien defina el método que se utilizará.

En un sentido prescriptivo, Ramiro Ávila señala respecto del artículo 11 que son “principios de aplicación de los derechos”, entendidos como de carácter general y que orientarían la interpretación (Ávila, 2012). Al respecto, se podría afirmar que existiría una directiva interpretativa primaria (metanorma), que dirigiría la aplicación y, por tanto, la interpretación constitucional. Eso supondría una posible obligación de interpretar la disposición normativa del artículo 427 bajo los principios del artículo 11. No obstante, si no se acepta esta tesis de origen dogmático, no sería posible obtener, de forma clara, una jerarquía que defina esa incompatibilidad; por tanto, no sería posible distinguir entre directivas interpretativas primarias y secundarias.

En conclusión, podríamos obtener una diversidad de códigos interpretativos, por ejemplo:

### a) Compatibilidad

$$1) \text{ ITO} + \text{II} + \text{DN}(+) \text{F} \wedge \text{N}(+) \text{Fa} + \text{PRPRO} = \text{IVCL} \wedge \text{IPUC} \wedge \text{PhRCD}$$

### b) Incompatibilidad

$$1) \text{ ITO} + \text{II} + \text{DN}(+) \text{F} \wedge \text{N}(+) \text{Fa} + \text{PRPRO} \neq \text{IVCL} \wedge \text{IPUC} \wedge \text{PhRCD}$$

## Dignidad humana, derechos e interpretación constitucional

Sin querer agotar esta discusión, resulta pertinente analizar, de forma breve, qué se deriva de lo que explicita el artículo 11 numeral 7, que señala: “El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento”.

Existen algunas controversias. Una de ellas se relaciona con la posibilidad de reconocer nuevos derechos, a partir de la dignidad, sea de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades; sin embargo, no explica de qué forma se lo puede hacer, lo que implica que sería posible abordar a través del desarrollo normativo, sea de carácter legal o reglamentario, así como mediante la jurisprudencia. Una segunda controversia es el resultado de la premisa antes planteada, que involucra la interpretación judicial, mediante la cual se determinaría la incorporación de derechos constitucionales; no obstante, esas normas jurídicas podrían, en algún momento, entrar en contradicción con interpretaciones de disposiciones normativas, a la luz del canon interpretativo de tipo literal u otros. En ese caso, una posible tensión irresoluble es si la norma jurídica N1, extraída por la vía de la interpretación judicial, puede entrar en contradicción frente a una norma jurídica N2 vigente (Guastini, 2013). A simple vista, se trataría de un problema que no tendría una solución, pero el texto constitucional determina que la Corte Constitucional es el máximo órgano de interpretación constitucional. Esto implica que las normas jurídicas que declaren nuevos derechos, por parte de la Corte, serían la norma vigente –creación judicial del derecho– y, por tanto, la que prima sobre cualquier otra (Pérez Lledó, 2008; Ross, 2010; Comanducci, 2011; Solar Cayon, 2012; Mazzaresse, 2010).

## Conclusiones

La primera conclusión es que no existe seguridad sobre cuáles son los métodos que deberían preferirse para la interpretación de tipo constitucional, pues se establece que la interpretación literal conforma a la integralidad, y debería ser la primordial, excepto cuando se habla de que exista una duda. En este último caso, se aplicará la intención

del legislador, de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional que más favorezcan al ejercicio de los derechos. No obstante, no se cuenta con ningún tipo de estipulación frente a las disposiciones normativas del artículo 11, que determina ciertas reglas y principios para la interpretación constitucional; por tanto, existen varias dudas acerca de los criterios interpretativos de primer y segundo orden, así como de las relaciones entre aquellos criterios. Por ello, parecería que son los intérpretes quienes deben definir en caso de significados discordantes de un mismo enunciado normativo, dependiendo de la preferencia de esos intérpretes.

Como segunda conclusión, cabe señalar que, aunque exista una diversidad de códigos interpretativos, se ha podido –si no determinar de forma exhaustiva todos– observar la mayoría de aquellos a los que se puede recurrir, sin la necesidad de acudir a una norma infraconstitucional. Esto no implica que la Corte Constitucional haya determinado el uso frecuente de ciertos métodos para resolver los casos sometidos a su jurisdicción<sup>5</sup>.

Una tercera conclusión se refiere a que, en algunos casos, se debe optar por acudir a ciertos criterios dogmáticos –doctrina– para poder resolver los conflictos interpretativos, a fin de intentar eliminar la vaguedad de un enunciado normativo (ej. Principio de progresividad); en consecuencia, es necesario acogerse a ciertos criterios estipulativos de los dogmáticos, que siempre tendrán sus preferencias de orden moral o político.

## Referencias Bibliográficas

- Avila, R. (2012). *Los derechos y sus garantías. Ensayos críticos*. Quito: Corte Constitucional para el periodo de Transición y Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- Chiassoni, P. (2011). *Técnicas de interpretación jurídica*. Madrid: Marcial Pons.
- Comanducci, P. (2010). Modelos e interpretación de la Constitución. En P. Comanducci (Ed.), *Democracia, Derechos e Interpretación jurídica* (pp. 158–192). Lima: ARA Editores.

---

<sup>5</sup>Para mayor información sobre los métodos utilizados por la Corte Constitucional se puede revisar (de Cabo y Soto, 2015)

- Comanducci, P. (2011). La interpretación jurídica. En J. Ferrer Beltrán y G. B. Ratti (Eds.), *El realismo jurídico genoves* (pp. 51–70). Madrid: Marcial Pons.
- Courtis, C. (2005). La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En D. H. Christian Courtis (Ed.), *Protección internacional de los derechos humanos: nuevos desafíos* (pp. 361–438). México: Porrúa e ITAM.
- de Cabo, A., y Soto, F. (2015). Métodos y parámetros de interpretación en tutela contra sentencias. En A. de Cabo de la Vega, M. Carrasco Durán, F. Palacios, y F. Soto Cordeiro (Eds.), *Investigación Jurídica Comparada* (pp. 21–46). Quito: Corte Constitucional del Ecuador, Proyecto Prometeo - Secretaría de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC).
- Guastini, R. (2010a). La interpretación constitucional. En R. Guastini (Ed.), *Interpretación, Estado y Constitución* (pp. 181–237). Lima: ARA.
- Guastini, R. (2010b). ¿Peculiaridades de la Interpretación Constitucional? En P. R. Gonorino (Ed.), *Pensar el Derecho. Ensayos de Teoría Jurídica Contemporánea* (pp. 16–38). Lima: ARA Editores.
- Guastini, R. (2011a). Contribución a la teoría del ordenamiento jurídico. En J. Ferrer Beltrán y G. B. Ratti (Eds.), *El realismo jurídico genoves* (pp. 81–115). Madrid: Marcial Pons.
- Guastini, R. (2011b). Disposición vs. Norma. En S. Pozzolo y R. Escudero (Eds.), *Disposición vs. Norma* (pp. 133–156). Lima: Palestra.
- Guastini, R. (2013). El realismo jurídico redefinido. En A. Nuñez Vaquero (Ed.), *Modelos de ciencia jurídica*. Lima: Palestra.
- Guastini, R. (2014). Para una taxonomía de las controversias

- entre juristas. En R. Guastini (Ed.), *Otras distinciones* (pp. 99–119). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Hakansson-Nieto, C. (2016). Los principios de interpretación y precedentes vinculantes en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. Una aproximación. *Universidad de la Sabana*.
- Marmor, A. (2011). La interpretación constitucional. En A. Marmor (Ed.), *Teoría analítica del Derecho e Interpretación Constitucional* (pp. 211–257). Lima: ARA Editores.
- Mazzarese, T. (2010). Razonamiento judicial y Derechos Fundamentales. Observaciones lógicas y epistemológicas. En S. Ortega Gómeo (Ed.), *Interpretación y Razonamiento Jurídico* (pp. 229–265). Lima.
- Nogueira, H. (2003). *Teoría y Dogmática de los Derechos Fundamentales*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Pérez Lledó, J. A. (2008). El realismo jurídico americano. En J. A. Pérez Lledó (Ed.), *El instrumentalismo jurídico en Estados Unidos* (pp. 151–187). Lima-Bogotá: Palestra-Temis.
- Revorio, J. D. (2008, agosto). La interpretación constitucional y la jurisprudencia constitucional. *Quid Juris*, 6, 7–38.
- Ross, A. (2010). *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: Eudeba.
- Royo, J. P. (2010). *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons.
- Solar Cayon, J. I. (2012). Karl Llewelyn: Algo de realismo sobre el realismo. Los orígenes del realismo jurídico americano. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 176–226.
- Tarello, G. (2013). *La interpretación de la ley*. Lima: Palestra.



# El autor

Vicente Solano Paucay

Abogado de los Tribunales de Justicia de la Republica y Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales por la Universidad de Cuenca. Magister en Derecho con mención en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador. Magister (c) in Global Rule of Law and Constitutional Democracy por el Instituto Tarello de la Universidad de Génova. Miembro del Grupo de Trabajo de Pensamiento Jurídico Critico 2016-2019 - CLACSO. Miembro del Grupo de Teoría Política - AECIP. Ha desarrollado actividades de docencia y/o investigación en la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, Universidad de Cuenca y Universidad Católica de Cuenca. Campos disciplinarios: Derecho Constitucional, Ciencia Política, Filosofía y Teoría del Derecho. Articulista de Diario El Tiempo. Autor de varios artículos académicos.



# Capítulo 4

---

**La democracia participativa:  
¿Mecanismo idóneo para  
profundizar la democracia?**

---

Marcelo Sebastian Aguilera Crespo

## Introducción

La democracia participativa ha sido impulsada por varios países de América Latina como un medio para lograr la profundización de la democracia, a través del involucramiento ciudadano en la toma de decisiones. Su planteamiento fue realizado de la mano de las tendencias descentralizadoras, para fomentar el acercamiento del estado a la sociedad civil. Varios mecanismos de democracia participativa han tenido repercusión en los países de la región, incluso llegando a tener fama internacional como novedosas formas de gestión en la administración pública.

Con este referente, en el presente trabajo se analizan algunos aspectos políticos y jurídicos de la democracia participativa, considerando sus características, aspectos relevantes y los retos que debe enfrentar. Además, al ser una apuesta de gran calado hecha por Ecuador en su intención de lograr una construcción profundamente democrática de la sociedad, se tratará brevemente la forma en la que en este país se ha institucionalizado la participación ciudadana y el control social.

Así, con este marco argumentativo, se tratará de aportar en la intención de dilucidar si realmente la democracia participativa, al momento, ha logrado su cometido y ha convertido a las sociedades en más democráticas.

## Una aproximación a la noción de democracia participativa.

Buscar una definición de democracia participativa no resulta una tarea sencilla, de hecho, definir únicamente el término democracia y sus implicaciones ha enzarzado una teorización hartamente compleja y de cientos de años de discusión. Si partimos de las raíces etimológicas de democracia, las voces griegas *demos* (pueblo) y *kratos* (gobierno), fácilmente podríamos decir que democracia significa “gobierno del pueblo”; sin embargo, la distancia entre el nombre y sus extensas implicaciones, en este caso, es amplia y con distintos matices (Amaya, 2014); no se digan los modelos de democracia adoptados por los países y las relaciones de estos con la norma constitucional. Hablar de democracia no es posible sin considerar las diversas realidades nacionales en las que se

implementa y las varias formas en las que se presenta en razón de tales realidades.

La definición de democracia no debe permitirse considerar únicamente el plano de lo prescriptivo, sino también involucrarse con el descriptivo. No se debe pretender pensar en la democracia idealizando lo que debería ser, sin que se analice las posibilidades reales de concreción de esos ideales. Pero, por otro lado, sin que existan ideales, tampoco puede existir democracia. Por esta razón, hablar de democracia y establecer su definición y verdadera efectividad no puede ser un tema de simple conjetura.

Lejos de entrar en esa interminable discusión, en el presente trabajo únicamente se consideran estos planteamientos debido a su transposición a la complejidad para definir un modelo democrático específico como es el participativo; tomando en cuenta la dificultad de plasmar los valores ontológicos en realidades políticas, y la caracterización propia que presentan las diferentes visiones de democracia. Entonces, para no perdernos en esta compleja dilucidación acerca de la definición de democracia, partiremos con aquella planteada como definición mínima, en términos de Bobbio, quien señala que cuando se habla de democracia como una forma de gobierno se la debe considerar “(...) caracterizada por un conjunto de reglas (primarias o fundamentales) que establecen quien está autorizado para tomar las decisiones colectivas y bajo que procedimientos” (Bobbio, 1991). Democracia entonces implica establecer ciertas condiciones, dadas mediante la expedición de reglas, que propicien la toma de decisiones colectivas, determinando los procedimientos aplicables para este fin y las personas que deben participar, por estar autorizadas para hacerlo en dichos procedimientos. Esta definición mínima la consideramos por la necesidad de tener un punto de partida que nos permita enlazar democracia y participación ciudadana.

Por otro lado, cuando hablamos de participación ciudadana, nos referimos al derecho de los habitantes del Estado de tomar una acción consciente con la finalidad de incidir en la toma de decisiones de los entes públicos, garantizándose espacios deliberativos, tanto de manera individual como colectiva, a través de los distintos mecanismos e instrumentos contenidos en la Constitución y la ley. La participación supone la posibilidad de que los ciudadanos se inmiscuyan en las decisiones de la administración pública, no solamente frente a la deliberación, diálogo o debate que supone el llegar a una decisión; sino incluso, pudiendo ser parte de la misma mediante el ejercicio del derecho a votar por la opción que más pertinente y adecuada le parezca.

Las ideas plasmadas hasta aquí acerca de democracia y participación nos permiten considerar que, al hablar de democracia participativa, nos referimos a la institucionalización que habilita a los ciudadanos a intervenir directamente en la toma de decisiones de los entes públicos, mediante los procedimientos y mecanismos establecidos en la Constitución y la ley. Esta intervención, en algunos casos, no supone únicamente el derecho a deliberar, opinar o proponer alternativas frente a una posible decisión estatal, sino también, el derecho de decidir mediante el voto consciente su apoyo o rechazo a determinadas políticas públicas que pretendan implementar los entes públicos. Esta participación se basa en el involucramiento directo de la ciudadanía en los espacios de decisión.

La democracia participativa supone la lucha por conseguir una democracia radical o lograr su profundización, y surge producto de la transformación ideológica de los partidos latinoamericanos de izquierda, desde finales de los años 70 hasta comienzos de los años 90 que, lejos de apartarse de las instituciones democráticas, repensaron la institucionalización democrática mediante mecanismos de participación popular directa en la toma de decisiones de gobierno. (Goldfrank, 2015)

La desafección de los ciudadanos a las democracias representativas clásicas, basadas en la competencia de élites, ha permitido la profundización de espacios de participación como una medida propicia para consolidar los procesos democráticos. Los partidos de izquierda latinoamericanos han impulsado la proliferación de organizaciones civiles que se propongan participar en la toma de decisiones públicas en los espacios abiertos de representación. Esencialmente, la apuesta por la consolidación de espacios de participación, como un proceso de inclusión de la sociedad, es la propuesta de fortalecimiento democrático asumida desde los países latinoamericanos, que pretende enfrentar las limitaciones propias de la democracia liberal. La instauración de procesos participativos, desde la óptica de la construcción democrática actual de los países de América Latina, permite establecer un modelo de gobernabilidad sustentado en la garantía de la prevalencia de los intereses humanos sobre el capital, que se legitima por adecuados mecanismos de control ciudadano y transparencia.

La participación directa de la ciudadanía en la toma de decisiones permite a las autoridades estatales conocer de cerca el criterio de las personas a las que les puede afectar una decisión, legitimando incluso actuaciones que pueden devenir de la esfera discrecional de la administración pública, en razón de la participación democrática que

puede generar acuerdos convenientes para la sociedad. Mediante este contacto cercano y directo de la ciudadanía con las entidades estatales se pretende “democratizar la democracia”, creando espacios de dialogo, deliberación y toma de decisiones, que legitiman los aspectos propios de la democracia, complementándola con mecanismos participativos.

Esta lucha por conseguir una democracia más ciudadana, más apegada a la sociedad, que construya desde las bases populares, adaptándose al contexto regional actual, frenando y evidenciando los límites de la democracia elitista (propia de Europa y Estados Unidos), no solamente requiere su formalización desde el plano normativo, desde lo instrumental; se necesita una transformación de la comprensión política y la estructuración de una sociedad civil fuerte, robustecida por la impregnación de una cultura cívica democrática, orientadora de la importancia de la participación en el desarrollo social. Es necesario, entonces, la creación institucionalizada de espacios de encuentro entre las diversas visiones latentes en la sociedad civil con la sociedad política, para la construcción de decisiones pluralistas, no homogenizadoras, sensibles ante los derechos y garantías de estos. El rescate de la participación ciudadana en los procesos democráticos, revaloriza a la participación como condición central de la teoría clásica de la democracia.

Los planteamientos de los modelos o sistemas democráticos deben hacerse considerando tanto los ideales que se pretenden alcanzar como la posibilidad real de hacerlo. Es decir, si bien existe la intención y en algunos casos el reconocimiento legal o supralegal de los mecanismos de democracia participativa, es necesario analizar concretamente su implementación en los procesos de toma de decisiones. Existen casos en países que en la construcción de los presupuestos participativos han intervenido varias entidades, como el caso de ONG, que pese a haber realizado cuestionamientos a las decisiones que sobre inversiones o políticas públicas se han pretendido implementar, estos no han sido considerados en la elaboración definitiva de los presupuestos o, siendo considerados, no se han aplicado conforme su aprobación inicial. Esto debe reflexionarse incluso desde la óptica del derecho administrativo, pues pese a que exista una participación directa de la ciudadanía en la toma de decisiones, la administración pública, conformada por los entes estatales encargados de las políticas públicas o diseño de presupuestos, tienen la potestad de dictar actos en forma unilateral. Es decir que, pese a que la voluntad popular expresada mediante los mecanismos de democracia participativa sea una, la administración puede o no acoger-

la, dictado incluso actos contrarios a la misma, debido a que no existe una responsabilidad directa de la administración de acoger estos planteamientos y, sin duda, existe una marcada dificultad teórica y práctica para avanzar en ese sentido.

En esta línea de ideas, cierta doctrina moderna, desafiando instituciones clásicas del derecho administrativo y bajo un planteamiento susceptible de cuestionamiento y perfeccionamiento; acogiendo la importancia de la participación de la ciudadanía en la toma de decisiones, plantea una nueva especie de actos administrativos, los llamados “actos consensuados”, que son justamente el producto de la propuesta ciudadana frente a una política pública o decisión administrativa que es acogida y formalizada por los órganos estatales mediante un acto administrativo. Empero, este planteamiento lejos que ser una realidad, se desarrolla todavía como una propuesta impulsada desde el ámbito académico. Aunque, sin lugar a dudas, constituye una forma novedosa de limitar la actuación discrecional de la administración pública, al considerar entre sus elementos de decisión la opinión ciudadana.

Los planteamientos realizados de manera general, hasta el momento, pretenden ser un acercamiento a los temas que en torno a la participación ciudadana se discuten, y que, lejos de ser zanjados en su totalidad, se intenta plantearlos en el presente trabajo considerando tres aspectos esenciales de este modelo de construcción política: la relación de la participación democrática con los procesos de descentralización, la importancia de la consolidación de una sociedad civil robusta y las dificultades y retos que presenta la implementación de esta forma de ejercicio democrático propia de América Latina. Además, se hará un breve análisis de su implementación en Ecuador.

## **Democracia participativa y descentralización**

Abordar los planteamientos esenciales que caracterizan los procesos de descentralización, así como su conceptualización y alcances, sería ambicioso para este trabajo. Además, como lo señala Bercholz (2015), la definición del término descentralización debe efectuarse en razón del sentido de su empleo, considerando también la utilización que más o menos es empleada en la comunidad académica o política. Pero esta investigación implicaría abordar un debate epistemológico y metodológico que tampoco se compadecen con el objeto que persigue este trabajo. Hechas estas necesarias aclaraciones, es preciso indicar que en este



título se intentará, únicamente, considerar el relacionamiento existente entre democracia participativa y descentralización.

Hablar de descentralización en América Latina prácticamente es impensable sin hablar de democracia. El imaginario político de la región tiende a mantener un lazo innegable entre estas dos categorías. Así, la descentralización del poder del Estado y el desarrollo de una sólida democracia constituyen los senderos de los similares caminos transitados por los países de la región en su intento de edificar un estado moderno, basado en la democratización de la sociedad con un fuerte componente territorial, después de décadas de autoritarismos militares desvanecidos en los años ochenta.

El discurso descentralizador, contrario al centralizador imperante, basaba su ideario en la necesidad de acercar al estado a los ciudadanos, permitiendo la participación directa de la ciudadanía en la toma de decisiones. Así, en este último señalamiento, el sustento democrático es el orientador de esta perspectiva de estado inclusivo y cercano a la sociedad civil. De hecho, el impulso de estas formas democráticas que pretenden buscar una mayor participación de la población en la toma de decisiones, tiene una fuerte relación con el sustento democrático de los procesos descentralizadores. El argumento prodemocrático o democratista de la participación es el que, al pretender justificar la descentralización, fortalece la importancia de la “(...) participación directa y cercana de la ciudadanía en el proceso de toma de decisiones de las agencias estatales” (Bercholz, 2015).

Confrontar el autoritarismo centralizado es posible, bajo la visión política de los defensores de la descentralización, mediante el acercamiento de las estructuras estatales a las organizaciones sociales, con la finalidad de crear espacios de encuentro y discusión de las políticas a implementarse en los territorios. Desde luego, para alcanzar este objetivo es indispensable la consolidación de una sociedad civil participativa, comprometida y responsable frente a las decisiones o políticas que se pretende implementar desde el estado.

Los procesos descentralizadores en América Latina fueron vistos con buenos ojos por su planteamiento de distribuir el poder bajo parámetros más o menos objetivos. Los alcances de la descentralización en los países de la región fueron distintos según se trata de ámbitos políticos, administrativos, económicos, institucionales, culturales o sociales; pero ciertamente, uno de los aspectos claves del cambio a este modelo de gobierno es la posibilidad de que la ciudadanía elija directamente a las autoridades locales o territoriales, conllevando un ello

una modificación al sistema electoral. Tampoco sería posible una adecuada descentralización si esta no estaría acompañada de la asignación de recursos y competencias que les permita a las autoridades electas gobernar en su territorio, en forma autónoma.

La descentralización vista como un mecanismo de acercamiento democrático de las estructurales estatales a la ciudadanía, considera dos aspectos esenciales: la participación ciudadana y el ejercicio del control social. De hecho, la democracia participativa es el producto político de los partidos de la nueva izquierda latinoamericana, que desde los gobiernos locales impulsaron varios mecanismos de encuentro directo con la sociedad, desde luego, con una finalidad formal de profundización de la democracia y con otra, no tan revelada, de conseguir legitimar sus decisiones mediante el respaldo social. Entre los mecanismo más conocidos de democracia participativa figura el famoso presupuesto participativo, promovido por el Partido de los Trabajadores en Brasil, que lo aplicó en los modelos de gestión inducidos desde los gobiernos seccionales o locales que habían conseguido liderar. El presupuesto participativo captó rápidamente fama nacional e internacional, pues fue acogido por partidos/movimientos políticos de izquierda de Perú (Izquierda Unida), Uruguay (Frente Amplio), Venezuela (La Causa Radical) y Ecuador (Alianza País). La implementación de estos mecanismos participativos, en la mayoría de países, comenzó en los gobiernos locales. El caso de Ecuador se aleja de esta realidad debido a que el movimiento político de Rafael Correa, Alianza País, captó en primer orden la Presidencia de la República e impulsó, con ello, la instauración de una nueva Constitución que recoja los mecanismos de democracia participativa.

La propuesta del Partido de los Trabajadores en Brasil se presentaba como una alternativa para enfrentar las prácticas de corrupción, clientelares y poco transparentes en la construcción de los presupuestos y posterior ejecución; además, de plantearse como un mecanismo de construcción colectiva de las soluciones que presentaban las urbes, y de gestión compartida de las decisiones estatales. Indudablemente, el presupuesto participativo, es el mecanismo más significativo de participación ciudadana en las esferas públicas de decisión pero no es el único. Otro de los programas institucionales de participación ciudadana implementados es el “Ayuntamiento en los barrios” como un medio de “gobernanza urbana”, para la definición de las políticas locales de gobierno.

Estimular los procesos de participación y con ello la democracia profunda, constituye una apuesta por buscar procesos transparentes en

la gestión de las entidades públicas, reduciendo la corrupción y los manejos clientelares. Así sustentaron los gobiernos municipales de la nueva izquierda (Goldfrank, 2015) la propuesta de implementar mecanismos de participación en su gestión, creando con ello escenarios de gobernanza efectiva y democrática e incentivando procesos de deliberación con los ciudadanos conocedores de sus derechos, que permita la consecución de un cambio cultural. El objetivo, en este marco de ideas, se liga a la necesidad de crear una mentalidad democrática, que no únicamente se concentró en los mecanismos clásicos de participación, sino que al contrario, busque en los ciudadanos una actitud más comprometida y proactiva frente a las decisiones que deben implementarse desde los organismos estatales.

El deseo de profundizar la democracia o conseguir su radicalización se ha trabajado desde la gestión de gobiernos locales. Sin embargo, el reto de los partidos de izquierda que patrocinaron la democracia participativa siempre ha sido la institucionalización de esta en los procesos nacionales de toma de decisión, propios del gobierno central; pues pese a que el discurso de los líderes de dichos partidos fue el de implementar este modelo como una práctica nacional, la realidad fue otra cuando asumieron la dirección del estado central, buscando más bien, la representación mediante un nuevo corporativismo.

La distribución vertical del poder ciertamente ha permitido una apertura democrática, creando puntos de encuentro entre la participación política propia de la democracia representativa y la participación social en la que se involucra la ciudadanía en forma directa para proponer, argumentar, discutir y aprobar, en algunos casos, las políticas a implementarse por el estado. Pero, frente a este escenario, debemos plantearnos algunas interrogantes: ¿La descentralización y participación ciudadana han logrado verdaderamente profundizar la democracia? Y, haciéndonos eco de la pregunta formulada por Mascareño (2015): “¿Hasta dónde será posible que los procesos de participación o de democracia participativa, tengan la suficiente capacidad para alterar el comportamiento del sistema político en su conjunto?”

Para responder a la primera interrogante, tomando como referencia el análisis realizado por Giannoni sobre la base de algunas variables cualitativas, diremos que de ciertas experiencias de América Latina analizadas, existe una relación estadísticamente inversa entre el grado de descentralización y el grado de consolidación democrática. (Mascareño, 2015) Según su estudio, países con menos grado de descentralización como Chile y Costa Rica tienen un mayor grado de gobernabilidad

democrática. Desde luego, la misma autora indica la necesidad de fortalecer otras variables relevantes relacionadas a la efectiva participación social, al control social y rendición de cuentas, y funcionamiento de los partidos políticos. Pero, además de estas variables, y como se analizará más adelante, para que la participación democrática sea efectiva, es necesario tomar en cuenta el fortalecimiento de la sociedad civil, el desarrollo de una cultura democrática, y su relacionamiento con los niveles de corrupción y clientelismo.

Como lo indica la propia autora de la investigación a la que nos referimos, no es posible determinar con certeza los avances en la profundización democrática lograda, sin que se tomen en cuenta otras variables importantes que intervienen en los procesos de descentralización y participación ciudadana. Lo cierto es que existen varios retos pendientes que deben ser abordados para conseguir este fin; entre ellos, y posiblemente los principales, la transformación del pensamiento y de las estructuras políticas, y la consolidación de una sociedad civil comprometida, con conciencia democrática y garante de derechos.

En razón de la segunda interrogante que nos planteamos con anterioridad, se puede señalar que las expectativas que trajeron consigo la participación social y la descentralización, como un binomio cardinal en la edificación de una sociedad democrática, fueron muy altas. El cambio sustantivo de la relación entre el estado y la sociedad que se pretende a través de estas instituciones no deja de ser una opción válida como apoyo al contrapeso que se requiere en el ejercicio del poder. Sin embargo, lejos de pretenderse cambiar las estructuras y el comportamiento del sistema político, debe verse en estas instituciones, esencialmente la democracia participativa, como un complemento a la democracia representativa, en la cual, si existe un acentuado componente político partidista. La participación social debe mantenerse fuera de la estructura y del sistema político, y perseguir objetivos propios que interactúen con la participación política. La esencia ciudadana, libre de injerencias partidistas, no puede adosarse al sistema político. Pero, el sistema político, tampoco debe pretender de esta un espacio de cooptación, debe respetar su libertad; aunque esto, en la práctica, no necesariamente ocurra. El sistema político debe cambiar por sí mismo, aceptando la necesidad de la consolidación de una sociedad democrática, inclusiva y participativa.

## Sociedad civil y cultura democrática: ejes fundamentales en la democracia participativa

La consecución de una democracia participativa efectiva recae sobre la sociedad civil. No podemos pensar en participación social sin entregar esta responsabilidad a las organizaciones sociales y a la sociedad misma; siendo así, pese a que parezca una afirmación apresurada y sin sustento previo de respaldo: sin que exista una sociedad civil fuerte, con conciencia democrática y cívica, los caminos a la construcción de una adecuada democracia participativa serán escabrosos y, seguramente, con un gran abismo a su final.

Resulta inevitable pensar que la estructuración de una sólida sociedad civil sustenta el desarrollo democrático de la sociedad. Esta idea, traslapada frente a la noción de democracia participativa, pretende hallar su razón de ser. La sociedad, portadora de valores democráticos, hará eco -en los espacios representativos de toma de decisiones- de la voluntad de construir un estado moderno, pluralista, eficiente, transparente, democrático y participativo. Sin embargo, el reto de construir una sociedad civil vigorosa no es sencillo. Los mecanismos de participación ciudadana también suelen ser, en muchos casos, disputados por las propias autoridades estatales para la implementación de sus políticas; por lo que, dependiendo de los réditos sociales que se acrediten a los actores y partidos políticos que dirigen los espacios de decisión, el impulso o contengo de estos mecanismos podrá variar. Es evidente que las autoridades que deben impulsar la participación ciudadana para la toma de decisiones, muchas veces, tratarán de no perder poder frente a una posible medida o política que deseen implantar.

Cuando se habla de sociedad civil debe pensarse que el empleo de este término, en el estrato político, se acentúa con la consolidación de los procesos de democratización y descentralización desarrollados en América Latina desde los años 70. Para ciertos autores, entre ellos Cohen y Arato, Edwards y Avritzer, “(...) el término re-emergió dentro de un significado tripartito de estado-mercado-sociedad civil, predominando una visión neo-tocquevilliana del mismo.” (Mascareño, 2015) Sin embargo, siguiendo esta misma línea de ideas, debemos referirnos en este punto a la sociedad civil consagrada a partir de la visión rousseonina, impulsada por los movimientos sociales, con el ánimo de cooperar y dialogar con el estado; descartando con ello a la sociedad civil elitista, que segmentaba a la sociedad, excluyendo a la mayoría de sus integrantes bajo la sombra de un excesivo individualismo, que mancillaba la cons-

trucción colectiva de democracia; volviéndose, incluso, una defensora de las políticas neoliberales.

La sociedad civil que se debe consolidar es aquella esencialmente comprometida y responsable frente a los procesos de decisión, bajo una postura de cooperación/confrontación con el estado, frente a la necesidad de construir políticas adecuadas en el marco del respeto a los derechos fundamentales. Desde luego, esto no constituye una tarea fácil, pero es esencial en el transitar hacia una consolidación democrática participativa real.

La sociedad civil debe asumir el rol planteado a partir de su reconocimiento como soberana en los estados modernos, y ser incidente en la construcción democrática; este ambicioso pero necesario actuar, debe concretarse asentando las bases de una cultura democrática que exija procesos debidamente implementados en la esfera pública, pero que no se aleje del contexto en cual se debe desarrollar. La forma más congruente de crear esta cultura política es la que brindan los espacios de participación, que permiten la oportunidad de conseguir un aprendizaje colectivo a través de la intervención de los ciudadanos en los espacios públicos.

## **Democracia participativa, entre conflictos y retos**

El modelo de democracia participativa no puede estar exento de críticas. Al ser, además, un producto político, de construcción inicialmente política, impulsando por partidos de una marcada tendencia ideológica, es susceptible de ataques no únicamente jurídicos, sino también sociológicos y políticos. Entre los cuestionamientos realizados a la democracia participativa, defendidos por algunos autores, encontramos a aquel relacionado con la efectiva participación ciudadana en la toma de decisiones. Bajo esta perspectiva, se sostiene que cuando existen grupos de personas o individuos organizados que pretenden interferir en las decisiones relacionadas a las políticas públicas, propias de las entidades públicas, por definición, debe considerarse a esta acción como una verdadera participación política. “En este sentido, Fernanda Somuano afirma que todo esfuerzo realizado por los ciudadanos que busque influir en las decisiones de políticas públicas, sin importar el medio, “(…) puede considerarse participación política, independientemente de que quienes detentan el poder la acepten o no” (Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública, 2006). Bajo esta línea, la autora considera que la participación ciudadana debe definirse en función de la intención y

los mecanismos que la sociedad civil utilice para este fin, más que por aquellos instrumentos que el Estado proporcione.

La participación, bajo esta línea de ideas, al influir en políticas públicas puede tener un trasfondo político y no ciudadano; más aún, si está impulsado por grupos o individuos organizados, que participan con una intencionalidad claramente política para apoyar decisiones promovidas por la propia entidad pública o por los grupos políticamente opuestos a quienes dirigen dicha entidad. En este caso, las intenciones políticas se camuflan en los mecanismos que el propio Estado brinda para promover espacios de deliberación y toma de decisiones con la ciudadanía. Pueden, por ejemplo, aprovecharse estos instrumentos participativos por grupos políticos que no han alcanzado los espacios de representación democrática definidos mediante votación popular, cuyo proyecto político no fue aceptado por la ciudadanía en forma mayoritaria, para intentar plantear ese mismo proyecto en espacios de decisión estatal, limitando con ello una verdadera participación ciudadana, que no tiene un trasfondo político ni un proyecto definido en ese sentido y que únicamente pretende debatir decisiones de entes públicos que le pueden afectar en forma directa.

Recordemos que los mecanismos de democracia participativa fueron impulsados desde los gobiernos municipales o locales, como el caso de los presupuestos participativos, que analizados desde la experiencia brasileña, a decir de Olvera, han mantenido lo que se pretendió eliminar con su implementación: relaciones corporativistas y clientelares entre las organizaciones civiles y el estado. Estas prácticas son propias de los procesos descentralizadores debido a que las autoridades locales pretenden captar estos espacios, en contribución directa de sus aliados –“organizaciones civiles”–, con la finalidad de implementar sus políticas. Cooptar los espacios civiles, de participación ciudadana, les permite a la autoridades locales legitimar socialmente, mediante un “respaldo ciudadano” dirigido y controlado, la elección de sus políticas y posterior ejecución. Es evidente que esto es posible cuando no existe una sociedad democrática consolidada, débil, carente de cultura democrática. Esta crítica se sustenta, a criterio de Wiarda, debido a que únicamente el 13% de la población, en el caso brasileño, se declara como perteneciente a una organización social, lo que deja de lado a la gran mayoría de ciudadanos, que al no interesarse directamente en las políticas que pretende implementar el estado, no se ampara en estas reivindicaciones sociales para, a través de las formas organizativas, influir en la orientación de dichas políticas (Mascareño, 2015).

Otra de las críticas que se realizan a los mecanismos de democracia participativa es la supuesta intención que mantienen los partidos políticos de izquierda que los impulsan, para a través de estos mecanismos, propender a la extinción de la democracia representativa. Los partidos conservadores, siguiendo esta línea, han indicado que los gobiernos de izquierda pretenden el aumento de mecanismos participativos de encuentro directo con los ciudadanos y, al mismo tiempo, el otorgamiento de mayores poderes al presidente de la república, logrando con ello presidencialismos fortalecidos que, con respaldo ciudadano, pretendan la sustitución de la democracia representativa y multipartidaria. Sin embargo, esta postura no es compartida por los partidos de centro que, con una visión más tecnócrata, consideran a la democracia participativa como una forma de hacer un “(...) buen gobierno, es decir, garantizar eficiencia, eficacia y transparencia y reducir la pobreza y corrupción (Goldfrank, 2015).

Otra dificultad que presenta la democracia participativa, que complica la implementación en espacios de decisión nacional, es que justamente el aumento de la participación en la toma de decisiones puede convertirse en un tema inmanejable, que obstaculice o frene la potestad decisoria de los entes públicos requerida para resolver determinados asuntos con la eficacia y prontitud que se necesita. Existen países en los que ciertos mecanismos de participación no han sido aplicados, pese a estar reconocidos, debido a la complejidad que conlleva aquello. Uno de estos casos es el argentino, a partir de la reforma constitucional de 1994 (Bercholz, 2015). Es necesario entonces, previo a establecer mecanismos de democracia participativa, constituir el tipo de democracia que se pretende en un sistema de gobierno, considerando las posibilidades reales de su consolidación institucional y aplicación efectiva.

Indudablemente, mientras más espacios de encuentro existan entre la sociedad y el Estado, mayores serán las demandas sociales que este debe enfrentar. El estado debe estar preparado para recibir y satisfacer los reclamos ciudadanos. Si se abren espacios democráticos de conexión de las esferas públicas y privadas, si se plantean acuerdos civiles-estatales que no son respetados, si existen necesidades sociales insatisfechas por cálculos políticos clientelares, seguramente la confianza que la sociedad debe depositar en el estado y en la democracia representativa se verá retirada.

Pese a estos cuestionamientos, han existido en los países de América Latina, bajo el planteamiento de líderes políticos progresistas, el impulso decidido de la democracia participativa, aunando esfuerzos pa-



ra el desarrollo de procesos formativos y de transformación cultural, tendientes a la construcción de la ciudadanía suramericana, enfatizando el fortalecimiento democrático profundo de los países, como ocurre en los planteamientos canalizados en la agenda que lleva adelante la UNASUR.

## Democracia participativa en Ecuador

Como ocurrió en varios países latinoamericanos como Venezuela, Brasil, Uruguay, Perú, Bolivia que atravesaban procesos profundos de transformación política y estatal, impulsados por gobiernos considerados progresistas; el gobierno del Ecuador, encabezado por Rafael Correa, propuso la implementación de varios mecanismos de democracia participativa; de hecho, la propuesta de edificar una nueva Constitución que se abanderó a través de una consulta popular planteó, como uno de sus ejes principales, el acercamiento de los ciudadanos a la toma de decisiones mediante su participación directa en los espacios públicos representativos.

La Constitución de la República del Ecuador aprobada en 2008, siguiendo la línea de varios países latinoamericanos, recoge en su texto el reconocimiento de los mecanismos de democracia participativa como una opción de introducción directa de los ciudadanos en las decisiones de los organismos estatales. El reconocimiento a la participación ciudadana, va más allá de aquel hecho en otros países, se la plantea en forma transversal en el texto constitucional, no únicamente a través de mecanismos participativos, sino mediante mandatos de institucionalización en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Así, el desarrollo normativo de la participación ciudadana no únicamente se encuentra recogido en la Constitución, también se encuentra revelada en varias normas secundarias. Incluso, la consolidación institucional de estas “nuevas formas democráticas” se esboza mediante la reforma a la estructura del Estado, introduciendo en forma novedosa una función estatal, la de Transparencia y Control Social, rompiendo con ello la clásica división tripartita de poderes. La creación de esta nueva función del estado, cobijada bajo el precepto constitucional de que “(...) el pueblo es el mandante y primer fiscalizador del poder público, en ejercicio a su derecho a la participación” (Constitución de la República del Ecuador, 2008), pretende ratificar la soberanía popular en la organización del Estado y valorizar los procesos de participación ciudadana como un medio de control social. Este rompimiento de la división tripartita de poderes,

denota lo dicho por Rousseau: “*La tripartición de poderes era también un absurdo nacido de la estamentación feudal que no tenía razón de ser en la modernidad, pues es absurdo que el control de los representantes lo ejerzan ellos mismos y no los propios representados directamente.*” (Noguera, 2008)

El establecimiento de la participación ciudadana como un derecho fundamental de los ecuatorianos, es un garantía para el cumplimiento de otros derechos, y se encuentra reconocido no únicamente mediante reglas positivas sino también mediante normas axiológicas o principios, que se escapan del plan de meros mandatos de optimización, al ser plenamente exigibles y realizables. Así, la participación se debe orientar y realizar por los principios de igualdad, autonomía, deliberación pública, respeto a la diferencia, control popular, solidaridad e interculturalidad<sup>1</sup>.

Los distintos mecanismos de participación ciudadana, conforme lo plantea el orden jurídico ecuatoriano, se proponen a través de instrumentos de participación directa, de participación en la gestión pública y, otros espacios participativos. A su vez, se pueden clasificar estas formas de participación según varios criterios: nivel de acción nacional o local, modalidades de control social, espacios de democracia electrónica, y mecanismos relacionados con los procesos de designación de autoridades.

La apuesta que hace Ecuador por introducir a la participación ciudadana como un elemento esencial en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos, y en el control popular de las instituciones del Estado y de sus representantes, posiblemente es única en América Latina. La participación no se plantea exclusivamente a partir los gobiernos locales sino se la hace en todos los niveles de gobierno,

---

<sup>1</sup>La Constitución de la República del Ecuador, hace un reconocimiento expreso de la participación ciudadana como un derecho fundamental, señalando en su artículo 95, lo siguiente: “Las ciudadanas y ciudadanos, en forma individual y colectiva, participarán de manera protagónica en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos, y en el control popular de las instituciones del Estado y la sociedad, y de sus representantes, en un proceso permanente de construcción del poder ciudadano. La participación se orientará por los principios de igualdad, autonomía, deliberación pública, respeto a la diferencia, control popular, solidaridad e interculturalidad. La participación de la ciudadanía en todos los asuntos de interés público es un derecho, que se ejercerá a través de los mecanismos de la democracia representativa, directa y comunitaria.”

mediante diferentes mecanismos planteados para ello. Constituye un verdadero derecho y una garantía constitucional en la formulación, ejecución, evaluación, y control de las políticas y de la prestación de los servicios públicos. El estado tienen la obligación, en este marco, de fomentar la participación, pero le corresponde a la ciudadanía, participar activamente en estos espacios participativos, no solo por ser su derecho, sino también por ser su responsabilidad.

Al cumplir esta doble función la participación, como derecho y garantía de la sociedad, se pretende otorgar a la ciudadanía la certeza de exigir la habilitación de espacios democráticos de deliberación y decisión en los diferentes niveles de gobierno, pero también, que la ciudadanía sea protagonista en la construcción democrática de políticas públicas que observen y garanticen la consecución de los derechos fundamentales, incluso, limitando la esfera discrecional de la administración pública en el planteamiento de tales políticas.

Para efectos de este trabajo únicamente nos referiremos a algunos mecanismos de democracia participativa relacionados a la gestión pública, debido a que analizar, incluso solo enumerar, las diversas formas de participación ciudadana recogidas por Ecuador en su ordenamiento jurídico se escapan del tamaño y objeto de este trabajo. Así, los mecanismos de democracia participativa reconocidos a los ciudadanos son los siguientes: silla vacía, consejos participativos, cabildos, veedurías, observatorios, observación electoral, consejos consultivos, audiencias públicas, presupuestos participativos, consejos locales de planificación, consejos barriales y parroquiales urbanos, entre otros.

Los consejos consultivos, de planificación, participativos, sectoriales, entre los muchos que se plantean, no cumplen un papel corporativista de mediación entre el estado y los particulares; son esencialmente ciudadanos y se proponen ser una instancia mixta conformada por autoridades y representantes de la sociedad, como espacios de consulta y dialogo directo. Algunos son de tipo nacional y otros locales. La referencia a estos consejos de participación ciudadana la hacemos considerando que, en el caso de otros países, introdujeron inicialmente mecanismos de participación propiamente ciudadana en el ámbito municipal, pero al momento de expandir a escala nacional optaron en forma posterior por crear consejo consultivos de tipo corporativista, como es el caso brasileño y uruguayo, en la construcción del Presupuesto Plurianual y en la conformación del Consejo de Desarrollo Económico y Social, en la que participaron únicamente representantes empresariales, sindicales y otros de movimientos sociales seleccionados.

Sin embargo, para Ecuador, la transformación que pretende la Constitución de la República, en los ámbitos que aquí se discuten, tampoco ha sido sencilla pese que el afianzamiento de estos procesos fue hecho en forma diferente que en los otros países de Latinoamérica —no empezó desde lo local—, existen mecanismos participativos que no terminan de implementarse. Uno de estos es la “Silla Vacía”, creado con la finalidad de permitir que en las sesiones de los gobiernos autónomos descentralizados, que tienen el carácter de públicas, se deje una silla vacía para que sea ocupada por uno o varios representantes de la ciudadanía, en función de los temas que se van a tratar, con el propósito de participar en el debate y en la toma de decisiones. La persona acreditada a participar en cada sesión lo hace con derecho a voz y voto. Para escoger a quien participa en la sesión, se debe hacerlo en las asambleas locales, cabildos populares o audiencias públicas, de acuerdo con el tema de interés de la comunidad, y posteriormente ser acreditado ante la secretaría del cuerpo colegiado. Su participación evidentemente está sujeta a la ley, ordenanzas y reglamentos de los gobiernos autónomos descentralizados. Este mecanismo, que debe ser obligatoriamente implementado por los gobiernos autónomos descentralizados, únicamente ha sido ejecutado por 308 de los 710 existentes en Ecuador.

Por otro lado, con base en el análisis realizado por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social de los contenidos y estructura de la base de datos de los registros de rendición de cuentas institucionales del año 2013, realizados por las instituciones estatales pertenecientes a las cinco funciones del estado, por los gobiernos autónomos descentralizados y las instituciones de educación superior; respecto a la implementación de varios mecanismos de participación ciudadana, se puede determinar, conforme lo indica la tabla 1, que existe todavía un gran número de instituciones que no han considerado en su gestión el involucramiento de la ciudadanía mediante mecanismos de participación, alcanzado promedios apenas superiores al 50 %.

Contrariamente a lo que puede suceder en otros países, la aplicación de los mecanismos de participación ciudadana se encuentran en mayor porcentaje en las funciones estatales, que tienen un ámbito nacional; y no en los gobiernos autónomos descentralizados, que tienen un ámbito más local. Estos datos son tomados del año 2013, es decir, a cinco años de la vigencia de la Constitución de la República.

Si bien existe un avance notable, todavía no se ha conseguido una implementación total de los mecanismos de participación ciudadana, es un proceso que se está edificando, por lo que existen asuntos pendientes

para lograr una verdadera consolidación de la democracia participativa. Uno de los retos más importantes, en palabras de Julio Sarango, es el de buscar los medios para “(...) *motivar al ciudadano común para que se involucre en los espacios públicos y participe y que la participación no quede relegada solo a activistas o a organizaciones sociales y actores políticos. Los ciudadanos debemos participar más, ser más protagonistas, ser parte de la solución de los problemas.*” (Samaniego, 2015)

Las actividades de la Función de Transparencia y Control Social se encaminan a promover que, las entidades y organismos pertenecientes al sector público y a las personas naturales o jurídicas que pertenecen al sector privado pero prestan servicios públicos o desarrollan actividades de interés público, realicen con responsabilidad, transparencia y equidad sus actuaciones; para combatir la corrupción y fomentar la participación ciudadana. Para enfrentar este reto, cuenta diferentes instituciones con personalidad jurídica y autonomía administrativa, responsables del cumplimiento de competencias propias, entre las que se encuentran: Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (CPCCS), Defensoría del Pueblo, Contraloría General del Estado y las diferentes superintendencias.

Cuadro 4.1: Mecanismos de participación ciudadana

	Instituciones por Función del Estado, GADS e IES										TOTAL
	Función Ejecutiva	Función Legislativa	Función Electoral	Función Judicial	Función de Transparencia y Control Social	Gobiernos Autónomos Descentralizados	Instituciones de Educación Superior				
Consejo Ciudadanos Sectoriales	Número instituciones 456 %instituciones 88 %	1 100 %	19 95 %	53 62 %	52 95 %	112 16 %	21 95 %	714 50 %			
Diálogos periódicos de deliberación	Número instituciones 464 %instituciones 89 %	1 100 %	19 95 %	53 62 %	52 95 %	113 16 %	21 95 %	723 51 %			
Consejo Consultivo	Número instituciones 464 %instituciones 89 %	1 100 %	19 95 %	53 62 %	52 95 %	113 16 %	21 95 %	723 51 %			
Audiencia pública	Número instituciones 465 %instituciones 89 %	1 100 %	19 95 %	54 64 %	52 95 %	132 19 %	21 95 %	744 53 %			
Agenda pública de Consulta a la ciudadanía	Número instituciones 157 %instituciones 30 %	0 0 %	0 0 %	9 11 %	0 0 %	64 9 %	2 9 %	232 16 %			
Otros	Número instituciones 462 %instituciones 89 %	1 100 %	19 95 %	54 64 %	52 95 %	131 18 %	19 86 %	738 52 %			

Fuente: Datos del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social. Investigación aún no publicada.

Esta institucionalización de la participación ciudadana a la que apuesta Ecuador, mediante la creación de diversas instituciones públicas, se discute por la naturaleza pública, dependiente del estado, de dichas instituciones. Los titulares de estos órganos se vuelven servidores públicos. Sin embargo, lejos de ser un argumento que denote fragilidad en el sistema democrático participativo que se pretende implementar, se convierte en un medio para fortalecerlo, impulsar y controlando que las instituciones obligadas a implementar los mecanismos de participación ciudadana lo realicen.

## Conclusión

El reto de construir una efectiva democracia en Ecuador, y aun en América Latina, es complejo, y amerita no únicamente la modificación de normas constitucionales y legales, estructuras estatales y políticas; sino también, el fortalecimiento de la sociedad civil. No podemos decir al momento que de las experiencias de Ecuador y los demás países de la región, con incluso mayor trayectoria en la consecución de una sólida participación ciudadana, exista una verdadera democratización de la democracia, al menos completa y profunda. Pero, el camino está trazado, y seguramente, en los ojos del mundo, Latinoamérica, con un corriente progresista, ha pretendido acercarse al estado y la sociedad, buscando puntos de encuentro, rasgando las ideas de la democracia liberal clásica y elitista.

## Referencias Bibliográficas

- Amaya, J. A., y García Belaúnde, D. (2014). *Democracia y minoría política: valores, principios y reglas de la democracia modelos constitucionales y no constitucionales sistema político, reforma y minoría propuestas institucionales* (1a ed. ed.). Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Asamblea Constituyente. (2008, octubre). *Constitución de la República del Ecuador* [Suplemento No. 449]. Quito, Ecuador.
- Asamblea Nacional. (2010, abril). *Ley Orgánica de Participación Ciudadana* [Registro Oficial No. 175]. Quito, Ecuador.

- Bercholz, J. (2008). *Los procesos de descentralización en sistemas políticos democráticos en vías de consolidación*. Universidad de Belgrano . Red Latinoamericana de Cooperación Universitaria [RLCU]. Centro Latinoamericano de Estudios Avanzados (CLEA). Descargado de <http://repositorio.ub.edu.ar/handle/123456789/2053> ([Online; accessed 7. Jun. 2018])
- Bobbio, N. (2001). *El futuro de la democracia*. México: Fondo de Cultura Económica. (OCLC: 915911942)
- Consejo de Participación Ciudadana y Control Social. (2015). *Mecanismos de democracia participativa y participación ciudadana en la legislación ecuatoriana*. Descargado de [participacionycontrolsocial.gov.ec/web/guest/promocion](http://participacionycontrolsocial.gov.ec/web/guest/promocion)
- Goldfrank, B. (2009, Ene). *¿De la ciudad a la nación? La democracia participativa y la izquierda latinoamericana*. Descargado de <http://www.flacsoandes.edu.ec/agora/de-la-ciudad-la-nacion-la-democracia-participativa-y-la-izquierda-latinoamericana>
- Mascareño, C. (2009). Descentralización y democracia en América latina: ¿una relación directa? revisión conceptual del estado del arte. *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, 63-98. Descargado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=357533676003>
- Noguera, A. (2008). Participación, Función Electoral y Función de Transparencia y Control Social. En R. Á. Santamaría (Ed.), *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Samaniego, J. (2010, agosto). *Participación Ciudadana y Silla Vacía*. Descargado de <http://ceda.org.ec/descargas/publicaciones/RelatoriaTertuliaParticipacionCiudadanaSillaVacía.pdf>



# El autor

Marcelo Sebastian Aguilera Crespo

Ha obtenido los títulos de Magíster en Derecho Tributario por la Universidad de Cuenca; Especialista en Derecho Administrativo y Especialista en Derecho Procesal General por la Universidad Andina Simón Bolívar; Especialista en Derecho Constitucional y Abogado de los Tribunales de Justicia de la República del Ecuador por la Universidad del Azuay. Actualmente es maestrante de la Universidad de Valencia-España en el programa “Maestría en Derecho, Empresa y Justicia”. Se ha desempeñado como profesor universitario en la Universidad del Azuay y en la Universidad Católica, como Asesor Jurídico de la Gobernación del Azuay Despacho del Secretario Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación “SENESCYT”, entre otros. Actualmente se desempeña como Rector titular del Instituto Superior Tecnológico del Azuay y como Rector encargado el Instituto Superior Pedagógico Ricardo Márquez Tapia.



# Capítulo 5

---

**El matrimonio y la unión de hecho  
de parejas del mismo sexo desde la  
óptica del principio de razonabilidad**

---

Marcela Paz Sánchez Sarmiento

## Introducción

El presente tema viene siendo objeto de debate por la importancia de su institución y los efectos legales que genera, sin embargo, debemos estar claros que la unión de hecho entre hombre y mujer existe en nuestro país hace aproximadamente dos décadas, siendo consecuencia de la vigencia de la Constitución de la República de 2008 que fue el garantizar este derecho a personas del mismo sexo, lo que marca el punto de partida para analizar el tema desde la óptica de género y de los derechos humanos en concordancia con los diversos convenios y tratados internacionales que lo regulan. No obstante, los derechos que han sido reconocidos no han llegado a equiparar todos los derechos que si los tienen una pareja conformada por un hombre y una mujer, lo que nos lleva a buscar su equilibrio a partir de una debida aplicación y protección de sus derechos tanto en la unión de hecho como el matrimonio, ambas como fuentes del derecho de familia, y así reivindicar los derechos de estas parejas dentro de nuestro ordenamiento jurídico vigente y a la luz del derecho de igualdad y el principio de razonabilidad.

En varios países de Latinoamérica y a nivel mundial se ha equiparado a esta institución con la del matrimonio, a fin de reconocer el vínculo familiar y su importancia dentro de la sociedad. Por ello haremos una reseña histórica del surgimiento de esta institución y la del matrimonio, su conceptualización, especialmente su evolución a través de la historia, efectos legales, llegando hasta la actualidad y su regulación en los diferentes instrumentos internacionales. Examinaremos su tratamiento en el actual ordenamiento jurídico ecuatoriano y su relación con el derecho comparado; especialmente cómo se garantiza su aplicación en la Constitución de la República con el fin de determinar si se garantizan derechos o si al limitarlos se los hace en forma justa y razonable de acuerdo con el principio de razonabilidad o proporcionalidad.

## Antecedentes históricos del matrimonio y la unión de hecho

La unión de hecho aparece desde la antigüedad bajo la figura de concubinato como institución legal en el Código de Hammurabi<sup>1</sup> que es

---

<sup>1</sup>Este Código fijaba reglas de la vida cotidiana de los babilonios, entre sus normas se regula la vida de las concubinas dentro de su sociedad, a quienes se les reconoce ciertos derechos respecto a su convivencia y los bienes de esta.

el más antiguo texto legal que se conoce. Más tarde, en la época imperial de Roma, se lo regula como “la unión estable de un hombre y una mujer *sin affectio maritalis*”<sup>2</sup>, brindando estabilidad y distinguiéndolo de la simple relación sexual (Morales, 2011). Así, se pretendía equiparar derechos con los generados dentro del matrimonio, pero pese a ello, jamás dejó de ser una especie de matrimonio de inferior categoría que nunca obtuvo la aprobación social esperada.

Una de las principales leyes que se generaron como efecto del concubinato fue la llamada Lex Julia con el fin de castigar toda relación sexual fuera del *iustum matrimonium*<sup>3</sup>, e incluso fuera de esta relación duradera, lícita y aceptada llamada concubinato. Pese a las regulaciones, dentro de la sociedad romana, la concubina no podía elevar su condición social ni dentro de su propia familia y no tenían ningún respaldo económico ni siquiera para su descendencia. Respecto a los hijos nacidos del concubinato pasan a pertenecer a la familia de la madre y no están sometidos a la autoridad del padre y nacen *sui iuris*<sup>4</sup>.

En sus inicios, el matrimonio romano o *iusta nuptiae*, no exigía solemnidades de forma ni la intervención de autoridad, bastaba la convivencia y consentimiento entre un hombre y una mujer para que los mismos fueren considerados casados, a diferencia del concubinato, la mujer participaba de la condición social del marido, respecto a los bienes variaba si este venía acompañado o no de la *manus*<sup>5</sup>; en tal caso, el marido se hace propietario de todos los bienes de la mujer, mientras que los hijos eran considerados legítimos y estaban bajo la autoridad de su padre formando parte de su familia civil, adquiriendo además su nombre y condición social.

Posteriormente, en la Edad Media y a través de la influencia de la Iglesia Católica, se otorga un carácter sacramental al matrimonio de

---

<sup>2</sup>Intención de ser marido y mujer. Parte fundamental del matrimonio, sin ello se entendía su ruptura.

<sup>3</sup>Consiste en la unión monogámica y permanente entre hombre y mujer con la intención de considerarse marido y mujer y de constituir una vida en común.

<sup>4</sup>Se los considera hijos no legítimos, que no nacían sometidos por la autoridad de otros, y que por tanto, no estaban dominados por la patria potestad de otra persona en particular, siguiendo la condición jurídica y social de su madre.

<sup>5</sup>Consistía en la potestad que ejercía el pater familia sobre su esposa siempre que él sea *sui iuris* (sometido al mando de otros) caso contrario, esta potestad la ejercía directamente el padre de la mujer.

sus fieles, como la unión perpetua e indisoluble entre un hombre y una mujer para formar una familia, de esta manera lo recoge el Derecho Canónico en su código:

**“Art. 1055.- 1.** La alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, fue elevada por Cristo Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados. 2. Por tanto, entre bautizados, no puede haber contrato matrimonial válido que no sea por eso mismo sacramento.”

De esta manera la Iglesia Católica prohibió y condenó el concubinato en el año 1563 con el Concilio de Trento llegando incluso a la excomunión de sus fieles por considerarlo ilícito y prohibido por la ley divina, a diferencia de Roma en donde se lo reguló y toleró socialmente. En Ecuador, el concubinato o unión de hecho es reconocido normativamente a partir de 1978, así lo expresó el artículo 25 de la Constitución vigente en esa época, al mencionar que se trata de “*una institución de carácter social y económico constituido en beneficio de sus hijos comunes patrimonio familiar*”<sup>6</sup>, con ello básicamente se podía fijar la paternidad o maternidad de determinado hijo o hija. Posteriormente, se reconoció a la unión de hecho como una institución jurídica, esto, en el año de 1982 con la expedición de la Ley No. 115 (*Ley que regula las uniones de hecho en el Ecuador*, 1982) determinando los derechos y garantías de los convivientes y marcando así las pautas para su plena vigencia en la actualidad.

Es a partir del siglo XX, que a nivel internacional<sup>7</sup> surgen diversas políticas tendientes a regular legalmente la unión de hecho entre personas del mismo sexo, dando apertura a este nuevo régimen jurídico de reconocimiento de deberes y derechos independientemente de que sean del mismo o distinto sexo. En muchos de estos países (incluido el nuestro) la excepción es que la adopción sigue reservada exclusivamente a parejas de distinto sexo.

---

<sup>6</sup>La Constitución aprobada en el Referéndum del 15 de enero de 1978 y publicada en a través del (Decreto Supremo 000, Registro Oficial 800, 1979).

<sup>7</sup>El primer país que permitió el matrimonio entre personas del mismo sexo fue Holanda mediante la Ley del 21 de diciembre del año 2000.

## La unión de hecho dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano

Dentro del derecho privado, el Código Civil ha sido el cuerpo normativo regulador de las relaciones personales y patrimoniales, entre las que encontramos las relaciones familiares, esto desde su promulgación el 01 de enero de 1861. Los vertiginosos cambios en la sociedad han determinado la necesidad de codificar ciertos aspectos de su normativa en concordancia con la Constitución de la República de 2008 en esa búsqueda de dinamizar aquellas instituciones con relevancia jurídica, siendo una de ellas la unión de hecho entre personas del mismo sexo. Recordemos que nuestra Constitución Política de 1998, la había definido como:

**“Art. 38.-** La unión estable y monogámica de **un hombre y una mujer**, libres de vínculo matrimonial con otra persona, que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio, inclusive en lo relativo a la presunción legal de paternidad, y a la sociedad conyugal.” (Ecuatoriano, 1998) (Las negritas nos pertenecen)

Así, se reconocía legalmente la familia conformada por “hombre y mujer”, con ello se pretendía generar los mismos efectos jurídicos que en el matrimonio siempre y cuando estas uniones cumplan con los requisitos de duración y estabilidad que se disponía en el Código Civil vigente al tiempo de su expedición. En su momento, logró solucionar muchos problemas de ámbito social, toda vez que las llamadas concubinas tendrían los mismos derechos y obligaciones que para que aquellas parejas unidas por el vínculo matrimonial, estableciéndose principalmente una protección jurídica de los derechos y valores de la familia como núcleo de la sociedad.

Sin embargo, con el paso del tiempo y circunstancias sociales (especialmente la migración) llevaron al surgimiento de diversos tipos de familia que se alejaban al concepto tradicional de familia, es decir, el conformado por “marido, mujer e hijos”, estos tipos de familia, se encontraban conformadas por varios miembros pudiendo ser estos consan-

guíneos o no, pero unidos por un fuerte vínculo de pertenencia, creando así un nuevo concepto de familia<sup>8</sup>.

Frente a esto, el constituyente de Montecristi, decidió establecer como norma constitucional en el artículo 68 que: “La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio. La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo.”

Frente a esto, el constituyente de Montecristi, decidió establecer como norma constitucional en el artículo 68 que: “La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio. La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo.”

El artículo 67 *ibídem* manifiesta que:

“Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará las condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.

El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal.”

Asimismo, el Código Civil en su artículo 222 dispone que: “La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial, mayores de edad, que formen un hogar de hecho, genera los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio y da origen a una sociedad de bienes.”

El legislador ha buscado tanto en la Constitución como el Código Civil<sup>9</sup> reconocer y garantizar a todas las personas derechos que se

---

<sup>8</sup>Cabe resaltar que por efectos de la migración hacia países europeos y Norteamérica, muchas familias se constituyeron por la unión entre abuelos y nietos o tíos y sobrinos.

<sup>9</sup>El Código Civil ecuatoriano reconoce la unión de hecho entre personas del mismo sexo el 19 de Junio de 2015 por el Art. 23 de la Ley s/n, R.O



consideran inherentes a la dignidad humana, como es el derecho a una familia, a través de un trato basado en la igualdad y libertad para su elección, permitiendo desarrollar su personalidad, aspiraciones personales y de pareja, su identidad y sobretodo el definir sus relaciones personales respecto a la sociedad. Cumpliendo así, con la finalidad primordial del Estado que es el respeto irrestricto a los derechos de las personas, garantizando la igualdad y no discriminación dentro del núcleo familiar, considerando la protección de la familia en sus diversos tipos, promoviendo el respeto y garantía de derechos constitucionalmente protegidos.

## Características del matrimonio y la unión de hecho

Como ya se ha indicado, el matrimonio ha significado desde sus inicios parte medular de toda sociedad, especialmente las occidentales, constituyéndose en fuente de las relaciones de familia y base fundamental sobre la que se asienta la sociedad. Sin embargo, la sociedad, al ir evolucionando, ha requerido del Estado mayor protección de sus relaciones.

Paralelamente a esto, la regulación de la unión de hecho ha evolucionado para llegar a tener similares efectos legales<sup>10</sup> que el matrimonio y protección de rango constitucional, al garantizar la unión de hecho a “personas del mismo sexo”. Esta protección constituye un tipo un reconocimiento a las relaciones de familia que surgen de la unión de hecho y que son similares a las del matrimonio, por cuanto ambas se edifican sobre sentimientos de afecto, solidaridad, y proyectos comunes de pareja, que transforman una sociedad.

Para el tratadista Valencia Zea la unión de hecho se caracteriza por tener:

- a) Un carácter de institución jurídica, que le otorga el ordenamiento legal, el cual suprime las connotaciones despectivas, degradantes y que en algunos casos de manera intransigente llegaron a tildar de contrarias a la moral social.
- b) Se la define como una unión marital, con carácter

---

526-2S, cuando se traten de personas que se encuentren sin impedimentos legales.

<sup>10</sup>La similitud de estas dos instituciones descansa en el aspecto patrimonial – sucesorio, sin embargo en cuanto a la familia, se restringe la adopción para personas de diferente sexo artículo 67 de la Constitución de la República.

vinculatorio, por tener un significado legal. c) Define los sujetos de esa unión como compañeros permanentes o convivientes; y, d) Consecuentemente las denominaciones de la unión de hecho y sus miembros no deben contener connotaciones de concubinato, que traían aparejado un sentido despectivo. Es decir se debe utilizar los términos legales “unión de hecho, compañero permanente” (Valencia-Zea, 1997, pág. 447) o conviviente para evitar dicha implicación.

Por tanto, la relación que surge de las uniones de hecho entre personas del mismo sexo, no podría ser reguladas de una forma diferente a la unión de hecho entre parejas heterosexuales por parte del Estado ni la sociedad, los convivientes- en la unión de hecho- constituyen una figura que debe ser tratada de forma similar a la de los cónyuges. La unión de hecho como institución del Derecho de Familia viene a constituir “un vínculo de unidad de vida de pareja, con disposición permanente y recíproca de cada uno para compartir su vida con el otro” (Pianeta, 1997, pág. 135). Pese a su reconocimiento constitucional y legal, consideramos que la unión de hecho entre parejas del mismo sexo, no posee los mismos derechos y beneficios que se reconoce a la unión de hecho de parejas heterosexuales, por cuanto de la lectura de la disposición normativa contenida en el artículo 68 de la Constitución que dice:

“La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen en la familias constituidas mediante matrimonio.”

La adopción corresponderá a parejas de distinto sexo”. (Lo subrayado nos pertenece)

De la lectura del artículo que antecede, el constituyente ha procurado generar los mismos derechos y obligaciones para las personas en unión de hecho indistintamente de su sexo o género. La Real Académica de la Lengua Española define la palabra generar como: *producir, causar algo*. Se entiende pues, que lo que se busca por parte del constituyente es producir el reconocimiento pleno y sin dilaciones de todos los derechos que les compete a las parejas de distinto sexo. Más, en el siguiente inciso se establece de forma expresa la primera limitación a dichos derechos, al manifestar que la adopción corresponde solo a per-

sonas de distinto sexo. Eliminando de esta forma, uno de los derechos que tienen las parejas bajo el régimen del matrimonio.

La pregunta, en este momento, es obvia ¿Qué derechos realmente gozan las parejas del mismo sexo bajo el régimen de la unión de hecho? Pues, haciendo un análisis sucinto de nuestro Código Civil, se reconocen derechos como los patrimoniales entre ellos: generar un régimen económico el de la sociedad de bienes –iguales efectos que la sociedad conyugal-, beneficios del seguro social, subsidio familiar así como el derecho a suceder. En el ámbito familiar: se les reconoce la presunción legal de paternidad o maternidad del o los hijos concebidos dentro de la unión de hecho, únicamente a las parejas heterosexuales. Por tanto, no existe una igualdad en el goce de derechos por parte de parejas del mismo sexo bajo el régimen de la unión de hecho. No se les reconoce el derecho de matrimonio ni el de la adopción, estos quedan reservados exclusivamente para a las parejas heterosexuales.

Es evidente que no existe una igualdad de derechos ni protección de la familia constituida por parejas del mismo sexo. Se vulnera la protección de la diversidad familiar, porque si bien se reconocen ciertos derechos – los patrimoniales- no son todos los que un conviviente (heterosexual) puede acceder. En definitiva, estamos frente a un trato discriminatorio.

Respecto a la adopción<sup>11</sup>, tanto parejas heterosexuales como parejas del mismo pueden encontrarse en iguales circunstancias para adoptar con la finalidad de precautelar el interés superior de un niño, niña o adolescente, así que no podríamos hablar de una falta de idoneidad, pero sí de que la existencia de una diferenciación llena de prejuicios por parte de la sociedad, que parten del mismo Estado ecuatoriano, el cual que no estaría velando por los derechos ni de niños, niñas y adolescentes que buscan un hogar y padres o madres que les brinden los cuidados necesarios para su desarrollo integral, ni de las parejas homosexuales. Es decir, nuevamente se vulnerarían derechos de parejas homosexuales. Paralelamente, se vulneraría el derecho de los niños, niñas y adoles-

---

<sup>11</sup>En el Código de la Niñez y Adolescencia en su artículo 151 respecto a la finalidad de la adopción se dispone “La adopción tiene por objeto garantizar una familia idónea, permanente y definitiva al niño, niña o adolescente que se encuentren en aptitud social y legal para ser adoptados”; es decir se busca básicamente una familia idónea a fin de garantizar el desarrollo integral del niño, niña y adolescente, no existiría mayor incidencia que se trate de parejas heterosexuales o de parejas de diferente sexo, únicamente importa la protección del interés superior del niño dentro de la sociedad.

centes a tener una familia, partiendo del hecho de que se constituirían en familias diferentes a la tradicional, pero que sin embargo, poseen la misma protección según la Constitución ecuatoriana.

Partiendo de esto, analizaremos si el trato diferente que reciben las parejas de diferente sexo dentro de la unión de hecho respecto al matrimonio, constituye una limitación razonable al ejercicio de sus derechos, o si dicha limitación no respeta el principio de razonabilidad y en consecuencia, se violan derechos constitucionales de las parejas del mismo sexo.

## **Aplicación del principio de razonabilidad respecto a la unión de hecho**

Según Guastini, el principio de razonabilidad es considerado como un límite a la legislación, que se traduce en la prohibición para el legislador de distinguir entre ciudadanos y que tiene como corolario el principio genérico del tipo “los casos iguales deben ser tratados del mismo modo, y los casos diferentes deben ser tratados en modos diversos” (Guastini, 2010).

Asimismo, el principio de razonabilidad es equiparado al principio de proporcionalidad como un método interpretativo de validez constitucional de normas jurídicas. De acuerdo a la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que en su artículo 3 numeral 2 dispone:

“Las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente.

2. Principio de proporcionalidad.- Cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. Para el efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional.”

Vale indicar que al hablar del principio de proporcionalidad nos referiremos al principio de razonabilidad cuya denominación es el resultado del derecho continental europeo (Campos, 2008).

En nuestra Constitución lo encontramos regulado en el artículo 11 numeral 4 de la Constitución de la República: “El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: ... 4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.”; Es decir, consiste en evitar la afectación de derechos fundamentales de los ciudadanos por parte del Estado asegurando la progresividad de los mismos en cualquier orden que se presente.

Para la profesora Carmen Estrella “según este principio debe existir una conexión lógica entre la situación de excepción y las medidas excepcionales adoptadas para superarla debiendo existir causalidad directa e inmediata entre ellas. El fundamento de este principio es la actuación en sentido común y la preservación del valor de justicia.”(2012).

Citando al profesor Bidart Campos “lo opuesto a la razonabilidad es la arbitrariedad” (2008, p. 71), es decir, es una exigencia de justicia jurídica, con la finalidad de evitar conflicto entre los derechos fundamentales reconocidos evitando así, una colisión de intereses o pretensiones, constituyendo un aspecto sustantivo del control de constitucionalidad. En sí, el derecho debe ser razonable tanto en su aspecto formal como material a fin de tener fuerza ejemplificadora y ser aceptado por todos.

La Corte Constitucional ecuatoriana respecto al principio de razonabilidad ha manifestado que “la razonabilidad implica que la decisión se encuentre fundada en normas constitucionales y en normas legales que sean pertinentes al caso concreto, y que en tal virtud los argumentos del órgano judicial no contradigan estas ...” (sentencia No. 069-10-SEP-CC, 2010), ello implicaría una relación entre los medios que se usan y los fines que se buscan, procurando así, evitar la arbitrariedad o discrecionalidad de las autoridades, y que cada decisión tenga fundamento jurídico.

Como se ha podido observar, este principio tiene diversas aproximaciones pero nos remitiremos directamente al principio de igualdad, toda vez, que la razonabilidad sobreviene de la igualdad y así lo ha recogido nuestra Constitución de la República en su artículo 11 numeral 2:

“2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos **derechos, deberes y oportunidades. Nadie po-**

**drá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género,** identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.” (Las negritas nos pertenecen)

En el mismo sentido, el pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 26 manifiesta que: “. . . la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación.”

En función del principio de razonabilidad, tanto el constituyente como el legislador ordinario están en la obligación de hacer efectivo el derecho de igualdad, y les está prohibido establecer diferencias que discriminen a los individuos. Sin embargo, la protección constitucional y legal que poseen las familias constituidas por matrimonio resulta violatoria al principio de razonabilidad respecto a otras familias constituidas, por ejemplo, a través de la unión de hecho.

Por un lado, si analizamos los artículos 67 de la Constitución y 81 del Código Civil, encontraremos que el matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer y además que tiene como finalidad el “el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente.”. Esto demuestra que a la institución del matrimonio se le dota de un carácter netamente heterosexual y privilegiado respecto a la unión de hecho.

Por otro, en la Constitución en su artículo 67, se manifiesta que el Estado reconoce los diversos *tipos de familia*, y sin embargo, continuamos apegándonos a las raíces del Derecho Canónico que niega totalmente la existencia de una familia conformada por una pareja del mismo sexo, sugiriendo que la raza humana debe procrear para sobrevivir, y esta se produce a través de las relaciones sexuales entre hombre y mujer, esa es una de las bases del matrimonio dentro del Derecho Canónico.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha sido clara al determinar: “ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, puede disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.”

La Convención Americana sobre Derechos Humanos proscribela discriminación, en general, incluyendo en ello, y como una categoría prohibida, la orientación sexual de una persona, la que no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en ese instrumento. Asimismo, la Corte IDH ha establecido que, “trátándose de la prohibición de discriminación por una de las categorías protegidas contempladas en el artículo 1.1 de la Convención, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa, lo cual implica que las razones utilizadas por el Estado para realizar la diferenciación de trato deben ser particularmente serias y estar sustentadas en una argumentación exhaustiva.”(Caso Duque vs. Colombia, 2016).

Por tanto, no existe justificación por parte del legislador para diferenciar el trato entre personas del mismo sexo en la unión de hecho y el de las parejas unidas por el vínculo del matrimonio. Si nos remitimos al tema de la procreación como finalidad última del matrimonio, estaríamos desconociendo el derecho de autonomía reproductiva, así como la intimidad personal y al libre desarrollo de la personalidad. Si la única forma válida para constituir una familia es la reproducción su tratamiento sería totalmente inconstitucional. Afirmamos pues, que la restricción que deriva tanto de la Constitución como del Código Civil no es proporcional al fin perseguido y se expresa en un el trato desigual, por cuanto los efectos negativos que genera sobre las parejas del mismo sexo son mucho mayores que los beneficios para las parejas heterosexuales. Como bien lo manifiesta la Corte Constitucional colombiana:

“Tal es así, por cuanto pese a los avances obtenidos por las parejas homosexuales en materia de protección de sus derechos, el contrato de matrimonio ofrece a las parejas un núcleo de protección que no es garantizado por ninguna otra figura jurídica, ni siquiera por la que más se le parece, a saber, la unión marital de hecho. Esto genera un déficit de protección para las parejas homosexuales en cuanto las priva de la posibilidad de gozar de ciertas prerrogativas como elevar a la categoría de deberes jurídicos los compromisos morales de la pareja, restringir la libertad para

dar por terminada la unión, obtener un mayor grado de protección patrimonial, modificar el estado civil y acceder con mayor facilidad a ciertos beneficios legales.”(Colombia Diversa y Universidad de los Andes, 2008)

Se determina entonces, que el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo constituye una garantía institucional dentro de la regulación de un nuevo modelo de familia y su inobservancia vulneraría principalmente el principio de igualdad y como consecuencia el derecho a tener una familia, tal como lo ha manifestado la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica que manifiesta que “la base para la protección del derecho a contraer matrimonio es que protege a niños y familias y por lo tanto atrae significado de los derechos conexos de crianza de los hijos, la procreación y la educación.”. (Obergefell et. al. v. Hodges, 2015).

## Conclusiones y recomendaciones

Pese a que la Constitución de la República, incluye en su artículo 68 los diversos tipos de familia no se estaría efectivamente garantizando el matrimonio como derecho inherente de la persona haciendo referencia a las personas del mismo sexo, bajo el principio fundamental del debido proceso. ¿Será que la Constitución al hacer esta distinción ha escogido un fin válido que guarde proporción y aptitud suficiente para fundar un acto de poder?

Desde mi punto de vista, se han vulnerado derechos fundamentales como: la protección a la familia, igualdad y libertad de parejas del mismo sexo, consagrados no solo en la Constitución si no en instrumentos internacionales de derechos humanos de los cuales el Estado ecuatoriano forma parte. El Estado ecuatoriano está en la obligación de generar medidas eficaces así como actividades concretas a fin de que las personas puedan gozar y disfrutar de sus derechos.

Al parecer, el legislador ecuatoriano no ha superado la concepción del matrimonio basada exclusivamente en la capacidad de procreación. Esta noción limita los derechos de las parejas del mismo sexo, constituyéndose en una razón injustificable y muy poco razonable que vulnera el derecho a la igualdad y no se ajusta a los parámetros del principio de razonabilidad. Por tanto, ni el matrimonio ni la unión de hecho, deben reducirse a la finalidad de procrear. Se debe avizorar un panorama en el cual se incluyan a todas aquellas parejas que han decidido lle-



var una convivencia común con la finalidad de vivir juntos y auxiliarse mutuamente<sup>12</sup>.

No existe por tanto, un argumento jurídico legítimo para no permitir que una pareja del mismo sexo tenga la posibilidad de contraer matrimonio tal como lo podría hacer cualquier persona heterosexual, por lo contrario, se trataría de un caso de evidente discriminación y vulneración de la dignidad humana. En el presente caso, el Estado interfiere en la esfera inalienable de la libertad de las personas de diferente sexo para contraer matrimonio, siendo una medida restrictiva que no es objetiva ni razonable y que además perjudica a los titulares de la libertad, sin que exista un beneficio claro para la colectividad.

Se vulnera claramente a las minorías del mismo sexo y en ningún caso se protege derechos de terceros ya que el vínculo matrimonial para ellos ni se fortifica ni amenora por el hecho de permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo. Por ende, se está restando estabilidad, seguridad jurídica y sobre todo justicia para estas personas, es decir que no existe razonabilidad en la restricción de derechos (fin – objetivo) establecidos por el Estado ecuatoriano.

Por esta razón, el Estado debería llevar a cabo por cualquier medio legal y pertinente, dentro del marco jurídico vigente todas las facilidades para que estas uniones tengan los mismos efectos jurídicos en la sociedad, creando un espacio de tolerancia social donde prime el respeto a la autonomía y la dignidad humana. Recordemos que los vínculos o derechos que se deriven de estas uniones surtirán derechos y obligaciones mismas que para las parejas heterosexuales, dejando atrás el viejo concepto tradicionalista de familia procreadora y garantizando la inclusión de social de todas las personas a fin de que puedan hacer efectivo el goce de sus derechos.

## Referencias Bibliográficas

Campos, G. B. (2008). *Derecho Constitucional*. Argentina: Ediar.

---

<sup>12</sup>Se reconoce en el Art. 81 del Código Civil Ecuatoriano como finalidades del matrimonio: “el procrear, vivir juntos y auxiliarse mutuamente”, las dos últimas sin duda significan finalidades para las uniones de hecho entre personas del mismo sexo, toda vez que con la convivencia común no únicamente se busca una sociedad de bienes sino una vida en pareja con iguales derechos y obligaciones que un matrimonio heterosexual.

- Colombia Diversa y Universidad de los Andes. (2008). *Parejas del mismo sexo: El camino hacia la igualdad Sentencia- C-075-07*. Bogotá: Litoexpress S. en C.S.
- Congreso Nacional. (2003). *Código de la Niñez y Adolescencia. Constitución de la Republica del Ecuador 2008*. (2008). Quito, Ecuador. (Registro Oficial, 449, 20-10.)
- Decreto Supremo 000, Registro Oficial 800*. (1979, marzo).
- Ecuadoriano, E. (1998). *Constitución política de la república del ecuador. registro oficial*.
- Guastini, R. (2010). *Interpretación, estado y constitución*. Lima: ARA.
- Ley que regula las uniones de hecho en el ecuador*. (1982, julio). (Decreto No. 2636, Registro Oficial No. 399)
- Morales, J. (2011). *Lecciones de Derecho Civil Romano*. Cuenca: Impresión Digital.
- Pianeta, L. (1997). *Derecho de familia*. Bogotá.
- Pinto, J. M. (Ed.). (2012). *Apuntes de derecho procesal constitucional (Vol. III)*. Quito, Ecuador: Centro de Estudios y Difusión de Derecho Constitucional.
- sentencia No. 069-10-SEP-CC*. (2010).
- Valencia-Zea, A. (1997). *Derecho civil*. Bogotá.

# El autor

Marcela Paz Sánchez Sarmiento

Es Abogada de los Tribunales de Justicia y Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales por la Universidad de Cuenca, Magister en Derecho Procesal por la Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador. Ocupa las cátedras de Derecho Civil Personas y D. Civil Sucesiones en la carrera de Derecho de la Universidad Católica de Cuenca. Actualmente cursa sus estudios de Doctorado en Derecho en la Universidad Nacional de Mar del Plata –Argentina y se enfoca en investigaciones en el área del derecho de familia y pluralismo jurídico.



# Capítulo 6

---

## El control difuso de constitucionalidad en la administración pública

---

Diego Francisco Idrovo Torres

## Introducción

Si partimos de la premisa de que la administración pública es, en muchos casos, la primera esfera de contacto entre el Estado y la ciudadanía, y que la misma se expresa a través de actos administrativos que permiten a los particulares hacer efectivos derechos reconocidos en la Constitución. La administración pública dentro de los diversos procesos administrativos en los que ejercita su competencia, está obligada a garantizar las condiciones mínimas para que se respeten los derechos reconocidos tanto en la Constitución como en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos del que el Estado ecuatoriano es suscriptor. Ahora bien, esta tarea obliga a que el servidor público, al momento de resolver una petición o controversia, no solo tenga en cuenta la legalidad de su acto, sino que además tenga en cuenta que el acto administrativo contenido en su resolución no contravenga normas constitucionales o convencionales, es decir, que todo servidor público en el ámbito de sus competencias debe ejercer un control de constitucionalidad y velar por el efectivo goce de los derechos del administrado.

En esta primera parte me dispongo a explicar la metamorfosis que ha sufrido el principio de legalidad -desde la óptica de la Constitución ecuatoriana- para dar paso al principio de juridicidad y, posteriormente, explicar la razón de por qué los servidores públicos (no judiciales) estarían facultados a realizar un control de constitucionalidad dentro de los diversos procedimientos administrativos.

## La transformación del principio de legalidad

Dentro del constitucionalismo contemporáneo, uno de sus conceptos fundamentales, consiste en el estudio y análisis del Estado de Derecho como un mecanismo por el cual se pretende transformar el otrora dogma de la personalización del poder y la arbitrariedad del mismo en el ejercicio del poder, por una objetividad y racionalidad, así como establecer un sistema de control del ejercicio del poder sometido al imperio de ley.

La noción del Estado de Derecho nace como una solución a los problemas y abusos relacionados con el ejercicio del poder estatal en el Antiguo Régimen- Estado Absolutista- que permitió establecer un modelo en el cual el poder se encontrase dividido en diversas funciones y órganos, asegurando de esta forma que la libertad de cada individuo esté garantizada frente al poder del gobernante.

Las primeras nociones acerca del Estado de Derecho aparecen a partir del siglo XVII en Inglaterra y, en el siglo XVIII en Europa continental. Con la instauración un nuevo modelo estatal, establecido principalmente desde el triunfo de la Revolución Francesa, en la cual la Constitución ganó protagonismo frente al poder absoluto del monarca, se establecieron características imprescindibles que acompañan a un Estado de Derecho. Como señala el profesor Valladolid, los caracteres de un Estado de Derecho consisten en la existencia de: a) la división de poderes; b) el imperio de la Ley; c) el reconocimiento y protección de los derechos; y, d) el principio de legalidad de la administración pública (2007, págs. 56-62).

Tanto el imperio de la ley como el principio de legalidad de la administración pública son el germen del principio de legalidad. Del primero, debemos rescatar el corolario de que un Estado de Derecho se rige por el gobierno de las leyes y no de los hombres, y del segundo, el sometimiento de la administración pública a la ley y su control posterior por vía jurisdiccional.

Con la instauración del Estado de Derecho la ley tomó un rol protagónico en el desarrollo democrático de las diferentes naciones al transformar y eliminar normas arbitrarias por leyes objetivas, generales y abstractas. La posterior evolución del Estado de Derecho, no estuvo absenta de los abusos por parte del poder legislativo encargado de crear leyes. Este fenómeno tuvo directa incidencia en los fundamentos de la teoría de la división del poder, ya que transformó paulatinamente el imperio de ley sobre los poderes públicos a un sometimiento de todo poder público y de los particulares a la Constitución, la cual dejó de ser una carta con declaraciones políticas y se convirtió en una norma genuina, vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos (Guastini, 2010, pág. 152).

Sin embargo, la citada concepción del principio de legalidad no asegura per se una actuación libre de arbitrariedad por parte del Estado. Si bien es cierto, la fortaleza del principio de legalidad reside en la aplicación y apego irrestricto a la ley, no es menos cierto que su debilidad nace de la posibilidad de establecer leyes formalmente apegadas a derecho, pero con un contenido conforme los intereses de ciertos sectores, que se traduce en arbitrariedad.

Esto provocó, en su momento, una crisis del principio de legalidad que se trató de solventar a través de controlar el contenido material la ley, y así evitar el abuso por parte del legislador, eliminando una dictadura del poder legislativo, legitimada bajo el principio de legalidad.

La solución a esta problemática fue dotar a la Constitución del poder necesario para controlar tanto formal como materialmente el contenido de leyes futuras que la contradijesen normas.

Como sostiene Pérez Royo, todo ordenamiento jurídico se asienta sobre una norma fundamental que da unidad a todas las demás normas que lo componen (2007, pág. 49), por lo que la Constitución como norma fundamental de un ordenamiento jurídico establece límites tanto a los poderes públicos como a los particulares prescribiendo tanto la forma, contenido y procedimientos que debe observar toda la producción normativa de un Estado. En consecuencia, para Ferreyra la constitución disciplina y programa la configuración del cuándo, el cómo, el quién y el cuánto del ejercicio del poder coactivo (2011, pág. 269).

Es a través de esta particular concepción de la Constitución que, el principio de legalidad adquiere una nueva dimensión en la que la actividad de la administración pública debe observar, en toda actuación, el contenido no solo de la ley sino de la Constitución como norma que otorga validez al ordenamiento jurídico. Esta nueva dimensión se la denominó como la garantía o principio de juridicidad (López Olvera, 2014).

Asimismo, uno de los efectos derivados del principio de legalidad es otorgar certeza respecto de las consecuencias jurídicas en la aplicación uniforme del derecho, es decir, que tanto las decisiones “jurisdiccionales y administrativas no serían previsibles si no estuvieran fundadas sobre normas preexistentes y conocidas por todos los destinatarios” (Guastini, 2010), lo cual se traduce en la garantía imprescindible de la seguridad jurídica que protege a los particulares de la arbitrariedad del quien está en el poder.

En necesario indicar que el principio de legalidad se compone de al menos dos facetas, una positiva y otra negativa. Por la primera, los poderes públicos deben actuar conforme a una norma jurídica que autorice expresa o implícitamente su conducta tanto formal como material, teniendo en cuenta la jerarquía normativa. Por la segunda, se entiende que un acto administrativo no debe ser contrario a la norma constitucional o legal, ya que si lo es, el acto resulta ser inválido (Rojas Franco, 2007, pág. 61).

En este punto, quiero mencionar la discrepancia que existe en la doctrina respecto a los métodos de interpretación como son el ponderativo y el subsuntivo. El debate es interesante por cuanto nos entrega dos aristas para interpretar y posteriormente aplicar una norma y solucionar un caso concreto.



Es importante afrontar el tema de estos métodos de interpretación, por cuanto se ha sostenido que, partiendo del principio de legalidad, los servidores públicos, generalmente, dentro de los diferentes procesos administrativos a su cargo, deben resolverlo aplicando las diversas normas jurídicas utilizando el método de la subsunción. Por cuanto les está prohibido realizar una interpretación extensiva de la norma jurídica a aplicar.

Se pregona, así, la idea de que la ley tiene todas las respuestas a los diversos supuestos que se puedan suscitar en la resolución de un caso. Esta concepción, que alguna vez fue defendida en extremo, en la actualidad y como sostiene García Amado no podría ser ya más defendida, incluso sostiene que los “iuspositivistas de todo el siglo XX y hasta nuestros días, [resaltan] el componente de discrecionalidad judicial en las operaciones conducentes a la decisión (García Amado, 2014).

La estructura de las normas jurídicas infraconstitucionales en la mayoría de los casos, presenta una estructura basada en un supuesto de hecho normativo y una consecuencia jurídica. Por el contrario, las normas constitucionales se presentan como normas abstractas, ambiguas y generales que si bien contienen un supuesto de hecho no establecen, por lo general, una determinada consecuencia jurídica. Parte de la doctrina manifiesta que los principios sirven de parámetros de interpretación y que ayudan de forma decisiva a valorar el sistema jurídico (Ávila Santamaría, 2012, pág. 64).

En consecuencia, no es posible mantener el criterio de que los servidores públicos solamente pueden resolver casos o dictar actos administrativos a través de una aplicación automática de una norma jurídica, sin contrariar a una norma general o jerárquicamente superior.

Como sostiene Rojas Franco:

“(...) se ha reconocido universalmente a la Administración un margen de libertad de acción que se denomina el poder discrecional. Este se define como el poder o facultad jurídica acordado al agente público para que pueda apreciar libremente las condiciones, modos y formas, en las cuales el ejercicio de su competencia se va a desarrollar para lo cual deberá apreciar el motivo y contenido del acto conforme los límites establecidos por el ordenamiento jurídico y de ese modo lograr el cumplimiento del fin público” (2007, pág. 63)

En el mismo sentido, el profesor Rendón Huerta sostiene que “(...) es indispensable la previsión de un margen de discrecionalidad, que permita elegir a la autoridad, sobre una valoración y apreciación de las circunstancias que rodean cada caso, para lo cual tendrá que apoyarse no solo en elementos de carácter jurídico. (2012, pág. 68). Sin embargo, la tesis sobre la discrecionalidad administrativa de los servidores públicos al interpretar y aplicar las normas del ordenamiento jurídico tiene diferentes enfoques que este trabajo no puede abarcar por el momento.

Me dispongo, pues, a presentar un esbozo sobre el *deber* que tienen los servidores públicos de aplicar directamente la norma constitucional en un proceso administrativo en la resolución de un caso concreto, a partir de la facultad discrecional de la administración y la obligación que la propia Constitución establece, sobre todo, en las normas contenidas en los artículos 11, 424, 425 y 426, lo cual se traduce en la posibilidad de que los servidores públicos *no judiciales* estén facultados a realizar un control difuso de constitucionalidad.

## La discrecionalidad administrativa y el nexo con la aplicación inmediata y el control de constitucionalidad y convencionalidad

Comenzaré realizando algunas precisiones acerca de la discrecionalidad administrativa, la cual considero, en este punto particular, como un nexo habilitante para aplicar de forma directa las normas constitucionales dentro de un proceso administrativo. Para precisar este punto, debo reconocer que se debe tener en cuenta la *estructura* de la norma que está sujeta a interpretación por parte del servidor público, ya que esto limitaría, en principio, su competencia en base a una facultad reglada o discrecional.

Acogiendo la postura de Mozo Seoane citado en la obra “Discrecionalidad administrativa” de Hugo Marín Hernández, respecto a que “la discrecionalidad radica en el elemento de unión o cópula de la norma jurídica y a él hay que acudir primariamente para averiguar si ésta confiere o no facultad discrecional al órgano administrativo que ha de aplicarla” (2007, pág. 189), podríamos concluir que expresiones como: “*podrá*”, “*está autorizado a*”, serían habilitantes para que un servidor público pueda ejercer dicha facultad discrecionalidad. Por otro lado, la existencia de los denominados conceptos jurídicos indeterminados que “aluden a una realidad cuyos límites no es posible precisas completa-

mente a través de su solo enunciado” (Marín Hernández, 2007, pág. 204) presentan como sostiene el profesor Cassagne “una estructura compleja que, sin embargo y como regla general, no admiten más que una solución justa” (2008, pág. 12).

Pues bien, esa solución justa debe originarse en la Constitución. Y sostengo esto, en razón de que la función de la Constitución no solo se ciñe a regular la organización del Estado y las relaciones entre el Estado y los individuos sino, además, la Constitución regula también las relaciones entre particulares.

Como lo expresa Guastini:

“(...) la idea es que la Constitución deba ser inmediatamente aplicada también en las relaciones entre particulares, al menos siempre y cuando la controversia de que se trate no pueda ser resuelta sobre la base de la ley, ya sea porque la ley muestra lagunas, o porque la ley sí ofrece una solución, pero tal solución parece injusta” (2010, pág. 155).

Es evidente que, si enlazamos la concepción de la discrecionalidad administrativa junto con los conceptos de aplicación inmediata, fuerza vinculante e interpretación conforme<sup>1</sup>, nos encontraríamos frente a un escenario en el cual, los servidores públicos ejercerían un control de constitucionalidad al examinar a través de la interpretación y posterior aplicación, la conformidad de las leyes, reglamentos, con la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos<sup>2</sup>. Claro está, que esta actuación estaría bajo fiscalización posterior, vía jurisdiccional, por parte de los jueces y tribunales. Como veremos a continuación,

---

<sup>1</sup>Acogemos la propuesta de Ricardo Guastini sobre la constitucionalización del ordenamiento jurídico en la cual explica la serie de condiciones de un ordenamiento impregnado por las diversas características de la norma constitucional, entre ellas, la aplicación inmediata, sobre interpretación, y fuerza vinculante, así como, la interpretación conforme de la ley. Ver la obra “Interpretación, estado y constitución”, Lima, 2010, ARA.

<sup>2</sup>Aquí, es necesario explicar que nos referimos al control de convencionalidad, entendido como el examen obligatorio que realiza todo servidor público, en un caso concreto, respecto a la compatibilidad o no de actos o normas internas y las disposiciones de la CADH y otros celebrados por el Estado ecuatoriano. Este control surge de la jurisprudencia de la Corte IDH aproximadamente en el año 2006.

el escenario que describiré parte de las características e instituciones jurídicas contenidas a lo largo de nuestro texto constitucional.

De acuerdo al numeral 3 del artículo 11 de la Constitución de Montecristi, que dispone:

“Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley”.

Como vemos, la Constitución ecuatoriana utiliza el término “serán” para referirse a la obligación que tiene todo servidor público, administrativo o judicial, de aplicar la norma constitucional de manera inmediata. Conviene decir, que el constituyente no lo establece como una facultad. Lo que establece, realmente, es la sujeción a la Constitución, y no solo a la ley, que se conoce como el principio de estricta legalidad (Ávila Santamaría, 2012, pág. 75). Asimismo, los destinatarios de la norma, ya no se circunscriben a los servidores públicos de la función judicial, como clásicamente se lo hacía, sino que ahora están sujetos todos los servidores públicos o cualquier persona investida de poder.

De modo similar, y frente a la aplicación legalista imperante, el profesor Gordillo manifiesta que:

“Una de las mayores dificultades de la aplicación del ordenamiento jurídico administrativo, es a partir de las normas y los principios supranacionales y constitucionales, y luego ir subsumiendo en ellas las normas de rango legislativo y reglamentario con decreciente valor normativo. El no jurista tiende a invertir el orden de jerarquía normativa y dar mayor importancia al más mínimo reglamento, aunque contravenga los principios generales del derecho, las normas y los principios legales, constitucionales y supranacionales. (...) Así como se comenten crímenes que no siempre la justicia llega a castigar, no es infrecuente que se cumpla una pequeña regla administrativa absurda, in-

justa, maliciosa, irracional, y no los grandes principios del ordenamiento jurídico”

Frente a este problema, el constituyente ecuatoriano estableció varios conceptos que giran alrededor de la supremacía de la norma constitucional. Es por ello que, en el artículo 424 comienza por establecer algunas importantes nociones que a continuación analizaremos.

Primero, la Constitución prevalece sobre cualquier otra norma del ordenamiento jurídico, a excepción de los casos en los que una norma contenida en un instrumento internacional de derechos humanos, proteja de mejor forma el derecho conculcado. Segundo, tanto las normas como los actos de todo poder público deben mantener conformidad con las disposiciones constitucionales y convencionales, caso contrario carecerán de eficacia jurídica<sup>3</sup>. Por consiguiente, la Constitución controla el contenido material y formal de toda norma del ordenamiento jurídico.

De hecho, se refuerza esta idea a través de la jerarquía normativa contenida en el artículo 425 que en su parte pertinente dispone:

“El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos. En **caso de conflicto** entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, **autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior**”. (las negritas nos pertenecen)

La norma es muy clara al sostener que en caso de identificarse una antinomia entre normas de distinta jerarquía se deberá resolver mediante la aplicación de la norma jerárquica superior, que imperturbablemente puede ser la propia Constitución o una norma convencional.

---

<sup>3</sup>Art. 424 CR. “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”.

Además, existen los restantes criterios para resolver esas antinomias como son el cronológico y el de especialidad.

Luego, el constituyente de Montecristi deja muy claro la sujeción categórica de cualquier persona, autoridad e institución a la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos. La norma contenida en el artículo 426 manifiesta que:

“Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos”.

Dicha disposición, me atrevo a sostener, es la piedra angular de la supremacía de la norma Constitucional. Se vuelve a mencionar la obligación de toda autoridad y servidor público de aplicar directamente las normas constitucionales y convencionales siempre que las mismas protejan de mejor forma los derechos.

Es de esta forma que la Constitución reconoce una serie de mecanismos que tanto autoridades como servidores públicos, deben observar obligatoriamente al momento de resolver una controversia<sup>4</sup>. Es importante mencionar que, acerca del modelo de control constitucional que impera en el Estado ecuatoriano, existe un debate que ha provocado que la Corte Constitucional ecuatoriana se haya decantado por definir a través de su jurisprudencia que en el Ecuador únicamente existe el control concentrado de constitucionalidad, en razón de que los jueces y tribunales que consideren que una norma jurídica es contraria a la

---

<sup>4</sup>Es importante manifestar el contenido del artículo 76 de la Constitución ecuatoriana que manifiesta: “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas.”

Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional.

Debo recalcar que tanto la norma constitucional como su posterior interpretación por parte de la Corte Constitucional, consideran a los jueces como los únicos destinatarios, quienes al identificar la aparente inconstitucionalidad de la norma deben suspender la tramitación del proceso y realizar la consulta. Mientras que las normas contenidas en los artículos precedentes se refieren a todos los servidores públicos, el artículo 428 menciona únicamente a los jueces.

A modo de ejemplo, me permito exponer un caso mediante el cual se demostrará que los servidores públicos están en la obligación de aplicar de forma inmediata las normas y principios constitucionales y convencionales en sus resoluciones y actos administrativos.

## **Inscripción de candidatura Izquierda democrática contra Junta Provincial electoral del Azuay.**

El caso se inscribe dentro del campo del derecho electoral. Los hechos giran en torno a la inscripción de las candidaturas de una lista a nivel provincial, la misma que cumpliendo los requisitos y procedimientos establecidos en la Constitución y la ley (el denominado Código de la democracia) inscribe a sus candidatos y posteriormente, es la dirección nacional del propio movimiento político que realiza una observación a la inscripción por contravenir, a decir de ellos, una norma contemplada en el estatuto del movimiento político. La norma estatutaria manifiesta como requisito para la inscripción de las candidaturas provinciales, la firma (autorización) de quien presida el movimiento político a nivel nacional. Es por ello, que desde la dirección nacional de dicho movimiento político se solicita a la autoridad administrativa – Junta Provincial Electoral- que niegue la inscripción de dichos candidatos.

La autoridad administrativa provincial acoge dicha petición y otorga un periodo de tiempo para que el movimiento político enmiende dicho error. Sin embargo, los representantes provinciales del movimiento sostienen que ni la Constitución y la ley de la materia, establecen ese requisito y que, la autoridad administrativa debe desechar la solicitud planteada por la dirección nacional de su movimiento político. Al encontrarse con la negativa por parte de autoridad administrativa

provincial, impugnan el acto administrativo que es resuelto por el Tribunal Contencioso Electoral el cual realiza un análisis de los hechos y de la actuación de la autoridad administrativa y manifiesta que:

“Por mandato constitucional la Junta Provincial del Azuay **está obligada a obedecer** las disposiciones contenidas en los siguientes artículos<sup>5</sup> [*por lo que*] La resolución de la Junta Provincial Electoral de Azuay, no logró concatenar las normas jurídicas con los hechos fáctivos, ya que en ninguna parte establece con certeza cuál es el requisito incumplido en la Constitución y la Ley (...)” (Sentencia Movimiento Izquierda Democrática, 2016, págs. 23-24) (las negritas nos pertenecen).

Asimismo, manifiesta que:

“Si bien es cierto la estructura y condicionales para el funcionamiento de las organizaciones políticas previstas en los artículos 108 y 109 de la Constitución, determinan los requisitos para la constitución y reconocimiento de los mismos, **sus estatutos deben guardar conexidad con las normas constitucionales** y del sistema electoral. . .” (2016, págs. 24-25) (las negritas nos pertenecen)

Finalmente, el órgano jurisdiccional manifestó que la Junta Provincial Electoral de Azuay, incumplió con lo dispuesto en el artículo 76 numeral 7 literal 1) de la Constitución al negar la inscripción de dichas candidaturas.

Esto evidencia que el propio tribunal jurisdiccional, advierte que la autoridad administrativa debe observar obligatoriamente las normas constitucionales al momento de resolver una solicitud o recurso en la vía administrativa. El citado tribunal, hace un llamado de atención a la junta provincial por cuanto ésta debió aplicar las normas constitucionales para resolver el caso. Tomando las palabras de Gordillo, se puede decir que “los argumentos de mente burocrática para no actuar son infinitos (2003, págs. VI-25) y se prefiere ignorar el deber constitucional de garantizar los derechos reconocidos en la Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos.

---

<sup>5</sup>Por motivos didácticos, me permito no transcribir la totalidad del articulado y ceñirme a mencionar cuáles son los artículos citados. Estos son el artículo 3 numeral 1; 11 numerales 1 al 9, 424,425 y 426 de la Constitución de la República.



## Conclusión

En consecuencia, y recordando el famoso caso *Marbury vs. Madison*, la autoridad administrativa, en el presente caso, se encontraba frente a un deber específico asignado por la Constitución y la ley, siendo que derechos individuales dependían del cumplimiento de este deber, es claro que el individuo que se considera agraviado tenga el derecho de recurrir a las leyes por un remedio (Solá, 2006, págs. 181-182).

Si bien es cierto que el control difuso conlleva a que existe una multiplicidad de resoluciones, también lo es que todas ellas podrán ser revisadas, en su última instancia, por la justicia [ordinaria] manteniendo la seguridad jurídica (Arteaga Nava, Elisur; García Ramos, Ileri, 2012, pág. 468), por lo que, el citado control no rompe con el principio de presunción de legitimidad y legalidad de las leyes. Nuestra tesis, toma esta facultad y amplía los sujetos que pueden revisar y desvirtuar dicha presunción, a todo servidor público no judicial.

En definitiva, he tratado de establecer un primer esbozo respecto de esta obligación constitucional que permitiría a los servidores públicos aplicar de forma inmediata la norma constitucional y dejar por fuera, esto es, no aplicar una norma jurídica por contravenir el contenido de normas constitucionales. Como sostiene Rojas Franco “La Constitución como fuente suprema del poder administrativo es a la vez el sustento de su legalidad” (2007, pág. 102). Por lo que no habría impedimento Constitucional ni legal para que un servidor público no judicial realice tal control. Más, debo mencionar que esta obligación se extendería no solo a verificar la compatibilidad con la Constitución, sino que también se debe realizar un control de convencionalidad, que ha sido establecido por la Corte IDH.

## Referencias Bibliográficas

- Arteaga Nava, Elisur, y García Ramos, Ileri. (2012). La nueva división competencial del Poder Judicial en materia de control difuso constitucional y convencional. En J. P. Pampillo Baliño y M. A. Munive Páez (Eds.), *Obra Jurídica Enciclopédica en homenaje a la Escuela Libre de Derecho en su Primer Centenario* (pp. 457–476). México, México: Porrúa.
- Cassagne, J. C. (2008, septiembre). *www.cassagne.com.ar*.

- Ferreira, R. G. (2011). Enfoque sobre el mundo del Derecho. Constitución y derechos fundamentales. *Academia*, 243–282.
- García Amado, A. (2014, junio). *www.garciamado.es*.
- Gordillo, A. (2003). *Tratado de Derecho Administrativo*. Lima: Ara editores.
- Guastini, R. (2010). *Interpretación, estado y constitución*. Lima: ARA.
- López Olvera, M. (2014). *El control de convencionalidad en la administración pública*. México: Liber Iuris Novum.
- Marín Hernández, H. (2007). *Discrecionalidad Administrativa*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Pérez Royo, J. (2007). *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons.
- Rendón Huerta, T. (2012). *Los conceptos jurídicos indeterminados en el Derecho Administrativo*. Quito: Cevallos.
- Rojas Franco, E. (2007). *Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo*. Guayaquil: Edilex S. A.
- Sentencia Movimiento Izquierda Democrática*. (2016, noviembre).
- Solá, J. V. (2006). *Control judicial de constitucionalidad*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Valladolid Zeta, V. (2007). *Introducción al Derecho Constitucional*. Lima: Grijley.
- Ávila Santamaría, R. (2012). *Los derechos y sus garantías ensayos críticos*. Quito: CEDEC.

# El autor

Diego Francisco Idrovo Torres

Es Abogado de los Tribunales de Justicia y Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales por la Universidad de Cuenca, Magister en Derecho mención Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador. Es profesor de Teoría Constitucional y Derechos Humanos en la carrera de Derecho de la Universidad Católica de Cuenca. Actualmente cursa sus estudios de Doctorado en Derecho en la Universidad Nacional de Mar del Plata –Argentina y se desempeña como Coordinador Académico del programa de Maestría en Derecho Constitucional mención Derecho Procesal Constitucional en la Universidad Católica de Cuenca.



# Capítulo 7

---

**La reforma constitucional:  
¿fricción entre política y derecho?**

---

Juan Francisco Delgado Ponce

## Introducción

La reforma constitucional forma parte del acostumbrado abordaje de la teoría constitucional, que tiende a tratarse en forma irreflexiva y mecánica a manera de una reiteración de conceptos que bien pueden ser el producto de la consolidación del constitucionalismo de posguerra.

Esta práctica del todo lesiva a la ciencia del Derecho ha motivado que asuntos como la relación existente entre la reforma, la política y el Derecho, pasen desapercibidos y sean ignorados en el contexto de comprender el significado del ejercicio del poder constituyente derivado y la relevancia que el mismo tiene para la sostenibilidad de los procesos de autodirección política social.

En este contexto, el presente documento plantea elementos que procuran revivir y alimentar el debate del alcance de la política cuando entra en contacto con el Derecho, particularmente en el escenario de la reforma constitucional, pretendiendo establecer bases que soporten una respuesta válida a la pregunta de si en aquel espacio existe verdaderamente una fricción entre política y Derecho.

La pertinencia del análisis se consolida frente a la coyuntura latinoamericana y particularmente la ecuatoriana, en cuyo seno el debate del alcance del poder de reforma y su concreción práctica frente al escenario de efervescencia social exigen alternativas de respuesta desde la academia.

## Metodología

El abordaje del presente artículo se propone desde un análisis dogmático de las instituciones jurídicas y políticas que giran en torno a la reforma constitucional, y de las relaciones que se presentan entre las mismas.

Los distintos enfoques posibles en torno al tema, justifican la metodología propuesta con miras en alcanzar un resultado objetivo que se transforme en un aporte al debate sobre los procesos de reforma que contemporáneamente se llevan a cabo, particularmente en los países latinoamericanos. Desde esta visión, el análisis no procura recetar soluciones sino que promover el debate y formulación de las mismas desde la academia.

## Discusiones y conclusiones

Abrir el debate sobre el alcance de la reforma constitucional y sus limitaciones en el contexto del orden político social promueve ineludiblemente el cuestionamiento de la injerencia de “lo político” sobre “lo jurídico”. Desde esta perspectiva, preguntarnos por una posible fricción entre “la política” y el Derecho resulta una labor de compleja solución, con enfoques previsiblemente polémicos.

El tema encuentra una complejidad aún mayor si de lo que se trata es de circunscribir dicho debate a la realidad ecuatoriana, marcada por una tradición de sustitución constitucional que coloca en su haber veinte constituciones (diecinueve según quienes consideran a la del año 1998 como una simple codificación de la norma fundamental de 1979), reflejando un promedio de 9,3 años de vigencia por cada norma, en aproximadamente 181 años de vida republicana<sup>1</sup>, debiendo reparar que en tal grupo se contemplan varias constituciones con una vigencia en mucho menor a la indicada y otras con un período de vigencia un tanto más extenso<sup>2</sup> (Salgado Pesántez, 2004).

Así propuesto el panorama, el análisis que se intenta no puede obviar el abordaje de aspectos relevantes como el valor de la constitución en tanto expresión jurídica de la voluntad política, la naturaleza de la reforma constitucional como herramienta al servicio de la política, y la realidad normativa de la reforma constitucional en el Ecuador.

### **La constitución como expresión jurídica de la voluntad política**

La historia nos enseña que el surgimiento del Estado, como paradigma del ideal político social, se asocia indisolublemente al progresivo incremento en la complejidad de las sociedades humanas, alcanzando su concreción en los albores de la edad moderna, fundamentalmente gracias a los procesos revolucionarios gestados en aras del paradigma liberal (Borja Cevallos, 1991).

Desde esta innegable realidad que conserva la esencia del apetito asociativo del ser humano se han estructurado décadas de constructos que, desde la ciencia política, rescatan el valor de la organización social con sustento en la idea contractualista rousseauiana, pero que en definitiva coinciden en el concepto de unidad como predicado del poder al mejor estilo de Hobbes. Este concepto de unidad -no sin dificultad- ha conseguido afirmarse como elemento que dota al poder del atributo de

imperium que le es propio, lo cual le valió echar mano del concepto de la soberanía, devenida en popular, en función de afirmar la existencia de un poder que proviene del pueblo y se ejerce en su nombre, bajo la consigna de un pacto que haga posible el autogobierno permanente de la sociedad.

La duda que espontáneamente sigue a lo afirmado es la que apunta al mecanismo que permite cumplir con la compleja y necesaria tarea de recoger objetivamente, y bajo un presupuesto de estabilidad, el acuerdo que alcanza la sociedad y los términos en los que el mismo debe ser puesto en marcha. Al respecto, sin rodeos es posible afirmar, siguiendo la teoría política y jurídica más difundida, que dicho instrumento es la Constitución (Pérez Royo, 2010).

Así, surge la Constitución como un instrumento jurídico de carácter ordenador, receptor y continente por tanto de los términos en los que se formaliza el pacto social, el contrato social en la terminología de Rousseau. Es así como se vuelve innegable la afirmación de que por su propia naturaleza, más allá de una norma jurídica, la Constitución tiene un carácter eminentemente político, aun cuando la etiqueta que se coloca en su nomenclatura no incluya dicho término; la Constitución es norma que permite la expresión jurídica de la voluntad política de la sociedad. (Pérez Royo, 2010)

Si de lo que se trata es de construir un orden político partiendo de la Constitución como presupuesto instrumental básico, habremos entonces de aceptar que aquella debe afirmarse forzosamente como norma jurídica de carácter supremo, que subordine a sus contenidos formales y materiales el ejercicio del poder tanto en las esferas privadas cuanto en las públicas, incluido en este último ámbito de manera primaria pero no exclusiva al legislador. Lo dicho deja de manifiesto una clara relevancia de la Constitución como reflejo del momento de “lo político”, y herramienta e instrumento atemperador de “la política”<sup>1</sup>.

Resulta sencillo bajo tal razonamiento afirmar la complejidad de la tarea que asume en este espacio el legislador constituyente, quien contrae la obligación de instituirse en el traductor jurídico de la voluntad política del grupo, resolviendo la paradoja de tener que expresar normativamente un deber ser social que procure la mayor coincidencia

---

<sup>1</sup>La distinción entre “lo político” y “la política” puede apreciarse con alguna nitidez en el análisis de las ideas de Carl Schmitt y Hannah Arendt, en tanto el primero de los términos mencionados se inscribe en la órbita del momento fundacional, de lo instituyente, y el segundo a un segundo momento, relacionado con la administración de lo instituido. (Retamozo Benítez, 2009)



o cercanía con el ser social, proyectándolo en un orden político resguardado por el Derecho, que haga posibles los fines que dan motivo a la génesis de la asociación, para lo cual deviene imprescindible imponer coercitivamente en determinados espacios los correctivos que demande la construcción artificial del orden social (Pérez Royo, 2010). Será en estos términos que podremos afirmar, siguiendo a García Pelayo, citado por Javier Pérez Royo, que nos encontramos frente a una constitución racional-normativa, cuyo poder descansa más en la legitimidad de sus contenidos y por tanto en su voluntario acatamiento, que en el esfuerzo coercitivo para su obligado cumplimiento (Pérez Royo, 2010).

## **La reforma constitucional como herramienta de la política**

Si hemos sostenido hasta aquí con el apoyo de la ciencia política y la dogmática constitucional que la Constitución se torna en un elemento ordenador de alcance político y valor jurídico que articula y trasluce la voluntad del soberano, el pueblo, nada extraño resulta intuir la relevancia que en este contexto juegan las herramientas que hagan posible sostener el vigor de la norma fundamental frente a la volatilidad del ser social y los permanentes cambios que este enfrenta en función de su evolución.

Lo dicho conduce a sostener, en contra de la clásica teoría de la rigidez constitucional, que la Constitución, en procura de no convertirse en texto semántico que, apelando a la terminología de Loewenstein, se transforme en un disfraz y no en un traje que se ajuste a la real dimensión del cuerpo social (Loewenstein, 1986), debe adquirir un cierto grado de dinamismo que le posibilite lograr adaptabilidad y por tanto garantizar su supervivencia, claro está hasta el límite en que aquello no implique su desnaturalización y se vuelva imperante un cambio de constitución.

Surgen en este contexto dos puntales de la teoría de la Constitución que derivan de su afirmación como norma suprema: la interpretación constitucional y la reforma constitucional, instrumentos que alimentan la afirmación del dinamismo de la norma constitucional en su aspiración de continuar respondiendo a los términos del pacto social. En este sentido, interpretación y reforma se instituyen como los principales canales conductores a través de los cuales la voluntad política recompone su expresión jurídica, procurando el resguardo de la fuerza normativa de la Constitución.

La diferencia, desde luego, será de grado. La interpretación constitucional se configura en el mecanismo que, en la terminología de Konrad Hesse, permite la “mudanza constitucional” o “mutación constitucional” según las palabras de García Pelayo, siendo este el sendero de los llamados procesos de modificación informal de la Constitución, que por ser tales deben responder a unos límites que se estiman imprescindibles en favor de del aseguramiento de la supremacía normativa de la Constitución (Sant’ Ana Pedra, 2012).

No obstante, cuando la mudanza constitucional no es posible, sea porque los límites de su desarrollo lo imposibilitan, o porque sus efectos comportarían la desustancialización del texto constitucional, cobra relevancia la reforma constitucional, también denominada poder de revisión, concebida como el mecanismo de última ratio al que es posible recurrir en vías de salvar la eficacia de la Constitución como norma jurídica, generando su adaptación a las nuevas circunstancias del contexto social. Lo anterior implica, por tanto, devolver temporalmente el momento de “la política” al de “lo político”, en función de ajustar el orden instituido, sin llegar al extremo de la “revolución” en el sentido anotado por Hannah Arendt, como momento instituyente que, bajo un remozado concepto de libertad, rompe absoluta e irremediamente con el orden vigente y lo reformula en su integridad sustituyéndolo por uno nuevo (Retamozo Benítez, 2009). La reforma se configura de esta manera como un instrumento que, en tanto invocado por las necesidades de “la política”, sirve a la misma como válvula de desfogue de la presión social que, desde la reconsideración del espacio de libertad con el que cuenta en el contexto de la estructura de poder contingente (materializada en la Constitución), exige un reajuste capaz de devolver la legitimidad al texto de la Norma Fundamental como principal fundamento de su supremacía y fuerza normativa.

De lo dicho se infiere el carácter extraordinario de la reforma constitucional, que guarda sustento en un presupuesto lógico e insustituible: la necesidad social expresada políticamente. Será por tanto este y no otro el aspecto más sensible a tomar en cuenta al momento de adoptar la decisión de activar el poder de revisión constitucional, resultando pertinente ante esta realidad preguntarse por la existencia de parámetros objetivos y ciertos que permitan cumplir con la compleja tarea de identificar la necesidad social.

¿Basta con la sola expresión mayoritaria realizada por intermedio de mecanismos de participación democrática? ¿Es posible la intervención de terceros en la revisión de la procedibilidad y posterior interpre-

tación de aquella voluntad popular que merezca respuesta en la reforma constitucional? ¿Cabe la sustitución del pronunciamiento popular por el análisis sociológico e incluso estadístico de la necesidad de una revisión al texto constitucional?, son ciertamente interrogantes que brotan de manera espontánea tras lo dicho. Una tentativa de respuesta a las preguntas planteadas, desde luego, rebasa el alcance del análisis aquí propuesto, sin embargo de lo cual nos permitimos sugerir que ningún intento de contestación prescinda de la consideración de criterios como la maleabilidad de la voluntad política y lo que es más complejo aún, la exposición de la misma al riesgo de ser interpretada por agentes externos que, a título de ejercicio del poder político, asumen a la soberanía como un presupuesto transferido con la potestad de mando que les confieren la organización política y las normas que la regulan.

De todos modos, sea cual fuere la respuesta a las interrogantes planteadas, es claro que la importancia de la reforma constitucional se traduce en el fin de poner en marcha el más puro sentido de autodirección política permanente de la sociedad, presupuesto esencial de un Estado democrático en la contemporaneidad, en tanto persigue la implementación de un “sistema mejor”, que responda a un nuevo principio de legitimidad determinado en coherencia con los fines sociales (Pérez Royo, 2010).

Lo dicho encarna en el concepto de “pertinencia” de la reforma, al cual se articula y del cual depende en forma directa la legitimidad del proceso y del resultado de la revisión constitucional. La necesidad del cambio, en tanto eje articulador y plataforma sobre la cual debe levantarse un proceso de reforma con pretensión de normatividad, trasciende entonces de una simple cuestión formal o una apreciación subjetiva de determinados sujetos políticos,

en tanto debe expresar el fiel reflejo del interés social democráticamente concebido, no ya desde una dimensión de la democracia formal o de mayorías sino inclusive desde un concepto de democracia sustancial, empleando la terminología de Ferrajoli (Ferrajoli, 2009). Sobre lo manifestado habremos de coincidir con Dieter Nohlen, quien con absoluto sentido pragmático ha sostenido el criterio de pertinencia en el marco del orden constitucional y los procesos para su reforma, al manifestar que: “No existe un mejor sistema que se pueda transferir o implementar. El sistema preferible es el que se adapte mejor. O sea, el que se diseña tomando en cuenta las condiciones de contexto, de lugar y tiempo” (Nohlen, 2008)

La reforma constitucional, desde esta perspectiva, se afirma como herramienta de “la política” en aras de viabilizar su actividad en un marco de legitimidad. De ello se sigue que todo intento de reforma que escape a tal imperativo asume per se el riesgo de verse obligado a transformar el poder político en un ejercicio de fuerza y no de autoridad (Passerin D’Entrevés, 2001), en donde la Constitución asumirá el papel de institucionalización del transpersonalismo (Verdugo Marinkovic & García Barzelatto, 2011).

## Derecho y reforma constitucional

El discurso acerca de la trascendencia de la reforma constitucional explicita las razones del especial control que la misma requiere, así como pone en evidencia las exigencias mínimas a considerar en el desarrollo de un proceso de tal envergadura.

En este contexto, el Derecho, como ciencia social e instrumento destinado a resguardar el valor de la certeza en el entorno del orden político, adquiere valor esencial en la función de limitación que el proceso de revisión constitucional demanda, en tutela del contenido constitucional. Sostenemos que la antes referida limitación deberá establecerse, al menos, en dos espacios esenciales: a) los tipos de reforma o revisión constitucional admisibles por el orden jurídico; y, b) el alcance, procedimiento y restricciones que corresponden a cada uno de aquellos tipos reforma. Concentraremos nuestra atención brevemente en cada uno de los indicados espacios.

### *Los tipos de reforma constitucional*

El análisis de la realidad en el contexto comparado permite observar que el poder de revisión constitucional se encuentra presente como herramienta en la generalidad de las constituciones de los Estados contemporáneos. Tal situación, como lo ha hecho notar Humberto Nogueira Alcalá, no obedece a una coincidencia o casualidad sino a “la realidad irrefutable [de] que los textos constitucionales deben adecuarse a las nuevas realidades políticas, económicas, sociales y culturales” (Nogueira Alcalá, 2010). En la línea del citado autor, el ideal de constituciones inmutables, establecidas de una vez y para siempre con el objeto de regular los aspectos más esenciales de la vida política social, devienen en utópicas y por lo tanto inaceptables.

Sin embargo, la reforma constitucional, aun cuando se encuentra presente en los textos constitucionales de una amplia mayoría de Estados, no adopta una sola forma ni un mecanismo, por cuanto aquella emplea distintos mecanismos jurídicos de manifestación según el orden político al que nos refiramos.

El primer criterio de distinción puede identificarse en la naturaleza de la reforma, es decir, en la caracterización de la misma como un mecanismo agravado o un mecanismo ordinario de modificación normativa, factor que se conecta en forma directa, como es previsible, con la presencia de una constitución rígida o flexible. Al respecto, siguiendo el criterio de Nogueira Alcalá podemos afirmar que en el derecho comparado la generalidad de las constituciones son de tipo rígido o al menos semirrígido, exceptuándose de aquello algunas como la inglesa o la israelí (Nogueira Alcalá, 2010).

Un segundo criterio nos sitúa frente a la distinción de la reforma según su alcance; en este sentido, se ha sostenido en doctrina que la reforma puede ser parcial o total, según si la profundidad del proceso de revisión constitucional alcanza unos contenidos reducidos o más amplios, respectivamente. No obstante, sobre el tema conviene incorporar la observación que compartimos desde el aporte de Nogueira Alcalá, quien ha señalado que la reforma parcial habrá de entenderse no ya en un sentido de sustitución constitucional o cambio de constitución, sino en la afirmación de un amplio alcance de la reforma constitucional, que sin embargo no tiene admitido alterar los principios básicos de la fórmula político-constitucional, ya que ello comportaría una abolición de la Constitución, reemplazándola por una nueva, con lo cual se tornaría imperante la presencia de una Asamblea Constituyente de configuración democrática y pluralista, es decir, la actuación del poder constituyente originario (Nogueira Alcalá, 2010).

En este punto es posible tomar como referencia a la Constitución española (1978), marco de severas críticas en el contexto de la regulación constitucional de la reforma, en la que es posible distinguir entre dos procedimientos de reforma, que difieren según su alcance. Por una parte se encuentra el denominado “procedimiento ordinario”, regulado en los artículos 166 y 167 de la Norma Fundamental española, con un alcance amplio que debido a su formulación, habrá de entenderse alcanza a cualquier disposición del texto constitucional, con excepción de aquellas que exigen su tramitación a través del denominado “procedimiento especial”, regulado en el artículo 168 del mencionado cuerpo normativo. Para el caso citado, la diferencia se materializa fundamen-

talmente a través de las limitaciones de alcance y el procedimiento a seguir en cada supuesto (García Cuadrado, 2002).

Sin perjuicio de lo anterior, habrán de considerarse en este contexto especies de reforma constitucional que, en el marco del criterio que valora el alcance de la misma, no calzan con las mencionadas categorías (reforma parcial y total); al efecto quepa mencionar el caso de la Constitución Ecuatoriana (2008), cuyos artículos 441, 442 y 443 determinan tres posibilidades claramente diferenciables de alteración del texto constitucional en función de su magnitud: la enmienda constitucional, la reforma parcial y la convocatoria a Asamblea Constituyente, siendo necesario precisar que la última no corresponde ya a una especie de reforma, sino al contrario, a un cambio de Constitución.

Finalmente cabe referirnos a aquellas especies de reforma constitucional que varían según el objeto que persiga la modificación constitucional; ejemplos de ellas, acorde con la propuesta de Diego Valadés (Valadés, 1977), son las siguientes:

- a) Reforma actualizadora, encaminadas a renovar el contenido de una disposición existente en función de la evolución social, a fin de responder a la realidad social actual;
- b) Reforma correctiva, destinada a reubicar normas o corregir el contenido de disposiciones de defectuosa redacción, sin alterar su contenido;
- c) Reforma Innovadora, llamada a introducir o suprimir elementos que no existían o desaparecen en el texto constitucional; y,
- d) Reforma Explicativa, tendiente a precisar o especificar el contenido de una norma constitucional de difícil u oscura comprensión, sin alterar su contenido preestablecido.

No obstante la diversidad de clasificaciones posibles para el proceso de reforma constitucional, habremos de insistir en que todas ellas, a pesar de sus especificidades, mantienen en común un rasgo diferencial: la sujeción a unos límites y limitaciones que se enmarcan en el contexto de la tutela de determinados contenidos constitucionales, aspecto sobre el que nos pronunciaremos a continuación.

#### *Los límites y limitaciones a la reforma constitucional*

Cabe partir desde la esencial distinción entre aquello a lo que en materia de competencias debemos llamar límites y las denominadas limitaciones, correspondiendo las primeras al alcance de la competencia

y la segunda al conjunto de reglas y normas en cuyo contexto se ejerce una competencia, dentro del alcance de sus límites.

En consonancia con lo manifestado podemos establecer que al igual que el ejercicio de otras competencias, la de reforma constitucional cuenta con unos límites y unas limitaciones predefinidas, cuya configuración guarda estrecha relación con el tipo de reforma del que se trate y, por tanto, correspondencia con el tipo de texto constitucional ante el cual nos encontremos, es decir, si se trata de una Constitución con mayor o menor rigidez.

Nogueira Alcalá ha señalado que el poder de revisión constitucional no es un Poder Constituyente sino un poder constituido que, como tal, tiene límites a los que debe sujetarse, siendo que todo ejercicio del mismo que rebese aquellos se manifestaría como un poder “extra y contra ordinem” (Nogueira Alcalá, 2010), que se abrogaría la condición de poder constituyente originario. Con respecto a lo indicado, pese a concordar con el criterio del citado profesor, en tanto concibe al poder de reforma como un poder sujeto a límites y también limitaciones, es importante precisar, concordando con Rafael Oyarte, que contrario a lo sostenido por Nogueira Alcalá estimamos que el poder de revisión, también denominado poder constituyente derivado, es afirmativamente poder constituyente, no obstante que su alcance sea (y deba ser) restringido en cuanto a su temporalidad y atribuciones en relación con aquel al que se ha dado por llamar poder constituyente originario. Lo expresado deriva, a nuestro criterio, de la afirmación, por una parte, del principio de supremacía constitucional según el cual una mayor rigidez constitucional volvería insostenible la posibilidad de que, ordinariamente, la modificación del texto constitucional sea posible para el poder constituido; y, por otra parte, tiene coherencia con la aplicación del principio del paralelismo de las formas, conforme al cual las cosas, en materia jurídica, se deshacen de la misma manera en la que se hacen, permitiendo con ello reafirmar la noción de supremacía del texto constitucional (Pérez Royo, 2010).

Sobre la base de lo anterior estimamos pertinente, para una adecuada comprensión del tema, distinguir nítidamente entre las formas de ejercicio del poder constituyente, el cual podrá afirmarse como originario cuando se trate de aquel poder supremo, positivamente ilimitado, a través del cual se establece un nuevo orden constitucional; distinto del denominado poder constituyente derivado o de revisión, caracterizado por su sujeción a limitaciones positivas y subordinado al poder constituyente originario, aunque supremo en relación con los poderes

constituidos, a través del cual se instrumentan únicamente procesos de reforma o ajuste al texto constitucional (Oyarte Martínez, 2014). De esta manera es posible sostener que la exigencia propia a un proceso de revisión constitucional demanda la presencia del poder constituyente, aun cuando este se ejerza a través de órganos del poder constituido, los cuales sin embargo, de manera temporal y reglada, asumen un carácter supra ordinado que los coloca en condición de superioridad y por tanto supremacía en relación a otros poderes constituidos, en función de la delegación que el poder constituyente originario positiviza en el texto constitucional, ante la conciencia de que una vez aprobada la norma constitucional aquel deberá desaparecer (Marín Castillo & Zuluaga Duque, 2013).

Con la aclaración que antecede podemos sostener que el poder constituyente derivado o poder de revisión es por naturaleza limitado, siendo que su alcance le permite exclusivamente llevar a cabo modificaciones o reformas a la Constitución en el contexto de las limitaciones que le han sido determinadas, y en ningún caso sustituir la misma o llevar a cabo un proceso fuera de las antedichas limitaciones.

De igual forma es posible sostener que el poder constituyente derivado tiene limitaciones establecidas en función de la protección de determinados contenidos constitucionales, situados al decir de Nogueira Alcalá en los “principios político-jurídicos supremos establecidos por el Constituyente” (Nogueira Alcalá, 2010). Tales limitaciones pueden ser situadas en dos categorías:

- a) Implícitas: Aquellas que no encontrándose positivamente expresadas en el texto constitucional, condicionan el ejercicio del poder de reforma al respeto de determinados contenidos, usualmente situados en el consenso supranacional, tal el caso de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.

Rafael Oyarte, con respecto de las indicadas limitaciones cita como tales aquellas que le son aplicables al poder constituyente originario, entre las que encontramos a la soberanía popular, la separación de poderes, los derechos humanos y la dignidad de la persona humana (Oyarte Martínez, 2014).

- b) Explícitas: Se trata de aquellas establecidas de manera expresa en el texto constitucional, pudiendo ser de dos tipos:
  - a. Formales, las que determinan requisitos de forma y/o procedimentales para llevar adelante la reforma constitucional. Entre ellos se citan como los más comunes la presencia de



quorum o mayorías especiales, un número mayor de debates o la aprobación por legislaturas sucesivas (Oyarte Martínez, 2014), o aquellos vinculados a la iniciativa de reforma, conforme lo hace notar Nogueira Alcalá.

- b. Materiales, establecidas en tutela de determinados contenidos constitucionales considerados sensibles para la organización política, a través de mecanismos como las cláusulas de intangibilidad o aquellas que determinan plazos de espera, tal el caso de la Constitución paraguaya de 1992 que restringió la posibilidad de su reforma durante un lapso de 10 años, o de proponer nuevas enmiendas sobre un asunto materia de enmienda derogatoria durante los 3 años posteriores a la aprobación de esta (Nogueira Alcalá, 2010).

En relación con las cláusulas de intangibilidad, también denominadas cláusulas pétreas, conviene resaltar que las mismas recaen comúnmente sobre aspectos relativos a la forma de gobierno, forma de Estado, el contenido de los derechos y garantías constitucionales o los procedimientos de reforma constitucional, aspectos que quedan reservados únicamente para el poder constituyente originario, en tanto hacen parte de la decisión del soberano, el pueblo, el cual pese a aprobar la Constitución en ningún momento se despoja de la titularidad del poder originario (Trujillo, 2013).

Los límites y limitaciones que hemos referido de manera sumaria ponen en evidencia la función del Derecho en relación con los procesos de reforma constitucional, traducida en la dotación de mecanismos de garantía de su desarrollo en conformidad con las posibilidades que el constituyente originario, reconducido al pueblo como titular del poder soberano, ha admitido.

Lo dicho nos habilita para afirmar, de manera sintética, que el Derecho actúa como herramienta de garantía democrática, en tanto a través de la delimitación de los tipos y alcance de la reforma constitucional hace posible el blindaje de los cimientos del pacto social, instituyendo su intangibilidad o el agravamiento de los procesos para que su modificación se admita como procedente y los resultados de esta como legítimos.

## La reforma constitucional en el Ecuador

La Constitución ecuatoriana de 2008, fiel a la tendencia de las constituciones latinoamericanas de las últimas décadas, producto del ideal de profundización democrática del denominado nuevo constitucionalismo latinoamericano (Viciano Pastor & Martínez Dalmau, 2012), contempla procedimientos de reforma constitucional que se distinguen según su alcance y limitaciones.

Los artículos 441 y 442 de la Constitución aprobada en Montecristi prevén dos formas bajo las cuales procede la reforma constitucional: la enmienda y la reforma parcial<sup>2</sup>. En cada una de ellas, como la hace notar Oyarte, se prevén alternativas de procedimiento, que difieren en función de aspectos como la iniciativa y el trámite que corresponde a cada una (Oyarte Martínez, 2014). A continuación, analizamos brevemente las especificidades de cada tipo de reforma.

### La enmienda

Pese a que en doctrina no se establece con nitidez la diferencia entre la enmienda y la reforma parcial de la Constitución (Nogueira Alcalá, 2010), el constituyente ecuatoriano decidió establecer a la primera como el mecanismo bajo el cual proceden, presumiblemente, modificaciones menores al texto constitucional; apegados a la clasificación propuesta por Valadés podríamos decir reformas correctivas o inclusive explicativas.

El artículo 441 de la Constitución ecuatoriana determina que la enmienda constitucional procede por dos vías:

- a) Mediante referéndum solicitado por el Presidente de la República o por la ciudadanía con el respaldo del al menos el 8% de las personas inscritas en el registro electoral, en cuyo caso se trata de un mecanismo de democracia directa.
- b) A través de la iniciativa presentada por un número no inferior a la tercera parte de los miembros de la Asamblea Nacional, conforme al trámite especial regulado en la norma constitucional (dos debates, el segundo dentro de los treinta días posteriores al año desde la realización del primero) y al quorum agravado de

---

<sup>2</sup>Conforme se dejó sentado antes, si bien el artículo 444 instituye la posibilidad de convocatoria a Asamblea Constituyente, aquella corresponde a un cambio de constitución y no a una reforma constitucional en estricto sentido, es decir, conlleva el ejercicio de poder constituyente originario y no derivado.

aprobación determinado para el efecto (dos terceras partes de los miembros de la Asamblea Nacional).

Sobre las dos posibilidades arriba indicadas cabe señalar, recogiendo el criterio de Oyarte, que la primera de ellas representa para el Ecuador una novedad en la tradición de procesamiento de las iniciativas de reforma como potestad exclusiva del poder público, tal como se evidencia hasta la Constitución de 1998 que confió dicha función en manos del Congreso Nacional<sup>3</sup>, aún en los casos en los que la iniciativa proviniera de la ciudadanía. No obstante, es pertinente expresar la preocupación compartida por Viciano y Martínez en cuanto a la segunda posibilidad de enmienda como rezago del constitucionalismo neoliberal, siendo que aquella se inicia y tramita enteramente en manos de la Asamblea Nacional, sin que en momento alguno quepa la participación del pueblo en forma directa a través de mecanismos de referendo.

Sin perjuicio de lo indicado es necesario establecer que el propio artículo 441 constitucional establece limitaciones que determinan la improcedencia de la enmienda en torno a aquellas iniciativas que conlleven la restricción de derechos y garantías constitucionales, que alteren la estructura fundamental de la Constitución o el carácter y elementos constitutivos del Estado, o que conlleven la modificación de los procedimientos de reforma constitucional.

#### La reforma parcial

El artículo 442 reconoce la posibilidad de la denominada reforma parcial de la Constitución, cuyas limitaciones se encuentran en la restricción de garantías y derechos constitucionales y la modificación del procedimiento de reforma constitucional, siendo viable por tanto, a través de la misma, la modificación de cualquier otra disposición constitucional, incluidas aquellas que regulen la estructura de la Constitución, así como del carácter y elementos constitutivos del Estado. No obstante, advertimos que dicha aparente apertura deberá asumirse mesuradamente en los términos de lo analizado en cuanto a los límites de la reforma constitucional.

Conforme al texto constitucional la reforma parcial procede por iniciativa de:

- a) El Presidente de la República;
- b) La ciudadanía, con el respaldo de al menos el 1 % de los inscritos en el registro electoral; o,

---

<sup>3</sup>Véase el artículo 282 de la Constitución Política del Ecuador de 1998

- c) La Asamblea Nacional mediante resolución aprobada por la mayoría de sus integrantes, es decir, por mayoría absoluta de sus miembros.

La reforma parcial deberá tramitarse por la Asamblea Nacional en todos los casos, en al menos dos debates, debiendo mediar al menos noventa días entre el primero y el segundo. La norma pese a establecer que el proyecto deberá aprobarse por la Asamblea Nacional no determina de forma expresa la mayoría que se requiere para tal aprobación. Habremos de interpretar, asumiendo un error de técnica legislativa en el constituyente, que será la mayoría mencionada para la iniciativa de reforma por parte de la Asamblea, es decir, la mitad más uno de sus integrantes.

El texto constitucional obliga a que aprobada la iniciativa de reforma en la Asamblea Nacional, la misma sea sometida, en todos los casos, a referéndum aprobatorio dentro de los siguientes cuarenta y cinco días, siendo necesario en tal escenario, para su aprobación, la confluencia de la mitad más uno de los votos válidos.

Conforme puede observarse, en ambos casos, tanto en la enmienda cuanto en la reforma parcial, no encontramos frente a limitaciones de orden cualitativo y no cuantitativo. Estimamos que la intangibilidad de los elementos dispuestos en cada caso está pactada desde su dimensión decisiva sobre la fórmula de organización política escogida por la sociedad para garantizar su autodirección política permanente.

En cuanto refiere a los derechos y garantías, la interdicción de su restricción cobra sentido desde que el constitucionalismo moderno asienta en aquellos el “derecho de mínimos” que corresponde al Derecho Constitucional (Pérez Royo, 2010), en tanto estos explicitan los elementos de consenso en los que se asienta la idea de pacto social.

Por su parte, la inmutabilidad del procedimiento de reforma constitucional, común a ambos mecanismos de reforma admitidos en el Ecuador, se explica desde la idea de que un poder limitado como lo es el de revisión, se encuentra impedido de eliminar sus propios límites en tanto aquello significaría que este asuma la condición de poder originario, generando inclusive el riesgo de ruptura de la continuidad constitucional en tanto daría lugar al absurdo de la jerarquización del poder constituyente derivado en funciones sobre el siguiente, obligado a sujetarse a las reformas en el procedimiento de reforma así aprobadas.

## Reforma constitucional: ¿fricción entre política y derecho?

El abordaje seguido nos coloca en situación de intentar una respuesta que resulte al menos razonable al interrogante planteado como título del presente documento: ¿Existe fricción entre política y derecho en el contexto de la reforma constitucional?

Inicialmente sostendremos con apoyo en los elementos analizados previamente que, en abstracto, ningún tipo de reforma constitucional per se provoca fricción entre política y Derecho, siendo que por el contrario hemos afirmado nuestra convicción de que la reforma constitucional es una herramienta con la que cuenta “la política” en un escenario en el que la norma constitucional ve debilitada su normatividad con ocasión de la evolución social, cuyas necesidades no se ven satisfechas a través del orden constitucional vigente. En este espacio, la reforma brinda la posibilidad de recomponer la expresión jurídica de la voluntad política social, instituyendo así un mecanismo de salvataje de la fuerza normativa y supremacía constitucional, desde la recomposición de su legitimidad.

Así concebida la reforma constitucional, el rol del Derecho se entiende relevante en tanto atemperador del ejercicio de aquella, respaldando la necesidad de certeza que el conjunto social requiere en momentos de un ejercicio político extraordinario como el de la reforma, en el que se ponen en juego las bases del pacto social, en términos del contractualismo, al colocar en manos de una instancia a la que podríamos bien calificar como intermedia, en tanto se sitúa entre el extremo del poder originario y del poder instituido, el poder de reforma, el reto de resolver la forma en que habrán de articularse el deber ser positivizado (en la Constitución), cuya intangibilidad se ha pactado en determinados términos, y el nuevo ser que exige ajustes capaces de responder a los conceptos de pertinencia y necesidad social.

Lo dicho nos reconduce a la noción de legitimidad de la reforma constitucional y sus resultados, los cuales en términos de Pablo Lucas Verdú, citado por Nogueira Alcalá, solo serán alcanzarán tal atributo “cuando sus fines y medios sean democráticamente ejercitados por los órganos competentes y compatibles con la idea de derecho básica, contenido fundamental o fórmula política contenida en la carta fundamental” (Nogueira Alcalá, 2010) En otras palabras, el poder de reforma que viola la Constitución formal o materialmente, genera una ruptura

jurídica y anula la continuidad constitucional, situación que únicamente cabe de forma legítima en el ejercicio del poder constituyente originario.

En estos términos, el poder de reforma está impedido de ir en contra de la Constitución por ser una derivación de aquella; lo indicado ha valido a Gustavo Zagrebelski para afirmar que en caso de violar tal impedimento, el poder constituyente derivado se vuelve un “enemigo de la Constitución” (Zagrebelsky, 2000).

Reforma constitucional, política y Derecho, por tanto, se conjugan en una fórmula que en tanto permite el ejercicio racional y reglado de la necesaria capacidad de adaptación del texto constitucional, se convierten en un mecanismo de autotutela constitucional llamado a la producción de resultados legítimos en términos de respaldo y obediencia social voluntarios. De ello se sigue que todo proceso de reforma que procure la manipulación de tal fórmula, relativizando o manipulando sus componentes al punto de producir un desbalance entre los mismos o inclusive prescindiendo de su presencia, condena a transformar al poder de revisión en un instrumento para el beneficio de fines políticos transpersonalistas que, de facto, obligan a un cambio de manos del poder soberano, y desde tal condición culminarán produciendo una real fricción entre política y Derecho.

## Referencias Bibliográficas

- Adriano Sant’Ana Pedra. (2012). *La elasticidad del texto de la Constitución como límite para las mutaciones constitucionales* (Vol. 0) (n.º 17). Descargado de <http://www.revistas.usach.cl/ojs/index.php/ideas/article/view/519>
- B., S. (2009). Ecuador: reforma constitucional, nuevos actores políticos y viejas prácticas partidistas. *Revista de Ciencia Política*, 29, 381–406. Descargado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=32414665007>
- Bazán, V., y Nash, C. (2011). *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales: Fuerza Normativa de la Constitución*. Uruguay: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V.
- Bejarano, A. M., y Segura, R. (2013, septiembre). Asambleas constituyentes y democracia: una lectura crítica del nuevo constitucionalismo en la región andi-

- na. *Colombia Internacional*(79), 19–48. Descargado 2018-06-12, de <http://revistas.uniandes.edu.co/doi/abs/10.7440/colombiaint79.2013.02> doi: 10.7440/colombiaint79.2013.02
- Borja, R. (1992). *Derecho político y constitucional*. México: Fondo de Cultura Económica. (OCLC: 642547436)
- Dieter Nohlen. (2008). Instituciones y cultura política. *PostData: Revista de Reflexión y Análisis Político*, 1261–1321.
- Ferrajoli, L., Andrés Ibáñez, P., y Greppi, A. (2010). *Derechos y garantías: la ley del más débil* (7. ed ed.). Madrid: Trotta. (OCLC: 931430606)
- Ferrajoli, L., y Ibáñez, P. A. (2014). *La democracia a través de los derechos: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. Descargado 2018-06-12, de <http://site.ebrary.com/id/11002335> (OCLC: 905857231)
- Ferreira, R. G. (2013). *Fundamentos constitucionales*. Buenos Aires: Ediar. (OCLC: 897659903)
- García Cuadrado, A. M. (2003). *Ordenamiento constitucional (un enfoque histórico y formal de la teoría de la Constitución y de las fuentes del derecho)*. Alicante: Club Universitario. Descargado 2018-06-12, de <http://site.ebrary.com/id/10663368> (OCLC: 929415193)
- Humberto Nogueira Alcalá. (2010, enero). La reforma constitucional en el constitucionalismo latinoamericano vigente. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1(129). Descargado de <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/4649/6000>
- Javier Patiño Camareña. (2014). *Constitucionalismo y Reforma Constitucional*. México: Editorial Flores/Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.
- Juan Carlos Marín Castillo, y Diana Elizabeth Zuluaga Duque. (2014, junio). Estado constitucional: marco institucional esencial para la comprensión de los límites de la reforma constitucional. *Criterio Jurídico*, 13(1). Descar-

- gado de <http://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/968>
- Loewenstein, K., y Gallego Anabitarte, A. (1986). *Teoría de la constitución*. Barcelona: Ariel. (OCLC: 434831120)
- Marinkovic, M., y Barzelatto, A. (1979). *Manual de derecho político: Las fuerzas políticas y los regimenes políticos*. Editorial Jurídica de Chile. Descargado de <https://books.google.com.ec/books?id=LoJNAAAAMAAJ>
- Martín Retamozo Benítez. (2009). *Lo político y la política: los sujetos políticos, conformación y disputa por el orden social* (Vol. 51) (n.º 206). Descargado de <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rmcpys/article/view/41034>
- Naranjo Mesa, V. (2014). *Teoría constitucional e instituciones políticas*. Bogotá, Colombia: Temis. (OCLC: 897474685)
- Nino, C. S. (1992). *Fundamentos de derecho constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Editorial Astrea De A. y R. Depalma.
- Passerin D'Entrèves, A., y Punset, R. (2001). *La noción de Estado: una introducción a la teoría política*. Barcelona: Ariel. (OCLC: 628203721)
- Pegoraro, L. (2013, abril). Constituciones (y reformas constitucionales) «impuestas» o «condicionadas». Para una reclasificación interdisciplinaria de la categoría. *Pensamiento Constitucional*, 18(18), 331–356. Descargado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/8960>
- Pérez Royo, J., y Carrasco Durán, M. (2016). *Curso de derecho constitucional*. Barcelona: Marcial Pons. (OCLC: 968789789)
- Rafael Oyarte. (2014). *Derecho Constitucional Ecuatoriano y Comparado*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Ramírez Gallegos, F. (2013, agosto). Cambio político, fricción institucional y ascenso de nuevas ideas. *Íconos - Revista de Ciencias Sociales*, 0(28), 23. Descargado 2018-06-



- 12, de <http://revistas.flacsoandes.edu.ec/iconos/article/view/211> doi: 10.17141/iconos.28.2007.211
- Salgado Pesantes, H. (2004). *Lecciones de derecho constitucional*. Quito Ecuador: Ediciones Legales. (OCLC: 718395876)
- Sánchez López, F. (2013, agosto). Uso y abuso de la reforma en Ecuador: reflexiones generales con énfasis en lo electoral. *Íconos - Revista de Ciencias Sociales*, 0(25), 9. Descargado 2018-06-12, de <http://revistas.flacsoandes.edu.ec/iconos/article/view/174> doi: 10.17141/iconos.25.2006.174
- Trujillo Vásquez, J. C. (2013a). El Poder Constituyente. En *Constitucionalismo contemporáneo: teoría, procesos, procedimientos y retos* (1. ed ed., pp. 49–87). Quito: Corporación Editora Nacional [u.a.]. (OCLC: 931439980)
- Trujillo Vásquez, J. C. (2013b). Funciones Normativas de la Constitución. En *Constitucionalismo contemporáneo: teoría, procesos, procedimientos y retos* (1. ed ed., pp. 89–118). Quito: Corporación Editora Nacional [u.a.]. (OCLC: 931439980)
- Valadés, D. (1977). Problemas de la reforma Constitucional en el Sistema mexicano. En J. Andueza y U. N. A. d. M. I. d. I. Jurídicas (Eds.), *Los Cambios constitucionales*. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Descargado de <https://books.google.com.ec/books?id=1NxktAEACAAJ>
- Zagrebelsky, G. (2005). La Constitución y sus Normas. En M. Carbonell y M. Reyes (Eds.), *Teoría de la Constitución: ensayos escogidos*. Porrúa. Descargado de <https://books.google.com.ec/books?id=iC3JAAAAAAAJ>

# El autor

Juan Francisco Delgado Ponce

El abogado Juan Francisco Delgado Ponce obtuvo su título de Abogado de los Tribunales de Justicia de la República del Ecuador en la Universidad del Azuay, realizó un posgrado de Especialista Superior en Derecho Constitucional en la Universidad del Azuay, Especialista Superior en Derecho Administrativo por la Universidad Andina Simón Bolívar y Magíster en Derecho Constitucional por la Universidad del Azuay (2017). Su trayectoria profesional se vincula al desempeño de funciones de asesoría jurídica y patrocinio en distintas áreas del derecho, particularmente en el derecho público. Cuenta con experiencia en el sector público, espacio en el cual formó parte de entidades como el Consejo de Educación Superior (CES) y el Consejo de Evaluación, Acreditación y Aseguramiento de la Calidad (CEAACES). Actualmente asesora y patrocina a clientes individuales y corporativos en las áreas del derecho público y empresarial.

# Capítulo 8

---

**Garantías sin garantismo. Un  
balance crítico de las garantías  
jurisdiccionales en la Constitución  
de 2008**

---

Holger Paúl Córdova Vinuesa

## **Apertura. Afirmación capital y planteamiento del problema**

La arquitectura institucional del Estado ecuatoriano y sus autoridades pueden adoptar decisiones que lesionen los derechos constitucionales y las libertades públicas, así como también lo pueden hacer las personas particulares. Frente a ello, el sistema constitucional consagra un grupo de garantías jurisdiccionales para encarar esas violaciones, atender los daños graves que se provoquen, renovar los servicios públicos impropios o reparar a los individuos afectados que se encuentren en estado de subordinación, indefensión o discriminación. A pesar de la consagración de estos mandatos constitucionales, el desarrollo normativo y jurisprudencial de las garantías jurisdiccionales y el conjunto de la política constitucional implementada por autoridades administrativas y operadores de justicia se han caracterizado por generar condiciones de debilitamiento, erosión y desgaste de aquellas herramientas ciudadanas para el amparo de derechos fundamentales. Esas condiciones configuran un deterioro jurídico de las garantías del Derecho de la Constitución y su sistema normativo que pueden comprometer la estabilidad y perdurabilidad de aquellos derechos. De igual manera, con un escaso andamiaje estatal propenso al respeto de las garantías, es proclive la proliferación de los abusos de poder. El modelo actual de garantías jurisdiccionales que propone la legislación y la jurisprudencia ecuatoriana disminuye la institucionalidad democrática porque promueve un ejercicio gubernativo con límites y controles que no funcionan para contener las eventuales arbitrariedades de los servidores administrativos y judiciales. El esquema garantista se desvanece por las variantes normativas generadas por los legisladores y los jueces constitucionales que, por una parte, desmontan la vocación protectora de la Norma Fundamental y, por otra, reafirman el predominio de la voluntad omnímoda del poder sobre las garantías y los derechos que aquella debería resguardar.

## **Estrategia argumentativa**

Esta contribución reconoce al poder como un elemento constituyente no natural del Estado y que requiere suficientes límites y controles para preservar los derechos y libertades públicas. A su vez, presenta el estado actual de las garantías jurisdiccionales y sus bloqueos normativos y jurisprudenciales porque considera que su efectivo funcionamiento

constituye un control al poder y un instrumento de aseguramiento de la Constitución. Más todavía, al ser el poder uno de los factores determinantes de la vida estatal, en sus distintos despliegues puede imperar una prevalencia del poder no controlado y no limitado que afectaría negativamente la realización progresiva de las reglas que ordenan la vida en comunidad jurídica. Para ello, el sistema constitucional prevé mecanismos de control que subordinan el poder a los principios y valores constitucionales.

El presente estudio examina el discurso que ofrece el Derecho de la Constitución en las garantías jurisdiccionales y las variaciones que pueden detectarse entre su regulación legislativa y los filtros jurisprudenciales emitidos por la Corte Constitucional. Afirmo que el Derecho de la Constitución en una democracia constitucional está encausado por dos axiomas centrales: i) resguardar la estructura del texto como derecho supremo y ii) consagrar la subordinación del Estado a la estructura normativa de la Constitución. La realización de la carta suprema es dotar de una realidad organizada y organizadora a toda actividad estatal. Por ello, la determinación y producción jurídica del Estado se fundamentan sobre la primacía de la norma máxima y sus garantías. Supremacía y garantía están unidas indisolublemente porque el ordenamiento jurídico requiere que la Constitución acumule para sí misma la exclusividad y predominio en el sistema de fuentes.

En la regulación de las garantías jurisdiccionales, los poderes públicos deben asegurar que aquellas también se conviertan en mecanismos de control al poder con el fin de que los actores político-institucionales se sometan a un proceso de ordenación jurídica para la realización de atribuciones constitucionales y legales y, en esos ámbitos, resguarden la preeminencia normativa de la supremacía constitucional.

La regla suprema de ordenación institucional prefigura el contenido fundamental de los actos del poder para asegurar la realización de los deberes del Estado, todo lo cual debe permanecer en la aplicación de los enunciados constitucionales. Aquellos deberes se exteriorizan por intermedio de los procedimientos reglados del poder público.

Las garantías jurisdiccionales son los mecanismos de protección y tutela de la ciudadanía cuando sus derechos o las otras garantías constitucionales (normativas y de políticas públicas) han sido vulnerados o presentan un riesgo inminente. Y allí la regla suprema se presenta como garantía para señalar las previsiones de los poderes públicos y los agentes estatales que intervienen y la cantidad de cautelas que la posibilitan. Dada la complejidad e inestabilidad que puede provocar los

actos de los poderes políticos, la estructura de normatividad positiva controla, mediante sus garantías, que las acciones u omisiones de algún poder, órgano estatal o de un particular puedan incurrir en repertorios no regulados. Prestando atención a lo dicho, el correcto funcionamiento del sistema constitucional es una garantía de su preeminencia normativa. Por lo expuesto, la vigencia de la Norma Máxima y su protección deben ser consideradas como condiciones ineludibles para que operen las garantías jurisdiccionales.

## Introducción

La Constitución de 2008 puede ser puesta a prueba con las siguientes preguntas: ¿Funcionan las garantías jurisdiccionales o la más alta magistratura ha interceptado su andamiaje operativo? ¿Cuáles son las principales contrariedades para la efectividad y eficacia de las garantías jurisdiccionales?

El objeto de estudio del trabajo corresponde en examinar la magistratura constitucional y sus procesos para debatir el estado de las garantías jurisdiccionales (y ¿por qué ese tema?), a propósito de los desafíos y exigencias que propondría el Derecho constitucional procesal hacia la profundización de los principios, derechos y garantías.

Para ello, recurrió a una selección de dictámenes y sentencias de la Corte Constitucional ecuatoriana para analizar sus decisiones mediante una metodología cualitativa-explicativa, con un carácter mixto de trabajo: descriptivo-explicativo.

A partir de aquellas preguntas iniciales formuladas como hipótesis de análisis, este trabajo se propone indagar la validez formal y material de la Constitución que depende de la eficacia y efectividad de sus garantías. El texto de Montecristi incorporó varias garantías para la protección de los derechos y del Derecho de la Constitución; no obstante, interesa evaluar qué ha pasado durante su implementación para el cumplimiento de ese propósito.

## **Acción de Protección: ¿garantía residual, subsidiaria y ordinaria o directa y eficaz?**

En la proposición del texto de Montecristi se proclama una superación del amparo constitucional de 1998 porque la garantía de protección no se reduce a sus fines meramente cautelares, y, por cuanto, mientras

la primera debía actuar frente a la amenaza o violación de derechos subjetivos, la segunda puede activarse cuando se presente una vulneración de los derechos del ordenamiento constitucional. El recurso del 98 se orientaba a suspender o evitar la comisión de un acto que atente la Norma Suprema; no obstante, no necesariamente lo remediaba ni lo reparaba. En tanto que la garantía del 2008 pretendería resolver una situación jurídica concreta porque no se agota en la adopción de medidas cautelares y analiza el fondo de un asunto que amenace o afecte los derechos, frente a lo cual puede generar efectos reparatorios.

La Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) ya se encargó de reducir el valor normativo de la Acción de Protección y creó una suerte de carácter residual, que terminó por debilitarla con relación a la potente descripción que reivindicó el texto constitucional; ello así, porque dispuso equivocadamente que primero se agoten otras vías y recursos procesales -que no siempre resultan ser oportunos y eficaces- antes de su utilización. En el país existen muy altos índices de negación y rechazo a los peticionarios de esta garantía justamente porque los operadores invocan la consideración legal que deben acudir a otras acciones legales para tratar sus reclamos. Bajo esa perspectiva, la ley ya definió un criterio -muy discutible- para evitar posibles abusos y declarar su inadmisión.

Las problemáticas que presenta la Acción de Protección en la actualidad no residen en su abuso por parte de los accionantes, ni tampoco en que al momento de resolver los procesos -favorablemente- se pueda afectar a la gobernabilidad del país o a las políticas públicas. Los conflictos en torno a esta garantía radican en las interpretaciones positivistas-formalistas, condicionantes y restrictivas de los derechos por parte de ciertos operadores de justicia, cuyas actuaciones judiciales han ido vaciando su fuerza constitucional. También presenta complicaciones a la hora de su atención por el tiempo de trámite que demoran, en sentido contrario a los mandatos constitucionales que pregonan su naturaleza como de sencilla y pronta para reparar derechos. En la realidad, es una garantía poco efectiva y con escaso funcionamiento: ese podría ser un verdadero abuso del andamiaje estatal.

La situación problemática de la Acción de Protección también está en los filtros legales y jurisprudenciales que desvirtúan su sentido de garantía según la perspectiva iusfundamental. ¿Es un amparo directo y eficaz de los derechos cuando se exige al accionante agotar previamente

los recursos ordinarios existentes?<sup>1</sup> ¿Es constitucional limitar el acceso a esta garantía cuando se establecen condiciones de espera y dependencia del peticionario a la revisión de fallos en sede ordinaria? ¿Acaso estos filtros restrictivos crean mayores situaciones de desprotección de la ciudadanía?

Parecería que la preocupación que primó al momento de definir aquellos filtros restrictivos estuvo en evitar el colapso en la interposición de Acciones de Protección por parte de los individuos que se sientan afectados. La respuesta a ese riesgo fue más grave en términos del Estado Constitucional de Derechos y Justicia: convertir la Acción en un recurso residual en contraposición con su definición en la Ley Mayor.

El problema está en que la Acción debe procesarse mediante vías expeditas y breves, desprovistas de limitaciones normativas y jurisprudenciales que la convierten en un recurso ordinario más en su operatividad. La forma de regular su desarrollo en aquellas limitaciones es equivocada y provoca mutación constitucional porque no profundiza la Acción, sino que la debilita.

Es menester tener presente que un porcentaje muy alto en el uso de esta garantía está en controversias laborales y administrativas de miembros de la fuerza pública y servidores públicos, en las que precisamente la respuesta restrictiva del juez, en cuanto a que primero agoten otras instancias para luego presentar una Acción de Protección, representa una forma de atropello, siendo una exigencia legal que termina por limitar más los derechos.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup>En la jurisprudencia interamericana se expresa un interés mayor por el fortalecimiento de la garantía de protección de derechos y se establecen obligaciones para los Estados de la región que puntualizo a continuación: “Los recursos no solo deben existir, deben necesariamente ser efectivos”; “La acción de amparo como recurso sencillo y breve”; “La inexistencia de recurso efectivo viola la CIDH” (ver el caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, párrs. 89-93). La Opinión Consultiva No. OC-8/87 de 30 de enero de 1987 señala la necesidad de que en las legislaciones pueden determinarse al “Amparo y Hábeas Corpus como recursos sencillos y rápidos”; lo cual fue ratificado en el sentido del “Hábeas Corpus y Amparo como recursos judiciales efectivos para la protección de derechos” (caso Trabajadores Cesados del Congreso –Aguado Alfaro y otros- vs. Perú, párr. 125).

<sup>2</sup>Al respecto, ver el informe de investigación de Ávila y Grijalva (2015: 13-16).



He sostenido aquí que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) creó una noción residual para esta garantía que no está prevista en la Constitución (CRE), y, claramente, su ejercicio depende y se restringe a cuando no existan otras medidas o acciones legales alternativas.

Huelga enfatizar que la descripción constitucional propone que sea un amparo directo y eficaz a los derechos, cómo puede concebirse que la LOGJCC proponga requisitos o restricciones en cuanto a acciones legales alternativas.

Este argumento de la ley para vaciar el contenido sustancial de la garantía se convierte en un repliegue constitucional que desconoce el avance en esta materia con respecto a los dos últimos textos: el amparo en la Carta Máxima de 1998, como la Acción de Protección en la actual, son formuladas de manera independiente con respecto a que existan cuestiones procesales alternativas.

La real eficacia de esta garantía sí puede ser entendida a partir de su inmediatez; entonces, en el momento en que pedimos la interposición o exigencia de una acción legal adicional entre el ejercicio de un derecho y su afectación, estamos restando eficacia a la garantía.

Por otro lado, cuando la Norma Suprema expresamente dispone prescindir de formalidades para su ejercicio, está pensando en propiciar facilidades para darle mejor y mayor operatividad a aquella.

Cuando esta ley postula en su art. 40.3: la inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado, lo que está haciendo es reducir la naturaleza de la garantía y generando su anulación.

La razón de ser de las afectaciones o inminentes vulneraciones a los principios y derechos constitucionales es la urgencia de detener esa afectación, y, para ello, la inmediatez en actuar frente a ese estado de cosas lo puede proporcionar precisamente la AP.

Ese requisito legal es el fundamento que necesita el poder para desinflar el aire garantista de esta acción, y es también la razón primordial de los operadores de justicia para desaprobado o negar esta garantía. Este es un ejemplo claro de cómo una norma infraconstitucional está desmontando el carácter del Estado y la Carta Máxima en su deber de precautelarse los derechos.

En la sentencia de la Corte Constitucional<sup>3</sup>, este organismo efectúa una interpretación conforme y condicionada con efectos generales

---

<sup>3</sup>No. 102-13-SEP-CC, caso No. 0380-10-EP.

del art. 40 de la LOGJCC en el siguiente sentido: “5.- Los requisitos establecidos en el artículo 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, constituyen cuestiones que implican un análisis de fondo del asunto controvertido en la acción de protección, por lo tanto podrán ser invocados por el juzgador únicamente a través de sentencia motivada, en los términos exigidos por la Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional”.

El papel de la Corte Constitucional, como máximo intérprete de la norma iusfundamental, debería ser clarificar las normas legales en la perspectiva de una mayor protección de los individuos. Es muy discutible qué es lo que realmente quiso establecer con esa sentencia porque el resultado puede ser crear una compleja situación a la ciudadanía.

El propósito de la Acción de Protección debería precisar que los requisitos sean argumentados por los accionantes, en función de la necesidad de la violación o riesgo de violación de sus derechos; y, a pesar de ello, con la decisión de la CC eso será motivado y argumentado por el juzgador y no por el sujeto de derechos.

Es evidente que se requieren políticas jurisprudenciales que contribuyan con parámetros claros para que las cortes provinciales al momento de conocer las apelaciones sobre esta garantía cuenten con herramientas adicionales que mejoren su atención y respuesta al momento de resolver su aceptación.

En esa misma sentencia, la CC declara que las causales de improcedencia que están contenidas en los numerales 1, 2, 3, 4 y 5 del art. 42 de la LOGJCC deberán ser declarados en sentencia motivada.

Una de las últimas decisiones de la Corte Constitucional<sup>4</sup> dispone lo siguiente:

Las juezas y jueces constitucionales que conozcan de una acción de protección, deberán realizar un profundo análisis acerca de la real existencia de la vulneración de derechos constitucionales en sentencia, sobre la real ocurrencia de los hechos del caso concreto. Las juezas o jueces constitucionales únicamente, cuando no encuentren vulneración de derechos constitucionales y lo señalen motivadamente en su sentencia, sobre la base de los parámetros de razonabilidad, lógica y comprensibilidad, podrán determinar que la justicia ordinaria es la vía idónea y eficaz para resolver el asunto controvertido.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup>Sentencia No. 001-16-PJO-CC.

<sup>5</sup>La regla expedida por la Corte Constitucional como jurisprudencia vinculante es una decisión que ordena y arregla –de alguna manera– otros pronunciamientos de este organismo que no contribuyeron al desarrollo de esta

La política constitucional de la Acción de Protección requiere ser fortalecida por la Corte Constitucional que, en el marco de sus atribuciones sobre procesos de selección y revisión para dictar jurisprudencia obligatoria, puede contribuir con criterios más oportunos para recuperar la verdadera naturaleza de esta Garantía y corregir aquellas normas orgánicas y jurisprudenciales que la perforan.

## **Acción Extraordinaria de Protección: ¿causales de inadmisión o restricciones inconstitucionales?**

Esta garantía surgió como una respuesta a la Constitución de 1998 que prohibía la Acción de Amparo contra decisiones judiciales. Su objetivo central de creación estuvo orientado a la revisión de los procesos judiciales donde se haya violado el debido proceso. En la actualidad, su utilización ha sido extendida para otros aspectos. Lo medular de esta garantía es que no sirve para rediscutir lo mismo que se trató en un proceso ordinario determinado, sino en su revisión de constitucionalidad, y así se convierte en un proceso contra el juez cuando afectó el debido proceso en la sustanciación de una causa. Lo relevante para la Acción también está en la discusión y alcances del derecho al debido proceso, como perteneciente a la categoría de protección, que incluye un conjunto de garantías básicas que requieren del cumplimiento de ciertas reglas procesales y la observancia de varios subprincipios.

Cuando la norma constitucional prevé que esta garantía procede contra sentencias o auto definitivos, en los que se haya violado por acción u omisión derechos constitucionales, es proclive que surjan algunas distensiones para su uso. Cuando hablamos de derechos reconocidos por la Constitución que hayan sido violados por acción u omisión puede surgir una colisión con la garantía de Acción por Incumplimiento. Esto se ocasiona porque pueden existir casos donde como consecuencia de la aplicación errónea de una norma infraconstitucional por parte de la justicia ordinaria se vulnere un derecho constitucional. No se puede soslayar que la violación de un procedimiento posee determinación en el conjunto del proceso, lo cual afecta los principios del debido proceso constitucional y varios procedimientos están regulados por normas orgánicas y ordinarias.

---

Garantía como aquellas disposiciones contenidas la sentencia de la Corte Constitucional No. 102-13-SEP-CC, caso No. 0380-10-EP.

La dificultad también está en las necesarias distinciones entre procedimiento y proceso, porque los procedimientos y su secuencia conforme a la Ley Mayor inciden positiva o negativamente en el proceso.

Otro problema puede ser cuando exista una valoración equivocada de pruebas dentro de una causa ordinaria -por desatender reglas legales para aquello-, lo cual sí puede incidir en la violación de un derecho, y si bien puede interpretarse como que se trata de la aplicación de normas de carácter infraconstitucional, en ese caso el juez pudo comprometer derechos constitucionales a pesar de tratarse de normas de carácter inferior a la Constitución.

No obstante, la Corte Constitucional tiene pronunciamientos sobre la improcedencia de la EP sobre una aplicación incorrecta de una norma infraconstitucional: “(...) la competencia de la Corte Constitucional aplicada por medio de la acción extraordinaria de protección no implica la revisión de aquello propuesto como errado o incorrecto en la sentencia emitida por jueces de la justicia ordinaria, incluyendo como tal la valoración de las pruebas presentadas dentro del proceso, sino que incluye la reapertura procesal de un caso en base a la vulneración de derechos constitucionales (...)” (Sentencia No. 017-12-SEP-CC, Caso No. 0439-11-EP).

Puede ser conflictiva la definición de que la Corte no puede verificar en la EP aquellos derechos que sean de naturaleza infraconstitucional y, que, por esta razón, es muy importante identificar qué tipos de derechos se tratan en un litigio, por cuanto estos últimos se desprenden directa o indirectamente de derechos constitucionales. Si el máximo organismo debe tutelar exclusivamente la vulneración de derechos constitucionales y, no puede pronunciarse tampoco sobre asuntos de mera legalidad porque esto correspondería a jueces de primer nivel, siendo el derecho a la seguridad jurídica un derecho constitucional que puede ser objetado por normas de menor jerarquía o por la interpretación de estas, ¿acaso la CC estaría reduciendo los significados protectores de la EP?

Por otra parte, el art. 62 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional proclama que “la admisión de la acción no suspende los efectos del auto o sentencia objeto de la acción”. Esta disposición es inexplicable porque precisamente se presenta la Acción contra autos y sentencias violatorias de la Constitución. Esa invocación de la ley lo que hace es disminuir la eficacia y validez de la garantía, así como promover la inobservancia de la Norma Suprema.

En el art. 62:2 de la LOGJCC se exige que para la admisión, “el recurrente justifique argumentadamente, la relevancia constitucional del

problema jurídico y de la pretensión”; esta disposición es un perjuicio al ejercicio de las garantías y a la protección de los derechos porque para el peticionario toda controversia que impida el ejercicio de derechos constitucionales es un asunto de relevancia y si este criterio queda a la libre discrecionalidad de la Sala de Admisión de la CC es posible que varios casos graves no necesariamente puedan ser admitidos si es que esta instancia interna no encuentra que existan argumentos que demuestren la relevancia constitucional.

De igual manera, la condición impuesta en el art. 62:8 de la misma ley, en el sentido que “el admitir un recurso extraordinario de protección permita solventar una violación grave de derechos, establecer precedentes judiciales, corregir la inobservancia de precedentes establecidos por la Corte Constitucional y sentenciar sobre asuntos de relevancia<sup>6</sup> y trascendencia nacional”; significa un despropósito para la vigencia de la EP porque todas las violaciones a los derechos en procesos ordinarios son graves, no hay una división o gradación de gravedad para las violaciones como para que exista ese criterio de admisión. Con respecto a la exigencia de que pueda establecer precedentes judiciales, esta operaría en un sentido contrario a la naturaleza de aquellos casos nuevos o singulares donde no necesariamente existirían precedentes, o a la inversa: si solo se exige este criterio no habría casos innovadores motivo de tutela.

Con respecto a la exigencia última del numeral en cuestión, ese criterio previsto por la ley representa una afrenta a la ciudadanía y un desconocimiento sobre la realidad de la administración de justicia. Las garantías como la EP fueron hechas para enfrentar todos los ultrajes a los derechos de la ciudadanía en la administración de justicia, sin diferenciación de asuntos por jerarquía territorial o gradación de trascendencia, por cuanto la obligación primordial del Estado es enfrentar todos los agravios a los derechos y que las garantías actúen para esa finalidad, no que la CC interceda en los casos de interés según criterios inconstitucionales que desubican los propósitos garantistas de la EP.

La ley define que la Acción se presenta ante la judicatura, sala o tribunal que dictó la decisión definitiva y este remite el expediente

---

<sup>6</sup>La exigencia en la verificación de que las Acciones Extraordinarias de Protección constituyan o conlleven un asunto de relevancia constitucional ha sido observado por cuanto la Sala de Admisiones examina requisitos como ese, que deberían ser tratados en la sustanciación de la garantía y no en su revisión de admisibilidad. Este reparo se sustenta también en que la revisión de ese criterio debería corresponderle al Pleno de la CC y no a esa referida instancia.

a la CC, cuando este máximo órgano de control acepta la garantía, según el art. 63 de la ley en cuestión, en caso de declarar la violación y ordenar la reparación integral del afectado. No precisa la LOGJCC que se disponga al servidor judicial que corresponda la adopción de las rectificaciones en el proceso, lo cual sería la consecuencia inmediata para invalidar lo actuado y podría contribuir para el cumplimiento de la sentencia de la CC.

Un problema que se ha presentado en el uso de esta garantía está relacionado con la premisa de que la institucionalidad estatal puede utilizarla en “la protección de sus derechos o de sus garantías procesales al debido proceso”. Esta visión desnaturaliza y desinstitucionaliza la Acción Extraordinaria de Protección y contradice la teoría constitucional del Estado y el derecho que afirma que las entidades estatales y públicas poseen potestades y no derechos. La razón de ser de esta garantía debe pensarse desde la lógica que los individuos no pueden afectar al Estado, y son aquellos quienes sí necesitan de prevenir o reparar los daños causados por aquel.<sup>7</sup>

## **Acción por Incumplimiento: ¿es una garantía eficaz para la exigibilidad y cumplimiento de las obligaciones internacionales en derechos humanos del Estado?**

La Acción por Incumplimiento (AN) es una garantía jurisdiccional que busca asegurar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos. La condición constitucional

---

<sup>7</sup>Algunos casos mercen ser objeto de estudio sobre esta garantía. La sentencia No. 014-11-SEP-2011-SEP-2011-CC, dentro del caso No. 0311-10-EP, Ver Registro Oficial No. 357, Suplemento, de 19 de septiembre de 2011, donde la Corte Constitucional negó la Acción Extraordinaria de Protección presentada por un accionante que buscaba dejar sin efecto tres decisiones judiciales. Lo que requeriría un mayor análisis es la actuación del organismo constitucional en cuanto legitimó la utilización del recurso administrativo de revisión para llevar un litigio privado, sobre pago de indemnizaciones por seguros, a la jurisdicción contenciosa administrativa, a pesar de que una de las partes no haya sido formalmente demandada. Cuando la Corte Constitucional no aceptó dar paso a la AEP, evitó el análisis a fondo del asunto en controversia. Ver Torres (2012: 177-180).

es que exista una norma o decisión cuyo incumplimiento contenga una obligación de hacer o no hacer siempre que sea clara, expresa y exigible.

Una dificultad que encontrarían los administradores de justicia constitucional consistiría en la falta de alcances jurídicos para esta Acción porque reedita un debate legendario del derecho: es su propósito la aplicación de la norma entendida como resultado definitivo o como eficacia en su cumplimiento.

Esta garantía es de conocimiento exclusivo de la Corte –lo cual también es motivo de cuestionamiento porque siendo jurisdiccional debería conocerla cualquier juez de primer nivel y no solo la CC–; para lo cual debe cumplir con ciertas exigencias de admisión según la LOGJCC. Lo que ocurre en el numeral 3 de su Art. 56, es que se requiere lo siguiente: “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”.

Esta condición infraconstitucional pone en grave riesgo de darle un funcionamiento subsidiario que contradice la invocación constitucional. La referida ley intenta darle forma a esta garantía y suscita varias dudas. Los contenidos del Art. 53 sobre legitimación pasiva no ayudan a pensar una garantía cuando proceda a favor de los sujetos de derecho, y en su descripción cerrada sobre contra quienes es aplicable puede crear nociones no previstas por la norma constitucional.

Uno de los requisitos que dispone la LOGJCC es la existencia de un reclamo previo, según su Art. 54, que consiste en lo siguiente: “Con el propósito de que se configure el incumplimiento, la persona accionante previamente reclamará el cumplimiento de la obligación a quien deba satisfacerla. Si se mantuviera el incumplimiento o la autoridad pública o persona particular no contestare el reclamo en el término de cuarenta días, se considerará configurado el incumplimiento”.

Esa figura lo que hace en la práctica es complicar la situación del sujeto afectado porque, además de retrasar por cuarenta días su complicación y dilatarla, la falta de aplicación de la norma –que es el motivo para activar la garantía– debe ser demostrada con una constancia de la ausencia del cumplimiento, lo cual ya constituyó en el hecho generador de la Acción, pero, según la ley analizada es la falta de respuesta al reclamo previo lo que recién la configuraría.

Ni la Constitución ni la Ley hacen mención a que el reclamo previo suscitaría algún efecto positivo inmediato en el accionante como podría ser el caso de medidas cautelares autónomas, sino que es un prerre-

quisito para solicitar la Acción. Entonces, el peticionario bien podría optar por solicitarlas en lugar de recurrir a la AN porque sabe que esta última exige un estado de reclamo previo que no soluciona oportunamente su situación, considerando que estamos hablando de un recurso extraordinario que estoy empleándolo porque me puede conferir otras condiciones más favorables que si presentaría uno ordinario.

El inconveniente de una figura especial de reclamo previo perjudica la celeridad y urgencia que debe caracterizar a una garantía porque finalmente lo que está de por medio es la protección de alguno o varios derechos.

En uno de los pronunciamientos de la CC, explica que “vía acción por incumplimiento se garantiza el principio de seguridad jurídica, puesto que conforme su objeto, procura la aplicación de normas y su cumplimiento”<sup>8</sup>.

Según esa consideración del organismo, el derecho que protegería esta Acción es el de la seguridad jurídica en su ámbito material. Con ese criterio ya deja de ser una garantía amplia para la protección de derechos y se suscribiría a aquel. Sin embargo, la mayoría de derechos presentan algún tipo de relación transversal con el derecho a la seguridad jurídica.<sup>9</sup>

Por otro lado, la Norma Suprema señala que esta garantía procederá para resguardar la aplicación de cualquier norma del sistema jurídico, pero, en falta de correspondencia a ello, la LOGJCC dice que no procedería contra omisiones de mandatos constitucionales.

Si bien un filtro normativo y jurisprudencial hacia esta garantía es para que no sea procedente con respecto a una norma contenida en ley, también esos filtros han convertido en un mecanismo de protección hacia aquellos ámbitos que también son tutelados por la justicia ordinaria. En consecuencia, si también hay mecanismos ordinarios para proteger la seguridad jurídica y que no son competencia del máximo organismo constitucional, la Acción por Incumplimiento queda como una deslucida y reducida garantía.

Un problema que se presenta para esta garantía es que no todas las normas expresan reglas en el sentido que definen el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica, y están redactadas a manera de principios. Para el caso de informes de organismos internacionales, al tratarse de

---

<sup>8</sup>Sentencia No. 004-13-SAN-CC, caso No. 0015-10-AN, p. 9.

<sup>9</sup>Al respecto, merece un mayor estudio el siguiente proceso: Ecuador. Corte Constitucional. Sentencia No. 020-10-SIS-CC, en el caso No. 0029-10-IS, publicada en el R.O. No. 333, Suplemento, (2 de diciembre de 2010).



normas que expresan derechos, no siempre contienen una obligación de hacer o no hacer que sea clara, expresa y exigible. Esto puede ser posible para el caso de sentencias o en el caso de los informes preliminares de la Comisión IDH según los Arts. 50 de la CADH y 44 del Reglamento de la CIDH.

La importancia y utilidad de la Acción por Incumplimiento se expresa también en cuanto a que las sentencias e informes de los organismos del sistema interamericano de derechos humanos encuentran dificultades y demoras en su ejecución directa por parte de las entidades estatales, permitiendo a los individuos contar con ese mecanismo constitucional que intente garantizar sus derechos afectados.

Acción de Incumplimiento: ¿sentencias inaplicables o jueces que no protegen derechos?

Es una garantía para tutelar el inmediato cumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales en caso de inejecución o defectuosa ejecución, y no procede contra sentencias de justicia ordinaria. No se encuentra en el grupo de garantías previstas en la Constitución, pero en las disposiciones comunes sobre aquellas, el texto dispone en el Art. 86.4 CRE que si la sentencia o resolución no se cumple por parte de servidores públicos, la jueza o juez ordenará su destitución del cargo, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal. De igual modo, en las atribuciones constitucionales del máximo tribunal consta en el Art. 436.9 CRE que debe conocer y sancionar el incumplimiento de las sentencias y dictámenes constitucionales, aunque no consta el nombre de la Acción de Incumplimiento (IS (DE)).

Esta acción no procedería contra medidas cautelares, a pesar de que en estas también puede existir algún tipo de violación de derechos. Fue reconocida por la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que la define como Acción y por la CC mediante su jurisprudencia, cuando determinó que sea un mecanismo de ejecución de decisiones para proteger la tutela judicial efectiva en sus niveles de acceso y sustanciación.

La naturaleza de la IS (DE) no solamente es de ejecución, puede ser también de conocimiento cuando se presenta una antinomia jurisprudencia y, para resolverla, debe ir más allá de lo que supondría un procedimiento de ejecución. Sobre su génesis constitucional y jurisprudencial existe un debate interesante en la perspectiva de que es una garantía de conocimiento que se encuentra limitada para que no se inicie otro proceso, pero en la medida en que la CC consideró que aquella es una garantía jurisdiccional puede encargarse también de decidir si

existió o no alguna vulneración de derechos y, con ello, intervenir a la esfera de decisión que ya fue resuelta por la jurisdicción ordinaria. La objeción que podría hacerse a esta garantía es que al ser concebida como de conocimiento podría generar dificultades de temporalidad con respecto a la protección de la tutela judicial efectiva.

La Corte Constitucional resolvió en la Sentencia No. 001-10-PJO-CC, caso No. 0999-09-JP, que la Acción de Cumplimiento prevista en la LOGJCC como Acción se convierta en garantía jurisdiccional:

“3.1. La Corte Constitucional, como consecuencia del problema jurídico reflejado en el caso, establece que los mecanismos constitucionales de cumplimiento de sentencias, dictámenes y resoluciones constitucionales se constituyen en garantías jurisdiccionales. Ante la existencia de sentencias constitucionales contradictorias, o ausencia de precedente constitucional en la materia, que impidan la ejecución de la misma, la Corte Constitucional, de conformidad con el artículo 436 numeral 9 de la Constitución, se constituye en el órgano competente para conocer sobre dicho incumplimiento y dirimir el conflicto suscitado”.

Pero, ¿por qué se establece una Acción específica para la falta de ejecución de las sentencias constitucionales? ¿Es una falencia del sistema de administración de justicia constitucional que aquellas no se cumplan? ¿Es un problema de déficit de acatamiento y cumplimiento por parte de servidores administrativos y judiciales? ¿Tienen las sentencias problemas en su contenido que impide que sean ejecutadas? ¿Por qué razones no es posible que se cumplan?

Las garantías jurisdiccionales no concluyen con las sentencias, lo fundamental es que sus partes resolutivas contengan mandatos objetivos de ejecución para que puedan atender y resarcir los daños causados al solicitante para que i) puedan cumplirse y ii) contengan medidas que permitan implementarlas. A partir de esa perspectiva, la IS (DE) está orientada y vinculada con la búsqueda de la reparación integral. El objeto de esta garantía pone en discusión las condiciones y calidad de las sentencias sobre las garantías jurisdiccionales por cuanto su fin es la determinación de medidas materiales e inmateriales de reparación frente a un derecho vulnerado y, es en función de esto, que serviría la Acción para perseguir el cumplimiento de una obligación normativa declarada en la sentencia. De no ser así, ¿cómo podría cumplirse la sentencia de una garantía que reconoce una violación a derechos, pero que no dispone en su estructura de medios de resarcimiento y compensación frente a aquella la afectación negativa?

El tema que merece análisis también se refiere a que las modificaciones de las garantías, desde 2008, no solamente implica otras denominaciones o creación de nuevas frente a las que existían en 1998, sino también que las decisiones de los jueces, al resolverlas, traten el fondo del asunto y no se agoten en simples resoluciones que no contengan mecanismos concretos de reparación. La naturaleza jurisdiccional de las garantías supone que puedan ser exigibles y que puedan determinar el reconocimiento de una vulneración de derechos, porque los jueces ordinarios, cuando se encargan de procesarlas, deben tener suficientes capacidades jurídicas para resolver las cuestiones centrales de esa probable vulneración. Este factor es el que contribuiría también a proteger la tutela judicial efectiva de los individuos.

Las definiciones de la CC consisten en que esta Acción adoptará las regulaciones de las garantías jurisdiccionales, pero aquello complicaría su funcionamiento porque necesitaría algunas normas comunes de procedimiento que podrían retrasar u obstaculizar la respuesta sobre aquellos aspectos que ya fueron conocidos y resueltos por un juez. Siendo así, no podría ser una garantía de conocimiento porque el problema y el fondo del asunto controvertido ya desembocaron en una decisión final.

La exigencia legal para activar esta garantía es que el eventual afectado solicite al juez ejecutor ante la falta de ejecución integral o adecuada de la sentencia, ante lo cual, aquel remitirá el expediente a la CC con un informe, argumentando las razones del incumplimiento suyo o de la autoridad obligada (164.2 LOGJCC). Cuando el juez se niegue a remitir el informe y el expediente, el solicitante recurrirá directamente ante el máximo tribunal para que ordene al operador judicial la remisión del expediente y declare el incumplimiento de la sentencia.

## **A manera de conclusiones: ¿garantías sin protección de derechos? Medidas urgentes para su recuperación constitucional**

La atribución de la Corte Constitucional en los procesos de selección y revisión de sentencias sobre garantías jurisdiccionales requiere una mayor profundización para el desarrollo de las líneas jurisprudenciales en la concreción constitucional y definición de precedentes vinculantes. Esta atribución es altamente significativa para la democracia constitucional porque genera derecho objetivo sobre el ejercicio y

operatividad de las garantías jurisdiccionales, donde se podría incluso modificar contenidos infraconstitucionales dictados por el legislador porque se configuran sentidos jurídicos nuevos o definitivos sobre la norma iusfundamental. La CC puede escoger sentencias de los jueces ordinarios de cualquier judicatura del país para corregir o publicitar los fallos en relación a la falta de consonancia con la Carta Máxima, y, por su intermedio, no dejar en situación de desprotección a ciudadanos afectados. Esta atribución le permite a la CC revertir casos de indefensión en derechos o inobservancia constitucional.

Empero, pese a lo expuesto, la LOGJCC no prevé suficientes mecanismos objetivos y expresos para regular el proceso de selección y revisión de sentencias de la CC. Apenas logra posicionar cuatro parámetros: a) gravedad del asunto; b) novedad del caso e inexistencia de precedente jurisprudencial; c) negación de los precedentes judiciales fijados por la CC; y, d) relevancia o trascendencia nacional del asunto resuelto en la sentencia.

Estos criterios y otras orientaciones definidas por la CC en su organización interna (Reglamento de Sustanciación de Competencias de la CC) son escasos para ejecutar un proceso de esta naturaleza, que incluso podría devenir en acciones excesivamente discrecionales. Esta competencia de la institución es uno de los mayores aportes para el desarrollo de la democracia constitucional y sus garantías, y permite también medir su compromiso y rendimiento para la protección de los derechos de las personas, colectivos y de la naturaleza. Ergo, es indispensable una reforma legal que enfatice un proceso que i) construya una herramienta de control político y social de la ciudadanía sobre la CC en cuanto a su interés y trabajo por los derechos constitucionales y ii) permita racionalizar un proceso con mayores criterios orientadores, divulgativos y reguladores con la finalidad de evitar arbitrariedades que puedan garantizar una jurisprudencia potente en el desarrollo de los derechos.

Las reglas jurisprudenciales que se determinen en las sentencias de revisión deben contribuir a recuperar y fortalecer la naturaleza y eficacia de las garantías jurisdiccionales en la perspectiva de recobrar y rescatar el carácter proteccionista de estos mecanismos hacia los derechos. De igual manera, la LOGJCC necesita varias revisiones y reformas para contribuir en el desarrollo normativo de las garantías, eliminando aquellas disposiciones que crean afectaciones al alcance y contenido esencial de aquellas para tutelar los derechos fundamentales.

Las atribuciones del máximo tribunal demandan más escrutinio y deliberación con la sociedad y mayores regulaciones normativas porque configuran diversas directrices y reglas sobre el desempeño judicial para resolver garantías jurisdiccionales.

## Referencias Bibliográficas

- ¿Cómo deciden los jueces? (Des)encuentros de la interpretación y argumentación jurisdiccional frente a la democracia constitucional. (2015, noviembre). En *Justicia Electoral y Democracia* (pp. 21–30).
- Constitutionalismo dialógico y última palabra. Una agenda de políticas deliberativas para las cortes constitucionales. (2016). En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung- Programa de Estado de Derecho para Latinoamérica.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2001, enero). *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*.
- Derecho procesal constitucional. Estudios críticos de doctrina, dogmática, argumentación y jurisprudencia*. (2016). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Interpretación constitucional intercultural y constitucionalismo popular*. (2015, noviembre). Mar del Plata.
- La crisis del control de constitucionalidad* [Conferencia]. (2015, septiembre). Universidad Católica de Colombia.
- Luis Fernando Torres. (2012). *Debate constitucional con jurisprudencia*. Quito: Corporación Autogobierno y Democracia / Fundación Hanns Seidel / Cevallos.
- Más poder al poder. Nuevos constitucionalismos autoritarios* [Simposio]. (2015, septiembre). Universidad Externado de Colombia.
- Paúl Córdova Vinueza. (2013). *Derechos sin poder popular*. Quito: Centro Andino de Estudios Estratégicos.
- Ramiro Ávila, y Agustín Grijalva. (2012). *Eficacia de las garantías constitucionales*. Descargado 2016-11-26, de

<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3819/1/PI-2012-03-%C3%81vila-Grijalva-Eficacia%20de.pdf>

*Sentencia no. 001-16-PJO-CC*, caso no. 0530-10-JP. (22 de marzo de 2016).

*Sentencia no. 004-13-SAN-CC*, caso no. 0015-10-AN. (s.f.).

*Sentencia no. 102-13-sep-cc*, caso. 0380-10-EP. (27 de diciembre de 2013).

*Sentencia No. 102-13-SEP-CC*, caso No. 0380-10-EP,. (4 de diciembre de 2013).

*Trabajadores Cesados del Congreso –Aguado Alfaro y otros- vs. Perú*. (2006, noviembre).

# El autor

Holger Paúl Córdova Vinueza

Es Doctor en Jurisprudencia y Abogado (UCE), Mgs. Internacional de Investigación en Derecho, con mención en Derecho Constitucional (UASB-E), Mgs. en Desarrollo (UTPL), Especialista Superior en Ciencias Internacionales y Superior en Derechos Humanos (ISP-UCE). Ha sido docente en varias universidades del país: Universidad Central del Ecuador; Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador; Universidad Técnica del Norte; Instituto de Altos Estudios Nacionales; Universidad de Guayaquil; Universidad Nacional de Loja; y, Universidad Iberoamericana del Ecuador. Fue asesor del proyecto Constitutional Reasoning Research Group (CORREG) de la Universidad San Francisco de Quito (USFQ), donde interviene como experto constitucional y cuyos resultados serán parte del proyecto CONREASON y publicados en Cambridge University Press. Docente de la Universidad Central del Ecuador. Doctorando en Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador; estudiante del programa de Doctorado de la Universidad de Buenos Aires.





# Capítulo 9

---

## El Artículo 33 de la Constitución ecuatoriana

---

Cornelio Agustin Borja Pozo

## Antecedentes

Se debe partir reconociendo aquello que la historia del Derecho Laboral ha dejado claro, pues como sabemos no fue sino hasta la revolución industrial en donde la sociedad comienza a exigir y reclamar por sus derechos, por un trabajo digno, ahí parten una serie de protestas de los trabajadores que, poco a poco irán forjando un nuevo derecho, el derecho laboral, sin embargo se debe tener presente que, la figura proteccionista de derecho laboral como tal, se ha ido forjando poco a poco, ya que con el tiempo se han ido incorporando nuevos conceptos, es así que sus primeras figuras nacen dentro de textos legales generales y comunes, es decir sin una jerarquía constitucional, sin embargo su incorporación al derecho constitucional no fue común, pues primero ingresó a formar parte del derecho internacional para después ser incorporado por los distintos países suscriptores en sus Constituciones, siendo incorporado como un derecho que busca disminuir la brecha de desigualdad de poderes entre empleadores y trabajadores.

## Marco Metodológico

La metodología utilizada en este trabajo, consiste en la comparación y revisión documental, de varias normas jurídicas tanto nacionales como internacionales, a más de varias fuentes doctrinarias, que permiten desarrollar a profundidad el tema en desarrollo, permitiendo extender y profundizar su crítica

## Art. 33 Sobre la Dignidad

En el Capítulo II dentro de los Derechos del Buen Vivir, se encuentra en la sección octava del Trabajo y la Seguridad Social dos artículos que de manera subjetiva abarcan el mayor espectro de protección normativa, en pocas y simples palabras, sin embargo para comprenderlos, sobre todo en su finalidad, debe entenderse que es el buen vivir?, y claro la respuesta es depende de que entendemos por buen vivir, el Estado ecuatoriano se ha preocupado por crear un Plan Nacional del Buen Vivir, en el cual da una definición del mismo y dice que el buen vivir es:

“La satisfacción de las necesidades, la consecución de una calidad de vida y muerte digna, el amar y ser amado, el florecimiento saludable

de todos y todas, en paz y armonía con la naturaleza y la prolongación indefinida de las culturas humanas. El Buen Vivir supone tener tiempo libre para la contemplación y la emancipación, y que las libertades, oportunidades, capacidades y potencialidades reales de los individuos se amplíen y florezcan de modo que permitan lograr simultáneamente aquello que la sociedad, los territorios, las diversas identidades colectivas y cada uno -visto como un ser humano universal y particular a la vez- valora como objetivo de vida deseable (tanto material como subjetivamente y sin producir ningún tipo de dominación a un otro)” (SENPLADES, 2009)

Al respecto, no cabe duda que precautelar los derechos de los trabajadores forma parte trascendental de este objetivo y finalidad Estatal por conseguir que sus habitantes alcancen, y si no al menos se acerquen al “Buen Vivir”, en esta medida esta obligado a realizar acciones afirmativas que viabilicen su objetivo como dice Alcalá:

En definitiva, alcanzable o no, alguna vez o nunca, lo que se ansía es el más amplio bienestar material y moral, que tiende a encomendársele en su urgente conquista o en su celoso acrecentamiento al Estado moderno, obligado servidor del bienestar social, en el sentido de procurar a todos los habitantes de su territorio (o al menos a sus nacionales) los medios bastantes económicos, sanitarios, intelectuales y de cualquier índole conducentes a una existencia digna, segura y cómoda para quienes trabajan, para los impedidos de hacerlo o para los que hayan alcanzado la edad merecedora de permanente descanso. En resumen, de ser factible, lo que representa todas las apariencias de lo imposible: la felicidad terrenal de la humanidad. humanidad. (Alcalá-Zamora, 1982, pág. 382)

En este afán Estatal por garantizar el buen vivir a sus habitantes, entre otras normas lo plasma en lo que establece el Art 33 de la Constitución ecuatoriana que dice:

Sección octava Trabajo y seguridad social Art. 33.- El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado. (Constituyente, 2008)

Para comprender este artículo debe analizarse cada uno de los preceptos que impone al Estado.

1.- El trabajo es un derecho y un deber social; fundamentalmente encontramos la explicación jurídica a este derecho, si se lo explica to-

mando como punto de partida el Pacto Derechos Economicos, Sociales, Culturales, Civiles Politicos, que en su ratificación dice:

Los Estados Partes en el presente Pacto. Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables, Reconociendo que estos derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana, Reconociendo que, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos, Considerando que la Carta de las Naciones Unidas, impone a los Estados la obligación de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanos, Comprendiendo que el individuo, por tener deberes respecto de otros individuos y de la comunidad a que pertenece, está obligado a procurar la vigencia y observancia de los derechos reconocidos en este Pacto,...

 (OEA, 1966)

En este sentido el Pacto manda en su Art. 6:

1. *Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar que comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.*
2. *Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho deberá figurar la orientación y formación técnico profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona. (OEA, 1966)*

Entonces el haber recogido el Art. 33 el derecho al trabajo, no es más que el cumplimiento del citado Pacto, que además nos aclara en qué ha de consistir del derecho al trabajo, basado en la oportunidad de poder elegir o aceptar libremente un trabajo que permita a la persona ganarse la vida de forma digna, a su vez el mismo Pacto en su aceptación en el párrafo citado, ya establece al trabajo no solo como derecho, sino

como esa obligación de las personas a contribuir con su esfuerzo al desarrollo de la sociedad.

El trabajo como un deber social, se debe decir que ha pasado por un largo proceso antes de ser valorado y considerado como tal, pues los excesos de la historia llevaron al trabajo al punto de la indignidad, solo ciertas clases sociales debían hacerlo, este concepto no cambió mucho cuando el trabajo fue visto como una simple mercancía dejando atrás a la esclavitud, sin embargo este concepto ha cambiado y el trabajo es ahora un medio para dignificar a la persona, así Cabanellas en su obra Tratado de Política Laboral y Social cita a Alberdi con la siguiente frase :

La tierra es la madre; el hombre es al padre de la riqueza. En la maternidad de la riqueza no hay generación espontánea. No hay producción de riqueza si la tierra no es fecundada por el hombre. Trabajar es fecundar. El trabajo es vida, es el goce, es la felicidad del hombre. No es un castigo... Trabajar es crear, producir, multiplicarse en las obras de su hechura: nada puede haber más plácido y lisonjero para una naturaleza elevada.” (Alcalá-Zamora, 1982, pág. 48) Consecuentemente podemos concluir en este punto que el trabajo es uno de los más grandes e importantes aportes que como personas se puede dar a la sociedad contribuyendo a su desarrollo.

**El Trabajo es . . . . . un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía:**

En un mundo en el que la economía social de mercado es la regla, no existe otra forma de progresar sin el trabajo y el desarrollo de los propios ciudadanos que fomenten la circulación del capital, a través de los recursos que producen, y las ganancias que son repartidas a sus trabajadores en forma de salarios y utilidades brindando así liquidez económica al sistema Estatal. El hombre necesita de la sociedad, puesto que no puede auto sustentarse todos sus bienes y servicios, siempre al otro lado existe una persona que ha trabajado, que ha descargado su energía e intelecto para que alguien más pueda acceder a ellos.

**El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad:**

## Dignidad Dignidad Humana

Es indiscutible, que esta en principio habría sido concebida, únicamente con un valor de las personas, sin embargo, después de la Segunda

Guerra Mundial se vio expuesto el problema de conceptualizar este valor, lo que dio paso a que se establecieran determinadas condiciones, para poder acceder a este valor humano, y por lo tanto considerar que se es acreedor de este. Es así que para evitar cualquier tipo de categorización de la dignidad la Carta de las Naciones Unidas parte diciendo en su Artículo primero numeral dos, que son propósitos de las Naciones Unidas “Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basados en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal;” (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional, 1945) De igual manera el preámbulo de la Declaración de los Derechos Humanos parte por considerar a la dignidad como la base de la paz, de la justicia y la libertad, considerándola como un derecho intrínseco de las personas e integrantes de cada una de las familias (Comisión de Derechos Humanos, 1948)<sup>1</sup>, a su vez, en esta misma Declaración el Art. 1 establece: “Art. 1.- Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.” (Comisión de Derechos Humanos, 1948) Eliminando de esta manera cualquier posibilidad de establecer estereotipos o categorías en las personas con dignidad, atribuyendo este derecho a todos los seres humanos. A su vez el preámbulo de la constitución ecuatoriana dice que somos “Una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades;” (Constituyente, 2008) Sin embargo, nuestra Constitución al ser la de un Estado Constitucional, se va más allá y además reconoce los derechos que se deriven de la dignidad de las personas, es decir ni siquiera requiere que estos estén preestablecidos, y permite que estos sean aplicados por sobre la aplicación concreta de preceptos de derecho internacional y constitucional, es así que nuestra constitución en su Art. 11 numeral 7 dice:

El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las perso-

---

<sup>1</sup>DECLARACION UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948. Preámbulo: Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.

nas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.” (Asamblea Constituyente, 2008) Estableciendo así el deber del Estado de velar por la dignidad de las personas por sobre todas las cosas, lo cual es plenamente aplicable al desenvolvimiento de los trabajadores.

Ahora bien, cuando hablamos del derecho de los trabajadores, estamos hablando inminentemente de un derecho que busca dignificar a la persona, no solo desde el punto de vista económico, que si bien el trabajador brinda fuerza de trabajo con el fin de recibir una retribución económica, que sin lugar a dudas permite tener una vida digna, con acceso a servicios básicos para el trabajador y su familia, sin embargo no es menos cierto que el derecho del trabajo no solo regula esta forma de dar dignidad, sino también se encarga, de que la persona se sienta digna desde el momento de acceder a un nuevo empleo, estableciendo normativas que permitan el acceso al empleo en igualdad de condiciones, sin discriminación, mas una vez que se ha llegado a un acuerdo contractual, la persona se baña de dignidad por el sólo hecho de sentirse una persona útil, productiva, que aporta día a día a mejorar nuestra sociedad y la economía de su pueblo. Dicho de otra manera, las normativa laboral destinada a establecer mínimos contractuales entre trabajadores y empleadores, limitando la autonomía de la libertad humana, no solo brinda dignidad al hombre por establecer el pago de un salario digno, sino porque le permite sentirse un ser productivo, que aporta a la sociedad, sin embargo este sentimiento sólo puede mantenerse si su dignidad es respetada a lo largo de la relación laboral, entonces es eso lo que el derecho debe precautelar, y no solo la contraprestación de pago frente a trabajo.

Si bien no existe un consenso general en la doctrina, sobre determinar que es la dignidad humana, nosotros nos ocuparemos de ésta referida únicamente dentro de nuestra materia, así me permito citar a Bayon Chacón que a su vez es traído en la Obra de Luz Pacheco Zerga y establece que:

*La doctrina jurídica destacó, hace más de cuarenta años, que el derecho del trabajador a ser tratado con la consideración debida a su dignidad humana, añade una actitud más exigente de estimación de la persona humana, de autolimitación del empresario, que no puede considerar a sus trabajadores como una parte del instrumental, sino como hombres unidos a él para realizar un fin común. El empresario no sólo está impedido de menospreciar a sus trabajadores, sino que debe*

*tratarlos, por lo menos, con el respeto y cordialidad que la empresa exige a su personal para con los clientes.” (Luz, 2007, pág. 31)*

## **La Dignidad Del Trabajador Ante El Empleador**

Tanto el trabajador como el empleador, deben en una relación laboral ser considerados como una sociedad, que conforma una unidad dirigida hacia una misma dirección, esta dirección que sigue una empresa conlleva a pensar naturalmente que el contrato que celebran entre obrero y empresario, es un contrato de buena fe, pues, ambos contratantes pretenden beneficiarse mutuamente del acuerdo, y así al beneficiarse ambas partes son capaces de perennizar la vida de la empresa. Entonces podemos decir que existe una presunción de buena fe en la celebración de contratos laborales. Frente a este principio de buena fe, debemos decir en principio que para que éste se configure como tal, es necesario abandonar los prejuicios ideológico-políticos, en resumen, considerar el derecho del trabajador como aquel que se tiene en contra del empresario es equivocado y tergiversa las verdaderas intenciones que deben tener las partes al contratar; por esta razón es indispensable tener una sana crítica y de parte de los empleadores deben evidenciar un verdadero compromiso con sus empleados en el cumplimiento de sus obligaciones y brindando información clara y adecuada sobre la relación laboral, lo cual nos permitirá salir de sectarismos pasados, que aún no han sido olvidados.

A su vez el respeto de la dignidad del ser humano, no puede convertirse en una plataforma para que los trabajadores se dediquen a ambicionar cada vez más derechos, y de parte de los empleadores haciendo lo suyo exigiendo también una inflación de derechos en sus calidades, esto no llevaría más allá que a la verdadera decadencia de esa unidad dirigida hacia un mismo fin entre empleado y empleador, estos deben ser siempre consecuentes con sus realidades y sin estar jamás por debajo de los mínimos derechos de ambas partes.

## **El Derecho Al Trabajo Como Parte De La Dignidad Humana**

El derecho al trabajo es un verdadero privilegio, pues éste está íntimamente ligado con la dignidad, permitiéndonos sentirnos como seres útiles en la sociedad, capaces de aportar nuestra fuerza e intelecto al



desarrollo de la empresa y la sociedad, en este punto es que coincidimos al decir que empleador y empleado son uno solo dirigiéndose al mismo objetivo, el desarrollo de la empresa que le permite tener los ingresos necesarios para su continuidad, mas no debemos descuidar un punto trascendental, y es que si bien el empleador y trabajador coinciden en el mismo objetivo de desarrollo de la empresa, no es menos cierto que el trabajador tiene derecho a tener sus propios objetivos de desarrollo económico y personal, entre los cuales uno de sus medios principales para su realización deberá ser su propio trabajo, es por eso que se insiste siempre en decir “el trabajo dignifica a la persona”. En el caso de Ecuador el trabajo no solo es un derecho, sino un deber social, de acuerdo a la Carta Magna del Estado, de esta manera se convierte en un derecho fundamental del ser humano.

**El estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a. . . . Una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas.**

Si el contrato de trabajo es estudiado en cada una de sus partes, éste al igual que cualquier otro contrato común civil, estará compuesto por distintas partes como objeto, finalidad, etc., en el caso del salario estamos frente a su objeto, que no es más que esa intención que tiene el empleador y el trabajador de intercambiar la capacidad física o intelectual dentro de una determinada actividad, a cambio de una contraprestación económica a la que se la llama salario, encontrándose así dentro de las obligaciones de hacer, por lo que al respecto el autor Goldin dice:

Y no es cualquier obligación de hacer. Pues para materializarla, el trabajador debe normalmente incorporar toda su condición personal –su cuerpo mismo, dice Supiot – al ámbito de otro, debe hacerlo en muy asimétricas condiciones de poder, debe subordinarse a la voluntad de otro (porque para eso le contratan y esa es, por otra parte, ineludible derivación de aquella asimetría), y debe procurar que ese vínculo perdure puesto que es frecuentemente de allí que obtiene la provisión de los recursos para la satisfacción de sus necesidades básicas y las de su familia.” (Goldin, 2015, pág. 324)

Al respecto del salario, la misma Constitución vuelve a tratar este tema a detalle en el Art. 328 que dice:

*Art. 328.- La remuneración será justa, con un salario digno que cubra al menos las necesidades básicas de la persona trabajadora, así como las de su familia; será inembargable, salvo para el pago de pensiones por alimentos.*

*El Estado fijará y revisará anualmente el salario básico establecido en la ley, de aplicación general y obligatoria. El pago de remuneraciones se dará en los plazos convenidos y no podrá ser disminuido ni descontado, salvo con autorización expresa de la persona trabajadora y de acuerdo con la ley.*

*Lo que el empleador deba a las trabajadoras y trabajadores, por cualquier concepto, constituye crédito privilegiado de primera clase, con preferencia aun a los hipotecarios.*

*Para el pago de indemnizaciones, la remuneración comprende todo lo que perciba la persona trabajadora en dinero, en servicios o en especies, inclusive lo que reciba por los trabajos extraordinarios y suplementarios, a destajo, comisiones, participación en beneficios o cualquier otra retribución que tenga carácter normal. Se exceptuarán el porcentaje legal de utilidades, los viáticos o subsidios ocasionales y las remuneraciones adicionales.*

*Las personas trabajadoras del sector privado tienen derecho a participar de las utilidades líquidas de las empresas, de acuerdo con la ley. La ley fijará los límites de esa participación en las empresas de explotación de recursos no renovables. En las empresas en las cuales el Estado tenga participación mayoritaria, no habrá pago de utilidades. Todo fraude o falsedad en la declaración de utilidades que perjudique este derecho se sancionará por la ley.” (Asamblea Constituyente, 2008)*

Para determinar si un salario es justo, se debe partir sobre el criterio que motiva al fijación del mismo, pues éste puede estar determinado por cantidad o por calidad de la prestación que realiza el trabajador, obviamente debió haberse fijado con anterioridad al inicio de la relación contractual, entre trabajador y empleador, la cantidad vale aclarar se la mide de dos formas en tiempo o de acuerdo al rendimiento, por ejemplo en el caso del contrato a destajo, por otro lado la calidad se vinculará con la aptitudes específicas que requiera el empleador y que cumpla el trabajador con las mismas, como por ejemplo su nivel profesional.

La Constitución del 2008 se a preocupado por dejar definido un concepto de remuneración, pero lo hace condicionándolo sólo para efectos de indemnizaciones, sin embargo su definición no se aleja de aquellas que nos brinda la doctrina que dice:

Es salario todo lo que el trabajador recibe como contraprestación de la puesta de su capacidad laboral al servicio del empleador e implica para el trabajador alguna forma de incremento patrimonial. De donde deriva como inexorable corolario que no es salario todo aquello que, aunque pagado por el empleador al trabajador, responda a otra causa: solo

a modo de ejemplos, las prestaciones de seguridad social, respecto de las cuales el empleador actúa como agente pagador...” (Goldin, 2015, pág. 326) Consecuentemente, es salario toda contraprestación que hace el empleador al trabajador, pero solo por concepto del servicio prestado por el trabajador, dejando clara la posibilidad de que el empleador haga pagos al trabajador, que no necesariamente deben ser considerados como parte del salario, por no ser parte de la contraprestación, un claro ejemplo de esto son los llamados beneficios sociales, se debe entonces tener presente, que el salario no solo sirve para calcular el pago de indemnizaciones, sino también para pagar los beneficios sociales que han sido mencionados, por ejemplo el pago de la seguridad social.

En este marco conceptual, para que el salario sea digno, este deberá haber tomado en consideración la cantidad, calidad del servicio prestado al empleador, considerando también el trabajo efectivo como la contraprestación del servicio efectivamente brindado, que con respecto al salario este deberá tomar en cuenta además las condiciones bajo las cuales se presta, como lo es la jornada diurna o nocturna, los descansos, la higiene del lugar, etc. Al respecto la Constitución en el mismo Art. 328 se ha preocupado de brindar una tutela al salario, estableciendo que se fijará un salario básico que deberá revisarse anualmente, y bajo es mismo concepto el Estado emite anualmente una tabla salarial sectorial, considerando el sueldo básico que deberá percibir una persona en razón de su ocupación, profesión y cargo que ocupe.

**El estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a el desempeño de un .....trabajo saludable y libremente escogido o aceptado.**

La libertad para contratar ha tenido un amplio eco, tanto en la legislación nacional interna, como la internacional, cuando se habla de la libertad de contratación, se debe tener presente que el derecho del trabajo es un derecho mixto, es decir no tiene un carácter estrictamente privado ni público, por lo que a la hora de contratar las partes, están en condiciones de pactar todo aquello que no esté prohibido, como característica del derecho privado, pero lo pactado siempre deberá obedecer aquello que ha preestablecido el orden público Estatal, siendo este último el encargado de vigilar que los contratos libremente aceptados, cumplan las condiciones mínimas contractuales que ha fijado el Estado, siendo éste el límite y protección a la libertad de contratación, limitando de esta forma la autonomía de la voluntad de las partes que en materia laboral no están facultados a establecer estipulaciones que no estén acorde al derecho del trabajo.

A continuación se transcriben algunas normas que protegen la libertad de contratación:

“Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

16. El derecho a la libertad de contratación.

17. El derecho a la libertad de trabajo. Nadie será obligado a realizar un trabajo gratuito o forzoso, salvo los casos que determine la ley.” (Asamblea Constituyente, 2008)

“Art.23.- 1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.” (Comisión de Derechos Humanos, 1948)

“Art.6num,2.- “Nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio.” (Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, 1969)

## Conclusiones

Del análisis doctrinario y jurídico que se ha realizado, se puede decir que el Art. 33 de la Constitución, ha dedicado todo su texto a blindar todos los aspectos de la relación laboral que tienen relación directa con la dignidad del ser humano, no cabe duda que el Artículo analizado brinda un espectro de protección al trabajador mucho más amplio de lo que una simple lectura hace pensar, es una norma con una riqueza subjetiva digna de ser analizada y estudiada, lamentablemente los textos de las sentencias laborales poco o nada lo analizan o aplican, incluso las de jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia, espero que este texto sirva para enriquecer el concepto que se tiene sobre esta norma y sea aplicado en el estudio de alumnos universitarios, abogados y jueces.

## Referencias Bibliográficas

- Alcalá-Zamora, G. y. C. (1982). *Tratado de Política Laboral y Social*. Buenos Aires, Argentina: Heliasta S.R.L.
- Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución*. Ediciones Legales.

- Asamblea General de la OEA. (1966). *Pacto Derechos Económicos, Sociales, Culturales, Civiles Políticos*.
- Comisión de Derechos Humanos. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*.
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional. (1945). *Carta de las Naciones Unidas*.
- Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos. (1969). *Convención Americana de Derechos Humanos*.
- Goldin, A. (2015). Curso de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. En A. Goldin (Ed.), *Curso de Derecho del trabajo y la Seguridad Social* (p. 324). Argentina.
- Luz, P. Z. (2007). Dignidad Humana en el Derecho del Trabajo. En P. Z. Luz (Ed.), *Dignidad Humana en el Derecho del Trabajo* (p. 31). España: Thomson Civitas.
- Plan Nacional del Buen Vivir*. (2009). SENPLADES.

# El autor

Cornelio Agustín Borja Pozo

El doctor Agustín Borja estudió en la Universidad del Azuay, y obtuvo el título de Abogado de los Tribunales de Justicia de la República. Obtuvo su título de Magister en Derecho Laboral y Seguridad Social en la Universidad Católica de Cuenca y actualmente se encuentra cursando su doctorando en la Universidad de León España. Es abogado en libre ejercicio, con experiencia en los ámbitos Constitucional, Civil, Laboral y Administrativo. Es docente de la Universidad Católica de Cuenca.

Otros títulos de la colección Ciencias Sociales y  
Humanidades



*Violencia Intrafamiliar. Beneficios de un Proyecto Social*

Vanessa Quito Calle, Mónica Tamayo Piedra y Olga Neira Cárdenas

*Terapia de Pareja. Del enamoramiento a la Psicoterapia*

Juan Pablo Mazón, Claudia Fuentes, Lesly Morales, Erika Peña y Omar Peralta

*El Perfeccionamiento de los Contratos*

Fernando Moreno Morejón

Este libro se terminó de imprimir en los talleres de  
Imprenta de la Editorial Universitaria Católica  
de Cuenca (EDÚNICA), el 8 de agosto de  
2018, con un tiraje de 300 ejemplares,  
previa revisión, aceptación y  
aprobación de la Dirección de  
Investigación, Posgrados,  
Vinculación con la Sociedad  
y Publicaciones de la  
Universidad Católica  
de Cuenca,  
emitida el 3  
de julio  
de  
2018.



Cuenca - Ecuador

