

IURIS DICTIO

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO



Octubre 2009

IURIS DICTIO

Año X, Nº 12

Iuris Dictio

Revista del Colegio de Jurisprudencia
Universidad San Francisco de Quito

Año X, N° 12

Quito, Octubre 2009

Director:
Fabián Corral Burbano de Lara

Editor:
Diego Pérez Ordóñez

Diagramación, impresión:
Ediciones Abya-Yala

Las opiniones de los colaboradores de la Revista del Colegio de Jurisprudencia no implican que el Colegio de Jurisprudencia ni la Universidad San Francisco de Quito necesariamente estén de acuerdo con ellas.

EDITORIAL	5
<i>Jorge Luis Gómez Rodríguez</i> La modernidad ecuatoriana insatisfecha	7
<i>Gilberto Gutiérrez P.</i> Marco económico constitucional ecuatoriano	11
<i>Diego Pérez Ordóñez</i> El concepto de soberanía en el texto constitucional	16
<i>Luis Fernando Macías Gómez</i> El constitucionalismo ambiental en la nueva constitución de Ecuador: un reto a la tradición constitucional	21
<i>Ricardo Crespo Plaza</i> La naturaleza como sujeto de derechos: ¿símbolo o realidad jurídica?	31
<i>Jaime Vintimilla Saldaña</i> La Justicia constitucional ecuatoriana en la Constitución de 2008	38
<i>Álvaro Gutiérrez Godoy</i> El control constitucional en Ecuador y Colombia: un análisis comparado	55
<i>Juan Manuel Marchán</i> El tratamiento del arbitraje en la nueva Constitución ecuatoriana	65
<i>Xavier F. Andrade Castillo</i> La exclusión de las no personas dentro del derecho penal de las personas	73
NUESTROS COLABORADORES	79

La modernidad ecuatoriana insatisfecha

Jorge Luis Gómez
Rodríguez

Los rasgos de la modernidad que vemos en el Ecuador contemporáneo nos hacen pensar que la dicotomía pasado-presente —la que bien parece ser el motor de una voluntad de emancipación que se expresa a diario en la arena política nacional— constituye el elemento de identificación que pone la modernidad en todo lo que toca. Pero muy a pesar de este testimonio que también hace parte de la modernidad ecuatoriana y que debemos identificar como el rasgo característico de la modernidad en general, la realización de este quiebre o ruptura está también circunscrita a los propios sentimientos de insatisfacción que acompañan a la modernidad y sus propósitos, pues, como ciertos adolescentes, tiene más la ciega voluntad del cambio que las razones de su necesidad. El caso ecuatoriano no es la excepción.

En la voluntad de emancipación del pasado hay una abierta declaración de su inutilidad como de su falta de sentido. El pasado político ecuatoriano, la famosa “partidocracia”, debe ser superado a toda costa aunque pocos se den cuenta que en esta pretendida disolución o pérdida de sentido del pasado, cuesta observar lo nuevo, el cambio, la irrupción de un sentido que supere al anterior. Al menos queda claro para todos, que la voluntad de emancipación del pasado es una verdad insoslayable y precisamente en este rasgo de solvencia del cambio, no hay un norte preciso fuera de la ineludible voluntad de desembarazarse de lo viejo a como de lugar. Podríamos incluso pensar en la idea ciega del cambio por el cambio, sin pensar efectivamente en lo que se busca cambiar y menos en el por qué del cambio.

Como “rasgo permanente de la modernidad”, como quiere Zigmunt Bauman, la disolución de los sólidos dentro de la propia agenda o motivo del quiebre, es decir, dentro de la propia agenda del cambio, camina junto a la disolución del propio proyecto como del propio sujeto

que lleva a cabo el cambio, pues al intentar desregularizar al sistema, al intentar flexibilizar la ley y la norma, no logra otra cosa que provocar la total desregulación del sujeto como de la agenda política que intenta implementar. El sujeto del cambio resulta ser el más afectado con la disolución de la solidez del sistema que se intenta transformar, pues es él el que carga con toda la perplejidad de ver una ciudad en ruina que tiene que necesariamente reconstruir o en el peor de los casos, construir nuevamente.

Como vemos, la voluntad de emancipación moderna conlleva una serie de perplejidades que debemos observar con más cuidado. En cierta medida hay dos formas bien precisas en las que el fenómeno se deja ver sobre todo en el horizonte político ecuatoriano.

Por una parte, la reforma llega a identificarse con el desorden social y con el caos, pues al desregularizar lo vigente provoca con la reforma, el caos del presente. Por otro lado, el proceso de reforma es capaz de testimoniar por sí mismo que la coherencia ideológica del sujeto que lo lleva a cabo no existe, es decir, que el sujeto reformador es capaz de mostrar su pura voluntad de cambio sin el menor vínculo a un modelo o proyecto coherente a seguir.

Es claro que con el intento de desintegrar los viejos sólidos, como quiere Bauman, no se consigue más que desintegrar la coherencia con la que se pretende desarrollar la anhelada transformación de la sociedad, aunar el pasado para que se pase de contrabando no solo en el modus operandi de la reforma, sino en el contenido mismo de ella. Lamentablemente, esta fase de desintegración incluye al ánimo de la reforma, pues es ella la que al tener la voluntad ciega del cambio, no consigue más que repetir sin saberlo aquello que pretende superar.

Es inevitable por los rasgos de modernidad que contiene, que observemos en el Ecuador contemporáneo este

fenómeno. De esta voluntad de emancipación moderna depende no solo la prioridad de un estado fuerte, de un centro desde el que se proyecte, sistematice y regularice la reforma como tal, tanto como de ello depende que el propio modo de realización de la reforma este íntimamente articulado a los viejos muñequeros, estratagemas y mañosidades del modelo político que se quiere superar.

Pero los proyectos políticos de emancipación del pasado no solo fueron el mejor rostro de los nuevos rumbos que la Modernidad enarbola como banderas revolucionarias, sino también la voluntad del cambio teje en la trastienda un vínculo secreto con aquello que niega. Como repiten sociólogos y antropólogos en nuestros días, el proyecto emancipador de la modernidad está marcado por la nostalgia del pasado, por la construcción de vínculos con un pasado ideal a través de la estigmatización de héroes políticos de otros tiempos, por ese espíritu de museo de iconolatrías con el que se identifica de soslayo el mundo moderno.

Este rasgo nostálgico que bien pudiera ser una manifestación más de la inconsistencia del proyecto político de la modernidad, resulta ser determinante en la anulación de la realidad histórica, pues en la medida en que se ancla la voluntad del presente en la efeméride y el monumento, solo se consigue contrabandear un mundo en otro, posicionar lo nuevo en lo más rancio del pasado.

Como vemos, el proyecto de emancipación política de la modernidad resulta ser un buen escenario para entender el aspecto central de la reforma política que vive el Ecuador contemporáneo. Por una parte, una tremenda voluntad de distanciarse del pasado. Por otra, una levedad manifiesta en la meta del cambio.

Pero la voluntad de reforma contiene en cuanto cambio ciego una suerte de certeza de su verdadera incapacidad de emancipación, cuando construye nuevos referentes mediante la anulación de los antiguos. La regla que sustancia al proceso en cuestión parece ser la siguiente: Mientras más citamos a la efeméride y al monumento del pasado, más anulamos su poder referencial, su dominio paradigmático.

Como afirma Baudrillard, de lo único que podemos estar seguros de este tipo de modernidad es de su capacidad de alivianar los referentes, de lo paradójico de su poder de "licuar" y liquidar los contenidos de realidad de los grandes conceptos "duros" del pasado. El pasado se disuelve en un presente simulado, pues el presente solo existe como simulacro de realidad, de tal suerte que la realidad conceptual e institucional pierde la solidez del pasado para volverse "modernidad líquida".

Pero donde más podemos observar este proceso de "disolución de los sólidos", que en Ecuador se lleva a cabo mediante una reforma constitucional, es en el modo de inclusión de lo que antes era ilegal en la Carta Política, pues lo nuevo de la nueva constitución resulta ser de modo preponderante el incluir en la constitución lo que antes estaba fuera de ella, es decir, evitar la limitación que ponía la constitución vieja para ampliar las reglas del juego, incluyendo sectores sociales y conductas que antes no hacían parte de ella.

En cierta medida, dependiendo del punto de vista con el que se mire, la nueva constitución abre las puertas a lo

ilegal, pues de acuerdo a lo que sabemos, el Ecuador intenta de modo estructural, evitar el acto ilícito incluyéndolo en las reglas del juego. Ya son legales los taxis ejecutivos, el grupo de los Latin King, la pesca de tiburones como un largo etcétera. Si pensamos que esta inclusión tendrá efectos favorables en los niveles de corrupción en lo que vive el país sería un error. No podemos eliminar la corrupción y la ilegalidad sino solo controlarla manteniendo su *modus operandi* incluso con la reforma de la constitución. En cierta medida, el pasado aquí es transformado con la nueva constitución, a pesar que la reforma en sí misma no permite más que cambiar un sistema por otro, incluir a unos y excluir a otros sin poder evitar, de este modo, que el juego de la legalidad-ilegalidad se reconstituya (o se reforme) con las nuevas reglas.

El horizonte de lo ilegal lo impone a la sociedad la propia constitución. La ilegalidad obtiene su carta de acreditación a partir del reglamento conductual que impone la constitución. Los incrementos en la delincuencia obedecen a las expectativas que se cierran, como a la incertidumbre de cómo seguir operando. Al no existir el mando definitivo y las reglas del juego claras nadie sabe a qué atenerse. De ahí los incrementos alarmantes en los delitos contra las personas y la propiedad privada. En la medida en que no hay nuevos reglamentos y no hay quien se preocupe en hacerlos cumplir, lo que queda es la pesca a río revuelto.

En este sentido, la ilegalidad no es eliminada con una nueva constitución, sino transformada en una nueva creatividad, pues una nueva constitución no hace sino insuflar nuevas imaginaciones a las maquinaciones que trabajan en el borde mismo de la legalidad, reconstruyendo sus conductas sobre la base de nuevas estipulaciones y nuevas penalidades.

Como vemos, la nueva constitución no solo engendra nuevos comportamientos sino que es capaz de crear nuevas maquinaciones o mejor, antiguos muñequeros bajo un nuevo contexto. Al considerar las conductas ilegales como circunscritas al orden legal, es claro que la reforma de la constitución produce nuevas formas de ilegalidad.

Pero, como venimos diciendo, la presencia del pasado en el presente parece ser determinante en la voluntad de emancipación que identifica a las reformas de la modernidad, pues, como sucede en el caso de los ilegalismos, el margen parasitario de la corrupción y la ilegalidad se alimenta del reformismo, pues no solo lo produce si no lo alienta en la medida que necesita reacondicionar sus estrategias para reproducirse en virtud de nuevas reglas del juego y enquistarse en las coyunturas entre la legalidad que autoriza a un amplio margen de tolerancia en la interpretación de la ley, donde surgen espacios de tolerancia fundados en una libertad interpretativa en donde todos y todas tienen la razón.

Lo nuevo de la constitución es tan viejo como las prácticas que acompañaron desde un inicio a todas las normas y leyes que pusieron las reglas para la convivencia social. Esas normas existen no solo como reglamentos sino también como hermenéutica del rechazo, del desvío, del escamoteo, como manipulación que articula el lenguaje diferente de los modelos imperantes, como vive-

za criolla y al mismo tiempo como hermenéutica marginal, como invención de una resistencia ancestral, de una oposición que se manifestó en el mismo momento en que se construyó la norma.

Con la idea de la inclusión de todos no se hace más que poesía. Nada más absurdo que el intento de atrapar el todo en la norma. Pero, como venimos diciendo, la voluntad de emancipación de la modernidad no logra alcanzar la otra orilla sino, lo que es peor, postula una orilla que no existe: el primer día de lo mismo.

Pero hay otros fenómenos que la modernidad insatisfecha nos restrega sin disimulo alguno, con tal de hacernos ver la inoperancia de la reforma sobre todo como liquidación de los referentes. El paralelismo que observamos hoy en día entre política, arte y cultura es elocuente. La desintegración de la partidocracia corre paralela a la desintegración de los conceptos duros del arte y de la cultura.

En el ámbito de las bellas artes todo parece ser más seductor. El horizonte del arte se desregulariza seductoramente pues al acercarse sin escrúpulo ninguno a los fenómenos del consumo, como sucede desde Marcel Duchamp a Andy Warhol, pretende seducir con esa frontera casi inexistente entre producto del consumo y fenómeno estético. La instalación contemporánea en la galería de arte ya no intenta ser distinta del producto en el anaquel del supermercado. La diferencia es simulada y esa simulación es seductora. El arte lucra de esa separación simulada entre una y otra esfera.

El arte contemporáneo es una realidad sin referente, es una auténtica crisis de referencialidad. Lo más contemporáneo de este arte es ser un gran simulacro. Mientras más contemporáneo pretende ser, más apela a una realidad que la sustente o pretenda hacerlo. Basta con ver las bienales y convocatorias artísticas ecuatorianas de los dos últimos años.

Por un lado, la apelación nostálgica al pasado, al concepto duro del arte. Por otro, el derrumbe del pasado en la huída de los referentes, en la oscilación entre ironía de un mundo y consumo tecnológico sin más.

En cierta medida, el arte contemporáneo es una caricatura de los ilegalismos pues obedece a los mismos rasgos de emancipación inconclusa (e hipócrita) que están a la base de los proyectos emancipatorios de la modernidad, al mismo tiempo que lucra de la tolerancia de modelos irreverentes como, a su vez, gana dinero y fama con la desregulación antisistémica que promueve. Arte contemporáneo como ilegalidad social se alimentan de las reformas, de los juegos y oscilaciones entre tolerancia e intolerancia, de la disolución de los sólidos, proceso en el que tarde o temprano se ve representada toda la voluntad emancipatoria de la modernidad, toda su inconsistencia e incoherencia, como toda su voluntad de autoaniquilación.

En cuanto a esta voluntad de evanescencia de la propia modernidad, convendría detenerse, aunque sea de un modo bien general, sobre el poder destructivo que manifiesta la reforma en la modernidad, sobre todo en el ámbito de la reflexión y la crítica, pues la reflexión no está exenta de ser parte de este desaguado moderno.

Como dice Bauman en "Modernidad Líquida", "el discurso crítico está a punto de encontrarse sin obje-

to"(54) y no deja de tener razón. Tanto Bauman como a su modo Touraine, piensan que la crítica debe servir como canalización de las expectativas de lo público (de la subjetividad libre como quiere Touraine), como un modo de enfrentamiento al modelo sistémico del individuo consumista con el que se siente agredido y radicalmente desplazado. Sin embargo, si pensamos que lo público también está afectado por la desregulación moderna (tanto como lo privado a su modo) el repliegue de lo público corresponde, como piensa Baudrillard, a su desaparición y total obsolescencia. En cierta medida, el discurso crítico ya no tiene objeto en la medida que solo tendría utilidad (pues de hecho no lo tiene) en un contexto de referencia sólida pero no en el contexto de la disolución de los referentes de la modernidad.

La modernidad líquida que vive de una voluntad de emancipación inconclusa, no necesita de conciencia (ni de discurso crítico) y la prueba de ello es lo que dice Baudrillard cuando habla de "la validez de todas las interpretaciones" en el contexto del simulacro moderno. Ya no existe ni la política, ni el arte, ni la cultura pues solo existe una voluntad de cambio que nunca acaba su propósito.

En este contexto desolador, la reflexión adquiere carta de ciudadanía mediante la estadística y el número, pues en el momento que apela a un más allá pierde consistencia y credibilidad. Este es el motivo de que la reflexión no llegue a proponer nada nuevo, sino solo es capaz de decir lo que todos, en buena medida, ya sabíamos. La razón instrumental que es capaz de producir una realidad a su medida, tal como la realidad que diariamente producen las encuestas y los noticieros de la televisión, se vuelve omniabarcante y dogmática, cerrándole el paso a todo punto de vista que difiera del modelo. La reflexión en la modernidad está condenada a ser vox populi y sentido común, condenada a ser un producto mediático, pues es inevitable que para poder sobrevivir en el contexto de la razón instrumental, debe, tarde o temprano, ser secularizada por ella.

Resultaría lícito, en el caso de la modernidad ecuatoriana, aferrarse al pasado tanto como invertir todas nuestras energías generacionales en la realización del anhelado cambio. Tanto una como otra opción son igualmente válidas. Por este motivo, no es extraño que la polarización de las opiniones dicotomiza en apariencia las opciones del futuro.

En sentido estricto, no existe elección, ni referéndum, ni reforma. No podemos elegir entre dos opciones que son las mismas, pues ambas intentan dar cabida a la libertad subjetiva aferrándose sin saberlo en un caso a los valores sólidos del pasado, o bien reemplazando la solidez del pasado mediante la creación de nuevos sólidos que aparentemente reemplacen a los antiguos. Si buscamos desregularizar la "solidez" neoliberal de la economía por una opción de inclusión social que recupera al estado decimonónico en un sentido extremo, allí podemos observar que el retorno al pasado es parte central de la reforma que nos emancipa del mismo pasado que regresa a pesar de nuestros intentos de divorciarnos de él.

La política ecuatoriana se parece al título del libro de Clauss Offe que cita Bauman: "La utopía de la opción

ceró". No solo que no hay opciones, como venimos diciendo, sino que la voluntad de emancipación permanece en el propósito pero no en la realización. El único consuelo que nos va quedando, como alguna vez nos dijo un sociólogo, es el pensar que el Ecuador nunca se subió al bus de la modernidad, o bien que este anhelado bus ya había pasado cuando intentamos abordarlo. Si bien este consuelo no parece representar más que un capricho, resulta ser bien parecido a la utopía social que representa hoy la sociología contemporánea, pues si bien es consciente de la modernidad líquida en la que vivimos, aún continúa optando por un trabajo con la masa justo cuando ésta ya fue desaparecida por la encuesta y el exit poll de la razón instrumental.

Lo que verdaderamente no nos sorprende es la casi inexistente capacidad reflexiva en la que se mueven los grupos contrarios al cambio en el escenario político nacional. Desplazados del horizonte político por la desregulación moderna y casi inconcientes del proceso como tal, a duras penas intentan negar un cambio que tras bambalinas consideran tan necesario como el mismo gobierno que critican. Al verse cercados por las contra-

dicciones en sus argumentos, apelan a lo que llaman "cambio democrático", olvidando, con ello, que las opciones políticas tradicionales ya no constituyen una opción real en el Ecuador. El modelo dictatorial que critican, modelo que ya estuvo presente en el gobierno de Gutiérrez, es una de las vías que más utilizan, sin embargo, ellos insisten en un modelo democrático que o bien es parte de su temor al presente, o bien es una quimera necesaria para ellos pero absurda como verdadera opción política en el país.

En el contexto de la modernidad líquida, ya no debe sorprendernos la voluntad de crisis que arrastra consigo inevitablemente la opción del cambio. La verdadera educación para la crisis como al mismo tiempo una madura capacidad de crisis es la opción reflexiva que nos va quedando cuando recordamos las sabias palabras de Arthur Rimbaud en el tiempo de la más profunda crisis alimentaria y financiera global: "Hay que ser absolutamente moderno". Ateniéndonos a este propósito, el que bajo cualquier circunstancia nos invita a convivir por mucho tiempo con la perplejidad, evitamos nadar por encima de algo en lo que necesariamente debemos reflexionar.

Marco económico constitucional ecuatoriano

Gilberto Gutiérrez P

El fenómeno de la intervención económica es y será uno de los roles fundamentales en los estados democráticos actuales, en lo que atañe a la planificación, organización, estructuración y dirección política, económica y social de una República¹.

Es efectiva la intervención de un estado en su economía? No cabe duda que la concepción de un Estado "*Laissez Faire, lassier passer, le monde va de soi meme*"² hoy día, es absolutamente incoherente, debido a las múltiples imperfecciones que tiene el mercado. Imperfecciones en rubros o sectores sociales que no atañen al mercado, por lo cual aceptamos la intervención del Estado en la Economía y su planificación, como herramienta que equilibre el correcto desarrollo económico y el mejoramiento en la calidad de vida de la población.

El Quid del asunto no es si asentimos o no la intervención, si procuramos un Estado neutro o interventor, el punto neurálgico es determinar cuáles serían los parámetros y límites hasta donde debería intervenir, sin que ello afecte la estabilidad y el orden socio-económico de sus regulados.³

La estructura o pilares fundamentales del régimen constitucional económico ecuatoriano, en virtud de la aprobación de la carta magna en septiembre de 2008, lo podemos definir en base a tres principios organizativos: Principio capitalista, Principio intervencionista o de económica dirigida y un tercer Principio de producción solidaria⁴.

Principios capitalistas

Han sido representados históricamente por la libre empresa, propiedad privada y libre competencia. Hoy día es inexistente una economía nacional que se rija exclusivamente por ellos, razón por la cual dentro de la planificación estatal, existen innumerables limitaciones tanto subjetivas como objetivas.

El nuevo régimen constitucional económico, mantiene en principio limitaciones objetivas tradicionales en cuanto a los principios liberales, a demás de amparar los pres existentes en el ordenamiento jurídico nacional tales como las prohibiciones por materia ambiental, o aéreas estratégicas para el estado⁵. Sin embargo es fundamental destacar la nueva disposición de planificación económica del Estado en su articulado⁶ en virtud del cual amplía su intervención como proveedor de bienes y servicios, a demás de competidor con el sector privado en las nuevas áreas o sectores estratégicos del Estado. Es en razón de lo cual tenemos un Estado Benefactor, Gendarme y Empresario.

Aunado a esta nueva perspectiva extensa de Estado empresario, vemos con alarma el incremento en cuanto a las limitaciones subjetivas de los principios liberales, tales como: función social, utilidad pública, bien común, buen vivir o *sumak Kawsay* 7 que estos deben desarrollar. Elementos que son eminentemente filosóficos, de ahí sus secuelas negativas en la propia economía (alto grado de inseguridad e incertidumbre).

Junto a esta nueva perspectiva constitucional ecuatoriana en el marco económico, tenemos una nueva concepción del Estado, en virtud de la cual son y serán los intereses generales o del colectivo social⁸ quienes primaran por sobre los intereses o derechos del individuo. Concepción que consideramos violatoria de los sagrados principios contemplados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y demás convenciones internacionales de derechos económicos y sociales, a los cuales Ecuador ha suscrito y ratificado. Rompiendo así con el principio de integridad de protección de los derechos y al mismo tiempo constituye un retroceso en cuanto a la doctrina ampliamente aceptada, que niega la supremacía de los derechos.

El Ecuador cuenta con aproximadamente 286 990 lineamientos jurídicos ordenatorios del colectivo social, no desconocemos el deber que tiene el Estado como ente

regulador y promovedor de igualdad de condiciones de acceso a oportunidades (a sabiendas de que estas son escasas) por medio de normas jurídicas, sin embargo está probado que sociedades o económicas con menos saturación legislativa, producen beneficios económicos más favorables tanto para el ente privado como para el Estado (en la recepción de impuestos)

A pesar del extenso ordenamiento jurídico nacional, la Constitución Política del Ecuador consagra con rango constitucional la no aceptabilidad a los monopolios u oligopolios⁹ perse, aun cuando en el mismo ordenamiento supremo consagra como excepción a la regla el monopolio estatal, en virtud de la solidaridad colectiva.

Es importante resaltar que los monopolios naturales o patentes industriales bien sean bajo la administración privada o pública, son la respuesta más eficiente a una política económica racional. Siendo fundamental el destacar que según disposición constitucional expresa, solo será el Ejecutivo Nacional quien podrá fungir como titular de monopolios.

Consideramos que las disposiciones constitucionales no han debido ser dirigidas al monopolio u oligopolio como figuras económicas, sino más bien encaminadas a tutelar el abuso de poder de mercado, el cual disminuye la posibilidad de que el Estado Ecuatoriano garantice la igualdad de acceso a oportunidades.

Citamos como ejemplo el artículo 333 de la constitución colombiana que reza: *El Estado por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o restrinja la libertad económica y evitara o controlara cualquier abuso que personas o empresas que hagan de su posición dominante en el mercado nacional.*¹⁰

Analizando finalmente el principio liberal fundamental de la propiedad privada, encontramos por medio de un análisis orgánico constitucional, que el Estado Ecuatoriano ha encuadrado tal principio dentro de un marco social de producción, asignando así roles o deberes a la propiedad. Vale la pena citar a **Carlos Lozano Lozano jurista colombiano quien una vez dijo “la propiedad no es una función social, sino que tiene una función social. Pero no podemos olvidar que también tiene un fin de utilidad individual para el propietario, cuyo derecho no puede verse desmejorado”**.

Es gracias al artículo 66 numeral 26 y 321 de la recién aprobada carta magna, por el cual no podemos encuadrar la figura de la propiedad privada, como en las demás constituciones políticas latinoamericanas dentro de los principios liberales.¹¹

Tampoco pudiésemos encuadrarlo dentro de los principios socialistas como son los casos de la extinta URSS en sus artículos 4, 5 y 9 o de los artículos 6, 7 y 12 de la Constitución de la República Popular China.

Podríamos aseverar que una concepción de propiedad privada dentro de un marco o guía de producción social, como el que promueve la constitución política del Ecuador recién aprobada, fomenta el acceso a la propiedad a través de una mayor democratización y por lo tanto disminuir la concentración en pocas manos. Este sería el mecanismo ideal a través del cual el Estado Ecuatoriano promoverá el igual acceso a los recursos, esto es la visión

del constituyente del 2008. Es la estrategia jurídica más eficiente? Los efectos de tal decisión serán palpables en el futuro, luego de analizar los resultados productivos de la propiedad colectiva frente a la propiedad individual.

La función social de la propiedad privada es una socialización de la propiedad? Valdría la pena remontarnos a Juan Jacobo Rousseau, Augusto Comte y León Duguit quienes filosóficamente fueron los padres de tal creación jurídica.¹²

Principios de intervención o económica controlada¹³

Desde el código de Hamuraba en su regulación de salarios de los artesanos, pasando por la ley de las XII tablas en Roma prohibiendo el pago de los intereses, la China de Confucio y la pura filosofía griega hasta los recientes acontecimientos de las bolsas de valores del mundo, coinciden en la necesidad de intervención de los Estados con el fin de racionalizar los desajustes económicos.

Es así como se concibe y desarrolla en Inglaterra la filosofía del intervencionismo estatal, en virtud del cual será el Estado quien vigile las actuaciones económicas a través de procesos regulatorios, pero siempre reconociendo que es y será el modelo de propiedad privada, el que más se ha acoplado al desarrollo del hombre. Filosofía que fuera recogida por la Constitución de Weimar¹⁴ y Latinoamérica en su totalidad.

En materia económica la constitución política del Ecuador recientemente aprobada, no se aparta de su concepción intervencionista tradicional¹⁵, sin embargo el sustento legal de tal intervención lo encontramos en el Título VI Régimen de Desarrollo¹⁶, en virtud del cual apelamos a un Estado promotor del buen vivir, sustento social suficiente para injerirse en la promoción, dirección, coordinación y correcto desarrollo del sistema económico nacional¹⁷.

El constituyente ecuatoriano del 2008 al parecer inquirió un Estado activo en los temas económicos, sin embargo es imprescindible el declarar una situación sui generis con relación a la mayoría de las constituciones políticas latinoamericanas, el principio de legalidad.

En su mayoría las legislaciones constitucionales latinoamericanas, disponen la consagración del principio de legalidad, en virtud del cual será el Congreso o Asamblea Nacional quien a través de sus facultades innatas para crear las leyes, son quienes dicten los lineamientos pertinentes al sistema económico, solo excepcionalmente el Ejecutivo nacional podrá en los casos permitidos por la propia constitución dictar normativa vinculante¹⁸.

En el caso Ecuatoriano será el Consejo Nacional de Planificación a través de un sistema descentralizado y con participación ciudadana quienes le corresponderá dictar los lineamientos y políticas orientadoras al sistema, a demás de ser la misma institución quien apruebe su propio lineamiento, destacando un aspecto relevante, y es que el Presidente del Ejecutivo Nacional será quien dirija este Consejo¹⁹.

Es imperativo dejar claro que el plan nacional será vinculante a todo el sector económico público, tanto en

inversión, proyectos, asignación de recursos y presupuestos del Estado Ecuatoriano, con lo cual se confirma la condición sui generis del sistema de planificación económica del Ecuador, frente a sus vecinos de la región²⁰ carente del principio de la legalidad y su ente generador natural, la Asamblea Nacional o Congreso²¹. Paradójicamente tal forma de intervención no es contraria a la seguridad jurídica, pues ésta será respetada y por ende no violada, siempre que se acate el artículo 82 de la recién aprobada carta magna, visión del Constituyente Ecuatoriano del 2008.

Será el futuro legislativo encabezado por el Consejo Nacional de Planificación quien deberá aplicar e interpretar la carta magna, en virtud de esto generar las respectivas intervenciones estatales en sectores como el financiero, fiscal, alimentario, endeudamiento público, comercial, crediticio, producción, propiedad y sectores estratégicos²². Nos preguntamos si podrá la Asamblea Nacional dictar leyes relativas al tema económico²³? De ser así, cual norma prevalecerá jerárquicamente?

Supremamente reconocemos la legalidad de la intervención estatal en los rubros o sectores previamente definidos, más aún en la perspectiva latinoamericana es un anhelo de la región, sin embargo debemos dejar claro que la intervención excesiva no es efectiva, más aún cuando se desvirtúan los principios básicos mundiales de control interno en la intervención económica estatal, a través de nuevas y poco conocidas instituciones como el consejo nacional de planificación. Creando claras contradicciones entre los entes tradicionales como lo son el Banco Central de Ecuador y el Congreso o Asamblea Nacional como entes rectores, creadores o diseñadores de lineamientos generales de desarrollo político, económico y social²⁴.

Frente a éste contra sentido institucional, vale la pena citar el caso colombiano, el cual manteniendo un régimen constitucional democrático de origen similar al ecuatoriano, consagra en sus artículos 114 y 150 de la Constitución política de Colombia, al Congreso de la República como ente primario en materia económica. Ente creador de las primeras directrices en caminadoras de la política económica del Estado Colombiano.

Subsecuentemente será el Ejecutivo²⁵ como ente aplicador del principio de la legalidad quien ejecutara los planes o programas que determino la ley previamente. En última instancia encontramos al Banco Central Colombiano quien manejara la parte monetaria y de reservas²⁶.

Finalmente la intervención estatal en la económica ecuatoriana tendrá un amplio espectro, que sintetizaremos con fines académicos así:

1. Organización de la estructura económica del país.
2. Ordenación de los procesos económicos.
3. Resguardo a la calidad de vida de la población.
4. Trazado Económico.
5. Control de la Economía.

Todo ello satisficiera el interés del constituyente ecuatoriano del 2008, al tener un Estado altamente activo en la economía, bien sea como proveedor de servicios y bienes, director del sistema normativo rector y/o garante de

una justa redistribución de los dividendos del mismo sistema, entre otros.

Principio de producción solidaria²⁷

“Todo individuo tiene la obligación de cumplir en la sociedad, una cierta función en razón directa del lugar que en ella ocupe. Ahora bien el poseedor de la riqueza, por lo mismo que posee la riqueza, puede realizar un trabajo que solo él puede realizar. Solo él puede aumentar la riqueza social haciendo valer el capital que posee. Esta pues obligado socialmente a realizar esta tarea, y no será protegido socialmente más que si la cumple y en la medida en que la cumpla. La propiedad no es, pues, el derecho subjetivo del propietario, es la función social del tenedor de la riqueza”²⁸

Es la filosofía de León Duguit el espíritu del constituyente ecuatoriano del 2008?

Son los derechos de tercera generación que propugnan un respeto a la naturaleza²⁹, medio ambiente, recursos culturales o arqueológicos,³⁰ producción asociativa y solidaria, sistémica, sostenible, con un alto grado de eficiencia social, los entes propulsores de la socialización de la producción en Ecuador, tan anhelada por Comte y Duguit?

Valdría la pena comenzar por concretar y delimitar lo que es la socialización de la producción o Economía solidaria, efectivamente no encontramos dentro de la Constitución, así como tampoco en las discusiones de la Asamblea Constituyente del 2008, un alcance definitorio del mismo, sin embargo podemos citar algunas propuestas constitucionales con el fin de alcanzar un contenido que no es definido:

- *Propiedad Colectiva y producción colectiva. Amparado en el artículo 57 numerales 4 y 6.*
- *Producción económica colectiva. Artículo 66 numeral 15.*
- *Bien común y solidaridad Artículo 83 numerales 7 y 9.*
- *Políticas públicas y servicios públicos. Principio de solidaridad. Artículo 85 numeral 1.*
- *Desarrollo sostenible y biodiversidad. Artículo 259.*
- *Finalmente el régimen de desarrollo artículos 275 y siguientes.*

En el mismo sentido el encuentro de economía solidaria celebrado en nuestro país, exponen su criterio de economía solidaria o socialización de la producción, como “las que se fundamentan en principios éticos y que privilegian la solidaridad y el trabajo por encima de las del lucro y la especulación; promueven el intercambio solidario, la redistribución comunitaria de obligaciones y beneficios, la toma de conciencia del impacto ambiental que genera toda acción económica, reconocen la necesidad de reinvertir las utilidades resultantes de los procesos económicos en proyectos sociales que procuren el mejoramiento integral de la vida comunitaria. Estas iniciativas procuran de esa manera, desarrollar una producción más limpia y equitativa, un comercio más justo, un consumo crítico y responsable, el acceso a créditos equitativos y sin distinciones, así como también fomentan relaciones

innovadoras con el mercado y la aplicación de mecanismos de redistribución de beneficios con visión de equidad social”.

No discutimos la importancia de un replanteamiento de los factores y sus medios de producción a nivel mundial, mayoritariamente ideologizados por el sistema capitalista de producción eficiente y producción a escala. Tema que ha sido recientemente puesto a discusión por los países Latinoamericanos mayoritariamente.

Es esencial reconocer la importancia de una mejor redistribución de la riqueza en países con grandes e importantes desigualdades socioeconómicas, sin embargo por ser un tema reciente, tendremos que analizar en el futuro los rendimientos económicos de bienes inmuebles y factores de producción dirigidos a través de propiedades colectivas, frente a sus pares individuales o privados y su real impacto en el buen vivir tan promovido en la Constitución Política del Ecuador.

Conclusión

La constitucionalización de la Economía, es un fenómeno jurídico de larga data, ejemplo de ello lo reflejan las constituciones de Weimar de 1919, Querétaro de 1917 y España 1931. Siendo la intervención económica de los Estados un denominador común necesario y racional en ellos.

Es imprescindible en todo sistema político económico, la preservación y equilibrio entre los principios de libertad económica versus los principios de intervención o regulación estatal, pues ha sido la historia evolutiva de las sociedades, quienes han reflejado claramente cuáles han sido sus etapas insignes al buen vivir y bien común de sus pueblos y cuáles no.

Es fundamental expresar el desacuerdo académico, instituido por Constitución Ecuatoriana aprobada el 20 de

octubre de 2008, en relación al proceso de estructuración y aprobación del Plan Nacional de Desarrollo, el cual es elaborado y presentado por el Ejecutivo Nacional, con el fin de ser aprobado por una Institución gubernamental recientemente creada CNP, la cual está dirigida por el mismo entre proponente, violando así, el más básico principio de auto regulación de los poderes del Estado, instituido por montesquieu.

En el mismo sentido, se entenderá como causal de disolución de la Asamblea Nacional ente legislativo supremo, cuando obstaculizare el desarrollo del Plan Nacional de Desarrollo, con lo cual se elimina toda posibilidad de intervención económica por parte de la Asamblea Nacional, ente constituido en su totalidad por representantes del colectivo social Ecuatoriano. Estamos frente a un sistema representativo y participativo?

Finalmente el marco Constitucional Económico Ecuatoriano aprobado el 20 de octubre de 2008, fomenta un sistema altamente intervencionista operado a través de un Estado Gendarme, Empresario y Benefactor, todo ello amparado en legitimidad social y la promesa de un Sumak Kawsay.

Frente a ello, me permito culminar con una cita al Doctor Ottmar Buhler, profesor de la Universidad de Münster Alemania, quien en su obra La Constitución Alemana³¹ expreso “el motivo mas profundo que explica por qué la constitución Alemana, no prosiguió la realización del socialismo, esta en que ya en 1919 se vio que su ejecución haría necesaria la implantación de regulaciones minuciosas de carácter coactivo en todos los sectores, de modo permanente, dando al mismo tiempo una preponderancia a la Burocracia y al centralismo... Esta es la enseñanza constitucional, que ha sacado Alemania del ejemplo de Rusia y de las experiencias realizadas en la misma Alemania con el socialismo en Estado de la economía de la guerra y postguerra...”³²

Notas

- 1 Título VI Régimen de desarrollo Capítulo Primero principios generales art. 275. Constitución Política del Ecuador 2008. Artículo 3 numerales 5 y 6.
- 2 Vicente Gurmey en el siglo XXVIII
- 3 Artículo 85 numeral 3 de la Constitución Política del Ecuador 2008.
- 4 Artículo 85 numeral 1 y 283 de la Constitución Política del Ecuador 2008.
- 5 Artículo 73, 83 numeral 6 y 7 de la Constitución Política del Ecuador 2008
- 6 Artículo 313, 314 y 316 de la Constitución Política del Ecuador 2008
- 7 Artículos 275 de la Constitución Política del Ecuador 2008
- 8 Artículo 83 numeral 7 y artículo 85 numeral 2
- 9 Artículo 304 numeral 6 de la Constitución Política del Ecuador 2008
- 10 Artículo 333 Constitución política de la República de Colombia
- 11 Artículo 58 de la Constitución Política de Colombia. Artículo 19 numeral 24 Constitución Política de Chile. Artículo 112 y 115 de la Constitución Política de Venezuela. Artículo 14 y 17 de la Constitución Política de Argentina, Artículo 70 de la Constitución Política del Perú.
- 12 Claude Albert Colliard en su obra Libertés Publiques dijo: *el derecho de propiedad es proclamado absoluto, pero su absolutismo es tan frágil que un simple reglamento puede destruirlo. En relación al Código Civil Francés.*
- 13 Principio de intervención estatal en la Economía. Artículo 335
- 14 Austria. Constitución política implementada inmediatamente después de la primera Guerra mundial.
- 15 Artículo 261 numerales 1 al 12.

Notas

- 16 Artículo 275... El Estado planificará el desarrollo del país para garantizar el ejercicio de los derechos, la consecución de los objetivos del régimen de desarrollo y los principios consagrados en la Constitución. La planificación propiciará la equidad social y territorial, promoverá la concertación, y será participativa, descentralizada, desconcentrada y transparente...
- Art. 276.- El régimen de desarrollo tendrá los siguientes objetivos:
2. Construir un sistema económico, justo, democrático, productivo, solidario y sostenible basado en la distribución igualitaria de los beneficios del desarrollo, de los medios de producción y en la generación de trabajo digno y estable.
- Art. 277.-Para la consecución del buen vivir, serán deberes generales del Estado:
2. Dirigir, planificar y regular el proceso de desarrollo.
 3. Generar y ejecutar las políticas públicas, y controlar y sancionar su incumplimiento.
 4. Producir bienes, crear y mantener infraestructura y proveer servicios públicos.
 5. Impulsar el desarrollo de las actividades económicas mediante un orden jurídico e instituciones políticas que las promuevan, fomenten y defiendan mediante el cumplimiento de la Constitución y la ley.
- 17 Artículo 319 de la Constitución política. ...*El estado promoverá las formas de producción que aseguren el buen vivir de la población y desincentivara aquellas que atenten contra sus derechos o los de la naturaleza...*
- 18 Artículo 150 numeral 19, 21 y 22 de la Constitución Política de Colombia
- 19 Artículo 279 de la Constitución Política del Ecuador 2008
- 20 Artículo 280 de la Constitución Política del Ecuador 2008
- 21 Es imprescindible destacar la incapacidad de la Asamblea para dictar normas o directrices económicas según el artículo 132 de la Constitución política vigente. A demás de considerar que solo será el Consejo Nacional de Planificación quien tiene esas atribuciones constitucionales, aun mas importante es alertar que será el Presidente o Presidenta de la República quien dentro de sus atribuciones previstas en el artículo 147 de la Constitución, deberá presentar de manera exclusiva y excluyente el Plan Nacional de Desarrollo para ser conocido por el Consejo Nacional de Planificación.
- 22 Título VI Régimen de Desarrollo
- 23 Artículo 120 numeral 6 y 7 de la Constitución Política del Ecuador 2008
- 24 Alarmante situación es la que contempla el artículo 148 de la Constitución, en virtud del cual podrá el Presidente de la República disolver la Asamblea Nacional si esta llegara a obstruir reiteradamente su plan nacional de desarrollo. Con lo cual se elimina todo tipo de control interinstitucional ideado por Montesquieu.
- 25 Artículo 115 de la Constitución Política de Colombia
- 26 Artículo 317 de la Constitución Política de Colombia
- 27 Artículo 85 numerales 1, 2,3 de la Constitución Política del Ecuador.
- 28 León Duguit, citado por William Leguizamón Acosta en su obra Derecho Constitucional Económico. 2000
- 29 Derechos de la Naturaleza, artículos 71 y siguientes de la Constitución política del Ecuador. Art 83 #6.
- 30 Capitulo Segundo derechos del buen vivir. Sección segunda y cuarta.
- 31 Hacienda alusión a la Constitución de Weimar de 1919, Alemania.
- 32 Ottmar Buhler. Editorial Labor, S.A. Madrid, Barcelona y Buenos Aires. Traducción de la Tercera edición por Jose Rovira Armengol.

El concepto de soberanía en el texto constitucional

Diego Pérez Ordóñez

1. Qué es la soberanía.- El concepto de soberanía significa, en pocas palabras, el poder estatal de tomar decisiones en última instancia, sin sometimiento o consulta a ninguna otra organización. Por eso la soberanía es la característica fundamental del Estado, como organización jurídica y política de la sociedad: solamente el Estado puede ser soberano, y la soberanía es un atributo únicamente estatal. La soberanía diferencia al Estado de otras organizaciones, por poderosas que éstas sean.

Al hablar del Estado, la soberanía se traduce en su poder para tomar decisiones de acuerdo únicamente con su voluntad. La soberanía es la facultad del Estado para autoobligarse y para autogobernarse. Es el reflejo de la independencia de poder político. La soberanía, dentro de un territorio determinado, también es el poder estatal de mandar con límites en el ordenamiento jurídico. Todos los otros entes u organizaciones que tienen poder para obligar deben estar subordinados al designio del Estado, claro que siempre ajustado a Derecho. El Estado, entonces, no está limitado por ningún otro poder dentro de sus fronteras.

El concepto de la soberanía, por otro lado, está estrechamente vinculado con otras dos nociones ya mencionadas: con el poder y con el Derecho. La soberanía se traduce en una limitación jurídica del poder. Como ni el poder puede ser absoluto, ni la soberanía puede ser ilimitada, el Derecho tiene como misión actuar como freno en ambos casos. De ahí que la soberanía, el poder estatal de tomar decisiones de modo independiente, deba ejercerse a través de los órganos del poder público. Si la soberanía pudiera ejercerse de modo discrecional y sin control estaríamos viviendo en un régimen de fuerza y no en un régimen de Derecho.¹

La soberanía también tiene vinculación íntima con otra institución: el monopolio del uso legítimo de la fuerza. Solamente el Estado, en un régimen democrático, puede hacer uso legítimo de la fuerza para cumplir con sus fines.

Sobre este aspecto Pérez Royo comenta:

“En la teoría política y jurídica hay un concepto con el que se expresa dicho monopolio del poder: el concepto de soberanía. Con dicho concepto se expresa simultáneamente el monopolio del poder hacia dentro del país y la independencia del mismo hacia fuera. El Estado es soberano porque es un único poder dentro de sus fronteras y porque es un poder independiente en sus relaciones con los demás Estados.”²

Para el profesor español el poder estatal es al mismo tiempo objetivo, despersonalizado, concentrado en una instancia única y que no admite intermediarios en relación con los individuos que son, sin excepción, ciudadanos. Así el Estado actúa como una especie de “igualador” de derechos, que no admite ni tolera distinciones jurídicas ni privilegios de ninguna clase: *“En la desconfianza hacia el posible uso que se pudiera hacer del ‘monopolio del poder’, es donde encontraría su fundamento la reivindicación de la garantía de los derechos y la división de poderes, de la que nacería la Constitución escrita.”³*

Si queremos remitirnos a la historia, el concepto de soberanía va de la mano con el Estado moderno. El estado moderno implantó la obediencia territorial al poder político. Anteriormente existían tantas soberanías cuantos señores con poder de mando existían. Por eso Bataille afirma que:

“Antiguamente, la soberanía perteneció a aquellos a aquellos que, bajo los nombres de jefe, faraón, rey, rey de reyes, jugaron un papel de primer orden en la formación del ser con el que nos identificamos, del ser humano actual. Pero igualmente perteneció a diversas divinidades, una de cuyas formas es el dios supremo, así como los sacerdotes que las sirvieron y encarnaron, que a veces fueron uno con los reyes; la soberanía perteneció, en fin, a toda una jerarquía feudal o sacerdotal que no presentó con aquellos que ocuparon su cumbre más que una diferencia de grado.”⁴

Para el profesor Hermann Heller⁵ la soberanía consiste en la capacidad, a un tiempo jurídica y real, de decidir de manera definitiva y eficaz en todo conflicto que altere

la unidad de la cooperación social territorial, en caso necesario incluso contra el derecho positivo; y, además, de imponer la decisión a todos, no sólo a los miembros del Estado, sino, en principio, a todos los habitantes del territorio. De acuerdo con esa definición la soberanía implica:

- a) Una organización de derecho (el Estado) con capacidad de obrar y de oponerse legítimamente a todos los otros poderes y organizaciones menores que existan en su territorio.
- b) Un poder de ordenación territorial, supremo y exclusivo.
- c) La unidad social del poder del Estado.

Finalmente, el poder del Estado es soberano por excelencia, lo que significa que dentro de su territorio, es poder supremo, exclusivo, irresistible y sustantivo.

Por otro lado, el concepto de soberanía, como elemento esencial del Estado, está conectado con el de territorio. El Estado tiene capacidad de mando, de uso de fuerza, dentro de una circunscripción física determinada por las fronteras. Dentro de estas fronteras existe un deber jurídico de subordinación. La circunscripción territorial sobre la que está asentado un Estado es límite de su soberanía: Ecuador, por ejemplo, no puede tomar decisiones soberanas respecto de los asuntos colombianos, ni dictar leyes que regulen actividades que se desarrollan en Perú.

Extraterritorial, o internacionalmente, la soberanía se refleja en el ejercicio de los derechos y obligaciones estatales en condiciones de igualdad con otros Estados. Cada Estado, por ejemplo, tiene libertad de diseñar su modo de organización política y de poner en práctica su propio ordenamiento jurídico interno. Sin embargo, la validez del concepto de soberanía desde el punto de vista del derecho internacional - y de la práctica- es discutible. La soberanía, en el día a día, está condicionada por varios factores, entre ellos factores económicos y bélicos.⁶

2. La idea de soberanía en el texto constitucional. El texto constitucional redactado por la Asamblea Constituyente de Montecristi y sometido a referéndum es pródigo a la hora de mencionar el concepto de soberanía, no siempre de modo acertado. De hecho, el concepto de soberanía es uno de los ejes rectores del texto mencionado, junto con ideas como el buen vivir (que no es materia de este trabajo).

No voy a analizar todos los conceptos de soberanía en la Constitución de Montecristi, porque son demasiados. Pretendo, más bien, comentar los que me han parecido más importantes.

3. Soberanía popular.- La Constitución (Art. 1) empieza mencionando que el Ecuador es un Estado soberano y que 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*". Esta declaración no es muy diferente de aquella incluida en la Constitución reformada en 1998, e incluye las ideas clásicas respecto de la soberanía:

- La idea fundamental del Estado soberano, no sometido a ningún otro poder u organización.
- La soberanía popular, como uno de los triunfos de la Ilustración y del concepto del contrato social.
- El ejercicio de la soberanía popular por medio de los órganos del poder público (poderes constituidos) y a través de los medios de participación directa previstas en la Constitución. En este punto también aplica la teoría clásica de que si bien la soberanía radica en el pueblo, como el Estado es una organización, es necesario que el ejercicio de la soberanía se dé a través de las instituciones estatales.

4. El deber del Estado.- Seguidamente la Constitución manda (Art. 3 # 2) que uno de los deberes primordiales del Estado sea garantizar y defender la soberanía nacional, es decir emprender la defensa de su propia característica fundamental y diferenciadora. Aquí cabe preguntarse cómo el Estado defiende su propia capacidad de tomar decisiones independientes y por qué medios. Más adelante veremos que este es uno de los errores más graves del texto constitucional, porque le encarga esta misión también a las Fuerzas Armadas.

5. La llamada soberanía alimentaria.- En aparente concordancia con la idea del buen vivir, la idea de soberanía alimentaria recorre varios pasajes del texto constitucional. El Art. 13, por ejemplo, manda lo siguiente:

"Las personas y colectividades tienen derecho al acceso seguro y permanente a alimentos sanos, suficientes y nutritivos; preferentemente producidos a nivel local y en correspondencia con sus diversas identidades y tradiciones culturales.

El Estado ecuatoriano promoverá la soberanía alimentaria."

El análisis concordado y conectado de esta norma podría llevar a las siguientes conclusiones:

- El Estado consagra y reconoce el derecho fundamental y colectivo al acceso a alimentos con ciertas características: el acceso debe ser seguro e ininterrumpido, los alimentos sanos, suficientes y nutritivos y, de ser posible, ecuatorianos. Además, el acceso a los alimentos debe guardar correspondencia con la identidad y tradición de quien ejerza este derecho.
- Es obligación del Estado fomentar la llamada soberanía alimentaria.

Este análisis, sin embargo, deja algunas dudas que deben ser despejadas.

La primera: ¿es este derecho de acceso a la alimentación justiciable? Es decir, en vista de que se trata de un derecho constitucional garantizado y reconocido por el Estado, ¿puede una persona o una colectividad exigirle judicialmente al Estado la aplicación práctica de este derecho?

La segunda: ¿debemos entender, entonces, a la soberanía alimentaria como la obligación del Estado de dar acceso seguro a alimentos sanos, suficientes y nutritivos, preferiblemente locales?

La primera duda es más fácil que la segunda. En el primer caso resulta evidente que, en tratándose de un

derecho constitucional y como la Constitución es una norma jurídica de orden público, el derecho de acceso a la alimentación debe ser exigible judicialmente (lo que podría implicar muchas complicaciones prácticas que no son materia de este trabajo). La segunda: no queda claro si la soberanía alimentaria equivale a la preferencia estatal por los alimentos locales o si debe entenderse como la garantía al derecho de acceso a los alimentos. Quedan también pendientes varias otras preguntas, ¿puede, en la práctica, el Estado garantizar que toda su población esté alimentada?, ¿significa la soberanía alimentaria que el Estado está obligado a alimentar por sí mismo a sus habitantes? De la lectura analítica parece que la respuesta es sí, puesto que uno de los ejes de este borrador constitucional es la intervención activa del Estado en todas las actividades.

En este punto es necesario transcribir el Art. 281 del texto, que consagra varios numerales a las responsabilidades estatales en materia de soberanía alimentaria:

“Art. 281.- La soberanía alimentaria constituye un objetivo estratégico y una obligación del Estado para garantizar que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades alcancen la autosuficiencia de alimentos sanos y culturalmente apropiado de forma permanente.

Para ello, será responsabilidad del Estado:

1. *Impulsar la producción, transformación agroalimentaria y pesquera de las pequeñas y medianas unidades de producción, comunitarias y de la economía social y solidaria.*
2. *Adoptar políticas fiscales, tributarias y arancelarias que protejan al sector agroalimentario y pesquero nacional, para evitar la dependencia de importaciones de alimentos.*
3. *Fortalecer la diversificación y la introducción de tecnologías ecológicas y orgánicas en la producción agropecuaria.*
4. *Promover políticas redistributivas que permitan el acceso del campesinado a la tierra, al agua y otros recursos productivos.*
5. *Establecer mecanismos preferenciales de financiamiento para los pequeños y medianos productores y productoras, facilitándoles la adquisición de medios de producción.*
6. *Promover la preservación y recuperación de la agrobiodiversidad y de los saberes ancestrales vinculados a ella; así como el uso, la conservación e intercambio libre de semillas.*
7. *Precautelar que los animales destinados a la alimentación humana estén sanos y sean criados en un entorno saludable.*
8. *Asegurar el desarrollo de la investigación científica y de la innovación tecnológica apropiadas para garantizar la soberanía alimentaria.*
9. *Regular bajo normas de bioseguridad el uso y desarrollo de biotecnología, así como su experimentación, uso y comercialización.*
10. *Fortalecer el desarrollo de organizaciones y redes de productores y de consumidores, así como las de comercialización y distribución de alimentos que promueva la equidad entre espacios rurales y urbanos.*
11. *Generar sistemas justos y solidarios de distribución y comercialización de alimentos. Impedir prácticas monopólicas y cualquier tipo de especulación con productos alimenticios.*

12. *Dotar de alimentos a las poblaciones víctimas de desastres naturales o antrópicos que pongan en riesgo el acceso a la alimentación. Los alimentos recibidos de ayuda internacional no deberán afectar la salud ni el futuro de la producción de alimentos producidos localmente.*

13. *Prevenir y proteger a la población del consumo de alimentos contaminados o que pongan en riesgo su salud o que la ciencia tenga incertidumbre sobre sus efectos.*

14. *Adquirir alimentos y materias primas para programas sociales y alimenticios, prioritariamente a redes asociativas de pequeños productores y productoras.”*

Este extenso mandato constitucional está reforzado por la obligatoriedad de que la política económica tenga entre sus objetivos fundamentales a la soberanía alimentaria:

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

3. *Asegurar la soberanía alimentaria y energética.”*

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

4. *Contribuir a que se garanticen la soberanía alimentaria y energética, y se reduzcan las desigualdades internas.”*

Y, en la misma línea, el Estado ecuatoriano tendrá la obligación de promover el acceso en condiciones equitativas a los medios de producción por medio de la implementación de políticas públicas que fomenten la soberanía alimentaria.

“Art. 334.- El Estado promoverá el acceso equitativo a los factores de producción, para lo cual le corresponderá:

4. *Desarrollar políticas de fomento a la producción nacional en todos los sectores, en especial para garantizar la soberanía alimentaria y la soberanía energética, generar empleo y valor agregado.”*

Por otro lado el Art. 15 del texto constitucional manda que la soberanía alimentaria prevalezca sobre la soberanía energética: *“La soberanía energética no se alcanzará en detrimento de la soberanía alimentaria, ni afectará el derecho al agua”* Es decir que, en todo caso, las políticas energéticas del Estado deberán estar supeditadas al ejercicio del derecho al acceso a la alimentación (definida erradamente en el texto como soberanía alimentaria).

Así, vemos que el principio de la soberanía (la capacidad del Estado de tomar decisiones independientes) se ha extendido a la llamada “soberanía alimentaria”, que en el texto constitucional comentado ha sido confundido con la intervención del Estado en la economía y con el nacionalismo. No es lo mismo un Estado soberano (como lo son todos) que un Estado que interviene en la economía, o una ideología que propugna el nacionalismo en todos los campos.

6. La protección de la soberanía.- Como consecuencia del diseño de un Estado constitucionalmente soberano, asentado sobre el principio de la soberanía popular, el texto le encarga al Presidente de la República y a las Fuerzas Armadas, al mismo tiempo, el mantenimiento y la garantía de la soberanía. Hay que aclarar que

esta grave confusión ha sido incluida en anteriores Constituciones ecuatorianas.

Las normas relevantes para el análisis son:

“Art. 147.- Son atribuciones y deberes de la Presidenta o Presidente de la República, además de los que determine la ley:

17. *Velar por el mantenimiento de la soberanía, de la independencia del Estado, del orden interno y de la seguridad pública, y ejercer la dirección política de la defensa nacional.”* y

“Art. 158.- Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional son instituciones de protección de los derechos, libertades y garantías de los ciudadanos.

Las Fuerzas Armadas tienen como misión fundamental la defensa de la soberanía y la integridad territorial.

La protección interna y el mantenimiento del orden público son funciones privativas del Estado y responsabilidad de la Policía Nacional.

Las servidoras y servidores de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional se formarán bajo los fundamentos de la democracia y de los derechos humanos, y respetarán la dignidad y los derechos de las personas sin discriminación alguna y con apego irrestricto al ordenamiento jurídico.” (Mi destacado)

Es correcto el mandato constitucional de que sea el Presidente de la República el defensor fundamental de la soberanía y del orden interno, en vista de que el Presidente es al mismo tiempo jefe del Estado y director de la administración pública. Esta es una de las características básicas del régimen presidencial: que una sola persona ocupe al mismo tiempo y por elección popular las dos funciones. La defensa de la soberanía, como resulta evidente, tiene que ver con la función del Presidente como jefe de Estado. En un régimen presidencial una de las competencias fundamentales del Presidente debe ser mantener la independencia del Estado e, incluso, vigilar su existencia pacífica e autónoma. De ahí que en este sistema el Presidente sea el jefe de la fuerza pública y tenga la competencia constitucional para, de forma limitada y temporal, decretar el estado de emergencia (cuando la existencia del Estado corre peligro).

Sin embargo, el mandato constitucional de que las Fuerzas Armadas tengan como misión fundamental la defensa de la soberanía es absolutamente incorrecto y constitucionalmente antitécnico, por las siguientes razones:

- Porque este mandato constitucional pone en riesgo uno de los principios básicos de la democracia: que las Fuerzas Armadas son obedientes del poder civil y no deliberantes por sí mismas.
- Porque se confunde dos elementos del Estado: la soberanía y el territorio. La soberanía, como hemos visto, es la capacidad del Estado de tomar decisiones de forma independiente y el territorio es el espacio físico en el que se asienta el Estado. Puede ser que las Fuerzas Armadas tengan como misión, en obediencia del poder civil, colaborar para la preservación de la integridad del territorio, pero en ningún caso pueden tener como misión la garantía de la soberanía.
- Porque esta norma constitucional, en una interpretación equivocada, podría servir para legitimar la idea de que las Fuerzas Armadas puedan intervenir en la

vida política (bajo la excusa de que están garantizando la soberanía).

Podría argumentarse a favor del texto constitucional que las Fuerzas Armadas deberán garantizar la soberanía nacional de forma obediente a las órdenes del Presidente de la República, sin embargo el mandato de que la fuerza pública tenga a su cargo la independencia política del Estado resulta peligroso.

7. Otras concepciones de la soberanía.- Además de las comentadas, el texto constitucional de Montecristi incluye varias otras menciones del concepto de soberanía. Vale la pena analizar otros casos (no todos):

- En el Art. 27 se manda que la educación se centre en el ser humano y se justifica que la educación es *“indispensable para la construcción de un país soberano.”* En este punto también cabe comentar que el texto constitucional confunde el concepto de soberanía con la consigna de un sistema político nacionalista, centrado en el poder político y no necesariamente en el ciudadano.
- En el Art. 276 se le otorga al régimen de desarrollo, entre otros, el objetivo de garantizar la soberanía nacional. ¿No era esta una misión del Presidente de la República y de las Fuerzas Armadas, como quedó apuntado? ¿Cómo puede el régimen de desarrollo garantizar la soberanía nacional? En este punto también hay una concepción equivocada respecto de la soberanía: me imagino que el texto quiere decir que el régimen de desarrollo debe garantizar, más bien, la intervención y la planificación estatal.
- El Art. 422 prohíbe la celebración futura de tratados internacionales en los que *“el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas.”* En este caso se debe entender la norma como la veda constitucional para que el Estado se obligue en nuevos tratados y, por tanto, surge la pregunta respecto de los tratados internacionales vigentes. En este caso, creo, el Estado ecuatoriano debe respetarlos en vista del principio de *pacta sunt servanda* incluido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En otras palabras: el Estado ecuatoriano no puede alegar sus razones de derecho interno (ni siquiera la expedición de una nueva Constitución) para incumplir sus obligaciones internacionales.

8. Conclusión.- Del comentario de las principales aplicaciones del concepto de soberanía en el texto constitucional de Montecristi se puede llegar a las siguientes conclusiones:

- El concepto de soberanía se ha confundido con la política de intervención del Estado en la actividad económica y con el nacionalismo, en todas sus variedades. Así, el principio de la soberanía ha sido aplicado y concebido de una forma inapropiada y antitécnica.
- El texto constitucional menciona a la soberanía demasiadas veces y en situaciones distintas: unas veces de modo correcto (al caracterizar al Ecuador como un

país independiente) y la mayor parte del tiempo de forma inadecuada (la soberanía alimentaria, la soberanía energética, por ejemplo).

- La razón por la que la idea de soberanía tiene tanta presencia en el texto es la siguiente: el texto constitucional consagra un Estado activo y omnipresente. Esto no quiere decir que toda actividad que emprenda el Estado se deba mezclar con la soberanía.

Resumen: El concepto de soberanía en la Constitución de Montecristi se usa de forma abundante y antitécnico, desde el punto de vista del Derecho Constitucional. En vez de garantizar la independencia del Estado se garantiza la intervención estatal en todos los campos (lo que difiere del principio de soberanía).

Notas

- 1 Para una aproximación inicial al concepto de soberanía ver: Nicola Matteucci, *Soberanía*, en Norberto Bobbio et al, "Diccionario de Política", 12ª edición, México, Siglo XXI Editores, 2000, Págs. 1483-1492.
 - 2 Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, 8va edición, Madrid, Marcial Pons, 2002, Pág. 75. La cursiva en el texto original.
 - 3 Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, Pág. 77
 - 4 Georges Bataille, "Lo que entiendo por soberanía", Barcelona, Paidós, 1996, Pág. 63.
 - 5 "Teoría del Estado", 2ª edición, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, Pág. 310.
 - 6 Sobre este punto ver Diego Pérez Ordóñez "La Soberanía en Tiempos de Globalización" en *Iuris Dictio* No. 5, Año III No. 5, del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, Págs. 18-22.
-

El constitucionalismo ambiental en la nueva Constitución de Ecuador. Un reto a la tradición constitucional

Luis Fernando Macías
Gómez

Introducción

La consagración de una nueva gama de principios ambientales, así como de novedosas figuras jurídicas de carácter rigurosamente ambiental, dentro del texto constitucional ecuatoriano, ubica al Ecuador en la lista histórica de países pioneros en el ejercicio del constitucionalismo ambiental. Con especial énfasis, este país ha planteado la antes inédita problemática forjada entre los nuevos principios constitucionales ambientales y aquellos principios tradicionales del derecho constitucional; además de haber incorporado a la Carta Política, como sujeto de derecho en sí mismo, a la "Naturaleza", así como los derechos que como sujeto, le son propios.

La creación de esta serie de instituciones jurídicas de protección a la naturaleza y al medio ambiente, su efectiva incorporación a la Constitución ecuatoriana y su sucesiva implementación y aplicación, son hoy objeto de análisis del presente escrito, especialmente su validez, su habilidad, su congruencia con el resto del articulado constitucional; todo ello, a la luz de la tradición jurídica ecuatoriana y en perspectiva comparatista y globalizada.

Lo anterior, por cuanto estas instituciones jurídicas, no pueden ser juzgadas a priori, ni calificadas de antemano como positivas o negativas, ni menos aún, toleradas o resistidas con ligereza, más, cuando todas ellas resultan ajenas a la tradición jurídica, no sólo de Ecuador sino del resto de países americanos; por el contrario, han de ser revisadas diligentemente, apelando al significado e importancia que tiene la Naturaleza dentro de la cultura e idiosincrasia ecuatoriana, a su relación con las comunidades ancestrales del País y en sintonía con el resto del articulado constitucional.

De la revisión y análisis pretendidos dentro del escrito, se trata luego de proyectar algunas proposiciones y planteamientos que contribuyan a la adecuada interpretación e implementación de estas nuevas instituciones jurídicas, que hoy fundan el constitucionalismo ambiental

ecuatoriano, a partir de la armonización o contradicción de estas instituciones entre sí y entre éstas y las demás instituciones constitucionales tradicionales.

1. Consideraciones teóricas sobre el constitucionalismo ambiental

La Constitución de Ecuador, aprobada mediante referéndum realizado el 28 de septiembre de 2008, es la culminación, en materia ambiental, de un proceso de constitucionalización del medio ambiente que se ha venido desarrollando en los países latinoamericanos. Esta Carta, junto con la de Venezuela y Bolivia, se aprueban en contextos socio-políticos y económicos con amplias similitudes y nuevos paradigmas de gobernar en el continente.

Además de los retos intelectuales concernientes a la teoría política que plantean estos nuevos paradigmas, es indudable que en materia jurídica ambiental, los retos son mayores e igualmente interesantes.

En relación con algunos temas ambientales, se resaltan tres que ameritan especial atención, bien por su carácter novedoso, bien por su incorporación en la Constitución de principios que, en otras latitudes, es materia legal.

Para analizar un tema de estas características, es necesario recurrir a explicaciones teóricas circunscritas en un marco puramente jurídico; la Constitución no es más que la organización del Estado y del poder, lo cual exige explicaciones desde esa óptica.

El objetivo último de toda constitución es lograr un mejor gobierno. Se entiende por tal, la acción de dirigir, conducir a los hombres, las cosas y las relaciones que surgen entre uno y otro, o entre sí, respectivamente. Dentro de estos elementos se encuentra lógicamente la naturaleza y el medio ambiente.¹

El arte de gobernar debe partir de una serie de conocimientos, de saberes que permitan prever posibles escenarios futuros con el fin de hacer posible una acción del Estado eficaz. En suma, el arte de gobernar se comprende como una «articulación de un proceso de decisión

política, de las condiciones de su aplicación en términos de eficacia y legitimidad en situaciones políticas determinadas». ²

La legitimidad debe buscarse entonces en las constituciones como la fuente de un poder legal y legítimo. Es decir, con origen en el pueblo, quien actúa como poder constituyente o a través de sus representantes. A partir de las constituciones se logra el consenso de la sociedad en torno de valores que adquieren fuerza jurídica vinculante cuando son consagrados en los textos de las cartas fundamentales. Es indudable, que la nueva Constitución del Ecuador es claro ejemplo de búsqueda de legitimidad mediante la participación del pueblo tanto en su elaboración como en su aprobación.

La inclusión de una serie de principios de los pueblos originarios y autóctonos, como integrantes de los nuevos valores del Estado, supone que la sociedad debe aceptarlos y reconocer su vinculación jurídica.

Ahora bien, el medio ambiente se convierte en un valor susceptible de constitucionalizarse en una *situación política* precisa. La Constitución es, después de que se establece el Estado de derecho, el único mecanismo viable para organizar el Estado de acuerdo con unos objetivos y valores precisos.

El medio ambiente, convertido en un paradigma de obligatoria inclusión en la acción de los Estados, debe introducirse en las constituciones, pero en Ecuador se habla además de otros aspectos más precisos como naturaleza y biodiversidad, entre otros. Aparece así convertido en un nuevo *derecho fundamental*, de obligatoria protección por parte del Estado y deber de los ciudadanos. Se requieren normas que desarrollen ese punto, por eso «puede afirmarse que el futuro de la materia [el medio ambiente] se orientará hacia la sistematización normativa interna e internacional del derecho ambiental, a la creación de los correspondientes órganos de tutela, y a la definición de los procedimientos que hagan posible y faciliten la exigibilidad del respeto a tales derechos». ³

La constitucionalización del medio ambiente está íntimamente ligada a la creación de nuevos derechos colectivos y a su consagración como un nuevo derecho humano fundamental. Además, da lugar a que surja una nueva rama del derecho: el derecho ambiental, en la medida que aparece un nuevo interés jurídicamente tutelable.

En suma, el objetivo de incluir el medio ambiente en las constituciones, no es más que un intento por crear variables en torno a un nuevo arte de gobernar. «La existencia de una norma constitucional que garantice la protección del medio ambiente y la ecología concebida como deber del Estado y como derecho-deber de los ciudadanos, favorece la marcha de la legislación, puesto que a partir de ello el sistema en su conjunto encontrará el sostén en un nuevo régimen institucional propio». ⁴ Son las constituciones contemporáneas, es decir, aquellas que han sido elaboradas a partir de la década de los años setenta, las que reconocen este nuevo valor como parte fundamental de la acción de los Estados y de los ciudadanos. Entre ellas, se encuentran las la Constituciones de España de 1978; Portugal de 1976; Panamá de 1972; Cuba de 1976; Chile de 1980; Brasil de 1988, entre otras.

Coincide este auge con la crisis económica sufrida en ese período. El medio ambiente no está desligado de la economía, hace parte de un nuevo esquema de desarrollo. Por un lado, sirve de respuesta a una serie de demandas elevadas por la sociedad, y por otro, hace frente a una limitación de un desarrollo tecnológico incontrolable.

El desarrollo económico y tecnológico sin ningún tipo de control, pone en riesgo la existencia del hombre en la Tierra. Se hace necesario conciliar la tensión existente entre el desarrollo y el medio ambiente, de lo contrario se llegaría a la autodestrucción del modelo económico, causado por una sobreutilización y explotación de los recursos naturales renovables y del medio ambiente.

Por lo anterior, la inclusión y reconocimientos de una serie de principios sobre el medio ambiente y la naturaleza consagrados en la nueva Constitución ecuatoriana, son también en el fondo, una forma de incorporar una relación consecuente entre el modelo de desarrollo incorporado y la adecuada utilización de los recursos naturales.

Ese momento crítico vivido en los años setenta, coincide igualmente con una agitación social en todas las sociedades y en todos los niveles. Las sociedades de consumo son puestas en duda, la concepción del hombre, como simple instrumento económico, es violentamente contestada. Se presenta una encrucijada: responder a las demandas sociales sin cambiar los modelos de desarrollo existentes. Se llega incluso a replantear las relaciones del hombre con la naturaleza.

Tal vez en esa misma situación se han expedido las últimas constituciones latinoamericanas, pues se han aprobado luego de profundos procesos de transformación social, económica y política.

El sistema político debía reformarse, los nexos de las relaciones sociales y de éstas con el Estado deben buscar nuevos vínculos. Esto se logra, entre otros puntos que sirven al mismo objetivo, incluyendo el medio ambiente como nuevo paradigma en esas relaciones.

A partir de ese momento, la protección del medio ambiente se convierte en una necesidad de profundización de la democracia. Se establecen obligaciones de protección al medio ambiente simultáneamente con principios que buscan cambiar el modelo de desarrollo. El mejoramiento de la calidad de vida está íntimamente ligado a la conservación de los recursos naturales y la protección ambiental.

Este problema desborda las fronteras nacionales y se convierte en materia internacional. Así, durante la Conferencia de Estocolmo en 1972 se consagra un nuevo paradigma: el medio ambiente, como derecho fundamental y condición de mejoramiento de vida, bajo un nuevo modelo de desarrollo, esto es, el desarrollo sostenible. Esta declaración en su primer principio sostiene:

El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que se le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras.

Se observa que el medio ambiente se convierte en un nuevo derecho humano, al mismo tiempo que impone

obligaciones para transformar los esquemas de desarrollo para hacerlo efectivo.

Se inicia una proliferación de acuerdos internacionales que buscan establecer obligaciones a los Estado para proteger el medio ambiente, o que lo tienen como objeto de las relaciones internacionales. El proceso de globalización e internacionalización de todas las relaciones posibles aceleran esta transformación. «La reconciliación entre medio ambiente y desarrollo se sella de manera espectacular a nivel internacional, revelando un cambio radical de las mentalidades». ⁵ El medio ambiente adquiere carta de ciudadanía internacional, antes de obtenerla nacionalmente.

Es claro, según lo anterior, que la internacionalización del tema y la necesidad de incluirlo dentro de las políticas públicas de los Estados impone la necesidad de introducirlo también en las constituciones de diferentes Estados. A partir de allí, una constitución que se precie de ser moderna y democrática, contemplará el ambiente como derecho fundamental y como orientador del proceso de desarrollo. El medio ambiente equivale en las constituciones modernas lo que en los orígenes del Estado de derecho eran las libertades individuales. Como diría CARL SCHMITT, es un ideal de constitución proteger el medio ambiente como obligación del Estado, y deber de los ciudadanos. Pero simultáneamente buscar los mecanismos de un desarrollo que mejoren las condiciones de vida sin destruir los recursos naturales y el medio ambiente. ⁶

La Constitución permite que las relaciones sociales se enmarquen dentro de un principio de armonía, no ausente de conflictos, para que las diferencias que surjan se resuelvan dentro de un marco normativo preestablecido. La constitucionalización del medio ambiente busca, además, que las relaciones sociales sean también armónicas con la naturaleza.

En conclusión, la constitucionalización del medio ambiente se convierte en una necesidad de legitimidad de los Estados y de los modelos políticos y económicos que se establecen. Empero, fue el derecho internacional quien primero se preocupó por esta problemática.

Al ser la Constitución la representación material de un pacto de convivencia ciudadana que orienta la acción del Estado, es allí donde se hace necesario cambiar las estructuras de las relaciones entre el Estado y la Sociedad. El medio ambiente se convierte en valor supremo para lograr ese nuevo pacto.

El constitucionalismo ambiental plantea una serie de problemáticas derivadas de la ruptura que se produce frente al constitucionalismo tradicional. En efecto, al incorporar el medio ambiente como objeto de protección, parejo a la protección y reconocimiento de ese otro nuevo paradigma constitucional como es el multiculturalismo y la existencia de diversas etnias, se generan en ocasiones contradicciones internas en la misma estructura constitucional. Al momento de proteger uno de esos nuevos paradigmas pueden surgir tensiones con aquellos principios constitucionales tradicionales.

Incluso estos nuevos paradigmas van más allá de lo que se conoce como neoconstitucionalismo. ⁷ Para dar

alguna claridad sobre este concepto, conviene citar un texto, dentro de los muchos que existen, que permite entender mejor dicho término. Señala el profesor Miguel Carbonell lo siguiente:

*“Conviene tener presente, con todo que cuando se habla de neconstitucionalismo, ya sea en singular o en plural, se está haciendo referencia a dos cuestiones que deben estudiarse por separado. Por una parte, como ya se ha mencionado, a una serie de fenómenos evolutivos que han tenido evidentes impactos en lo que se ha llamado el paradigma del Estado constitucional. Por otra parte, también a una determinada teoría del derecho que ha propugnado en el pasado reciente por esos cambios y/o que da cuenta de ellos, normalmente en términos bastantes positivos o incluso elogiosos”*⁸

En Latinoamérica, se podría redefinir tal concepto para señalar que el neoconstitucionalismo es el proceso mediante el cual se han incorporado en las constituciones reivindicaciones ancestrales de los pueblos originarios y se han creado nuevos derechos hasta ahora desconocidos en el constitucionalismo tradicional. Es una recomposición de fuerzas del pasado, antes antagónicas o enemigas, y que hoy recurren a los principios constitucionales para superar sus diferencias y fracturas.

Igualmente, es importante resaltar que todos los países latinoamericanos reconocen como valor democrático la existencia y defensa de un Estado Constitucional.

Tal vez hay una nueva concepción en torno al constitucionalismo, no solo como límite al poder sino como mecanismo de reconocimiento de nuevos valores y paradigmas.

Es incuestionable que nuestros países se enfrentan a múltiples problemas que deben ser resueltos a nivel constitucional para lograr una cierta estabilidad y capacidad de gobernar dentro de un marco de legitimidad aceptable. Esto exige respuesta a nuevos retos, siendo uno de ellos, la aproximación y concepción en torno a la naturaleza y al medio ambiente. De ahí, porque no es de extrañar que la nueva Constitución ecuatoriana reconozca la naturaleza como sujeto de derecho y además eleve a rango constitucional la responsabilidad objetiva y la imprescriptibilidad de las acciones para perseguir los daños ambientales.

2. La naturaleza sujeto de derecho(s)

Establece el artículo 10° de la Constitución:

Art. 10°.-Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales.

La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución.

Al analizar el texto, surgen algunos interrogantes sobre su alcance y características del inciso segundo. En principio, se puede pensar que se está consagrando a la “Naturaleza” como sujeto de derecho, lo cual tendría una revisión teórica y una jurídica; sin embargo, también podría interpretarse que en realidad se está reconociendo a la “Naturaleza” como una nueva entidad jurídica susceptible de protección constitucional.

La constitucionalización del reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derecho, no solo genera un nuevo principio constitucional sino que contribuye a la construcción de un nuevo orden jurídico que debe desarrollar ese principio.

El desarrollo de lo establecido en el artículo décimo se encuentra en los artículos que a continuación se citan:

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

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

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

Art. 72.- *La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados.*

En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas.

Art. 83.- *Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley:*

6. Respetar los derechos de la naturaleza, preservar un ambiente sano y utilizar los recursos naturales de modo racional, sustentable y sostenible.

Art. 277.- *Para la consecución del buen vivir, serán deberes generales del Estado:*

1. Garantizar los derechos de las personas, las colectividades y la naturaleza.

Son los anteriores, los artículos esenciales que hacen referencia directa a los derechos de la naturaleza, a pesar que puedan existir otros tantos que, por vía de interpretación, puedan ser considerados como artículos en los que se reconocen también derechos de la naturaleza, pero esto será un tema que se tratará más adelante.

Esta incorporación podría corresponder a lo que algunos llaman “Neoconstitucionalismo Ideológico”, el cual “[...] tiende a distinguirse parcialmente de la ideología constitucionalista, ya que pone en un segundo plano el objetivo de la limitación del poder estatal – que era por el contrario absolutamente central en el constitucionalismo de los siglos XVIII y XIX –, mientras que pone en primer plano el objetivo de garantizar los derechos fundamentales. [...]”

“El neoconstitucionalismo ideológico no se limita por tanto a describir los logros del proceso de constitucionalización, sino que los valora positivamente y propugna su defensa y ampliación. En particular, subraya la importancia de los mecanismos institucionales de tutela de los

derechos fundamentales – podríamos en este sentido hablar de “neoconstitucionalización de los contrapoderes” –, pero más todavía destaca la exigencia de que las actividades del legislativo y del judicial estén directamente encaminadas a la concretización, la actuación y la garantía de los derechos fundamentales previstos en la Constitución – podríamos en este sentido hablar de un “neoconstitucionalismo de las reglas”.”⁹

Ahora bien, si se reconoce la naturaleza como sujeto de derecho estaríamos ante una clara ruptura de los principios de la modernidad por cuanto ésta supone al hombre desprendido de ella, además que es el único ser con posibilidades de reconocerle derechos, y por tal motivo, ser sujeto de derechos humanos.

Los defensores de esta posición, consideran que el antropocentrismo derivado de la modernidad, es el causante de muchas de las catástrofes que han llevado al mundo a una situación ambiental como la actual. Para algunos, estos son los planteamientos de la ecología profunda o *deep ecology* que considera que la “[...] naturaleza es un modelo de interdependencia entre diversas formas de vida y no de dominación o superioridad [...]”

*“Se trata de una concepción esencialmente holista de la naturaleza, la cual es concebida como una amplia red de interdependencias donde el todo prima sobre las partes. [...] La consideración de la naturaleza como instancia normativa implica ipso facto la reintegración del hombre al seno de la naturaleza y la negación del antropocentrismo”.*¹⁰

A partir de allí, algunos consideran que la consagración de la naturaleza como sujeto de derecho, no es más que una negación de la humanidad del hombre y una negación de la modernidad.

Sin embargo, existen voces defensoras de tal posición, llegando incluso a señalar la necesidad de revisar el contrato social para hablar de un contrato natural suscrito entre la sociedad y la naturaleza por cuanto “la tierra nos habla en términos de fuerza, de nexos y de interacciones, lo cual es suficiente para celebrar un contrato”.¹¹

En una perspectiva diferente y dentro del contexto ecuatoriano, también se encuentran defensores de la consagración de la naturaleza como sujeto de derecho. Al respecto, vale la pena citar algunos de estos textos en los cuales, desde diversas visiones, se plantean los argumentos a favor de tal consagración. Por ejemplo, el profesor Mario Melo señala:

*“La naturaleza no es una simple cosa sujeta a propiedad. En (sic) un sujeto con existencia más real y concreta que las “personas jurídicas”, asociaciones de capitales con existencia ficticia a las que sí hemos reconocido derechos”.*¹²

Más adelante agrega el mismo autor:

*“El derecho ambiental debe empezar a proteger la integridad y continuidad de la naturaleza como un bien jurídico intrínsecamente válido, trascendente y diferenciable del interés de los humanos de vivir en un ambiente sano y aprovechar racionalmente los recursos naturales, aunque concurrente y concordante con él”.*¹³

Es interesante esta cita por cuanto el inciso segundo del artículo décimo de la Constitución, puede tener otra

interpretación diferente a estimar que se ha consagrado en forma absoluta el principio de la naturaleza como sujeto de derecho.

Pero si se observan otros textos contenidos en el libro citado, se puede observar que la defensa se sustenta sobre todo en consideraciones de los pueblos o comunidades ancestrales, para quienes la naturaleza si es un todo y es vista en forma holística en la cual se vive en una permanente interrelación con ella. Es decir, que en la cosmogonía y derecho propio, reconocido en el Artículo 171 de la Constitución, de dichas comunidades podría ser perfectamente aplicable el principio en forma absoluta y, por lo tanto, el Estado debe reconocerlo.

Empero, al aplicarse e interpretarse la Constitución en forma sistemática, se encontrarían otros principios de igual rango constitucional que pueden entrar en contradicción con tal principio.

En efecto, si la naturaleza es considerada un sujeto de derecho, no podría ser objeto de apropiación por cuanto no es una cosa sobre la cual recaiga algún tipo de propiedad. Además su aprovechamiento estaría restringido, con lo cual se entraría en contradicción con el principal objetivo y columna vertebral de la Constitución ecuatoriana, como es, el buen vivir, el cual además de ser un derecho es parte estructurante del modelo de desarrollo del Ecuador tendiente a garantizar las garantías y derechos ciudadanos, tal y como se podría desprender de lo establecido en los artículos 319, 340 y siguientes.

estos artículos consagran la necesidad de aprovechar los recursos naturales, es decir la naturaleza, como se puede observar en el artículo 319, el cual señala:

Art. 319.-Se reconocen diversas formas de organización de la producción en la economía, entre otras las comunitarias, cooperativas, empresariales públicas o privadas, asociativas, familiares, domésticas, autónomas y mixtas.

El Estado promoverá las formas de producción que aseguren el buen vivir de la población y desincentivará aquellas que atenten contra sus derechos o los de la naturaleza; alentará la producción que satisfaga la demanda interna y garantice una activa participación del Ecuador en el contexto internacional.

¿Qué ocurrirá el día en que se haga necesario un aprovechamiento intensivo de la naturaleza que pueda llegar a causar una afectación pero para así poder alcanzar el buen vivir como objetivo nacional y estratégico del Ecuador?

Es claro que en los casos en que se presentan contradicciones al interior de la misma Constitución se hace necesario recurrir a interpretaciones que permitan superar la tensión entre dos derechos o principios consagrados en ella.

Para hablar de la naturaleza como sujeto de derecho no podría hacerse solamente desde la perspectiva de las comunidades ancestrales ni tampoco podría cuestionarse desde la visión occidental. Es claro, que el continente latinoamericano siempre se ha caracterizado por la coexistencia de la modernidad y la tradición, siendo una síntesis de dos formas de visiones y pensamiento. Por esa razón, consideramos, se debe siempre intentar conciliar esas dos formas de inteligibilidad del mundo.

En ese sentido, la interpretación que se plantea es que la nueva Constitución ecuatoriana no reconoce en forma absoluta la naturaleza como sujeto de derecho sino que la reconoce como una entidad jurídica susceptible de ser protegida mediante el reconocimiento de algunos derechos.

Una cosa es reconocer derechos a una persona o a un bien jurídicamente tutelado y otra establecer que hay un sujeto de derecho nuevo que, para el evento, sería la naturaleza. La misma Constitución nos permite plantear esta propuesta de interpretación. En efecto, establece el artículo 387, que corresponde al tema de ciencia y tecnología, lo siguiente

Art. 387.- Será responsabilidad del Estado:

4. Garantizar la libertad de creación e investigación en el marco del respeto a la ética, la naturaleza, el ambiente, y el rescate de los conocimientos ancestrales.

El artículo no hace más que señalar lo que en otros países se consagra igualmente en el sentido del respeto a la naturaleza en todo proceso investigativo.

A su vez el artículo 389, que hace parte del título sobre gestión del riesgo señala lo siguiente:

Art. 389.-El Estado protegerá a las personas, las colectividades y la naturaleza frente a los efectos negativos de los desastres de origen natural o antrópico mediante la prevención ante el riesgo, la mitigación de desastres, la recuperación y mejoramiento de las condiciones sociales, económicas y ambientales, con el objetivo de minimizar la condición de vulnerabilidad.

Es claro el artículo en distinguir las personas de la naturaleza, pues si se considerara la naturaleza como un sujeto de derecho debía haberse hecho referencia a todos los sujetos de derecho y no hacer tal división tan expresa y tajante.

En sentido similar, se puede consultar el texto del artículo 281 sobre soberanía alimentaria, en el que es más que evidente la necesidad de aprovechar la naturaleza para lograr dicha soberanía.

Lo anterior significaría que en realidad lo que hace la Constitución ecuatoriana, y es justamente su gran carácter de novedoso y revolucionario, es reconocer la naturaleza como una entidad jurídica que amerita protección y para ello es necesario reconocer algunos derechos, pero sin que esto la convierta en un sujeto de derecho. Interpretación ésta que en materia de comunidades ancestrales puede no ser de recibo por cuanto para ellos, sí es evidente que la naturaleza es otro ser viviente del cual hacen parte.

El papel del hombre y de la sociedad en un contexto de crisis ambiental y de nuevos paradigmas, además en un continente como el nuestro, no son ajenos a las grandes transformaciones que también sufre el derecho en el mundo entero y, para ello, se nos imponen retos en los cuales es necesario conciliar diversas visiones del mundo jurídico. Por esa razón, en la medida en que en los principios del derecho, tal y como los conocemos ahora, se plantearían múltiples problemas de aplicación del principio de consagrar la naturaleza como sujeto de derecho; se hace necesario arriesgarnos en intentar por la vía de la

interpretación conciliar las dos posiciones que existen sobre el tema. Esto es, aprender a vivir en la síntesis entre la modernidad y la tradición.

No se debe olvidar que *“Somos entonces responsables de nuestras condiciones biosférica y biológicas de existencia [...]. La tierra se ha convertido parcialmente en una gigantesca individualidad técnica. La biosfera tiende a desaparecer en beneficio de una antroposfera. Hemos destruido el equilibrio natural y estamos obligados a sustituirlo por un equilibrio tecnonatural”*.¹⁴

El derecho adquiere otra dinámica y a ella debemos hacer frente, pero para algunos, dentro de los principios de la modernidad jurídica, la cual debe tener la suficiente capacidad de adaptarse a otros mundos y modelos jurídicos. Solo en esa medida, se logrará no la protección de la naturaleza, la consecución del buen vivir y la estabilidad de los pueblos.

3. La responsabilidad objetiva

Otra novedad en la Constitución ecuatoriana es la incorporación a nivel constitucional de la responsabilidad objetiva, cuando es más una materia reservada a la ley y a la jurisprudencia. Sin embargo, el artículo 396 la consagra en forma expresa:

Art. 396.- El Estado adoptará las políticas y medidas oportunas que eviten los impactos ambientales negativos, cuando exista certidumbre de daño. En caso de duda sobre el impacto ambiental de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia científica del daño, el Estado adoptará medidas protectoras eficaces y oportunas.

La responsabilidad por daños ambientales es objetiva. Todo daño al ambiente, además de las sanciones correspondientes, implicará también la obligación de restaurar integralmente los ecosistemas e indemnizar a las personas y comunidades afectadas.

Cada uno de los actores de los procesos de producción, distribución, comercialización y uso de bienes o servicios asumirá la responsabilidad directa de prevenir cualquier impacto ambiental, de mitigar y reparar los daños que ha causado, y de mantener un sistema de control ambiental permanente.

Las acciones legales para perseguir y sancionar por daños ambientales serán imprescriptibles.

En estricto rigor, este artículo no hace más que reconocer, pero a nivel constitucional, lo que en el régimen de responsabilidad ambiental se viene estableciendo en otros países, como Colombia¹⁵, España, Alemania, entre otros, que es el de establecer un régimen de responsabilidad objetiva en materia de daños ambientales.

Todas las normas ambientales tienen un carácter preventivo, reparador de daños causados al medio ambiente y, por lo tanto, se sustentan en el carácter riesgoso que las actividades tienen para el medio ambiente y la naturaleza.

A su vez, el objetivo de la legislación ambiental es el de prevenir el daño ambiental, es decir, actuar a partir del riesgo de afectación al medio ambiente y a la naturaleza.

En materia ambiental, el concepto de responsabilidad es en ocasiones bastante laxo, sin embargo, sería aquella obligación de reparar el daño causado a los recursos naturales renovables o al medio ambiente, o aquel causado al

patrimonio de un particular como consecuencia de un daño ambiental.

Esto nos ubica en el terreno del concepto tradicional de responsabilidad en el cual el elemento subjetivo es esencial, es decir, la culpa del presunto responsable del daño. Sin embargo, en materia ambiental, por la misma naturaleza precautoria y de control del riesgo, tal principio se rompe para dar paso a la llamada responsabilidad objetiva, donde se presume la culpa por el ejercicio de actividades riesgosas o peligrosas.

La responsabilidad objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos, surgiría como consecuencia de la realización de actividades que implican un riesgo para el medio ambiente y los recursos naturales renovables. En este evento, son responsables civilmente, todas las personas que desarrollan actividades que impliquen riesgo, aunque hayan actuado con la mayor diligencia y cuidado posible, puesto que fueron ellas quienes crearon tal riesgo. Es preciso manifestar en este punto, que la responsabilidad civil objetiva implica la inversión de la carga de la prueba, recayendo tal obligación en quien asumió el riesgo de la actividad que pueda llegar a causar un daño, disminuyendo así la intensidad de la labor probatoria exigida al Estado ante tal circunstancia específica.

Este principio se adopta en diversas legislaciones como es el caso de la ley de responsabilidad medioambiental de España, Ley 26 de 2007, en cuyo preámbulo se lee lo siguiente:

“La responsabilidad medioambiental es, por último, una responsabilidad de carácter objetivo en la que las obligaciones de actuación se imponen al operador al margen de cualquier culpa, dolo o negligencia que haya podido existir en su comportamiento”

En una misma línea de reflexión, se ubica la doctrina española la cual define la responsabilidad objetiva de la siguiente forma:

“En teoría, para poder decir que la responsabilidad civil por daños al medio ambiente tiene un carácter objetivo debe probarse que se refiere a los daños producidos por aquellas actividades que conllevan un riesgo o, más genéricamente, por aquellas actividades cuyas características imponen que los daños por ellas producidos sean imputados sobre la base de una idea de justicia social.

Según CONDE PUMPIDO la responsabilidad civil extracontractual objetiva se apoya en cuatro reglas fundamentales:

- *inversión de la carga de la prueba, que se traduce en un presunción de culpa del causante del daño;*
- *la consideración de que la adopción de las medidas de precaución usuales o reglamentarias no es suficiente para exonerar de responsabilidad, pues la producción del daño revela que faltaba algo por prevenir;*
- *apreciación de la prueba conforme al principio “pro perjudicado”, es decir, en beneficio del más débil, que no debe confundirse con el de inversión de la carga de la prueba, ya que actúa en el ámbito de la causa;*
- *elevación del nivel de diligencia exigible, que da lugar a la regla de agotamiento de la diligencia, que exige haber agotado las medidas de diligencia posibles y socialmente adecuadas.”*¹⁶

Esta responsabilidad se caracteriza por partir de una nueva realidad tecnológica, científica y social, como es el surgimiento de actividades que ponen en riesgo la convivencia de la sociedad, y en el presente caso, el equilibrio ambiental y la protección de la naturaleza.

Se caracteriza entonces, por partir de la existencia de una actividad peligrosa, para lo cual nos permitimos citar una jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, que establece los criterios para definir las actividades peligrosas:

De un lado cabe observar que una actividad puede ser peligrosa cuando ella es multiplicadora de energía, cuando encierra una gran posibilidad de causar daño, dado los instrumentos empleados, y cuando sus efectos son inciertos; por otra parte, las actividades peligrosas pueden ejercerse mediante cosas o sin ellas; y, finalmente, habrá cosas que son peligrosas en sí mismas, y otras cuya peligrosidad procede de su utilización (peligrosidad de la estructura y del comportamiento). (...)

a) Inercia de las cosas peligrosas en sí mismas. *De acuerdo con las características que pueden constituir peligrosidad, habrá cosas cuyo mayor riesgo se derive de la capacidad potencial de explotar o de transmitir grandes cantidades de energía; tal el ejemplo de un transformador, de un tanque de combustible o de un automóvil, cuyo motor puede eventualmente explotar (peligrosidad en la estructura) (...) Así las cosas, podemos decir que cuando los objetos por medio de los cuales se ejerce una actividad peligrosa en sí misma, no están en movimiento, persiste la posibilidad de la responsabilidad por actividades peligrosas, siempre y cuando la víctima demuestre que a pesar de ser ella misma quien ha realizado el contacto con la actividad peligrosa, el daño realmente se produjo por la peligrosidad que encierra en sí misma, la peligrosidad que estaba en receso aparente o real.*

b) Inercia de cosas no peligrosas en sí mismas. *Ahora, hay cosas que no son una actividad peligrosa en sí mismas; tal es el caso de una cama cuya consistencia no podría considerarse como peligrosa. Cuando éstas cosas no peligrosas en sí están inertes al momento de ocurrir el daño, nunca se podrá comprometer la responsabilidad por actividades peligrosas de quien tiene la guarda de ellas. Para poder comprometer la responsabilidad del guardián habrá que probar una licitud, es decir, que habrá que probar que hubo una culpa del guardián en la colocación de la cosa. (...) Un caso más común es el automóvil que se encuentra estacionado: si el conductor está violando una disposición de tránsito y se prueba que por su estacionamiento se produjo el daño, ese mal estacionamiento será la falta que comprometa la responsabilidad.*

El valor práctico de la figura de las actividades peligrosas radica en que el guardián se presume responsable, pese a que no hay imprudencia o negligencia probada de su parte. Pero si la responsabilidad, en el caso de las cosas inertes, se acepta sólo en caso de negligencia demostrada del guardián de la cosa, es porque ésta, cuando está inerte no compromete la responsabilidad por actividades peligrosas.

La peligrosidad de una actividad resulta de los efectos que ella desata. El responsable por el daño que se cause por realizar actividades peligrosas es el guardián de la actividad.

Las actividades peligrosas derivadas del uso de la máquina y de las fuerzas motrices presentan una nueva consecuencia pues sus elementos comportan no solamente una amenaza de llegar a lesionar a terceros, sino que de hecho, por la mera circunstancia de hacerse uso de ellos, producen daños de diversa índole, aparentemente inevitables, cuales son los ruidos ensordecedores, las contaminaciones letales, las trepidaciones o vibraciones capaces de destruir instalaciones de diverso género, las corrosiones, el humo que afecta la salud humana y deteriora equipos y enseres, etc.

En vista de tales circunstancias, el derecho civil no puede mostrarse indiferente ante las consecuencias nocivas que dichas actividades tienen para los integrantes de la sociedad. Concluye la Corte, que aunque, si bien éste tipo de actividades se han convertido en indispensables para el país y para el desarrollo del conglomerado social no sería justo permitir que por tal justificación no existieran responsables por los daños que se ocasionasen a terceros.

Es decir, que la consagración de la responsabilidad objetiva es consecuente, no sólo con las corrientes jurídicas en materia de responsabilidad ambiental en el mundo, sino que es coherente con el resto del articulado de la carta.

En efecto, basta observar los artículos que hacen referencia al medio ambiente, a la naturaleza, la biodiversidad y recursos naturales para observar el énfasis protector en esas materias.

Además el artículo 389, mediante el cual se crea el sistema de gestión del riesgo es igualmente contundente en este tema. Dice el artículo:

Art. 389. *El Estado protegerá a las personas, las colectividades y la naturaleza frente a los efectos negativos de los desastres de origen natural o antrópico mediante la prevención ante el riesgo, la mitigación de desastres, la recuperación y mejoramiento de las condiciones sociales, económicas y ambientales, con el objetivo de minimizar la condición de vulnerabilidad.*

Es claro que un daño ambiental puede generar en cierta forma un desastre que afecta no sólo la naturaleza, sino igualmente diversos grupos sociales; aspecto sobre el cual sobran los ejemplos en los medios de comunicación cuando informan sobre diversos derrames de sustancias peligrosas en los mares.

Ahora bien, significa lo anterior que el artículo 396, al consagrar la responsabilidad objetiva no está sino partiendo de una presunción de culpa por el desarrollo de actividades peligrosas, lo cual se corrobora en el artículo 397 que trata del compromiso del Estado en caso de daño ambiental, cuando señala:

Art. 397. *En caso de daños ambientales el Estado actuará de manera inmediata y subsidiaria para garantizar la salud y la restauración de los ecosistemas. Además de la sanción correspondiente, el Estado repetirá contra el operador de la actividad que produjera el daño las obligaciones que conlleve la reparación integral, en las condiciones y con los procedimientos que la ley establezca. La responsabilidad también recaerá sobre las servidoras o servidores responsables de realizar el control ambiental. Para garantizar el*

derecho individual y colectivo a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el Estado se compromete a:

1. Permitir a cualquier persona natural o jurídica, colectividad o grupo humano, ejercer las acciones legales y acudir a los órganos judiciales y administrativos, sin perjuicio de su interés directo, para obtener de ellos la tutela efectiva en materia ambiental, incluyendo la posibilidad de solicitar medidas cautelares que permitan cesar la amenaza o el daño ambiental materia de litigio. **La carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado.**
2. Establecer mecanismos efectivos de prevención y control de la contaminación ambiental, de recuperación de espacios naturales degradados y de manejo sustentable de los recursos naturales.
3. Regular la producción, importación, distribución, uso y disposición final de materiales tóxicos y peligrosos para las personas o el ambiente.
4. Asegurar la intangibilidad de las áreas naturales protegidas, de tal forma que se garantice la conservación de la biodiversidad y el mantenimiento de las funciones ecológicas de los ecosistemas. El manejo y administración de las áreas naturales protegidas estará a cargo del Estado.
5. Establecer un sistema nacional de prevención, gestión de riesgos y desastres naturales, basado en los principios de inmediatez, eficiencia, precaución, responsabilidad y solidaridad.

El numeral primero al establecer la inversión de la carga de la prueba en caso de daño ambiental, permite afirmar que la consagración de la responsabilidad objetiva parte de una presunción de culpa por actividad peligrosa, debiendo el supuesto responsable desvirtuar tal presunción.

Esto se logra cuando el imputado demuestre que el daño ambiental se produjo como consecuencias de la intervención de un tercero, por caso fortuito, por fuerza mayor o porque había un deber de soportar el daño. Este último sería el caso de un daño previsible que se causa en virtud de una actividad lícita y debidamente autorizada.

Por otra parte, para desprenderse de la presunción se debe probar la total diligencia y prudencia en el desarrollo de la actividad, además de ser lícita, esto es, encontrarse debidamente autorizada.

Si no se desvirtúa tal presunción de daño se configuraría una responsabilidad por daño ambiental, debiendo ser indemnizado o reparado el sujeto pasivo del daño, es decir una persona o el mismo medio ambiente y la naturaleza.

Pero el tema de la responsabilidad nos lleva necesariamente a revisar el tema del daño ambiental, que ha sido desarrollado por la doctrina principalmente española, para la que dicho daño se divide en puro y consecutivo.

El primero sería el que se produce directamente al medio ambiente, a la naturaleza o al recurso natural, sin referencia a ningún elemento patrimonial ni a ningún sujeto en particular. El daño consecutivo sería el producido al patrimonio de una persona como consecuencia de un daño ambiental.

Esto dos daños están consagrados en la Constitución en los artículos 71 y 72, en la medida en que establecen el derecho de la naturaleza a recuperar los ciclos vitales y sus funciones evolutivas, y por otra parte el derecho a ser

restaurada, lo cual corresponde al daño ambiental puro que debe ser reparado. El daño ambiental consecutivo se encontraría consagrado en el mismo artículo 72 al señalar que el derecho de la naturaleza a la restauración es independiente de la obligación que tiene el Estado y las personas sean naturales, jurídicas o colectivas de ser indemnizados por los daños que se les produce como consecuencia de la afectación de los sistemas naturales.

Con todo, no debe confundirse el daño ambiental con el impacto ambiental pues a partir de allí, se pretende considerar como daño, todo aquello que supuestamente contribuye a problemas ambientales o impactos al ecosistema, pues de ser así estaríamos ante el daño ambiental puro¹⁷, lo cual nos llevaría al absurdo en el tema de la responsabilidad ya que siempre habría daño y, por lo tanto, responsabilidad. Por eso, el tema del daño debe ser visto en una perspectiva más profunda de la teoría del daño y que desborda el presente trabajo.

Daño, dentro de la tradición jurídica *“es la aminoración patrimonial sufrida por la víctima”*¹⁸. En relación con el daño ambiental consideran algunos que *“vendría a estar configurado a partir de una contaminación, la cual implica la incorporación a los cuerpos receptores de sustancias que van a alterar desfavorablemente las condiciones naturales de los mismos, de la que derivarán comúnmente otros tipos de daño, pero permanecerá un daño ambiental residual por deterioro o menoscabo del entorno no sólo natural sino social, referido a lesiones al bienestar público”*¹⁹. En el mismo texto antes citado se señala que *“Daño ambiental es toda lesión o menoscabo al derecho o interés que tienen los seres humanos, como vecinos o colectividad, a que no se alteren de modo perjudicial sus condiciones naturales de vida”*²⁰

La responsabilidad objetiva supone la inversión de la carga de la prueba y la desaparición del elemento subjetivo de la responsabilidad para dar paso a una presunción de culpa por el desarrollo de actividades peligrosas que pueden generar daños al medio ambiente y a la naturaleza. Sin embargo, ello no supone la presunción del daño pues éste debe en todo caso, probarse. Lo importante, es la existencia del daño y el nexo de causalidad, debiendo el imputado desvirtuar tal nexo.

Una vez más la problemática ambiental plantea una serie de retos al jurista para poder ir desarrollando los principios de interpretación que enmarquen y estructuren los nuevos paradigmas jurídico ambientales.

4. Imprescriptibilidad de las acciones ambientales

En relación con la imprescriptibilidad de las acciones en materia ambiental consagradas en el artículo 397 consideramos se refieren es a las acciones sancionatorias y penales, más no a las acciones civiles o de tutela en materia ambiental.

Señala el último inciso del artículo lo siguiente:

“Las acciones legales para perseguir y sancionar por daños ambientales serán imprescriptibles”.

Del texto antes transcrito se puede deducir que en ninguna parte hace mención al tema de reparación de daños,

sino de persecución y sanción por daños ambientales. Es decir, haría referencia a las acciones sancionatorias y penales por daños al medio ambiente. No debe dejarse de lado que cada día, más legislaciones incorporan los delitos ambientales dentro de su legislación punitiva y se hacen más fuertes los regímenes de sanciones por estos temas.

De aceptarse esta hipótesis se estaría ante una situación similar a los casos de delitos de lesa humanidad que nunca prescriben, por su misma naturaleza e interés jurídico tutelado. En materia ambiental, se podría pensar que lo que se busca es que nadie pueda dejar pasar el tiempo para evitar el castigo y la sanción por los daños ocasionados.

Ahora bien, si lo que se pretende es considerar que las demás acciones de tutela caben dentro de este precepto constitucional, tampoco sería esto nada nuevo, pues en países como Colombia, las acciones populares²¹ establecidas para la protección de derechos colectivos o las acciones de grupo para exigir la reparación de daños causados a un grupo de personas como consecuencia de un daño ambiental, no prescriben.

El numeral primero del artículo 397 de la Constitución ecuatoriana, se cree consagra ese tipo de acción derivada de un derecho difuso para proteger el medio ambiente. Así, cualquier ciudadano, sin demostrar interés, está legitimado para ejercer una acción de tutela del medio ambiente.

Esta imprescriptibilidad es consecuencia lógica del deseo y grado de importancia que adquiere la protección

ambiental en estos tiempos y del mismo carácter difuso de los derechos de acción ambiental, así como del carácter colectivo del derecho protegido, en este caso, el medio ambiente y la naturaleza.

Conclusión

La Constitución del Ecuador de 2008 es ciertamente una nueva carta política que incorpora una serie de figuras e instituciones jurídicas que seguramente darán mucho de que hablar tanto a nivel nacional como internacional.

El debate en torno a la naturaleza como sujeto de derecho y lo que ello implica, o bien los derechos de la naturaleza a su protección, son verdaderos retos para los juristas.

La figura de la responsabilidad objetiva, si bien no es novedosa, su consagración constitucional sí resulta interesante, al igual que la imprescriptibilidad de la acción sancionatoria o penal, o las acciones de tutela para la protección del medio ambiente y la naturaleza.

Estos retos, más allá de las consideraciones filosóficas, políticas o ideológicas, plantean una serie de retos a los juristas, pues de su desarrollo, implementación y cumplimiento se podrá medir su efectividad en relación con la protección al medio ambiente y a la naturaleza. Son auténticas rupturas epistemológicas a las cuales se enfrentarán los operadores jurídicos y los juristas. La tarea es inmensa.

Notas

- 1 Luis Fernando Macías Gómez, *introducción al derecho ambiental*, LEGIS, Bogotá, 1998. Esta parte teórica se basa sustancialmente en unos apartes de este texto, con algunas modificaciones por cuanto consideramos es un análisis válido para el presente documento y por ser del mismo autor no se colocan entre comillas las partes textuales tomadas.
- 2 Christian LAZZERI y Dominique REYNIE. *Le pouvoir de la raison d'Etat*. PUF, París, 1992, pág. 9.
- 3 BRUNICELLI, Marco Tulio. «El derecho al ambiente sano como derecho humano fundamental». En: *Revista fundación de derechos humanos*, Venezuela, N° 8-9, octubre-marzo de 1995, pág. 4.
- 4 KORS, Jorge A. «Nuevas tecnologías y derecho ambiental». En: *Revista del derecho industrial*, Buenos Aires, N° 41, mayo-agosto de 1992, pág. 401.
- 5 Jacqueline MORAND-DEVILLER. *Le droit de l'environnement*, Colección *¿Que Sais-je?*, PUF, París, 1993, pág. 4.
- 6 Al respecto puede verse: SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución (Verfassungslehre)*, Alianza Editorial, Madrid, 1982, pág. 62.
- 7 Miguel Carbonell (Editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, Editorial TROTТА, Madrid, 2005.
- 8 Miguel Carbonell, *Prologo: nuevos tiempos para el constitucionalismo*, EN Miguel Carbonell (Editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, Editorial TROTТА, Madrid, 2005, Pág. 9 - 10.
- 9 Paolo Comanducci, *formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico*, EN Miguel Carbonell (Editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, Editorial TROTТА, Madrid, 2005, Pág. 91 - 92.
- 10 Dominique Bourg, *Droits de l'homme et écologie* EN *Revista Esprit*, Paris, 1992, pág. 86.
- 11 Michel Serres, *le contrat naturel*, Editions Francois Bourin, París, 1990, pág. 69.
- 12 Mario Melo, *los derechos de la naturaleza en la nueva constitución ecuatoriana*, EN Alberto Acosta – Esperanza Martínez (compiladores), *derechos de la naturaleza. El futuro es ahora*, Ediciones Abya – Yala, Quito, 2009, pág. 53.
- 13 Ídem.
- 14 Dominique Bourg, *ob. Cit.*, pág. 93.

Notas

- 15 El artículo 88 de la Constitución deja en manos del legislador la posibilidad de establecer la responsabilidad objetiva en materia de responsabilidad civil. Actualmente se está a la espera de la expedición de una ley sobre régimen sancionatorio en materia ambiental que consagra en este derecho sancionador la responsabilidad objetiva.
 - 16 Carlos de Miguel Perales, *la responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, CIVITAS, Madrid, 1997, pág. 203 y 204
 - 17 Para un análisis profundamente jurídico sobre el tema veáse HENAO Juan Carlos, "Responsabilidad del Estado colombiano por daños al medio ambiente" En Autores Varios, *Responsabilidad por daños al medio ambiente*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000. pág. 143.
 - 18 Juan Carlos HENAO, *El daño*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, pág. 84. En esta misma página el Dr. Henao señala otras definiciones de diversos especialistas y profesores de la materia.
 - 19 Isidoro GOLDENBERG – Néstor A CAFFERATA., *daño ambiental. Problemática de su determinación casual*, Buenos Aires: ABELEDO – PERROT, 2001., pág. 8
 - 20 *Ibídem*
 - 21 Estas acciones se encuentran consagradas en el artículo 88 de la Constitución y fueron desarrolladas por la ley 472 de 1998.
-

La naturaleza como sujeto de derechos: ¿Símbolo o realidad jurídica?

Ricardo Crespo Plaza

"...si el derecho existe por los hombres, también existe para los hombres, por la simple e ineludible razón de que su lenguaje solo tiene sentido para ellos."

Ost

Introducción

La realidad de la naturaleza entendida como un sistema en el que interaccionan elementos bióticos y abióticos dentro de ciertos umbrales y límites físicos de sustentabilidad y adaptación es un hecho irrefutable, por lo que es también incuestionable que las actividades humanas tienen que realizarse dentro de esos límites. Entre las causas estructurales graves que generan la destrucción de la naturaleza está el crecimiento demográfico y el consumo desaforado, lo cual atenta contra la premisa insalvable de que no se puede crecer al infinito en un mundo finito. El derecho tiene un compromiso ético con la naturaleza y con las presentes y futuras generaciones, porque defender la naturaleza es defender la vida de todas las especies; en consecuencia, la norma jurídica debe lograr que se respete la capacidad de sustento y regeneración natural de los ecosistemas.

Desde la perspectiva jurídica se ha creído que reconociendo a la naturaleza como sujeto de derechos se podría lograr revertir el proceso de devastación por parte de los seres humanos. Veremos aquí si esta salida es jurídicamente posible o si es un símbolo retórico que, aunque no produzca efectos jurídicos, podría al menos introducir una cierta ética en nuestra conducta hacia naturaleza. Analizaremos también si lo fundamental y jurídicamente posible no sería más bien hacer que se cumplan nuestros deberes frente a la naturaleza así como fortalecerlos.

La Constitución de la República reconoce a la naturaleza como sujeto de derechos en el segundo inciso del artículo 10, al disponer lo siguiente:

"Art. 10.- ...La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución."

Más adelante, desde los artículos 71 hasta el 74, se reconoce a la naturaleza los siguientes derechos: el respeto integral de su existencia, el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos y el derecho a su restauración. El artículo 396, segundo inciso, señala que la restauración deberá ser integral.

La tesis del reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos no es una postura nueva pues ya ha sido propuesta en el pasado por juristas y defensores de la ecología profunda. Entre ellos K. Bosselmann quien en 1986, recomendó introducir en la Constitución de la República Federal de Alemania una mención a los derechos del ambiente¹.

Entre los análisis jurídicos que proponen reconocer derechos a la naturaleza y concebirla como sujeto de derechos se destacan las tesis del juez estadounidense Christopher Stone y la del jurista chileno Godofredo Stutzin.

Reconocer derechos a la naturaleza. ¿La carta bajo la manga del derecho ambiental?

Nos preguntamos si el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos es la solución para la efectiva aplicación de la legislación ambiental. Veamos al respecto algunos aspectos.

Se dice que las normas ambientales son las que menos se cumplen, entre otras razones por la falta de decisión política del estado para hacer cumplir las normas ambientales o establecer incentivos económicos y no económicos para tales efectos. Una adecuada decisión política puede fallar porque el Estado relativiza su política ambiental y no exige el cumplimiento riguroso de la normativa ambiental como consecuencia de los intereses económicos de ciertos grupos y porque la incertidumbre científica respecto a la sustentabilidad de los ecosistemas y los umbrales máximos de contaminación le permite seguir aplicando el enfoque de carga crítica², lo que significa postergar la aplica-

ción de los máximos permisibles de sustentabilidad mediante una regulación mas laxa, aplicando principios como el de gradualidad³. Frente a esto debería aplicarse el principio de prevención y precaución y aunque esto sea materia de ley, los estados aun prefieren refugiarse en la incertidumbre científica para contradecir al principio de precaución⁴. Otro problema que afecta a la aplicación efectiva del derecho ambiental es su proyección temporal frente a las futuras generaciones. Sin duda, el concepto de desarrollo sustentable, que es uno de los fines del derecho ambiental, tiene un fuerte componente ético intergeneracional porque se trata de satisfacer nuestras necesidades sin perjudicar aquellas de la futuras generaciones, pero los Estados contravienen la ética y aun se preguntan porqué asumir costos excesivos hoy si se los podría postergar para mañana ya que no se puede anticipar cuáles serían las preferencias de las futuras generaciones. Otro aspecto a considerar es el relacionado con el hecho de que la pobreza es causa y efecto del deterioro ambiental y en la esfera internacional los tratados, aunque vinculantes según el Convenio de Viena son blandos en el cumplimiento de metas o las que establecen son insuficientes. En la geopolítica ambiental vemos con pesar como el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas, que da origen a la ayuda financiera y transferencia de tecnología entre el Norte y el Sur para enfrentar los problemas ambientales, se cumple incipientemente⁵.

Frente a estos obstáculos, parecería que la solución estaría dada por el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos, por lo que se podría aspirar a que quienes creemos en la necesidad de revertir los procesos perversos de destrucción de la naturaleza, quizá tendríamos una ultima carta bajo la manga.

Antecedentes históricos y filosóficos de la tesis de los derechos de la naturaleza

La tesis de otorgar derechos a la naturaleza, lo que equivale a entenderla como naturaleza –sujeto, de alguna manera constituye una respuesta a la tendencia occidental antropocéntrica, que percibe a la naturaleza como un objeto a ser dominado por los seres humanos. El antropocentrismo tiene algunos antecedentes:

—Francois Ost en su libro *Naturaleza y Derecho* señala que el domino irracional del ser humano sobre la naturaleza tiene su origen en ciertos pasajes de la Biblia como este: “Y dijo Dios: Hagamos al hombre a nuestra imagen y semejanza; que ellos dominen los peces del mar, las aves del cielo, los animales domésticos y todos los reptiles... y creo Dios el hombre a su imagen; a imagen de Dios los creo; varón y hembra los creo. Y los bendijo Dios y les dijo: creced, multiplicaos, llenad la tierra y sometedla; dominad lo peces del mar, las aves del cielo y todos los animales que se mueven sobre la tierra”(Génesis 1.26). Pero también la Biblia en varios otros pasajes establece relatos que obligan a los humanos a ser responsables con la naturaleza estableciendo una limitación a los poderes otorgados y confirmando lo que Ost por otro lado dice: “ De todo ello puede sacarse una doctrina del mandato limitado: aunque el hombre tiene un

mandato de gestión de los recursos naturales, sus poderes no son ilimitados como los de un propietario soberano, sino mas bien como los de un administrador prudente que tendrá que rendir cuentas a su dueño.”⁶

Según Ost la imagen predominante en la Biblia según la cual el orden creado por Dios consiste en reconocerle al hombre el dominio sobre la naturaleza, ha prevalecido en religiones como el judaísmo, cristianismo y el Islam, contribuyendo a una “desacralización decisiva de la naturaleza” con tal fuerza, que “la tradición franciscana será siempre minoritaria dentro de la iglesia católica.”⁷

—El canciller inglés Francis Bacon (1561- 1626), diría “ el Estado moderno debe concebirse “como una república científica en la que el poder lo ejerce una sociedad de sabios filantrópicos y cuyo objetivo es el llegar a un dominio completo de la naturaleza con vistas a mejorar la suerte del género humano ⁸” y agrega “ la naturaleza es como una mujer pública. Debemos dominarla, penetrar sus secretos y encadenarla según nuestros deseos”⁹.

— En 1633 Descartes, en su obra *Fabula Mundi*, propone “ portarnos como si fuéramos dueños y señores de la naturaleza. “¹⁰.

—En la Declaración de Río de Janeiro de 1992 se concibe a los seres humanos como el centro de la preocupación ambiental¹¹ en contraste con la Carta de la Naturaleza emitida en 1982 por la Asamblea General de Naciones Unidas en la que se establece:

“La especie humana es parte de la naturaleza y la vida depende del funcionamiento ininterrumpido de los sistemas naturales que son fuente de energía y materias nutritivas”

y
“Toda forma de vida es única y merece ser respetada, cualquiera que sea su utilidad para el hombre, y con el fin de reconocer a los demás seres vivos su valor intrínseco, el hombre ha de guiarse por un código de acción moral”

Dentro de las posturas filosóficas y científicas que promueven el enfoque holístico de nuestra relación con la naturaleza y que podrían haber influido para fundamentar la tesis de la naturaleza como sujeto de derechos podemos señalar entre otras a las siguientes:

—Aldo Leopold sugirió la constitución de una “ciudadanía biótica inspirada en una ética del suelo,¹² Tom Regan en su ensayo, “The case for animal Rights” ratifica el derecho de otros seres vivos que comparten el planeta con nosotros trasladando a los seres humanos desde el centro al todo.

—Arne Naess con su tesis de la ecolatría defiende “que el mundo natural no humano tiene derecho a existir con independencia de lo útil que pudiera resultarnos.

—Los indios norteamericanos y otros grupos indígenas han defendido “la espiritualidad fundada en la tierra” o el concepto de la madre tierra o Pachamama¹³.

—Los filósofos australianos Richard y Val Routley plantean el respeto a los derechos de las generaciones futuras.

—Jan Smuts no admite el antropocentrismo porque “ la propia ciencia de la ecología es holística, fundamentada en la idea de que el todo y las partes se influyen y determinan recíprocamente”.

—Carolyn Merchant ha expuesto la importancia de la visión de los movimientos de la mujeres frente a la naturaleza porque “tanto el movimiento ecologista como el feminista son fuertemente críticos con los costes de la competencia, la agresión y la dominación que surgen del *modus operandi* de la economía de mercado en la naturaleza y la sociedad”.

—En su libro “Primavera Silenciosa”, Rachel Carson expuso la importancia de preservar el ambiente “por razones distintas a que los seres humanos dependamos de ella para nuestro bienestar” y James Lovelock en su Hipótesis Gaia argumenta científicamente que el planeta tierra se autoregula por sí mismo y que “los mecanismos de autodefensa de Gaia son de tal forma que si una parte suya, por ejemplo, nuestra forma de vida contaminante amenaza la integridad del conjunto, el ofensor puede ser convenientemente castigado”¹⁴.

Cristopher Stone y el derecho de los árboles a acceder a los tribunales

El juez estadounidense Christopher Stone argumenta su propuesta en un importante ensayo escrito en 1972 a raíz del famoso caso de la jurisprudencia ambiental norteamericana conocido como el caso *Sierra Club vs Morton*, en el cual la organización ecologista Sierra Club se opuso a la construcción de un parque de diversiones Disney dentro del Mineral King Valley, famoso por los centenarios árboles secuoyas. El título del ensayo de Stone fue “Should Trees have Standing? Toward Legal Rights for Natural Objects”, que en español significa “Deben los árboles tener acceso a los tribunales? Hacia los Derechos Legales de los Objetos Naturales”. Stone argumentó que el derecho evolucionó hasta reconocer como sujetos de derecho a los niños, mujeres, esclavos, personas de raza negra y que en el mundo del derecho existen sujetos de derecho inanimados como las personas jurídicas a las que hemos reconocido derechos. Pone un ejemplo cuando dice que en las sociedades esclavistas el esclavo que sufre un daño no puede reclamar justicia sino en la medida que esta interese a su dueño y hasta el límite del daño económico en tanto en cuanto este sea imputable a su dueño, pero una vez que deja de ser esclavo este actúa por su propia iniciativa y lo que reclama es la reparación de su propio perjuicio (daño material y moral). Igual cosa sucede con los árboles del Mineral King Valley, por la construcción del parque de diversiones Disney. La organización Sierra Club no era la afectada sino los propios árboles secuoyas. En la medida en que los árboles sean considerados como sujetos de derecho representados por guardianes que podrían ser las asociaciones de defensa de la naturaleza, pues según Stone las “autoridades públicas no son los mejores representantes de la naturaleza puesto que su papel tradicional es el de sopesar los intereses humanos”¹⁵, la naturaleza saldrá vencedora pues su defensa se apartaría de una mera relativización hacia los intereses humanos prevaleciendo sus intereses. Según Stone los derechos reconocidos a la naturaleza serían aquellos que empezaron a incluirse en la National Environmental Policy Act de 1970 de los

Estados Unidos de América, considerada como la Carta Magna del derecho ambiental norteamericano y que son, entre otros: los estudios de impacto ambiental antes de la iniciación de la obra que implique un riesgo ambiental; la consideración del largo plazo; la capacidad de regeneración; la elaboración de alternativas; la participación pública; la calidad del medio ambiente etc. El caso *Sierra Club vs. Morton* no fue favorable a la organización conservacionista Sierra Club pues esta no logró demostrar el daño directo a sus integrantes ya que la legitimación genérica en esa época no estaba regulada en el derecho norteamericano. Sin embargo el voto salvado del Juez Douglas fue favorable a la tesis de Stone lo que influyó moralmente a la compañía de Walt Disney para no seguir adelante con la construcción del parque de diversiones. Mas Tarde Stone replanteó su tesis en “Should Trees have Standing Revisited” apartándose de la postura de la ecología profunda o “deep ecology” para argumentar que la personificación de la naturaleza era un camino ilusorio y que mas bien había que encontrar soluciones jurídicas dentro de un marco teórico que justifique la defensa de los procesos ecológicos de la naturaleza, de manera que Stone redefine su posición diciendo que la “protección que se pretende dar a las entidades no convencionales se obtiene de manera mas plausible imponiendo deberes a los hombres que concediéndoles derechos”¹⁶. También Stone opta por posturas mas moderadas al decir que se debe abandonar la lógica del “todo o nada” y optar por posturas mas realistas y “aceptar en materia de reparaciones, ciertos umbrales mínimos y máximos o la referencia a una norma ideal”¹⁷.

¿La naturaleza no es capaz de expresar sus deberes?

Stone revisó su tesis inicial y al aceptar que el reconocer a la naturaleza como sujeto de derechos es ilusorio, señaló que para proteger a la naturaleza se deben imponer deberes a los seres humanos.

Según el derecho clásico “todo derecho compete a un sujeto llamado persona; la idea de la personalidad es necesaria para dar una base a los derechos y obligaciones”¹⁸ Desde el punto de vista jurídico se entiende a la persona como todo individuo de la especie humana “capaz de tener derechos y obligaciones”¹⁹ El derecho establece dos especies de categorías jurídicas con personalidad: por un lado las personas físicas que tienen una existencia material y por otro las “personas jurídicas o morales”, que no poseen existencia corpórea, física, sino inmaterial, puramente jurídica²⁰

Stutzin propone reconocer a la naturaleza como una persona jurídica *sui generis*²¹ que sea representada por los seres humanos. Su representación según el autor la debe ejercer alguna organización cuyo fin sea la conservación de la naturaleza para eliminar posibles relativizaciones en función del interés humano en el caso de que la naturaleza fuera representada por una persona o grupos de personas. Stutzin plantea que el reconocer un estatuto jurídico a la naturaleza como persona jurídica, implicaría que el dominio civil se someta al dominio ecológico, en este sentido apunta correctamente a que la economía

debería someterse a la ecología porque es esta última ciencia la que establece las leyes físicas y fijas de sustentabilidad y renovabilidad de la naturaleza de la cual dependen las actividades económicas. Pero el problema de la tesis de Stutzin e inicialmente de la propuesta de Stone, es su unipolaridad, porque olvidan la lógica jurídica de que no existe sujeto de derechos sin una contrapartida de obligaciones.

En la práctica lo que en realidad sucede según la tesis de Stutzin y de la propuesta inicial de Stone es que al ser los seres humanos los que le pondrían voz a la naturaleza lo único realmente efectivo serían esas obligaciones que el representante de la naturaleza imponga a los seres humanos para que se respeten los derechos de su representada (la naturaleza). Si personificamos a la naturaleza, se rompe entonces la teoría clásica de la reciprocidad entre derechos y obligaciones y en consecuencia la naturaleza tendría solo derechos pero no obligaciones y los seres humanos tendrían solo obligaciones con la naturaleza pero no derechos.

Los siguientes autores nos ilustran a continuación sobre la imposibilidad de personificar a la naturaleza:

Niurka A. Izarra Navarro dice que “la ecología profunda es una corriente ecológica que procura la reivindicación del derecho de la naturaleza, incluyendo su forma vegetal y mineral. Supone una revisión crítica y radical del humanismo al rechazar la supremacía del sujeto humano y pretender la sustitución del “contrato social” por un “contrato natural”; de este modo considera la naturaleza como un *sujeto* y le atribuye un valor intrínseco”²²

La misma autora citando a Luc Ferry señala que.. “la preocupación de Luc Ferry por el problema ambiental le lleva a formular una ecología democrática, dado que las propuestas ecológicas de la ecología profunda y la ecología utilitarista al promover los derechos de la naturaleza, así como los derechos de los animales, según este autor, se fundamentan sobre un error, y es que la naturaleza y los animales no pueden ser considerados ni como agentes morales ni como sujetos de derechos dado que no son capaces de actuar de manera recíproca, es decir, no son capaces de llevar a cabo acciones de intercambio mutuo con el otro elegidas de modo racional, libre y voluntario, en una palabra”, no pueden asumir deberes.

Hans Jonas en relación al reconocimiento de los derechos de la naturaleza, relaciona el valor intrínseco de la naturaleza y de todo ser vivo cuando afirma que lo que debemos respetar es la realidad de que todo existe por un fin, es decir la existencia de la naturaleza y de todo ser vivo tiene un fin en si mismo que es la continuación de la existencia y de la evolución de la vida lo cual tiene directa relación con la ética, por lo tanto lo que hay que proteger y respetar es el fin de toda existencia²³, esto incluye el deber de los seres humanos de conservar a la naturaleza porque esta tiene su propia divinidad y al ser los humanos la “mas alta cumbre” de la evolución, “tendrán que tomar bajo su cuidado todo lo demás”. Jonas niega que sea posible sustituir el contrato social por un contrato natural a la manera de la ecología profunda ubicando a la naturaleza en el campo de lo moral otorgándole así derechos porque como dice Ferry, la naturaleza y los anima-

les no tienen voluntad recíproca para obligarse. Jonas mantiene el enfoque antropocéntrico pero dice que los humanos tienen una responsabilidad ética y el deber de hacer que la existencia de la naturaleza y de los demás seres vivos continúe en función de un imperativo ontológico. Jonas propone entonces una ética de la responsabilidad con la naturaleza y de los demás seres vivos; lo contrario implicaría la interrupción de la existencia humana y de otros seres al violar el imperativo ontológico. Izarra Navarro concluye diciendo: “de este modo se estaría creando una ética del poder, por cuanto atañe no sólo al sujeto sino especialmente a los entes que detentan y ejercen el poder, requisito imprescindible para orientar las decisiones públicas en pro de la naturaleza y del cumplimiento del imperativo ontológico, garantizar la permanencia de la existencia”

Conclusión

El reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos responde a un debate aun inconcluso en la historia de la humanidad, específicamente promovido por la filosofía ecológica respecto al antropocentrismo o biocentrismo jurídico, este último entendido como una ética de la tierra según Leopold. Como vimos en este análisis Stone y Stutzin coinciden en que el debate de otorgar derechos a la naturaleza se relaciona con la necesidad de alejarnos de la visión cultural antropocéntrica que la humanidad tiene desde tiempos remotos y la de aproximarnos a una relación holística o ecocéntrica, que reconozca el valor intrínseco de la naturaleza, que mire al ser humano como parte de un sistema²⁴ y no como un ente separado, jerárquicamente superior a todo lo que le rodea, situado en el centro²⁵, alrededor del cual giran los elementos naturales y los demás seres vivos.

Para muchos el antropocentrismo ha demostrado que el derecho ambiental sigue siendo inefectivo para enfrentar los grandes problemas ambientales que afectan al planeta como el cambio climático, la deforestación, la contaminación y la extinción de especies, porque las normas se basan en principios negociables que no están haciendo justicia a la naturaleza. Principios como el contaminador pagador tienen un trasfondo perverso que implica pagar para seguir contaminando lo que estaría detrás del Protocolo de Kyoto cuyos mecanismos, en mi criterio, están distrayendo el problema de fondo que es dejar de contaminar en la fuente de origen. Algunos tratados internacionales ambientales aun mantienen cláusulas basadas en amplios márgenes de discrecionalidad para los Estados lo que retrasa las metas fijadas y ponen en peligro al ecosistema global²⁶.

Hemos visto que tanto Christopher Stone, el precursor de la tesis jurídica de otorgar derechos a la naturaleza, como los demás autores a los que nos hemos referido comparten el hecho cierto de que para lograr la protección ambiental lo jurídicamente viable es establecer deberes frente a la naturaleza. La naturaleza debe ser respetada por su propia finalidad de mantener la vida pero no podemos otorgarle derechos porque como dice Luc Ferry, la tesis se “fundamenta sobre un error, y es que la

naturaleza y los animales no pueden ser considerados ni como agentes morales ni como sujetos de derechos dado que no son capaces de actuar de manera recíproca”, es decir no pueden asumir deberes.

El reconocimiento constitucional de la naturaleza como sujeto de derechos no sabemos si será un mecanismo efectivo para que se produzca una especie de revolución cultural que modifique el enfoque antropocéntrico, utilitarista e instrumental del derecho ambiental en el Ecuador en tanto en cuanto sus normas se dictan solo en función de los intereses humanos. Tal vez el efecto simbólico de entender a la naturaleza como sujeto de derechos podría producir que los jueces y administradores públicos así como los ciudadanos otorguen mayor visibilidad y fuerza a nuestras responsabilidades éticas y deberes jurídicos con la naturaleza pero en el terreno de la práctica jurídica otras son las estrategias.

Aparentemente la figura jurídica de la naturaleza como sujeto de derechos en un primer momento nos satisface como una necesaria transformación que el derecho ambiental requiere ¿pero no estaremos cayendo nuevamente en la trampa del antropocentrismo? Quien le representa y le da voz a la naturaleza es el propio ser humano, con sus prejuicios e intereses²⁷, ¿No será mas viable fortalecer nuestros deberes y obligaciones estableciendo reglas claras y umbrales científicos y rigurosos con la naturaleza en función de su valor intrínseco como indican Stone y los demás autores? Y si no es posible que la certeza científica acompañe al derecho, pues habrá que fortalecer y regular mejor el principio de precaución así como otras obligaciones jurídicas que constan en la Constitución como la responsabilidad objetiva por daños ambientales, el principio de prevalencia a favor de la naturaleza y la intangibilidad de la áreas protegidas entre otras.

Notas

- 1 “... K. Bosselmann ya había propuesto la introducción, en la Constitución de la república federal de Alemania, de un artículo concebido de la siguiente manera: “Cada uno tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad en la medida en que no atente contra el derecho de los demás ni contra el derecho del medio ambiente natural ni contra el orden constitucional.” Citado por Francois Ost en *Naturaleza y Derecho*. p. 170.
- 2 “Respetar el medio ambiente en la emisión de efluentes significa no superar la capacidad de asimilación, mas concretamente la carga crítica, de los vectores ambientales: agua, aire y suelo, por carga crítica se entiende el umbral de concentración de un efluente en un vector ambiental a partir del cual se producen impacto significativos en los ecosistemas, en los seres vivos o en el patrimonio construido. Domingo Gómez Orea, *Estrategia Nacional del Agua*. <http://www.conama.org/documentos/1885.pdf>
- 3 “Este es otro de los principios en los que se basan las políticas ambientales y consiste en fijar metas cronológicas progresivas de producción más limpia, reducción de contaminantes o en el aumento progresivo de las exigencias ambientales con la finalidad de una mejora continua, a través del otorgamiento de plazos realistas para que las empresas puedan sostener sus procesos de producción y planificar con tiempo sus adecuaciones. Es preciso reconocer que los problemas ambientales son el resultado de décadas de aplicación de conductas sociales y políticas públicas en las cuales lo ambiental no era un aspecto relevante del desarrollo. Esto implica que revertir el deterioro ambiental –y buscar un equilibrio entre el desarrollo económico y la conservación ambiental– es una tarea que deberá llevarse a cabo en forma gradual. No es suficiente con incrementar las disposiciones legales, y una cuestión aún más importante son los cambios culturales que asuman los diversos actores de la vida local, cambios que, como todo aprendizaje social, son lentos y de difícil incorporación en las conductas cotidianas. Solo una comunidad consciente y comprometida garantiza gradualismo y mejoramiento continuo en la gestión ambiental.” <http://www.acepweb.org.ar/files/Article/106/04-Produccion-y-medioambiente-local.pdf> Producción y Medio ambiente Local. Lic Jorge Sejas.
- 4 La Constitución establece los principios de prevención y de precaución en el siguiente artículo: **Art. 396.-** El Estado adoptará las políticas y medidas oportunas que eviten los impactos ambientales negativos, cuando exista certidumbre de daño. En caso de duda sobre el impacto ambiental de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia científica del daño, el Estado adoptará medidas protectoras eficaces y oportunas.
- 5 El Principio 7 de la Declaración de Río de 1992 señala:
PRINCIPIO 7
Los Estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra. En vista de que han contribuido en distinta medida a la degradación del medio ambiente mundial, los Estados tienen responsabilidades comunes pero diferenciadas. Los países desarrollados reconocen la responsabilidad que les cabe en la búsqueda internacional del desarrollo sostenible, en vista de las presiones que sus sociedades ejercen en el medio ambiente mundial y de las tecnologías y los recursos financieros de que disponen.
- 6 Francois Ost. *Naturaleza y Derecho*. Para un Debate Ecológico en Profundidad. Ediciones Mensajero. 1996. p.30-31.

Notas

- 7 Francisco de Asís, ecologista en su tiempo, cantaba a “nuestro hermano sol y nuestra hermana luna” Ost. p 31
- 8 OP CIT. Ost p. 32
- 9 IBIDEM. P. 34
- 10 IBIDEM p. 34
- 11 El PRINCIPIO 1 establece: “Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza.”
- 12 Ost. p. 15
- 13 El artículo 71 de la Constitución señala: “La naturaleza o Pachamama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia...”
- 14 Textos tomados del Capítulo “Filosofía y Política Verde “ del libro: Pensamiento Verde. Una antología de Andrew Dobson. Editorial Trotta: Serie medio ambiente. 1999.
- 15 Ost p.165.
- 16 Ost p. 168
- 17 Ost p. 169
- 18 Curso de Derecho Civil. Arturo Alessandri R, Manuel Somarriva U. Parte General y los Sujetos de Derecho. Segunda Parte. Editorial Nascimento, 1971,. Chile. p.153
- 19 “Los romanos fundándose en la legislación especial que los rige, establecen diferencia entre hombre y persona. Llamam hombre al ser que tiene mente racional en cuerpo humano, y persona, al hombre libre (homo liber). Los esclavos (homines servi) son hombres pero no personas, porque carecen de status libertatis, y entran en la categoría de cosas: pueden comprarse y venderse como un mueble. En el mundo moderno con la desaparición de la esclavitud, se borra la diferencia entre hombres y personas; todo individuo de la especie humana, por el solo hecho de serlo es persona.” IBIDEM. p. 154.
- 20 OPCIT Alessandri y Somarriva p. 156.
- 21 “Obviamente, la naturaleza es una persona jurídica muy especial, *sui generis*, que rebasa los límites tradicionales del Derecho. Su reconocimiento constituirá otra etapa en la evolución del campo de lo jurídico, el cual se ha extendido incorporando paulatinamente terrenos que antes correspondían sólo al ámbito moral o aun a la esfera del mero arbitrio. En el curso de esta evolución han ido adquiriendo carta de ciudadanía jurídica, como sujetos de derechos propios, todos aquellos seres humanos que antes se encontraban “extra muros” y se consideraban como meros objetos de derechos ajenos. Cada paso en el progresivo abandono de las limitaciones del Derecho fue calificado al principio como una “extralimita se refiere a la “armonía productiva” que debe existir entre hombre y naturaleza). Si tiene esta calidad, lógico es reconocerle los derechos que por tal concepto le corresponden. Si bien el Derecho se impone por el poder, su objetivo es la protección de quienes carecen de poder: cada ampliación de la esfera jurídica implica una reducción de la esfera del poder. Al extender su manto protector a la naturaleza, el Derecho lo hace porque ésta se encuentra hoy en situación de inferioridad frente a una humanidad que dispone de un poder de destrucción cada vez mayor. “Un Imperativo Ecológico Reconocer los Derechos a la Naturaleza” GODOFREDO STUTZIN Abogado, Presidente Honorario-Fundador, Comité Nacional pro Defensa de la Fauna y Flora (CODEFF) p. 9 http://www.cipma.cl/RAD/1984-85/1_Stutzin.pdf
- 22 IZARRA NAVARRO, Niurka A. **La naturaleza y los animales: la responsabilidad del hombre Cursante de la Maestría en Filosofía y Ciencias Humanas.** *Revista de Filosofía EPISTEME*. [online]. dic. 2006, vol.26, no.2 [citado 28 Noviembre 2008], p.93-105. Disponible en la World Wide Web: http://www.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0798-43242006000200006&lng=es&nrm=iso. ISSN 0798-4324.
- 23 Izarra Navarro, Niurka A. refiriendose a H. Jonas “En efecto, Jonas propone que la naturaleza “obra” y, por tanto, tiene fines y un valor intrínseco. Para él queda demostrada la presencia de la subjetividad en la acción animal, pues no se puede omitir la presencia de un “interés” involucrado en el orden voluntario de algunas especies: la emotividad y la elección. La emotividad se manifiesta en la satisfacción de las necesidades (alimento-hambre) y la elección ante la amenaza física y la defensa. Ello permite afirmar que en la naturaleza hay fines, porque en ella encontramos movimientos realizados con vistas a un fin (la vida) o a mantener la vida de los sujetos que se desenvuelven en ella [A esto se refiere Jonas con el “obrar” de la naturaleza. Así, este autor establece que los fines se hallan en toda cosa capaz de obrar y no únicamente en el hombre como sujeto consciente, quien reflexiona y actúa de acuerdo a la razón que domina su voluntad. Por tanto, se pueden encontrar fines en los animales, sujetos despojados de razón y de reflexión, donde la voluntad puede ser asimilada al instinto. Incluso el fin se hallaría en órganos (como el aparato digestivo) los cuales funcionan de modo espontáneo, involuntario, dado que el usuario no tiene control sobre ellos [46]. En otras palabras, Jonas pone fines en la naturaleza teniendo en cuenta que obra y obra en la medida en que sus movimientos la conducen hacia algún lado. Por tanto, la causalidad final

Notas

estaría presente en la naturaleza preconsciente porque en ella ya hay una subjetividad y un interés.

En cuanto a la naturaleza como *fin en sí*, Jonas parte de la premisa de que “la finalidad” (capacidad de tener en general fines) es un “bien-en-sí”, es decir algo valioso por sí mismo, y dada la imposibilidad de la indiferencia en el ser, el ser tiene como finalidad ser y seguir siendo cada vez más diferente al no-ser, por lo cual el fin del ser es él mismo.

Por ello, se considera que la naturaleza manifiesta su interés en la multiplicidad genérica de las formas de vida que contiene y el mantenimiento de esta multiplicidad se constituye como un bien frente a la alternativa de la aniquilación. Este interés se manifiesta en la intensidad de los fines propios del ser vivo, porque cada uno de ellos no sólo es fin de la naturaleza, sino un fin por sí mismo. Entonces, se establece la finalidad en sí como el bien primario que exige *querer fines* y, a través de ellos, “quererse a sí misma como el fin fundamental”.

- 24 Las Naciones Unidas en una única ocasión intentó alejarse de la visión antropocéntrica cuando expidió la Carta Mundial de la Naturaleza (Resolución aprobada por la asamblea general (sin remisión previa a una Comisión Principal (A/37/L.4 y Add.1) entre sus texto se dice:

Consciente de que:

- a) La especie humana es parte de la naturaleza y la vida depende del funcionamiento ininterrumpido de los sistemas naturales que son fuente de energía y materias nutritivas,

Convencida de que:

- a) Toda forma de vida es única y merece ser respetada, cualquiera que sea su utilidad para el hombre, y con el fin de reconocer a los demás seres vivos su valor intrínseco, el hombre ha de guiarse por un código de acción moral,
- b) El hombre, por sus actos o las consecuencias de éstos, dispone de los medios para transformar a la naturaleza y agotar sus recursos y, por ello, debe reconocer cabalmente la urgencia que reviste mantener el equilibrio y la calidad de la naturaleza y conservar los recursos naturales,

- 25 El **PRINCIPIO 1 de la Declaración de Río de 1992 señala:** Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza.
- 26 El artículo 7 del Convenio de Diversidad Biológica utiliza una frase abierta como: “Cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda...”
- 27 La misma Constitución se contradice en este punto y demuestra que los derechos de la naturaleza tienen un sesgo antropocéntrico y no reflejan el reconocimiento de su valor intrínseco. Por un lado el artículo 71 señala que la naturaleza tiene derecho a que se respeten integralmente ...”su estructura, funciones y procesos evolutivos” lo que aparentemente esta en relación con su valor intrínseco, pero por otro lado, el artículo 407 permite la realización de actividades extractivas dentro de las áreas protegidas que son altamente riesgosas violentando además la obligación del estado de garantizar la intangibilidad de las áreas protegidas según lo previsto en el artículo 397 numeral 4.

La justicia constitucional ecuatoriana en la Constitución de 2008

Jaime Vintimilla Saldaña

Nemo potest duobus dominis servire

La última década se ha mostrado harto difícil para la marcha democrática nacional, pues uno de los pilares de la estabilidad institucional, el Estado de Derecho, ha sido permanentemente azotado. En las conductas de los ciudadanos y gobernantes, ha sido más una fachada formal que una realidad material. Nótese como se ha debido soportar cambios de la estructura administrativa y jurisdiccional del Tribunal Constitucional en tres ocasiones así como la Corte Suprema de Justicia ha sido permanentemente violentada en su independencia. Tampoco se puede olvidar que desde 1996 ningún Presidente ha podido culminar el período para el cual fue elegido.

La debilidad institucional ha sido la constante y esa realidad ha demostrado que el Estado afronta una crisis que busca un redimensionamiento, siendo la herramienta recurrente para ello, la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente.

Lo que llama la atención, empero, es el hecho que después de diez años de la aprobación de una reforma constitucional integral de la Carta política producto de una Asamblea Nacional, autodenominada constituyente, el pueblo ecuatoriano nuevamente se ha embarcado en una empresa constituyente que pretende ser vanguardista y progresista.

1. Estado de derecho

La Constitución política que estuvo vigente hasta el 19 de octubre de 2008 disponía, en su artículo 1, por primera vez y de manera concreta, que el Ecuador era un Estado Social de Derecho, sin que haya quedado claro, en la realidad nacional, las consecuencias o efectos de esta declaración¹.

En este sesgo, se advertía que uno de los principios que debían observar todos los legisladores, en su calidad

de mandatarios del pueblo ecuatoriano, era precisamente aquel que aparece del artículo 1 literal e) del Código de Ética de la Legislatura, referido a la defensa y reafirmación del régimen democrático y el Estado Social de Derecho como forma de gobierno².

Por su parte, la Jurisprudencia constitucional no se ha referido sistemáticamente a esta institución, a excepción de algunos votos salvados o pronunciamientos de algún vocal o magistrado constitucional que no ha estado de acuerdo con lo resuelto por la mayoría, donde se refleja al principio de solidaridad y el respeto de los derechos humanos como los pilares del Estado Social de Derecho³.

No obstante, el ex-presidente del Tribunal Constitucional, Marco Morales Tobar, nos indica que “el Estado de Derecho, de modo general, es definido como aquel en el cual todos los hombres, principalmente los gobernantes, someten todos sus actos a la juridicidad”⁴.

En realidad, los principios del Estado Social de Derecho no rechazan los principios del Estado de Derecho, es decir, confluyen: juridicidad, control y responsabilidad, aunque se pretende perfeccionar y aprovechar la infraestructura del Estado para favorecer a todos los ciudadanos no solo con la promoción y defensa de sus derechos civiles y políticos, sino con la intervención directa en la defensa de los derechos económicos, sociales y culturales sin olvidar los colectivos y difusos.

1.1. Origen y evolución del Estado de derecho en el Ecuador

Como se conoce, el Estado de Derecho o “gobierno de las leyes” se refiere al hecho que toda persona, en especial los órganos del poder público, deben someter todos sus actos a la juridicidad, principio que aparecía de los artículos 1 y 119 de la Constitución derogada.

Desde el nacimiento del Estado ecuatoriano se ha relacionado al Estado de Derecho con la forma de Gobierno republicana y presidencial así como con la democracia y esto se puede advertir en el dato cierto que

“todas las constituciones del Ecuador desde 1830, y aún las anteriores las gran-colombianas de 1821 y 1830, así como la del Estado de Quito, de 1812, han sido constituciones republicanas, presidenciales, democráticas”⁵.

Los primeros elementos que conforman el Estado social de Derecho aparecen en la década de los veinte, donde gracias a la Constitución de 1929, se forja el denominado constitucionalismo social que incluye a los derechos económicos y sociales.

Considerando los estudios del profesor Julio César Trujillo se observa que en la Carta Política de 1945 se enuncian principios complementarios al Estado social de Derecho y se conceptúa mejor a los que ya estaban enunciados⁶.

El Código político de 1946, por su parte, se mantuvo en la línea de robustecer el constitucionalismo social en tanto que la Constitución de 1967 ordenó los derechos fundamentales en forma adecuada.

La Constitución derogada, por su lado, era quizás una de las más progresistas de la región, pues incluía la mayoría de las generaciones de derechos humanos, las garantías constitucionales y se hablaba claramente de un Estado Social de Derecho⁷.

Finalmente, hay que recalcar que desde 1830 hasta nuestros días hemos tenido 18 Constituciones, lo que da un promedio de una constitución cada 9, 7 años.

1.2 Estado de derecho y poder constituyente

Uno de los temas más polémicos, pues no existe unanimidad doctrinaria sobre su naturaleza, es el relacionado con el poder constituyente originario, especialmente sus facultades o características propias: incondicionado, supremo e ilimitado⁸.

Mi particular punto de vista se relaciona directamente con el Estado de Derecho, en cualquiera de sus manifestaciones, material o formal⁹, pues el poder constituyente, se sujeta a ciertas reglas restrictivas y límites en virtud que no todos los días nace un Estado ni hay conmociones que obligan a adoptar una fase política *sine iure*, especialmente en el denominado poder constituyente originario de simple organización o en etapa de continuidad.

En otras palabras, el poder constituyente, como consecuencia del principio de juridicidad, no está facultado para vulnerar los derechos humanos de ningún ciudadano así como tampoco podrá intervenir en las actividades propias de los poderes constituidos, ya sea legislando, ya sea interfiriendo en la administración de justicia.

Coincido plenamente con los profesores Rafael Oyarte y Rubén Hernández Valle en el sentido que “el poder constituyente no puede intervenir sobre los poderes constituidos-no puede ejercer el poder ejecutivo, legislativo o judicial-, no corresponde a su labor, se extralimitaría si así lo hace”, pues tiene límites precisos: la elaboración o la reforma de una Constitución y nada más.

Lamentablemente, la realidad ecuatoriana del 2008 nos ha mostrado, de forma antijurídica, un poder constituyente originario de simple organización, que ha sido confundido con el originario fundacional revolucionario

construido hace más de doscientos años, cuando el Estado de Derecho era aún un concepto en formación.¹⁰

2. El último proceso constituyente

Ante la importancia del tema, me permito, de forma por demás sucinta, describir brevemente el proceso.

El 15 de abril de 2007 se llevó a cabo la Consulta Popular¹¹ para contestar a la pregunta: ¿Aprueba usted que se convoque e instale una Asamblea Constituyente con plenos poderes, de conformidad con el Estatuto¹² que se adjunta, para que transforme el marco institucional del Estado, y elabore una nueva Constitución?. Como se advierte, el poder constituyente nació con límites y limitaciones, a pesar del pleonástico adjetivo “plenos poderes”¹³.

El 30 de septiembre de 2007 se eligieron a los 130 asambleístas que iniciaron sus labores constituyentes el 29 de noviembre de 2007, concluyendo la redacción del Proyecto constitucional el 25 de julio de 2008¹⁴.

Finalmente, el día 28 de septiembre de 2008, mediante referéndum, el pueblo ecuatoriano aprobó dicho texto.

Desafortunadamente, de forma sorpresiva y contraria al Estado Constitucional de Derecho, el día 23 de julio de 2008, la Asamblea Constituyente aprobó el denominado Régimen de Transición, donde algunos asambleístas se transformaban en legisladores, es decir, dejaban el poder constituyente para provisionalmente transformarse en poder constituido.

Vale la pena explicar tres artículos de dicha norma:

a) Cuándo se aplicará. Conforme lo dispone el artículo uno, sus normas entrarán en vigencia exclusivamente en el caso “de aprobarse por el pueblo en el Referéndum Aprobatorio la Constitución Política de la República”. Nótese como se califica al referéndum de aprobatorio, más todavía, cuando el resultado bien podía ser de rechazo. Además la norma décimo sexta explica que dicho régimen tiene como objetivo posibilitar los cambios institucionales previstos en la Constitución aprobada.

b) Qué órgano lo aplicará. El artículo 17 habla de una función legislativa, pues “la Asamblea Constituyente se reunirá cinco días después de proclamados los resultados del referéndum aprobatorio para conformar la **Comisión Legislativa y de Fiscalización** procurando mantener la proporcionalidad política que tuvo el plenario de la Asamblea Constituyente”. Es decir, el órgano constituyente, como se advirtió, se torna en poder constituido, pues esta Comisión cumplirá las funciones de la Asamblea Nacional (nueva denominación del Congreso) hasta que se elijan y posesionen los Asambleístas, claro está, conforme lo establecido en el Régimen de Transición.

c) Estas normas del régimen deben guardar coordinación con las dos primeras normas transitorias del Proyecto, pues el órgano legislativo, léase la Comisión Legislativa y de Fiscalización, en el plazo máximo de ciento veinte días contados desde la entrada en vigencia de la Constitución, aprobará la ley que desarrolle el régi-

men de soberanía alimentaria, la ley electoral, la ley reguladora de la Función Judicial, del Consejo de la Judicatura y la que regula el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.

Así mismo, conforme lo indica la segunda disposición transitoria, “el órgano legislativo, en el plazo de treinta días desde la entrada en vigencia de esta Constitución, designará con base en un concurso público de oposición y méritos, con postulación, veeduría e impugnación ciudadanas a las consejeras y consejeros del primer Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, quienes permanecerán provisionalmente en sus funciones hasta la aprobación de la ley correspondiente. En este proceso se aplicarán las normas y principios señalados en la Constitución”.

Lo interesante estriba en el hecho que el Consejo de participación ciudadana y control social, según el artículo 208, numerales 10, 11 y 12 de la Carta vigente, tiene entre sus deberes y atribuciones la de “Designar a la primera autoridad de la Procuraduría General del Estado y de las superintendencias de entre las ternas propuestas por la Presidenta o Presidente de la República, luego del proceso de impugnación y veeduría ciudadana correspondiente”, “Designar a la primera autoridad de la Defensoría del Pueblo, Defensoría Pública, Fiscalía General del Estado y Contraloría General del Estado, luego de agotar el proceso de selección correspondiente” y, “Designar a los miembros del Consejo Nacional Electoral, Tribunal Contencioso Electoral y Consejo de la Judicatura, luego de agotar el proceso de selección correspondiente”.

Finalmente, según la norma vigésima quinta del Régimen de Transición” una vez constituidas las nuevas funciones Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social¹⁵, se organizará la Comisión calificadora que designará a las magistradas y magistrados que integrarán la primera Corte Constitucional. Cada función propondrá al menos nueve candidatos. Las normas y procedimientos del concurso serán dictadas por el Consejo de Participación ciudadana y control social”.

Como se observa, lo penoso del caso, es que a pesar de que dicho régimen de transición no formaba parte de la Constitución, fue aprobado en el referéndum del 28 de septiembre, entrando a regir conforme lo dispone el artículo uno¹⁶.

Antes de concluir, debo necesariamente indicar que la Asamblea Constituyente ha vulnerado su competencia, pues ha dictado 21 mandatos¹⁷, 6 leyes, 8 reglamentos, 23 resoluciones, 15 acuerdos y amnistías e indultos que actualmente se encuentran vigentes, antes de la aprobación misma del Proyecto vía referéndum. Al respecto, coincido nuevamente con Rafael Oyarte, pues “si el constituyente vulnera los derechos fundamentales o la dignidad de la persona humana, así como las demás limitaciones a dicho poder, la carta política se torna en antijurídica-lo jurídico no es lo que arbitrariamente determine el legislador o el constituyente, sino lo apegado a Derecho en sentido amplio- y regirá por la fuerza de los hechos y no por la fuerza del Derecho. El poder constituyente no es un poder absoluto, como ningún poder en un Estado de

Derecho, ni siquiera el soberano puede dar soluciones normativas antijurídicas. El problema que se presenta frente al poder constituyente originario no es de jurisdicción sino de control”¹⁸.

También Hernán Salgado considera que la teoría del poder constituyente ilimitado reviste muchos riesgos, pues “por esta vía es más fácil caer en los totalitarismos que construir una democracia. La experiencia histórica lo confirma”¹⁹.

Finalmente, es recomendable estudiar la resolución 0008-07-TC dictada por el Tribunal Constitucional²⁰, pues ante una demanda de inconstitucionalidad formal de la convocatoria a consulta popular para la instalación de la Asamblea Constituyente, explica lo que significa plenos poderes y sus límites y restricciones. El Tribunal sentenció que “cosa diferente sería el pretender que los plenos poderes de que está investido el órgano extraordinario del poder constituyente originario para elaborar una Constitución, se entiendan como facultad o atribución para designar funcionarios, juzgar a las personas o dictar leyes, en razón de que tal proceder resultaría arbitrario y concentrador del poder (efectos que precisamente por definición una Constitución quiere evitar), en primer lugar, porque el poder constituyente originario es extraordinario y por lo mismo excepcional y limitado a dictar el nuevo texto Constitucional”.

La sentencia concluye colocando otro límite, pues “el órgano extraordinario que crea la nueva Constitución debe abstenerse de aplicarla (pues, está creando atribuciones que deben ser ejercidas por los órganos que se crean para el efecto), siendo necesario la convocatoria a elecciones generales para aplicar el nuevo orden constitucional”.

De forma lamentable, esta argumentación constitucional contenida en la resolución ha sido omitida por completo.

Para finalizar, el día 21 de octubre de 2008 el Tribunal Constitucional, vía resolución, se transformó, de forma por demás kafkiana, en Corte Constitucional, empezando la vigencia constitucional con una ruptura monumental del novísimo Estado Constitucional, aduciendo que durante toda la vida republicana se ha vivido un constitucionalismo conservador.

3. La justicia constitucional

El Código Político vigente²¹ nos presenta algunas novedades y se convierte en un nuevo peldaño de la historia de la jurisdicción constitucional en el Ecuador²², pues encontramos cambios sustanciales en el Derecho procesal constitucional como la creación de la Corte Constitucional y el surgimiento de nuevas acciones constitucionales.

3.1 Principios básicos

Como es sabido, el sistema ecuatoriano de control constitucional ha buscado la autoprotección de la Carta

Política mediante un modelo complejo o mixto²³, ya que ha usado varios modelos, así el control concentrado y el abstracto como el difuso y el concreto, aunque presentaba una característica propia, pues gracias a la llamada inaplicabilidad o inaplicación, la resolución de los jueces y tribunales mediante la cual se abstienen de aplicar una norma, por considerarla inconstitucional, al caso concreto sometido a su conocimiento, debía ser remitida al Tribunal Constitucional para que, sin alterar para nada la sentencia del juez o tribunal, decida, para el futuro y de modo generalmente obligatorio, si es o no la norma inaplicada, contraria a la Constitución²⁴.

En este tema, las cosas variarán, pues según el artículo 428 de la Constitución, la inaplicabilidad de las disposiciones normativas desaparece, ya que la norma expresa que “cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la 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, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma. Si transcurrido el plazo previsto, la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente”.

De todas formas, pretendo comparar los principios imperantes²⁵ con lo propuesto por la Asamblea Constituyente en todo lo relacionado al Derecho Procesal Constitucional.

1) Principio de autonomía y separación democrática de poderes

Busca evitar la concentración del poder en una única función u órgano del poder público. Aquí el control de constitucionalidad debe reposar en un órgano especializado, independiente y autónomo frente a los órganos que serán controlados.

El Código Político sobrepasa las enseñanzas de Montesquieu, mostrándonos cinco funciones, a saber:

- a) Legislativa ejercida por la Asamblea Nacional, antiguo Congreso (artículos 118 a 140).
- b) Ejecutiva representada principalmente por el Presidente de la República, que es el Jefe del Estado y de Gobierno a más de responsable de la administración pública (artículos 141 a 166).
- c) Judicial y Justicia Indígena, a su vez, compuesta por órganos jurisdiccionales²⁶, órganos administrativos²⁷, órganos auxiliares²⁸ y órganos autónomos²⁹.
- d) Función de Transparencia y Control Social que se encuentra formada por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General del Estado y las superintendencias. Esta función, nos indica la Constitución, defiende el derecho de participación de los ciudadanos y promoverá e impulsará el control de las entidades y organismos del sector público y de las personas naturales o jurídicas del sector privado que presten servicios o desarrollen actividades de interés público,

para que los realicen con responsabilidad, transparencia y equidad; fomentará e incentivará la participación ciudadana; protegerá el ejercicio y cumplimiento de los derechos; y prevendrá y combatirá la corrupción³⁰.

- e) Función Electoral, a su vez, conformada por el Consejo Nacional Electoral y el Tribunal Contencioso Electoral³¹

Lamentablemente, existía una duda sobre la cuarta función, pues la nominación de los llamados consejeros debería haber corrido a cargo del Consejo Nacional Electoral. Lo extraño del caso es que entre las funciones del Consejo de participación ciudadana y control social consta, precisamente, la de designar a los miembros del Consejo Nacional Electoral, en virtud que el Régimen de Transición, en lugar de clausurar definitivamente las funciones de la Asamblea Constituyente, y después de declarar concluido el período de los diputados elegidos el 15 de octubre de 2006, procede a conformar una Comisión legislativa y de fiscalización (una suerte de congreso provisional, denominado por la opinión pública como Congresillo) que, sin conocerse la forma de elección de sus miembros, va a tener dos funciones importantes: a) Dictar cinco leyes básicas, entre ellas la que regula al Consejo de participación ciudadana y control social y b) designar al primer Consejo de participación ciudadana y control social.

Frente a estos órganos de poder, la Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia. Ejerce jurisdicción nacional y su sede es la ciudad de Quito.

Además gozará de autonomía administrativa y financiera.

Lo novedoso estriba, precisamente, en el hecho que por primera vez un órgano constitucional ecuatoriano tendrá competencia para interpretar la Carta Política y lo hará al tenor del numeral 1 del artículo 436 del estatuto constitucional, que textualmente indica: “Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante”.

2) Supremacía Constitucional³²

Se refiere al principio de jerarquía, pues, al decir, del profesor Salgado, en el ordenamiento jurídico del Estado las normas tienen diversos niveles³³, siendo la Constitución la superior o suprema, presenta dos funciones esenciales que, desde Kelsen, son: a) Dotarle de validez jurídica a todas las normas del ordenamiento, y, b) Propender a la unidad del sistema jurídico. Si se cumplen los resultados se tendrá seguridad jurídica y se vivirá un régimen constitucional.

Como se sabe, la supremacía constitucional, material y formal, es además, el punto de partida de la justicia constitucional y se encuentra garantizada mediante dos mecanismos: la rigidez constitucional y el control de

constitucionalidad³⁴ o sistema de protección jurídica del Código político.

La supremacía constitucional ha sido debidamente reconocida en el sistema jurídico ecuatoriano, concretamente, en el artículo 272 de la Constitución derogada. El concepto de jerarquía se incorpora mediante dicha disposición, pues la Carta Magna prevalece sobre cualquier otra norma legal. Además, en el caso de existir conflicto entre normas de distinta jerarquía, las cortes, tribunales, jueces y autoridades administrativas deben resolverlo, mediante la aplicación de la norma jerárquicamente superior.

En la nueva Constitución, existe un desarrollo mayor de lo que se entiende por principios de la supremacía constitucional, pues aparte de confirmar lo dispuesto en los artículos 272, 273 (los jueces aplican de oficio obligatoriamente las normas constitucionales) y 274 (inaplicabilidad de normas inconstitucionales) de la Carta derogada, se procede a incorporar aspectos novedosos dentro del título IX denominado Supremacía de la Constitución³⁵.

Entre los principios encontramos los siguientes:

- 2.1 Se ratifica el principio de jerarquía en el sentido que la Constitución es la norma suprema que debe prevalecer sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. De igual modo, todas las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales, pues de no hacerlo, carecerán de eficacia jurídica.
- 2.2 Dentro de la jerarquía, el inciso segundo del artículo 424, incorpora un elemento muy progresista: la posibilidad de la supra-constitucionalidad de los tratados internacionales relacionados con derechos humanos, pues en aquellos casos donde la Constitución y dichos instrumentos, exclusivamente ratificados por el Ecuador, reconocen derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público. Se trata del principio *pro homine, favor libertatis* o *in dubio pro libertate*, que es además desarrollado por el artículo 427 en el sentido que establece dos reglas de interpretación de las normas constitucionales: a) Tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su Integralidad, b) 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.
- 2.3 Se busca constitucionalizar el principio del *self executing*, en virtud del cual las normas de un tratado sobre derechos humanos deben ser ejecutables por sí mismas, o sea, son de aplicación inmediata en el Estado que es parte de ese tratado y no hace falta adecuación legislativa alguna que permita la aplicación³⁶. Esto se cristaliza con total diafanidad en el artículo 426 que defiende la aplicación directa de las normas constitucionales así como de los tratados internacionales sobre derechos humanos³⁷.
- 2.4 Se establece claramente una prelación normativa, es decir, un orden jerárquico de aplicación de las distintas normas, conforme lo siguiente: Constitución; tratados y convenios internacionales; leyes orgánicas; leyes ordinarias; normas regionales y ordenanzas distritales; decretos y reglamentos; ordenanzas; acuerdos y resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.
- 2.5 Se mantiene la aplicación de la norma jerárquica superior como regla para todos los operadores jurídicos y administrativos, especialmente en caso de conflicto entre normas de distinto nivel. La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados.
- 2.6 Como se advirtió, el artículo 428 del Proyecto, deja sin efecto la inaplicabilidad de las normas por parte de los operadores judiciales.

3) El principio de instancia de parte

Salvo la declaratoria de inaplicabilidad de preceptos contrarios a la Constitución, que podía ser desarrollada de oficio por cualquier juez o tribunal, en las causas que conocía, sin dejar de lado la petición de parte, en todo lo demás el sistema de control de constitucionalidad se activaba previa solicitud o requerimiento, pues el juez constitucional no actúa de oficio, es decir, no puede pronunciarse sobre normas cuya inconstitucionalidad no se encuentre expresamente demandada³⁸.

En cambio, el numeral 3 del artículo 436 que trata de las atribuciones de la nueva Corte Constitucional, reincorpora la declaratoria de inconstitucionalidad de oficio, que la tuvimos hasta 1992, especialmente de normas conexas, “cuando en los casos sometidos a su conocimiento concluya que una o varias de ellas son contrarias a la Constitución”. Es decir, parece que existe una tendencia para alejarnos del principio dispositivo *en eat iudex ultra petita partium*.

El profesor Salgado es crítico con este sistema de oficio, pues, a su criterio, con el que comparto plenamente, trae un desgaste innecesario a la institución y menoscaba su reputación³⁹.

4) Necesidad de legitimación procesal activa especial o reducida

A excepción de las denominadas garantías constitucionales: amparo, habeas data y habeas corpus que podían ser accionadas directamente por los ciudadanos afectados, pues son mecanismos de protección de derechos desprovistos de rigurosidades, desde 1945 existen restricciones para la legitimación procesal⁴⁰.

Al contrario, la Constitución vigente presenta una acción popular amplísima, pues su artículo 439 textualmente indica que “las acciones constitucionales podrán ser presentadas por cualquier ciudadana o ciudadano individual o colectivamente”.

Únicamente se mantiene la intervención del Defensor del Pueblo, pues el artículo 215 indica que “la Defensoría

del Pueblo tendrá como funciones la protección y tutela de los derechos de los habitantes del Ecuador y la defensa de los derechos de los ecuatorianos que estén fuera del país. Entre sus atribuciones encontramos el patrocinio, de oficio o a petición de parte, de las acciones de protección, hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, incumplimiento, acción ciudadana y los reclamos por mala calidad o indebida prestación de los servicios públicos o privados. Además podrá emitir medidas de cumplimiento obligatorio e inmediato en materia de protección de los derechos, y solicitar juzgamiento y sanción ante la autoridad competente, por sus incumplimientos.

De igual forma, cuando se habla de las disposiciones de las garantías jurisdiccionales, el numeral 1 del artículo 86 de la nueva Carta indica que cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución.

5) *Restricción del control ad infinitum*

El principio seguido por el constitucionalismo ecuatoriano ha sido que la sentencia o resolución constitucional emitida por el Tribunal no puede ser impugnada, pues la declaratoria de inconstitucionalidad causa ejecutoria, entrando en vigencia desde su publicación en el Registro Oficial y dejando sin efecto la norma declarada inconstitucional, la misma que no tiene efecto retroactivo.

En suma y conforme lo disponía el artículo 278 de la Constitución derogada y 14 de la Ley de Control Constitucional, todas las decisiones del órgano de control constitucional, en los asuntos exclusivos de su competencia, eran definitivas, o sea, inimpugnables.

Por su parte, el artículo 440 de la Constitución vigente, de manera categórica, indica que “las sentencias y los autos de la Corte Constitucional tendrán el carácter de definitivos e inapelables”.

Sin embargo, del numeral 3 del artículo 86, se advierte que todas las acciones constitucionales descritas en la Carta como garantías jurisdiccionales tendrán dos instancias, ya que “las sentencias de primera instancia podrán ser apeladas ante la corte provincial. Los procesos judiciales sólo finalizarán con la ejecución integral de la sentencia o resolución”.

Además se introduce algo totalmente novedoso, pues todas las sentencias ejecutoriadas serán remitidas a la Corte Constitucional, para el desarrollo de su jurisprudencia (artículo 86, numeral 5 del Proyecto).

6 *Principio de Procedencia o de interpretación efectiva de la Constitución*

La idea es que la Carta Política debe ser interpretada de forma sistemática, pues no se puede obtener resultados contrarios a su espíritu, ya que, específicamente, el órgano contralor debe legitimarse mediante sus decisiones e intervenciones sin alejarse de los valores, principios e instituciones del Estado constitucional.

El inciso segundo del artículo 18 de la Constitución derogada establecía que “en materia de derechos y garan-

tías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia. Ninguna autoridad podrá exigir condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o la ley, para el ejercicio de estos derechos”.

Al respecto, el artículo 427 de la Carta de Montecristi establece los principios de interpretación constitucional, ya que parece que se busca evitar un mal uso de las acciones, instituciones, normas y/o principios constitucionales vigentes. El desafío que emerge, entonces, es la formación de una nueva interpretación constitucional, donde se deberá confrontar las disposiciones sometidas a control con la totalidad de los preceptos de la Constitución así como también se deberá decidir sobre las tensiones normativas y axiológicas que pueden desembocar en múltiples lecturas de un mismo texto constitucional.

7) *Iura novit curia*

La Jurisprudencia nacional ha aceptado este principio, en el sentido que el Tribunal puede corregir errores u omisiones de derecho del accionante, motivando o fundamentando su decisión en cualquier precepto constitucional vulnerado, incluso si no hubiere sido expresamente invocado. Este principio era la aplicación del artículo 273 de la Constitución derogada que expresaba que “las cortes, tribunales, jueces y autoridades administrativas tendrán la obligación de aplicar las normas de la Constitución que sean pertinentes, aunque la parte interesada no las invoque expresamente”.

En la Carta nueva se ratifica dicho principio, pues según el artículo 426 “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”.

8) *Principio de Prosecución*

Es decir, una vez que la acción constitucional ha sido admitida a trámite, no es posible desistir de ella, salvo situaciones excepcionales.

Este tema no ha sido zanjado del todo, pero dos normas lo han regulado:

- a) El artículo 50 de la Ley de Control Constitucional dispone que el desistimiento procede en el amparo como consecuencia jurídica de la inasistencia, sin justificación, a la audiencia pública. Parte de la norma textualmente dice que “la ausencia del actor se considerará como desistimiento del recurso, sin que pueda volver a plantearlo sobre los mismos hechos. Sin embargo, podrá convocarse, en uno u otro caso, a nueva audiencia, si la no comparecencia de parte provino de fuerza mayor debidamente comprobada”.
- b) El artículo 49 del Reglamento de Trámite de expedientes en el Tribunal Constitucional explica las cuatro razones por las cuales puede terminar el trámite de

la acción de amparo, siendo la segunda causal el desistimiento expreso, siempre y cuando la acción u omisión materia del amparo, hayan sido debidamente subsanados, previo el reconocimiento de firma y rúbrica del o los accionantes.

Al ser un tema de legislación, la primera norma transitoria de la Constitución vigente otorga un plazo máximo de trescientos sesenta días, contados desde la fecha de vigencia de la Constitución, para que se aprueben 10 leyes, siendo la primera aquella que regule el funcionamiento de la Corte Constitucional y los procedimientos de control de constitucionalidad. Seguramente en esta norma se tratará y regulará este principio.

9) Aplicación directa de la Constitución

Las normas constitucionales no necesitan desarrollo legislativo para su aplicación, pues conforme lo determina una parte del antiguo artículo 18 “los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad”.

Además no puede alegarse ausencia o falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en esta Constitución, ya sea para desechar la acción por esos hechos, ya sea para negar el reconocimiento de tales derechos.

Finalmente, las leyes no pueden restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales e incluso la omisión legislativa no puede ser causa de incumplimiento del Código político, pues la vigencia constitucional no debe estar condicionada a la voluntad del legislador⁴¹.

Por su parte, el artículo 426 de la Carta de Montecristi confirma este principio, pues todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. El inciso tercero textualmente indica que “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”.

10) *Stare decisis*

Esta regla, propia del sistema jurídico de los precedentes, no ha tenido claridad en el país, empero, el numeral 6 del artículo 436 de la nueva Constitución, concede entre las atribuciones de la Corte Constitucional, la facultad de “expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión”.

Por su parte, el numeral 5 del artículo 86 expresa que “todas las sentencias ejecutoriadas serán remitidas a la

Corte Constitucional, para el desarrollo de su jurisprudencia”. Se refiere a todas las sentencias relacionadas con las llamadas garantías jurisdiccionales, es decir, parece que se desea establecer el principio “de estar a lo decidido” o *stare decisis et quieta non movere*.

3.2 La Corte Constitucional

Uno de los cambios que trae Montecristi es la creación de la Corte Constitucional en lugar del Tribunal Constitucional, por ello brevemente analicemos algunos aspectos jurídicos como su composición, organización, competencias y funcionamiento.

Integración

La Constitución vigente, en su artículo 432, establece la conformación de la Corte Constitucional. Se advierte que estará integrada por nueve miembros⁴² que ejercerán sus funciones en plenario y en salas de acuerdo con la ley. Desempeñarán sus cargos por un período de nueve años, sin reelección inmediata y serán renovados por tercios cada tres años.

Operan dos cambios frente a la realidad constitucional existente, pues los nueve vocales constitucionales, conforme lo indicaba el antiguo artículo 275, duraban cuatro años en sus funciones, pudiendo ser reelegidos.

Finalmente, se advierte la eliminación de los vocales suplentes y más bien se deja a la ley orgánica el establecimiento del mecanismo de reemplazo en caso de ausencia de uno de los miembros o magistrados constitucionales titulares.

Sede

Desde 1945 la sede del órgano de control constitucional ha sido la capital de la República, aspecto ratificado por el artículo 429 de la Constitución, pues la Corte Constitucional ejerce jurisdicción nacional y su sede es la ciudad de Quito.

Designación

La Constitución derogada establecía que los vocales del Tribunal Constitucional eran designados por un órgano político: el Congreso Nacional (artículo 275), órgano que elegía a los magistrados por mayoría absoluta de las ternas que provenían de diferentes poderes públicos y otras personas jurídicas representantes de la ciudadanía, así: dos, de ternas enviadas por el Presidente de la República; dos, de ternas enviadas por la Corte Suprema de Justicia, de fuera de su seno; dos, elegidos por el Congreso Nacional, que no ostenten la dignidad de legisladores; uno, de la terna enviada por los alcaldes y los prefectos provinciales; uno, de la terna enviada por las centrales de trabajadores y las organizaciones indígenas y campesinas de carácter nacional, legalmente reconocidas; y, uno, de la terna enviada por las Cámaras de la Producción legalmente reconocidas.

La Constitución vigente cambia completamente esta forma de nominación, pues se crea una Comisión Calificadora para la designación de los miembros de la Corte Constitucional (artículo 434).

La Comisión Calificadora estará integrada por dos personas nombradas por cada una de las funciones, Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social. Es decir, se trata de un nuevo órgano que incluye la participación ciudadana directa y dos poderes públicos clásicos.

Esta Comisión calificará a los miembros de la Corte mediante un proceso de concurso público, con veeduría y posibilidad de impugnación ciudadana. Además en la integración de la Corte se procurará la paridad entre hombres y mujeres.

Igualmente se establece la necesidad de que una ley regule el procedimiento, plazos y demás elementos de selección y calificación de los miembros de la Corte Constitucional, sin embargo, la norma vigésima quinta del régimen de transición explica que “una vez constituidas las nuevas funciones Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social, se organizará la comisión calificadora que designará a las magistradas y magistrados que integrarán la primera Corte Constitucional. Cada función propondrá al menos nueve candidatos. Las normas y procedimientos del concurso serán dictadas por el Consejo de Participación ciudadana y control social⁴³” que, a su vez, será nombrado por el órgano legislativo transitorio, denominado Comisión legislativa y de fiscalización.

Como se puede observar, el modelo propugnado pretende modificar el sistema de designación kelseniano adoptado en la Carta anterior. Al respecto, existe ya un antecedente en el funcionamiento de Comisiones de este tipo, pues los miembros de la actual Corte Suprema de Justicia fueron designados por un método similar, después de una vacancia causada por la irrupción inconstitucional del ex Presidente Lucio Gutiérrez.

Requisitos

Respecto de los requisitos para ser magistrado o vocal del Tribunal Constitucional, la Constitución derogada los remitía a los exigidos para magistrados de la Corte Suprema de Justicia⁴⁴ así como estaban sujetos a las mismas prohibiciones o incompatibilidades⁴⁵ que se mantenían durante el ejercicio de sus funciones.

Debe lamentarse la realidad, pues pese a la alta exigencia de los requisitos, muchos de los magistrados elegidos no han reunido los mismos, ya que no han demostrado conocimiento ni experiencia en derecho constitucional o el órgano nominador se ha dejado presionar por influencias políticas indebidas.

Por su parte, la Carta de Montecristi si bien acrisola la ética, elimina algunos elementos positivos como la experiencia y la madurez de los candidatos, de todos modos, el artículo 433 indica que los requisitos que deben reunir los juristas para ser designados como miembros de la Corte Constitucional son:

1. Ser ecuatoriana o ecuatoriano y encontrarse en ejercicio de sus derechos políticos.
2. Tener título de tercer nivel en Derecho legalmente reconocido en el país.
3. Haber ejercido con probidad notoria la profesión de abogada o abogado, la judicatura o la docencia universitaria en ciencias jurídicas por un lapso mínimo de diez años.
4. Demostrar probidad y ética.
5. No pertenecer ni haber pertenecido en los últimos diez años a la directiva de ningún partido o movimiento político.

Algo muy positivo es el hecho que la nueva Constitución cubre un vacío existente, pues la nominación de los antiguos vocales, adicionalmente, ha mostrado mucha arbitrariedad, por ello se propone la necesidad de una norma (ley) que determine el procedimiento para acreditar, de manera consistente, estos requisitos.

En cuanto a las incompatibilidades, parece que el artículo 174 será el aplicado para todos los magistrados de las diversas jurisdicciones, incluida la Corte Constitucional, en razón de la ausencia de una disposición concreta, pues indica que: “Las servidoras y servidores judiciales no podrán ejercer la abogacía ni desempeñar otro empleo público o privado, excepto la docencia universitaria fuera de horario de trabajo”.

Además busca sancionar a ciertas conductas que obstruyen la administración efectiva de la justicia, así: “la mala fe procesal, el litigio malicioso o temerario, la generación de obstáculos o dilación procesal”, para ello se remite a la necesidad de una ley que determine las condiciones.

Finalmente, se establece casi la misma incompatibilidad usada en la Carta derogada, pues “las juezas y jueces no podrán ejercer funciones de dirección en los partidos y movimientos políticos, ni participar como candidatos en procesos de elección popular, ni realizar actividades de proselitismo político o religioso”, es decir, se agrega el aspecto religioso.

Juicio político: *Quis custodiet custodes?*

El profesor Salgado nos indica que los miembros del Tribunal Constitucional, conforme lo disponía el artículo 130, numeral 9, estaban sujetos a juicio político⁴⁶.

En la Constitución vigente, en cambio, el artículo 431 elimina el juicio político y genera controles sociales generales conforme dispone que “los miembros de la Corte Constitucional no estarán sujetos a juicio político ni podrán ser removidos por quienes los designen. No obstante, estarán sometidos a los mismos controles⁴⁷ que el resto de autoridades públicas y responderán por los demás actos u omisiones que cometan en el ejercicio de sus funciones”.

La responsabilidad penal de los magistrados deberá ser establecida por la Corte Nacional de Justicia (antigua Corte Suprema de Justicia), previa acusación del Fiscal General de la Nación⁴⁸.

La destitución de los magistrados será decidida por las dos terceras partes de los integrantes de la Corte Constitucional, es decir, se requieren seis votos.

Al final se determina que la ley, seguramente orgánica de control constitucional, debe establecer el procedimiento, los requisitos y las causales para la destitución.

Competencias

Precisamente en este tema existen muchos cambios, pero antes, para realizar una comparación objetiva, es preciso partir del hecho cierto que antes el Tribunal Constitucional tenía seis atribuciones:

- 1) Inconstitucionalidad de normas jurídicas o actos normativos, que al decir del ex Presidente del Tribunal Marco Morales, el órgano contralor ejercía control concentrado, abstracto, *ex ante* o preventivo y *ex post facto* o *a posteriori*, a instancia de parte y obligatorio, y con efectos de carácter general, a partir del artículo 276, numerales 1 y 4, de la Carta Magna. Este control normativo recae sobre leyes orgánicas y ordinarias, decretos-leyes, decretos, ordenanzas; estatutos, reglamentos y resoluciones, emitidos por órganos de las instituciones del Estado.
- 2) Inconstitucionalidad de actos administrativos, cuya declaratoria produce la revocatoria del acto impugnado y ha tenido una confusión con el control de legalidad.
- 3) Objeción presidencial de inconstitucionalidad a proyectos de ley, que es un control previo.
- 4) Control previo de instrumentos internacionales.
- 5) Conflictos de competencia entre determinados órganos del Estado, es decir, el Tribunal debe dirimir conflictos de competencia o de atribuciones asignadas por la Constitución.
- 6) Tutela de las garantías de los derechos humanos, pues es una suerte de segunda y definitiva instancia en las acciones de amparo, hábeas data y hábeas corpus, peviamente presentadas a los jueces de instancia.

El artículo 435 de la nueva Carta, a su vez, incorpora varias competencias y entre ellas encontramos algunas totalmente nuevas:

I. Interpretación obligatoria de normas constitucionales e internacionales, pues el numeral 1 de la norma indicada *ut supra* expresa que la Corte Constitucional será la máxima instancia de interpretación de la Constitución y de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano mediante sus dictámenes y sentencias⁴⁹. Además sus decisiones tendrán carácter vinculante.

II. Acciones públicas de inconstitucionalidad de actos normativos de carácter general. La Norma dice que una de las atribuciones será “Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos autoridades del Estado. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado.”

III. Declaratoria de oficio de inconstitucionalidad de normas conexas o relacionadas, cuando en los casos sometidos a su conocimiento concluya que una o varias de ellas son contrarias a la Constitución.

IV. Inconstitucionalidad de actos administrativos con efectos generales. La Norma dice: “Conocer y resolver, a petición de parte, la inconstitucionalidad contra los actos administrativos con efectos generales emitidos por toda autoridad pública. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto administrativo”.

V. Acción de incumplimiento normativo, pues la Corte podrá conocer y resolver, a petición de parte, las acciones por incumplimiento que se presenten con la finalidad de garantizar la aplicación de normas o actos administrativos de carácter general, cualquiera que sea su naturaleza o jerarquía, así como para el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos que no sean ejecutables por las vías judiciales ordinarias⁵⁰.

VI. Jurisprudencia vinculante sobre garantías, pues el órgano contralor podrá expedir sentencias que constituyan jurisprudencia obligatoria respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión.

VII. Dirimir conflictos de competencias o de atribuciones entre funciones del Estado u órganos establecidos en la Constitución. Es decir, se trata de resolver conflictos competenciales o inter-orgánicos.

VIII. Control de oficio e inmediato de las declaratorias de los estados de excepción, cuando impliquen la suspensión de derechos constitucionales.

IX. Conocer y sancionar el incumplimiento de las sentencias y dictámenes constitucionales.

X. Inconstitucionalidad por omisión, pues puede declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión vulneren, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. Si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley. Se advierte que se trata de una omisión en sentido amplio y no meramente legislativa, como es el caso de la Constitución húngara.

Además existen otras funciones como:

XI. El artículo 437 de la nueva Carta establece la acción extraordinaria de protección contra decisiones judiciales atentatorias a la Constitución. En este sentido, los ciudadanos en forma individual o colectiva podrán presentar esta acción contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia. Para la admisión de este recurso (que debería decirse acción) la Corte constatará el cumplimiento de dos requisitos: 1. Que se trate de sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriadas. 2. Que el recurrente demuestre que en el juzgamiento se ha violado, por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución⁵¹.

XII. Control previo o *ex ante* con carácter vinculante de tres casos, sin perjuicio de otros que determine la futura ley de control constitucional. Estos casos, conforme el

artículo 438, son: 1. Tratados internacionales, previamente a su ratificación por parte de la Asamblea Nacional. 2. Convocatorias a consultas populares de carácter nacional o a nivel de los gobiernos autónomos descentralizados. 3. Objeciones de inconstitucionalidad presentadas por la Presidenta o Presidente de la República en el proceso de formación de las leyes.

XIII. Conforme lo dispone el artículo 443, la Corte Constitucional calificará la calidad de la reforma constitucional y el respectivo procedimiento, ya sea el establecido en el artículo 441, ya sea el dispuesto en el artículo 442.

XIV. Asesoramiento sobre destitución del Presidente de la República al Poder legislativo, pues deberá emitir informe o dictamen favorable previo, exclusivamente, cuando el Primer mandatario se permita arrogarse funciones que no le competen⁵².

XV. Iniciativa legislativa, pues al tenor del artículo 134, numeral 4, a la Corte le corresponde la facultad o iniciativa para presentar proyectos de ley relacionados exclusivamente con aquella materia que le corresponde de acuerdo con sus atribuciones o especialidad.

XVI. Comprobación de la causal de abandono de cargo del Presidente de la República, previa su cesación de funciones. El artículo 145, numeral 5 indica que el Presidente cesará en sus funciones y dejará vacante el cargo por abandono, comprobado por la Corte Constitucional y declarado por la Asamblea Nacional con los votos de las dos terceras partes de sus integrantes.

XVII. Emisión de dictamen favorable de disolución de Congreso o Asamblea Nacional. Realmente se constituye en una polémica función, pues, a mi juicio, atenta a la democracia y a la convivencia equilibrada entre los órganos de poder. De todas formas, el artículo 148, inciso 1 nos indica "que la Presidenta o Presidente de la República podrá disolver la Asamblea Nacional cuando, a su juicio, ésta se hubiera arrogado funciones que no le competen constitucionalmente, previo dictamen favorable de la Corte Constitucional; o si de forma reiterada e injustificada obstruye la ejecución del Plan Nacional de Desarrollo, o por grave crisis política y conmoción interna"⁵³.

XVIII. Emisión de dictamen para que el Presidente pueda expedir decretos-leyes de urgencia económica durante el tiempo de disolución de la Asamblea Nacional. El inciso 3 del artículo 148 textualmente dice: "Hasta la instalación de la Asamblea Nacional, la Presidenta o Presidente de la República podrá, previo dictamen favorable de la Corte Constitucional, expedir decretos-leyes de urgencia económica, que podrán ser aprobados o derogados por el órgano legislativo".

XIX. Control de constitucionalidad de las decisiones de la jurisdicción indígena, conforme lo dispone el artículo 171.

XX. Dictaminar sobre la conformidad constitucional de los proyectos de estatutos que buscan constituir autonomías regionales o distritos metropolitanos así como de su respectiva reforma. Es decir, existirá un control previo de los cambios de la organización territorial (artículos 244 a 248).

Como comentario final, deberé indicar que la transición a la Corte Constitucional, generará, como en efecto ya lo ha hecho, un debate incesante y hasta una tensión entre los defensores de este novísimo órgano contralor y la función judicial, pues la Corte se transforma en fuente de derecho y no en mero legislador negativo⁵⁴, ya que objetivamente, en muchas cosas, se adoptan criterios vanguardistas de la doctrina y jurisprudencia constitucional.

Por otra parte, el exagerado e incongruente número de atribuciones que se le otorga a la Corte, podría conjurar en contra de su efectividad y hasta cabría hablar de un gobierno de la Corte Constitucional en lugar de un órgano que defendiendo la legitimidad constitucional de los valores y principios, pues se trata de salir del régimen de la legalidad clásica, pueda transformarse en un medio de justificación *a posteriori* de decisiones políticas tomadas por el régimen de turno.

Con esta realidad, se torna imprescindible una preparación académica adecuada, una ética sin límites y una comprensión de los derechos fundamentales y del derecho constitucional de todos los futuros magistrados o miembros de la Corte, ya que tal parece se pretende introducir la argumentación jurídica fáctica inductiva en lugar de la lógica tradicional del análisis normativo abstracto, en definitiva, se busca superar la dogmática jurídica. Sin la preparación adecuada podríamos tener decisiones arbitrarias y hasta antojadizas así como ausencia de autonomía, inseguridad jurídica y un colapso en la atención de causas.

3.3 Instrumentos procesales protectores de los derechos humanos

En este punto nos referimos a las llamadas garantías constitucionales o medios procesales que buscan asegurar la observancia de los derechos constitucionales, pues garantía y derecho no son lo mismo⁵⁵.

Doctrinariamente encontramos tres clases de garantías orientadas a proteger a la Carta Política, al ordenamiento jurídico creado por ella y a los derechos y principios fundamentales contenidos en tal ordenamiento, siendo garantías normativas, institucionales y jurisdiccionales⁵⁶.

La Constitución derogada presentaba tres acciones constitucionales o garantías jurisdiccionales específicas: amparo, hábeas data, y hábeas corpus así como la garantía institucional denominada Defensoría del Pueblo.

La nueva Carta, en cambio, considera dentro del título denominado garantías constitucionales, tanto a las normativas como a las jurisdiccionales.

Parece que uno de los fines del texto (artículo 84) es asegurar el respeto de los derechos fundamentales así como la prohibición de reformas normativas atentatorias contra la esencia del Estado Constitucional.

Se nos explica que la Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tienen la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean nece-

sarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades.

En ningún caso, la reforma de la Constitución, ni de las leyes y otras normas jurídicas así como tampoco de los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.

Sobre las garantías jurisdiccionales advertimos algunos aspectos básicos:

- 1) Hay un aumento y, en algún caso, un cambio de denominación y de procedimiento de las mismas. La Constitución presenta seis acciones, a saber: protección, hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, acción por incumplimiento y la extraordinaria de protección.
- 2) La existencia de disposiciones comunes a todas las acciones, especialmente referidas a la legitimación activa, competencia, características o principios procesales, etapas o instancias procesales, responsabilidad de los jueces constitucionales y el desarrollo de la jurisprudencia (artículo 86).
- 3) La posibilidad de ordenar medidas cautelares, conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, pues se busca evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho. Al parecer se fortalece la característica de que estas acciones constitucionales no son residuales.
- 4) Por el espacio reducido del que se dispone, muy escuetamente, deseo colocar algunas ideas preliminares sobre los cambios propuestos en esta materia.

La acción de protección viene a reemplazar al amparo vigente y tiene por objeto, valga la redundancia, “el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución” (artículo 88).

Las causales para interponer dicha acción son:

- a) Cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial.
- b) Contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales.
- c) Cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.

La acción de hábeas corpus pasa a la competencia de los jueces o de la Corte Provincial de justicia y sale del conocimiento de los alcaldes (artículo 89)

La acción de acceso a la información pública (artículo 91) tiene “por objeto garantizar el acceso a ella cuando ha sido denegada expresa o tácitamente, o cuando la que se ha proporcionado no sea completa o fidedigna”. Puede ser interpuesta incluso si la negativa se sustenta en el carácter secreto, reservado, confidencial o cualquiera otra clasificación de la información. El carácter reservado de la información deberá ser declarado con anterioridad a la petición, por autoridad competente y de acuerdo con la ley.

Quizá la acción que más polémica ha generado ha sido la denominada extraordinaria de protección, pues procederá, como ya se ha indicado, contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. Procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado.

Al respecto de las funciones de la Corte, Sandra Morelli es clara, cuando nos comenta que “no es que la Corte Constitucional se deba pronunciar sobre el fondo del asunto ventilado ante la jurisdicción ordinaria o contencioso administrativa, verbigracia sobre si Pablo o Pedro fueron o no culpables de homicidio, porque esto no le corresponde precisamente por no ser tribunal de instancia. La Corte Constitucional debe, sí, ordenar que se le tutele al uno o al otro el derecho que se le ha violado, que puede ser el derecho de defensa o el debido proceso”⁵⁷. La revisión operada, entonces, no es un recurso extraordinario ni tampoco un instrumento para desconocer la cosa juzgada.

Colofón

Como se advierte, los cambios propuestos son bastante novedosos, empero, considero que debe existir, antes de nada, un sistema adecuado, independiente y técnico de elección de los magistrados de la Corte así como de los jueces constitucionales.

Por otro lado, no es admisible, que los jueces de instancia sigan siendo también constitucionales, pues se puede generar un caos judicial, ya que la “abusitis” o abuso de las acciones, que no necesitan mayores formalidades, pueden ocasionar un colapso que haga que los ciudadanos desconfíen más del sistema en lugar de construir un Estado que realmente defienda los derechos como pretende decirnos el artículo uno del Proyecto.

Finalmente, debe operar un cambio sustancial en la formación jurídica para lograr el entendimiento del nuevo régimen, especialmente en la argumentación e interpretación especializada.

Notas

- 1 No obstante, la nueva Carta política aprobada el 28 de septiembre y publicada en el Registro Oficial número 449 de 20 de octubre de 2008 dispone que el Ecuador es un Estado Constitucional de derechos y justicia.
- 2 Código de Ética de la Legislatura fue publicado en el Registro Oficial número 73 del 24 de noviembre de 1998.

Notas

- 3 Caso Número 001-2001-TC publicado en el Registro Oficial 423, 1 de octubre de 2001; Caso Número 041-2001-TC, Publicado en el Registro Oficial de 11 de enero de 2002; y, Caso Número 326-2001-RA, publicado en el Registro Oficial de 28 de enero de 2002.
- 4 Morales Tobar, Marco; Actualidad de la justicia constitucional en el Ecuador, en Luis López Guerra (coordinador), La Justicia Constitucional en la Actualidad, Quito, Corporación Editora Nacional, 2002, p. 77-165. Además revisar la Resolución No. 126-2001-TP del Tribunal Constitucional que explica: “el Estado de Derecho es un régimen en el que el Derecho regula minuciosamente e imperativamente la vida y la actividad del Estado, la sistematización y el funcionamiento de sus órganos y de sus relaciones con los derechos de los individuos...”.
- 5 Larrea, Juan; Derecho Constitucional, Tomo I, Quito, Corporación de Estudios y publicaciones, 2000, p. 60.
- 6 Trujillo, Julio César; Teoría del Estado en el Ecuador. Estudio de Derecho Constitucional, Serie Estudios Jurídicos, Volumen Ocho, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador-Corporación Editora Nacional, 2006, p. 87-112.
- 7 Únicamente Colombia y Venezuela se declaran, en su orden, como Estado social de derecho (Artículo 1) y Estado democrático y social de Derecho y de Justicia (artículo 2). Por su parte, el proyecto de Constitución boliviana indica que Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario. Empero, considero que en Venezuela, Bolivia y Ecuador se ha utilizado el mecanismo de las Constituyentes para impulsar procesos neo-constitucionalistas alejados de los principios básicos de convivencia democrática, pues aunque están apegados a elecciones “populares y democráticas” han vulnerado los elementos rectores de un verdadero Estado Constitucional.
- 8 Borja, Rodrigo; Derecho Político y Constitucional, México, Fondo de Cultura Económica, 1992, p. 315-319. Oyarte Martínez, Rafael; Curso de Derecho Constitucional, Tomo I, Fuentes del Derecho Constitucional, Poder Constituyente, Derechos Políticos, Quito, Fondo Editorial Fundación Andrade y Asociados, 2007, p. 100-107.
- 9 Madriñán, Ramón Eduardo; El Estado Social de Derecho, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 1997, p. 21-158. Horvitz, María Inés, Las Nociones de Estado de Derecho y Rule of Law. Origen, evolución y contenido, en Estado de Derecho y Reformas a la Justicia, Santiago de Chile, Diplomado Internacional Estado de Derecho y Reformas a la justicia: Universidad de Chile, Universidad de Heidelberg, California Western, 2005, p. 19-26. Prieto Sanchís, Luis, Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, Madrid, Editorial Trotta, 2003, p. 107-117. Cea Egaña, José Luis, Estado constitucional de Derecho, nuevo paradigma jurídico, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 11^o. Año, Tomo I, Montevideo, Konrad Adenauer, p- 43-56. Córdova, Holguer Paúl; Estado autoritario, corporativizado y bloqueado. Perspectivas de cambio en Ecuador desde los fundamentos del Estado Social y Democrático de Derecho, la Justicia Constitucional y los Derechos Humanos, Quito, Centro de estudios construyendo ciudadanía y democracia, UNIBE- Universidad Central del Ecuador, 2008, p. 52-69 y 135-196.
- 10 Como se conoce el concepto del poder constituyente tiene un origen, casi unánime, en el opúsculo ¿Qué es el Tercer Estado?, escrito por el abate Emmanuel Joseph Sieyes, representante del espíritu de la revolución francesa. Para él, la nación como representante soberana está colocada *supra leges* y permanece *legibus solutus*. En tal virtud, se marca la diferencia entre poder constituyente y poderes constituidos.
- 11 El país ha enfrentado un debate muy intenso sobre su constitucionalidad. De todas formas, primó lo político en detrimento de lo jurídico y el Congreso Nacional emitió la Resolución R-28-038 del 13 de febrero de 2007 que calificó de urgente la convocatoria a la referida consulta. Mi criterio es que no se respetó el procedimiento constitucional establecido en los artículos 104 y 283 de la Carta vigente.
- 12 El Estatuto fue aprobado mediante Decreto Ejecutivo número 148 de 27 de febrero de 2007 y su artículo 1 claramente explica la naturaleza y finalidad de la

Notas

- Asamblea Constituyente, pues es convocada por el pueblo ecuatoriano y está dotada de plenos poderes para transformar el marco institucional del Estado, y para elaborar una nueva Constitución. La Asamblea respetará, profundizando en su contenido social y progresivo, los derechos fundamentales de los ciudadanos. El texto de la Nueva Constitución será aprobado, conforme lo dispone el artículo 23 del Estatuto, mediante Referéndum Aprobatorio. Finalmente, la norma es prístina, al menos en el papel, pues la transformación del marco institucional del Estado y la nueva Constitución, solo entrarán en vigencia con la aprobación en referéndum, de la nueva Constitución. Lamentablemente, esta situación no ha acontecido, pues ha surgido el elemento metafísico que el pueblo lo puede todo, hasta in-observar las reglas de juego.
- 13 Una copia de la Codificación del Estatuto de Elección, Instalación y Funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente que fue publicada en el Suplemento del Registro Oficial Número 33 de 5 de marzo de 2007 se acompañó a la papeleta electoral utilizada el día de la consulta. El resultado mostró que el 81.72% del electorado se pronunció favorablemente a la reunión de la Asamblea Constituyente.
 - 14 El artículo 2 del Estatuto constituyente claramente indica el período de duración y disolución de la Asamblea en el sentido que “La Asamblea Constituyente tendrá una duración de ciento ochenta días, contados a partir del día de su instalación, salvo que ella misma establezca una prórroga que no podrá exceder de sesenta días contados a partir del vencimiento del plazo inicial”. Mediante resolución de 20 de mayo de 2008, la Asamblea se prorrogó por sesenta días.
 - 15 Según el artículo 204 del Proyecto “El pueblo es el mandante y primer fiscalizador del poder público, en ejercicio de su derecho a la participación”. Además nos indica que “La Función de Transparencia y Control Social estará formada por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General del Estado y las superintendencias. Estas entidades tendrán personalidad jurídica y autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y organizativa”.
 - 16 Existe una teoría, defendida por el Presidente de la Asamblea Constituyente, en el sentido que el Régimen de Transición forma parte del Proyecto como una norma transitoria más.
 - 17 Por colocar dos ejemplos de abuso de derecho, me permito citar el mandato número uno denominado de plenos poderes que a más de declararse como poder constituyente con plenos poderes, amenaza a los jueces y tribunales que tramitaren cualquier acción contraria a las decisiones de la Asamblea con la destitución de sus cargos y el enjuiciamiento correspondiente. Por otra parte, se encuentra el mandato número trece denominado AGD (Agencia de garantía de Depósitos) que rompe el debido proceso, pues se procede a ratificar la plena validez legal de la Resolución AGD-UIOGG-2008-12 del 8 de julio de 2008, en la que se ordena la incautación de los bienes de los ex accionistas y ex administradores de Filanbanco S.A., con la finalidad de devolver el dinero al Estado y a todos los ecuatorianos que aún permanecen perjudicados por la quiebra de dicho banco. Además se permiten declarar que la resolución AGD-UIO-GG-2008-12 de 8 de julio de 2008, expedida por el Gerente General de la Agencia de Garantía de Depósitos no es susceptible de acción de amparo constitucional u otra de carácter especial, y si de hecho se hubiere interpuesto, será inmediatamente archivada, sin que se pueda suspender o impedir el cumplimiento de la referida resolución. Los jueces o magistrados que avocaren conocimiento de cualquier clase de acción constitucional relativa a esta resolución y aquellas que se tomen para ejecutarla, implementarla o cumplirla a cabalidad, deberán inadmitirlas, bajo pena de destitución y sin perjuicio de la responsabilidad penal a la que hubiere lugar. ¿Puede el poder constituyente romper el Estado de Derecho, sencillamente porque tiene plenos poderes?. Creo que No.
 - 18 Oyarte, Rafael; La Protección de los Derechos Fundamentales en el Sistema Jurídico, en Revista Jurídica Ruptura, No. 44, Quito, AED, 2001, p. 24-25.
 - 19 Salgado, Hernán; Lecciones de Derecho Constitucional, Quito, Ediciones Legales, p.58. Barrera, Alberto; Reflexiones sobre el poder, Quito, Centro de

Notas

- publicaciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1996, p. 166 y 207.
- 20 Publicada en el Suplemento del Registro Oficial número 133 del 24 de julio de 2007.
- 21 Se puede revisar el texto completo del proyecto de Constitución así como el régimen de transición y demás normas constituyentes en www.asambleaconstituyente.gov.ec.
- 22 Salgado, Hernán; Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana, Fortalecimiento de la justicia constitucional en el Ecuador, serie 5, Quito, Corporación Editora Nacional, 2004, p. 31-69. Proyecto denominado “Sistema Administrativo de Justicia Constitucional”, presentado por el Tribunal Constitucional, enero 2008, p. 5-12.
- 23 El profesor Néstor Sagüés define al sistema mixto ecuatoriano como judicial difuso, con más control concentrado en un órgano extra poder como el Tribunal Constitucional. Néstor Pedro Sagüés, Justicia Constitucional y Control de la ley en América Latina, en Luis López Guerra (coordinador), La Justicia Constitucional en la Actualidad, Quito, Corporación Editora Nacional, 2002, p. 170.
- 24 Trujillo, Julio César; Op. Cit., p. 217 -245. Por su parte, el Art. 274 de la Carta Magna vigente reza: “Cualquier juez o tribunal, en las causas que conozca, podrá declarar inaplicable, de oficio o a petición de parte, un precepto jurídico contrario a las normas de la Constitución o de los tratados y convenios internacionales, sin perjuicio de fallar sobre el asunto controvertido. Esta declaración no tendrá fuerza obligatoria sino en las causas en que se pronuncie. El juez, tribunal o sala presentará un informe sobre la declaratoria de inconstitucionalidad, para que el Tribunal Constitucional resuelva con carácter general y obligatorio”.
- 25 Estos principios han sido estudiados por prestigiosos constitucionalistas ecuatorianos como Hernán Salgado, Rafael Oyarte y Marco Morales.
- 26 El inciso primero del artículo 178 explica que “Los órganos jurisdiccionales, sin perjuicio de otros órganos con iguales potestades reconocidos en la Constitución, son los encargados de administrar justicia, y serán los siguientes: 1. La Corte Nacional de Justicia. 2. Las cortes provinciales de justicia. 3. Los tribunales y juzgados que establezca la ley. 4. Los juzgados de paz.
- 27 El segundo inciso del mismo 178 indica “El Consejo de la Judicatura es el órgano de gobierno, administración, vigilancia y disciplina de la Función Judicial”. La integración, nominación de sus miembros y demás funciones del Consejo de la Judicatura se encuentran descritas desde el artículo 179 hasta el 181.
- 28 “La Función Judicial tendrá como órganos auxiliares el servicio notarial, los martilladores judiciales, los depositarios judiciales y los demás que determine la ley” (artículo 178, tercer párrafo).
- 29 La Defensoría Pública y la Fiscalía General del Estado son órganos autónomos de la Función Judicial.
- 30 Esta función se encuentra desarrollada desde el artículo 204 hasta el 216. Al parecer viene a reemplazar a la Comisión de Control Cívico contra la Corrupción, conforme lo dispone la tercera norma transitoria: “Las servidoras y servidores públicos de la Comisión de Control Cívico de la Corrupción y de la Secretaría Nacional Anticorrupción, que no sean de libre nombramiento y remoción, pasarán a formar parte del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social. Por otra parte, tiene una función trascendental en el tema que nos ocupa, pues, conforme lo dispone la primera parte del artículo 434 “los miembros de la Corte Constitucional se designarán por una comisión calificadora que estará integrada por dos personas nombradas por cada una de las funciones, Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social”.
- 31 Esta función aparece descrita desde el artículo 217 hasta el 224.
- 32 Aragón Reyes, Manuel; Sobre las nociones de Supremacía y Supralegalidad Constitucional, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1986. Zavala Egas, Jorge; Derecho Constitucional, Guayaquil, Edino, 1999, p. 32-35 y 163 – 227.
- 33 Salgado, Hernán; Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana, Fortalecimiento de la justicia constitucional en el Ecuador, serie 5, p. 17.

Notas

- 34 Oyarte, Rafael; *La acción de amparo constitucional: Jurisprudencia, dogmática y doctrina*, Quito, Fundación Andrade y asociados Fondo editorial, 2006, p. 19.
- 35 Los principios de la supremacía aparecen desde el artículo 424 hasta el 428 en tanto que las disposiciones que tratan sobre la Corte Constitucional van desde la 429 hasta la 440. Finalmente la reforma constitucional aparece del artículo 441 al 444.
- 36 Salgado, Hernán; *Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana, Fortalecimiento de la justicia constitucional en el Ecuador*, serie 5, p. 91-92.
- 37 Artículo 426: 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.
- 38 Oyarte, Rafael; *Ibidem*, p. 20.
- 39 Salgado, Hernán, *Lecciones de Derecho Constitucional*, Quito, Ediciones Legales, p. 171.
- 40 Revisar los artículos 276 y 277 de la Constitución vigente donde se advierte la competencia del Tribunal Constitucional y la titularidad de los sujetos que pueden legitimar activamente las demandas de inconstitucionalidad. Por otra parte, en el Ecuador, cualquier persona natural o jurídica o grupo de personas puede proponer la acción de amparo para proteger el medio ambiente.
- 41 Oyarte, Rafael; *Ibidem*, p. 27-28.
- 42 Se adopta el término de la realidad constitucional española y se renuncia a lo dispuesto en el artículo 275 de la Constitución vigente que habla de vocales.
- 43 Para entender este tema es bueno que se lea la segunda disposición transitoria del Proyecto: “El órgano legislativo, en el plazo de treinta días desde la entrada en vigencia de esta Constitución, designará con base en un concurso público de oposición y méritos, con postulación, veeduría e impugnación ciudadanas a las consejeras y consejeros del primer Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, quienes permanecerán provisionalmente en sus funciones hasta la aprobación de la ley correspondiente. En este proceso se aplicarán las normas y principios señalados en la Constitución. El Consejo de transición permanecerá en sus funciones hasta que se promulgue la ley que regule su organización y funcionamiento, y en ciento veinte días preparará el proyecto de ley correspondiente para consideración del órgano legislativo”.
- 44 Morales, Marco; *Actualidad de la justicia constitucional en el Ecuador*, en Luis López Guerra (coordinador), *La Justicia Constitucional en la Actualidad*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2002, p. 119. El Artículo 201 de la Constitución vigente establece que “Para ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia, se requerirá: 1. Ser ecuatoriano por nacimiento. 2. Hallarse en goce de los derechos políticos. 3. Ser mayor de cuarenta y cinco años. 4. Tener título de doctor en jurisprudencia, derecho o ciencias jurídicas. 5. Haber ejercido con probidad notoria la profesión de abogado, la judicatura o la docencia universitaria en ciencias jurídicas, por un lapso mínimo de quince años. 6. Los demás requisitos de idoneidad que fije la ley”.
- 45 El artículo 205 del Código político dispone: “Se prohíbe a los magistrados y jueces ejercer la abogacía o desempeñar otro cargo público o privado, con excepción de la docencia universitaria. No podrán ejercer funciones en los partidos políticos, ni intervenir en contiendas electorales”.
- 46 Los vocales del TC pueden ser enjuiciados políticamente por infracciones constitucionales o legales, cometidas en el desempeño del cargo. El Congreso podrá censurarlos en el caso de declaratoria de culpabilidad, por mayoría de sus integrantes. La censura producirá la inmediata destitución del magistrado. Si de la

Notas

- censura se derivaren indicios de responsabilidad penal del funcionario, se dispondrá que el asunto pase a conocimiento del juez competente.
- 47 Se refiere al control social o popular descrito en los artículos 95, 204 y 208 del Proyecto. Para comprensión me permito citar la primera norma: “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”. El artículo 204 trata sobre la función de Transparencia y Control Social (institución) en tanto que el 208 explica los deberes y atribuciones del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (uno de los órganos).
- 48 El segundo inciso de la norma 431 textualmente dice: “Sin perjuicio de la responsabilidad civil, en caso de responsabilidad penal únicamente serán acusados por la Fiscalía o el Fiscal General de la Nación y juzgados por el pleno de la Corte Nacional de Justicia, para cuyo efecto se requerirá el voto conforme de las dos terceras partes de sus integrantes”.
- 49 Lamentablemente existe una ambigüedad que se desprende del texto constitucional, pues no se sabe a ciencia cierta qué órgano es el responsable de ratificar los tratados. Obsérvese como el artículo 120 numeral 8 indica que la Asamblea Nacional (Legislativo) deberá aprobar o improbar los tratados internacionales en los casos que corresponda, o sea, los del artículo 419, en tanto que el artículo 147 numeral 10 señala como una de las atribuciones y deberes del Presidente “definir la política exterior, suscribir y ratificar los tratados internacionales...”, seguramente conforme lo dispone la norma 418. Finalmente, el artículo 438 numeral 1 indica que “la Corte Constitucional emitirá dictamen previo y vinculante de constitucionalidad...de los tratados internacionales, previamente a su ratificación por parte de la Asamblea Nacional”. Por último, el artículo 420 expresa que “la ratificación de tratados se podrá solicitar por referéndum, por iniciativa ciudadana o por el Presidente de la República.
- 50 Debe guardar concordancia con el artículo 93 que establece que “la acción por incumplimiento tendrá por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible. La acción se interpondrá ante la Corte Constitucional”.
- 51 Esta competencia hay que concordarla con el artículo 94 que dispone que “la acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado. Algunos constitucionalistas como Antonio Rodríguez se preguntan si la Corte, con otras atribuciones inherentes a su calidad de organismo de control constitucional, podrá despachar con la agilidad necesaria todas las acciones de protección. Además no se sabe en qué plazo y en qué instancia debe proceder dicha acción.
- 52 El artículo 130 indica que “la Asamblea Nacional podrá destituir a la Presidenta o Presidente de la República en los siguientes casos: 1. Por arrogarse funciones que no le competen constitucionalmente, previo dictamen favorable de la Corte Constitucional...”
- 53 Existe un control cruzado entre el Ejecutivo y el Legislativo, pues el primero puede disolver al segundo, en tanto que el órgano Legislativo puede destituir al Presidente por arrogarse funciones que no le competen. No creo que se trate de una idea funcional, pues, al contrario, podría generar una lucha de poderes que eventualmente podría causar inestabilidad y acefalia.

Notas

- 54 Para estudiar el conflicto generado en Colombia con la creación de la Corte Constitucional se recomienda la lectura del texto “La Corte Constitucional ¿Un legislador complementario?” de Sandra Morelli Rico, Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo, Universidad Externado de Colombia, 1997.
- 55 Brage Camazano, Joaquín; La Jurisdicción Constitucional de la libertad, México, Editorial Porrúa, Instituto mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2005, p. 20 a 61.
- 56 Jurado, Romel y Vargas, Edwar; Guía de Litigio Constitucional, Tomo I, Quito, CLD- Konrad Adenauer, 2001, p.18. Gozañi, Osvaldo; La Justicia Constitucional. Garantías, proceso y Tribunal Constitucional, Buenos Aires, Depalma, 1994, p. 181 a 366.
- 57 Op. Cit., p. 18.
-

El control constitucional en Ecuador y Colombia: un análisis comparado

Álvaro Gutiérrez Godoy

1. Prefacio

El presente ensayo tiene como objeto analizar comparativamente, desde la perspectiva ecuatoriana y colombiana, la figura del control constitucional, entendida como el conjunto de mecanismos, materiales y formales, establecidos en un ordenamiento jurídico, diseñados con el fin de salvaguardar la supremacía de la Constitución dentro del cualquier ordenamiento jurídico.

Para lo anterior, se han tenido en cuenta, en primer lugar, los textos constitucionales de las dos naciones, las normas que desarrollan el tema en particular, la doctrina pertinente y la jurisprudencia, que dada la novedad de la constitución ecuatoriana se ha limitado, salvo en algunos casos, al caso colombiano.

En cuanto a la metodología, se ha tomado como guía, los temas más relevantes analizados por el profesor Agustín Grijalva Jiménez en su artículo "Perspectivas y desafíos de la Corte Constitucional", documento que hace parte de la compilación, que sobre temas constitucionales ha realizado el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador; así mismo, se ha contado con la ayuda del doctor Juan Montaña Pinto, asesor de la Corte Constitucional ecuatoriana, quien ha colaborado a través de sus impresiones y comentarios respecto de las particularidades de la constitución ecuatoriana y sus puntos de encuentro con la carta magna colombiana.

2. La Corte constitucional

Desde la perspectiva ecuatoriana, "es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia"¹, y es la respuesta al deseo, de la Asamblea Constituyente de 2008, de fortalecer el anterior Tribunal Constitucional, otorgán-

dole mayores atribuciones. En el caso colombiano, la Corte Constitucional es el órgano al cual "se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución"² y nace, a partir de la vigente constitución de 1991, como consecuencia de la escisión en un órgano independiente, de las funciones que anteriormente desempeñaba la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

En cuanto a su composición las dos son cuerpos colegiados³, integrados por nueve funcionarios; la forma de su elección difiere sustancialmente, en uno y otro caso, siendo para el caso ecuatoriano, el resultado de la designación que realicen una comisión calificadora integrada por dos personas nombradas por cada una de las funciones, Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y de Control Social, a través de un proceso de concurso público, con veeduría⁴; además dicha designación se hará, a futuro renovando por tercios cada tres años, con todo el periodo de cada miembro será de nueve años sin reelección inmediata.

En Colombia, la constitución establece que los miembros de la Corte son elegidos el Senado de la República (una de las dos cámaras en las que se divide el Congreso de la República, quien es el órgano legislativo), para períodos individuales de ocho años, de ternas que le presenten el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado (tribunal supremo de los contencioso-administrativo). En ningún caso, los miembros elegidos podrán ser reelegidos⁵.

Más allá de los cuestionamientos políticos propios del devenir normal de cualquier estado, y de las posibilidades de que estos sistemas de integración de las cortes, garanticen la independencia de las mismas, es importante resaltar que en el caso ecuatoriano a diferencia del colombiano, se ha previsto dicho sistema en concomitancia con la posibilidad de reelección presidencial, lo cual no se presenta en el caso colombiano, por ser la reelección del jefe de estado, producto de una reforma constitucional posterior.

3. Interpretación constitucional

Sea lo primero manifestar que considerar a la Corte Constitucional como la máxima instancia de interpretación constitucional, es una de las reformas más importantes de la constitución ecuatoriana, tal atribución que en el orden constitucional anterior correspondía al congreso, desde la nueva carta política de 2008, ha pasado a ser una atribución de la corte constitucional, lo cual constituye un importante avance en la materia, en efecto, como lo manifiesta el profesor Grijalva Jiménez “mal puede el Congreso o la Asamblea Nacional dictar leyes y al mismo tiempo, vía interpretación de la Constitución, decidir si son constitucionales o no, es decir ser juez y parte”⁶.

En Colombia, si bien la carta política no es explícita; es claro como dada su naturaleza de ser “la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución”, es ella la llamada a detentar tal facultad, sin embargo, ha sido la misma corte quien a través de sus sentencias a dejado claro que si bien es la máxima autoridad en la materia, no es la única con esa facultad, la cual, a su vez y de manera correlativa se constituye en un deber:

“De conformidad con la Constitución Política, todas las autoridades están sometidas al imperio de la Constitución y de la Ley. Por ello, la interpretación constitucional no es tarea reservada a las autoridades judiciales, porque el legislador y las autoridades administrativas realizan sus funciones, adecuando su comportamiento a los postulados de la Carta.” (subraya fuera de texto)

Corresponde a la Corte Constitucional, conforme se desprende del artículo 241 de la Constitución, el control constitucional de normas con fuerza de ley. Así, al ser guardiana de la supremacía e integridad de la Carta, la interpretación que la Corte haga del texto constitucional es vinculante para todos los operadores jurídicos, sea la administración o los jueces.”⁷. (subraya fuera de texto)

Frente a lo anterior, y teniendo en cuenta que el artículo 424 de la Constitución Ecuatoriana establece que “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra norma 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”, podría considerarse como aplicable al entorno ecuatoriano, el concepto de interpretación constitucional esbozado por la corte constitucional colombiana.

No obstante lo anterior, en ambos casos, serán las cortes quienes, al final, tengan la última palabra al respecto, al ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución.

Finalmente, es importante destacar que en el ámbito ecuatoriano, la Corte a proferido sentencias de interpretación, consecuentes con la etapa de ajuste que se vive en la actualidad, en ellas, la Corte aclara, a petición de parte, el alcance y la debida interpretación las normas constitucionales, al respecto, la Corte Constitucional en sentencia interpretativa del 10 de diciembre de 2008, entiende que

“La interpretación constitucional tiene como fin, mantener la unidad del texto, analizado en su conjunto, resaltando las concordancias, la eficacia y la fuerza normativa de toda la Constitución; especialmente en momentos como el que vive el Ecuador, de transición política”⁸

4. El control abstracto

El control abstracto, podría definirse como el control de constitucionalidad que realiza el órgano competente, a instancias de quien esté legitimado en la causa y completamente al margen de todo caso en concreto y de la aplicación que haya podido tener esa norma (que a veces todavía no se ha aplicado siquiera)⁹, en este caso, como lo afirma Schlaich citado por el profesor Brage “el tribunal lleva a cabo un control de constitucionalidad con total abstracción de la aplicación concreta del derecho y se limita a resolver una discrepancia abstracta en torno a la conformidad (o disconformidad) de un texto legal con el texto de la propia constitución”¹⁰.

4.1 Legitimación en la causa

En el caso ecuatoriano, la constitución del 2008 ha ampliado la legitimación activa, facultado a cualquier ciudadano que lo considere procedente el acceso a la jurisdicción constitucional¹¹, lo cual, en opinión del profesor Grijalva “Siendo más democrático, exigirá de la Corte Constitucional desarrollar adecuadas estructuras institucionales que permitan calificar, con criterio y agilidad, la admisibilidad de tales acciones”¹²

Tal facultad ciudadana también se ha previsto en el caso colombiano, en efecto el artículo 241 de la CPC, le otorga a cualquier ciudadano, la posibilidad de demandar una norma, sea por razones de forma o de fondo¹³, o como lo define la profesora Girón “La acción de inconstitucionalidad permite a todo ciudadano acusar directa y abiertamente, sin necesidad de demostrar interés particular o concreto, y sin vínculo procesal de ninguna especie cualquier ley o decreto con fuerza de ley que estime como inconstitucional”¹⁴.

4.2 Efecto jurídico

Otro de los elementos que vale la pena analizar, es el efecto o la consecuencia jurídica que se deriva de la declaratoria de inconstitucionalidad, al respecto, el profesor Grijalva Jiménez, nos aclara que “mientras los artículos 276-1 y 278 de la Constitución Política de 1998 establecían que se suspende totalmente o parcialmente los efectos de las normas declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional; la Constitución de 2008 establece que la declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado”¹⁵.

De lo anterior, podemos concluir que, basados en la normativa y a la expectativa del necesario desarrollo

jurisprudencial, para el caso ecuatoriano la declaratoria de inconstitucionalidad conlleva a la desaparición del ordenamiento jurídico de la norma acusada, haciendo tránsito a cosa juzgada constitucional, con efectos generales (*erga omnes*) y hacia el futuro (*ex nunc*)¹⁶.

En el ámbito colombiano, y según lo plantea la profesora Girón:

“Las sentencias que en materia de control constitucional dicta la Corte Constitucional tienen efectos generales (erga omnes) (...), obligatorios y constitutivos o sea hacia el futuro (ex nunc). Igualmente hacen tránsito a cosa juzgada constitucional, lo que significa que las decisiones adoptadas por la Corte en cumplimiento de su misión de asegurar la integridad y la supremacía de la Carta, adquieren un carácter definitivo, incontrovertible e inmutable, de tal manera que sobre aquellos asuntos tratados y dilucidados en procesos anteriores, no resulta admisible replantear litigio alguno ni emitir un nuevo pronunciamiento de fondo.

La cosa juzgada material limita la competencia del legislador para reproducir el contenido material de la norma contraria a la Carta Fundamental. Por ello, el inciso segundo del artículo 243 de la Carta Política añade que: “Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”. Cuando el legislador desconoce esta prohibición, la Corte debe proferir un fallo de inexecutable por la violación del mandato dispuesto en el artículo 243 de la Constitución Política”¹⁷

Bástenos decir, que como consecuencia lógica, no hará tránsito a cosa juzgada constitucionalidad las normas en las que se evidenciaron vicios de forma en el procedimiento de formación de la ley (Cosa juzgada relativa), al respecto, si la Corte al realizar el correspondiente examen, encuentra que el vicio formal es de carácter subsanable, deberá actuar según lo preceptuado por el artículo 241 de la Constitución Política de Colombia, es decir, devolverá la ley al órgano legislativo para que subsane el defecto encontrado; no obstante lo anterior, si el defecto o la omisión es insubsanable, se procederá a declarar su inconstitucionalidad, quedando siempre la posibilidad de realizar nuevamente todo el procedimiento de creación legislativa; y quedando abierta la posibilidad que posteriormente y como consecuencia de una demanda de inconstitucionalidad, la Corte vuelva a revisarla, ya basada en aspectos materiales. Con todo, la posibilidad de demandar por vicios de forma una norma tiene un término de caducidad de un año, contado a partir de la publicación de la respectiva norma.

Además de la cosa juzgada absoluta y relativa, la doctrina y la jurisprudencia, han acuñado el término de tránsito constitucional¹⁸, al respecto, el profesor Riascos Gómez anota:

“Estudiada una norma bajo la vigencia de un ordenamiento constitucional y declarada executable, nada impide que con la entrada en vigencia de una nueva Carta dicha norma resulte inconstitucional, lo cual hace procedente un nuevo juicio, sin que pueda hablarse de cosa juzgada. Ahora bien,

los pronunciamientos relativos a vicios formales de la norma acusada, quedan cobijados por los efectos de la cosa juzgada, pues estos debieron ajustarse a la normatividad constitucional existente al momento de su promulgación, sin que sea viable un juicio de constitucionalidad respecto de formalidades o trámites que no existían al momento de la promulgación de la norma”¹⁹

En lo que respecta al tránsito a cosa juzgada de las sentencias constitucionales, poseen tal carácter algunos apartes de las sentencias en forma explícita y otros en forma implícita, al respecto el profesor Riascos Gómez explica:²⁰ “Primero, goza de cosa juzgada explícita la parte resolutoria de las sentencias, por expresa disposición del artículo 243 de la Constitución. Segundo, goza de cosa juzgada implícita los conceptos de la parte motiva que guarden una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia, de tal forma que no se pueda entender éste sin la alusión a aquéllos”²¹.

De otro lado, y respecto de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad en el tiempo, si bien la regla general es el efecto a futuro de la decisión (*ex nunc*), la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia establece que “las sentencias de esta Corporación sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario”²², al respecto, la misma Corte consciente de las implicaciones que acarrea la retroactividad de las decisiones con carácter general, ha dicho²³ “la modulación de efectos de las sentencias en el tiempo debe ser rigurosamente excepcional atendidas las reales circunstancias de aplicación de las decisiones. Y ello por cuanto dicha excepcionalidad es la que mejor armoniza con la garantía de la seguridad jurídica y la protección de la supremacía constitucional, Así mismo, ha sido enfática en afirmar así mismo que ante la ausencia de claras razones para modular en el tiempo los efectos del fallo lo que procede es aplicar la regla general”²⁴.

De otro lado, la Corte, a través de su desarrollo jurisprudencial, ha acudido a la técnica de la sentencia interpretativa²⁵, la cual, se concibe como una forma de modular las decisiones de la corte, ampliando el abanico de posibilidades de sus decisiones, al respecto, el profesor Olano García comenta:

“En este tipo de decisiones, la Corte restringe el alcance normativo de la disposición acusada, ya sea limitando su aplicación, ya sea limitando sus efectos. Estas sentencias interpretativas suponen entonces que se expulsa una interpretación de la disposición, pero se mantiene una eficacia normativa de la misma, es decir, si una de las interpretaciones es contraria a la Constitución y la otra resulte conforme con ella, el Tribunal Constitucional no puede declarar la inconstitucionalidad de la disposición, sino sólo del sentido interpretativo que colisiona con ella. Se dice que es una sentencia manipulativa, pues después del pronunciamiento del Tribunal Constitucional, el texto de la norma subsiste con un criterio de interpretación constitucionalmente admisible, que probablemente no fue el deseado por el legislador.”²⁶

5. Control constitucional de normas conexas

El numeral 3° del artículo 436 de la Constitución Ecuatoriana, dispone que la Corte Constitucional pueda declarar de oficio la “inconstitucionalidad de normas conexas en los casos sometidos a su conocimiento”. Al respecto, el profesor Grijalva señala que “esta atribución permitirá a la Corte no permanecer impasible e impotente cuando detecte normas jurídicas inconstitucionales relacionadas directamente con normas jurídicas de las cuales se ha demandado su inconstitucionalidad”²⁷

En el caso colombiano, la Constitución Política no le ha otorgado expresamente la facultad de realizar el control constitucional de normas conexas, sin embargo ha sido la misma Corte quien ante la problemática ha decidido realizar dicho control, al respecto en la sentencia C-1404 de 2000 ante una objeción presidencial por inconstitucionalidad de un proyecto de ley, la Corte sostuvo:

“(…) en ciertas ocasiones se hace necesario que esta Corporación se pronuncie sobre aspectos que no fueron planteados explícitamente por el Gobierno, pero cuyo análisis resulta ser un presupuesto indispensable para el estudio de las razones de inconstitucionalidad formuladas en las objeciones mismas. Los motivos que justifican esta extensión excepcional de la competencia de la Corte, son de doble naturaleza: lógica y constitucional. Lo primero, porque las reglas de derecho que se han de aplicar al estudio de las objeciones, se derivan, en no pocos casos, de otras reglas o principios más generales, no mencionados en las objeciones, pero que resultan insoslayables para fundamentar cualquier decisión. Lo segundo, porque dado que el mandato del artículo 241-8 Superior califica las decisiones de la Corte en estos casos como definitivas, si no se efectúa en ellas el análisis de constitucionalidad de los mencionados temas conexos, éstos quedarán cobijados por el efecto de cosa juzgada constitucional que se deriva de la decisión final sobre la objeción como tal y, en consecuencia, ningún ciudadano podrá controvertirlos en el futuro. En otros términos, al pronunciarse sobre tales asuntos conexos, esta Corporación no está coartando el derecho de los ciudadanos de ejercer la acción pública de inconstitucionalidad, ni sustituyendo el trámite que en esos casos se haya de surtir, por la sencilla razón de que una vez la Corte emita su fallo, la mencionada acción no será procedente respecto de los temas que se relacionan directamente con el objeto central de la providencia.”

6. Control constitucional de actos administrativos

El artículo 434-4 de la Constitución ecuatoriana, le otorga a la Corte Constitucional la competencia para “Conocer y resolver a petición de parte, la inconstitucionalidad de actos administrativos con efectos generales emitidos por toda autoridad pública. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto administrativo”. Al respecto, el profesor Grijalva puntualiza lo siguiente: “sí los efectos del acto administrativo son individuales, lo que procede es el amparo o recurso de protección”²⁸.

Esta acción de protección, consagrada en el artículo 88, reemplaza a la acción de amparo de la anterior constitución y está incluida dentro del capítulo III “Garantías Jurisdiccionales”, dichas garantías constituyen los mecanismos mediante los cuales, los ciudadanos pueden ejercitar los derechos que les asisten en virtud de la propia constitución, tales son: Las medidas cautelares que se pueden solicitar con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho²⁹, la acción de habeas corpus³⁰, el acceso a la información pública³¹, hábeas data³², la acción por incumplimiento³³ y la acción extraordinaria de protección³⁴.

Para el caso colombiano, es el Consejo de Estado³⁵ el encargado, en virtud de lo establecido por el artículo 237 de la CPC, el cual lo faculta para “Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional”, es decir, respecto de los decretos que no tengan fuerza de ley, los cuales son competencia de la Corte Constitucional.

7. Inconstitucionalidad por omisión

Esta causal de inconstitucionalidad esta descrita en la CE en el artículo 436-10, y se genera cuando un mandato específico de consagración constitucional no es acatado debidamente por la autoridad estatal responsable de hacerlo.

La doctrina ha clasificado la inconstitucionalidad por omisión en absoluta y relativa³⁶; la omisión absoluta se presenta cuando la autoridad responsable no ejecuta el mandato constitucional, y la omisión relativa se da, en los eventos en que la autoridad ejecuta el mandato parcialmente.

Otra clasificación la ofrece Nogueira Alcalá³⁷, quien considera que la inconstitucionalidad por omisión, puede ser de dos clases: La inconstitucionalidad por retardo y la inconstitucionalidad por negación; la primera se evidenciará cuando la autoridad no cumple con el mandato y la segunda en los eventos en que lo haga de forma deficiente.

La Corte Constitucional de Colombia, es varias jurisprudencias le ha dado tratamiento al tema en particular, al respecto, el profesor Ramírez Cleves, en su ensayo “El control de constitucionalidad sobre las omisiones legislativas en Colombia”³⁸ nos aclara: “Desde las Sentencias C-543 de 1996 y las Sentencias C-073 de 1996 y C-540 de 1997 entre otras, se ha dicho que cuando la demanda se estructura sobre la base de una omisión legislativa absoluta la Corte carece de competencia para tramitar el juzgamiento, ya que un cargo fundado en una omisión absoluta plantea una ausencia total de regulación. Es decir que no se cuenta con un parámetro normativo constitucional para realizar el control”³⁹.

Es importante destacar que para el caso ecuatoriano, esta decisión “inhibitoria” por parte de la autoridad constitucional, no tendrá cabida a la luz de lo preceptuado por el artículo 436-10, en efecto, el artículo es claro al atribuirle a la Corte la facultad de declarar la inconstitucio-

nalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas por omisión total o parcial, a lo que además añade, la posibilidad de que la Corte legisle sobre la materia⁴⁰.

De otro lado, respecto de la omisión relativa, el profesor Ramírez Cleves comenta:

“La Corte Constitucional afirma en la misma Sentencia C – 543 de 1996 que un cargo de inconstitucionalidad por omisión es relativo, cuando denuncia la ausencia de un elemento que la ley debería incluir para garantizar, por ejemplo, el derecho a la igualdad o el derecho al debido proceso de los particulares” En el caso del derecho a la igualdad se ha venido construyendo desde la dogmática jurisprudencial lo que podríamos denominar como un “Test de la inconstitucionalidad por omisión relativa”, especialmente con la Sentencia C – 427 de 2000 en donde se especifica que se presenta dicho tipo de omisión cuando se verifican tres aspectos:

- *Que la norma excluya de sus consecuencias aquellos casos que, por ser asimilables, deberían subsumirse dentro de su presupuesto fáctico;*
- *Que dicha exclusión no obedezca a una razón objetiva y suficiente y que al carecer de una razón objetiva y suficiente, la omisión produzca una desigualdad injustificada entre los casos que están y los que no están sujetos a las consecuencias previstas por la norma y*
- *Que la omisión implique el incumplimiento de un deber constitucional del legislador.*

Igualmente se consagra en la sentencia C- 041 de 2002 que una omisión es relativa cuando se vincula con un aspecto puntual dentro de una normatividad específica; pero aquella se vuelve constitucionalmente reprochable si se predica de un elemento que, por razones lógicas o jurídicas debería estar incluido en el sistema normativo de que se trata, de modo que su ausencia constituye una imperfección del régimen que lo hace inequitativo, inoperante o ineficiente⁴¹”.

Otro caso que merece especial mención es la posibilidad de diferir las sentencias en el tiempo, en esta situación la corte decreta la exequibilidad de la norma por un tiempo determinado, no obstante que la considere inconstitucional, “ya que se considera que resulta menos gravoso para el sistema jurídico mantener un precepto inconstitucional por un determinado período de tiempo que contar con una laguna constitucional que no permita resolver situaciones urgentes, ya que la vulneración de derechos sería más gravosa si no existiera legislación alguna⁴²”, correlativo a la anterior decisión, la Corte conmina a la autoridad para que dentro de un plazo perentorio expida la norma que llenara el vacío originado por la expulsión de la norma inconstitucional acaecido el plazo estipulado.

8. Control de constitucionalidad previo

El control previo de constitucionalidad es la atribución que tiene la Corte Constitucional para analizar la armonía de ciertas manifestaciones jurídicas con la carta magna. Al respecto la Constitución ecuatoriana establece el control previo de:

- *Tratados internacionales⁴³;*
- *Objeciones presidenciales por inconstitucionalidad⁴⁴.*
- *La constitucionalidad de las preguntas propuestas para consultas populares de carácter nacional y de los gobiernos autónomos descentralizados⁴⁵.*

Además de las situaciones anteriormente descritas, establecidas por el artículo 438 de la Constitución ecuatoriana, la Corte tiene la facultad de calificar el procedimiento pertinente para las reformas constitucionales⁴⁷, su participación dentro del proceso de enjuiciamiento político⁴⁷ y de destitución⁴⁸ y abandono del cargo⁴⁹ del Presidente de la República, la verificación del decreto de disolución de la Asamblea por parte del Presidente de la República⁵⁰

En el caso colombiano, el control previo que le corresponde hacer a la Corte Constitucional versa, en primer lugar sobre los proyectos de ley, al respecto la profesora Girón nos explica: “El Presidente de la República puede objetar por inconstitucionales los proyectos de ley aprobados por el Congreso de la República, antes de impartirles su sanción, supuesto en el cual debe retornar a la Cámara para su reexamen. Si las Cámaras insistieren, el proyecto pasa a la Corte Constitucional, para que en los seis días siguientes decida sobre su exequibilidad mediante fallo, lo que obligaría al Presidente a sancionar la ley. Si lo declara inexecutable, el proyecto se archivará sin producir efecto alguno. Puede ocurrir, sin embargo, que el proyecto sea sólo parcialmente inconstitucional, en cuyo caso se introducirán al proyecto los ajustes necesarios en conformidad con el dictamen de la Corte y a ésta se remitirá el proyecto para su fallo definitivo. En este proceso, los términos de que disponen el procurador, el magistrado sustanciador y la Sala Plena se reducen cada uno a seis días⁵¹”.

En cuanto a las leyes estatutarias, las cuales tienen un procedimiento más estricto para su promulgación, la Corte Constitucional tiene el deber de examinar su constitucionalidad tanto formal como material con anterioridad a su expedición.⁵²

En cuanto a los decretos legislativos que el Gobierno tiene la facultad de expedir en vigencia de los llamados estados de excepción, la Corte tiene el deber de analizarlos tanto de forma como de fondo una vez estos son expedidos⁵³.

Respecto de tratados internacionales y de las leyes que los aprueban, la Corte debe obligatoriamente analizar su constitucionalidad, al respecto la profesora puntualiza:

“Si la Corte los declara constitucionales, el gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no podrán ser ratificados. En el supuesto de inexecutable parcial, esto es, cuando una o varias normas de un tratado multilateral fueran declaradas inconstitucionales por la Corte, el presidente de la República solo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva. Por otra parte, si la inconstitucionalidad fuere de la ley por vicios de procedimiento subsanables y no del tratado, la Corte deberá la devolverá al Congreso o al Gobierno, según el caso, para que, de ser posible, enmiende el defecto observado. Si éste es subsanado, se enviará de nuevo la ley a la Corte para que decida sobre su exequibilidad”⁵⁴.

Además de lo anterior, y limitándose solamente a los aspectos formales, la Corte cumple con la función de analizar:

- *La convocatoria a un referendo o a una asamblea Constituyente para reformar la Constitución sólo por los vicios de forma previstos en el Título XII de la Constitución*⁵⁵.
- *Las consultas populares y de los plebiscitos del orden nacional*⁵⁶.
- *Referendos para la derogación de leyes*⁵⁷.

9. Control difuso de constitucionalidad

El control difuso se caracteriza por la competencia que tienen los tribunales y jueces para conocer de cualquier asunto de carácter constitucional, de otro lado, el control concentrado se define como la concentración de la competencia de conocer de la constitucionalidad de las normas legales a un órgano *ad hoc*, conocimiento que tiene lugar de manera directa y no incidental, a instancia solo de determinados órganos políticos y con efecto *erga omnes*⁵⁸, a su vez, la concomitancia de estos en un sistema jurídico, se denomina sistemas mixtos de control de constitucionalidad.

A la luz de lo anterior, es claro como los dos sistemas sujetos al presente análisis se enmarcan dentro de la última clasificación, puesto que han concebido este órgano *ad hoc*, denominado en los dos casos Corte Constitucional, y así mismo, la misma constitución en uno y otro caso, ha facultado a los jueces para ejercer la función de garantes de la constitución.

Dado que en apartes anteriores hemos analizados las funciones de las Cortes en los dos países, nos circunscribiremos al rol que cumplen los jueces sobre el particular.

En el caso ecuatoriano, la Constitución establece en su artículo 428 que cuando un “juez de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la 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”, al respecto el profesor Grijalva opina: “Se ha dicho que esta reforma elimina el así el control difuso y generará retardo procesal. Sin embargo, esta eliminación no es tan clara puesto que los artículos 425 y 426 de la nueva Constitución mantienen en los jueces la facultad de inaplicar normas inconstitucionales⁵⁹”. Así mismo, anota: “En consecuencia, la Ley Orgánica de Control Constitucional y la jurisprudencia deberán clarificar en qué casos los jueces pueden o deben optar por la suspensión o la inaplicabilidad⁶⁰”.

El asunto lo esclarece el Código Orgánico de la Función Judicial, el cual establece en su artículo 4:

“Art. 4.- PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL.- Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y servidoras y servidores de la Función Judicial aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que

se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido.

En consecuencia, cualquier jueza o juez, de oficio o a petición de parte, sólo si tiene duda razonable y motivada de que una norma jurídica es contraria a la 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, la que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días resolverá sobre la constitucionalidad de la norma.

Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el proceso seguirá sustanciándose. Si la Corte resolviera luego de dicho plazo, la resolución no tendrá efecto retroactivo, pero quedará a salvo la acción extraordinaria de protección por parte de quien hubiere sido perjudicado por recibir un fallo o resolución contraria a la resolución de la Corte Constitucional.

No se suspenderá la tramitación de la causa, si la norma jurídica impugnada por la jueza o juez es resuelta en sentencia.

El tiempo de suspensión de la causa no se computará para efectos de la prescripción de la acción o del proceso”.

Al respecto y como lo vaticinó el profesor Grijalva, es una ley orgánica la que de la mayor claridad al asunto, no obstante lo anterior, y una vez analizado el proyecto de Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, encontramos que el artículo 145 regula el mismo tema, esta norma que sería igualmente especial al caso y posterior el mencionado artículo 4º, establece:

“Cualquier juez de oficio o a petición de parte, inaplicará una norma jurídica cuando tenga certeza de su inconstitucionalidad y remitirá un informe a la Corte Constitucional para que resuelva con efectos generales y abstractos. La jueza o el juez solo si tiene duda razonable y motivada de que una norma jurídica es contraria a la 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, la que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días resolverá sobre la constitucionalidad de la norma.

Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia el proceso seguirá sustanciándose presumiéndose la constitucionalidad de la norma. Si la Corte resolviera luego de dicho plazo, la resolución no tendrá efecto retroactivo, pero quedará a salvo la acción extraordinaria de protección por parte de quien hubiere sido perjudicado por recibir un fallo o una resolución contraria a la resolución de la Corte Constitucional.

No se suspenderá la tramitación de la causa, si la norma jurídica impugnada por el juez es resuelta en sentencia. (subraya y negrita fuera de texto)

Al respecto, es importante resaltar que la norma, de la forma en que se ha sido redactada en el proyecto, y a diferencia del Código Orgánico, no mantiene un criterio uniforme respecto al grado de convencimiento que el juez

debe tener sobre la inconstitucionalidad de la norma, a efectos de suspender el proceso, y en consecuencia remitir a consulta. Lo anterior, dado que el concepto de certeza difiere al de duda razonable de forma ostensible, como es lógico, una cosa es tener total convencimiento de algo y otra, tener dudas fundadas sobre ello, sin embargo en uno y otro caso, el deber de conducta del juez es el mismo: Suspensión y consulta, y ante el eventual silencio de la Corte durante el periodo previsto, la consecuente decisión aplicando el principio “*in dubio pro normae*”

En cuanto a los efectos, la norma añade lo siguiente:

“Efectos del fallo. El pronunciamiento de la Corte Constitucional tendrá los siguientes efectos:

1. *Cuando se pronuncie sobre la compatibilidad de la disposición jurídica en cuestión con las normas constitucionales, el fallo tendrá los mismos efectos de las sentencias en el control abstracto de constitucionalidad.*

2. *Cuando se pronuncia únicamente sobre la constitucionalidad de la aplicación de la disposición jurídica, el fallo tendrá efectos entre las partes y para casos análogos. Para tal efecto, se deberá definir con precisión el supuesto fáctico objeto de la decisión, para que hacia futuro las mismas hipótesis de hecho tengan la misma solución jurídica, sin perjuicio de que otras hipótesis produzcan el mismo resultado”.*

En el caso colombiano el control constitucional difuso, o excepcional tiene su fundamento en el artículo 4 de la Constitución Política, el cual establece que “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.”

Al respecto, la profesora Girón anota: “Se trata de una forma de control que puede ser ejercida en Colombia por todas las esferas de la actividad estatal y, por tanto, por cualquier autoridad judicial o funcionario público debe inaplicar aquellas normas jurídicas que estimen contrarias a los preceptos constitucionales en el caso concreto bajo examen, sin necesidad de suscitar ningún incidente ante la Corte Constitucional, con efectos inter partes, esto es, la inaplica en la solución de ese caso específico, pero la norma continúa vigente”⁶¹.

Al no hacer distinción alguna sobre los llamados a ejercer esta función, y como también lo afirma la profesora Girón⁶² se debe entender que cualquier persona investida para decidir en derecho tiene la potestad de inaplicar normas por considerarlas contrarias a la Constitución, lo cual, implica que además de los jueces y de los servidores públicos, sean los particulares transitoriamente investidos con la potestad de administrar justicia, los destinatarios de la norma.

Notas

- 1 Artículo 429 de la Constitución de la República de Ecuador.
- 2 Artículo 241 de la Constitución Política de Colombia.
- 3 En el caso ecuatoriano, es la misma Constitución quien en su artículo 432 determina el número de miembros; en Colombia, es el artículo 44 de la Ley 270 de 1996 (Estatutaria de la Administración de Justicia).
- 4 Artículo 434 de la Constitución de la República de Ecuador.
- 5 Artículo 239 de la Constitución Política de Colombia.
- 6 GRIJALVA JIMENÉZ, Agustín. Perspectivas y desafíos de la Corte Constitucional. En: ÁVILA SANTAMARIA, Ramiro; GRIJALVA JIMÉNEZ, Agustín y MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. Desafíos Constitucionales: La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva. Primera edición. Quito: Ecuador. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008. p. 262.
- 7 Sentencia T-397 de 2008 Corte Constitucional de Colombia.
- 8 Sentencia Interpretativa: 002-08-SI-CC de los casos acumulados: 0005-08-IC y 0009-08-IC Juez Sustanciador: doctor Roberto Bhrunis Lemarie.
- 9 BRAGE CAMAZANO, Joaquín. La Acción Abstracta de Inconstitucionalidad. Primera edición. Ciudad de México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, 2005. [consultado el 1/7/09]. Disponible en <www.bibliojuridica.org/libros/4/1734/8.pdf>. p. 105.
- 10 *Ibid.*, p. 105
- 11 Artículo 439 de la Constitución de la República de Ecuador
- 12 GRIJALVA JIMENÉZ, Op. Cit., p. 262
- 13 Al respecto, no compartimos la opinión del profesor López Freire, quien afirma en su ensayo “El Control Constitucional” p. 26: “ En Colombia únicamente están legitimados para interponer el recurso directo o abstracto de inconstitucionalidad el Presidente de la República, cualquier senador o diputado, el Fiscal General de la República (sic) y el Defensor del Pueblo”.
- 14 GIRÓN REGUERA, Emilia. El Control de Constitucionalidad en Colombia. Ponencia en el VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. [consultado el 28/6/09]. Disponible en <www-en.us.es/cidc/Ponencias/justicia/EmiliaGiron.pdf>. p. 9.
- 15 GRIJALVA JIMENÉZ, Op. Cit., p. 263.
- 16 Respecto a los efectos de la sentencia en el tiempo, el proyecto de Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece en su artículo 96 y en el

Notas

- numeral 4 del artículo 97 que “Las sentencias que se dicten en ejercicio del control abstracto (...) surten efectos de cosa juzgada y producen efectos generales hacia el futuro. De manera excepcional se podrán diferir o retrotraer los efectos de las sentencias, cuando sea indispensable para preservar la fuerza normativa y superioridad jerárquica de las normas constitucionales y cuando no afecte la seguridad jurídica y el interés general”. Así mismo, el artículo 133 permite el efecto diferido respecto de las sentencias de constitucionalidad para evitar la omisión normativa.
- 17 GIRÓN REGUERA, Op. Cit., p. 8.
 - 18 Al respecto, se pueden consultar las siguientes sentencias de la Corte Constitucional colombiana: Sentencia No. C-416 de 1992; Sentencia No. C-417 de 1992, entre otras, la más reciente es la Sentencia No. C-571 de 2004.
 - 19 RIASCOS GÓMEZ, Libardo. Control de constitucionalidad en Colombia, según la relación de la Corte Constitucional hasta 1999. [consultado el 2/7/09]. Disponible en <akane.udenar.edu.co/derechopublico/ControCol_Corte(B).pdf>. p. 17
 - 20 Ibid., p. 23
 - 21 Esta conclusión se soporta en el seguimiento que el autor hizo de la tradición jurisprudencial constitucional colombiana, al respecto, se puede analizar las siguientes sentencias de la Corte Suprema de Justicia: Sentencia del 20 de octubre de 1916. Magistrado Ponente Juan Méndez. Gaceta Judicial N° 25 página 250; Sentencia de julio 9 de 1928. Gaceta Judicial N° 35, página 550; Septiembre 17 de 1967. Gaceta Judicial N° 86, páginas 42 y 43.
 - 22 Artículo 47 de la Ley 270 de 1996 o Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.
 - 23 Según Álvaro Tafur Galvis, magistrado ponente de la sentencia C- 243 DE 2005: En casos excepcionales la Corte ha aceptado diferir en el tiempo los efectos de sus fallos de inequidad. Ver entre otras las sentencias C-221 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero; C- 700 de 1999, M. P. José Gregorio Hernández Galindo A.V. Alfredo Beltrán Sierra y José Gregorio Hernández Galindo. S.V. Vladimiro Naranjo Mesa y Eduardo Cifuentes Muñoz S.V. Álvaro Tafur Galvis; C-442/01 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra Salvamentos Parciales de Voto de los Magistrados Jaime Araujo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra, Eduardo Montealegre Lynnet y Álvaro Tafur Galvis; C-737/01 M.P. Eduardo Montealegre Lynnet S.V. Marco Gerardo Monroy Cabra Salvamentos Parciales de Voto de los Magistrados Jaime Araujo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández. En otras ocasiones ante la ausencia de dicha excepcionalidad no ha accedido a modular dichos efectos ver entre otras las sentencias C-756/02 y C-245/02 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Sobre el mismo tema ver el Auto 311/01 M.P. Jaime Araujo Rentería.
 - 24 Sentencia C- 243 de 2005 de la Corte Constitucional.
 - 25 Es importante aclarar que el concepto de sentencia interpretativa, desde la perspectiva ecuatoriana, corresponde a lo comentado en el numeral 3 anterior.
 - 26 OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. Tipología de nuestras sentencias constitucionales, [consultado el 2/7/09]. Disponible en http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/pub_rev/documents/13Olanoult.pdf . p. 577
 - 27 GRIJALVA JIMENÉZ, Op. Cit., p. 263
 - 28 GRIJALVA JIMENÉZ, Op. Cit., p. 264.
 - 29 En el caso colombiano, no se conciben las medidas cautelares como una acción independiente, por lo que estas deben ser solicitadas al juez dentro del contexto de un proceso, no obstante lo anterior, mediante una acción de tutela es posible solicitar el cese de cualquier acto que afecte o ponga en riesgo cualquier derecho considerado como fundamental por a propia Constitución.
 - 30 Consagrado en la Constitución Política de Colombia en el artículo 30 y desarrollado por la Corte, en diferentes sentencias tales como T-046 de 1993 y C-010 de 1994.
 - 31 En Colombia existe el Derecho de petición de información, consagrado en el artículo 23 de la CPC y desarrollado por el Código Contencioso Administrativo en el artículo 25.
 - 32 En el ámbito colombiano estos derechos están consagrados en los artículos 15 y 20 de la CPC, desarrollados en la ley 1266 de 2008.
 - 33 Denominada en Colombia como la acción de cumplimiento, la cual fue consagrada en el artículo 87 de la Constitución Política de Colombia y desarrollada por la ley 393 de 1997.
 - 34 En el caso colombiano, la acción análoga correspondería a la acción de tutela contra decisiones en las que se hayan violado derechos fundamentales, tales como el derecho al debido proceso; esta facultad de la Corte Constitucional está consagrada en el artículo 241 – 9 de la Constitución Política de Colombia; función que fue desarrollada por los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991. Al respecto la Corte ha manifestado en repetidas ocasiones: “Aunque la regla general es la improcedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, en repetidas oportunidades esta Corporación se ha pronunciado sobre los eventos en que, de manera excepcional y sólo en la medida en que se vulneren dere-

Notas

- chos fundamentales, ésta se torna procedente. Para el efecto la Corte hizo una enumeración que señala los parámetros uniformes a los que se les denominó causales genéricas de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales”. La Sala Plena enumera los requisitos en la Sentencia C-590 de 2005.
- 35 Tribunal supremo de lo Contencioso Administrativo, sus características y funciones se encuentran descritas en los artículos 236 y siguientes de la Constitución Política de Colombia.
- 36 RUEDA LEAL, PAUL, “Fundamento teórico de la tipología de sentencias en procesos de constitucionalidad”, en: *Memorias II encuentro de derecho procesal constitucional iberoamericano y seminario de justicia constitucional*, San José de Costa Rica, 8 y 9 de julio de 2004, CD-ROM. En: OLANO GARCIA. Op. Cit., p. 589.
- 37 NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, “Sentencias de los tribunales constitucionales y sus efectos en América del Sur”, en: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución #2*, julio-diciembre de 2004, Editorial Porrúa, México, pág. 92, también publicada en: CD-ROM de *Memorias II encuentro de derecho procesal constitucional iberoamericano y seminario de justicia constitucional* San José de Costa Rica, julio de 2004. En: OLANO GARCIA. Op. Cit., 591
- 38 RAMÍREZ CLEVES, Gonzalo A., El control de constitucionalidad sobre las omisiones legislativas en Colombia. Ponencia en las Jornadas colombo –venezolanas de derecho constitucional de 2006 de la Universidad Externado de Colombia. [consultado el 3/7/09]. Disponible en <http://icr.uexternado.edu.co/ Documentos/ponencia1.pdf> p. 16.
- 39 *Ibid.*, p. 16
- 40 Al respecto, el proyecto de Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, establece en el artículo 132 que ante las omisiones normativas absolutas la corte concederá un plazo para su expedición, si este no se cumple, será ella por vía jurisprudencial quien dicte las reglas básicas indispensables para garantizar la debida aplicación y acatamiento de las normas constitucionales.
- 41 RAMÍREZ CLEVES, Op. Cit., p. 18 – 19.
- 42 RAMÍREZ CLEVES, Op cit., p. 20
- 43 Artículo 438-1 de la Constitución de la República de Ecuador.
- 44 Artículo 438-3 de la Constitución de la República de Ecuador.
- 45 Artículo 438-2 de la Constitución de la República de Ecuador.
- 46 Artículo 443 de la Constitución de la República de Ecuador.
- 47 Artículo 129 de la Constitución de la República de Ecuador.
- 48 Artículo 130 de la Constitución de la República de Ecuador.
- 49 Artículo 145 de la Constitución de la República de Ecuador.
- 50 Artículo 148 de la Constitución de la República de Ecuador.
- 51 GIRÓN REGUERA, Op. Cit., p.12
- 52 Artículos 152 y 153 de la Constitución Política de Colombia.
- 53 Artículo 214-7 de la Constitución Política de Colombia.
- 54 GIRÓN REGUERA, Op. Cit., p.15
- 55 Artículo 241-2 de la Constitución Política de Colombia.
- 56 Artículo 241-3 de la Constitución Política de Colombia.
- 57 Artículo 241-3 de la Constitución Política de Colombia.
- 58 Kelsen, Hans. “El control de Constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las constituciones austriaca y norteamericana” traducción de Domingo García Belaunde y nota introductoria de Francisco Fernández segado, *Dereito*, vol. IV, núm. 1, pp. 218 y ss. En: Brage op. Cit., p 69
- 59 GRIJALVA JIMENÉZ, Op. Cit., p. 268.
- 60 GRIJALVA JIMENÉZ, Op. Cit., p. 269.
- 61 GIRÓN REGUERA, Op. Cit., p.18.
- 62 *Ibid.*, p.19

10. Bibliografía

- BRAGE CAMAZANO, Joaquín. La Acción Abstracta de Inconstitucionalidad. Primera edición. Ciudad de México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, 2005. [consultado el 1/7/09]. Disponible en < www.bibliojuridica.org/libros/4/1734/8.pdf>
- GIRÓN REGUERA, Emilia. El Control de Constitucionalidad en Colombia. Ponencia en el VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. [consultado el 28/6/09]. Disponible en <www-en.us.es/cidc/Ponencias/justicia/EmiliaGiron.pdf>
- GRIJALVA JIMENÉZ, Agustín. Perspectivas y desafíos de la Corte Constitucional. En: ÁVILA SANTAMARIA, Ramiro; GRIJALVA JIMÉNEZ, Agustín y MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. Desafíos Constitucionales: La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva. Primera edición. Quito: Ecuador. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- LÓPEZ FREIRE, Ernesto. El Control Constitucional. En: PÉREZ ORDOÑEZ, Diego. La Constitución Ciudadana. Primera edición. Quito: Taurus, 2009.
- OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. Tipología de nuestras sentencias constitucionales, [consultado el 2/7/09]. Disponible en <http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/pub_rev/documents/13Olanoult..pdf>
- RAMÍREZ CLEVES, Gonzalo A., El control de constitucionalidad sobre las omisiones legislativas en Colombia. Ponencia en las Jornadas colombo –venezolanas de derecho constitucional de 2006 de la Universidad Externado de Colombia. [consultado el 3/7/09]. Disponible en <<http://icr.uexternado.edu.co/Documentos/ponencia1.pdf>>
- RIASCOS GÓMEZ, Libardo. Control de constitucionalidad en Colombia, según la relatoría de la Corte Constitucional hasta 1999. [consultado el 2/7/09]. Disponible en <[akane.udenar.edu.co/derechopublico/ ControCol_Corte\(B\).pdf](http://akane.udenar.edu.co/derechopublico/ControCol_Corte(B).pdf)>

El tratamiento del arbitraje en la nueva Constitución ecuatoriana

Juan Manuel Marchán

I. Introducción

Mediante un proceso de consulta popular, los ecuatorianos votamos favorablemente para que una Asamblea Nacional Constituyente (en adelante "ANC") elabore una nueva constitución política que sería puesta en consideración de la población mediante referéndum.

La ANC, conformada en su mayoría por asambleístas pertenecientes al partido de gobierno, redactó una nueva Constitución Política que fue aprobada por una amplia mayoría de los ecuatorianos mediante referéndum de 28 de septiembre de 2008

El 20 de octubre de 2008 se publicó en el Registro Oficial No. 449 el texto de la nueva Constitución aprobada por la ANC y, por tanto, la nueva carta política entró en vigencia en todo el territorio ecuatoriano.

La Constitución reconoce el arbitraje nacional y contiene disposiciones para su regulación, pero, sin embargo, lo hace con una perspectiva distinta a la de su antecesora. De la misma forma contempla una normativa específica en relación con el arbitraje internacional y los tratados y convenios internacionales que no resulta beneficiosa para el desarrollo del arbitraje internacional en el Ecuador.

De hecho, la nueva Constitución intentó blindar al Estado ecuatoriano de cualquier posibilidad de someterse a los denostados procesos de arbitraje internacional sin que, a juicio del autor, este objetivo haya sido exitosamente alcanzado.

El Ecuador experimenta en la actualidad una abierta hostilidad hacia el arbitraje internacional derivada de las múltiples demandas internacionales presentadas por inversionistas extranjeros y por decisiones contrarias a los intereses del Estado.

En este artículo se examina lo siguiente: (i) El nuevo régimen constitucional aplicable al arbitraje como un mecanismo alterno a la administración de justicia estatal para la solución de controversias *vis à vis* las normas de

la Constitución de 1998¹; (ii) Cómo se interrelacionan y compatibilizan las nuevas normas constitucionales con las disposiciones previstas en la Ley de Arbitraje y Mediación (en adelante "LAM") vigente en el Ecuador².

II. Reconocimiento del arbitraje y otros métodos alternativos de resolución de controversias en la nueva constitución

La nueva Constitución reconoce expresamente al arbitraje como mecanismo válido para la solución alternativa de conflictos. En efecto, su artículo 190 contenido en la Sección Octava del Capítulo IV del Título IV de la Constitución, dispone:

"Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir. En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley."

Esta disposición es similar a la contenida en la Constitución de 1998 que igualmente reconocía el arbitraje como método alternativo de solución de controversias. La norma pertinente estaba ubicada en el acápite correspondiente a la Función Judicial y, en su artículo 191, señalaba lo siguiente:

"Art. 191.- El ejercicio de la potestad judicial corresponderá a los órganos de la Función Judicial. Se establecerá la unidad jurisdiccional. De acuerdo con la ley habrá jueces de paz, encargados de resolver en equidad conflictos individuales, comunitarios o vecinales. Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley. [...]."

La nueva Constitución mantiene el reconocimiento al arbitraje, sin hacer distinción entre nacional o internacional, tendencia que existe en las diversas constituciones y leyes de arbitraje en América Latina³.

Sin embargo de esto, la disposición constitucional en estudio trae dos normas que no constaban en la Constitución de 1998 una de las cuales, a nuestro juicio, puede ocasionar más de un problema para el desarrollo del arbitraje en el Ecuador: (i) La determinación de que los métodos alternativos de solución de controversias "...se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza **se pueda transigir**", y; (ii) La necesidad de contar - para todos los casos en los cuales el Estado se debe someter a arbitraje - con el "...pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado".

2.1. La determinación de que los métodos alternativos de solución de controversias "...se aplicarán con sujeción a la ley, en materia en las que por su naturaleza se pueda transigir"

Esta disposición constitucional no registra mayor novedad en vista de que la determinación de que el arbitraje se aplicará únicamente a las materias en las que se pueda transigir constaba ya en la Ley de Arbitraje y Mediación.

El artículo 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación establece lo siguiente:

"El sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias".

El concepto o determinación de que se puede considerar como transigible y, por ende, susceptible de arbitraje consta en el Código Civil al referirse al contrato de transacción⁴. Como veremos más adelante, la nueva Constitución intentó establecer una restricción a la arbitralidad objetiva al impedir la celebración de tratados que establezcan mecanismos arbitrales para temas contractuales o comerciales.⁵

2.2. La necesidad de contar para todos los casos en los cuales el Estado se debe someter a arbitraje con el "...pronunciamiento favorable de la procuraduría General del Estado"

Esta disposición resulta desafortunada para el desarrollo del arbitraje nacional e internacional en el Ecuador, ya que restringe la posibilidad del Estado de someterse a arbitraje mientras no cuente con la autorización de un funcionario notablemente político, como lo es el Procurador General del Estado que es, a su vez, designado por el Presidente de la República.

Antes de la vigencia de la mencionada norma constitucional, tanto la Ley de Arbitraje y Mediación como la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado⁶ (en

adelante "LOPGE") establecían los requisitos para que una entidad del sector público pueda someterse al arbitraje.

En primer término, cuando el Estado acuerda someterse a arbitraje nacional, la LAM determina en su artículo 4 una serie de requisitos que deben cumplirse para que dicho acuerdo sea válido, a saber:

"Art. 4.- Podrán someterse al arbitraje regulado en esta Ley las personas naturales o jurídicas que tengan capacidad para transigir, cumpliendo con los requisitos que establece la misma.

Para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje, además de cumplir con los requisitos que establece esta Ley, tendrán que cumplir los siguientes requisitos adicionales: (i) Pactar un convenio arbitral, con anterioridad al surgimiento de la controversia; en caso de que se quisiera firmar el convenio una vez surgida la controversia, deberá consultarse al Procurador General del Estado, dictamen que será de obligatorio cumplimiento; (ii) La relación jurídica al cual se refiere el convenio deberá ser de carácter contractual; (iii) En el convenio arbitral deberá incluirse la forma de selección de los árbitros; y, (iv) El convenio arbitral, por medio del cual la Institución del sector público renuncia a la jurisdicción ordinaria, deberá ser firmado por la persona autorizada para contratar a nombre de dicha Institución.

El incumplimiento de los requisitos señalados acarreará la nulidad del convenio arbitral."

La aplicación de esta norma legal no entrañaba en la práctica problemática alguna, ya que en más del 90% de los casos en los cuales el Estado se sometía a arbitraje⁷ era a través de la celebración de cláusulas arbitrales contenidas en los diversos contratos, sin necesidad de contar con la autorización del Procurador. Igualmente eran pocos los casos en los cuales el Estado suscribía un compromiso arbitral posterior al surgimiento de la controversia, lo que sí requería de la autorización del Procurador General del Estado.

Por su parte, el artículo 11° de la LOPGE, en concordancia con la LAM, establece que las entidades del sector público podrán someterse a arbitraje sin necesidad de autorización o pronunciamiento favorable del Procurador, salvo en los siguientes casos: (i) Cuando la controversia hubiera surgido con posterioridad a la firma del contrato (compromiso arbitral), y; (ii) Cuando el Estado quiera someterse a arbitraje internacional.

Como puede evidenciarse, la normativa infra-constitucional vigente en el Ecuador no requiere de la autorización o el parecer favorable del Procurador para que las instituciones del sector público se sometan a arbitraje, salvo los dos casos arriba mencionados. En virtud del principio de supremacía constitucional previsto en el artículo 424 de la nueva Constitución⁸, estas dos normas legales estarían tácitamente derogadas por oponerse a una expresa norma que manda contar con el parecer favorable del Procurador General del Estado, bajo pena de carecer de "...eficacia jurídica".

La autorización del Procurador General estará, sin duda, sometida a la política que mantenga el gobierno de

turno frente al arbitraje y no obedecerá a las ventajas de éste frente a la justicia ordinaria como son la "...neutralidad del foro, reconocimiento internacional de los laudos, inapelabilidad de las decisiones arbitrales, idoneidad y experiencia de los árbitros, confidencialidad del proceso, rapidez y economía y ahorro de recursos para el Estado"⁹.

III. El tratamiento del arbitraje internacional en la Constitución

3.1. Antecedentes

La adopción de la nueva Constitución Política del Ecuador estuvo inmersa, como hemos señalado, en un abierto clima de hostilidad hacia el arbitraje internacional y, especialmente, hacia el arbitraje entre inversionistas privados y el Estado.

Previo a la instalación de la ANC, el Ecuador había denunciado múltiples tratados bilaterales de inversión¹⁰ y había notificado al Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones CIADI que bajo el artículo 25(4) del Convenio del CIADI no consentirá en someter a la jurisdicción del Centro las disputas "...que surjan en materias relativas al tratamiento de una inversión, que se deriven de actividades económicas relativas al aprovechamiento de recursos naturales, como petróleo, gas, minerales u otros"¹¹.

Igualmente en la región se vivía un clima adverso hacia el arbitraje internacional que tuvo su punto más delicado con la denuncia del Convenio del CIADI por parte de la República de Bolivia y las múltiples iniciativas de países latinoamericanos en contra del CIADI.¹²

Lamentablemente, la hostilidad tradicional hacia el arbitraje internacional que ha existido en América Latina¹³ y que parecía haberse superado se ha reactivado con mucha fuerza en el Ecuador, a tal punto que el propio Presidente de la República anunció un frente común en contra del CIADI¹⁴, lo que a nuestro juicio originó que los asambleístas tengan ya un marcado prejuicio en contra del arbitraje internacional que iba a verse reflejado en cómo la nueva Constitución trataría este complicado tema.

3.2. El tratamiento del arbitraje internacional en la nueva Constitución:

En vista del complicado ambiente político que rodeó a la discusión de la nueva Constitución y, especialmente, a la aprobación de la normativa referente al arbitraje internacional, era de esperarse que el producto final sería una mezcla de declaraciones político – filosóficas sin un norte claro.

De manera curiosa, la norma constitucional que intenta regular el arbitraje internacional está bajo el Título VIII, en la sección correspondiente a las Relaciones Internacionales y a los Tratados Internacionales en forma

de una prohibición hacia el Estado para celebrar tratados futuros.

En efecto, la norma contenida en el artículo 422 de la Constitución establece una prohibición expresa para que el Estado ecuatoriano celebre tratados o instrumentos internacionales en los que se ceda jurisdicción "soberana" a instancias de arbitraje internacional en materias contractuales o comerciales, en los siguientes términos:

"Art. 422.- No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas.

Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia.

En el caso de controversias relacionadas con la deuda externa, el Estado ecuatoriano promoverá soluciones arbitrales en función del origen de la deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional."

En primer término, debemos referirnos a lo que se debe entender por "jurisdicción soberana" en el contexto de la norma constitucional citada, que entendemos es la facultad del Estado de administrar justicia a través de los mecanismos reconocidos en la Constitución y en la Ley¹⁵.

La norma aprobada por la ANC parte de tres premisas jurídicas que consideramos incorrectas y que analizaremos en este capítulo: (i) La primera es que los asambleístas asumen que la única fuente de sometimiento por parte de un Estado a un arbitraje internacional es la celebración de tratados internacionales; (ii) La segunda es que los asambleístas asumen que los únicos tratados que admiten la posibilidad de someterse a arbitraje internacional son aquellos que tratan materias contractuales o comerciales; y, (iii) La tercera es que los asambleístas igualmente asumen que las únicas materias que se discuten en los arbitrajes internacionales tiene carácter contractual o comercial.

En el primer caso, la norma constitucional referida no impide que el Estado pacte el sometimiento a arbitraje internacional al celebrar un contrato con un inversionista extranjero, lo que es perfectamente válido y permitido por la norma en mención. Recordemos que la prohibición es sólo para la celebración de tratados futuros. En este caso, si el Procurador General del Estado da su consentimiento podría pactarse, como ya se lo ha hecho, arbitraje internacional **contractual** sin que esto esté prohibido por la norma arriba transcrita¹⁶.

En el segundo caso es igualmente evidente que no solamente los tratados que tratan de asuntos comerciales o contractuales son los únicos que prevén la posibilidad de someter las controversias que se deriven de éstos al arbitraje internacional. El ejemplo más claro son los tratados bilaterales de inversiones que, como veremos, no

tratan necesariamente de temas contractuales o comerciales y que establecen un marco de garantías y protección a los inversionistas extranjeros. Otro ejemplo son los tratados de límites o alianzas militares que establecen mecanismos arbitrales para la solución de controversias y no son necesariamente contractuales o comerciales.

En el tercer caso las controversias entre inversionistas extranjeros y Estados que son sometidas a arbitraje internacional no se derivan necesariamente de relaciones contractuales o comerciales, sino de la violación o desconocimiento de las obligaciones que el Estado ha asumido —en favor de la generalidad de inversores de otro país— en los tratados bilaterales de promoción y protección de inversiones.

Lo que la norma constitucional prohíbe es que el Ecuador suscriba **tratados que establezcan mecanismos arbitrales en disputas de tipo comercial o contractual**. Sin embargo, las disputas entre inversionistas y Estados se derivan, en su mayoría, de violaciones a tratados bilaterales de promoción y garantía de inversiones o a obligaciones de derecho internacional público, lo que no estaría prohibido por la norma.

¿Alcanza esta limitación de “comercial o contractual” prevista en el artículo 422 de la nueva Constitución al arbitraje de inversión? La respuesta a esta pregunta no es fácil; intentar hacer una determinación sobre qué se entiende por “comercial o contractual” es una tarea complicada.

Bajo la legislación ecuatoriana podríamos empezar determinando que por “contractual” se entendería toda relación bilateral de dar, hacer o no hacer en los términos previstos en el Código Civil.¹⁷ El definir lo que se entiende por comercial nos obliga a remitirnos, principalmente, al Código de Comercio que determina quiénes tienen la calidad de comerciantes¹⁸ y qué son actos de comercio.¹⁹

En este sentido, podemos afirmar que conforme a la legislación ecuatoriana la restricción de “comercial o contractual” prevista en la norma constitucional no abarca al arbitraje de inversión, ya que la naturaleza de la controversia es una violación a un tratado con un objeto específico que no puede considerarse como contractual o comercial. Si bien el Estado suscribe contratos con los inversionistas privados, la gran mayoría de arbitrajes no son por violaciones a los contratos sino a los tratados bilaterales de inversiones. Es común igualmente que el Estado firme contratos de inversión, lo que tampoco estaría prohibido por la norma constitucional en mención.

En materia internacional consideramos que el punto de partida para definir qué puede entenderse como “comercial” sería la norma prevista en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, en su artículo 1:

“Debe darse una interpretación amplia a la expresión “comercial” para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no. Las relaciones de índole comercial comprenden las operaciones siguientes, sin limitarse a ellas: cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos

para su cobro (“factoring”), arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra (“leasing”), construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima o férrea o por carretera.”²⁰

Esta interpretación de carácter ejemplificativo provista por la Ley Modelo es bastante amplia y cubre la mayoría de los aspectos referentes a las transacciones comerciales internacionales. Diversos autores coinciden en señalar que al término “comercial” se le debe dar una amplia definición y que se debe estar a lo previsto por las normas locales de cada país. De hecho, autores como Alan Redfern y Martin Hunter han señalado que pese a que “...problemas han surgido ocasionalmente [con la definición de comercial], las cortes de ciertos países han adoptado una definición uniforme, la perspectiva general es que comercial debe abarcar todo tipo de transacciones o negocios”.²¹

Como conclusión podemos decir que la limitación hecha por la norma constitucional de que no podrán celebrarse tratados donde se ceda jurisdicción soberana a instancias arbitrales en materias contractuales o comerciales no incluye las controversias derivadas de un tratado bilateral de promoción de inversiones, ya que su naturaleza y objeto son distintos y establecen un marco general de garantías a favor de los inversionistas, más no regulan actividad comercial o contractual alguna.

3.3. Excepciones a la prohibición de celebración de tratados futuros

El artículo 422 de la Constitución establece que la prohibición de suscribir tratados futuros tiene dos excepciones, que son las siguientes: (i) Los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios; (ii) En controversias relacionadas con la deuda externa, el Estado ecuatoriano promoverá soluciones arbitrales en función del origen de la deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional.

La primera excepción contenida en el artículo 422 nos llama la atención de manera particular, ya que establece dos presupuestos que no quedan claros de la lectura de la norma:

(a) El primer presupuesto es cuando la norma se refiere a “ciudadanos” sin determinar al verdadero alcance del uso de esta palabra. Esta redacción deficiente de la norma constitucional nos deja algunas dudas: i) Debemos remitirnos al derecho ecuatoriano para ver quiénes son “ciudadanos”? ii) Debemos remitirnos al derecho del país de nacionalidad del “ciudadano” que buscar iniciar el arbitraje? iii) Al decir “ciudadanos” la norma excluye a las personas morales, pero no a las naturales detrás del inversionista?.

La pobre redacción de la norma constitucional deja estas preguntas sin una respuesta clara, lamentablemente en las actas de discusión de la ANC no aparece cual fue la real intención de los asambleístas al emplear el término “ciudadanos”.

(b) El segundo presupuesto es cuando la norma dice ciudadanos “en Latinoamérica” tampoco queda claro: i) Si la sede del arbitraje deberá ser un Estado latinoamericano; ii) Si las disputas deben haberse originado en algún país de Latinoamérica; iii) O si el órgano que administre el arbitraje deberá ya sea ser latinoamericano o encontrarse en Latinoamérica.

Esta iniciativa parece hacer sentido con las declaraciones públicas del gobierno de crear una instancia arbitral internacional para el marco de la UNASUR, como alternativa al CIADI y otros mecanismos de arbitraje internacional. Lamentablemente todas son suposiciones que deberán ser verificadas con el pasar del tiempo y el desarrollo de la jurisprudencia.

Finalmente la segunda excepción se refiere al arbitraje internacional para la determinación de la legalidad, justicia y transparencia de la deuda externa adquirida por el Estado ecuatoriano. Esta idea de someter a arbitraje la legitimidad de la deuda externa refleja la reciente decisión del Estado ecuatoriano de no pagar los intereses sobre un tramo de la deuda externa por considerarla ilegítima²² y de iniciar acciones legales en contra de la banca acreedora.

3.4. El espíritu de las normas constitucionales referentes a arbitraje internacional:

La confusa, poco clara y “políticamente cargada” redacción de las normas constitucionales analizadas, especialmente del artículo 422, abren las puertas para que haya todo tipo de interpretaciones sobre si es posible o no tener arbitrajes internacionales el Ecuador.

De hecho, en las discusiones iniciales llevadas a cabo por los asambleístas miembros de la Mesa de Soberanía, Relaciones Internacionales e Integración Latinoamericana de la ANC (mesa que conoció la reforma), se evidencia un total desconocimiento y un abierto prejuicio hacia el arbitraje internacional. Los asambleístas miembros de esta mesa al tratar el tema, concluyeron lo siguiente:

“El Artículo 8 (actual 422), recoge una aspiración de gran respaldo nacional, consecuencia de los abusos que han deteriorado la soberanía jurídica del Ecuador. En forma expresa, dicha norma prescribe que no se podrá celebrar convenios o tratados internacionales que obliguen al Estado ecuatoriano a ceder jurisdicción a instancias de arbitraje internacional en materia contractual o comercial. Históricamente, en el Ecuador se han suscrito tratados que se han considerado como lesivos para los intereses del país, por cuanto trasladan la jurisdicción y competencia en casos de controversias originadas por relaciones contractual o comerciales suscritas con empresas trasnacionales, a instancias supranacionales de arbitraje, en las que, al pare-

cer, los Estados son puestos al mismo nivel que una compañía comercial.”²³

Es innegable que la voluntad de los asambleístas era el “blindar” al Estado Ecuatoriano de la obligación de someterse a **cualquier** tipo de arbitraje internacional, especialmente a los denostados arbitrajes de inversión. Más aún, las actas del pleno de la ANC evidencian igualmente la intención de los asambleístas de evitar el arbitraje a toda costa:

“LA ASAMBLEÍSTA CALLE MARÍA AUGUSTA. En el primer inciso, se habla, concretamente, que el Estado ecuatoriano no va a ceder jurisdicción soberana cuando se trate de convenios con personas naturales, jurídicas, privadas o jurídicas-privadas; ese es el espíritu de primer inciso, es decir, un convenio que se realice con una compañía transnacional estadounidense deberá regirse por las leyes, por las normas jurídicas ecuatorianas, esa es una voluntad de ejercer soberanía sobre los convenios internacionales.”²⁴

Existen otras intervenciones de los asambleístas del partido de Gobierno²⁵ (que era la abrumadora mayoría) que evidencian con absoluta claridad que el espíritu de los constituyentes siempre fue vetar o prohibir que el Estado pueda ser demandado en arbitraje internacional, lo que tememos traiga problemas en el futuro, especialmente cuando se intente ejecutar un laudo arbitral en contra de una institución del Estado.

3.5. Lo positivo de la reforma constitucional:

Consideramos que la reforma constitucional llevada a cabo por la ANC no fue del todo mala, ya que mantuvo el reconocimiento constitucional hacia el arbitraje, lo que a todas luces es positivo. En un Gobierno de marcadas tendencias anti-arbitraje, la reforma constitucional pudo haber sido devastadora para el arbitraje.

Igualmente, es importante señalar que la reforma constitucional elimina el concepto de jurisdicción extraña y la prohibición de sometimiento al arbitraje, constante en el artículo 14 de la Constitución Política anterior que señalaba lo siguiente:

“Art. 14.- Los contratos celebrados por las instituciones del Estado con personas naturales o jurídicas extranjeras, llevarán implícita la renuncia a toda reclamación diplomática. Si tales contratos fueren celebrados en el territorio del Ecuador, no se podrá convenir la sujeción a una jurisdicción extraña, salvo el caso de convenios internacionales.” (negrillas fuera del texto)

Esta norma no ha sido recogida en la nueva Constitución, por lo que se elimina definitivamente el concepto de jurisdicción extraña con relación al arbitraje, pese a que ha habido ya decisiones judiciales que señalan claramente que el término jurisdicción extraña no alcanza al arbitraje internacional.²⁶ La no inclusión de esta norma aleja definitivamente los fantasmas de considerar al arbitraje como jurisdicción extraña en el Ecuador, argumento que era utilizado para impedir que el Estado pueda someterse a arbitraje internacional.

IV. Conclusiones

En conclusión, podemos decir lo siguiente:

- La perspectiva del arbitraje nacional en el Ecuador es alentadora y no debería verse mayormente afectada por la aprobación del nuevo texto constitucional, ya que se mantiene el reconocimiento del arbitraje como método alternativo para la solución de controversias. Lo complejo de la reforma está en el nuevo requerimiento que establece el artículo 190 de la Constitución: el de contar con la aprobación previa del Procurador General del Estado para que el sector público pueda pactar arbitraje. Esta reforma es poco afortunada ya que pone esta importante decisión en manos de un funcionario político que responde a los intereses del Gobierno. Lamentablemente, tememos que el Procurador no tome su decisión pensando en las ventajas del arbitraje, sino en la conveniencia política para que un determinado caso sea o no resuelto en arbitraje. Esta limitación cobra mayor gravedad cuando el régimen actual ha manifestado su abierta oposición hacia el arbitraje.
- La perspectiva del arbitraje internacional no es tan alentadora. Pese a que la disposición constitucional está mal redactada, es confusa y no consigue el objetivo buscado por los asambleístas, el espíritu de la norma es claro y busca impedir a toda costa que el Estado se someta a arbitraje internacional. Esta reforma - con dedicatoria al CIADI - nos hace prever que el desarrollo del arbitraje internacional tendrá problemas en el futuro en el Ecuador. Sin embargo de esto es importante anotar que los arbitrajes existentes o las ofertas abiertas de arbitraje contenidas en diversos tratados bilaterales de protección

de inversiones permanecen válidas e inalteradas, conforme la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de la cual el Ecuador es parte²⁷. Ocurre lo mismo con las cláusulas arbitrales internacionales contenidas en los diversos contratos suscritos entre inversores extranjeros y el Estado ecuatoriano previos a la reforma constitucional.

- La propuesta de crear centros regionales de arbitraje en Latinoamérica es positiva; sin embargo, consideramos que es un desacierto restringir el arbitraje internacional a centros que, por ahora, no existen y limitar, como lo hace el artículo 422, el arbitraje a las disputas entre los Estados y ciudadanos en Latinoamérica, excluyendo a las personas jurídicas. Es positivo que en los nuevos contratos petroleros el Estado esté empleando cláusulas arbitrales internacionales que ponen a Chile como sede de los arbitrajes y a la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya como autoridad nominadora.
- Creo que la coyuntura es especial para el desarrollo de los sistemas arbitrales internacionales privados, tales como la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI o la Asociación Americana de Arbitraje AAA, instituciones que podrían fácilmente sustanciar procesos arbitrales entre particulares y Estados e inclusive procesos arbitrales derivados de tratados de inversión, como ha ocurrido en otros casos.
- Finalmente lamentamos la pobre y confusa redacción de las normas constitucionales comentadas en este trabajo, los asambleístas actuaron sin pleno conocimiento de lo que es arbitraje y los prejuicios y presión política impuestos por el Gobierno fueron superiores a las abrumadoras ventajas del arbitraje, especialmente internacional, como método para la resolución de controversias entre inversionistas y el Estado.

Notas

- 1 Registro Oficial No. 1, de 11 de agosto de 1998.
- 2 Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación en el Registro Oficial No. 417, de 14 de diciembre de 2006.
- 3 Fernando Cantuarias Salaverry, ARBITRAJE COMERCIAL Y DE LAS INVERSIONES, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), Editora Jurídica GRILEY E.I.R.L., Abril 2007, Pág. 79 y ss.
- 4 Código Civil, Título XXXVIII, La Transacción.
- 5 Sobre arbitrabilidad objetiva véase: Eduardo Silva Romero, El objeto del Contrato de Arbitraje: La Arbitrabilidad Objetiva, Introducción, El Contrato de Arbitraje, Editorial LEGIS, Bogotá – Colombia, 2005; Ximena Herrera Bernal, Arbitrabilidad Objetiva, El Arbitraje Comercial, Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50 aniversario, Editorial Abeledo Perrot; Alvaro Mendoza Ramírez, Arbitrabilidad Objetiva, El Contrato de Arbitraje, Editorial LEGIS, Bogotá – Colombia, 2005.
- 6 Codificación No. 15. Registro Oficial No. 312 de 13 de Abril del 2004.
- 7 Estadísticas del año 2008 de la Cámara de Comercio de Quito.
- 8 Constitución Política de la República del Ecuador: Art. 424.- 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.
- 9 Xavier Andrade Cadena, "Las Ventajas del Arbitraje Internacional: Una Perspectiva

Notas

- Ecuatoriana”, Revista de Derecho Comparado, Arbitraje, Ed. Rubinzal – Colzoni, Buenos Aires, (2005), p. 134-139.
- 10 Nota de prensa disponible en: www.elcomercio.com/solo_texto_search.asp?id_noticia=19861 (El Ecuador denunció tratados de inversión *1/30/2008*).
 - 11 Carta enviada por el Estado Ecuatoriano a la Secretaría General del CIADI, el 23 de noviembre de 2007, disponible en: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>.
 - 12 Emanuel Gaillard, *Anti Arbitration Trends in Latin America*, The New York Law Journal, Volume 238 No. 108, June 5, 2008; Marco E. Schnabl & Julie Bédard, *The Wrong Kind of 'Interesting,'* The National Law Journal, July 30, 2007; Latin Lawyer Review, *INTERNATIONAL ARBITRATION IN LATIN AMERICA*, Nigel Blackaby y Silvia Noury; Xavier Andrade Cadena y Marco Tulio Montañes, *INTRODUCTORY NOTE TO ECUADOR'S NOTICE UNDER ICSID ARTICLE 25(4)*, 47 ILM 154 (2008), International Legal Materials, The American Society of International Law.
 - 13 H. Grigera Naon, *Arbitration in Latin America: Overcoming traditional hostility (An Update)*, 22 INTER-AMERICAN L. R. 203 (1991); A. Garro, *The Uncitral Model Law and the 1988 Spanish Arbitration Act: Models for Reform in Central America*, 2 THE AMERICAN R. OF INT'L ARB. 201 (1990); H. Grigera Naon, *International Commercial Arbitration in Latin America: What now?*, COMPARABILITY AND EVALUATION, ESSAYS IN HONOUR OF DIMITRA KOKKINI-IATRIDOU 325 (1994); R. Layton, *Changing Attitudes towards Dispute Resolution in Latin America*, 10 J. INT'L ARB. 123 (1996); F. Mantilla Serrano, *Major trends in International Commercial Arbitration in Latin America*, 17 J. INT'L ARB. 139 (2000); B. Fulkerson, *A Comparison of Commercial Arbitration: the United States & Latin America*, 23 HOUSTON J. OF INT'L L. 537 (2001); A. Garro, *LATIN AMERICAN LAW: ARBITRATION LAW & PRACTICE* (2001); N. Blackaby, D. Lindsey y A. Spinillo (Eds.), *INTERNATIONAL ARBITRATION IN LATIN AMERICA*, KLUWER LAW INTERNATIONAL, (2002); J. Kleinheisterkamp, *INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION IN LATIN AMERICA*, OCEANA PUBLICATIONS, (2005); Cristián Conejero Roos, “La Influencia de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional en América Latina: Un Análisis Comparativo”, Revista de la Corte Española de Arbitraje 255, Año 2004, páginas 255-290.
 - 14 Nota de prensa disponible en: <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/gobierno-anuncia-frente-comun-contra-el-ciadi-283512-283512-html>. (última visita Diciembre 7 de 2008)
 - 15 Al respecto debemos remitirnos a lo que dispone el Código de Procedimiento Civil al referirse a jurisdicción cuando señala en su artículo 1 lo siguiente: “La jurisdicción, esto es, el poder de administrar justicia, consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada, potestad que corresponde a los magistrados y jueces establecidos por las Leyes.”
 - 16 De hecho el Estado Ecuatoriano ha celebrado ya contratos con las compañías petroleras o telefónicas en los cuales se ha pactado arbitraje internacional, con sede en Chile, bajo las Reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional CNUDMI.
 - 17 Según el artículo 1454 del Código Civil: “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas.”
 - 18 El Código de Comercio determina las personas que pueden ser consideradas o no como comerciantes: “Art. 2.- Se considerarán comerciantes a las personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras, domiciliadas en el Ecuador, que intervengan en el comercio de muebles e inmuebles, que realicen servicios relacionados con actividades comerciales, y que, teniendo capacidad para contratar, hagan del comercio su profesión habitual y actúen con un capital en giro propio y ajeno, mínimo de Treinta mil sucres para la jurisdicción de las Cámaras de Comercio de Quito y Guayaquil; de Ocho mil sucres para Cuenca, Manta y Bahía de Caráquez; y, de Cinco mil sucres para los demás cantones.”
 - 19 Igualmente la definición de actos de comercio está prevista en el artículo 3 de esta norma que señala Art. 3.- Son actos de comercio, ya de parte de todos los contratantes, ya de parte de alguno de ellos solamente: 1.- La compra o permuta de cosas muebles, hecha con ánimo de revenderlas o permutarlas en la misma forma o en otra distinta; y la reventa o permuta de estas mismas cosas. Pertenece también a la jurisdicción mercantil las acciones contra los agricultores y criadores, por la venta de los frutos de sus cosechas y ganados, más no las intentadas contra los comerciantes para el pago de lo que hubieren comprado para su uso y consumo particular, o para el de sus familias; 2.- La compra y la venta de un establecimiento de comercio, y de las acciones de una sociedad mercantil; 3.- La comisión o mandato comercial; 4.- Las empresas de almacenes, tiendas, bazares, fondas, cafés y otros establecimientos semejantes; 5.- El transporte por tierra, ríos o canales navegables, de mercaderías o de personas que ejerzan el comercio o viajen por alguna opera-

Notas

ción de tráfico; 6.- El depósito de mercaderías, las agencias de negocios mercantiles y las empresas de martillo; 7.- El seguro; 8.- Todo lo concerniente a letras de cambio o pagarés a la orden, aún entre no comerciantes; las remesas de dinero de una plaza a otra, hechas en virtud de un contrato de cambio, y todo lo concerniente a libranzas entre comerciantes solamente, o por actos de comercio de parte del que suscribe la libranza; 9.- Las operaciones de banco; 10.- Las operaciones de correduría; 11.- Las operaciones de bolsa; 12.- Las operaciones de construcción y carena de naves, y la compra o venta de naves o de aparejos y vituallas; 13.- Las asociaciones de armadores; 14.- Las expediciones, transportes, depósitos o consignaciones marítimas; 15.- Los fletamentos, préstamos a la gruesa y más contratos concernientes al comercio marítimo; y, 16.- Los hechos que producen obligación en los casos de averías, naufragios y salvamento.

Existe otra normativa que regula actividades comerciales y afines como la Ley de Promoción y Garantía de Inversiones, la Ley de Telecomunicaciones, la Ley de Compañías, entre otras.

20 Ver Artículo 1 de la Ley Modelo CNUDMI.

21 Citado por Fernando Cantuarias Salaverry, *ARBITRAJE COMERCIAL Y DE LAS INVERSIONES*, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), Editora Jurídica GRIJLEY E.I.R.L., Abril 2007, Pág. 61.

22 Para mayor abundamiento véase el Informe Final de Auditoría Integral del Crédito Público emitido por la COMISIÓN DE AUDITORÍA INTEGRAL DEL CRÉDITO PÚBLICO CAIC.

23 Información contenida en documentación dirigida por la Asambleísta María Augusta Calle, Presidenta de la Mesa de Soberanía, Relaciones Internacionales a Integración Latinoamericana, al Presidente de la Asamblea, mediante Oficio No. 017-AC-M9-P de 16 de abril de 2008, disponible en www.asambleaconstituyente.gov.ec.

24 Acta de la discusión de la Sesión No. 51 de 20 de mayo de 2008.

25 Acta No. 038 del 22 de Abril de 2008: "LA ASAMBLEÍSTA OCLES ALEXANDRA. En el artículo ocho, queremos hacer una mención especial, y es que el espíritu de este artículo es rechazar el arbitraje que se presenta entre el Estado y personas de derecho privado, como compañías, corporaciones, transnacionales, etcétera, para controversias derivadas de relaciones contractuales, no las formas de arbitraje entre Estados que devienen de convenios internacionales." "EL ASAMBLEÍSTA ATARIHUANA GEOVANNY. [...] Por eso es que instrumentos como el famoso CIADI para proteger las inversiones extranjeras, deben ser rechazados por los pueblos. Y si alguna vez algún Gobierno, que no estuvo comprometido con su pueblo, sino con otros intereses, firmó, es necesario que denunciemos ese tratado. Y no se trata de dogmas o de posiciones ideológicas, sino de hechos concretos."

26 *EMELEC v. Ministerio de Energía y Minas*, Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Constitucional, fallo de 7 de febrero de 1994.

27 Registro Oficial No. 6 de 28 de Abril de 2005.

La exclusión de las no personas dentro del derecho penal de las personas

Xavier F. Andrade
Castillo

El presente artículo formula el estudio y cuestionamiento dogmático que parte de las múltiples controversias y discusiones de encasillar a los seres humanos en un sistema social, en donde prevalecen las garantías y derechos de las personas dentro del Estado de Derecho. Claro con paradojas y consecuencias jurídicas que se enfrentan con el desarrollo tecnológico, médico y sobre todo con las investigaciones científico-biológicas de procesos destinados a preservar la vida, que hoy en día, son la base en donde se edifica el planteamiento jurídico-penal del problema.

El Derecho Penal es eminentemente valorativo, en cuanto pone énfasis al proteger ciertos bienes jurídicos, que ciertamente tienen su escala jerárquica de valoración, como una clara manifestación de los requerimientos éticos, culturales y políticos de una determinada sociedad. Estos bienes jurídicos son la vida, la propiedad en general, la integridad física de las personas, entre otros, los cuales surgen de la normativa constitucional y de los tratados internacionales.

Pero sin duda alguna, esta valoración está sujeta a elementos de carácter normativo, los que son creados por el legislador al dictar la ley penal, y que no necesariamente responden a la ontología del Derecho Penal. Verbigracia, se protege a las personas o a los seres humanos, los dos como construcciones jurídicas pertenecientes al Derecho Positivo o como realidades predecesoras a cualquier tipo de organización social.

Por esta razón entonces es que, se hace eminentemente necesario organizar este estudio partiendo del bien jurídico llamado integridad personal y/o dignidad humana, que es protegido valorativamente por el Derecho Penal por debajo del bien jurídico vida, y que desde luego está amparado en el nuevo ordenamiento constitucional, aunque en forma confusa, y con ello, todo el sistema jurídico que le subyace jerárquicamente.

Así entonces, básicamente surge el reconocimiento del derecho como tal, y con ello, *ex post* la tutela de este

bien jurídico que constituye uno de los núcleos básicos de protección del Estado en el ejercicio del *ius puniendi*.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (O.N.U.) de 10 de diciembre de 1948, la cual por su esencia jurídica y ámbito de aplicación y protección global a los seres humanos vincula a todos los estamentos jurídicos incluido el nuestro (Constitución Artículo 424 la cual sustancia que, los tratados internacionales ratificados por el Estado en donde “se reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”)¹, es la nítida evidencia del reconocimiento de la dignidad de los seres humanos como parte de un fundamento del orden público y de la tan buscada paz social. Nótese que el tratado internacional en mención se refiere a la dignidad del “ser humano” no de la persona, tal es así que su Artículo 1 proclama que “todos los *seres humanos* nacen libres e iguales en dignidad y derechos...”, afirmando además desde el preámbulo 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”². Se señala todo esto solamente para ilustrar en forma general y amplia, la manera de cómo surgen los derechos inherentes a los seres humanos, su reconocimiento y tutela jurídica.

Pero la dignidad no es un planteamiento nuevo que se originó en la Declaración Universal de los Derechos Humanos mencionada, y que como se señaló, la consagró como un derecho del ser humano; ya que desde unos siglos atrás la ética kantiana (filósofo alemán Immanuel Kant siglo XVIII), ya había discutido sobre la dignidad de manera notoria, a decir de Jürgen Simon, cuando expresa que: “El concepto de dignidad humana está estrechamente unido a Kant y a su filosofía. Según ésta, la imagen del hombre está caracterizada por la idea de su autonomía y de su calidad de sujeto, destacando aquí la unicidad y la no repetibilidad de cada individuo. La liber-

tad humana se manifiesta en la capacidad de la voluntad de adherirse a la idea de la razón pura. Según ésta, la autonomía de la voluntad como fundamento de la dignidad de la naturaleza humana o de cualquier otra naturaleza con razón se basa en la facultad de la voluntad de darse a sí misma las reglas, independiente de argumentos prescriptivos empíricos. Kant traslada lo objetivamente correcto a la no contradicción formal de una voluntad subjetiva, apta para ser generalizada. El ser humano es, por naturaleza, persona, y posee un valor absoluto. Esta naturaleza como persona lo diferencia a la vez de los seres sin razón, a los cuales por ser semejantes a objetos, sólo les corresponde un mínimo valor³. Vale decir que, esta vieja discutida dignidad humana involucra una serie de posturas que hacen de su definición algo bastante extensa. Aún así, para este estudio es loable puntualizar que el ser humano en esencia es, persona, y lleva en sí mismo una libre autonomía de voluntad y calidad de sujeto, que es su dignidad humana, por tanto, la dignidad del ser humano es la dignidad de la persona, y es ésta, la que debería proteger el presente ordenamiento constitucional.

Es importante destacar este detalle, porque en el Capítulo Sexto bajo el Título de Derechos de Libertad de la vigente Constitución⁴ se reconoce y garantiza a las "personas" el derecho a la inviolabilidad a la vida (Artículo 66 numeral 1), el derecho a una vida digna (Artículo 66 numeral 2), y el derecho a la integridad personal, entendida esta por la, física, psíquica, moral y sexual, (Artículo 66 numeral 3 literal a). El primer y universal de estos derechos tan controvertidamente discutido, por el tema del aborto, y los otros dos señalados, la razón que articula el planteamiento jurídico penal de este trabajo.

Así explicado entonces, tanto este derecho llamado "integridad personal" como el de una "vida digna", involucran incuestionablemente el elemento normativo "persona", mismo que no es definido ni por los tratados internacionales ni por la actual Carta Magna, y para el caso de esta última, en ninguno de sus títulos, capítulos o disposiciones, a pesar de señalarlo concretamente por innumerables ocasiones, circunstancia que deja un vacío legal en cuanto a su definición y contenido.

Sin embargo, esto lleva al investigador a remitirse al Código Civil, norma que, de acuerdo al orden jerárquico descendente corresponde aplicar luego de la Constitución, los tratados y convenios internacionales y leyes orgánicas (Artículo 425)⁵.

Es así que, en el mencionado cuerpo legal, se considera persona natural al individuo de la "especie humana" cualesquiera que sea su edad, sexo o condición (Artículo 41 Código Civil)⁶, es decir, una definición puramente restrictiva al ser humano como especie y de connotaciones jurídicas más bien extensas. En este sentido el jurista M. Martín Granizo considera que, "la persona es el ser humano, es una realidad física individual existente, con vida propia de naturaleza racional que, como miembro de una sociedad, es sujeto de derechos y obligaciones"⁷. Según la norma sustantiva civil ecuatoriana, el principio de la existencia legal de una persona natural, se encuentra fijada por su nacimiento, esto es, cuando la criatura es

extraída, expulsada o separada completamente del cuerpo de la madre, sin ser necesario el corte del cordón umbilical, y de ello que, si muere antes, se reputa como no existente, vale decir, se la considera un no-persona (sin existencia legal no nacido). (Esta última premisa como agregado de este autor). Cabe señalar que, la Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación en el Artículo 130 contiene la definición de "nacimiento vivo"⁸, estableciendo que luego de la separación de la madre, debe verificarse que el ser "respire o manifieste cualquier otro signo de vida, tal como el latido del corazón, pulsaciones del cordón umbilical o movimiento efectivo de músculos voluntarios...". Es importante destacar, que las dos normas en este punto, se oponen conceptualmente *in strictu sensu*.

En esta parte se deja en claro que, el nasciturus (nondum natus) si tiene y se le reconoce el derecho a la vida desde su concepción tanto por el Código Civil (protege la vida) como por la actual Constitución (derecho a la inviolabilidad de la vida), y desde luego la pertinente protección penal, (caso de aborto), tan discutido y controvertido.

Por una fallo de interpretación emitido por la Tercera Sala del Tribunal Constitucional⁹, el derecho a la vida está protegido desde su concepción, la que se entiende que existe cuando hay fertilización, la unión del espermatozoide con el óvulo, y es esta "concepción" la que se protege constitucionalmente por interpretarse como vida. Al respecto, el maestro español José Cerezo Mir sostiene que "el nasciturus, aún no siendo persona, en sentido jurídico, es un ser vivo, un ser humano vivo y en una interpretación teleológica del precepto constitucional que protege la vida humana es preciso considerar que la protección se extiende a la vida humana intrauterina. La destrucción del feto impide que el nasciturus llegue a nacer, a ser persona"¹⁰.

Pero el nasciturus no solamente tiene derecho a la vida, sino también otros derechos civiles y humanos, puntualizando que estos "otros" derechos del nasciturus se suspenden hasta el nacimiento, por disposición normativa civil (Artículo 63), dejando dentro de éstos, al derecho a la integridad personal y el de dignidad humana, los cuales están tutelados para las personas vivas, cuyo "nacimiento", fija su existencia legal como se dijo anteriormente.

Tanto el derecho a la dignidad humana (Artículo 66 numeral 2 Constitución), como el derecho a la integridad personal (Artículo 66 numeral 3 Constitución), constituyen otras garantías muy distintas, que se encuentran supeditadas específicamente al nacimiento del ser humano o persona, por lo que no se las reconoce a estas garantías como derechos antes de este acontecimiento. Por ello, se entiende que, se prohíbe la tortura, los maltratos físicos o morales, degradantes, inhumanos, etc., sobre los nacidos, personas.

Entonces, la hipótesis de lo que pretende esta investigación queda prácticamente señalada y limitada, cómo es lógico a la determinación del bien jurídico dignidad o integridad de las personas, de manera que pueda verificarse si la tienen o no, los no-personas, *nondum natus*, crítica a favor que es respaldada por muchos tratadistas, den-

tro de los cuales se incluye este autor al entender que el bien jurídico sí debería estar tutelado y sancionado por el derecho penal, tal como lo está el *supra* derecho a la vida.

El problema surge en la procreación asistida cuando el cigoto o embrión no está implantado en el seno materno, y al hacerlo el especialista (implantar la célula en el útero o endometrio) se le produce una lesión a este nuevo ser, de manera tal, que impida en el futuro su nacimiento, o si se produce éste, la vida del ser nacido estará seguramente vinculada a una discapacidad física permanente, una criatura deforme, por dar solamente un ejemplo (y no ahondar más en el problema con la lesión psicológica, moral o sexual del ser humano nacido). Así también este problema bien puede presentarse si ya implantado el cigoto en forma natural o artificialmente en el útero, (proceso que da lugar al embarazo), ahí se origina una lesión con las consecuencias de anormalidad antes mencionadas. Obviamente estas consecuencias violan tanto el derecho a la integridad física como a la dignidad de los seres humanos. Es de observarse que, en la actualidad, si un ser humano nace vivo, (se inscribe en legal y debida forma), ya goza de protección tanto constitucional como la sanción penal, si llegare a sufrir un atentado a su integridad personal.

De esta manera, se plantea en forma por demás clarificadora la diferencia existente entre un concebido y un ya nacido, desde el punto de vista y sentido estricto constitucional. El primero de los señalados ya caracterizado aquí como no-persona, a quien se le tutela su vida solamente, y el segundo ya reconocido como persona, a quien evidentemente se le inviste de una variedad de derechos y garantías constitucionales.

Por esta razón, el problema se centra, para el investigador dogmático particularmente, en determinar desde cuando existe sujeto pasivo de delito (célula, cigoto, embrión, feto) sobre todo en las conductas humanas que atentan contra la integridad física o dignidad personal de otro ser humano, partiendo de una normativa tanto civil como penal que excluyen a los no-personas como sujetos pasivos de delito, a excepción del aborto.

El autor español Jesús María Silva Sánchez en su artículo "Los indeseados como enemigos la exclusión de seres humanos del status personae"¹¹ plantea el problema *ex ante* en su artículo criticando la obra de Günther Jakobs, desde el punto de vista político-criminal con las dos distinciones que el catedrático alemán Jakobs hace de ciudadanos y enemigos, y claro, además de sentar más su investigación en la distinción dogmática de personas y no-personas.

Los conceptos manejados por Silva Sánchez, de personas y no-personas son combinados para explicar su posición en cuanto al Derecho Penal, quien básicamente buscó objetivizar cuál es el problema concreto con estas caracterizaciones, las falencias que tienen en el derecho en general y la razón obvia que justifica este estudio.

Además, el autor español nítidamente fundamenta su cuestionamiento exponiendo a estas distinciones como variables básicas del planteamiento del problema, cuando determina que "la paradoja deriva en la ambigüedad de la que adolece la distinción entre personas y no-personas en

el planteamiento de Jakobs"¹², confrontándolas como términos no absolutos sino relativos en el Derecho.

Esta distinción de términos relativos en el ordenamiento jurídico general se produce igualmente en el nuestro particularmente, tal es así que, verbigracia, el caso de los inimputables, quienes son considerados, por un lado, como no-personas, porque no pueden obligarse jurídicamente ni responder penalmente (Artículos 34, 35, 39 entre otros del Código Penal)¹³, y por otro lado, al mismo tiempo, los inimputables son considerados personas en cuanto existen normas jurídico-penales que los protegen (Artículo 17 de la Ley de Discapacidades)¹⁴ y (Artículo 3 del Reglamento General de la Ley Reformativa de la Ley de Discapacidades)¹⁵, tomando en cuenta su sentido de reacción fáctica.

En definitiva, no hay teoría alguna que considere absolutamente a un ser humano como no-persona, y sin duda alguna, este autor español reafirma, su cuestionamiento al hacer diferenciaciones entre la inclusión y exclusión de personas en un sistema social en sentido estrictamente radical, cuando se debería optar en forma relativista dentro de un contexto legal. Con ello, simplemente para ilustrar que el resultado de estos dos procesos de confrontación dicotómica, finalmente solo convergen en señalar a ciertos seres humanos como no personas el cigoto, el embrión, el feto, es decir, sujetos pasivos excluidos del Derecho Penal de las Personas, sin derechos, ni garantías constitucionales, ni garantías jurídicas de clase alguna, pero que ventajosamente son pensamientos que forman parte de un minoritario grupo que defiende la tendencia actual del funcionalismo moderado de Claus Roxin y convertido en un funcionalismo radical por Güther Jakobs¹⁶.

Para el maestro argentino Edgardo Alberto Donna, quien cita dos sentencias del Tribunal Constitucional alemán, sostiene que "la vida del ser humano no nacido queda también bajo la protección de la garantía de la dignidad humana. La idea esencial de estos fallos reside en que se afirma que el no nacido es también un ser humano, de modo que tiene intereses propios. La existencia de la vida es el fundamento para el posterior desarrollo de la persona, la garantía de la dignidad comprende la protección de la vida asegurada por la Constitución de Alemania"¹⁷. Entonces, si la vida del no-nacido, no-persona, *nondum natus*, se inserta dentro de la esfera de la dignidad del ser humano, bien puede asegurarse, que las lesiones que se le produzcan a un no-persona y que no le ocasionen la muerte, están amparadas por la garantía de protección de la dignidad.

Carlos Lasarte hace afirmaciones como las siguientes: "La existencia de la persona, en cuanto ser individual, constituye un dato previo a la propia consideración de la sociedad; la cual, a su vez, es un presupuesto del Derecho, considerado en su conjunto", además agrega que, "actualmente, la coincidencia entre la persona y los seres humanos es indiscutible", añade: "las personas físicas o seres humanos constituyen un dato anterior, preexistente y trascendente al Derecho"¹⁸.

El nuevo ordenamiento constitucional como se ha señalado por varias ocasiones reconoce y garantiza un

derecho a una vida digna y a la integridad personal. La pregunta obvia resultante es si los señores asambleístas manejaron el concepto de persona como ser humano, o como construcción del Derecho Positivo, sustancial diferencia que como se ha analizado en profundidad, permitiría establecer una tutela garantista o un vacío tal, que mantenga las viejas dicotomías surgidas del hombre persona y el no-persona.

Parecería ser la respuesta al cuestionamiento sugerido es, que no. Por cuanto se reconoce y garantiza a las personas en cuanto a la dignidad, el derecho a una vida digna, que le asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales; y en cuanto a la integridad personal, que incluye, una vida libre de violencia en el ámbito público y privado, prohibición de tortura, la desaparición forzada y los tratos y penas crueles, inhumanitarios o degradantes entre otros, que como elemental y simple razonamiento lógico evidente, son todas ellas características que le son aplicables a los seres humanos vivos y personas.

Ciertamente, la mayoría de tratados internacionales que reconocen derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecen sobre este último ordenamiento y claro sobre el Código Civil también, en tanto y en cuanto éstos reconocen al ser humano libre e igual en dignidad y derechos. La dignidad del hombre involucra no

solamente la protección de su esfera vital privada, sino además su integridad física, moral, y sexual, por ello, la persona no puede ser reconocida tal como un elemento de la sociedad políticamente organizada, por así señalarlo en forma restrictiva la normativa civil, o que su dignidad, su libertad y sus derechos fundamentales queden sometidos al poder del Estado y su Derecho Positivo porque la persona asimilada con el ser humano, es preexistente a estos dos y de ninguna manera puede quedar esclavizada a un poder político mientras este decida desde cuando le protege y que derechos le asegura. El ser humano como persona es una realidad anterior y preexistente a toda organización social y política y es, por tanto, anterior y preexistente al Derecho positivo, no cabe la menor duda de esto.

Tanto el Derecho Positivo como el Derecho Penal son necesarios e imprescindibles en un Estado de Social de Derecho, dado que el ser humano persona y no-persona, son seres de libre autonomía, pero ello no significa que su dignidad y sus derechos colaterales y fundamentales, equivalentes o superiores, sean concesión del Derecho Positivo, sino que, muy por el contrario, nacen de la propia naturaleza humana. Es por ello, que el Derecho Penal, de esencia ontológica y de carácter afflictivo frente al ser humano y la sociedad, tiene la exigencia valorativa de incluir en su protección a los no-personas, y sancionar a quienes atenten contra su integridad o dignidad, dándoles como consecuencia jurídico penal, la calidad, en la estructura dogmática, de sujetos pasivos de delito.

Notas

- 1 Constitución Política del Estado, Asamblea Constituyente, Publicada en el R.O. No. 449 de 20 de octubre del 2008.
- 2 Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (O.N.U.) de 10 de diciembre de 1948.
- 3 SIMON, Jürgen, La dignidad del Hombre como principio regulador de la bioética, en Revista de Derecho y Genoma Humano, No. 13, julio-diciembre de 2000, Fundación BBVA, págs. 27-28.
- 4 Constitución Política del Estado, citada.
- 5 Constitución Política del Estado, citada.
- 6 Última Codificación, Código Civil, publicada en el R.O.-S No. 46 de 24 de junio del 2005
- 7 Martín Granizo, M. *Código Civil, Doctrina y Jurisprudencia I*, Albácar López, J.L. Trivium, 1992, p. 329.
- 8 Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación, R.O. No. 82 de 7 de mayo de 1976.
- 9 Fallo ecuatoriano contra la PAE y aclaración, publicada en el R.O.-S No. 297, de 22 de junio del 2006.
- 10 CERESO MIR, José, La regulación del aborto en el Proyecto de Nuevo Código Penal español, incluido en su obra *Temas Fundamentales del Derecho Penal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, tomo II, p.252.
- 11 Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2007, número 09-01, disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-01.pdf>, p. 01: 1-01-18. ISSN 1695-0194
- 12 Citada.
- 13 Código Penal, promulgado en el R.O.-S No. 147, de 22 de enero de 1971.
- 14 Ley de Discapacidades, publicada en el R.O. No. 301, de 6 de abril del 2001.
- 15 Reglamento General de la Ley Reformatoria de la Ley de Discapacidades, publicada en el R.O. No. 27, de 21 de febrero del 2003.
- 16 Cfr. Jakobs, Norm, Person, Gesellschaft. *Vorüberlegungen einer Rechtsphilosophie*, 2ª edic., Berlín 1999.
- 17 DONNA, Edgardo, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo I, Tercera Edición, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni editores, 2007, Págs. 24-25.
- 18 Lasarte Álvarez, Carlos, *Principios de Derecho Civil I*, Trivium, Madrid, 1996, págs. 195-196.

Bibliografía

- JAKOBS, Güther, *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen einer Rechtsphilosophie*, 2ª edic., Berlín 1999.
- CEREZO MIR, José, La regulación del aborto en el Proyecto de Nuevo Código Penal español, incluido en su obra *Temas Fundamentales del Derecho Penal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, tomo II, p.252.
- Código Penal, promulgado en el R.O.-S No. 147, de 22 de enero de 1971.
- Constitución Política del Estado, Asamblea Constituyente, Publicada en el R.O. No. 449 de 20 de octubre del 2008.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (O.N.U.) de 10 de diciembre de 1948.
- DONNA, Edgardo, *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo I, Tercera Edición, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni editores, 2007, págs. 24-25.
- Fallo ecuatoriano contra la PAE y aclaración, publicado en el R.O.-S, No. 297, de 22 de junio del 2006.
- GRANIZO, Martín, *Código Civil, Doctrina y Jurisprudencia I*, Albácar López, J.L. Trivium, 1992, p. 329.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho Civil I*, Trivium, Madrid, 1996, págs. 195-196.
- Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación, R.O. No. 82 de 7 de mayo de 1976.
- Ley de Discapacidades, publicada en el R.O. No. 301, de 6 de abril del 2001.
- Reglamento General de la Ley Reformativa de la Ley de Discapacidades, publicada en el R.O. No. 27, de 21 de febrero del 2003.
- Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2007, número 09-01, p. 01: 1-01-18. ISSN 1695-0194, revisado el 30 de octubre del 2008, Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/09/recpc09-01.pdf>,
- SIMON, Jürgen, La dignidad del Hombre como principio regulador de la bioética, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, No. 13, julio-diciembre de 2000, Fundación BBVA, págs. 27-28.
- Última Codificación, Código Civil, publicada en el R.O.-S No. 46 de 24 de junio del 2005.