

LA ESTRUCTURA NEOCONSTITUCIONALISTA DEL ESTADO ECUATORIANO

Carolina Baca¹

“Grande absurdo es también considerar como justo todo lo que se encuentra regulado por las instituciones y las leyes de los pueblos”.²

Introducción.-

El Ecuador a partir del 2008 inició un proceso de cambio de estructura del Estado, lo que exige no solo un cambio legal sino una transformación institucional y cultural. El modelo de estado Kelseniano y liberal perdió fuerza debido a una crisis que no se originó desde 1998 sino que venía desde la misma fundación del Estado Ecuatoriano, el cual pasó por un sistema conservador, liberal, dictatorial y democrático acompañado con fenómenos que van desde el derrocamiento de presidentes, migración masiva hasta la globalización y crisis económica mundial, teniendo como resultado: exclusión y desigualdad. La Constitución como elemento histórico en la construcción del Estado debe ser observada como un reflejo del pensamiento de quienes tuvieron el poder³, que creían que el modelo de estado que surgió en la Revolución Francesa era la respuesta adecuada para la igualdad entre las personas y la satisfacción de sus necesidades o bien para responder a intereses propios; lo que el pasar el tiempo demostró fue que esto no era necesariamente justo y no garantizaba el cumplimiento efectivo de los derechos humanos.

El Ecuador en el año 2008 adoptó una Constitución que reivindica a ciertos sectores de la sociedad que demandaban ser incluidos; lo que ameritaba no solo agregar reglas en la Constitución sino transformar todo la

¹ *Candidata a Especialista Superior en Derecho Constitucional por la UASB. Ensayo presentado en el módulo Estructura Constitucional del Estado. 2011*

² *Marco Tulio, Cicerón, La República, Madrid, Librería de los Sucesores de Hernando, 1924, p. 235. (N)*

³ *Danilo Caicedo, Tapia y Angélica, Porras Velasco, Igualdad y Diversidad Sexual. La Hegemonía de la Heterosexualidad en el Derecho Ecuatoriano, en Igualdad y nos discriminación. El reto de la diversidad, Danilo Caicedo y Angélica Porras (eds.), Quito, 2010, p. 569.(N)*

estructura estatal, de esta manera la tradicional división de tres poderes inventada por Montesquieu dejó de ser parte de la estructura del estado Ecuatoriano y ahora existen cinco⁴ poderes cuya relación es de coordinación y no de subordinación con el fin de ser un sistema de pesos y contrapesos que limita el poder⁵.

Esto responde también al debilitamiento del constitucionalismo en América Latina gracias a una no buena relación entre los elementos que forman parte de la dimensión jurídica del derecho Constitucional: la democracia, el gobierno y el derecho⁶. Bajo este panorama surge el Neoconstitucionalismo como una nueva teoría de derecho que sobre pasa a la tradicional teoría pura del derecho; el Nuevo Constitucionalismo como una preocupación en la dimensión jurídica de la Constitución y su legitimidad democrática, el Neoconstitucionalismo Latinoamericano como una necesidad de que sus asambleas constituyentes respondan a la pregunta de ¿cómo se soluciona el problema de la desigualdad?⁷; y, el Neoconstitucionalismo Ecuatoriano (pues el modelo es único en América Latina), que según el preámbulo de la Constitución con la estructura del Estado, pretende una forma de convivencia ciudadana para alcanzar el buen vivir, cuya sociedad debe respetar la dignidad de las personas, comprometerse con la integración latinoamericana y ser solidaria con todos los pueblos de la tierra⁸, para lo cual la estructura constitucional del estado pasó por una metamorfosis: del estado social de derecho al Estado constitucional de derechos y justicia.

El Ecuador y su nueva estructura constitucional.-

Decía Aristóteles que “no se trata solamente de saber cuál sea la mejor Constitución; es necesario ver cuál es la más practicable, de aplicación más

⁴ Poderes Ejecutivo, Legislativo, Judicial, Participación y Control Social, y Electoral.

⁵ De la misma manera estaba comprendida la división tradicional de los tres poderes del estado, la diferencia es que el cuarto y quinto poder buscan establecer una democracia participativa y una justicia electoral efectiva respectivamente, bajo el presupuesto de institucionalizar mecanismos para garantizar y cumplir los derechos de participación.

⁶ Roberto, Viciano y Rubén, Martínez, “Aspecto generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano” en Luis Ávila (edit.), *Política, Justicia y Constitución*, Serie Crítica y Derecho No.2, Quito, 2011, p. 208. (N)

⁷ Roberto, Viciano y Rubén, Martínez, “Aspecto generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano” ...p. 210.

⁸ Registro Oficial del Ecuador (449) (2008, 20 octubre) Constitución de la República del Ecuador.

fácil y que más se acomode a los estados” considerando que “es necesario introducir un forma de gobierno tal, que sea fácil adoptarla, amoldándola a los que ya estuviese establecido porque...es tan difícil desaprender las cosas cual aprenderlas por primera vez”⁹.

En el Ecuador mantener una misma “forma” respondería al *statu quo* tan mal visto; es así que deja de ser un estado sometido a la autoridad de la ley, en que los límites lo imponía el poder legislativo, el ejecutivo solo hacía lo que la ley le permitía y el judicial era “boca de la ley”¹⁰; y, se convierte en un Estado constitucional de derechos y justicia que reconoce a los derechos como límites y vínculos, obliga a la autoridad competente a que verifique que sus decisiones estén en concordancia con los principios constitucionales y la justicia, crea una Corte Constitucional que resuelve en última instancia los conflictos generados por la violación a derechos constitucionales¹¹ (los cuales dejan de estar jerarquizados como lo estaban en la Constitución de 1998), y establece que todo poder público y privado esté sometido a los derechos, es decir, no al derecho entendido como ley sino a los derechos que están consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos.

Más allá de la simple idea de que el Ecuador pasó de tener tres poderes a tener cinco, se debe considerar principalmente que hay un cambio revolucionario de paradigma en el cual las condiciones de validez de la ley dependerán siempre de su coherencia con los principios constitucionales; el juez tiene la obligación de denunciar que una ley es inconstitucional ante la Corte Constitucional¹² y pasa a tener un papel protagónico dentro del mundo jurídico pues es un creador de derecho y “cerebro y boca de la Constitución”¹³; se adopta un sistema de garantías constitucionales de conocimiento ya no exclusivamente cautelares (refiriéndose al cambio de la Acción de Amparo a la Acción de Protección) que contienen garantías normativas y jurisdiccionales; la jurisprudencia ya no toma como fuente única a la ley sino que lo hace

⁹ Aristóteles, *La Política*, Paris, Casa Editorial Garnier Hermanos, 1932, p. 233-234. (N)

¹⁰ Ramiro, Ávila Santamaría, *Ecuador Estado Constitucional de derechos y justicia*, en Ramiro Ávila Santamaría, Constitución del 2008 en el contexto andino de la doctrina y el derecho comparado, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, p. 21. (N)

¹¹ Ramiro, Ávila Santamaría, *Ecuador Estado Constitucional de derechos y justicia...*p. 23

¹² Luigi, Ferrajoli, *Pasado y futuro del Estado de Derecho*, en Miguel Carbonell (Ed.), Neoconstitucionalismo, Madrid, Trotta, 2003. (N)

¹³ Ramiro, Ávila Santamaría, *Ecuador Estado Constitucional de derechos y justicia...*p. 30

directamente de la Constitución¹⁴ y el rol de la Corte Constitucional a diferencia del Tribunal Constitucional ya no es de una instancia del Derecho Administrativo sino (es en lo principal) el órgano máximo de interpretación, control constitucional y de administración de justicia en esta materia¹⁵ con la facultad expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante¹⁶.

Esta estructura que representa al Neoconstitucionalismo, a pesar de que es incierta y nueva podría significar un avance, pues pretende someter a todos los poderes del Estado a la constitucionalidad y no a la legalidad de sus actos, es decir, la jurisdicción constitucional es la garante y última instancia de cualquier materia jurídica, más allá de lo que digan leyes orgánicas u ordinarias e incluso el actuar de los operadores de justicia, funcionarios públicos y la misma sociedad¹⁷. Por esta razón, no estamos muy alejados a lo que hace siglos decía Aristóteles en cuanto es difícil desprendernos de toda una cultura jurídica para aprehender y comprender una nueva, lo que sin duda implica un cambio en la idiosincrasia de cada uno de los ecuatorianos y extranjeros que viven en el país con los mismos derechos y obligaciones.

Algunos peligros en la estructura de 2008.-

“Como nuestros antepasados ordenaron el gobierno con sabiduría suma y grande proporción, nada ó casi nada ha cambiado en sus leyes”¹⁸

De cierto modo se puede afirmar que esta nueva estructura puede generar también situaciones de ambigüedad partiendo de que la Constitución ya no es la norma suprema en el vértice superior de la pirámide de Kelsen (como lo enseñaron en la Universidades ecuatorianas a varias generaciones de abogados) sino un centro de irradiación e impregnación a todos los órganos del estado, pero por otro lado “la Constitución ya no está para defender a la

¹⁴ Luis, Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, p. 121 (N)

¹⁵ Véase artículos 429 y 436.6 de la Constitución de la República del Ecuador.

¹⁶ El único precedente jurisprudencial vinculante con efecto *erga omnes* que ha emitido mediante sentencia No. 001-10-PJO-CC la Corte Constitucional es sobre el caso No. 0999-09-JP (caso INDULAC), en el que se establecen reglas para la interposición de recurso de apelación en acciones de garantías jurisdiccionales, la competencia de la judicatura que dictó sentencia definitiva ante la interposición de una acción extraordinaria de protección y cómo se resuelven los casos de conflictos entre sentencias contradictorias.

¹⁷ Luis Alberto, Barroso, *El Neoconstitucionalismo y la Constitucionalización del Derecho*, México, Universidad Autónoma de México, 2008, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2538/5.pdf> (N)

¹⁸ Marco Tulio, Cicerón, *La República*... p. 324

sociedad frente a la discrecionalidad o arbitrariedad del poder político”¹⁹ pues la Constitución refuerza a las funciones del presidencialismo, que en lo principal, tiene la potestad de manejar exclusivamente la política monetaria, crediticia, cambiaria y financiera del país; la facultad de disolver la Asamblea a través de la muerte cruzada y en caso de hacerlo, está posibilitado para dictar leyes por decreto previo dictamen favorable de la Corte Constitucional²⁰. Está facultado también para convocar a un referéndum aprobatorio de normas así como a consulta popular sobre la instalación de una Asamblea Constituyente sin cumplir requisitos especiales²¹. Bajo estos presupuestos, es fácil concluir que siempre se estará bajo la discrecionalidad del Presidente pero no hay que perder de vista que él también por sobre todas estas facultades está obligado a respetar los derechos humanos que son límites del poder.

La parte orgánica de la Constitución contempla mecanismos para garantizar el cumplimiento de los derechos en ella contenidos, es así que la Función de Transparencia y Control Social²² que coordina a las distintas instituciones de veeduría y control de gestión pública²³, pretende que el pueblo participe en todos los procesos del estado, tratando de caminar de la democracia representativa hacia la participativa a través de la creación del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, el cual podría ser entendido no como una novedad sino “el resultado de reciclar una instancia administrativa...la Comisión de Control Cívico de la Corrupción”²⁴ lo que genera el cuestionamiento si en realidad se logrará (con tiempo y dedicación) de cierto modo institucionalizar la democracia participativa o es verdad que “casi nada ha cambiado en sus leyes” y siguen siendo un grupo de ciudadanos que “representan” al pueblo y su derecho a participar.

¹⁹ Julio, Echeverría, *El Estado en la nueva Constitución*, en Santiago Andrade (Ed.), La Nueva Constitución del Ecuador, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2009, p. 15 (N)

²⁰ Rafael, Balda Santistevan, *Hacia un nuevo sistema de gobierno: diseño institucional del presidencialismo en la nueva Constitución del Estado ecuatoriano*, en Ramiro, Ávila Santamaría, et. Al, Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriano del 2008 en perspectiva, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 180, 185. (N)

²¹ Rafael Balda explica brevemente los dos tipos de poderes identificados por *Mainwaring* y *Shugart* que son: los poderes proactivos y los reactivos. Los primeros se refieren a aquellos que permiten al Presidente establecer un nuevo statu quo entre ellos están dictar decretos y las convocatorias a referéndum y consulta popular; los segundos facultan al Presidente a defender un statu quo, tal es el caso de veto total que obliga a archivar un proyecto de ley por un año o el parcial que contiene observaciones las cuales constituyen una iniciativa en superioridad de condiciones.

²² La cuarta función del estado está integrada por la Contraloría General del Estado, la Defensoría del Pueblo y las Superintendencias.

²³ Julio, Echeverría, *El Estado en la nueva Constitución*...p. 17

²⁴ Juan Pablo, Aguilar, *La cuarta función del Estado. Análisis de una ficción*, en Santiago Andrade et., al., La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar/Corporación Editora Nacional, 2009, p. 98 (N).

Se debe tomar en cuenta que la fase actual del constitucionalismo ecuatoriano circula por el centro del sistema jurídico y burocrático que sigue siendo el mismo pues la interpretación jurídica tradicional (esencialmente civilista) no está superada en su totalidad²⁵ dado que el poder judicial no tenía un protagonismo como lo tiene ahora; por otro lado, en el camino de este proceso de cambio de estructura (y de cultura jurídica) es posible que se generen abusos en los mecanismos que garantizan los derechos constitucionales, lo que respondería a la amplitud de las garantías jurisdiccionales y a los límites de configuración de la ley que tiene el poder legislativo, en cuya competencia está desarrollar todos los derechos contenidos en la Constitución a través de cada una de las leyes de adopta²⁶.

Conclusiones.-

Zagrebelsky sostiene que “la primera de las grandes tareas de las constituciones contemporáneas consiste en distinguir claramente entre la ley, como regla establecida por el legislador, y los derechos humanos, como pretensiones subjetivas absolutas, válidas por sí mismas con independencia de la ley”²⁷. Estos derechos ahora constituyen la estructura misma del estado, independientes de toda jerarquización de primera, segunda y tercera generación, en que se creía que los derechos primordiales eran la vida y la libertad pero estos para que sean efectivos van de la mano con la dignidad y esta a su vez con el derecho a la libre determinación, al trabajo, a la educación, a la salud y demás, lo que constituye un primer cambio de paradigma en el cual el Estado es responsable, a través de sus órganos, de la realización de estos derechos, siendo los jueces los principales obligados a ser guardianes del

²⁵ Luis Alberto, Barroso, *El Neoconstitucionalismo y la Constitucionalización del Derecho...* <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2538/5.pdf>

²⁶ Un ejemplo de esto es el desarrollo de la Acción de Protección en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, dentro de la cual se señala como requisito para presentar la acción la inexistencia de otro mecanismo judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado poniendo a su vez que la acción será improcedente cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en vía judicial salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada y eficaz; lo cual de manera general podría ser argumentado con que otro mecanismo judicial no resulta eficaz considerando que la función judicial está en crisis; es así que el filtro para presentar esta acción resulta débil y podría ser objeto de abusos pues la instancia constitucional siempre será más eficaz, dejando de lado (a favor de los jueces y a su carga de trabajo acumulada) a la justicia ordinaria, pues algunas de las garantías jurisdiccionales pueden ser conocidas directamente por la Corte Constitucional. Esto resultara aún más claro de entender, con la acción extraordinaria de protección, en la que según la ley, se debe demostrar el agotamiento de todos los recursos ordinarios o extraordinarios salvo que sean ineficaces o inadecuados, para que sea admisible.

²⁷ Gustavo, Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1997, p. 47. (N)

cumplimiento de la constitución y verificar que la ley esté en concordancia con los principios constitucionales.

El Estado Constitucional de derechos y justicia está compuesto por tres pilares fundamentales que sostienen su estructura: un estado que se organiza, bajo la obligación de hacer y no hacer, para cumplir el deber de garantizar y promover los derechos constitucionales; un sistema de garantías normativas y jurisdiccionales para garantizar los derechos humanos; y, una Corte Constitucional que vela que se cumpla el ordenamiento constitucional y sus garantías. Pese a todo lo diseñado el problema siempre recae en: "tratar de limitar lo ilimitable", el poder político. Dicho de otra forma, el diseño constitucional establece una Corte Constitucional que vela por el cumplimiento de la Constitución, pero el juego de las mayorías políticas puede lograr que ese órgano sea completamente cooptado por el poder político, con lo que el control "imparcial" no sería efectivo pues nos encontramos en los límites de lo jurídico frente a lo político.

No es posible delimitar el desarrollo progresivo de los derechos al cumplimiento estricto de lo que consagra la Constitución; para que esto sea viable se requiere la satisfacción de los derechos sociales de todas las personas, un cambio de cultura jurídica y el fortalecimiento de los jueces, no en el sentido de darles poder sino capacidades y facilidades para que sean efectivos operadores de justicia, en otras palabras, los conflictos no solo se generan a razón de un cambio estructural-legal-cultural del estado sino por el déficit de recursos económicos para viabilizar este cambio y alcanzar el *sumak kawsay* como el ser del estado ecuatoriano.

Este proceso de cambio estructural es el resultado de movimientos históricos que han exigido que varios derechos sean tutelados y materializados por lo tanto no se puede atribuir estos cambios a tendencias políticas específicas aunque la permanencia de otras tendencias hayan generado estos movimientos; los derechos fundamentales no están sujetos a estructuras estatales o de gobierno pues son anteriores al estado mismo.

BIBLIOGRAFÍA

1. Juan Pablo, Aguilar, *La cuarto función del Estado. Análisis de una ficción*, en Santiago Andrade et., al., *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar/Corporación Editora Nacional, 2009. (B).
2. Aristóteles, *La Política*, Paris, Casa Editorial Garnier Hermanos, 1932. (B)
3. Ramiro, Ávila Santamaría, *Ecuador Estado Constitucional de derechos y justicia*, en Ramiro Ávila Santamaría, *Constitución del 2008 en el contexto andino de la doctrina y el derecho comparado*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008. (B)
4. Rafael, Balda Santistevan, *Hacia un nuevo sistema de gobierno: diseño institucional del presidencialismo en la nueva Constitución del Estado ecuatoriano*, en Ramiro, Ávila Santamaría, et. Al, *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriano del 2008 en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008. (B)
5. Luis Alberto, Barroso, *El Neoconstitucionalismo y la Constitucionalización del Derecho*, México, Universidad Autónoma de México, 2008, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2538/5.pdf> (B)
6. Danilo Caicedo, Tapia y Angélica, Porras Velasco, *Igualdad y Diversidad Sexual. La Hegemonía de la Heterosexualidad en el Derecho Ecuatoriano*, en *Igualdad y nos discriminación. El reto de la diversidad*, Danilo Caicedo y Angélica Porras (eds.), Quito, 2010.(B)
7. Marco Tulio, Cicerón, *La República*, Madrid, Librería de los Sucesores de Hernando, 1924. (B)
8. Julio, Echeverría, *El Estado en la nueva Constitución*, en Santiago Andrade (Ed.), *La Nueva Constitución del Ecuador*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2009. (B)
9. Luigi, Ferrajoli, *Pasado y futuro del Estado de Derecho*, en Miguel Carbonell (Ed.), *Neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2003, (B)
10. Luis, Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003. (B)

11. Roberto, Viciano y Rubén, Martínez, “Aspecto generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano” en Luis Ávila (edit.), *Política, Justicia y Constitución*, Serie Crítica y Derecho No.2, Quito, 2011. (B)
12. Gustavo, Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1997. (B)