

HERNÁN  
SALGADO  
PESANTES

SELECIONES  
DE DERECHO  
CONSTITUCIONAL

LUMEN 1

PRIMERA EDICIÓN

64-12

Hernán Salgado Pesantes

**LECCIONES DE DERECHO  
CONSTITUCIONAL**

342  
S164/2



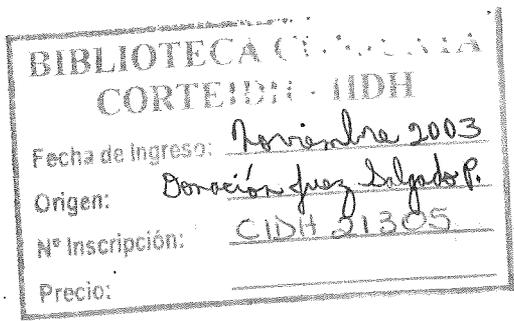
**LECCIONES DE DERECHO CONSTITUCIONAL**  
Hernán Salgado Pesantes

Diagramación: Ediciones Abya-Yala  
Quito-Ecuador

ISBN: 9978-43-216-7

Impresión: Digital Docutech

Impreso en Quito-Ecuador  
Septiembre 2003



**INDICE DE MATERIAS**

**PRIMERA PARTE : TEORÍA GENERAL**

<b>I)</b>	<b>EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y SU CONTENIDO</b>	
1.-	Constitución e instituciones políticas . . . . .	17
2.-	Derechos y garantías fundamentales . . . . .	19
3.-	Ensayo de definición . . . . .	21
4.-	Fenómeno político y metodología . . . . .	21
5.-	Relaciones con otras ramas del Derecho . . . . .	23
6.-	Relaciones con otras ciencias . . . . .	25
<b>II)</b>	<b>LAS FUENTES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL ECUATORIANO</b>	
1.-	La Constitución y las leyes . . . . .	26
2.-	Las leyes orgánicas en la perspectiva constitucional . . . . .	27
3.-	Los tratados internacionales . . . . .	29
4.-	Otras fuentes formales . . . . .	31
<b>III)</b>	<b>EL MOVIMIENTO HISTORICO-POLITICO DEL CONSTITUCIONALISMO</b>	
1.-	El constitucionalismo inglés . . . . .	33
2.-	El siglo XVII y la consolidación institucional inglesa . . . . .	34
3.-	El constitucionalismo norteamericano . . . . .	36
4.-	La Revolución Francesa en el constitucionalismo . . . . .	38

#### IV) CONSTITUCIONALISMO CLÁSICO Y CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

1.-	Los principios del constitucionalismo clásico . . .	41
2.-	El Estado abstencionista o gendarme . . . . .	46
3.-	El constitucionalismo en el siglo XX . . . . .	46
4.-	El constitucionalismo social de posguerra . . . . .	47
5.-	Ámbito internacional del constitucionalismo . . . . .	51
6.-	Hacia el Estado social y democrático de Derecho. . . . .	53

#### V) TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN

1.-	Constitución y Pacto social . . . . .	54
2.-	¿Qué es una Constitución? . . . . .	55
3.-	Contenido de la Ley Fundamental . . . . .	56
4.-	Doctrina de la supremacía constitucional . . . . .	58
5.-	Concepto material y formal; clasificaciones . . . . .	60
6.-	Ensayo de definición . . . . .	63
7.-	Poder constituyente y poderes constituidos . . . . .	63
8.-	Poder constituyente originario y derivado . . . . .	66

### SEGUNDA PARTE: LA INSTITUCIONALIDAD ECUATORIANA

#### I.- LA EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

1.-	Antecedentes. . . . .	71
2.-	La Constitución vigente ¿puede ser considerada como nueva? . . . . .	74
3.-	Breve resumen de las Constituciones ecuatorianas . . . . .	75
4.-	Periodo contemporáneo (desde 1925) . . . . .	86

#### II.- RUPTURA, LEGITIMACIÓN Y ASAMBLEA CONSTITUYENTE EN EL ECUADOR.

1.-	Introducción . . . . .	94
2.-	Hacia la destitución presidencial . . . . .	95
3.-	La cesación del presidente de la República . . . . .	97
4.-	El problema de la subrogación presidencial . . . . .	99
5.-	En busca de la legitimación política y jurídica. . . . .	104
6.-	La Asamblea Nacional Constituyente . . . . .	107
7.-	Las virtudes de la Constitución codificada de 1998. . . . .	108

#### III.- ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL SISTEMA PRESIDENCIAL

1.-	Democracia y Estado social de Derecho . . . . .	113
2.-	Origen y desarrollo del sistema presidencial. . . . .	114
3.-	La separación de poderes . . . . .	116
4.-	Las atribuciones presidenciales . . . . .	118
5.-	El Congreso en un sistema presidencial. . . . .	119
6.-	Relaciones del Ejecutivo presidencial con el Congreso . . . . .	121
7.-	En la búsqueda de un sistema mixto . . . . .	123

#### IV.- LA VICEPRESIDENCIA ¿UNA INSTITUCIÓN NECESARIA?

1.-	Papel de la vicepresidencia . . . . .	124
2.-	Nuevas elecciones como forma de subrogación. . . . .	125
3.-	Posibilidad de eliminar la vicepresidencia. . . . .	127

#### V.- BICAMERALIDAD Y UNICAMERALIDAD.

1.-	Antecedentes unicamerales en el Ecuador. . . . .	129
2.-	El sistema unicameral en la Constitución de 1978-1979 . . . . .	131
3.-	La doctrina jurídico-política sobre los	

dos sistemas . . . . .	132
4.- La cámara única en tela de discusión . . . . .	135
<b>VI.- LA INMUNIDAD PARLAMENTARIA.</b>	
1.- Antecedentes . . . . .	138
2.- Doctrina constitucional . . . . .	139
3.- Diferencias . . . . .	140
4.- Criterios actuales . . . . .	141
5.- La Constitución ecuatoriana y la inmunidad . . . . .	141
<b>VII.- LA AMNISTÍA Y SU DOCTRINA.</b>	
1.- Caracteres de la amnistía . . . . .	145
2.- Naturaleza jurídica de la amnistía . . . . .	147
3.- Amnistía versus administración de justicia . . . . .	148
4.- Uso indebido de la amnistía es contraproducente . . . . .	150
5.- Los motivos graves o trascendentales . . . . .	151
6.- Práctica de la amnistía en el Ecuador . . . . .	153
<b>VIII.- EL CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA.</b>	
1.- Una nueva institución judicial . . . . .	157
2.- Europa y el Consejo Superior de la Magistratura . . . . .	159
3.- La nueva institución en América Latina . . . . .	162
4.- Conclusiones sobre los Consejos Latinoamericanos . . . . .	166
5.- El Consejo de la Judicatura en el Ecuador . . . . .	168
<b>IX.- HACIA LA CONCRECIÓN DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES.</b>	
1.- Génesis del constitucionalismo social . . . . .	171
2.- Significado de ls derechos económicos y sociales . . . . .	172
3.- Los derechos económicos y sociales en	

el Ecuador . . . . .	173
<b>X.- DEMOCRACIA SEMIDIRECTA Y CONSULTA POPULAR</b>	
1.- Democratización del gobierno representativo . . . . .	175
2.- ¿Qué es la consulta popular? . . . . .	176
3.- Obligatoriedad del resultado de la consulta . . . . .	177
4.- La consulta popular en el Ecuador . . . . .	178
<b>XI.- LA REESTRUCTURACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL ECUADOR.</b>	
1.- Evolución del control de constitucional . . . . .	182
2.- El Tribunal Constitucional en la Constitución codificada de 1998 . . . . .	184
3.- Composición del órgano . . . . .	185
4.- Atribuciones del Tribunal Constitucional . . . . .	188
5.- Legitimación procesal . . . . .	195
6.- Resumen de los caracteres básicos del control ecuatoriano . . . . .	196
7.- El control de las normas antes de las reformas de 1996 . . . . .	198
<b>XII.- LA DOGMÁTICA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA CONSTITUCIÓN VIGENTE</b>	
1.- Principios jurídicos constitucionales sobre derechos humanos . . . . .	201
2.- Las leyes y la restricción de derechos . . . . .	205
3.- Norma abierta para los derechos humanos . . . . .	207
4.- Sistematización de los derechos y de las garantías . . . . .	208
5.- Los derechos colectivos y difusos . . . . .	213
6.- Las garantías de los derechos . . . . .	215
7.- Vigencia de los derechos humanos en los estados de emergencia . . . . .	218
8.- La interpretación jurídica y su función creadora . . . . .	222
<b>BIBLIOGRAFIA.</b> . . . . .	225

*A la memoria de mi Padre*  
†1970  
*y de mi hermano Jorge*  
†1985

## PREFACIO

En este texto se recogen las teorías y doctrinas del Derecho Constitucional, las cuales sirven como punto de partida para reflexionar sobre la política y el Derecho. Si alguna rama de la ciencia jurídica está indisolublemente unida al fenómeno político, esa es el Derecho Constitucional. En esta cuestión radica su atractivo y su rico contenido, y ese redescubrir constante de hechos que ya fueron observados desde que el ser humano conformó comunidades tuteladas por quienes detentaron el poder.

Estas reflexiones han sido compartidas con los estudiantes que semestre tras semestre pasaron por las aulas de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica, de quienes pretendí ser maestro para aquilatar las nuevas ideas e interrogantes propios de la juventud. Si la Universidad es un manantial del saber humano, los discípulos contribuyen a que las aguas no se estanquen.

Fueron los estudiantes, agrupados en la Asociación Escuela de Derecho, que hicieron que los policopiados de esta materia tomaran la forma de un texto, cuya edición apareció en el año de 1996, como complemento al libro de "Instituciones Políticas y Constitución del Ecuador" que fuera publicado en 1987 por ILDIS y que sigue esperando una nueva edición.

En la presente obra hay también un análisis de algunas instituciones ecuatorianas (instituciones órganos e instituciones normas) con referencia a la actual Constitución que rige en

nuestro país. Como solía decir, estos ensayos no pretenden agotar la materia simplemente quieren ser un estímulo para estudiar el Derecho Constitucional: génesis de la organización institucional del Estado y baluarte de los derechos humanos.

Quito, agosto de 2003

## PRIMERA PARTE

# TEORÍA GENERAL

BIBLIOTECA CONJUNTA  
CORTEIDH - IIDH

## I.- EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y SU CONTENIDO

### Elaboración de un concepto

El Derecho Constitucional es la disciplina que, ubicada en el derecho público interno, orienta -con caracteres de preeminencia- a todas las demás ramas del derecho, tanto público como privado, y establece las pautas del orden jurídico de un país. Al mismo tiempo, es una disciplina jurídica que contribuye a la estabilidad y supervivencia del sistema democrático; hoy en día, utilizar la expresión "régimen constitucional" es tanto como hablar de un "régimen democrático".

El contenido del Derecho Constitucional se ha ampliado enormemente en los últimos tiempos, llegando a cubrir un vasto campo; sus estudios se han profundizado y especializado llegando a subdividirse en materias que buscan ser autónomas, tales como: los Derechos Humanos, el Derecho Parlamentario, el Derecho Electoral, el Derecho Procesal Constitucional, la Justicia Constitucional, etcétera.

### 1.- Constitución e instituciones políticas.

No obstante su denominación, el Derecho Constitucional no se concreta únicamente al estudio de la Constitución como podría creerse en primera instancia y como se ha señalado usualmente. Pensar que esta importante disciplina se agota en el análisis del texto constitucional sería limitar su contenido con resultados poco provechosos.

Como afirma el profesor Duverger<sup>1</sup>, definir al Derecho Constitucional como la rama del derecho público que estudia las reglas contenidas en la Constitución no es del todo exacto. Es cierto que la Ley Superior es su objeto principal pero no es exclusivo, pues el Derecho Constitucional sobrepasa en mucho a la Constitución; incluso cuando ésta no existe hay un Derecho Constitucional en la medida en que las instituciones políticas son objeto de una regulación jurídica.

Hay ciertos países -como Inglaterra- en que la Constitución se reduce a costumbres, prácticas y tradiciones que desbordan ampliamente a los textos escritos, entonces, el Derecho Constitucional no puede quedar limitado a éstos. Y, en los mismos países cuya constitución escrita contiene lo esencial de las normas relativas a la estructura del Estado y a la organización del gobierno, es necesario ir más allá del texto constitucional, pues buena parte de esa regulación jurídica está contenida en leyes, reglamentos, incluso en los usos y prácticas políticas.

Los tratadistas franceses, en general, miran al Derecho Constitucional como el derecho que se aplica a las instituciones políticas, partiendo del Estado -la institución mayor que engloba a todas- hacia las demás, como el Congreso, el Presidente de la República, la Corte Suprema, el sufragio, los partidos políticos, etc. Y son las instituciones políticas las que estructuran el poder estatal y determinan el sistema de gobierno. O, según la acertada síntesis del profesor Prélôt, es a través del conjunto de instituciones que el poder del Estado se establece, se ejerce y se transmite.<sup>2</sup>

De lo expuesto se deduce que el Derecho Constitucional estudia los aspectos **esenciales** de la **organización** y del

- 
1. Mauricio Duverger: *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, 4ta. reimpresión de la 6ta. edición en español, traducción de la 15 edición francesa, editorial Ariel, Barcelona, 1988, pp. 23 y 29.
  2. Marcel Prélôt: *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, 7e. édition, Précis Dalloz, Paris, 1978, p. 32.

**funcionamiento** de las instituciones políticas del Estado, las mismas que pueden o no estar contenidas en la Constitución, o constan únicamente en la legislación ordinaria. Si bien en nuestra época no es común, podría suceder que alguna institución política no figure en la Ley Suprema, esta omisión no impide que el Derecho Constitucional la estudie, lo contrario implicaría una seria limitación.

Tomemos un ejemplo: fue la Constitución ecuatoriana de 1967 que, de modo tardío, incorporó la institución de los partidos políticos al texto constitucional y se refirió expresamente a ellos (Arts. 74 y 75); punto que se amplía en la actual Ley Fundamental, incluyéndose a los movimientos políticos, (Arts. 114. al 116). Este hecho no ha impedido al Derecho Constitucional ecuatoriano analizar lo referente a los partidos.

Además, como quedó señalado, la misma Constitución se remite frecuentemente a las leyes relacionadas con las instituciones u órganos de que trata. En el caso del ejemplo anterior habrá que examinar la Ley de Partidos y la Ley de Elecciones para una mejor comprensión de dicha institución; el estudio de la función electoral requerirá, también, de dichas leyes. Igual ocurrirá con cada institución.

## 2.- Derechos y garantías fundamentales

Otro extenso campo que requiere la atención del Derecho Constitucional es el referente a los derechos y garantías fundamentales, que sean civiles o políticos, sociales, culturales o económicos, del medio ambiente o colectivos. En síntesis, se trata de los derechos humanos que tanta trascendencia tienen hoy y cuyo reconocimiento está fuera de discusión, inclusive por los mismos Estados que los violan subrepticamente.

No se trata tan sólo de estructurar jurídicamente al Estado ni tampoco de legitimarle a través del Derecho; la

concepción que se impone a partir del siglo XVIII es la de implantar en el Estado un orden jurídico que, reconociendo los derechos inherentes a la persona, establezca un régimen de garantías para los gobernados; un orden jurídico que haga realidad los valores básicos de libertad, justicia y democracia.

Bajo esta concepción que confiere al Estado, como fin superior y esencial, la protección de los derechos humanos se organizarán las funciones estatales, sus competencias y responsabilidades. Es decir, el poder del Estado se estructura teniendo muy en cuenta los derechos y libertades, y como éstos no pueden ser efectivos en un régimen autoritario la única opción será organizar un sistema democrático.<sup>3</sup>

A esta noble finalidad responde todo el movimiento constitucionalista, como luego se examinará. En nuestros días, bajo la óptica de los derechos económico-sociales, se piensa que el Estado debe, además, crear las condiciones necesarias para que los derechos humanos sean efectivos.

En consecuencia, corresponde al Derecho Constitucional regular la organización y funcionamiento del Estado, utilizando mecanismos que hagan posible la plena vigencia de los derechos de la persona y de la sociedad, estableciendo las garantías indispensables. Esto significa limitar el poder del Estado, detentado por los gobernantes, es conciliar la autoridad con la libertad.

Con esta perspectiva sostenemos que existe un *Derecho Constitucional de los Derechos Humanos* que continuará desarrollándose a lo largo del siglo XXI.

3. La Constitución ecuatoriana vigente señala como un deber primordial del Estado "Asegurar la vigencia de los derechos humanos..."(Art. 3 numeral 2); en igual sentido el Art. 16.

### 3.- Definición

En un ensayo -imperfecto por cierto- de definir a nuestra disciplina diríamos que: el Derecho Constitucional es una rama del Derecho Público que estudia los aspectos esenciales de la organización y del funcionamiento de las instituciones políticas del Estado, en armonía con los derechos y garantías fundamentales de la persona humana.

### 4.- Fenómeno político y metodología

Hasta aquí nos hemos referido al análisis de tipo jurídico: estudio de normas o reglas establecidas por el derecho para la organización y funcionamiento de las instituciones estatales; obviamente, aquí se utilizarán los métodos jurídicos. Pero no se puede dejar de lado el análisis del fenómeno político, no hacerlo sería caer en un formalismo jurídico que a la postre daría una visión errónea de la realidad estatal.

No se debe olvidar que las instituciones políticas están conformadas sólo parcialmente por el elemento jurídico, por normas de derecho, quedando otra parte regulada por los usos y prácticas políticas, inclusive sociales. Además, muchas veces, el funcionamiento real de las instituciones estatales se encuentra bastante alejado de las reglas de derecho.

Las instituciones políticas actúan en un contexto social amplio y complejo dentro del cual tienen que ser examinadas. Sabemos que en el contexto social se superponen -con recíprocas influencias- múltiples factores, desde los económicos de tanta incidencia, hasta los religiosos, raciales y factores culturales, en general. Toda esta difusa realidad, difícil de aprehenderla en su conjunto, buscamos resumirla con el común denominador de *fenómeno político*. Y, éste desborda en mucho los problemas que pueden parecer exclusivamente jurídicos.

Recuérdese que en la sociedad existen otras formas de poder, diferentes al poder político del Estado, de donde emanan diversos tipos de presión que el Estado debe tomarlas en cuenta, sea para controlarlas e impedir sus interferencias o sea para servirse de ellas. En todo caso, como bien señala García Pelayo, el Derecho Constitucional, como todo derecho, "no es la pura norma, sino la síntesis de la tensión entre la norma y la realidad con que se enfrenta".<sup>4</sup>

De lo dicho se desprende la insuficiencia del análisis jurídico y la necesidad de enfocar el estudio de la Constitución y de sus instituciones desde otra u otras perspectivas, además de la jurídica, para lo cual se podría contar con la ayuda de ciencias sociales como la historia, la sociología, la economía, la antropología y otras.

Pero es la perspectiva sociológica la que se presenta como el complemento necesario para los estudios que debe realizar el Derecho Constitucional, pues ella permite considerar a las instituciones políticas como fenómenos sociales, es decir, fenómenos observables que tienen que ser explicados y pueden utilizarse hipótesis cuya validez operacional deber ser verificada. Este tipo de análisis lo ha venido desarrollando la ciencia política que ha dado un gran aporte en la investigación del fenómeno político.

Con la antedicha finalidad, el Derecho Constitucional ha ampliado y diversificado sus métodos de investigación; utilizando tanto los métodos jurídicos como los métodos que emplean la sociología y la ciencia política. Los primeros se caracterizan por analizar el derecho positivo y confrontar los hechos con el derecho -si hay o no conformidad-, valiéndose del razonamiento lógico y de la deducción; los segundos recurren a la constatación, a la observación, más que apreciar su

4. Manuel García Pelayo: Derecho Constitucional Comparado, primera reedición de la 7a. de 1961, Alianza Universidad Textos, Madrid, 1984.

conformidad con el derecho se busca explicarlos detectando la causalidad de los fenómenos políticos.

### 5.- Relaciones con otras ramas del Derecho

Del vasto y rico contenido que posee el Derecho Constitucional puede inferirse la amplitud de sus relaciones con las demás ramas del derecho, no solamente con aquellas que conforman el Derecho Público sino también las del Privado; buen ejemplo de estas últimas es la relación con el Derecho Civil en lo que atañe a la familia, a la propiedad, a los derechos de autor, a las responsabilidades civiles, entre otros aspectos; con el Derecho Comercial, la libertad de comercio e industria; en materia societaria, determinadas prohibiciones con la organización de monopolios, etcétera.

En una breve revisión de las relaciones existentes con las ramas públicas se observa: que hay una estrechísima vinculación con el Derecho Administrativo que se preocupa, también, de la organización y actividad del Estado con miras a la prestación de los servicios públicos y para establecer las autoridades competentes en realizar los diversos actos en los que se concreta la administración; se dice que a esta materia le corresponde la función administrativa mientras que el Derecho Constitucional posee una función política.

Con el Derecho Financiero comparte algunas cuestiones relativas a la estructura económica del Estado, a su presupuesto, al endeudamiento público; el Derecho Constitucional señala los principios y reglas para la imposición tributaria, lo cual le vincula con el Derecho Tributario (sub rama del primero).

Con el Derecho Procesal tiene en común establecer los principios que regulan la administración de justicia en los ámbitos penal, civil, laboral, administrativo, fiscal; las reglas que garantizan el debido proceso, la unidad jurisdiccional, la

independencia y la responsabilidad de los jueces. Como una sub rama se ha desarrollado el Derecho Procesal Constitucional que tiene a su cargo los mecanismos procesales para la vigencia de la supremacía constitucional y la protección de los derechos humanos (acción de inconstitucionalidad, recurso de hábeas corpus, acción de amparo, de hábeas data, entre otras garantías de los derechos).

Con el Derecho Penal se relaciona cuando señala los principios básicos que deben regir a esta disciplina jurídica; en determinados aspectos de la imposición de penas y debe comenzar estableciendo si habrá pena de muerte; en lo relativo al régimen penitenciario, a la responsabilidad penal de los funcionarios del Estado, a la extradición.

Con el Derecho Internacional Público se vincula en materias como: la cuestión del territorio; los tratados y convenciones que obligan jurídicamente al Estado; las relaciones con los diversos Estados del mundo; la integración; el asilo; la paz y los conflictos internacionales; la solución pacífica de éstos.

Para concluir, refirámonos al Derecho Laboral -rama mixta, entre lo público y privado- con la cual el Derecho Constitucional se relaciona cuando establece, como lo hace con las otras disciplinas, los principios fundamentales que garantizan el trabajo, en sus diversas modalidades; los derechos irrenunciables de los trabajadores (salario, seguro social, estabilidad, sindicalismo, huelga, etcétera).

En este breve resumen sobre la relación del Derecho Constitucional con las otras ramas del derecho, sólo se ha querido señalar los aspectos generales, objeto de la vinculación, a manera de ejemplos, sin pretender entrar en un análisis mayor. Por estas características, el Derecho Constitucional puede ser considerado como un derecho síntesis. Y no se olvide que todas las ramas del Derecho Público convergen hacia "la organización y funcionamiento del

Estado" de una u otra forma, la diferencia está en que al Derecho Constitucional le corresponde regular las cuestiones *esenciales* en dicha organización y funcionamiento institucional.

Y, justamente, para regular las cuestiones consideradas esenciales es que el Derecho Constitucional incursiona en las áreas de otras disciplinas jurídicas y toma determinados aspectos de éstas y luego las introduce como normas en la Constitución; a partir de ese momento aquellos aspectos del Derecho Laboral, Penal, Procesal u otros se han constitucionalizado, es decir, constan como normas básicas del ordenamiento jurídico-político del Estado.

## 6.- Relaciones con otras ciencias

Siendo el derecho una ciencia social no puede prescindir del conocimiento e interrelación con las demás ciencias sociales; así, el Derecho Constitucional guarda vinculación directa con la historia, con la sociología, la economía, la moral y, naturalmente, con la política. Se ha dicho que el Derecho Constitucional es la rama más política de todas las que conforman el derecho, pues está en contacto directo con la actividad política del Estado, de sus instituciones y de los actores políticos.

De esta brevísima exposición, podemos concluir que el Derecho Constitucional es un derecho síntesis -otra de sus características- por cuanto contiene un poco de todas las otras ramas jurídicas. Por otro lado, podemos señalar, de un modo general, que todo lo que interesa a la sociedad interesa también a nuestra disciplina.

\* \* \* \* \*

## II.- LAS FUENTES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL ECUATORIANO

Hablar de fuente del derecho es referirse, en términos generales, a todo acto o hecho creador de normas jurídicas. Uno de los aspectos de las fuentes del derecho tiene que ver con la forma a través de la cual se crea el derecho. Se puede decir, de modo general, que las fuentes son las mismas para las distintas ramas jurídicas, con las diferencias impuestas por el objeto y la finalidad que les son propias a cada disciplina jurídica.<sup>5</sup>

### 1.- La Constitución y las leyes

En el Derecho Constitucional la fuente principal es la Constitución, ella es la fuente formal de mayor jerarquía que determina los órganos con *potestad normativa* competentes para crear derecho y establece, al mismo tiempo, los procedimientos en los cuales se elaborarán las normas.

Después de la Constitución, se consideran como fuentes, las denominadas *normas infraconstitucionales* que son aquellas de menor jerarquía: leyes orgánicas, leyes ordinarias, la jurisprudencia y la costumbre constitucionales. Como se sabe, todas estas fuentes formales emanan de la Constitución, pues, el ordenamiento jurídico está condicionado a guardar conformidad formal y material con la Ley Superior, dando lugar a la regularidad jurídica que señalara Kelsen.

5. Ver, Hernán Salgado Pesantes: Introducción al Estudio del Derecho, Editora Nacional, Quito, 2002, pp. 73 a 93.

Apliquemos estas nociones de teoría general para establecer las fuentes del Derecho Constitucional ecuatoriano. La Constitución vigente es la fuente formal principal, ella determina que el Congreso Nacional sea el órgano con potestad legislativa y señala el procedimiento para la formación de las leyes.<sup>6</sup>

En nuestro país, a partir de 1998, se establecen dos clases de leyes: las orgánicas y las ordinarias, dando a las primeras determinadas características que las diferencien de las segundas (Arts. 142 y 143 de la Constitución). Esta caracterización no existió anteriormente, como se verá al analizar las leyes orgánicas.

Téngase presente que al regular los aspectos institucionales básicos, nuestra Constitución –como toda Constitución– hace referencia constante a la ley respectiva, relacionada con la materia, esta variada legislación constituye la segunda fuente formal. Así, tendríamos, a modo de ejemplo, leyes que regulan diversas áreas: de la Función Legislativa, de la Judicial, del Régimen Administrativo, de Elecciones, de Partidos Políticos, de Presupuesto, de Seguridad Nacional, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de Naturalización, de Régimen Municipal, etcétera.

### 2.- Las leyes orgánicas

Es importante destacar que en el ámbito de las leyes hay unas de carácter especial denominadas leyes orgánicas. La Constitución las establece para regular ciertas materias de mayor importancia que las demás y ellas constituyen una

6. La potestad legislativa del Congreso Nacional queda establecida en el Art. 130 de la Constitución, numerales 4, 5, 6 y 7; el procedimiento se determina a partir de los Arts. 144 (iniciativa), 150 (trámite) y siguientes de la Ley Fundamental vigente.

categoría intermedia entre la ley suprema y las leyes ordinarias, su jerarquía normativa es superior a éstas e inferior a aquella. Las leyes orgánicas podrían ser definidas por su finalidad, como aquellas que sirven para precisar y completar las disposiciones constitucionales.

La naturaleza especial de las leyes orgánicas está dada por las siguientes **características**: la importancia de la materia constitucional que regulan y desarrollan, es decir hay materias que quedan reservadas a una ley orgánica; por estar establecidas de modo expreso en la Constitución; y, por tener un procedimiento que difiere del de las leyes ordinarias para su elaboración, reforma, derogación o interpretación, generalmente necesitan una votación mayor o quórum calificado, lo cual le confiere una semirrigidez.

Podemos afirmar que en el Ecuador no se ha utilizado realmente esta categoría especial de ley, quizá por desconocimiento de su naturaleza jurídica. La última Constitución de 1978-79 hacía referencia a una Ley Orgánica de la Función Legislativa para regular lo concerniente al Congreso Nacional; luego, las reformas constitucionales promulgadas el 16 de enero de 1996 establecían que: el Tribunal Constitucional tendría una Ley Orgánica para su organización, funcionamiento y procedimientos; y, en la primera disposición transitoria, al señalarse que el Congreso debe dictar o reformar determinadas leyes, se hacía mención a la Ley Orgánica de la Función Judicial, a la Ley Orgánica de la Función Ejecutiva y a la Ley Orgánica del Ministerio Público (además de la del Legislativo).

Se debe aclarar que la Función Judicial ha tenido, desde mucho antes, su Ley Orgánica pero en realidad era sólo una denominación pues no había ninguna diferencia con la ley ordinaria. Asimismo, sin que conste en la Constitución de 1967 se dictó una Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales; igual es el caso de la Ley Orgánica de la Administración Financiera y Control (que reemplazó a la antigua

Ley Orgánica de Hacienda) o de la más reciente Ley Orgánica del Ministerio Público.

Lo expuesto significa que, en la mayoría de casos, no fue la Constitución quien determinó las materias a ser reguladas por una ley orgánica y que éstas no tuvieron ningún procedimiento especial, su formación fue similar al de las leyes ordinarias, por estas razones se dijo que sólo tenían la denominación de leyes orgánicas. Además, la Constitución no le dio ninguna primacía en caso de conflicto con una ley común. En estos casos, ateniéndonos al Código Civil (Arts. 4 y 12) nos veíamos forzados a interpretar que la ley orgánica es una ley especial.<sup>7</sup>

Son las reformas de la Asamblea Nacional Constituyente de 1998 que introducen adecuadamente la categoría de las leyes orgánicas y se lo hace de conformidad con lo que la doctrina propugna a este respecto.

Así la norma constitucional señala las materias específicas para las cuales debe expedirse una ley orgánica (Art. 142); dispone que su aprobación, reforma, derogación e interpretación se haga "*por mayoría absoluta de los integrantes del Congreso Nacional*" (Art. 143, inciso primero), es decir establece el procedimiento y al mismo tiempo determina su mayor jerarquía con respecto a las leyes ordinarias (Art. 143, inciso segundo).

### 3.- Los tratados internacionales

Los instrumentos internacionales como tratados, convenios o convenciones, pactos, protocolos u otros,

7. Vale señalar al respecto, que corresponde a la Constitución establecer un sistema de fuentes pero muchas veces este sistema se lo encuentra en el Código Civil o, en todo caso, lo complementa (así lo relativo a la costumbre, a la jurisprudencia, etc.). Esto induce a hablar de la "desprivatización de las fuentes".

forman parte de las fuentes formales del Derecho Constitucional. La celebración de un tratado u otro instrumento internacional tiene un proceso más o menos complejo en el que intervienen, generalmente, el Ejecutivo y el Legislativo.

Nuestra Constitución establece como una de las atribuciones del Presidente de la República -en materia de política exterior- el "*celebrar y ratificar los tratados y convenios internacionales, previa aprobación del Congreso Nacional, cuando la Constitución lo exija*" (Art. 171, numeral 12).

Es decir, hay tratados y convenios que pueden ser aprobados directamente por el Presidente de la República y que no necesitan ser conocidos y aprobados por la Legislatura, por ejemplo los convenios de cooperación cultural y científica. Y hay otros instrumentos internacionales que la Constitución exige sean aprobados por el Congreso Nacional, la misma Carta Política se encarga de precisarlos tomando en consideración su contenido y lo hace de modo expreso en el Art. 161 mediante seis numerales. En este caso, previa a la aprobación del Congreso, el Presidente de la República debe enviar el tratado o convenio al Tribunal Constitucional y solicitar que emita su dictamen sobre la conformidad del instrumento internacional con la Ley Suprema (Art. 162 inciso segundo y Art. 277 numeral 5 inciso segundo de la Constitución).

Los tratados o convenios que deben ser aprobados por el Congreso requieren el voto favorable de la mayoría de los miembros de la Legislatura (mayoría absoluta) y únicamente se tramita en un solo debate (Art. 162 primer inciso).

Otra cuestión de gran interés es el relativo a la jerarquía normativa de los instrumentos internacionales en el sistema jurídico interno. Antes de 1998 nuestras Constituciones omitieron señalar el nivel jerárquico reconocido a los tratados ni había solución en caso de conflicto con una ley. Ahora, el Art.

163 de la Constitución se refiere a este punto y dispone que luego de la promulgación en el Registro Oficial los tratados y convenios "*formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía*".

La mención de carácter general que se hace a las leyes permite pensar que esta disposición se refiere tanto a las leyes orgánicas como a las leyes ordinarias. Por lo tanto, en caso de conflicto con una ley, sea orgánica u ordinaria, debe prevalecer el tratado o convenio internacional, por cuanto se le reconoce una jerarquía superior a las leyes y por eso éstas no pueden modificarlo o derogarlo.

#### 4.- Otras fuentes

Existen otras fuentes como los reglamentos que, de modo general, sirven para la aplicación de las leyes mediante el desarrollo de sus contenidos y se utilizan, también, en materia administrativa; pueden ser dictados por los órganos que poseen la potestad reglamentaria. La Constitución ecuatoriana regula únicamente a los reglamentos que provienen del Ejecutivo (Art. 171 numeral 5).

Los decretos, acuerdos y resoluciones son otras tantas fuentes, igual que las ordenanzas que emanan de los órganos seccionales, tanto de los concejos municipales como de los consejos provinciales.

En cuanto a la jurisprudencia su aplicación es limitada en nuestro sistema jurídico y mucho más lo es la costumbre que casi no tiene cabida, dados los caracteres de nuestro derecho de orientación continental europea o romanista. Los principios generales del derecho y la doctrina de los tratadistas, por encima de la discusión sobre si deben o no ser consideradas fuentes formales, revisten importancia para el Derecho Constitucional en cuanto orientan la organización de las

instituciones políticas. No nos extendemos más en el análisis de estas fuentes formales, ni de las fuentes materiales o primarias, por presumirlas conocidas al haberse estudiado la disciplina de Introducción al Derecho.

\* \* \* \* \*

### III.- EL MOVIMIENTO HISTÓRICO-POLÍTICO DEL CONSTITUCIONALISMO

El constitucionalismo es un movimiento histórico político de carácter doctrinario, cuyo punto de partida inmediato se encuentra en la segunda mitad del siglo XVIII: tanto en la independencia de las trece colonias inglesas de América del Norte (1766) como en la Revolución Francesa (1789). En el mundo occidental se hallan, como es natural, antecedentes más o menos lejanos<sup>8</sup>; puede señalarse particularmente la evolución del constitucionalismo inglés que alcanza en el siglo XVII su consolidación.

El constitucionalismo busca establecer -por oposición al Estado absolutista- un régimen político en el cual, consciente y expresamente, se ubiquen los derechos del hombre como fin último de la actividad estatal. Y, para que esta aspiración constitucionalista se concrete en la realidad política, se desarrollan doctrinas e instituciones, cuya vigencia será asegurada por el proceso revolucionario de fines del Siglo XVIII.

#### 1.- El Constitucionalismo Inglés

Indudablemente, corresponde a Inglaterra el mayor aporte en el proceso formativo del constitucionalismo, ya por su continuidad y progreso a través de los siglos, ya por haber servido de inspiración y modelo a las doctrina e

8. Así, algunos tratadistas como Carl J. Friedrich hablan de "Constitucionalismo Medieval" y Mc Ilwain de "Constitucionalismo Antiguo".

instituciones desarrolladas en otros países. Fue una evolución lenta pero segura.

En la formación histórica del régimen político inglés, la Carta Magna, ocupa un lugar destacado en razón de su antigüedad (siglo XIII, año de 1215) y debido a los principios que en ella se consagran. No olvidemos que el derecho consuetudinario inglés se ha conformado de prácticas políticas que en un momento dado se transforman en pactos o leyes escritas, reafirmando de este modo las conquistas obtenidas en el transcurso de los tiempos. Ello induce a pensar que la Carta Magna, antes que marcar el comienzo de un nuevo proceso político, entraña la culminación de otro antiguo.

**La Carta Magna** es un documento escrito que contiene 63 artículos y que fuera impuesto por los nobles al rey Juan sin Tierra, en 1215, obligándole a reconocer determinados derechos y libertades. Entre las principales constan: *“ningún hombre libre no será arrestado, ni hecho prisionero o desposeído de sus bienes, sin un juicio leal de sus pares conforme a la ley del país”* *“Nosotros, dice el rey, no venderemos, ni rehusaremos, ni retardaremos a nadie el derecho o la justicia”*. El rey no podría imponer tributos sin el consentimiento del Consejo del Reino que se convertirá, años después, en el Parlamento. Se reconocen las libertades de tránsito y de locomoción y la de comercio; se mantiene la libertad de la Iglesia y se extiende la protección a las personas subordinadas a los señores feudales.

## 2.- El siglo XVII inglés

En los siglos posteriores se dieron nuevas Cartas, pero corresponde al siglo XVII los logros más decisivos e importantes, los cuales **consolidaron** al sistema constitucional inglés y adelantaron su evolución con respecto a los demás países europeos. Entre los documentos de mayor relevancia establecidos en el siglo XVII constan:

- a). **La Petición de Derechos** que el rey Carlos I tuvo que aceptar en 1628, por el cual se ratificó al Parlamento como órgano legislativo; años después en 1641, al mismo monarca, la Cámara de los Comunes le dirigieron una nueva petición quejándose de obstaculizar la labor del Parlamento, conflicto que termina con el juzgamiento y condena a la pena capital de Carlos I.
- b). **El Instrumento de Gobierno**. Con el advenimiento de Oliverio Cromwell, éste dictó una ley denominada *Instrument of Government*, promulgada en 1653, donde estableció algunas normas para su gobierno y que es considerada por muchos como la única Constitución escrita que tuvo Inglaterra, pues las demás Cartas y Declaraciones no reúnen todos los requisitos exigidos por la técnica jurídica constitucional.
- c). **The Habeas Corpus Act**, impuesto por el Parlamento al rey en 1679, que consagra definitivamente la garantía básica del hábeas corpus para proteger la libertad física; esta institución inglesa será, posteriormente, consagrada en la mayoría de legislaciones.
- d). **The Bill of Rights o Declaración de Derechos inglesa** de 1689, un siglo antes de la Revolución Francesa, es otro de los documentos más importantes que obtiene el Parlamento, luego de la abdicación de Jacobo II y el advenimiento de Guillermo de Orange quien acepta esta declaración. Ella reafirma entre otras cosas:
  - Que el pretendido poder de la autoridad real de suspender las leyes, sin el consentimiento del Parlamento es ilegal.
  - Se ratifica que el rey no legisla; que sin el consentimiento del Parlamento no puede imponer contribuciones, ni mantener un ejército en tiempo de paz.

- Se reconoce el derecho de petición al rey y que todas las arrestaciones o persecuciones por este motivo son ilegales.
- Se asegura la libertad de palabra, de los debates y procedimientos en el seno del Parlamento, cuyos miembros deben ser elegidos libremente.
- Se pide no imponer penas crueles ni sanciones económicas excesivas. Por último se establecen las reglas de sucesión a la corona.

De este modo, el constitucionalismo inglés encuentra en el siglo XVII su culminación. En los siglos posteriores la evolución se concreta, sobre todo, al interior del Parlamento, dónde la Cámara de los Comunes busca, primeramente, equilibrar sus atribuciones con la de los Lores y, luego, a medida que reduce el poder político de los Lores, irá tomando hegemonía. Este predominio de los Comunes queda claro a partir de la segunda guerra mundial. Recordemos que desde fines del siglo XIII el Consejo del Reino va perfilándose como Parlamento bicameral, cuando aparece la representación de los estamentos no aristocráticos que son los comunes. Con el transcurso del tiempo, la Cámara de los Comunes consolida su característica esencial: de ser una Cámara de representación popular. Precisamente con esa finalidad se dictaron, en el siglo pasado, diversas leyes electorales.

Por último como en todo proceso histórico, el pensamiento político inglés jugó un papel importante, ejerciendo a través de las diversas épocas un notable influjo, para descollar en el siglo XVII con John Locke, ilustre pensador político que puede ser considerado como el padre del liberalismo.

### 3.- El Constitucionalismo Norteamericano

Este se nutrió en el de su Metrópoli. No olvidemos que buena parte de los inmigrantes ingleses llegaron a las tierras de

América del Norte buscando libertad para sus prácticas religiosas y al establecer sus colonias trataron de darse una organización política respetuosa de sus derechos. Para ello elaboraron Cartas o Pactos Sociales, como es el caso de los peregrinos que vinieron a bordo de "Mayflower" en 1620; otras veces, las cartas las confiere el monarca o simplemente las ratifica, por ejemplo, la de Conecticut en 1633, de Rhode Island en 1641.

Al momento de la independencia de las trece colonias de Norteamérica, en 1776, las ideas de Locke y de los pensadores franceses del siglo XVIII orientaron las concepciones políticas que se concretaron, especialmente, en declaraciones de derechos y en la Constitución federal del nuevo país.

Tres semanas antes de proclamarse la independencia de los Estados Unidos se elaboró la **Declaración de Derechos de Virginia** (12 de junio de 1776) que difiere del "Bill of Rights" inglés por su carácter general y amplio, es decir universal, sin límites espaciales ni temporales; consta de 16 artículos donde se reconocen los derechos de todo ser humano y se establecen los elementos básicos que debe tener un sistema de gobierno a fin de asegurar a la sociedad el goce de estos derechos; ésta servirá de modelo a las declaraciones de derechos de los otros Estados norteamericanos.

También reviste importancia el acta de **Declaración de la Independencia**, que fue suscrita el 4 de julio de 1776, en cuyo segundo párrafo se dice:

*"Sostenemos como verdades evidentes de que todos los hombres nacen iguales; que a todos les confiere su Creador ciertos derechos inalienables, entre los cuales están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos los hombres instituyen gobiernos que derivan sus justos poderes del consentimiento de los gobernados; que siempre que una forma de*

*gobierno tiende a destruir esos fines, el pueblo tiene derecho a reformarla o abolirla, a instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios y a organizar sus poderes en aquella forma que a su juicio garantice mejor la seguridad y felicidad”.*

En 1787 se adoptó, en Filadelfia, la Constitución que organizaba un Estado federal con régimen presidencial y una rigurosa separación de poderes, además de incluir otros principios considerados clásicos. Las primeras diez enmiendas que se agregaron a esta Constitución, en 1791, fue para incluir en su texto la declaración de derechos, de este modo, éstos quedarían fusionados con la parte organizativa del Estado.

#### 4.- La Revolución Francesa en el constitucionalismo

La Revolución Francesa constituye un hecho histórico de gran trascendencia y de enorme repercusión que, junto con la independencia de los Estados Unidos, vendría a ser el punto de partida inmediato del constitucionalismo llamado clásico. Con la pasión propia de todo proceso revolucionario, la Asamblea Nacional Constituyente, tras amplio y solemne debate, aprobó el 26 de agosto de 1789, la **Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano** donde se recogen los principios esenciales que habían venido proclamándose. En su preámbulo dice:

*“Los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre sin las únicas causas de los males públicos y de la corrupción de los gobiernos, han resuelto exponer, en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre; a fin de que esta declaración, teniéndola siempre presente los miembros del cuerpo*

*social, les recuerde constantemente sus derechos y deberes...”.*

Entre los 17 artículos que contiene esta Declaración constan los siguientes:

*“Art 2. El objeto de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.*

*Art 3. Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución.”*

En 1791 aparece la primera Constitución francesa, de corta duración, la inestabilidad política de este período revolucionario daría lugar a otras tres constituciones, hasta terminar el siglo XVIII. El texto constitucional francés se inicia con la célebre Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

Como se sabe, la Revolución Francesa tuvo el mérito de difundir por el mundo los nuevos postulados, los cuales alentaron a los pueblos hispanoamericanos a obtener su emancipación; y, en su Asamblea se generaron numerosas doctrinas y principios políticos que fueron recogidos por el constitucionalismo clásico, por ejemplo, las doctrinas del poder constituyente, de la soberanía nacional, de la representación, etcétera.

\* \* \* \* \*

#### IV.- EL CONSTITUCIONALISMO CLÁSICO Y EL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

El proceso histórico-político del constitucionalismo que se desarrolla en el siglo XVIII y continúa en el siglo XIX recibe la denominación de constitucionalismo clásico, el cual será renovado en el siglo XX por el constitucionalismo social.

Como se ha visto, es a fines del siglo XVIII que aparecen dos tipos de textos escritos, solemnemente legitimados e incorporados al orden jurídico social: por un lado, una Declaración de derechos y por otro, la Constitución propiamente dicha.<sup>9</sup> Posteriormente, estos dos documentos se funden en uno solo bajo el nombre de Constitución del Estado y, de este modo, se mantiene en la generalidad de los países, hasta nuestros días.<sup>10</sup>

A lo largo del siglo XIX, el proceso constitucionalista tomó un gran impulso, diversos Estados elaboraron su Ley Superior y fue para muchos la primera de una larga serie de constituciones. Así, en Europa, España se dio su primera Constitución en Cádiz en 1812, Suiza en 1802, Suecia en

9. Así, la Declaración de Derechos de Virginia de 1776 y las de los otros Estados norteamericanos que proclamaron la independencia; la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Luego, la Constitución federal de los Estados Unidos de 1787 y las Constituciones francesas de 1791, 1793, 1795 y de 1799 en el siglo XVIII.

10. Esto dará lugar a la tradicional división de la Constitución en dos partes: dogmática y orgánica.

1809, Noruega en 1814, Grecia en 1827, Bélgica en 1831, etcétera. También en Latinoamérica las antiguas colonias españolas que se transformaron en Estados soberanos ensayan sus primeras constituciones. El Ecuador tiene un antecedente honroso para su constitucionalismo en la denominada "Constitución Quiteña" de 1812.

#### 1.- Los principios del Constitucionalismo Clásico

En las nuevas constituciones de los Estados occidentales se fueron insertando los principios clásicos del constitucionalismo, aquellos que fueron expuestos por los pensadores políticos de los siglos XVII y XVIII (Locke, Montesquieu, Rousseau) y que, como decíamos, se concretaron en textos jurídicos a fines del siglo XVIII y durante el siglo XIX. Estos principios del constitucionalismo clásico son esencialmente los siguientes.

- **Consagración de los derechos individuales**, tales como la vida, la seguridad personal, la propiedad, la igualdad jurídica, la libertad en sus diversas expresiones; complemento de la libertad política sería la libertad económica. Este principio es rasgo fundamental del constitucionalismo clásico y rasgo característico de la ideología liberal.

- **La separación o división de poderes**. Prevista por Locke y concretizada por Montesquieu, viene a ser la respuesta de la época contra el absolutismo real. A fin de impedir la concentración del poder en una persona u órgano de gobierno, el poder debe ser distribuido, repartido. Surgen así los tres clásicos poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial). Esta teoría contiene un principio ideológico, que constituye su finalidad: garantizar los derechos y libertades del individuo.

- **La soberanía reside en el pueblo**. Es un principio político que no se discute, su principal intérprete fue Juan

Jacobo Rousseau. Sin embargo, durante la Revolución Francesa, frente a la teoría de la soberanía popular de Rousseau se elaboró la teoría de la soberanía nacional que si bien se considera que la soberanía reside en el pueblo, sin embargo con mucha sutileza se da una sustancial modificación.

Al pueblo se lo concibe como una nación y no como una comunidad de personas individuales. Siendo la nación un ente abstracto sería la asamblea legislativa o parlamento quien la represente y exprese su voz. Esto significaba transferir la soberanía del pueblo al órgano legislativo, cuestión que conlleva sus consecuencias. La doctrina de la soberanía nacional sostendrá que el sufragio es ante todo una función pública, "*a la que nadie tiene derecho y que la sociedad dispensa tal como le prescribe su interés...*" De este modo, se impondrá el sufragio restringido y *censitario*, en tanto que la doctrina de la soberanía popular al proclamar que el sufragio constituye un derecho político reivindicaba, la universalidad del mismo.<sup>11</sup>

- **El gobierno representativo.** Ante la imposibilidad de instaurar un sistema de democracia directa en los Estados contemporáneos se da paso al gobierno representativo que constituye una democracia indirecta, donde se procede a través de representantes o mandatarios.

La implantación de un sistema democrático directo en que el pueblo, sin necesidad de representantes, se reúna periódicamente a decidir los asuntos del Estado -o en términos de Kelsen para que concurra a la creación del ordenamiento jurídico- tropieza cada vez con mayores dificultades, así por ejemplo: el problema demográfico, es decir, la imposibilidad física de reunir en lugares apropiados a los millones de

11. Sufragio censitario se denomina a aquel que se basa en la capacidad económica de las personas.

ciudadanos, y la complejidad creciente que revisten los asuntos del Estado sobre los cuales no podrían pronunciarse la mayoría de ciudadanos corrientes.<sup>12</sup>

El fundamento de la representación política fue tomado del Derecho Privado, de la figura jurídica del mandato civil que al ser trasladado al Derecho Público -el mandato político- pecó de imprecisión al no poderse concretar cuál era el contenido del mandato, lo que a su vez impedía establecer claramente la responsabilidad política derivada del incumplimiento de dicho mandato. Además, los mecanismos jurídicos para determinar la responsabilidad política se han mostrado ineficaces.

- **El sufragio restringido.** El gobierno representativo que vino a reemplazar al régimen absolutista encontró su fundamento en la institución del sufragio: mediante elecciones libres, la voluntad popular -fuente originaria de la soberanía- designa a sus gobernantes. De este modo, se conciliaba la tesis filosófico-política de que si los hombres son libres e iguales nadie puede mandar legítimamente en los demás, a menos que haya sido elegido por ellos para hacerlo.

Por otro lado, la representación que proviene del sufragio deja de subsistir al expirar el periodo del mandato, lo cual permite alcanzar cierto grado de alternabilidad en el ejercicio del Poder. Sin embargo el rol del sufragio permanece limitado, pues no todos los titulares de los órganos del Estado provienen de elecciones o, dicho de otro modo, es tan solo una parte del Poder estatal que va a reposar en el sufragio.

Pero la mayor limitación estuvo en las restricciones impuestas al cuerpo electoral, a pesar de habersele reconocido

12. Recuérdese que Rousseau propugnaba un sistema de democracia directa, sus observaciones sobre la vida política de Suiza le estimularon tales ideas. Consecuentemente, no aceptaba la tesis de la representación, especialmente en materia legislativa. Creía que los ciudadanos debían intervenir, si no en la formación misma de las leyes, al menos en su aprobación.

-en tanto que pueblo o nación- depositario de la soberanía; estas restricciones deformarán al sufragio y quitarán toda legitimidad al sistema de gobierno representativo, incidiendo también en la organización y rol de los partidos políticos.

La ciudadanía, calidad indispensable para ejercer el sufragio, estuvo condicionada a poseer no pocos bienes o rentas, o a pagar determinadas contribuciones al Estado; en definitiva, sólo una elite con capacidad económica ostentaba la ciudadanía y por tanto sufragaba. A este tipo de capacidad se agregó la de exigir cierto grado de instrucción -variable con la época y según los Estados- que terminó concretándose en el mal llamado "requisito mínimo" de saber leer y escribir. Además, existieron otras modalidades para restringir el sufragio, como las razones de religión o de raza. También la edad y el estado civil (casado o soltero) tuvieron que ver. En cuanto a la mujer, aquellos tiempos no habían madurado aún para pensar que podría concedérsele el voto.

- **La responsabilidad gubernamental** es otro de los principios que caracterizó al constitucionalismo clásico, en oposición al absolutismo donde el monarca, por regla general, sólo daba cuenta de sus actos a Dios y a su conciencia. Esta responsabilidad (sobre todo la responsabilidad política) a la que están sujetos particularmente los funcionarios superiores del Estado es una consecuencia directa de la soberanía popular y del gobierno representativo. El constitucionalismo desenvolverá y concretará cada vez con mayor precisión la responsabilidad de los gobernantes.

- **El régimen parlamentario** (basado en el modelo inglés) se estableció como forma de gobierno en la mayoría de Estados europeos para luego extenderse a países de otros continentes.

- **El régimen presidencial y republicano** surgió como una alternativa frente al parlamentarismo monárquico. Este sistema se originó en los Estados Unidos de Norteamérica y fue

adoptado por los países iberoamericanos que al independizarse rechazaron la monarquía y establecieron repúblicas.

- **El sistema federal** aparece como una forma de organización estatal frente al Estado de tipo unitario. El federalismo es otro de los aportes de constitucionalismo norteamericano que tiende a una rígida descentralización política y permite a los Estados miembros conservar un alto grado de autonomía. Muchos Estados se inclinaron por el sistema federal.

- **El doble principio de legalidad y de constitucionalidad de las leyes** como fundamentos sobre los cuales reposa el orden normativo-jerárquico que rige al Estado. El principio de legalidad significa que las decisiones políticas y los actos administrativos de los órganos del Estado deben subordinarse a las leyes.

En cambio, por el principio de constitucionalidad se entiende que los tratados internacionales, las leyes orgánicas y ordinarias, y las demás normas del ordenamiento jurídico estatal deben guardar conformidad con la Constitución. De esta manera se alcanza el **Estado de Derecho** y se hace efectiva la regularidad jurídica. Al mismo tiempo, se da a los gobernados los medios de oponerse a los actos ilegales o inconstitucionales.

Para cuidar de la legalidad se creó la jurisdicción contenciosa administrativa y para proteger la constitucionalidad se desarrollaron, básicamente, dos modelos: uno -el más antiguo- cuyo control lo realiza la misma Función Judicial a través de sus jueces (control difuso) y el segundo, que encarga el control constitucional a un órgano único creado especialmente con esta finalidad, independiente de la Función Judicial, llámese corte o tribunal (control concentrado). De estos dos modelos se han derivado otros que pueden considerarse sistemas de control mixto, como ocurre en el Ecuador.

Hasta aquí, los denominados principios clásicos que fueron incorporados en los textos constitucionales a partir de fines del siglo XVIII; no se ha examinado a todos, se ha señalado a los principales.

## 2.- El Estado abstencionista o gendarme

Como cuestión final se debe señalar que estos principios clásicos quedaron enmarcados dentro de un Estado abstencionista, que no debía poner trabas a los individuos, estructurándose el tipo de "Estado Gendarme" encargado simplemente de mantener el orden.

El pensamiento liberal del siglo XVIII creyó ver en el abstencionismo estatal la garantía de las libertades y derechos del individuo. Sin embargo, en la práctica, las teorías económicas liberales ahondaron las desigualdades y la llamada "revolución industrial" se encargó de resaltar esta situación, franqueando el paso a las corrientes socialistas.

En todo caso, quedaba demostrado, que los individuos por sí solos no eran capaces de encontrar su bienestar, perfilándose la necesidad de la intervención del Estado.

## 3.- El constitucionalismo en el siglo XX

En el siglo XX, luego de la primera guerra mundial, el constitucionalismo clásico experimentó un doble proceso: uno de avance y otro de retroceso. Mientras, por un lado, se incorporaron nuevos principios e instituciones que impulsaron su desarrollo, buscando superar las deficiencias, por otro lado, algunos Estados, con diversos argumentos, abandonaron el constitucionalismo clásico.

El jurista español Adolfo Posada utilizaría el vocablo **desconstitucionalización** del Estado para referirse al rechazo

de las tesis y mecanismos jurídicos que el constitucionalismo clásico había implantado. Este hecho obedeció a diversas causas, ya ideológicas o ya por la falta de coincidencia entre el contenido de las constituciones y la realidad político-social de los pueblos que debían regir.

Con criterios y doctrinas diferentes, el proceso de desconstitucionalización del Estado se dio, especialmente: en Rusia a través del régimen marxista-leninista que desde 1918 instauró la "dictadura del proletariado"; en Italia, en 1922 el régimen fascista reemplazó el sistema representativo por un sistema corporativista; en Alemania, el régimen nazi -en 1933- suplantó a las instituciones democráticas de la República de Weimar por el "principio del Führer" de índole totalitaria. Igual camino siguieron España y Portugal.<sup>13</sup>

Las **características** de estos Estados -desde el punto de vista del constitucionalismo- estuvieron dadas por: la anulación de las libertades individuales, la implantación del partido único, el amplio poder del Estado sin limitaciones ni control y la supresión de toda oposición con respecto a los gobernantes.

## 4.- El constitucionalismo social de posguerra

Un gran avance en el siglo XX lo marcó el denominado constitucionalismo social que agrupó a las nuevas tendencias o principios constitucionales de posguerra. Los graves trastornos económico-políticos, ideológicos y de toda índole que ocasionaron las dos guerras mundiales -sobre todo la segunda- abrieron camino a nuevas corrientes de pensamiento, prontas a captar las actuales y adversas circunstancias en que se debatían los pueblos. Por otra parte los excesos del

13. En los países de América Latina, con pocas excepciones, más que desconstitucionalización lo que hubo fue una inestabilidad institucional y la presencia de regímenes autoritarios, continuación del siglo XIX.

individualismo liberal tenían que ser atenuados jurídica y políticamente.

El constitucionalismo social tuvo como soporte ideológico a las diversas corrientes del socialismo, las cuales impulsaron el espíritu de transformación. Los nuevos principios e instituciones del constitucionalismo social de posguerra buscaron superar las deficiencias del constitucionalismo clásico, al mismo tiempo que reafirmaron sus principios en lo esencial, completando y rectificando algunos e incorporando otros.

Entre las principales tendencias e instituciones que implantó el constitucionalismo social deben señalarse:

1) Las doctrinas que consagran los **derechos económicos y sociales**, los cuales vienen a completar y a dar sentido a los derechos individuales (civiles y políticos). Estos nuevos derechos buscan dar una base económica y material que posibilite a todos acceder a un nivel de vida compatible con la dignidad humana. Para los sectores marginales de la sociedad y para los de escasos recursos económicos muchos de los derechos y libertades que se habían consagrado carecían de un significado real ¿qué sentido puede tener para quien se debate en angustiada pobreza la libertad de pensamiento, de asociación o de locomoción? En tales circunstancias el derecho de propiedad se convierte en un sarcasmo.

Los derechos económicos y sociales tienen que ver con el trabajo, la previsión o seguridad social, la salud, la vivienda, la educación y la cultura. Esa base material y económica -considerada indispensable- se alcanzará mediante el trabajo, debidamente remunerado y estable, tutelado por la ley. Además, el trabajador tendrá un derecho irrenunciable a la seguridad social. El Estado proveerá los centros de salud y de educación y planificará la vivienda barata. Se limita el derecho de propiedad al regular su ejercicio en función del bien social.

La Constitución ecuatoriana de 1929 marcó el advenimiento del constitucionalismo social en nuestro país y consagró -por primera vez- estos nuevos derechos.

2) Se proclamó el **sufragio universal** que amplió la participación popular y permitió dar una base más democrática al sistema de gobierno representativo. Se tomó conciencia que no cabe imponer restricciones sea por condición económica o social, por razón de sexo, raza o credo religioso. Los requisitos exigidos para obtener la ciudadanía, y en consecuencia ejercer los derechos políticos, debían ser mínimos e indispensables.

De este modo se incorporó el sufragio femenino (en el Ecuador lo hará la Carta Política de 1929) y luego ejercerá este derecho el analfabeto gracias a la innovación que trajo la Constitución de 1978-79.

3) Se introdujeron diversos mecanismos de **consulta popular**, llámense referéndum o plebiscito, iniciativa popular, *recall* o revocatoria del mandato. Estos mecanismos permiten, como en el caso del sufragio universal, una participación más activa del pueblo frente a sus gobernantes o mandatarios. El gobierno representativo del constitucionalismo clásico, que es una democracia indirecta, se transforma en una democracia semidirecta de gobierno.

Con la denominación de plebiscito, la Constitución de 1967 introdujo en nuestro país la consulta popular, que luego fue mejor desarrollada por la Carta Política de 1978-79, a la cual las reformas constitucionales de 1996 y de 1998 le darán mayor precisión.

4) Para las elecciones pluripersonales (cuando hay que elegir a dos o más candidatos) se estableció la **representación proporcional de las minorías**. Este sistema permite a los partidos políticos que no obtuvieron el primer puesto estar representados de modo proporcional a la votación alcanzada. No siendo posible dar representación a todos, se toma en

consideración a las fuerzas políticas que hayan obtenido mayor votación.

En el Ecuador, la Constitución de 1929 trajo la representación de minorías aunque de un modo defectuoso, no proporcional, pero el sistema fue mejorado posteriormente.

5) Se utilizó, cada vez más, la **planificación económica y social** como un instrumento necesario a fin de determinar las prioridades que son indispensables y poder concretizar los derechos sociales y demás servicios públicos por parte del Estado. En nuestro país se creó en 1954 la Junta Nacional de Planificación y Coordinación Económica (JUNAPLA) que se la incorporó en la Constitución de 1967 y, luego, fue reemplazada por el Consejo Nacional de Desarrollo (CONADE), dirigida por el Vicepresidente de la República. Las reformas de 1998 prefirieron establecer un sistema nacional de planificación a cargo de un organismo técnico dependiente de la Presidencia de la República, *“con la participación de los organismos seccionales autónomos y de las organizaciones sociales que determine la ley”*. (Art. 255 de la Constitución y 254).

6) Se buscó por diversos medios **racionalizar la administración pública**, es decir, modernizar las instituciones estatales para darles mayor eficiencia. En el Ecuador esto ocurrió en 1928 con la Misión Kemmerer traída por el gobierno provisional –para entonces– del Dr. Isidro Ayora, creándose el Banco Central, la Contraloría del Estado, la Superintendencia de Bancos, entre otras innovaciones financiero-administrativas. Desde los años noventa nuestro país busca la modernización bajo otras circunstancias, pero la idea de optimizar los recursos humanos y económicos sigue en pie.

7) En cuanto al papel del Estado en la vida social y económica de la comunidad se abandona la concepción abstencionista. Las nuevas tendencias de posguerra se inclinan por la **intervención del Estado, en mayor o menor medida**, al considerársela necesaria para asegurar a la sociedad un

mínimo de bienestar, de justicia social en otros términos. Los mismos derechos económicos, sociales y culturales impulsan a las instituciones del Estado a actuar a fin de alcanzar progresivamente estos derechos. También los servicios públicos continúan –a lo largo del siglo XX– en un acelerado desarrollo que obligan al Estado a satisfacerlos y a utilizar tecnologías más sofisticadas (caminos vecinales y carreteras, transporte, luz eléctrica, agua potable, teléfonos, etcétera); pero, al mismo tiempo, llevan al ente estatal a un crecimiento desmesurado.

Estos criterios dieron lugar al llamado Estado de bienestar (*welfare state*). En los países en vías de desarrollo a este tipo de Estado se lo ha considerado de carácter paternalista. Contra algunos aspectos de estas doctrinas intervencionistas surgirán, en nuestra época, las corrientes neoliberales.

Por último, en el siglo XXI se continuará luchando por alcanzar la justicia social, por la redistribución de la riqueza frente al aumento de la pobreza crítica, por exterminar todo rezago de discriminación y dar mayor protección a los grupos vulnerables de la sociedad. Se tomará mayor conciencia de los derechos y nos identificaremos con la humanidad toda en una época cada vez más interdependiente e interrelacionada, o globalizada como suele llamársela. En este contexto deberá cuidarse el medio ambiente y hacer realidad el desarrollo sustentable, la paz y la solidaridad.

## 5.- **Ámbito internacional del constitucionalismo**

Muchos de los principios básicos del constitucionalismo fueron incorporados en los estatutos de los organismos internacionales o fueron recogidos en textos y declaraciones que recibieron la ratificación mayoritaria de los Estados miembros; así, la *Declaración Universal de los Derechos del Hombre* aprobada y proclamada por la Asamblea General de

las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948. Meses antes -el 2 de mayo- en el marco de la OEA fue sancionada una declaración similar por la 9a. Conferencia Internacional Americana en Bogotá.

El **Consejo de Europa**, con sede en Estrasburgo y que agrupa actualmente a cuarenta y un Estados, sancionó -en 1950- el *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, teniendo la ventaja de haber creado mecanismos jurídicos de control (una Comisión y una Corte) para hacer efectiva tal protección; y, con el fin de extender la protección a los derechos económicos y sociales se firmó en 1961 la *Carta Social Europea*.

En 1966, en el seno de la ONU, la Asamblea General aprobó el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, y otro de *Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Por otro lado, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) también ha tomado un activo papel respecto de los derechos sociales. En el marco regional de la OEA igualmente se han suscrito importantes instrumentos jurídicos internacionales como la *Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José* de 1969.

Estos aspectos -someraamente señalados- constituyen lo que algunos autores llaman la Internacionalización de los principios del constitucionalismo. En mi criterio personal estos hechos forman parte de la nueva disciplina jurídica: el Derecho Constitucional de los Derechos Humanos, ellos son una consecuencia del fortalecimiento del constitucionalismo clásico y social, cuyas instituciones se organizaron teniendo como eje central la dignidad humana, para hacer efectivos los derechos y las libertades de la persona individual y socialmente considerada.

## 6.- Hacia el Estado social y democrático de Derecho

Después de la Segunda Guerra Mundial el constitucionalismo ha tenido una suerte muy variada. Numerosas constituciones fueron dictadas y reformadas pero no siempre se acogieron al espíritu que animó al constitucionalismo y a sus técnicas jurídicas, además de que, muchas veces, las cartas fundamentales sólo tuvieron la apariencia, sirvieron de meras "fachadas constitucionales", pero no se aplicaron. Es decir, han sido "constituciones de papel".

Sin embargo y a pesar de lo dicho, en los inicios del siglo XXI, constatamos que la democracia constitucional se ha vigorizado. Su renovada lucha por mantener el Estado de Derecho no ha sido infructuosa; hoy, constitucionalismo y Estado Social de Derecho resultan sinónimos, identificándose plenamente, y forman parte consustancial de ese ideal que es la democracia. Los pueblos así lo han comprendido, otorgándole un carácter de permanencia en el sistema de valores jurídico-políticos. Es por ello que las dictaduras, con su carga de ilegitimidad, se vuelven meros accidentes llamados a desaparecer. ¡El hombre no ha renunciado a su libertad ni ha cedido sus derechos, esta conciencia se la ha dado el constitucionalismo!

\* \* \* \* \*

## V.- TEORIA DE LA CONSTITUCION

Al examinar el contenido del Derecho Constitucional habíamos expresado que es a través de las instituciones jurídico-políticas que el poder del Estado se establece, se ejerce y se transmite. Entre las instituciones que establecen el poder se encuentran: la Constitución, el poder constituyente y los poderes constituidos. Iniciaremos el estudio con la Constitución, de la cual decíamos que era el objeto esencial del Derecho Constitucional, aunque no exclusivo.

### 1.- Constitución y pacto social.

La idea de Constitución trae reminiscencias del pacto o contrato social, cuyas teorías fueron desarrolladas -al mismo tiempo que la Constitución- en el siglo XVIII. Entre los propugnadores del contrato social están: Grocio (Siglo XVI), Hobbes y Locke (siglo XVII), y sobre todo Rousseau (siglo XVIII).

Entre los aspectos sobresalientes de estas teorías, nos interesa destacar aquella que se refiere a que los hombres libre y voluntariamente acuerdan establecer una sociedad, cuyos miembros aceptan por este contrato o pacto, una recíproca limitación de sus libertades y consienten en obedecer a las autoridades designadas por ellos.

De esta manera, las tesis contractualistas sostienen que el pacto social constituiría el fundamento del Estado. Estas teorías tratan de resolver la contradicción que surge entre el

principio de que todos los hombres nacen libres e iguales, y la necesidad de un poder político que asegure el funcionamiento de la sociedad.

Si la limitación de la libertad y la designación de los gobernantes es fruto de un acuerdo común, nada alteraría la tesis de que la libertad e igualdad son inherentes al ser humano.

No es del caso efectuar un análisis crítico de estas doctrinas, lo que se quiere es subrayar e insistir en que la Constitución, **aparece como una forma de pacto o contrato social** y esta idea ha permanecido latente.<sup>14</sup>

Cuando en 1830 los constituyentes ecuatorianos elaboraron la Constitución del naciente Estado hicieron referencia, en más de una vez, al pacto social que unía a los tres *Departamentos* ecuatorianos y al pacto de unión que debía celebrarse con los Estados de la Gran Colombia y, más concretamente, en seis Constituciones (de 1835, 1845, 1851, 1852, 1861 y 1878) el artículo primero declara que nuestro país "*se compone de todos los ecuatorianos reunidos bajo un mismo PACTO de asociación política*".

Los mecanismos de consulta popular que muchos Estados utilizan para la aprobación de una carta constitucional refuerzan la idea de que la Constitución encarna un pacto social, cuyos principios rectores han sido aceptados por la mayoría ciudadana.

### 2.- ¿Qué es una Constitución?

El estudio de la Constitución ha dado lugar a diversas doctrinas y a numerosos conceptos. Para lograr conocer y aprehender la substancia constitucional, algunos juristas han

14. Recordemos que las colonias inglesas, al instalarse en América del Norte, establecían Cartas o Pactos sociales a los cuales debían someterse.

propugnado la creación de una disciplina especializada y autónoma que permita profundizar el estudio sobre la Constitución, al igual de lo que ocurre con la *Teoría General del Estado*.

Tal es el caso del jurista alemán Carl Schmitt, quien fue uno de los primeros en formular una *Teoría de la Constitución* como disciplina autónoma y bajo esta denominación publicó -en 1928- la primera edición de su célebre obra. Igual lo hará, posteriormente, Karl Loewenstein. Sin embargo, el estudio de la Constitución si bien se ha desarrollado no ha conformado una rama independiente, sigue siendo parte esencial del Derecho Constitucional.<sup>15</sup>

También se ha elaborado una tipología con los conceptos acerca de la Constitución, es decir, se los ha clasificado u ordenado en tipos. Así, por ejemplo, el tratadista español García Pelayo agrupa los conceptos en tres tipos: el racional normativo, el histórico tradicional y el concepto sociológico.<sup>16</sup>

Esto demuestra la dificultad de conseguir unidad en la formulación del concepto y entre otras razones está, como señala García Pelayo, el hecho de que *"la Constitución forma un nexo entre diversas esferas de la vida humana objetivada, por el que se vinculan sectores de la realidad política, jurídica, sociológica, etc."*<sup>17</sup>

### 3.- Contenido de la Constitución

Al examinar un texto constitucional se distinguen claramente dos partes esenciales:

15. Carl Schmitt: *Teoría de la Constitución*, 1a. reimpresión en "Alianza Universidad Textos", versión española de Francisco Ayala, Alianza Editorial, Madrid, 1992.

16. Karl Loewenstein: *Teoría de la Constitución*, traducción de Alfredo Gallego Anabitarte, reimpresión de 1979, Editorial Ariel, Barcelona.

17. Op.cit., pag. 33 y siguientes.

1.) Por un lado, enuncia los principios básicos que sirven de fundamento al Estado constitucional, los cuales deben orientar la acción de los poderes públicos. Además, consagra los derechos y libertades de la persona y establece las garantías que tutelan los derechos. Esta es la llamada **parte dogmática** de la Constitución.

2.) De otro lado, organiza el poder del Estado a través de las instituciones políticas y reglamenta su ejercicio. Lo cual significa establecer en el Estado: los órganos, sus funciones, sus competencias o atribuciones y sus responsabilidades. Al mismo tiempo, se determinan los procedimientos para designar a las personas que serán investidas de autoridad. Esta es la denominada **parte orgánica** de la Constitución.

Un punto importante que conviene destacar es que los preceptos constitucionales tienen la función de **limitar al poder del Estado** -una autolimitación, según Jellinek- lo cual está acorde con los postulados del movimiento constitucionalista. Dicho de otra manera, la Constitución establece un régimen de garantías, cerrando el paso a toda arbitrariedad y abuso.<sup>18</sup>

Estas ideas básicas, que presentamos en breve síntesis, las encontramos en la mayoría de los tratadistas. Las diferencias responden a la particular óptica con que se miran los aspectos formales, estatales o políticos que encierra la Constitución, al acento que se ponga en lo jurídico o en lo extrajurídico.

Un destacado cultor de la ciencia política de nuestro tiempo, el profesor francés Georges Burdeau señala que la formación del Estado se concretiza en un acto jurídico que es la Constitución, acto que determina la manera como son seleccionados los gobernantes y las condiciones en las cuales

18. Para el constitucionalismo la Constitución tiene una función limitadora del Poder y, a la vez, garantizadora de los derechos fundamentales.

ejercen el poder. Para este tratadista, la Constitución aparece como "el correctivo jurídico del fenómeno político que es el Poder; ella sanciona la sumisión de la política al derecho".<sup>19</sup>

A través de un detenido análisis, Burdeau concibe que la Constitución es el estatuto del Poder. Por un lado, la Constitución vincula el Poder a la idea del Derecho. Idea del Derecho que se plasma en la organización y el funcionamiento de las instituciones políticas del Estado, al mismo tiempo que crea los supuestos para el ejercicio legítimo del Poder, en otras palabras, se institucionaliza el Poder del Estado; esto, a su vez, trae la institucionalización de los gobernantes, pues el estatuto constitucional establece las reglas para el ejercicio concreto del Poder, con arreglo a las cuales deben actuar los gobernantes: por eso la Constitución es también el estatuto de los gobernantes.

De este modo, como expresa el autor citado, la Constitución establece la legitimidad de los gobernantes que necesitan de un título para mandar, de una investidura que la Constitución les otorga, previa definición de las condiciones que deberán realizarse para que opere la legitimidad. Así investidas, aquellas personas que ocupan los cargos o roles de gobernantes se transforman en órganos del Estado, cuyos actos serán imputables al Estado.

#### 4.- Doctrina de la supremacía constitucional

En el ordenamiento jurídico, orden gradado y jerarquizado, la Constitución ocupa el nivel normativo superior, tiene la mayor jerarquía jurídica, a esto se denomina la superlegalidad o la supremacía de la Constitución. Lo dicho

19. Georges Burdeau: *Traité de Science Politique*, Tome IV, 3e. édition, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1984, Paris, p. 132.

significa que las normas constitucionales se caracterizan por tener una fuerza jurídica especial y superior, una superlegalidad; ello le pone a la cabeza del ordenamiento jurídico del Estado, confiriéndole una preeminencia indiscutible.

De lo expuesto es fácil deducir que la Constitución es el fundamento sobre el cual se levanta la totalidad del orden jurídico y ella determina las condiciones de validez de todas las demás normas.

También hay que señalar que, frente a una violación de la Constitución, la supremacía se hace efectiva a través del **control de constitucionalidad**, que viene a ser un sistema de protección jurídica a la Constitución.

Quien mejor ha interpretado esta característica de supremacía de la Constitución -de ser Ley Suprema- es Kelsen, a través de la pirámide jurídica, cuya cúspide o cima ocupa la Constitución y a ella se subordinan -en primer lugar- las demás leyes y actos legislativos; éstos son válidos en cuanto se derivan de la Constitución.

Por otro lado, la Constitución da unidad al orden jurídico. "Una pluralidad de normas, anota Kelsen, forma una unidad, un sistema, un orden, cuando su validez puede ser atribuida a una norma única como fundamento último de esa validez".<sup>20</sup>

En resumen, la superlegalidad constitucional se traduce en la supremacía de la Constitución frente a todas las demás normas jurídicas vigentes en un Estado. Además,

20. Hans Kelsen: *Théorie Pure du Droit*. Traduction française de la 2e édition de la "Reine Rechtslehre" par Charles Eisenmann. Dalloz, Paris, 1962, p. 257.

la distinción no sólo material sino también formal - especificidad de contenido y de procedimiento- que caracteriza a la Constitución, hace que ésta sea la Ley Suprema del Estado.

### 5.- Concepto material y formal; Clasificaciones

Desde el punto de vista jurídico, la Constitución puede ser comprendida en dos sentidos: uno material y otro formal. Para el **concepto material** se considera su contenido y entonces se concibe a la Constitución como el conjunto de reglas esenciales, básicas, que determinan la organización y la actividad del Estado.

Tradicionalmente la técnica jurídica ha recomendado que las constituciones deben ser **breves o sumarias**: contener las cuestiones básicas y generales, dejando los detalles para la legislación ordinaria. Además, las cuestiones de detalle cambian prontamente sin que sea posible reformar la Constitución cada vez que esto suceda, por el grado de rigidez que posee.

Lo contrario, son las constituciones desarrolladas o de carácter reglamentario. Un ejemplo reciente estaría dado por la Constitución de Colombia de 1991, bastante extensa que contiene 380 artículos y 59 disposiciones transitorias. Un argumento a favor de desarrollar el contenido constitucional es el de evitar los vacíos o lagunas, y las ambigüedades en que, a veces, se incurre por la excesiva brevedad de los preceptos constitucionales.

Pero quizá el mayor argumento sea el de no dejar a la voluntad del legislador ordinario -cuando elabore la ley respectiva- aquellas cuestiones que el legislador constituyente ha considerado como importantes; en tales casos, para evitar la tergiversación, se prefiere desarrollar las normas

constitucionales dentro de la orientación y el sentido dados por el constituyente.<sup>21</sup>

La **noción formal** hace referencia a la formación de la Ley constitucional, destacando la característica de ser una ley que para su elaboración o reforma requiere de un procedimiento diferente al de las leyes ordinarias y, además, de un órgano o autoridad especial. Sin embargo, esta noción formal de Constitución puede tener sus excepciones, como el caso de Inglaterra donde las normas constitucionales pueden ser modificadas en el Parlamento, siguiendo el procedimiento legislativo ordinario.

Al examinar el aspecto formal de la Constitución (lo relacionado a su formación y trámite) se establece que las Constituciones pueden ser **rígidas y flexibles**: las primeras son aquellas que, precisamente, exigen un procedimiento especial y la intervención de un órgano calificado; y, las flexibles son -al contrario- las que adoptan el mismo trámite de las leyes ordinarias, es decir, pueden ser elaboradas o reformadas sin necesidad de un procedimiento y órgano especiales, como sucede en el caso inglés. Pero no se crea que los ingleses por no tener un procedimiento especial pueden modificar fácilmente sus normas constitucionales pues siendo un sistema consuetudinario todo cambio exige tiempo.

La mayoría de los Estados prefieren una Constitución rígida, en mayor o menor grado, para revestirla de especial solemnidad y trascendencia, y asegurar de este modo su

21. Para ilustrar estos casos, donde se desarrollan de modo reglamentario determinados preceptos constitucionales, dada su importancia, podemos citar en el Ecuador la norma que consagra la garantía del hábeas corpus (Art. 93 de la Constitución); a este ejemplo, habrá que agregar la disposición sobre el amparo (Art. 95). Lo contrario, es decir un precepto muy sumario, sería -por ejemplo- el relativo al Consejo Nacional de la Judicatura (Art. 206), donde apenas se esboza a la institución creada por las reformas de 1992, su forma y contenido la dará el legislador ordinario.

permanencia. Esta idea de permanencia, que forma parte de la Constitución, no significa en modo alguno la inmutabilidad de sus preceptos, pues es obvio que estos tienen que adecuarse a la dinámica social y política de una nación. La existencia de la Ley Suprema y el ordenamiento que quiere implantar están en relación directa con las realidades y circunstancias históricas de un pueblo: de su coincidencia se derivará su estabilidad. La reforma o revisión constitucional sirve para estos fines.

En nuestra época, los procedimientos de reforma constitucional que utilizan generalmente los Estados podrían calificarse de semirrígidos; así ocurre en el Ecuador. Hay que tener presente que el exceso de rigidez puede contribuir a la ruptura del Estado de Derecho porque se estaría dando un procedimiento demasiado engorroso para la reforma de la Constitución, lo cual incitaría a buscar los cambios a través de una "nueva" Ley Suprema.<sup>22</sup>

También se clasifican a las Constituciones en **escritas y consuetudinarias**, según se trate de normas reunidas y redactadas en un documento o texto único sancionado por el órgano competente; o bien, son reglas nacidas de la costumbre impuestas por los usos y prácticas reiteradas. El carácter de texto escrito le otorga mayor precisión (a la vez que facilita su conocimiento y difusión) y corresponde mejor a la noción de rigidez constitucional que vimos anteriormente.

Igualmente, ha sido Inglaterra el prototipo de un Estado que se rige por una Constitución emanada de la costumbre, pero también forman parte de ella los documentos escritos: desde la Carta Magna, hasta aquellos que se han dado en este siglo. Lo que significa que el funcionamiento constitucional inglés no es totalmente consuetudinario. Además, hay Estados

22. Estas situaciones se dieron en nuestro país, tenemos el caso de la Constitución garciana (Carta Negra) de 1869 que al no poder ser reformada prontamente ocasionó la caída del Presidente Borrero y la dictadura del general Veintemilla (1876).

que tienen una Constitución escrita pero dejan también margen a la costumbre, la que juega un papel importante, tal es el caso de los Estados Unidos.

## 6.- Ensayo de definición.

Una vez desarrollado el concepto jurídico de lo que es la Constitución, podríamos intentar una definición igualmente jurídica porque –repetimos– la Ley Fundamental o Carta Política del Estado puede ser estudiada desde diversas perspectivas o especializaciones del saber humano. Asimismo, queda claro que un estudio jurídico de la Constitución no puede prescindir de las cuestiones sociológicas, económicas u otras, que las hemos englobado bajo la denominación de fenómeno político.

Tomando los elementos básicos para elaborar una definición podríamos afirmar que la Constitución es el acto jurídico fundamental que determina la organización del Estado y reglamenta el ejercicio del poder, estableciendo un régimen de garantías.

Cuando un país se organiza política y jurídicamente como Estado, porque se independiza o se crea, su carta de nacimiento es la Constitución, ella reúne ideologías y consensos superando las discordias y concreta la fundación misma del Estado, si su *telos* o finalidad es la limitación del poder esto se conseguirá fijando las atribuciones y responsabilidades de quienes ejercen el poder, para dar lugar a un orden social y político de respeto a los derechos humanos y a los deberes jurídicos que esos derechos conllevan.

## 7.- Poder constituyente y poderes constituidos

El poder constituyente es un tema apasionante sobre el cual se ha escrito mucho y en todas las épocas a partir del siglo XVIII. Por su origen fue un concepto revolucionario y por su

contenido es un concepto democrático. Al poder constituyente se le ha atribuido el don de transformar el hecho político en orden jurídico y por eso él es la fuente de donde nace el ordenamiento constitucional.

El estudio del poder constituyente entraña el análisis de una doble problemática. Por un lado está el análisis de lo que podríamos identificar como un problema de técnica jurídica constitucional y, por otro, el que aborda una cuestión de doctrina política, tema preferido de los ensayistas. Tengamos presentes estas dos cuestiones para una mejor comprensión del tema.

**Como técnica jurídica constitucional:** Cuando se afirmó, al analizar el concepto formal de la Constitución, que la norma constitucional es diferente del resto de normas que integran el orden jurídico, por cuanto su elaboración —y también sus reformas— deben ser realizadas por un órgano especial, con procedimientos especiales, se hacía referencia implícita al “poder constituyente”.

El poder constituyente viene a ser el órgano con especial competencia para dictar o reformar la Constitución, frente a los “poderes constituidos” que tienen normal capacidad o competencia para expedir las demás normas jurídicas.

La distinción entre poder constituyente y poderes constituidos significa distinguir entre la ley constitucional y las leyes ordinarias, fijando las diferencias: rígida la primera, flexibles las segundas; las leyes ordinarias deben guardar conformidad con la ley constitucional para tener validez, no la pueden contradecir o violar. De este modo, los poderes constituidos quedan enmarcados y limitados por el poder constituyente.

Expresado de otra manera, los poderes constituidos son las instituciones políticas organizadas por el acto constituyente e incorporadas a la Constitución, es decir los poderes

constituidos emanan de un ordenamiento superior, al cual quedan sujetos.<sup>23</sup>

En síntesis, el poder constituyente es la consecuencia directa de las características de supremacía o superlegalidad y del determinado grado de rigidez que posee la Constitución. Kelsen, quien no da importancia a la teoría del poder constituyente, considera que ésta es tan sólo una manifestación de la rigidez constitucional; que no tiene más sentido que el de dificultar la modificación de la norma fundamental.

Según Kelsen, la “norma hipotética fundamental”, en la que se basa, en último término, la validez de la Constitución no tiene un determinado contenido, no expresa quién es el “soberano” o titular del poder constituyente. Este puede corresponder a cualquiera: tanto al autócrata como al pueblo. Kelsen piensa que señalar al pueblo o a la nación como titular del poder constituyente es puro derecho natural, no aceptable para la teoría “pura” del Derecho.<sup>24</sup>

Hasta aquí el análisis del poder constituyente como una cuestión de técnica jurídica constitucional.

**El poder constituyente como doctrina política:** Decíamos que el análisis del poder constituyente y de los poderes constituidos entraña, también, una cuestión de doctrina política que consiste en determinar ¿cuál es el titular del poder constituyente? ¿es el rey, el pueblo, la nación, el líder revolucionario, etc.? Siendo el poder constituyente la más alta expresión de la soberanía, participa del mismo problema doctrinario de ésta: ¿en quién reside?

23. La diferencia formal y técnica entre la ley constitucional y la ley ordinaria está en el distinto órgano que las crea, como en los procedimientos. Esto implica una mayor dificultad, lo que significa que hay rigidez.

24. Hans Kelsen: *Teoría General del Estado*, traducción de Luis Legaz Lacambra, décimaquinta edición, Editora Nacional, México, 1979, pp. 329 y siguientes.

El constitucionalismo, acorde con sus postulados, señala al pueblo o a la nación como único titular del poder constituyente. Tanto en la independencia de los Estados Unidos como en la Revolución Francesa se consideró que el pueblo, en ejercicio de la soberanía, elegía a sus representantes para que reunidos en una convención o asamblea constituyente dictaran la ley suprema de la comunidad política. Históricamente este poder soberano lo habían tenido los reyes pero luego se transfiere al pueblo, sólo en Inglaterra -que nunca adoptó una Constitución escrita- la soberanía y el poder constituyente pasaron directamente al Parlamento, lo que consagró el principio de la soberanía parlamentaria con interesantes consecuencias.<sup>25</sup>

La teoría del poder constituyente se desarrolló durante la Revolución Francesa y estableció a la nación como sujeto titular del mismo. Su autor fue el abate Emmanuel Sieyès y lo esencial de esta doctrina consta en su célebre obra "*¿Qué es el Tercer Estado?*", donde sostiene el derecho originario y exclusivo que tiene la nación para elaborar su propia Constitución.

### 8.- Poder constituyente originario y derivado

Una consecuencia que puede deducirse de la concepción de Sieyès es la relativa a diferenciar el poder constituyente que dicta la Constitución de aquel otro poder que se encarga de revisar o reformar la Ley Fundamental. Queda claro que el uno es un poder creador, primario, sin límites jurídicos porque se entiende que no existe todavía el derecho positivo fundamental o porque, en todo caso, está por encima del derecho positivo.

El otro poder -el que reforma- presupone la existencia de la Constitución y por tanto debe sujetarse a ella, es un poder secundario, creado, pero sin embargo al realizar la reforma

25. Esta transferencia ocurrió a finales del siglo XVII, luego de la denominada Gloriosa Revolución, que derribó del trono a Jacobo II.

constitucional puede ser, también, un poder que crea, modifica o suprime a los poderes constituidos, aunque tal actividad tenga sus límites impuestos, como se dijo, por la propia Constitución.

Esta innegable distinción ha llevado a hacer una diferencia del poder constituyente en originario y derivado. Poder constituyente originario es aquel que tiene plenos poderes y competencia para elaborar o crear una Constitución, sea porque no existe, por ejemplo, en el caso de la formación de un nuevo Estado o porque se cambia la anterior Constitución por una nueva, lo que acontece, generalmente, luego de un golpe de Estado o de una dictadura, como ha ocurrido en el Ecuador.

Poder constituyente derivado es aquel cuya competencia y atribuciones están determinadas por la Constitución. Como su denominación lo indica, este poder se deriva de las disposiciones de la Ley Fundamental y en consecuencia no tiene amplias facultades como en el caso anterior; debe actuar dentro de los límites establecidos por la Ley Suprema. El Poder Constituyente derivado es el que se encarga de la revisión, enmiendas o reformas a la Constitución.

En definitiva, se observa que el poder constituyente derivado ocupa un nivel intermedio entre el poder constituyente propiamente dicho y los poderes constituidos. Se diferencia del primero y de los otros. Algunos autores, para referirse al poder que puede introducir enmiendas o reformar la Constitución, lo denominan poder constituyente constituido.

### ¿Es ilimitado el poder constituyente?

Una última cuestión que suscita muchos debates es la relativa a saber si el poder constituyente originario es realmente ilimitado, como pretende la teoría. Esta tesis reviste muchos riesgos porque presupone que el pueblo -titular de la

soberanía- tiene un poder omnímodo y que lo delega a sus representantes constituyentes, quienes podrían decidir de modo absoluto todo aquello que consideraren apropiado. Por esta vía es más fácil caer en los totalitarismos que construir una democracia. La experiencia histórica lo confirma.

En consecuencia, tiene que aceptarse que el poder constituyente originario tiene determinados límites, éstos estarían dados por los valores superiores que tiene el ser humano, por los principios ético-políticos que proclama la comunidad internacional, los cuales se conjugan con los valores y principios del propio país. Sólo de este modo se respetarán los derechos humanos y se podrá estructurar un sistema democrático.<sup>26</sup>

\*\*\*\*\*

## LA INSTITUCIONALIDAD ECUATORIANA

---

26. Al respecto hay un interesante análisis del Prof. Rafael Oyarte Martínez en su ensayo "Límite y limitaciones al Poder Constituyente", Revista Chilena de Derecho, Número especial, 1998, pp. 65-84.

## **I.- LA EVOLUCION CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR**

### **1.- Antecedentes**

La evolución del constitucionalismo ecuatoriano comprende un espacio respetable de tiempo, que habría cumplido ya dos siglos o estaría por cumplirlo si se consideran las ideas precursoras de Espejo expuestas con singular vehemencia hasta su muerte en 1795, o cuando estas ideas-semillas hallan su concreción el 10 de agosto de 1809 con el primer movimiento por la independencia, iniciado en Quito.

En 1812 se reúne la primera Asamblea, con carácter de Constituyente, donde se discute y aprueba la denominada "Constitución Quiteña" que marca un punto importante en el proceso de evolución constitucional. Esta primera Carta Política, nacida en difíciles circunstancias, va a traducir el primer intento de crear un Estado soberano e independiente en las provincias que luego formarán la República del Ecuador.

Años después y una vez consolidada la independencia, el Ecuador pasará a formar parte de la Gran Colombia en 1822 y se someterá —junto con Colombia y Venezuela— a la Constitución de Cúcuta de 1821 y posteriormente a la Constitución de Bogotá de 1830, que no tendrá vigencia real por cuanto en ese mismo año se disuelve la República grancolombiana.

A partir del año de 1830, en que se crea el Estado del Ecuador, nuestro constitucionalismo puede dividirse en dos grandes etapas que abarcan los diversos periodos históricos

sustentados en las personas de los gobernantes de turno o en bases ideológicas (floreanismo, marcismo, garcianismo, liberalismo, etc.).

#### a) *Primera etapa constitucional*

La primera etapa comprende desde la Constitución de 1830 hasta la liberal de 1906, es la época en que nuestras Cartas Magnas recogen, adaptan y desarrollan el denominado **constitucionalismo clásico** heredado de la independencia y organización de las 13 antiguas colonias inglesas de América del Norte y de la Revolución francesa. Entre esos principios clásicos están: la consagración de los derechos individuales, separación de poderes, soberanía popular, gobierno representativo basado en el sufragio, sistema republicano y presidencial, en un Estado de corte unitario y centralizado, cuyo ordenamiento jurídico busca fundamentarse en los principios de legalidad y de constitucionalidad.

Doce constituciones constan en esta primera etapa: en el período floreano hay 3 Cartas Políticas, de 1830, 1835 y 1843 (Carta de la esclavitud); período marcista, igualmente con 3, las de 1845, 1851 y 1852; período garciano con 2 Constituciones, de 1861 y 1869 (Carta negra); período posgarciano (o veintemillista) la de 1878; período progresista, la de 1884; período liberal con 2 Cartas Políticas en 1897 y 1906, momento en que culmina el constitucionalismo clásico con la formación del Estado de corte liberal.

En todos estos períodos se dio el sufragio restringido que afectaba radicalmente la representatividad del gobierno, algún progreso se alcanzó cuando la Constitución de 1861 eliminó el requisito de capacidad económica para ser ciudadano (sufragio censitario) y al ser introducido –allí mismo– el sufragio de carácter directo (sin grandes electores). Habrá que esperar el siglo XX y la Constitución de 1929 para que el sufragio sea propiamente universal, al incorporar a la mujer a los derechos políticos, y que –por último– la

Constitución de 1978-79 elimine el requisito de saber leer y escribir para ser ciudadano.

#### b) *Segunda etapa constitucional*

La segunda etapa ecuatoriana está dada por el **constitucionalismo social** –de posguerra– y que se inicia con la ya mencionada Constitución de 1929, donde por vez primera se reconocen los derechos sociales y económicos –derechos de segunda generación–, se establece constitucionalmente el hábeas corpus y el voto femenino. Esta etapa –con sus características propias– puede afirmarse que continúa hasta fines del siglo XX.

El siglo XXI ha recibido, como legado del anterior, una interrelación mundial estrecha –llamada globalización–, que impulsada por los niveles de tecnología actual va acentuándose en todas las áreas del quehacer humano. En este contexto, en que las normas internacionales tienden a predominar sobre los ordenamientos internos de los Estados, se observan nuevas tendencias constitucionales, cuyos perfiles imprecisos deberán aclararse en un inmediato futuro.

En cuanto al constitucionalismo social –desarrollado en el siglo XX– su importancia está en haber agregado una nueva dimensión al constitucionalismo clásico que proclamó el Estado de derecho pero que, al mismo tiempo, prefirió que el Estado se abstenga de actuar (*laissez faire, laissez passer*).

La nueva dimensión estuvo dada por la necesidad de que el Estado intervenga activamente, tanto para satisfacer las demandas –cada vez mayores– de servicios públicos como para hacer posibles los derechos económicos, sociales y culturales, comenzando por el trabajo, la seguridad social, la salud y educación para llegar a la protección de la familia, de los menores, de la mujer, etc. Esta dimensión está implícita cuando hablamos de **Estado social de derecho**, que

finalmente recogió nuestra Constitución actual en su primer precepto.

En la segunda etapa se suceden rápidamente 5 constituciones: las de 1929, de 1945, 1946, 1967 y la de 1978-79. No se cuenta la Carta Política de 1939 que al no haber sido promulgada carece de existencia jurídica. De este modo, considerando la Constitución Quiteña de 1812 y omitiendo la de 1939, el Ecuador tendría 18 constituciones. A este singular número, habría que agregar la Constitución vigente, codificada por la Asamblea Nacional Constituyente de 1998, con el número 19.

## 2.- La Constitución vigente ¿puede ser considerada como nueva?

Por varias razones creemos que no debe dársele el carácter de nueva. Si se examina la estructura y la mayoría de disposiciones se observará que son las mismas que tenía la Constitución de 1978-79; y, quienes fueron elegidos constituyentes, con el fin de realizar las reformas, se distribuyeron los temas siguiendo el orden establecido en dicha Carta Política.

La legitimidad de la Asamblea Nacional Constituyente se fundamenta en el mandato jurídico que recibió de los ecuatorianos, a través de una consulta popular, y este mandato fue el de **reformular** la Constitución existente.

En la disposición final, que consta en el actual texto constitucional, se dice que *"La presente Constitución codificada... que contiene reformas y textos no reformados de la actual, entrará en vigencia el día en que se posea el nuevo Presidente de la República en el presente año 1998, fecha en la cual quedará derogada la Constitución vigente."* Quizá, esta última frase, que habla de derogación, contribuya a la confusión; naturalmente concluidas las reformas (cambiados los articulados e incluidos otros nuevos) había que codificar

dichas reformas (ordenarlas y darles la nueva numeración), y una vez realizado este trabajo lo anterior quedaba derogado, incluso no había necesidad jurídica de decirlo.

## 3.- Breve resumen de las Constituciones ecuatorianas<sup>27</sup>

Una vez separado el Ecuador de la Gran Colombia (13 de mayo de 1830) se procedió a reunir una Asamblea Constituyente que dictara la Carta constitucional del nuevo Estado y definiera su organización política y jurídica. La inestabilidad política contribuyó a cambiar frecuentemente de Constitución, con esta actuación se pretendía legitimar situaciones de hecho (derrocamiento del Presidente o golpes de Estado), antes que proyectar verdaderas transformaciones. Los períodos históricos y las Constituciones son las siguientes.

### PERIODO FLOREANO (1830-1845)

En el primer período republicano, caracterizado por la figura del General Juan José Flores y el paréntesis civilista de Vicente Rocafuerte, se dieron tres Cartas Políticas.

#### *La Constitución de 1830*

Pone las bases jurídicas del nuevo Estado: unitario y centralizado; con un sistema de gobierno presidencial (modelo estadounidense); con la clásica separación de poderes de modo riguroso como lo exige el presidencialismo. Esto último al menos en teoría pues en la práctica existió, con pocas excepciones, la hegemonía del titular del Poder Ejecutivo.

Se recogió el sufragio restringido como base del Gobierno Representativo (tal como se había implantado luego de la

27. Cfr. Hernán Salgado : *Instituciones Políticas y Constitución del Ecuador*, ILDIS, Quito, Ecuador, 1987, pp. 133 y siguientes.

Revolución Francesa), con el requisito de tener cierta capacidad económica, es decir, poseer determinada riqueza (carácter censatario del sufragio). Según esta Constitución eran ciudadanos los varones mayores de 22 años o casados, propietarios de un bien raíz valor libre de 300 pesos o que ejercieran una profesión o industria útil, sin sujeción a otro, y que supieran leer y escribir.

El sufragio era indirecto: los ciudadanos elegían electores para que éstos, reunidos en Asambleas provinciales, designaran a los miembros del Congreso, quienes a su vez nombraban al Presidente y Vicepresidente de la República, procedimiento que se mantendrá hasta el Período Marcista. El Congreso era unicameral, integrado por un número igual de diputados por cada uno de los tres departamentos en que se dividía el país (Azuay, Guayas y Quito, con sus respectivas provincias). Debía reunirse anualmente -cosa que no se mantendrá- sin necesidad de convocatoria previa.

La duración del mandato legislativo y presidencial -y de otras funciones- se fijaba en cuatro años. El Presidente no podía ser reelecto sino pasados dos períodos constitucionales. El requisito de capacidad económica para ser elegido a una función pública era muy elevado (restricción que se suprimirá en la Carta de 1884). Se quiso prescindir de conceder al Presidente el uso de las llamadas facultades extraordinarias, sin embargo, se incluyó una disposición que resultó demasiado amplia.

Se establecía el Consejo de Estado para auxiliar al Ejecutivo en los diversos ramos de la administración y para sustituir al Congreso, durante su receso, en determinados asuntos. Los magistrados de las Cortes de Justicia eran nombrados por el Presidente de la República, con la aprobación del Congreso, de una terna que le enviaba el Consejo de Estado. Los derechos y garantías fundamentales se los consagraba en sus aspectos esenciales. Ellos tendrán un desarrollo y sistematización mayores, con fórmulas jurídicas más precisas y técnicas, en las constituciones posteriores.

En síntesis esta primera Constitución era rudimentaria y defectuosa en algunas cuestiones jurídico-políticas, y resultó un tímido intento por organizar un Estado soberano e independiente. Justamente su mayor error estuvo en declarar de modo unilateral que el Ecuador "*se une y confedera con los demás Estados de Colombia para formar una sola Nación con el nombre de República de Colombia*" (Art. 2). De esto se deduce que el ordenamiento jurídico que se daba al nuevo Estado resultaba provisional, además de que se lo revestía con una aparente soberanía.

#### *La Constitución de 1835*

Corrige las deficiencias anteriores, olvida la Confederación Grancolombiana e introduce algunas variantes. Se rebajaba a 200 pesos la capacidad económica para ser ciudadano y poder sufragar (restricción que subsistirá hasta 1861), la edad se reduce a 18 años (o ser casado). Esto último es meritorio y se mantendrá en la siguiente Constitución de 1843, en la de 1897, y se impondrá definitivamente a partir de la Carta no promulgada de 1938 y la de 1945.

En esta Constitución el Congreso es bicameral, con senadores y diputados que duran cuatro años, y sus reuniones tendrían lugar cada dos años (bienales). Se intentaba dejar de lado la división territorial de departamentos y se hablaba de división en provincias. Sin embargo subsiste aquella por razones del número igual de representantes que debían tener en el Congreso cada uno de los tres "antiguos departamentos".

Presidente y Vicepresidente podían ser reelegidos después de un período constitucional, norma que será generalmente observada por las Constituciones posteriores. Se regulaba el uso de las facultades extraordinarias, determinándose su procedimiento. El Congreso nombraba a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de una terna enviada por el Ejecutivo, con la siguiente modalidad: los diputados escogían dos de los tres nombres constantes en la

tema (por cada magistrado) y luego el Senado hacía la elección final.

Al Consejo de Estado se lo llamó Consejo de Gobierno y por su organización quedaba subordinado al Ejecutivo, aspecto que se mantendrá con algunas variantes hasta la conclusión del Periodo Garciano.

### *La Constitución de 1843*

Es la tercera Carta Política, que cierra el período floreano, y fue denominada "Carta de la Esclavitud". Con ella, el General Flores pretendió continuar en el Poder y ejercerlo con las menores trabas legales posibles por doce años. La duración del período presidencial y vicepresidencias se amplió a ocho años, igual para los diputados y doce años para los senadores. El Congreso debía reunirse cada cuatro años, lo cual anulaba el ejercicio del control político, acrecentando de hecho el poder del Ejecutivo, pues muchas de las atribuciones del Legislativo pasaban a éste.

Durante el largo receso del Congreso actuaría una pequeña Comisión permanente, integrada por cinco senadores (se los escogió del Senado porque se esperaba que esta Cámara fuera adicta a Flores, debido a su conformación). Esta Constitución trajo como innovación el sufragio directo para elegir a los senadores, pero desvaneció su contenido democrático por los requisitos exigidos, especialmente el de la capacidad económica.

El Consejo de Gobierno tomó un carácter negativo tanto por su conformación como por no tener atribuciones específicas, las que pasan a la Comisión permanente. Los magistrados de la Corte Suprema y Tribunales Superiores se transforman en vitalicios, duraban todo el tiempo de su buena conducta. El nombramiento de los magistrados lo haría el Senado en base de la terna enviada por el Ejecutivo.

El texto de los derechos y garantías fundamentales se incrementaron, pero, obviamente, se trataba de una "Constitución de papel" como la calificaría Rocafuerte. En síntesis, se impuso una dictadura con fachada constitucional.

### **PERIODO MARCISTA (1845-1859)**

Con la insurrección del 6 de marzo de 1845, iniciada en Guayaquil contra Flores y el militarismo extranjero, comienza este período donde predomina un espíritu nacionalista, civilista al principio, militarista luego. Igual que en el período anterior se dan tres constituciones, en rápida secuencia, dos de ellas recogen las normas dictadas en 1835 con algunas variantes, mientras la otra trae lineamientos diferentes.

#### *La Constitución de 1845*

Restablece el orden jurídico-constitucional de modo muy semejante a la Carta de 1835, mejorándola en determinados aspectos (salvo la edad de los ciudadanos que serán los 21 años). Se destaca la reunión anual del Congreso, el cual -reunido en pleno- designa a los magistrados de la Corte Suprema (por 6 años) sin la intervención del Ejecutivo (mediante las ternas), punto que se mantendrá desde entonces con pocas excepciones. Los derechos y garantías fundamentales continúan ampliándose.

Lo adecuado hubiera sido restablecer la vigencia de la Constitución de 1835, introduciendo en ella las reformas que se consideraban necesarias. Observación que podría repetirse para la mayoría de veces en que se cambió la Constitución.

#### *La Constitución de 1851*

Fue dictada luego del golpe de Estado del General Urbina a favor de Diego Noboa, no tuvo tiempo de regir: a los cinco meses de estar vigente caía Noboa. Esta Carta es diferente a

las anteriores y a pesar de las críticas que ha recibido reviste aspectos de interés.

Da un paso adelante al reestructurar al Consejo de Estado como un órgano independiente del Ejecutivo, cuyos miembros los nombra el Congreso, teniendo importantes atribuciones, entre ellas, velar por la observancia de la Constitución y las leyes, lo que le hace un antecedente del control de la constitucionalidad. Lamentablemente, esta regulación del Consejo de Estado no será recogida por las constituciones posteriores.

Las facultades extraordinarias están mejor puntualizadas y sistematizadas; en el campo de los derechos y garantías fundamentales se incluyó, por primera vez, la abolición de la pena de muerte por delitos políticos; se suprimió la Vicepresidencia, y al Primer Mandatario le sustituía el Presidente del Consejo de Estado. El Congreso era unicameral (por segunda vez) pero se reunía cada dos años.

La Corte Suprema sería designada por el Congreso en pleno, tal como fue establecido en la Constitución anterior, con igual duración de seis años.

#### *La Constitución de 1852*

Regirá durante los gobiernos de los Generales Urbina y Robles. Ella vuelve al esquema jurídico de la Carta de 1845 (y por ende a la de 1835) con pocas variantes.

Cabe mencionar que la elección del Presidente y Vicepresidente salía de la órbita del Legislativo, pues se disponía que fueran elegidos por las Asambleas Provinciales integradas por los electores provenientes en igual número de los tres antiguos Departamentos. Recuérdese que estos electores (designados por las Asambleas Parroquiales) nombraban a los legisladores, lo que no se altera, pero con la diferencia de que además elegían a los Primeros Mandatarios.

La duración de los magistrados de la Corte Suprema se redujo a cuatro años, manteniendo su elección por el Congreso.

#### **PERIODO GARCIANO (1860-1875)**

Luego de superada la grave crisis nacional de 1859-60, quien había sobresalido en resolverla será el nuevo caudillo, esta vez un civil, el Dr. Gabriel García Moreno. Dos Constituciones se dan en este tercer período republicano.

#### *La Constitución de 1861*

Tiene una importancia particular por su contenido democrático y el afianzamiento del Estado y de sus instituciones. Podríamos afirmar que luego de la Carta de 1835 que consolidó el naciente Estado ecuatoriano, es la de 1861 la más representativa en la evolución constitucional del siglo pasado y que culminará con la Carta de 1906. En esta séptima Carta (que se basa en la anterior de 1852) sobresalen tres cuestiones.

1. Se amplió el cuerpo de electores al suprimir el requisito censitario o de capacidad económica para ser ciudadano y elector. Después de treinta años de instituido el Estado desaparece de las Constituciones ecuatorianas el sufragio censitario; sin embargo, se mantiene la capacidad económica para poder ser elegido (Diputado o Senador, Presidente o Vicepresidente, incluso Ministro de Estado), punto que se suprimirá en la Constitución de 1884.

2. Se introdujo el sufragio directo para elegir a los miembros del Congreso, al Presidente y Vicepresidente de la República y a las autoridades seccionales. En adelante, quienes ostenten la calidad de ciudadanos podrán votar directamente por sus candidatos, sin recurrir a electores, especie de intermediarios. (Este punto complementa el paso dado en la anterior Carta de 1852 para las elecciones presidenciales).

3. Se estableció que todas las provincias tuvieran una representación proporcional a su población en la Cámara de Diputados, inclusive las provincias de escasa población (que no llegaban a la base poblacional fijada) debían tener al menos una diputación. El número de Senadores sería igual para cada provincia (dos).

De este modo se superó el problemático asunto de dar a los tres Departamentos igual representación, lo cual beneficiaba a las tres capitales respectivas en detrimento de las demás ciudades y provincias, relegadas a un segundo plano. Con ello, además, se tendió a una mayor integración nacional. Aspecto complementario de esta reforma fue imponer definitivamente la división territorial del país en base de las provincias.

Otra cuestión importante es la tendencia a garantizar el sistema Municipal y su autonomía, concediéndosela amplias atribuciones para la administración de los intereses locales. Se crean Municipalidades provinciales, cantonales y parroquiales. Estas últimas -las parroquiales- que constituían un nuevo ensayo, no lograron concretarse en la realidad. Todas las Municipalidades debían organizarse en base del sufragio popular directo.

Inclusive los gobernadores, jefes y tenientes políticos debían provenir de elecciones; respecto de los gobernadores se formaba una terna con los que habían obtenido el mayor número de votos y se la presentaba al Ejecutivo para la designación final (punto que tampoco se concretó en la práctica). Las ordenanzas municipales serían ejecutadas por los gobernadores jefes y tenientes políticos y cualquier controversia al respecto debía ser resuelta por la Corte Suprema.

En el Poder Judicial el nombramiento y duración de los magistrados continuó igual que en la Carta Política anterior de 1852.

### *La Constitución de 1869*

(Carta Garciana o Carta Negra). García Moreno, que había sostenido la insuficiencia de las leyes, quiso dar a su régimen un ordenamiento jurídico con Ejecutivo fuerte y autosuficiente, para imponer el orden como punto de partida del desarrollo material. El factor religioso se introduce en la actividad política con visos negativos y contraproducentes, al exigirse como uno de los requisitos de ciudadanía el de ser católico.

Se fijó el mandato presidencial en seis años, permitiéndose una inmediata reelección (punto que contribuyó al asesinato de García Moreno); se suprimió la Vicepresidencia y el Ministro de lo Interior subrogaba al Presidente; los Senadores duraban nueve años y los Diputados seis; el Congreso seguía reuniéndose cada dos años.

El esquema de las facultades extraordinarias se modificó y bajo la denominación de "estado de sitio" se otorgaban al Presidente amplias atribuciones.

El Ejecutivo intervenía en casi todos los nombramientos de la Función Judicial, a través de temas enviadas al Congreso, los magistrados duraban seis años. El Consejo de Estado o de Gobierno pasó a depender totalmente del Ejecutivo: el Presidente nombraba a sus miembros y lo presidía. En este contexto los derechos y garantías fundamentales sufrieron duras restricciones.

### **PERIODO POSTGARCIANO (1875-1883)**

Luego del asesinato de García Moreno en 1875, asumirá la presidencia el Dr. Antonio Borrero a través de elecciones libres, para caer, en menos de un año, tras la sublevación del General Ignacio Veintemilla, quien gobernaría a su antojo.

*La Constitución de 1878*

Esta novena Constitución retomó a los lineamientos dados en la Carta de 1861, con algunos progresos. Como reacción al período anterior se ampliaron los derechos y garantías, los cuales fueron ubicados al comienzo del texto constitucional. A la Función Judicial se le dio mayor independencia al permitirse que en receso del Congreso fuera la misma Corte Suprema quien llenara interinamente todas las vacantes; a sus magistrados los nombraba el Congreso sin necesidad de las temas del Ejecutivo para un período de cuatro años.

La organización del Consejo de Estado es mejorada, sus siete miembros (con excepción de los Ministros de Estado) son elegidos por el Congreso. Como en la anterior Carta de 1869, no existe la Vicepresidencia y se acude a la institución de la Designatura para sustituir al Primer Mandatario.

**PERIODO PROGRESISTA (1883-1895)**

El derrocamiento de Veintemilla había unido momentáneamente a liberales y conservadores. El progresismo quiso tomar una posición moderada de centro que permitiera la concordia, anhelo que sólo se cristalizará en el gobierno del Dr. Antonio Flores Jijón y no en el del Dr. Plácido Caamaño que inicia este período.

*La Constitución de 1884*

Prosigue con el sistema ya establecido de recoger los esquemas constitucionales anteriores, introduciendo los reajustes que se juzgan adecuados. Aquí se retorna la Carta de 1878 (y por tanto la de 1861). Punto importante fue la supresión del requisito de capacidad económica para ser elegido a determinadas funciones públicas.

Restableció la Vicepresidencia e impuso que el mandato de los Diputados dure la mitad del de los Senadores, es decir, dos años, mientras que anteriormente tenían igual duración (cuatro años), regulación que se mantendrá en lo sucesivo. El Presidente y Vicepresidente de la República duran en sus cargos cuatro años, y no pueden ser reelegidos sino después de dos períodos (igual que en 1830) hecho que las dos cartas liberales posteriores conservarán paradójicamente. En cuanto al Poder Judicial no hubo alteración, salvo que sus magistrados duraban seis años.

**PERIODO LIBERAL (1895-1925)**

Con la transformación liberal del 5 de junio de 1895 se inicia una nueva época, en la cual se dan dos constituciones.

*La Constitución de 1897*

No trajo los cambios esperados, fue quizá demasiado prematuro, la transformación no estaba consolidada. Sin embargo, algunas normas introducidas prepararon el camino al Estado laico, a la tolerancia religiosa y a la libertad de cultos. La pena de muerte quedó abolida de modo general, sin las excepciones anteriores.

El Congreso sesionará en períodos anuales y no cada dos años, lo que se impondrá definitivamente. El Poder Judicial quedó igual que en la Carta anterior. Por vez primera se introdujo un título y un artículo especiales para consagrar la supremacía de la Constitución.

*La Constitución de 1906*

Con esta décimo-segunda Carta culmina la primera orientación que caracterizó al constitucionalismo ecuatoriano, tendiente a instaurar el Estado de tipo liberal en base a los principios del Constitucionalismo clásico. No obstante, si éste

no tuvo una completa realización en nuestro medio, se produjo al menos una mayor aproximación a tal sistema en el plano teórico-jurídico.

En esta Constitución se estableció la separación Estado-Iglesia, dándole al Estado un carácter laico. El laicismo llevado a la enseñanza traerá duras confrontaciones al tomar éste un tinte anticlerical. Los derechos y garantías fundamentales fueron sistematizados, incluyéndose nuevos preceptos: libertad de conciencia en todos sus aspectos y manifestaciones; la prohibición de prisión por deudas, salvo en los casos previstos por la ley; se señaló que para ser admitido a funciones y empleos públicos no hay más condiciones que las determinadas por la ley.

Esta Carta coincide con otras, incluso con la garciana, en suprimir la Vicepresidencia de la República (igual ocurrirá en las Constituciones de 1929, 1938 y de 1945). Hubo un fortalecimiento del Consejo de Estado. El Poder Judicial se mantuvo en los esquemas anteriores.

La técnica jurídico-constitucional empleada en ella revela el progreso alcanzado en la materia pues hay una mayor sistematización, y la formulación de las normas es breve y concisa. Esta Carta es la que más tiempo rigió al país.

#### **4.- PERIODO CONTEMPORANEO (DESDE 1925...)**

Al influjo de las tesis políticas del socialismo, los Estados de tipo liberal van a replantear los problemas que los afectan, especialmente los de carácter económico y social que son problemas de posibilidades materiales frente a la vida. Por carecer de estas posibilidades, es que para muchos las libertades y derechos del individualismo liberal no tuvieron sentido.

Bajo esta nueva orientación se busca el reordenamiento jurídico-constitucional de los Estados y se desarrollan los

derechos sociales y económicos que tienen que ver con el amplio mundo del trabajo y de la previsión social; con los derechos de la familia y con las exigencias vitales de la comunidad política como son: salarios justos, educación, salud, vivienda, el acceso a los servicios públicos, etc. El derecho de propiedad será limitado por su función social.

Por otro lado, se implanta el sufragio universal, desplazando las restricciones y se reconoce el voto femenino; se reajustan los sistemas electorales para dar paso a la representación proporcional de las minorías en elecciones pluripersonales. Son introducidos los mecanismos de consulta popular y algunas modalidades de representación funcional; se impone la planificación económico-social como instrumento necesario para la concreción de los derechos sociales y económicos.

Estos y otros postulados del constitucionalismo de postguerra serán recogidos, con mayor o menor prontitud, por los Estados. En el Ecuador es a partir de la Constitución de 1929 que se irán incorporando estos nuevos principios, razón por la que consideramos que marca el comienzo de la segunda orientación que tomará el constitucionalismo ecuatoriano hasta nuestros días.

#### *La Constitución de 1929*

Esta décimo tercera Carta trae, por primera vez los derechos sociales y económicos: el trabajo es garantizado en sus diversas facetas (lo que llevará a expedir el Código de Trabajo en 1938); se dan normas de previsión social; se protege al matrimonio, a la familia, al haber familiar (el derecho de familia toma un carácter eminentemente social); se reconocen los derechos de los hijos ilegítimos. Para proteger la libertad individual se eleva a categoría constitucional el recurso de habeas corpus. Se incrementa el presupuesto para educación al veinte por ciento de las rentas del Estado.

A la mujer se le reconocen sus derechos políticos y puede votar; se establece la representación de las minorías para la elección de diputados y de consejeros provinciales, aunque no es proporcional (lo que se logrará en las décadas posteriores); se introduce la representación funcional (en calidad de senador) como canal de expresión de determinadas organizaciones que conforman la estructura social, para la defensa de sus intereses; trabajadores, educadores, agricultores, comerciantes, industriales, etc. (Esta representación estará presente en todas las cartas posteriores, hasta 1970).

Se crean los Consejos Provinciales con funciones de control electoral: antecedente inmediato de los Tribunales Electorales que se crearán después. Se dan normas para el Ministerio Público y el Procurador del Estado; existen ya el Contralor y el Superintendente de Bancos. No existe Vicepresidencia. Se establece la no reelección presidencial paradójicamente cuando iba a iniciarse el ascenso del Dr. Velasco Ibarra. Los magistrados de Justicia continúan siendo elegidos por el Congreso para un período de seis años, pudiendo ser reelectos.

Un aspecto de experiencia negativa fue la introducción de algunos elementos propios del régimen parlamentario. (Consejo de Ministros, responsabilidad solidaria, voto de desconfianza) que terminarán desarticulando al sistema presidencial. Esta es la única Constitución que realmente debilita al Presidente de la República en sus atribuciones y dio lugar a que el Congreso destituyera al Presidente (caso de Martínez Mera en 1933). Estos elementos del parlamentarismo no volverán al constitucionalismo ecuatoriano.

#### *La Constitución de 1938*

No fue promulgada por el Ejecutivo (presidencia del Dr. Mosquera Narváez), quien disolvió a la Asamblea Constituyente, compuesta por un número igual de representantes conservadores, liberales y socialistas. En

consecuencia esta Carta no tuvo vigencia legal, pero sí una existencia histórica que refleja las tendencias político-jurídicas de la época.

#### *La Constitución de 1945*

Es una de las mejores que ha tenido el Ecuador, y fue muy adelantada para su época. El Congreso era unicameral (por tercera ocasión) con diputados que duraban dos años y en la Cámara Única se incorporaban veinticinco representantes funcionales (el más alto número habido). La Comisión Legislativa Permanente se integraba con diez miembros y entre sus atribuciones constaba que, en receso del Congreso, podía dar decretos-leyes de carácter económico en caso de urgencia, de acuerdo con el Presidente, y previo informe de la Comisión Nacional de Economía (es el antecedente de los decretos-leyes de emergencia de la Carta de 1946). Estos decretos podían ser revocados por el Congreso.

La Vicepresidencia de la República continuaba suprimida (por última vez). Se creó el Tribunal Superior Electoral para garantizar la pureza del sufragio, con organismos auxiliares en las provincias, cantones y parroquias. Aparece el Tribunal de Garantías Constitucionales, en reemplazo del Consejo de Estado, para el control de la constitucionalidad y de sus garantías.

El período de los magistrados de justicia se reduce, momentáneamente, a cuatro años. Los derechos económico-sociales se enriquecen y se busca sistematizarlos en: derechos individuales; de la familia; de la educación y de la cultura; de la economía; del trabajo y de la previsión social. La edad para ser ciudadano queda fijada en 18 años de modo definitivo.

#### *La Constitución de 1946*

Reemplaza prontamente a la anterior que rigiera apenas un año. Se muestra más conservadora en los avances político-sociales, aunque desenvuelve algunos aspectos

institucionales. Es la tercera en tiempo de duración. Se restablece la Vicepresidencia de la República cuyo titular será Presidente nato del Senado y por ende del Congreso, (siguiendo el modelo estadounidense, por única vez en el país).

El Consejo de Estado reaparece con importantes atribuciones y reemplaza al Tribunal de Garantías Constitucionales, su organización tiende a darle cierta independencia frente al Ejecutivo y frente al Legislativo. Se conforma definitivamente el Tribunal Supremo Electoral como órgano autónomo, con los Tribunales Provinciales Electorales; el voto toma el carácter de obligatorio para los varones y facultativo para las mujeres; la Fuerza Pública no tiene derecho a voto, es por esencia obediente y no deliberante.

Se mantiene una Comisión Legislativa de cinco miembros que no legislan, solamente elaboran proyectos. Los senadores funcionales se reducen a doce. Se concreta la existencia del Consejo Nacional de Economía para el estudio de los problemas económicos y orientación de las finanzas. Este organismo tenía la iniciativa en proyectos de ley de carácter económico y debía ser previamente consultado por el Ejecutivo cuando quisiera dictar los decretos-leyes de emergencia en materia económica, durante el receso del Congreso, pues esta Carta Política otorgaba al Presidente de la República esa facultad.

Los magistrados de la Corte Suprema duraban seis años y los de las Cortes Superiores, cuatro. Unos y otros podían ser reelegidos y eran designados por el Congreso en pleno.

### *La Constitución de 1967*

Es hasta el momento la más extensa de todas (la actual le superará), con normas minuciosamente elaboradas, entrando a veces en detalles propios de la legislación ordinaria. Bien sistematizada. Por primera vez se habla en una Constitución ecuatoriana de los partidos políticos: la ley deberá garantizar su

funcionamiento y fortalecimiento, y sólo los partidos reconocidos por el Tribunal Supremo Electoral podrán presentar listas en elecciones pluripersonales.

También se incorpora al texto constitucional a la Junta Nacional de Planificación y Coordinación Económica, órgano planificador del desarrollo socio-económico, creado en 1954. Se da paso a la consulta popular bajo la denominación específica de plebiscito (que no es más que una de las formas de consulta popular). El sufragio se torna obligatorio también para la mujer.

El Congreso, de carácter bicameral, se debía reunir dos veces al año de manera ordinaria (del 6 de marzo al 4 de mayo y del 10 de agosto al 9 de octubre). Se mantuvieron los senadores funcionales (quince), junto a los provinciales. La Comisión Legislativa Permanente se integraba esta vez por cuatro senadores y cinco diputados que duraban dos años y podían dictar leyes o decretos, en receso del Congreso, a más de elaborar diversos proyectos de leyes. Establecía, además cuatro Comisiones auxiliares. Se disponía que el presupuesto para la educación fuera de un treinta por ciento de los ingresos ordinarios del Estado.

Se utilizó la denominación estado de sitio para determinar el uso de las facultades extraordinarias, normas que fueron puntualizadas con minuciosidad. Se amplió la normativa constitucional de la Función Jurisdiccional y se mantuvo el período de seis años para los magistrados de la Corte Suprema y, para los de las Cortes Superiores se cambió a cinco años; el Congreso Pleno elegiría a los primeros y la Corte Suprema a los segundos. Retorna el Tribunal de Garantías Constitucionales a sustituir al Consejo de Estado. Se crea la Superintendencia de Compañías. Se tiende a una elaborada y amplia formulación de los derechos y garantías, donde se incluye la reforma agraria.

En esta Constitución se proclama que ella no perderá su vigencia si por rebelión o acto de fuerza dejara de ser

observada; se prescribe claramente que si se produjera un gobierno de hecho, después de recuperada la normalidad volverá a regir esta Carta y se juzgará a quienes ejercieron el gobierno de facto; y éstos, dice, "no podrán en ningún tiempo ser elegidos ni desempeñar función alguna de elección popular". (Art. 259).

### *La Constitución de 1978-1979*

Es el resultado de la consulta popular de referéndum realizado el 15 de enero de 1978 y por disposición transitoria constitucional entró en vigencia el 10 de agosto de 1979, con la posesión de Presidente de la República. Sigue en parte los lineamientos de las Cartas de 1945 y de 1967. Entre sus innovaciones pueden mencionarse las siguientes, de modo muy general:

El sufragio tiende a ser universal al suprimirse, finalmente, el requisito de saber leer y escribir para ejercerlo, siendo facultativo para los analfabetos, quienes al ser ciudadanos pueden elegir y ser elegidos; sólo los partidos políticos legalmente reconocidos pueden presentar candidatos a elecciones populares; y, para ser candidato es requisito indispensable estar afiliado a un partido; estas restricciones serán eliminadas mediante consulta popular de 1994.

El Congreso Nacional vuelve a ser unicameral, por cuarta vez en la historia constitucional; para el Presidente de la República no hay reelección, igual que para el Vicepresidente; para los legisladores no hay reelección inmediata sino después de un periodo. Queda claro que el espíritu inicial de esta Constitución era la no reelección, pero esto será reformado en 1996. El Presidente y el Vicepresidente son elegidos en una sola y misma papeleta electoral.

Se establece un nuevo procedimiento para declarar el estado de emergencia nacional: el Presidente no necesita autorización previa del Congreso, pero éste puede revocar tal

declaratoria; igualmente, sin tener que recurrir al Congreso, el Presidente puede contratar y autorizar la contratación de empréstitos (deuda pública) de conformidad con la ley. Respecto al juicio político, las reformas de 1983 y 1998 establecen que el Presidente y Vicepresidente de la República pueden ser enjuiciados políticamente por el Congreso sólo por causales muy específicas.

La Corte Suprema, luego de la reforma de 1992 se convierte en Tribunal de Casación y sus magistrados, después de la reforma de 1997, pasan a ser de carácter vitalicio y ya no serán elegidos por el Congreso, las vacantes las llenará la misma Corte Suprema (sistema de cooptación). Las reformas constitucionales de 1983 y sobre todo las de 1996 vigorizan al Tribunal Constitucional para que su acción sea efectiva.

Esta Constitución fue reformada y codificada por la Asamblea Nacional Constituyente, cuyo mandato se originó en la consulta popular de 1997, de esta manera se origina la actual Ley Fundamental de 1998.

\* \* \* \* \*

## II: RUPTURA, LEGITIMACION Y ASAMBLEA CONSTITUYENTE EN EL ECUADOR <sup>28</sup>

### 1.- Introducción

La crisis que vivió el Ecuador luego de escasos seis meses de gobierno del abogado Abdalá Bucarám tuvo una magnitud tan grave en lo económico, social y político que rompió todo esquema de solución, pero sin acudir al golpe de Estado que prevaleció en épocas no muy lejanas. Igualmente graves y en extremo confusas fueron las consecuencias, en el orden jurídico y político, de la cesación del abogado Bucarám, por parte del Congreso Nacional, como presidente del país.

El análisis de estos hechos, privilegiando la óptica constitucional, me conduce a examinar la hipótesis de que en el Ecuador existió un estado de necesidad política que obligó a los actores a tomar medidas en colisión con los preceptos constitucionales, pero que –paradójicamente- debían salvaguardar el Estado de Derecho.

Por otra parte, no se puede olvidar que muchas veces los hechos desbordan a las normas jurídicas, particularmente a las contenidas en la Constitución; esto lleva a señalar que el

28. El presente ensayo fue presentado como ponencia en el VI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, celebrado en Bogotá, en la Universidad Externado de Colombia en Abril de 1998. Está publicado en el Tomo I de las Memorias, pp. 323 a 337.

Derecho no es la pura norma sino el resultado de la tensión entre la realidad y las normas. En ocasiones esa realidad excede en mucho a los preceptos jurídicos.

### 2.- Hacia la destitución presidencial

Al agravarse la crisis política, que desencadenó el clamor popular del día 5 de febrero de 1997, el Congreso Nacional fue presionado a tomar una decisión que aleje del Poder al presidente Bucarám, el cual no podía ser otro que la destitución y el único medio jurídicamente válido para lograrlo, estaba dado por el denominado juicio político.

Igual que en la mayoría de los países de sistema presidencial, el ordenamiento constitucional ecuatoriano contempla la institución del denominado juicio político como mecanismo de control para el presidente y vicepresidente de la República, ministros de Estado, magistrados de la Corte Suprema, del Tribunal Constitucional y otros altos funcionarios del Estado –taxativamente señalados-, cuyos nombramientos provienen de la Función Legislativa. Con excepción de los dos primeros mandatarios de la Nación, el enjuiciamiento político tenía lugar por “*infracciones cometidas en el desempeño de sus cargos*”.

Para el presidente y vicepresidente, en cambio, se buscaba limitar la responsabilidad política a tres causales, si bien no se logró esa finalidad por el contenido amplio y ambiguo de la tercera. La Constitución vigente en 1997 prescribía: “*El Presidente y el Vicepresidente de la República sólo podrán ser enjuiciados por traición a la Patria, cohecho o cualquier otra infracción que afectare gravemente al honor nacional*”. <sup>29</sup>

Como se mencionó, el principal efecto del juicio político es la destitución en el caso de ser declarado responsable; la

29. Art. 82, letra g), inciso 3 de la Constitución promulgada en 1979 y vigente en 1997.

votación exigida para ello y tratándose del presidente de la Nación es de las dos terceras partes del total de los legisladores, por lo menos, según lo determina la Ley Orgánica de la Función Legislativa; esta Ley establece, además, los procedimientos que regulan al enjuiciamiento político, particularmente con respecto a los dos primeros mandatarios.

De lo expresado se desprende que para poner fin a la presidencia de Bucarám, el Congreso debía tomar el pausado camino del enjuiciamiento político para luego de cumplidos los trámites establecer su responsabilidad y una vez obtenidos los votos necesarios, destituirlo del cargo.

A no dudarlo, el conjunto de circunstancias que vivió el Ecuador en ese momento histórico no se acoplaban con estos procedimientos constitucionales. La realidad desbordaba el marco jurídico con consecuencias imprevisibles pero que ciertamente incidirían en la institucionalidad democrática, rompiéndola. Estos elementos desestabilizadores constituían un estado de necesidad política.

El procedimiento del enjuiciamiento político exigía tiempo y todo hacía prever la imposibilidad de conseguir —por este medio— la destitución del presidente Bucarám. Aunque se hubieran acelerado los trámites se necesitaban más de dos semanas e iba a tener una violenta oposición del grupo de diputados pertenecientes al partido de Bucarám (PRE), comandados por sus dos hermanos, también diputados; y, sobre todo, había que contar con las deleznales maniobras que en los últimos años tomaron cuerpo en el Congreso ecuatoriano: la “compra” de diputados mediante elevadas sumas de dinero. La conducta de estos mercenarios de la política hacía incierto el resultado.<sup>30</sup>

30. En los seis meses de gobierno bucaramista la corrupción había invadido todas las áreas del quehacer público. Nunca antes el país vivió una situación semejante.

En tales circunstancias y una vez que la suerte de Bucarám estaba echada, con el contubernio de no disimuladas ambiciones, el Congreso decidió no destituir al presidente de la República, sino cesarlo en su cargo: a la postre los resultados eran semejantes, pocos harían la diferencia. La norma constitucional relativa a la cesación del presidente y vacancia del cargo se presentaba de fácil aplicación debido a ciertas lagunas procedimentales que simplificarían el trámite.

### 3.- La cesación del presidente de la República

El artículo 100 de la Constitución ecuatoriana, vigente en 1997, establecía los diversos casos en que un presidente de la República cesa en sus funciones y, en consecuencia, deja vacante el cargo. Tales casos preveían desde la terminación del período para el cual el presidente fue elegido o el de su muerte en ejercicio del cargo, hasta su renuncia que debe ser aceptada por el Congreso. También se contemplaba como forma de cesar en la presidencia: la destitución mediante juicio político o el abandono del cargo o *“Por incapacidad física o mental declarada por el Congreso Nacional”*.<sup>31</sup>

Algunas de estas disposiciones y especialmente la última debían estar reguladas, necesariamente, por la Ley Orgánica de la Función Legislativa, del mismo modo que lo está el juicio político para el presidente y demás funcionarios; sin embargo, en este punto había un gran vacío: carecía de regulación. Cabe señalar que en el Ecuador la legislación infraconstitucional es deficiente en regular importantes cuestiones establecidas en su Ley Suprema, además de que dicha legislación complementaria se expide con excesivo retardo.

En primer lugar, no han existido realmente las leyes orgánicas —con sus características básicas—, pues desde el punto

31. Literal d) del Art. 100 de la Constitución en vigor a la fecha (actual Art. 167 modificado).

de vista formal han sido similares a las leyes ordinarias.<sup>32</sup> Luego, como se dijo, la llamada Ley Orgánica de la Función Legislativa no establecía (y aún no lo hace) el procedimiento que el Congreso debe seguir para llegar a la conclusión de que el presidente de la República sufre de incapacidad física o mental.

En el caso Bucarám, el Congreso sacó provecho del vacío constitucional y legal para desplazar al presidente indeseable. Interpretó la norma y consideró suficiente que el mismo defenestrado se haya declarado, en reiteradas ocasiones, loco. En una sola sesión extraordinaria, convocada con este fin, el Congreso con una votación de mayoría absoluta (44 de 82 diputados) cesó al presidente atribuyéndole incapacidad mental, al mismo tiempo que —con una nueva y curiosa interpretación— designaba al presidente del Congreso como subrogante para llenar la vacante presidencial.<sup>33</sup>

Como críticas al hecho de la cesación quedarán las de que en ese procedimiento sumáximo no se aportaron pruebas que fundamentaran la incapacidad alegada ni se garantizó a Bucarám el derecho de defensa, aunque sus diputados partidarios y sus propios hermanos hayan esgrimido toda clase de argumentos; que la decisión fue tomada con una votación incompatible con la función presidencial, que debía haber sido la misma que se establece para el juicio político, es decir, el voto favorable de los dos tercios del total de legisladores, por lo menos.

32. Entre las reformas constitucionales realizadas por la Asamblea Constituyente estuvo la de configurar a las leyes orgánicas, precisando su jerarquía, contenido y procedimiento.

33. Esta actuación del Congreso no lograría terminar con la crisis, daría lugar a que surjan tres presidentes: Bucarám que no aceptaba por inconstitucional la decisión; la vicepresidenta Rosalía Arteaga que se autoproclamó sucesora por derecho propio; y, Fabián Alarcón que cambiaría la presidencia del Congreso por la de la República. Fue necesaria la intervención de las Fuerzas Armadas para encontrar una salida política con visos de legalidad.

Más allá de cualquier formalismo jurídico, en ese momento era una necesidad vital para el país la salida de Bucarám, de ello dependía la paz social, el orden e incluso la recuperación de la dignidad nacional que se consideró pisoteada por el líder y sus secuaces. En resumen, había que mantener la democracia aunque sea formal. Y, frente a la magnitud del rechazo popular la legitimidad del gobernante ya no tenía sustento.

Todo este panorama, tenso y pleno de contradicciones, conformaba el estado de necesidad política.

#### 4.- El problema de la subrogación presidencial

Una vez cesado Bucarám la subrogación presidencial debía operar casi automáticamente en base a lo establecido por la Constitución y a falta de norma expresa por lo que la costumbre y las prácticas políticas habían consagrado en el país. Pero en este punto surgió un nuevo problema, atentatorio a la institucionalidad jurídica del Estado.

El sistema presidencial ecuatoriano, con algunas excepciones, se ha estructurado con un vicepresidente de la República que, aparte de la subrogación, carece de funciones específicas, a diferencia del sistema estadounidense que confiere al vicepresidente la presidencia del senado; lo cual constituye, en mi criterio, una interferencia de un poder en otro.<sup>34</sup>

Es indiscutible que la función inherente al cargo vicepresidente es la de subrogar temporal o definitivamente al

34. Sólo la Constitución ecuatoriana de 1946 recogió el modelo norteamericano y el vicepresidente presidió al senado y también al Congreso. No han faltado quienes creen que este papel del segundo mandatario sería positivo para las buenas relaciones del Ejecutivo con el Legislativo, para evitar pugnas; aspecto que pongo en tela de duda debido a la idiosincrasia política nacional.

primer mandatario. En el constitucionalismo ecuatoriano del siglo pasado en caso de falta definitiva del presidente la subrogación tenía un carácter transitorio, pues el vicepresidente (o, en su defecto, el encargado del poder) debía convocar a elecciones presidenciales si el tiempo que faltaba para completar el período era mayor de un año.<sup>35</sup>

En la Constitución ecuatoriana de 1978-79 se estableció el orden de subrogación a partir del vicepresidente y se dispuso:

*“En caso de falta temporal o definitiva del Presidente de la República le subrogará:*

- a) El Vicepresidente de la República;*
- b) El Presidente del Congreso Nacional; o,*
- c) El Presidente de la Corte Suprema de Justicia.”*<sup>36</sup>

Este precepto sufrió una seria alteración en el transcurso de las reformas constitucionales que iniciadas en el año de 1994 concluyeron en el año siguiente; cuando se publicaron las reformas de los denominados segundo y tercer bloque, el 16 de enero de 1996 (Registro Oficial N° 863), apareció una nueva disposición que se refería tan sólo al caso de la subrogación temporal, omitiendo la definitiva.

35. Este procedimiento se mantuvo también en nuestro siglo hasta la efímera Constitución de 1945, aunque se había eliminado la vicepresidencia y correspondía al ministro del interior subrogar al presidente. Al respecto cabe una digresión: si el vicepresidente no tiene funciones específicas, si incluso la subrogación se vuelve temporal y puede encargarse a cualquier otro, si este cargo es fuente de temor y de pugnas para el presidente, podemos concluir que la vicepresidencia no ha sido ni es una institución necesaria en el Ecuador. Su utilidad se reduce a formar un binomio que patentice la alianza electoral entre sierra y costa, para lo cual tampoco es indispensable.

36. Art. 77 de la Constitución codificada el 5 de mayo de 1993 y publicada en el Registro Oficial N° 183. En las dos Constituciones anteriores (de 1946 y de 1967) por existir un Congreso bicameral el orden de subrogación fue diferente, pero se iniciaba, asimismo, con el vicepresidente.

Ocurre que cuando se prepararon las reformas constitucionales, en este punto, se consideró más adecuado diferenciar las dos clases de subrogación presidencial, dando a la temporal un trato más simple y con un orden diferente del que correspondía a la definitiva, para ésta debía mantenerse el antiguo precepto del Art. 77, en cambio la nueva disposición diría:

*“En caso de falta temporal del Presidente de la República lo reemplazarán en su orden:*

- a) El Vicepresidente de la República;*
- b) El Ministro de Gobierno; o,*
- c) El Ministro de Estado designado por el Presidente de la República.”*<sup>37</sup>

Además de que se agregaba que cuando el presidente, en ejercicio de sus funciones, se ausente del país, este hecho no se considerará falta temporal; aclaración que era necesaria para terminar con una vieja práctica política mantenida en el país.<sup>38</sup>

Luego de la publicación, al notarse que las reformas omitían la norma sobre la subrogación definitiva, el presidente del Congreso señaló que este error sería corregido; sin embargo, la tercera codificación de la Constitución realizada el 18 de junio de 1996 (Registro Oficial N° 969) mantuvo dicha omisión; para entonces habían concluido las elecciones presidenciales que dieron el triunfo al abogado Bucaram en la segunda vuelta electoral y los diputados electos de su partido propusieron –a partir de su posesión en el mes de agosto/96– un nuevo orden de subrogación definitiva que excluía al

37. Estas ideas, con algunas variantes, se han mantenido en la actual Constitución reformada y codificada por la Asamblea Nacional Constituyente.

38. Art. 101 de la Constitución en su tercera codificación. También se agregó –en estas reformas– que “El Vicepresidente ejercerá las funciones que le asigne el Presidente de la República.” (Art. 107)

vicepresidente, lo cual iba con dedicatoria a la compañera del binomio, la Sra. Rosalía Arteaga.<sup>39</sup> Semejante iniciativa no prosperó.

Esta era la situación jurídico-política existente cuando el Congreso Nacional cesó al presidente Bucarám por incapacidad mental y dificultó la subrogación automática del vicepresidente. Mucho se ha discutido si la referida omisión constituía o no una derogatoria tácita de la disposición pertinente. Analizando las actas del Congreso se estableció que el error estuvo en su secretaría al momento de copiar el texto y enviarlo al ejecutivo, para su respectiva sanción, promulgación y publicación; después, en la presidencia de la República no se dieron cuenta de la omisión. Si en un primer momento podría asegurarse que no hubo intencionalidad alguna, muy diferente fue después.

En realidad, este problema más que jurídico era esencialmente político, pues el Congreso al no encontrar en la Constitución la norma específica para el caso, sin mayor esfuerzo, debía aplicar la práctica reiterada de que ante la falta definitiva del titular del ejecutivo corresponde al vicepresidente reemplazarlo. Esta práctica estuvo presente en el constitucionalismo del siglo pasado –con la variante señalada y del actual, y la mantuvo la Constitución vigente.

Diversas razones políticas llevaron al Congreso a nombrar a su titular –presidente del legislativo– como reemplazo de Bucarám y a dejar de lado la opción vicepresidencial, lo cual violentaba la tradición constitucional ecuatoriana. Esta ruptura de la regularidad jurídica constitucional quedó en evidencia

39. Desde el primer momento los bucaramistas trataron de aislar a la señora vicepresidenta, seguramente para no tener que compartir el poder con ella y sus partidarios; luego, en corto tiempo, la pugna sería frontal. Paradójicamente, la señora Arteaga fue factor esencial para conseguir los votos de la región de la sierra en favor de Bucaram y por este hecho, también, sería vituperada después de la caída de Bucaram.

cuando hubo que dar al nuevo presidente de la República la designación de “interino”, categoría inexistente en la Constitución que regía al Ecuador.

Y, otra consecuencia posterior de este hecho será la decisión del Congreso mediante la cual dispone que el período constitucional de la señora vicepresidenta debía concluir en la misma fecha que se estableció para el presidente “interino” (10 de agosto de 1998), lo que significaba acortar el período en dos años. ¿Puede el Congreso reducir la duración de funciones que fueron obtenidas mediante sufragio popular, de acuerdo con la Constitución y la ley? Personalmente creo que no. Para acortar el período de un mandato popular tendría que recurrirse a la misma fuente que lo generó, lo que hacía indispensable una consulta popular.<sup>40</sup>

El argumento jurídico invocado por el Congreso fue de que la Constitución establecía que “*Habrá un Vicepresidente de la República elegido simultáneamente con el Presidente...*” (Art. 105), en consecuencia sería contrario a la norma constitucional el hecho de que el mandato vicepresidencial concluya en el año 2000, pues no se podría elegir simultáneamente a los dos primeros mandatarios. Esta curiosa “interpretación” no es sino una de las consecuencias no jurídicas de las decisiones adoptadas por el Congreso a raíz de la cesación de Bucarám.<sup>41</sup>

40. Y lo criticable es que hubo una consulta popular y no se incluyó esta pregunta, podría decirse que en ese momento todavía no se pensaba en acortar el período, pero sí existía un cuestionamiento a la vicepresidenta y era la ocasión de definir –mediante la respuesta ciudadana– si continuaba o concluía sus funciones. Hay que reconocer mérito a la señora vicepresidenta cuando para salir de la crisis y luego cuando se le encargó la presidencia –por tres días– decidió convocar a consulta popular para definir la transición; si su popularidad estaba vinculada a la de Bucaram –como se pensaba– era fácil predecir su caída.

41. Cuando partidarios de la señora vicepresidenta interpusieron una acción de inconstitucionalidad, por esta decisión, ante el Tribunal Constitucional, éste desechó la demanda dando razón a lo actuado por el Congreso.

¿ Todas estas situaciones —me interrogo- podrán, también, ampararse y ser explicadas con la doctrina del estado de necesidad política ? Realmente creo que no sería posible, salvo aquella que llevó a la forzada cesación del presidente Bucaram invocando una dudosa causal y creando un procedimiento *ad hoc*.<sup>42</sup>

### 5.- En busca de la legitimación política y jurídica

Desde los inicios de la crisis había surgido la idea de que el país se pronuncie sobre la cesación de Bucaram mediante una consulta popular. Este instrumento restauraría la legitimidad política y jurídica, más aún si quedaban escrúpulos legales sobre todo lo actuado. Algunos pensaban, además, que era necesaria una asamblea constituyente.

Para realizar una consulta popular no había mayores complicaciones —salvo la económica-, pues la Constitución establecía este mecanismo democrático y ya fue puesto en práctica por tres ocasiones.<sup>43</sup> En cambio, la asamblea constituyente no estaba prevista, pues, como es generalmente aceptado, corresponde al Congreso realizar las reformas que se consideren necesarias a la Carta Política del Estado.

42. En el editorial de una popular revista se decía: "*Legalmente, Bucaram fue destituido en forma indebida pero su mandato ya no era legítimo. Rosalía cosechó la siembra de haber subido al poder de la mano de Bucaram, y Alarcón es el resultado de un trabajo de salvamento hecho por carpinteros y no cirujanos.*" (Vistazo, N° 708 de feb. 20 /97).

43. Incluso la misma Constitución en vigor fue aprobada en consulta popular de referéndum el 15 de enero de 1978, aunque su vigencia —por razones políticas- fue postergada para el 10 de agosto de 1979. Personalmente creo que la Constitución ha hecho bien en dar esta denominación a todo procedimiento que busca recoger la decisión popular, es una expresión genérica, mientras que el referéndum y el plebiscito —cuya diferencia si se la quiere establecer habría que tomarla de la doctrina francesa- son especies de consulta, al igual que la revocatoria del mandato y otras modalidades existentes.

Después de tres meses de superada la crisis, el nuevo gobierno decidió convocar a una consulta popular que debía ratificar la cesación de Bucaram y, aprovechando la coyuntura, debía también ratificar la designación del presidente "interino". Además, se elaboraron otras preguntas. Esta consulta reunió en total catorce preguntas muchas de las cuales se referían a cuestiones desconocidas para el ciudadano común o de difícil pronunciamiento dada la complejidad del asunto.<sup>44</sup>

Me referiré particularmente a la pregunta relativa al Consejo de la Judicatura, institución que era desconocida para casi todos los ecuatorianos no obstante que ya constaba en la Constitución a raíz de las reformas de 1992. La norma constitucional, vigente al momento de la consulta, establecía que el Consejo de la Judicatura era un órgano de la Función Judicial, tanto como la Corte Suprema de Justicia, es decir con igual rango jerárquico; además, era un órgano administrativo y **de gobierno**. La consulta popular —en este punto- alteró esta concepción y contrariamente a lo dispuesto por la Constitución preguntó:

*¿Está usted de acuerdo que el Consejo de la Judicatura que establece la Constitución Política cumpla funciones administrativas y que sus miembros sean designados por la Corte Suprema de Justicia?*

En mi criterio esta pregunta era inconstitucional, además de que no debía constar en una consulta popular por razones de inconveniencia, basada en el poco conocimiento que se

44. Ejemplos de difícil resolución fueron las preguntas sobre la conformación del Tribunal Supremo Electoral, la designación de los titulares de los "Organismos de Control" y sobre la Función Judicial, en donde se comenzaba preguntando si "*¿Considera usted necesario modernizar la Función Judicial...*" para luego intercalar allí mismo dos preguntas más. En este último caso, felizmente se dio una solución aceptable después de múltiples confusiones.

tenía de dicha institución de carácter técnico-jurídico. Al respecto, vale reflexionar sobre dos cuestiones: el riesgo latente de la manipulación política y la necesidad de un control previo sobre una consulta popular.

Sobre lo primero, constantemente los tratadistas han alertado sobre el peligro de diluir el contenido democrático de las consultas, éstas pueden ser utilizadas en beneficio de los intereses del gobernante de turno. Cuando se reconocen diferencias entre plebiscito y referéndum, se dice, que aquél se presta a una mayor manipulación que éste.<sup>45</sup>

Muchos países, como Francia, han establecido un control previo que puede estar a cargo de los órganos de control constitucional, de este modo la consulta popular estará enmarcada en los preceptos de la Ley Superior e incluso podrá examinarse su conveniencia y su oportunidad.

En resumen, esta consulta popular ratificó –con un elevado porcentaje– la cesación del ex-presidente Bucarám y, también, –con menor porcentaje– ratificó al presidente “interino”. Con este resultado el país buscaba legitimar el orden institucional existente, dejar atrás la crisis y hacer realidad los cambios políticos que aparentemente ofrecían las demás preguntas, que también fueron aceptadas.

Sin embargo, hay que señalar que el número de preguntas fue excesivo para un acto de esta naturaleza, que en muchas de ellas se evidenció una manipulación política y que,

45. Como se sabe, el referéndum se caracteriza por ser una consulta sobre un texto de ley, debidamente redactado; lo que le da un carácter más definido. Mientras que en el plebiscito, al carecer de dicho texto, la pregunta puede ser deformada e interpretada de mil maneras; o, también, depende de la habilidad para revestir la intencionalidad política de la pregunta. Latinoamérica conoce de estos “plebiscitos”.

en los meses posteriores, la consulta popular generó nueva confusión institucional en el país.<sup>46</sup>

## 6.- La Asamblea Nacional Constituyente

La tercera pregunta de la consulta popular se refería a convocar a una “*Asamblea Nacional con el exclusivo propósito de que reforme la Constitución...*”

La denominación de nacional y no de constituyente causó polémica y dio lugar a intensos debates, quizá en el fondo la intención era de organizar un ente muy limitado en sus atribuciones y por eso mismo se enfatizaba sobre cuál sería su papel “exclusivo”. No era extraño el temor de que se dieran enfrentamientos de la Asamblea con los otros poderes del Estado, lo que a la postre ocurrió.

No faltaron quienes pensaron que sólo una constituyente podría traer un cambio profundo en el Estado, olvidando que las leyes por sí solas no transforman a la sociedad. También hubo ingenuos que hablaron de “refundar” el Estado.

A los diez meses de la cesación de Bucarám y a los siete de realizada la consulta popular, los ciudadanos ecuatorianos fueron convocados a elegir a 70 asambleístas, que según una norma transitoria insertada en la Constitución debían instalarse el 20 de diciembre de 1997 –lo que así sucedió– y concluir sus

46. Los medios de comunicación social, los analistas y, en general, la ciudadanía han coincidido en señalar esta confusión política que crea zozobra y desafa la violencia. Se diría que el país, después del colapso que significó el gobierno bucaramista, no recuperó la paz social y política. Esta situación se vió agravada por una aguda crisis financiera y por los trastornos climáticos de la Corriente del Niño que dejó cuantiosas pérdidas. En este contexto se desenvolverá la Asamblea Nacional Constituyente y, naturalmente, la confrontación de ideas políticas –sumada a los intereses de grupo– ahondará la confusión institucional.

labores el 30 de abril de 1998. Existía cierta prisa por que la Asamblea cumpla su cometido debido a la proximidad de las elecciones presidenciales y legislativas señaladas para el 31 de mayo/98 y cuarenta y cinco días después podría convocarse, si hubiera necesidad, a la segunda vuelta electoral.

Dadas las circunstancias políticas y otras, la Asamblea se convertía en un factor más de inestabilidad, no era el momento adecuado para que actúe. Y, más aún, la reforma constitucional que debía realizar la Asamblea estaría marcada o influenciada, de modo casi inexorable, por el período electoral que se avecinaba para designar a los dos primeros mandatarios de la República, a todos los diputados, como también efectuar la renovación parcial de los órganos seccionales.<sup>47</sup>

Las reformas a la Constitución o la mal llamada "Constitución nueva", fruto del trabajo de la Asamblea Nacional Constituyente, están siendo analizadas. En mi criterio y de un modo general hay que considerar dichas reformas como positivas, no obstante las deficiencias de que puedan adolecer.

### 7.- Las virtudes de la Constitución codificada de 1998

En cuanto a los aspectos positivos que lograron las reformas vale destacar los siguientes (aunque el análisis será sucinto y parcial) :

- Los derechos colectivos de los pueblos indígenas que se extienden también a los pueblos negros. La inclusión de estos derechos en la Ley Fundamental constituye un importante

47. El primer acto de la Asamblea Nacional fue reivindicar su carácter de Asamblea Constituyente. Su trabajo tuvo algunos tropiezos, en sus actuaciones estuvo presente la influencia de los partidos políticos y los cálculos políticos coyunturales; alrededor de los dos tercios de los setenta asambleístas estaban postulándose como candidatos para las elecciones legislativas inmediatas del 31 de mayo de 1998.

progreso nacional y su contenido es mayor al de las Constituciones de Brasil (de 1988), de Colombia (de 1991) e incluso de Paraguay (de 1992) que tiene la primacía en esta materia.<sup>48</sup>

- Se han incluido y desarrollado los derechos a la salud, de los grupos vulnerables, los del consumidor y se ha tratado con mayor amplitud los del medio ambiente, entre otros. Se establecen los deberes ciudadanos aunque de la normativa jurídica se pasa al ámbito de la moral.

- Se logra configurar las reglas básicas para la revocatoria del mandato y se sistematizan las normas sobre la función pública.

- En la Función Legislativa vale señalar como positivo la uniformidad que se ha dado al sistema unicameral, eliminando las dos clases de diputados (nacionales y provinciales) lo cual resultaba incongruente si las atribuciones eran iguales; sin embargo, es negativo que se haya elevado el número de diputados al disminuir la base poblacional de las provincias ("...uno más por cada doscientos mil habitantes o fracción que pase de ciento cincuenta mil." Art. 126). Este aumento de legisladores no será beneficioso para el país dada nuestra idiosincracia política e implica un significativo incremento del presupuesto del Congreso, en estos momentos en que debe primar la austeridad en el gasto público. Lo mejor del sistema unicameral ecuatoriano —inaugurado en 1979— fue el número de legisladores que estaba en armonía con las necesidades reales del Ecuador.

- La conformación de bloques legislativos ha sido útil en España y puede serlo también entre nosotros; también es positivo que se determine, de algún modo, las

48. Las demás constituciones latinoamericanas de países que tienen población indígena, especialmente las andinas, de México y Guatemala, aún no desarrollan estos derechos. Actualmente en la OEA se estudia una declaración a nivel interamericano.

responsabilidades de los diputados, ojalá el Código de Ética tenga eficacia jurídica;

- Tanto a la inmunidad parlamentaria como al juicio político se les ha dado mayor precisión; respecto de este último, el que la solicitud de enjuiciamiento lo pida, al menos, la cuarta parte de los diputados del Congreso le concede seriedad al procedimiento. En cuanto a la situación de los ministros de estado de no ser destituidos, salvo decisión del primer mandatario, es una solución acorde con el régimen presidencial, es de esperar que la práctica confirme a esta regla como mejor que la que hemos tenido.

- En el ámbito legislativo se ha determinado el marco legal indispensable, es decir, se indica cuáles son las materias que deben ser reguladas por una ley. Se busca caracterizar a las leyes orgánicas por su jerarquía, contenido y votación especial para diferenciarlas de las leyes ordinarias; aquellas son útiles para complemento de la normativa constitucional —que no puede entrar en detalles— y que en nuestro país sólo han existido de nombre.

- En la Función Ejecutiva se simplifica la segunda vuelta electoral para la elección de los dos primeros mandatarios, no será necesario cuando el binomio que está en primer lugar alcanzó más del cuarenta por ciento de los votos válidos y obtuvo una diferencia porcentual mayor de diez puntos sobre el inmediato seguidor.

- Quizá podría esbozar una breve crítica sobre tres aspectos: a) en caso de faltar tanto el presidente como el vicepresidente de la República se establece que el Congreso elegirá al primer mandatario que durará hasta terminar el respectivo período presidencial. Esta solución no es adecuada, ya vimos como la Legislatura designó al último presidente "interino"; una solución muy democrática —en estos casos muy especiales— es llamar a elecciones generales e iniciar un nuevo período presidencial fundado directamente en la voluntad popular.

b) La Asamblea omitió corregir un grave vacío que la Constitución ha mantenido desde las reformas de 1992 al establecer que el presidente cesa en sus funciones y deja vacante el cargo —entre otras causas— por **abandono** del cargo; pero ¿qué debe entenderse por abandono? Esto no se ha determinado hasta ahora, luego de que las citadas reformas eliminaron las anteriores causales de abandono, y queda, en consecuencia, al criterio subjetivo de los legisladores señalar en que caso hay abandono del cargo. En Derecho Constitucional se llama "norma abierta" a aquellas que no concretaron y explicitaron su sentido y alcance; es como dar un cheque firmado "en blanco".

c) Anteriormente, el presidente de la República tenía entre sus facultades ordinarias la de "*Disponer el empleo de la Fuerza Pública, a través de los organismos correspondientes, cuando la seguridad y el servicio público lo demandaren*".<sup>49</sup> Con fundamento en este precepto constitucional podía el primer mandatario ordenar que las Fuerzas Armadas colaboren —junto a la Policía— en la lucha contra la delincuencia o en la requisita de armas o para resguardar lugares públicos. Ahora esta facultad está dentro de las señaladas para el estado de emergencia, por lo tanto tendría que declarar previamente la emergencia, lo cual resulta inconveniente en detrimento de la seguridad y protección ciudadanas. Hay que tener presente las limitaciones que, por diversas razones, tiene la institución policial.

Existen otras reformas de importancia en las demás instituciones y organismos del Estado y hay también aspectos que pueden ser discutibles. Los análisis que irán saliendo a la luz se encargarán de señalar las virtudes y los defectos de la Constitución reformada y codificada por la Asamblea Nacional Constituyente, en vigor a partir del 10 de agosto de 1998.

49. Literal k) del Art. 103 de la 3ra. Codificación de la Constitución, R.O. 969 del 18 de junio de 1996.

Para concluir, vale insistir en que la Ley Superior no debe ser un simple texto inanimado –letra muerta– lo esencial es que sus normas tengan efectividad jurídica, es decir, que se apliquen y se cumplan por todos –gobernantes y gobernados–, en cada momento y en cualquier lugar.

\* \* \* \* \*

### III.- ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL SISTEMA PRESIDENCIAL

Vale realizar un breve análisis de lo que es y ha sido el sistema presidencial en el Ecuador, cuyo antecedente está en la organización político-jurídica que se dieron los Estados Unidos y que la concretaron en su Carta constitucional de 1789. Examinaré algunas cuestiones.

#### 1.- Democracia y Estado social de Derecho.-

Partimos de un supuesto fundamental cual es que las instituciones, en este caso el sistema presidencial, deben funcionar en democracia, con las reglas de juego democráticas, lejos de todo autoritarismo o arbitrariedad que rompa el esquema constitucional y legal de una nación. Es decir, debe ser un Estado de Derecho que respeta la normatividad jurídica.

Al referirme al Estado de Derecho, es momento de insistir en que se trata de un Estado social de Derecho, tal como acertadamente ha agregado la reforma de la Asamblea Nacional Constituyente en el artículo 1° de nuestra Carta Magna.

Dicho agregado significa que no se trata solamente de que un Estado se regule por el Derecho, que quede subordinado al orden jurídico, sino que esa normatividad jurídica cuide de realizar la justicia social: de hacer que los derechos sociales, económicos y culturales no sean meros

enunciados sino realidad concreta; de propender a una mejor distribución de la riqueza; de combatir a la miseria y la falta de trabajo, etcétera.

Al respecto, constantemente se ha criticado que la democracia ecuatoriana, como también la latinoamericana, no es en realidad una verdadera democracia si hay pobreza, injusticia y falta de oportunidades. Efectivamente, comparto esa tesis en lo que se refiere a nuestro país, estoy de acuerdo en que vivimos en una **democracia formal** alimentada por la legalidad que imponen las instituciones al hacer que los actos y la actividad de los gobernantes se ciñan a las leyes y a la Constitución.

No se puede desconocer que vivir en una democracia formal significa dar un paso adelante, si se piensa en la inestabilidad política y en los cuartelazos y golpes de Estado que configuran nuestra historia; lo cual viene a ser una característica del país y de la mayoría de naciones latinoamericanas, como se señaló al examinar los contextos políticos en que se han desarrollado Latinoamérica y el Ecuador.

Sin embargo, a esa democracia formal hay que darle un contenido real que se traduzca en: la participación política activa de toda la sociedad ecuatoriana, incluyendo a los sectores que sufren marginación; en una mejora sustancial de los niveles de vida especialmente de los estratos pobres y necesitados; una mayor equidad en la distribución de la riqueza. Es decir, la democracia debe tener un contenido político, social y económico para que sea verdadera.

## 2.- Origen y desarrollo del sistema presidencial.-

La institución de un Poder Ejecutivo republicano, con un Presidente a la cabeza fue concebido por los políticos norteamericanos, cuando reunidos en la ciudad de Filadelfia en una Asamblea Constituyente, año de 1787, discutieron la forma

de gobierno que debían tomar los trece Estados confederados que habían nacido a la vida independiente.

Alrededor de ese Ejecutivo con un presidente y vicepresidente, se crearía toda una estructura jurídico-política: un Congreso bicameral que permita una representación nacional y local, con atribuciones diferenciadas para los diputados y los senadores, con el vicepresidente presidiendo al Senado y con voto dirimente en caso de empate. En la elaboración y expedición de leyes colaborarían el Presidente y el Congreso, pero éste retendría el control político y presupuestario.

Para la conformación de la Suprema Corte se concibió un número reducido de jueces de carácter vitalicio, pero designados por el Presidente con aprobación del Senado, que desde entonces consideraría su deber examinar minuciosamente la hoja de vida del candidato. A la Suprema Corte y a los jueces, en general, estaría reservado el cuidar que las leyes se sujeten a la Constitución.

Conformado de este modo y consagrado en la Constitución de 1787, la más antigua del mundo, fue desarrollándose el sistema presidencial en un contexto económicamente próspero aunque dividido por la aceptación o rechazo de la esclavitud, cuestión que luego ocasionará la Guerra de Secesión.

En las primeras décadas el desarrollo fue ordenado y con estabilidad, a ello contribuyeron las experiencias políticas que las antiguas colonias inglesas tuvieron en cuando a formar asambleas o pequeños parlamentos donde deliberaban y a darse sus Cartas, especie de constituciones, para regular asuntos de gobierno.

Lo señalado en el párrafo anterior hay que tener muy en cuenta para apreciar los resultados del sistema de gobierno y cuando se lo contraponen con el presidencialismo latinoamericano y del Ecuador.

Un punto que igualmente se debe considerar es que cuando los países de América latina toman el sistema presidencial como la forma más conveniente no hicieron una simple transposición, como se dice "copiaron" el sistema.

Cuando se examina este asunto se observa que la cuestión es mucho más compleja, y que hubo una adaptación del presidencialismo en cada país, con mayores o menores cambios que a la postre se fueron reflejando en las Constituciones. El análisis comparativo del presidencialismo ecuatoriano con el norteamericano demuestra una variación apreciable.

### 3.- La separación de poderes.-

El sistema presidencial incorporó como uno de sus elementos básicos la célebre teoría de Montesquieu y, como señalan los tratadistas, en el presidencialismo sí se da con claridad la separación de poderes, mucho más que en el sistema parlamentario donde el Ejecutivo está unido al Legislativo y éste gobierna a través de aquel.

En el presidencialismo hay una separación marcada desde el momento en que ambos órganos provienen de elecciones populares y el Presidente no puede disolver al Congreso como sucede en el parlamentarismo; por eso considero que aquellos sistemas presidenciales —como el de Perú— que permiten al Presidente decretar la disolución del Congreso incurren en una peligrosa alteración del sistema, que puede caer en el autoritarismo. Felizmente en nuestro país no ha prosperado esta idea.

El problema es que en el Ecuador, como en otros países latinoamericanos, no se cumple con los dos postulados básicos de la separación de poderes, como son: la independencia de los tres clásicos poderes, y la coordinación para un trabajo conjunto de los órganos estatales. Veámoslo.

**Independencia de las tres Funciones.-** En la práctica política no siempre el Ejecutivo ha respetado la independencia de los otros poderes o funciones, como llamamos desde la Constitución de 1945. El Presidente ha conseguido por diferentes medios doblegar al Congreso y sujetarlo a sus designios, recuérdese lo sucedido en los diversos períodos históricos desde el general Flores hasta el Dr. Velasco Ibarra.

En el período último, bajo la vigencia de la Constitución de 1979, esta independencia se ha perdido por el debilitamiento y el desprestigio de la Función Legislativa, ya sea al haberse enfrascado muchas veces en una oposición irracional al Ejecutivo, utilizando en demasía el juicio político, o por el tráfico de influencias de los legisladores e incluso actos de corrupción.

Por su lado, la Función Judicial ha llevado la peor parte. En ella han interferido tanto el Ejecutivo como el Legislativo y han dado lugar a la conocida expresión de "politización de la justicia". Las últimas reformas, que tienden a fortalecer la independencia del órgano judicial, ojalá consigan su propósito.

**Coordinación y colaboración.-** En cuanto a la necesaria e indispensable coordinación y colaboración que debe existir entre los poderes o funciones del Estado, es un aspecto que en mi criterio no se entendió ni comprendió en todos sus alcances y quizá por ello no se le dio la importancia debida. En la práctica lo que se observa es que hay una dificultad, intencionada o no, para coordinar acciones y colaborar en ellas (Luego me referiré concretamente al Congreso Nacional).

Esa dificultad ha llevado a muchas entidades, incluso al Instituto de Altos Estudios Nacionales, a señalar que existen objetivos nacionales permanentes, en los cuales todos los partidos políticos, sin distinción, están obligados a trabajar y colaborar. En estos últimos años parece que gana terreno la idea de buscar consensos mediante el diálogo, lo cual es positivo.

La doctrina política dice que el Gobierno –en sentido estricto- no lo hace el Ejecutivo, sea presidencial o parlamentario, lo hacen todos los órganos del Estado. Personalmente estoy convencido de este aserto, cada órgano desde las funciones que el ordenamiento jurídico le ha asignado contribuye al gobierno de un Estado.

¿Qué sucede si el Legislativo no da las leyes necesarias, si no construye el marco legal adecuado? ¿Si los jueces no sancionan la corrupción administrativa, si no ponen al servicio del país una recta administración de justicia? ¿Si la Contraloría o la Procuraduría o las Superintendencias no cumplen cuidadosamente –por decir lo menos- con sus deberes? Y, así podríamos continuar con una larga enumeración.

Naturalmente que en este contexto, las diversas políticas, especialmente las de los servicios públicos y administrativos los lleva adelante el Presidente con sus Ministros, y esta es la parte que obtiene mayor atención de la sociedad civil y que espera sea satisfecha pronta y eficientemente.

#### **4.- Las atribuciones presidenciales.-**

A diferencia del sistema parlamentario donde hay una dualidad en el Ejecutivo, dada por el Jefe de Estado (Monarca o Presidente, cuando el parlamentarismo se introduce en una República) y por el Jefe de Gobierno (Primer Ministro y su Gabinete), en el sistema presidencial el Presidente es a la vez las dos cosas: Jefe de Estado y de Gobierno.

La reforma de la Asamblea Nacional Constituyente así lo ha hecho constar de modo expreso en el Art.164 de la Constitución, cuando inicia el capítulo correspondiente al Primer Mandatario.

Lo dicho significa una acumulación de importantes atribuciones en una sola persona que es el Presidente, pues los

Ministros son simples asesores y realizadores de las políticas fijadas por el Primer Mandatario, que es quien decide.

Así, el Presidente dirige las relaciones internacionales y la política exterior, suscribe tratados y convenios que luego deberá someterlos a la aprobación del Congreso; es la autoridad máxima –como dice la Constitución- de la fuerza pública, nombra a los funcionarios de ésta, tanto como a sus principales colaboradores: Ministros, Jefes de misión diplomática, Gobernadores y otros.

Dirige la administración pública y los servicios, para su regulación dispone de la potestad reglamentaria y de normas con fuerza de ley que son los decretos ejecutivos; como se señaló, tiene iniciativa preferente para presentar proyectos de ley en materia impositiva y de carácter económico urgente.

El Presidente puede acudir a la consulta popular para las cuestiones que en su criterio sean de trascendental importancia, es un medio de aproximarse al pueblo para obtener su apoyo o también su rechazo; el sentido político le dirá cómo actuar.

Directamente, sin necesidad de autorización del Congreso, puede decretar el estado de emergencia en ciertos casos y tomar alguna o todas las facultades especiales que le concede la Constitución.

Pero todas estas atribuciones deben ser utilizadas de conformidad con la Constitución y la ley si se quiere mantener el Estado social de Derecho y fortalecer la democracia institucional.

#### **5.- El Congreso en un sistema presidencial.-**

A diferencia del sistema parlamentario donde la Función o Poder Legislativo participa en la conducción política del Estado, a través del Primer Ministro y de su Gabinete, a tal punto que si no está de acuerdo les retira la confianza y los

obliga a dimitir, en el sistema presidencial no le corresponde al Congreso dirigir las políticas del Estado, su papel es esencialmente de control.

El Primer Ministro y los miembros de su Gabinete son legisladores que al ser designados con la aprobación del Parlamento, dejan momentáneamente su curul y cuando renuncian vuelven al Parlamento. Esto no ocurre en el presidencialismo, este punto lo ha conservado siempre nuestro constitucionalismo y consta en la actual Constitución: los diputados que acepten nombramientos del Ejecutivo pierden su calidad (inciso 4, Art. 135).

Como dije, el papel del Congreso en un sistema presidencial radica principalmente en el control político, aparte de legislar y de aprobar el presupuesto estatal (incluso aquí se da un control económico-fiscal). A través de este control puede corregir las deficiencias y los errores en que incurran el Presidente y sus Ministros, pero esto se dará a condición de llevar el control con seriedad, con criterios fundamentados, lejos de una oposición ciega.

En nuestro Congreso ese control político ha sido mal encaminado y no ha dado los resultados esperados, no obstante que anteriormente (hasta inicios de 1998) la censura en el enjuiciamiento político traía la destitución del Ministro; esperemos que la reforma introducida en este punto se demuestre positiva, pues —como señalé— lo es desde la perspectiva teórica.

Por otra parte, en este aspecto como en otros, una cuestión que hay que tener presente es la relativa a los partidos políticos, pues ellos deciden los comportamientos políticos de sus afiliados e imponen la disciplina partidista. En consecuencia, en las actitudes de los diputados, a favor o en contra del Presidente, incide el juego partidario, igual en la conformación de los bloques de apoyo o de oposición.

Sin embargo, es hora de que los partidos políticos se conduzcan con miras a alcanzar los grandes objetivos nacionales, dejando de lado los intereses de grupo o los egoísmos de falsos líderes. Hoy, se constata una declinación de los partidos, corren el riesgo de disgregarse y desaparecer, huérfanos del apoyo popular.

Este es un reto que deben asumir los partidos en el Ecuador y cambiar sus estructuras cerradas y sus métodos proselitistas. La Ley de Partidos Políticos debe ser reelaborada y debe ejercerse un verdadero control sobre el subsidio económico que da el Estado a los partidos.

## **6.- Relaciones del Ejecutivo presidencial con el Congreso.-**

Las conclusiones que podemos obtener del análisis de las relaciones entre los dos clásico poderes, se refieren a un hecho concreto. En estas últimas décadas se ha observado una falta de colaboración del Congreso con el Ejecutivo, se han puesto muchos obstáculos para un trabajo coordinado. Y esta cuestión es importante, como señalé al referirme a la separación de poderes.

La obstrucción que el Presidente ha hallado en el Congreso, le ha llevado a buscar, por todos los medios incluso los no éticos, una mayoría para disponer de los votos necesarios para aprobar leyes o impedir la censura a los Ministros.

No se puede negar que el apoyo de los legisladores al Presidente es necesario para éste realice su programa de gobierno y al faltar esa colaboración ningún gobierno, sea de derecha o de izquierda, podrá cumplir satisfactoriamente su programa en abierto perjuicio para el país. Colaborar no significa dejar de lado el análisis crítico o la oposición constructiva, significa no obstruir la labor gubernativa.

Parecería que con los reajustes introducidos en la Constitución por la Asamblea Nacional Constituyente se buscarían mejorar estas relaciones Congreso-Presidente. Así, por ejemplo, se han suprimido las elecciones de diputados en medio período, es decir, cada dos años; de este modo se quiere evitar que ingrese al Congreso una mayoría opositora al Ejecutivo.

El juicio político tiene mayor precisión al puntualizarse de mejor manera las causas para realizarlo; los Ministros censurados no son destituidos automáticamente. Los conflictos de competencia entre el Presidente y el Congreso pueden ser dirimidos por el Tribunal Constitucional.

Una interrogante que se plantea es el cambio introducido en el período de sesiones del Congreso: ahora laborarán durante todo el año con dos recesos de un mes cada uno. ¿Servirá este sistema de trabajo para que el Congreso sea más ágil en los trámites de leyes y otros asuntos? o ¿Dedicarán este mayor tiempo en obstaculizar la labor del Ejecutivo?

Lo positivo es que en este contexto ya no serán necesarios los períodos extraordinarios de sesiones, como sucedía antes. Había un abuso en convocar a los llamados "Congresos extraordinarios".

Es posible que el Código de Ética creado para los legisladores contribuya a una actividad más diáfana de parte de éstos. En todo caso, este instrumento legal permite que el propio Congreso ejerza un control sobre sus miembros, so pena de ser destituidos.

Durante la vigencia de la Constitución de 1979, casi desde los inicios, se han venido dando lo que se ha denominado "pugnas de poder" y en algunas ocasiones estos enfrentamientos llegaron a situaciones muy críticas.

El resultado de estas pugnas es que rompe el equilibrio que debe haber entre Ejecutivo y Legislativo; y, uno de los dos poderes toma hegemonía sobre el otro, lo que generalmente ha sucedido en favor del Presidente. Ya se dijo que una de las características del presidencialismo latinoamericano, y también de nuestro país, ha sido el predominio del Ejecutivo sobre las demás funciones del Estado.

La experiencia política ha demostrado que es muy difícil obtener ese anhelado equilibrio entre los poderes del Estado, en los Estados Unidos han estado más próximos a conseguirlo. Pero seguirá siendo la meta a alcanzar y que se logrará cuando los pueblos y sus clases dirigentes maduren políticamente.

#### **7.- En la búsqueda de un sistema mixto.-**

Por último, hay que seguir impulsando los estudios e investigaciones que se iniciaron hace una década, especialmente en Argentina y México, con la finalidad de modificar algunos elementos del presidencialismo e introducir a cambio elementos del parlamentarismo.

El resultado sería un sistema de carácter mixto. Un camino semejante tomó Francia, pero en forma contraria, del parlamentarismo se acercó al presidencialismo y logró establecer un régimen de gobierno mejor constituido y más estable que los anteriores. Austria también ha tomado este ejemplo.

Naturalmente no se trata de hacer experimentos, ni de tomar en forma ligera los elementos del parlamentarismo, pues eso sería peligroso; como señalé en su oportunidad, Ecuador ya pasó por esa experiencia con la Constitución de 1929.

#### IV.- LA VICEPRESIDENCIA ¿UNA INSTITUCION NECESARIA?

##### 1.- Papel de la Vicepresidencia.-

La Vicepresidencia es una institución creada para subrogar al titular del Ejecutivo y que la trajo consigo el constitucionalismo norteamericano junto con el régimen presidencial. De allí lo tomaron la mayoría de los Estados latinoamericanos, incluido el nuestro. No obstante, otros prefirieron suprimir este cargo como México, Honduras, Chile, y en época anterior Colombia y Venezuela. En el Ecuador también se eliminó la Vicepresidencia en siete constituciones.

Este cargo de elección popular exige iguales requisitos e impone las mismas prohibiciones que rigen para ser elegido Presidente de la República; asimismo, goza de iguales prerrogativas que el titular de Ejecutivo en caso de asumir tales funciones.

El Vicepresidente es elegido simultáneamente con el Presidente y puede formar binomio inseparable en una misma papeleta electoral, como es el caso de la Constitución ecuatoriana (desde 1978-79), de modo que el triunfo del candidato presidencial trae consigo el de su compañero de fórmula. O puede ser elegido independientemente del Presidente, de suerte que podría resultar electo alguien del partido opuesto; este es el sistema estadounidense que se mantuvo en nuestras constituciones anteriores.

Aparte del rol básico de subrogar al Presidente en casos de falta temporal o definitiva, algunas constituciones disponen, siguiendo el modelo norteamericano, que el

Vicepresidente cuando no subroga al Presidente ejerza la presidencia del Senado, es decir, del Congreso; concediéndole voto únicamente en caso de empate para dirimir una cuestión. Este sistema lo recogimos en nuestra Carta de 1946, lo cual, dígame lo que se dijere, constituye una ingerencia del Ejecutivo en la Función Legislativa; dándosele al Vicepresidente una plataforma para que manibre en pro o en contra del Ejecutivo.

Se dice que la institución del Vicepresidente tiene como ventajas el asegurar la subrogación presidencial en cualquier momento y en caso de ser definitiva evita la realización de nuevas elecciones populares -de carácter extraordinario- que siempre alteran el desenvolvimiento normal de un Estado, a más del costo económico.

Sin embargo, estas ventajas son relativas. La subrogación presidencial puede asegurarse muy eficazmente sin necesidad de tener un Vicepresidente; y, a la ventaja de no efectuar nuevas elecciones sigue la desventaja de tener un Vicepresidente que, al momento de reemplazar definitivamente al Presidente, no refleje el querer de la nación y al carecer del apoyo popular necesario encabece un Ejecutivo débil, propenso a todo tipo de coalición que real o aparentemente tienda a estabilizarlo.

##### 2.- Nuevas elecciones como forma de subrogación.-

Por ello, es preferible que al quedar vacante la Presidencia y si el tiempo de subrogación es mayor de un año, con o sin Vicepresidente, se realicen nuevas elecciones presidenciales dentro de un lapso mínimo indispensable y quien así salga elegido dure un período constitucional completo, lo cual es más democrático.

Tal sistema -de nuevas elecciones en falta definitiva- no es extraño al constitucionalismo ecuatoriano. Casi todas las

constituciones lo consagraron, especialmente desde la de 1861 que establece el sufragio popular directo, hasta la de 1945; son las posteriores que toman el criterio que hoy rige. El Vicepresidente, si lo había, o el subrogante señalado por la Constitución era un encargado del Poder que debía convocar a nuevas elecciones presidenciales dentro de los ocho días siguientes a la fecha en que ocurrió la vacancia y en dos meses debían estar concluidas.

Por otra parte, al proceder a nuevas elecciones por faltar el titular del Ejecutivo -hecho que no ocurre siempre- bien valdría la pena llamar a elecciones de legisladores, para renovar total o parcialmente al Congreso. Esto permitiría que entre el nuevo Ejecutivo y la mayoría legislativa haya afinidad ideológica y programática al ser productos de un mismo momento histórico, posiblemente de un mismo partido.

Lo expuesto significaría unir la suerte del Ejecutivo con la del legislativo. De este modo, la destitución del Presidente entrañaría la renovación del Congreso. Y, lo que es más importante, se estaría recurriendo al veredicto popular en un caso excepcional como es la falta definitiva del Presidente de la República.

En caso de falta temporal quien puede subrogar con más eficacia al Presidente es un Ministro de Estado. Es preferible que quienes forman el equipo ministerial, estrechos colaboradores designados por el mismo Presidente, lo sustituyan temporalmente. Con lo cual no se rompe la unidad de acción política en la esfera del Ejecutivo. En Chile existe este sistema y también hubo en Venezuela (en la Constitución de 1961) en este país incluso se dejaba la designación a la voluntad del Presidente. Nosotros también lo tuvimos en las Cartas de 1869 y de 1929, señalando al Ministro de lo Interior (de Gobierno) como subrogante presidencial interino.

Obviamente, toda Constitución debe prever varios subrogantes por orden de precedencia y considerar no

solamente la subrogación del Presidente en ejercicio, sino también la del electo que aún no se posesiona del cargo (como lo hizo, particularmente, nuestra Carta de 1929).

### 3.- Posibilidad de eliminar la vicepresidencia.-

En suma, concluimos que la Vicepresidencia no es una institución necesaria en la estructura jurídico-política de nuestro Estado. Su utilidad se circunscribe a las efímeras alianzas electorales. Esta función fue eliminada en las Constituciones de 1851, 1869, 1878 (que establece la institución de la Designatura<sup>50</sup>), en las de 1906, 1929, la no promulgada de 1938 y de 1945. Vale señalar que dos Constituciones tan antagónicas como la de García Moreno de 1869 y la liberal de Alfaro de 1906 coincidieron en este punto.

En caso de eliminarse la Vicepresidencia y para la subrogación temporal del Presidente, puede disponerse que lo sustituya un Ministro de Estado a elección del mismo Presidente. Para la subrogación definitiva -por quedar vacante la Presidencia- sería el Presidente del Congreso quien se encargue del Ejecutivo, por ser el titular del órgano depositario de la soberanía popular, sea para llamar a nuevas elecciones presidenciales por un período completo si la subrogación durara más de un año, o para concluir el mandato en caso contrario.

---

50. La designatura fue una institución interesante que consistía en que el Congreso debía designar a una o dos personas para que en caso necesario subroguen al Presidente, en Honduras se eligen a 3 designados en las mismas elecciones del Presidente, mientras que en Colombia era el Congreso quien elegía un designado cada dos años hasta que la Constitución de 1991 cambió este sistema e incorporó a un vicepresidente en razón de la conflictiva situación que existe y se prefirió contar con un Segundo Mandatario.

Al suprimir la Vicepresidencia se elimina también una fuente de temores y de conflictos; los hechos pasados nos lo demuestran, recuérdese, por ejemplo, lo que sucedió en 1961 y en 1969; igual ha ocurrido en el período constitucional que va desde 1979, también se han suscitado conflictos entre los dos primeros Mandatarios.

Además, hemos sostenido que, si se reflexiona con criterio de austeridad, sería muy beneficioso para la economía fiscal la eliminación de la Vicepresidencia, en estas épocas en que cada funcionario superior del Estado requiere de un cortejo de asesores e influyentes burócratas y de una costosa infraestructura.

\*\*\*\*\*

## V.- UNICAMERALIDAD Y BICAMERALIDAD

Cada vez que nuestro país es sacudido por un proyecto de cambio político que busca plasmarse en un proceso de reformas constitucionales renace la vieja controversia sobre el bicameralismo y el unicameralismo como formas de organización del Poder Legislativo. Esto nos ha motivado a buscar de nuevo los fundamentos doctrinarios y las posibilidades reales que sirven para aceptar uno de los dos sistemas.

El Ecuador, como casi todos los países del Continente (con excepción de los países centroamericanos), practicó el bicameralismo por regla general; sin embargo, en su experiencia constitucional también está presente la cámara única y, precisamente, es el sistema que ha mantenido desde la Constitución de 1978-1979.<sup>51</sup>

### 1.- Antecedentes unicamerales en el Ecuador

El sistema unicameral fue recogido por el constitucionalismo ecuatoriano en cuatro ocasiones.

La primera, en los inicios mismos de la República, cuando, luego de la disolución de la Gran Colombia en 1830, se erige el Estado del Ecuador. No obstante los antecedentes

51. La Constitución del Perú de 1993 establece la unicameralidad del Congreso con 120 legisladores, denominados "Congresistas".

bicamerales de las Constituciones grancolombianas de Cúcuta (1821) y de Bogotá (1830), los constituyentes ecuatorianos prefirieron organizar al Poder Legislativo en una sola cámara: la de los representantes o diputados. Las razones que tuvieron para adoptar el unicameralismo no han podido ser establecidas con claridad, pero todo parece indicar que se quiso simplificar la estructura del Poder Legislativo y por ende del Estado.

La Constitución de 1851 por segunda vez introduce la Cámara única con el criterio de dar al cuerpo legislativo mayor agilidad en la toma de decisiones y particularmente en la elaboración de leyes. Este sistema fue adoptado bajo la influencia de la Constitución francesa de 1848 que establecía para este país europeo, una asamblea única por tercera y última ocasión (antes fue en 1791 y 1793). Coincidentalmente tanto la Constitución gala como la ecuatoriana tuvieron una breve duración.<sup>52</sup>

En nuestro siglo, el Ecuador se decide nuevamente por la unicameralidad en la Constitución de 1945. Las ideas de propiciar diversos cambios en la estructura estatal y de impulsarlos desde la Legislatura, sirven de fundamento a los constituyentes influidos por las corrientes socialistas de la época. Es decir, en esta ocasión juega el criterio de que la unicameralidad es factor de transformación, en tanto que la bicameralidad constituye un freno al cambio. Este mismo razonamiento, con otros, estuvo presente en quienes se inclinaron por la Cámara única en 1978.

Sin embargo, el Ecuador no experimentó realmente el sistema unicameral en las tres ocasiones anteriores, debido a la corta duración de las Constituciones que lo establecieron. Es la Ley Fundamental de 1978-79, la que permite conocer las

52. El principal gestor de ésta y otras modificaciones a la estructura constitucional del Estado fue don Pedro Carbo, distinguido liberal guayaquileño, quién durante su estadía en Francia conoció de cerca el constitucionalismo clásico europeo.

bondades y desventajas de un Congreso unicameral. Balance que puede realizarse con mayor objetividad al tener una perspectiva histórica de dos décadas.

## 2.- El sistema unicameral en la Constitución de 1978-1979

Esta Carta Política se caracterizó por estructurar un sistema unicameral con dos clases de diputados para conformar el Congreso: los nacionales y los provinciales. Los primeros fueron en total doce y se caracterizaron por ser elegidos mediante votación de todo el país, duraban cuatro años y además de los requisitos generales debían tener una edad mínima de treinta años. Los diputados provinciales eran elegidos al interior de las, entonces, veintidós provincias ecuatorianas en un número proporcional a sus habitantes y de acuerdo con la base poblacional señalada en la Constitución; duraban dos años y la edad mínima exigida fue de veinte y cinco años. Esto dio un número de sesenta y cinco legisladores.

Como se observa, el número de diputados fue reducido a pesar de ir incrementándose (al inicio de los años noventa fueron setenta y siete), lo cual respondía al criterio prevaleciente al momento de elaborar la Constitución de que el Poder Legislativo estuviera conformado por una representación pequeña de cada provincia. Se esperaba que este número reducido de legisladores, daría celeridad en los procedimientos del órgano colegiado y, por ende, una mayor eficiencia, al margen de que en términos económicos resultaría menos costoso.

Además, no existían diferencias sustanciales entre los diputados nacionales y los provinciales, especialmente en lo relativo a las atribuciones que eran las mismas para unos y otros, a pesar de tenía mayor relevancia el diputado nacional al ser elegido por todo el país. Esta integración de un Congreso unicameral con dos clases de diputados resultaría más congruente si se hubieran diferenciado de alguna manera las

atribuciones. Sobre este discutible punto, la única utilidad que se puede encontrar es la de obligar a los partidos políticos a organizarse a nivel nacional, superando la circunscripción de la provincia, para obtener uno o más legisladores nacionales.

De paso señalemos que, desde 1979 los partidos, por mandato constitucional, tuvieron el monopolio de presentar candidatos a elecciones populares y lo que es peor, a todo candidato -si quería serlo- se le obligaba a estar afiliado a un partido. Luego de mucha controversia, esta cuestión de la obligatoriedad de la afiliación para ser candidato a elecciones populares desapareció de la Constitución, al aprobarse en la consulta popular del 28 de agosto de 1994 que los "independientes", es decir, los no afiliados podían candidatizarse.

### 3.- La doctrina jurídico-política sobre los dos sistemas

Antigua y apasionada ha sido la polémica sobre la organización del Legislativo en una o dos cámaras. Quizá, como anotan algunos tratadistas, tal discusión responde más a cierto academismo constitucional que a la preocupación real de adaptar las instituciones a las necesidades actuales. Pues, tanto el bicameralismo como el unicameralismo implican ventajas y desventajas que cada Estado deberá analizarlas desde su particular situación. Solo en caso de los Estados Federales aparece como fuera de discusión la existencia de un Legislativo bicameral: el senado, para la representación territorial, y los diputados para la representación poblacional.

Algunos autores, como el profesor M. Duverger<sup>53</sup>, señalan una tendencia hacia el unicameralismo a partir de la segunda mitad de este siglo y citan como ejemplos los casos de

53. Maurice Duverger: *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, 16e édition, PUF, Paris, 1980, volúmen 1, pp. 163 y siguientes.

Noruega, Dinamarca, Suecia, Finlandia e inclusive Gran Bretaña donde la Cámara de los Lores, tras larga evolución, ha ido cediendo sus atribuciones a la de Comunes. Sin embargo, creo que se debe señalar que en estos Estados de sistema parlamentario, la cámara alta que no provenía de elecciones populares, constituía una cámara aristocrática destinada a mantener la sobrevivencia e intereses de una clase social en contrapeso a la cámara denominada popular y de origen democrático.

Se trata, pues, de una situación diferente de lo que ocurre en muchos Estados, como el nuestro, donde tanto la cámara del senado como la de diputados provienen de elecciones populares con las características que se han generalizado: para el senado se requiere una edad mayor, se otorga un mandato más largo, con atribuciones diferentes -en mayor o menor grado- a las de la cámara baja. También suele prescribirse la renovación parcial del senado, por mitad o por tercios, y en ciertos casos, como en Francia, se utiliza el sufragio indirecto para su elección.

En cuanto a los argumentos en favor como en contra del bicameralismo, y por tanto en pro de la cámara única, son relativos. Si dejan de serlo -insisto- es en función de la realidad concreta de un país, de sus necesidades y experiencias.

Recogiendo los criterios más generalizados y pensando en nuestros países, se pueden resumir los méritos del bicameralismo en tres planos: en el técnico-jurídico, en el político y en el plano de la organización constitucional del Estado.<sup>54</sup>

En el plano técnico-jurídico, el bicameralismo establece las condiciones adecuadas para obtener una mejor calidad en

54. Cfr. Giuseppe de Vergottini: *Derecho Constitucional Comparado*, 2da. ed., Espasa-Calpe S.A., Madrid, 1985, pp. 328 y ss.

Georges Burdeau: *Traité de Science Politique*, 2e édition, L.G.D.J., Paris, 1971, t. VI, v. II, pp. 304 y ss.

el trabajo legislativo. La expedición de leyes y la adopción de otras decisiones por el Congreso corren el riesgo de ser dictadas o resueltas por impulsos pasajeros, lo cual se evita cuando existe la necesidad de un doble examen. La segunda cámara es un correctivo contra toda precipitación; ella introduce los períodos de tiempo necesarios para la reflexión y opone la ponderación a la prisa, de donde proceden las leyes inútiles o mal hechas. En este sentido se habla del senado como la cámara de la reflexión, cuya prudencia y mesura equilibran la acción del órgano Legislativo y cuya presencia es condición de buen gobierno.

En el plano político se recomienda el bicameralismo como una garantía eficaz contra el predominio de una cámara única que podría asumir un papel hegemónico rompiendo el necesario equilibrio que debe entrañar la separación de poderes, particularmente en un sistema presidencial. Sobre este punto han insistido la mayoría de autores y más si se tiene en cuenta el denominado "gobierno de asamblea".

Además, la existencia de las dos cámaras permiten que se realice, de modo más efectivo, el control interno que debe haber en el Legislativo, en este caso un control mutuo.<sup>55</sup>

También se debe tener presente que la bicameralidad amortigua los efectos de la inestabilidad de la voluntad popular. En nuestros sistemas presidenciales esta inestabilidad del electorado permite formar en el Congreso mayorías que se deslizan entre los extremos: o de sumisión al Ejecutivo o de cerrada oposición. Al existir dos cámaras y si las dos no son elegidas por igual duración ni siempre al mismo tiempo, las presiones coyunturales de la opinión encontrarán en una de las cámaras una resistencia saludable y, por otro lado, no se impide que se reflejen las nuevas tendencias políticas.

En el plano de la organización constitucional del Estado, la división del Legislativo facilita el establecimiento de relaciones normales entre éste y el Ejecutivo. Si el Legislativo se compone de una sola cámara se corre el riesgo de que los conflictos que se produzcan con el Ejecutivo se tornen insolubles; en cambio, la existencia de la bicameralidad permite amortiguar las oposiciones y encontrar los compromisos oportunos, pudiendo el senado asumir un rol de árbitro mediador.

De la experiencia de muchos países, inclusive del nuestro, se observa que, por lo general, entre las dos cámaras no se presentan conflictos graves u oposición sistemática. Se trata de un saludable contrapeso. Además, es menos peligroso un conflicto entre las dos cámaras que entre el Ejecutivo y un Congreso unicameral.

Quienes critican al bicameralismo y optan por el unicameralismo, señalan que la existencia de una segunda cámara constituye una duplicación inútil de la voluntad popular. Se piensa que ésta entraba y entorpece el funcionamiento del Congreso que de por sí mantiene un ritmo lento en su labor legislativa. No es un freno que debería buscarse a las iniciativas de la cámara baja sino un acelerador. En resumen, al bicameralismo se lo ve como un obstáculo para un Estado que busca transformarse.

#### **4.- La cámara única en tela de discusión**

En el Ecuador, al analizar lo acontecido en las últimas décadas, en las cuales ha regido el sistema unicameral del Legislativo, encuentro -como muchos- que los resultados no han sido positivos. No cabe duda de que al lado del elemento cámara única, han jugado otros factores -particularmente políticos- y todos ellos han contribuido a que en la opinión pública se tuviera un criterio favorable a la reimplantación del bicameralismo.

55. Karl Loewenstein habla del sistema bicameral como un eficaz control intraórgano. Cfr. *Teoría de la Constitución*, reimpresión de la 2da. ed., Ariel, Barcelona, 1979, pp. 246 y ss.

Resumidamente señalaré las principales deficiencias de nuestro Congreso unicameral y creo que, de alguna manera, han confirmado en la práctica muchos aspectos previstos por la doctrina, dejando al descubierto las desventajas del unicameralismo. Desde luego, si se adopta nuevamente el sistema bicameral no quiere decir que por este solo hecho obtendremos todos los beneficios atribuidos a este sistema.

Aquello sobre el predominio -a veces arbitrario- de la cámara única se ha vivido en el Ecuador, dando lugar a lo que la opinión pública calificara como "pugna de poderes". Los conflictos periódicos con el Ejecutivo, cualquiera que haya sido su origen, dejó saldos altamente negativos; conflictos que amenazaron tornarse sistemáticos e insolubles.

Creo que la cámara del senado (aún con una composición política semejante a la que tiene en la cámara de diputados) hubiera superado o amortiguado, al menos en parte, las situaciones antedichas. Generalmente, el senado se ha caracterizado por tener un espíritu de cuerpo diferente al de los diputados, y frente a los conflictos entre diputados y presidente de la República jugaría el papel de un árbitro mediador.

En cuanto al trabajo legislativo, este ni fue ágil ni tuvo sentido de oportunidad, a pesar de que (antes de 1998) en receso del Congreso las Comisiones Legislativas y su plenario buscaron aprobar leyes. Además se impuso la precipitación en múltiples decisiones de trascendencia nacional.

En consecuencia y en base a nuestras experiencias, parecería que la organización bicameral del Congreso responde mejor a nuestra realidad. Este criterio se lo puede sustentar, además, en otro argumento que lo considero importante: la bicameralidad permite una representación nacional más completa, con una función integradora.

Hay que tener presente que el órgano representativo por excelencia, a donde confluye la expresión de la voluntad

popular, es el congreso o parlamento; si éste se estructura con dos cámaras de distinta composición puede representar de mejor manera la diversidad de elementos que integran un Estado, a sus diferentes regiones e intereses.

Al reflexionar con criterio de unidad nacional se aceptará que dada la conformación del senado se asegura que todas las provincias ecuatorianas tengan igual participación y peso en las decisiones del Legislativo. Cosa que no ocurre en un sistema unicameral, donde vemos el predominio de dos o tres provincias que ostentan mayor representación en detrimento de las otras.

\* \* \* \* \*

## VI.- LA INMUNIDAD PARLAMENTARIA

La inmunidad es una garantía y también un privilegio que se ha instituido para el normal funcionamiento del Órgano Legislativo, al proteger la independencia de sus miembros y asegurarles un ejercicio libre del mandato legislativo.

La noción de inmunidad entraña que el legislador, mientras goza de ella, no puede ser perseguido, detenido, arrestado o juzgado. Es decir, no puede ser privado de su libertad ni procesado judicialmente. Por lo general, la inmunidad acompaña al legislador el tiempo para el cual fue elegido; a veces, se la reduce circunscribiéndola al período de sesiones.

### 1.- Antecedentes

En la evolución del constitucionalismo inglés, dentro de su consolidación en el siglo XVII, la Declaración de Derechos de 1689 (*Bill of Rights*) hizo constar el fundamento de la garantía de inmunidad al decir:

*“Que las libertades de expresión, discusión y actuación en el Parlamento, no pueden ser juzgadas ni investigadas por otro Tribunal que el Parlamento.”* (declaración IX).

También la Constitución de los Estados Unidos en 1787 estableció una disposición semejante, señalándose que los legisladores *“gozarán del privilegio de no ser arrestados”* durante el período de sesiones, ni ser objeto *“de inquisición alguna con*

*motivo de cualquier discusión o debate en una de las cámaras”*, con excepción de los casos *“de traición, delito grave y perturbación del orden público”*. (Art.1, Sexta Sección, numeral 1). Este precepto, posteriormente, fue recogido por la mayoría de Constituciones.

### 2.- Doctrina constitucional

De modo tradicional, la doctrina ha desdoblado la inmunidad en dos categorías o tipos:

1) En primer lugar, **la inmunidad de fondo** o la irresponsabilidad jurídica que cubre al legislador (*“freedom of speech”*). Consiste en que ningún legislador puede ser perseguido, detenido o juzgado en razón de los votos, mociones, discursos u opiniones emitidos en el ejercicio mismo de sus funciones, en uso de su mandato legislativo.

Aquí se considera que el legislador no es responsable jurídicamente por esas opiniones o votos, pero esta irresponsabilidad sirve exclusivamente para los actos cumplidos en función del mandato legislativo; por lo tanto, cualesquiera otros actos que no tengan relación directa e inmediata con el ejercicio del mandato no son protegidos por esta inmunidad. Por ejemplo, el tráfico de influencias, un discurso en una reunión pública, el caso de golpes o heridas, sin importar si se realizaron en el recinto legislativo, etcétera.

Su finalidad radica en que la libre discusión y debate es fundamental en una Asamblea deliberante y en tal virtud se protege la autonomía del Órgano Legislativo, más que proteger a la persona del diputado o senador y por eso no son todas sus actuaciones las que gozan de este tipo de inmunidad.

2) En segundo lugar, **la inmunidad de procedimiento** o cierto carácter de inviolabilidad que ostenta la persona del legislador (*“freedom from arrest”*). Bajo este criterio, el

legislador no puede ser detenido o procesado sino en determinadas circunstancias y con arreglo a un procedimiento específico; no se trata de sustraerlo a la acción de la justicia, es decir, amparar al legislador con la impunidad.

Lo que se busca es dar al legislador una protección especial -un privilegio procesal- respecto de aquellos actos que realice mientras dure el mandato legislativo y que puedan ser denunciados como delitos; pero se trata de actos que no están directamente vinculados con el ejercicio de ese mandato.

Si bien en las dos categorías de inmunidad se busca proteger el libre ejercicio del mandato legislativo, en esta segunda la finalidad inmediata es impedir a los otros Poderes (al Ejecutivo particularmente) de ejercer presiones sobre los legisladores, tomando como pretexto la comisión -real o supuesta- de delitos. Aquí, debe ser la misma Legislatura que levante o suspenda la inmunidad. Para el caso de delito flagrante la inmunidad no opera jamás.

### 3.- Diferencias

Existen ciertas diferencias entre las dos categorías o tipos de inmunidad: la primera tiene un carácter absoluto en el sentido de dar una protección amplia, enervando toda acción penal, civil o política. Nadie, ni la misma Legislatura, podría levantar o suspender esta inmunidad de fondo y aunque esté limitada solamente a los actos realizados en función del mandato legislativo, sus efectos se prolongan más allá de la duración de éste; posee un carácter permanente, perpetuo.

En cambio la inmunidad de procedimiento es relativa y temporal, puede el mismo órgano Legislativo levantarla o suspenderla, y a veces se la limita sólo al período que duran las sesiones.

### 4.- Criterios actuales

Algunos tratadistas contemporáneos señalan que la institución de la inmunidad es de dudosa justificación en nuestros días, pues ella ha perdido su razón de ser por dos motivos:

1.- Hoy las Cámaras Legislativas más que actuar en un plano de enfrentamiento con los otros Poderes, funciona en un plano de colaboración. En este mismo sentido, nosotros agregaremos que el sistema democrático exige que toda oposición se dé dentro de límites razonables y legales, por tanto en los Estados democráticos no puede haber persecución ni otra forma intimidatoria para acallar a un legislador; hoy en día lo que se observa es la "compra-venta" de decisiones y contra esta forma de corrupción no opera la inmunidad parlamentaria, al contrario la favorece; y,

2.- Al existir en los Estados de Derecho un régimen de respeto y de amplias garantías para los derechos de los ciudadanos, esto es suficiente para salvaguardar, también, los derechos del legislador como ciudadano que es, en la hipótesis de que estos fueran violados.

Algunos consideran, además, que la inmunidad parlamentaria responde más a criterios exacerbados de autodefensa corporativa que a necesidades reales de prevención de la independencia de los parlamentarios.<sup>56</sup>

### 5.- La Constitución ecuatoriana y la inmunidad

En materia de inmunidad parlamentaria hemos señalado que la Constitución de 1978-79 fue muy general e imprecisa, la

56. Ver, Francisco Fernández Segado: *El Sistema Constitucional Español*, Dykinson, Madrid, 1992, p. 595.

norma que se mantuvo hasta 1997 simplemente decía: "Durante el desempeño de sus funciones gozarán de inmunidad parlamentaria, salvo en el caso de delito flagrante, que deberá ser calificado por el Congreso Nacional."<sup>57</sup> En nuestro criterio la protección de la inmunidad debía ser, únicamente, para las opiniones que formulen los legisladores, los votos que emitan y demás actos que realicen **en cumplimiento y ejercicio de sus funciones de legislador**, nada más. Una disposición similar propusimos para los miembros del Tribunal Constitucional (en la Comisión para la Reforma Constitucional de 1994) y fue acogida favorablemente por el Congreso (RO N° 863 de 16 de enero de 1996), el inciso penúltimo del Art. 174 disponía:

*"No serán responsables por los votos que emitan y por las opiniones que formulen en el ejercicio de las atribuciones propias de su cargo."*

Esta norma se mantiene hasta hoy en lo esencial (ver Art. 275 segundo inciso *in fine*). De esta manera, lo que se considera es la inmunidad de fondo o irresponsabilidad jurídica, de conformidad con la doctrina.

La reforma constitucional promulgada el 27 de mayo de 1997 tomó estos criterios y adecuó de mejor modo la inmunidad; sobre ese texto se basó la Asamblea Nacional en 1998 y elaboró la norma actual (Art. 137) la cual establece que los legisladores no son responsables ni civil ni penalmente por los votos y opiniones que emitan en el ejercicio de sus funciones. Agrega, además, que debe haber autorización previa del Congreso para iniciar un juicio penal contra un legislador y, salvo el caso de delito flagrante, no será privado de su libertad. Por tanto el juez debe pedir autorización para enjuiciar al

57. Art. 84 de la Constitución codificada el 13 de febrero de 1997. Mediante reforma constitucional promulgada el 27 de mayo de 1997 se modificó la disposición relativa a la inmunidad y fue ampliada, la cual sirvió de base a la norma actual. Vale recordar que en la Constitución de 1967 estuvo mejor elaborada la inmunidad legislativa en el Art. 126.

legislador, y en este punto se da una solución acertada, si dicha petición "no fuere contestada en el plazo de treinta días, se la entenderá concedida". (Art. 137 inciso segundo). Este plazo se suspende durante los recesos del Congreso.

Para evitar las dudas que antes se daban, la norma constitucional aclara que deben continuar tramitándose las causas penales iniciadas antes de que el legislador se haya posesionado del cargo.

No obstante que la Constitución vigente mejoró la regulación de la inmunidad, nosotros compartimos plenamente el criterio sustentado por algunos tratadistas europeos de que la inmunidad parlamentaria debe desaparecer, hoy en día nada justifica el mantener tal privilegio que crea ciudadanos de distintas categorías. El estatus del legislador debe fundamentarse en el servicio a la comunidad y no en esta clase de privilegios que llevan a la impunidad. La realidad nacional confirma nuestro aserto.

\* \* \* \* \*

## VII.- LA AMNISTIA Y SU DOCTRINA

La amnistía es un vocablo de origen griego que significa olvido, olvido de lo pasado. Esta institución se aplica en casos excepcionales de comisión de determinados delitos, es entonces que la amnistía extiende el velo del olvido sobre lo ocurrido o, al decir de otros comentaristas, borra la existencia del delito y de sus consecuencias.

Jurídicamente la amnistía entraña la eliminación *ex tunc* de los efectos penales derivados de la comisión de un hecho punible, en el cual se dan todas las características que conforman al delito. Por ello, también se suele señalar que la amnistía suprime una categoría de infracciones. Según el profesor francés León Duguit: *"La amnistía tiene por efecto el considerar retroactivamente como no punible un hecho previsto y castigado por la ley penal"*.<sup>58</sup>

Por estos efectos jurídicos que tiene la amnistía, las legislaciones penales de casi todos los países la incluyen como una de las formas de extinguir el ejercicio de la acción y de la ejecución de la pena.

Pero vale que nos interroguemos ¿a qué clase o categoría de delitos se puede aplicar la amnistía? Los principios racionales, éticos y morales de toda sociedad humana no admitirían que esta se concediera indistinta o indiferentemente para cualquier delito, en cualquier circunstancia.

58. León Duguit: *Manual de Derecho Constitucional*, 2a. edición, Francisco Beltrán Editor, Madrid, 1926, p. 110.

Tradicionalmente la amnistía se ha aplicado a los delitos llamados políticos por estimar que se merecen un tratamiento especial más favorable que los delitos comunes, por cuanto los delitos políticos implican un móvil altruista y extraindividual. Debe ser en cada caso concreto que se examine previamente si el delito cometido puede o no ser calificado de político.

Según el profesor español Jiménez de Azúa hay varios criterios para definir al delito político. *"El que atiende al bien jurídico lesionado, y que es meramente objetivo, y el que explora el móvil, adoptando así principios subjetivos."*<sup>59</sup> Igualmente señala que existe una tendencia restrictiva en las legislaciones penales contemporáneas para excluir cierta clase de delitos políticos.

Generalmente los delitos políticos son aquellos que se cometen contra la forma de organización político de un Estado pero su conceptualización y definición se dificultan enormemente debido a que quienes se inclinan doctrinariamente por el móvil o la finalidad toman en consideración los delitos conexos (aquellos que se ligan estrechamente al fin político, aunque de por sí constituyen un delito común). De otro lado, los delitos políticos son de comisión colectiva, el sujeto activo es plural pues se trata de infracciones realizadas por varios agentes.<sup>60</sup>

### 1.- Caracteres de la Amnistía

A diferencia del indulto donde se toma muy en cuenta a la persona del delincuente y donde juega sobre todo un

59. *La Ley y el Delito*, 3a. edición, Buenos Aires, Editorial Hermes, 1959, p. 186.

60. La profusa bibliografía sobre el tema del delito político, ha continuado en aumento. Los análisis son diversos, incluso no faltan autores que niegan a esta categoría de delitos un fundamento filosófico y jurídico; así, Jaime Granados Peña: *El Delito Político*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá D.E., 1985

sentimiento humanitario, de clemencia o de equidad, para con los infractores penales; en la amnistía se mira más al tipo de delito que a sus infractores y se tiene por punto de partida el clima político-social que vive el Estado: de agitación interna, de enfrentamientos y conflictos sociales, de una seria alteración del orden constituido.

En estas graves circunstancias descansan los motivos que impulsan al Poder Público a recurrir a la amnistía; pues, se considera que la conmoción social existente amerita su pacificación por tal vía; ya que la paz y tranquilidad social se considera un interés superior al juicio de reproche que la sociedad debe hacer al transgresor de la Ley, en tales circunstancias.

En la amnistía ya no se parte de consideraciones individuales -como en el indulto- lo que importa es el interés general de la comunidad toda. Por esto la doctrina suele señalar que la amnistía cumple una importante finalidad política, cual es la de conseguir o al menos contribuir a la paz, al orden, a la concordia nacionales en momentos en que estos valores, intrínsecos a toda organización política, han sido alterados sensiblemente por hechos que caen bajo el rigor de la ley penal, lo que agrava la situación. Para restaurar la paz, el orden, la concordia es a veces necesario recurrir a la amnistía.

No se debe perder de vista esta caracterización de orden teleológico que corresponde a la naturaleza misma de la amnistía y la diferencia del indulto, que constituye su fundamento y su justificación. A su vez, viene a ser un presupuesto necesario el que en un Estado o en una parte de él se viva una situación que podría ser calificada de compleja y delicada y que en todo caso altera su normal desenvolvimiento.

Este carácter político de la amnistía se ahonda si se considera que tiene como objeto -casi de modo exclusivo- a una categoría de delitos, los llamados delitos políticos.

## Carácter General de la Amnistía

En la naturaleza de la amnistía está el de tener un carácter general, a diferencia del indulto que es un acto individual, particular. Este carácter general le da un alcance amplio que permite beneficiar indistintamente a todos los implicados en un hecho delictivo, sin tomar en cuenta sus nombres o sus calidades; no se podía beneficiar a unos sin considerar también a los demás implicados en aquel hecho que se amnistía. Al contrario, el carácter particular -como lo tiene el indulto- hace referencia únicamente a una persona o a determinadas personas.

Doctrinariamente es impropio conceder una amnistía particular, del mismo modo que lo es otorgar un indulto general. Justamente por la finalidad de orden público que persigue la amnistía ésta debe mantener su carácter general. Algunas Constituciones ecuatorianas (a partir de la de 1897 con las solas excepciones de la de 1945 y de la de 1978-79) cayeron en esta incorrección. En la Constitución vigente se habla únicamente de amnistía general y no particular, lo cual es correcto.

Al respecto vale recordar el criterio del profesor León Duguit que dice: "*si la amnistía se concede a una persona determinada, entonces la amnistía constituye una derogación de la ley con carácter individual; esta amnistía individual es un acto arbitrario que no entra en el concepto racional de la organización del Estado ni se acomoda a las funciones jurídicas normales del Estado mismo*".<sup>61</sup>

## 2.- Naturaleza jurídica de la Amnistía

Por otro lado, la amnistía tiene una naturaleza eminentemente legislativa por cuanto corresponde su ejercicio

---

61. Op. Cit., p. 110.

al Parlamento o Congreso, órgano de la Función Legislativa, al cual se le ha conferido esta atribución tradicionalmente y quien emite su decisión a través de un acto legislativo por excelencia que es la ley.

*“La amnistía no puede ser acordada sino por un acto en forma de ley”*, señalaba el profesor León Duguit<sup>62</sup> Y no puede ser de otro modo si se tiene en cuenta los efectos de la amnistía de borrar prácticamente una categoría de delitos. El hecho de sustraer a infractores penales del rigor de la ley aparece como un acto de legislación específica. Para trastocar una realidad delictiva y dejar sin lugar una conducta típicamente antijurídica, imputable, culpable y punible, debe recurrirse obligadamente a una ley, ya que en el fondo se está alterando la ley penal.

La amnistía supone una derogación parcial de la ley penal, insiste la mayoría de tratadistas. En consecuencia para que los efectos de la amnistía se produzcan, es decir, para que ésta sea válida, el Parlamento o Congreso debe proceder a través de un acto legislativo de igual jerarquía que la ley penal, o sea mediante otra ley.

Al respecto cabe señalar que el indulto se deja preferentemente en manos del Ejecutivo, sin perjuicio de que también el Legislativo pueda tener esta facultad; en tal caso, el Ejecutivo procede a través de un decreto. Nuestra Constitución actual faculta al Congreso tanto amnistiar como indultar.

### 3.- Amnistía versus Administración de Justicia

Decíamos que en la amnistía gravitan -por sobre todo- importantes consideraciones de orden político como son el devolver la paz, el orden, la concordia a una sociedad

convulsionada por una situación de crisis delicada y compleja. La gravedad que revisten tales conflictos internos viene a ser el denominador común de toda amnistía. Si no existen motivos realmente graves o trascendentales la amnistía no tiene razón de ser, se estaría violentando la naturaleza de la institución.

Además, si se considera que la amnistía implica una autoderogatoria de la potestad soberana de administrar justicia, conllevando necesariamente una negación de la misma, o como dice nuestro Código Penal, extingue la acción penal y la condena; pues bien, bajo estas consideraciones no se puede negar que el uso indebido de esta institución, es decir su abuso, constituiría un escarnio para la Función Judicial cuya actividad en la administración de justicia no puede ser interferida ni obstaculizada por ningún órgano del Estado, en virtud del principio de independencia que consagran las Cartas Constitucionales de todos los países del mundo.

El profesor alemán Karl Loewenstein al hablar de la independencia de la Función Judicial señala que *“constituye la piedra final en el edificio del Estado democrático constitucional de derecho”* y que de este principio de independencia judicial se deriva *“la exigencia de que los tribunales ordinarios detenten el monopolio de la administración de justicia”* lo cual *“excluye también todas las funciones judiciales por parte del gobierno y del parlamento.”*<sup>63</sup>

La utilización de la amnistía en aquellos casos que no se ajusten estrictamente a los preceptos señalados por la Constitución y la Ley, entrañan -sin lugar a dudas- una

---

63. Loewenstein agrega que: "Aplicado a las nuevas circunstancias, el monopolio Judicial excluye también la arrogación de funciones judiciales por las comisiones de investigación parlamentarias o cualquier otra intervención de autoridades no judiciales en la administración de Justicia". Teoría de la Constitución, 2a. Edición, Editorial Ariel, Barcelona, 1979, pp. 294, 295, 296.

---

62. Idem; pp. 437 y 462. En este punto la doctrina y el Derecho francés son unánimes hasta el día de hoy.

interferencia y un obstáculo para la recta administración de la justicia.

Por lo anteriormente expuesto, las Constituciones ecuatorianas de 1906 (Art. 54 No. 15), de 1929 (Art. 49 No. 17), de 1946 (Art. 54 No. 15) y de 1967 (Art. 135 No. 4) establecieron que salvo los casos específicamente determinados para que proceda la amnistía y el indulto, el Congreso no podía *"obstar la substanciación de los juicios ni la ejecución de las sentencias u otras providencias de la Función Judicial."*<sup>64</sup>

En las Constituciones del siglo pasado y sobre este punto, hay alguna referencia a partir de la Carta de 1852 que, en el artículo siguiente a las atribuciones del Congreso, señala: *"El Congreso no puede suspender, a pretexto de indultos, el curso de los procedimientos judiciales, ni revocar las sentencias y decretos que dictare el Poder Judicial"*. (Art.41). La Constitución de 1861 conserva este precepto y la de 1869 lo suprime. Las Cartas posteriores de 1878, 1884 y de 1897 retoman la disposición y hacen la salvedad para los casos de amnistía e indulto debidamente acordados por la Legislatura.

#### **4.- Uso indebido de la amnistía es contraproducente**

Por último, una conclusión que se presenta nítida es la de que si se da un uso indebido a la amnistía, si se violenta su naturaleza jurídico-política, los resultados que se obtengan con ella serán totalmente contrarios a los propósitos que la justifican y la sustentan. En lugar de obtener la paz, el orden, la concordia, se sembrará conflictos y desórdenes, y no solamente en el plano de la convivencia política del Estado, sino también en el jurídico porque se estaría violando expresas normas constitucionales.

Aparte del funesto precedente que constituye dejar en abierta impunidad conductas delictivas de quienes privilegiados de sus vínculos sociales y políticos logran evadir la acción de la justicia. El postulado constitucional de igualdad de todos ante la ley estaría siendo quebrantado.

Por otro lado, del análisis de la amnistía se desprende que esta institución interviene cuando existen situaciones que pueden ser calificadas de complejas y delicadas por el grado de conflicto que ellas encierran. Esto explica el por qué la amnistía suele acompañar, generalmente, a transformaciones políticas y sociales, a revoluciones, o surge en un ambiente convulsionado por desórdenes políticos.

Sin embargo, también se debe dejar en claro que la amnistía no procede en los delitos contra los derechos humanos cometidos por quienes detentan el poder.

#### **5.- Los motivos graves o trascendentales y la amnistía**

Son aquellas situaciones críticas que vive un Estado, en un momento determinado que sirven de fundamento para que se dicta la amnistía; ellas constituyen los motivos graves o trascendentales a que se refieren las normas constitucionales y legales de la mayoría de los Estados. Y, sin estos motivos realmente graves -decíamos- la amnistía no tiene razón de ser, se estaría violentando su naturaleza.

Este análisis no es irrelevante, al contrario es esencial para nosotros los ecuatorianos puesto que tal disposición constó de modo expreso en la Carta Política de 1978-79 (en la actual se elimina) y tiene una larga y continuada tradición histórica en nuestro constitucionalismo. Examinémosla.

Todas Las Constituciones ecuatorianas, sin excepción, especialmente a partir de la Carta Política de 1843, por cuanto las dos primeras de 1830 y 1835 hablaron sólo de indulto,

64. Este texto corresponde a la Constitución de 1967, Art.135 numeral 40, las otras Constituciones mencionadas tienen normas muy similares.

establecieron que la amnistía -y también el indulto- tendría lugar "cuando lo exija algún grave motivo de conveniencia pública".

La antedicha fórmula fue constantemente repetida con ligerísimos cambios de redacción, hasta que en la décimo-segunda Constitución de 1906 se suprime la expresión "de conveniencia pública" porque quizá estaba demás y queda la fórmula de "cuando lo exigiere algún motivo grave", la misma que será textualmente recogida por las Constituciones posteriores: la de 1929, la no promulgada de 1938, de 1945, de 1946 y la de 1967.

La Constitución de 1978-79 prefirió utilizar otra fórmula de contenido similar y tal vez de mayor claridad, la cual señalaba terminantemente que la amnistía se concederá "cuando lo justifique algún motivo trascendental" (Art. 59 letra k).

Según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua la palabra trascendental significa en sentido figurado "que es de mucha importancia o gravedad, por sus consecuencias", por lo que se concluye que cuando el Congreso Nacional examine los hechos o circunstancias que van a dar lugar a la amnistía, deben existir motivos de mucha importancia, muy graves, que realmente justifiquen su aplicación.

La actual Constitución de 1998 modifica la disposición y señala que tanto la amnistía como el indulto "la decisión se justificará cuando medien motivos humanitarios". (Art. 130, número 15). Consideramos un error esta concepción, para el indulto pueden haber motivos humanitarios pero no así para la amnistía que tradicionalmente -tanto en la doctrina como en la práctica casi universal- se la da para terminar con los conflictos internos que dividen a un país, para conseguir la reconciliación, la paz.

Estos motivos no pueden ni deben ser calificados como "humanitarios", so pena de caer en la ambigüedad e

imprecisión. En caso de las enfermedades terminales, por ejemplo, habrían motivos humanitarios para indultar pero nunca para dictar una amnistía.

## 6.- Práctica de la amnistía en el Ecuador

Cuando se examinan los casos de amnistía que se han dictado en nuestro país por el órgano Legislativo, se observa que no han sido demasiado frecuentes no obstante la convulsionada vida política; más aún si se considera que en el siglo pasado, sobre todo, la amnistía no se diferenciaba sustancialmente del indulto. Incluso nos atreveríamos a adelantar el criterio de que no se ha abusado de esta institución. Lo cual es positivo si se conviene en que las amnistías deben ser otorgadas de modo excepcional a tal punto que aparezcan muy raramente, así lo consideran muchos tratadistas y lo sostenemos también nosotros.

Al analizar los aspectos doctrinarios de la amnistía vimos que esta tiene una naturaleza legislativa por diversas razones, una de ellas porque tiene que ser expedida mediante un acto legislativo por excelencia que es la ley. Este criterio se fortalece cuando se piensa en los efectos que tiene la amnistía: de borrar completamente todo rastro de delito, extinguiendo el ejercicio de la acción y la ejecución de la pena; lo cual lleva a afirmar que la amnistía supone una derogación parcial de la ley penal, que ella implica una autoderogatoria de la potestad soberana de administrar justicia.

Es, pues, deseable que el Congreso Nacional conceda la amnistía mediante un acto legislativo de la misma jerarquía que la ley penal, a la cual en un momento determinado deja inexistente o la deroga circunstancialmente.

En este punto, la práctica constitucional ecuatoriana no ha sido muy clara. Si bien en la mayoría de casos el

Congreso procedió a conceder la amnistía a través de un decreto que luego era sancionado por el Ejecutivo, en cambio, en otros casos, a pesar de utilizarse dicha expresión -de decreto- no pasaba al "ejecútese" presidencial. Y, en no pocas ocasiones, el Congreso dio amnistía mediante un simple acuerdo.

Todo parece indicar que hasta épocas recientes no hubo en nuestra doctrina constitucional principio claros y diferenciadores sobre la amnistía y el indulto. Así, varias veces se utilizaron las dos instituciones de modo conjunto para los mismos hechos y vemos al Congreso otorgando "amnistía e indulto generales. . ."; además de que -como ya se dijo- en algunas Constituciones se habló de "*conceder amnistía e indulto generales o particulares*" e incluso podía darse "*amnistía e indulto generales por infracciones comunes*" (por ejemplo, en las Constituciones de 1946 y de 1967).

Aplicar la amnistía a delitos comunes es desde todo punto de vista inaceptable; en este caso su otorgamiento lesiona la naturaleza misma de la institución y puede provocar excesos y abusos que van en perjuicio de la justicia y de la armonía sociales.

Pero, retomando el procedimiento por el cual debe ser concedida una amnistía, agregaremos que según nuestra actual Constitución no cabría que se la dicte mediante una simple resolución o acuerdo legislativo, pues éstos -según la doctrina constitucional general y también la ecuatoriana- versan sobre decisiones de mero trámite o de reglamento, o son actos legislativos que no crean o extinguen derechos ni modifican o interpretan la ley

Estos criterios sobre la ley, decreto, acuerdo o resolución han estado siempre presentes en el constitucionalismo ecuatoriano, sobre todo a partir de la Constitución de 1929 en donde se los incluye expresamente y luego se los recoge en las Constituciones posteriores. En la de 1978-79 se omitió tal

disposición clarificadora hasta que las reformas constitucionales de 1983 la introdujeron.<sup>65</sup>

No se olvide que la amnistía crea para los beneficiados el derecho a no ser perseguidos, procesados ni condenados, y que modifica la ley penal extinguiendo la acción y la condena.

En todo caso nuestra actual Constitución y el ordenamiento jurídico secundario presentan vacíos en cuanto a no establecer de un modo expreso de que la amnistía y el indulto se concederán a través de una ley o de un decreto legislativo. Igual sucede con la interpretación de los preceptos constitucionales. Esto se complica al no existir en nuestro país suficiente jurisprudencia constitucional, debido particularmente a los cambios constantes de las Cartas Políticas del Estado; y, nuestras prácticas jurídico-políticas son contradictorias.

Para terminar haremos una citación del Diccionario Jurídico de Cabanellas, donde encontramos el siguiente juicio acerca de la amnistía:

*"En la esfera represiva, las amnistías son en extremo delicadas. No obstante, los políticos suelen manejarlas con irresponsabilidad incluso cuando se produce un cambio complejo en las instituciones fundamentales, las amnistías corresponden a la lógica jurídica".*

*. . . "Lo inconcebible, en términos jurídicos -conviene recordar que la Academia reserva la amnistía, por definición, para el olvido de los delitos políticos exclusivamente-, consiste*

---

65. Esta disposición es la que se introdujo en las reformas de 1983 y da una orientación tanto para el procedimiento de interpretar la Constitución como para el caso de la amnistía, que no podrían hacerse por simple acuerdo o resolución. Por haber sido incorporada en 1983, no podría darse el carácter de antecedente válido al acuerdo de amnistía dictado al inicio del Gobierno del Presidente Roldós en favor de los implicados en la revuelta contra el General Rodríguez Lara.

en aplicar las amnistías a los delitos comunes, que representa subvertir todo el orden moral y jurídico de un país. Cuando se llega a esos términos, puede afirmarse que los gobernantes o los legisladores, al conceder patente criminal, se igualan sin más a los delincuentes”.

“Por último, -agrega el Diccionario- conviene recomendar que las amnistías sean rarísimas en el tiempo, a fin de no fomentar la delincuencia con la esperanza firme de liberaciones fáciles o de condenas cortas”.<sup>66</sup>

\*\*\*\*\*

## VIII.- EL CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA <sup>67</sup>

### 1.- Una nueva institución judicial

Las nuevas tendencias de posguerra del denominado constitucionalismo social, que traen importantes transformaciones y sirven de complemento al constitucionalismo clásico, también introducen cambios en el Poder Judicial, el cual ha afrontado casi siempre una falta de autonomía en su organización e integración, además de otros problemas.

Es a partir de la segunda posguerra que algunos Estados buscan establecer sistemas más adecuados para el **gobierno y la administración** de la Función Judicial y de sus órganos con el fin de fortalecer su menoscabada autonomía y de lograr el **autogobierno de la magistratura**. Con esta perspectiva surgen los Consejos Superiores de la Magistratura o de la judicatura.

Para el gobierno y la administración de la Función Judicial suelen señalarse dos grandes sistemas. El angloamericano o de los países del *common law*, donde prevalece un criterio de mayor independencia para el Poder Judicial y lo relativo a su gobierno y administración queda en manos de los órganos judiciales de mayor jerarquía (Corte Suprema). En el segundo sistema, que ha predominado en los ordenamientos de Europa Continental, los aspectos más importantes del gobierno y administración judiciales quedan retenidos en el Ejecutivo, en el Ministerio de Justicia que de una manera u otra interfiere en la Función Judicial.

66. Guillermo Cabanellas: Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, 16ta. edición, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1983, Tomo 1, p.276.

67. Artículo preparado en el año de 1993.

Los países latinoamericanos, como señala el erudito profesor Fix-Zamudio, han experimentado ambos sistemas, pues si bien han otorgado facultades importantes de gobierno y administración a los tribunales, han establecido también Ministerios o Secretarías de Justicia que comparten con el órgano judicial estas funciones.<sup>68</sup> En el Ecuador aunque no se ha creado expresamente un Ministerio de Justicia (a veces ha existido una subsecretaría) ha sido el Ministerio de Gobierno el que ha ejercido "vigilancia" a la Función Judicial. Los problemas ocasionados por la falta de autonomía de los órganos judiciales, dado el sistema implantado en Europa Continental, hicieron que en países como Francia, Italia y Portugal surgieran los llamados Consejos Superiores de la Magistratura o de la Judicatura con la finalidad de hacer posible el autogobierno judicial. Dichos Consejos han asumido diversas modalidades en cuanto a su integración y funcionamiento, y con respecto a sus atribuciones.

De modo general, podemos señalar que se les ha encomendado la selección y proposiciones de nombramiento de los jueces y magistrados, y en ocasiones la designación directa de algunos de ellos; la fiscalización de la carrera judicial, incluyendo promociones y traslados, así como ciertas facultades disciplinarias en relación con los propios jueces y magistrados.

A pesar de que los Consejos de la Magistratura o Judicatura presentan algunos inconvenientes que se han procurado solucionar, se observa que ellos han contribuido a una mayor independencia del Poder Judicial frente al Ejecutivo, al limitar las atribuciones tradicionales de los Ministerios de Justicia, los cuales han conservado únicamente las facultades concernientes a las relaciones indispensables entre el Ejecutivo y el Judicial.

68. Héctor Fix-Zamudio: Los problemas contemporáneos del Poder Judicial, México, UNAM, 1986.

Asimismo, han permitido solucionar los complicados problemas que tienen que ver con el gobierno y la administración moderna de los órganos judiciales, cuyo número y especialización se han hecho cada vez más complejos. Examinaremos brevemente el desarrollo histórico y la consolidación de los Consejos de la Magistratura o Judicatura, primero en Europa y luego en Latinoamérica donde su desarrollo se ha incrementado en estos últimos años.

## 2.- Europa y el Consejo Superior de la Magistratura

No obstante algunos antecedentes que se puedan encontrar en esta materia, concretamente en las legislaciones de España e Italia, es en Francia que se estructura con criterio moderno un órgano de gobierno y administración de los tribunales de justicia, bajo la denominación de Consejo Superior de la Magistratura; lo cual aparece en la Constitución francesa de 27 de octubre de 1946 (Arts. 83-84).

Dicho Consejo estaba integrado por catorce miembros: el Presidente de la República que lo presidía, el Ministro de Justicia (que era su vicepresidente), seis miembros elegidos por la Asamblea Nacional por mayoría de dos tercios y fuera de su seno, cuatro miembros que debían ser magistrados eran designados por la función judicial, y dos miembros nombrados por el Presidente de la República dentro del personal judicial. De igual modo se elegían los suplentes. Los doce miembros elegidos tenían una duración de seis años.

Entre las atribuciones estaban: presentar al Presidente de la República, para su designación, a los candidatos para ser jueces y magistrados, excluyendo a los miembros del Ministerio Público; así como dictar medidas disciplinarias, vigilar la independencia de los jueces y ocuparse de la administración de los tribunales judiciales.

La actual Constitución francesa de 4 de octubre de 1958 (Art.65) y la Ley Orgánica del Consejo Superior de la

Magistratura (Ordenanza de diciembre 22 de 1958) introducen algunas modificaciones. Se integra al Consejo con once miembros: el Presidente de la República que preside, el Ministro de Justicia como vicepresidente y nueve miembros que durarán cuatro años. Estos son elegidos por el Presidente de la República del siguiente modo: tres deben ser miembros de la Corte de Casación; tres Magistrados de otras categorías, elegidos de una lista de al menos tres candidatos por cada puesto, elaborada por la Corte de Casación; un miembro provendrá del Consejo de Estado que presentará una terna; y, los dos miembros restantes son elegidos entre personas de prestigio que no pertenezcan a la función judicial.

Entre sus atribuciones, un poco más restringidas que antes están: proponer al Presidente de la República los candidatos para los cargos de magistrados de la Corte de Casación, así como el Primer Presidente de las de Apelación; y proporcionar su opinión respecto a las propuestas del Ministro de Justicia en relación con los otros cargos judiciales. Actúa también como tribunal disciplinario respecto de los jueces y magistrados de las diversas categorías, pero en ese supuesto, el Consejo es presidido por el Primer Presidente de la Corte de Casación.

**Italia** en su Constitución de 1° de enero de 1948 (Art. 104-105) establece el Consejo Superior de la Magistratura. Diversas leyes lo regularán: las de 1958, 1975 y 1981. Está integrado por treinta y tres miembros, de los cuales tres son de oficio: el Presidente de la República, el Presidente de la Corte de Casación y su Fiscal General. De los otros, el un tercio es de origen parlamentario y los dos tercios provienen de la función judicial, del siguiente modo: diez son designados por el Parlamento entre profesores en materias jurídicas y abogados con quince años de ejercicio profesional, y veinte son elegidos en forma directa por los magistrados y jueces entre los pertenecientes a las diversas categorías judiciales. En esta elección participan todos los jueces y magistrados sin distinción de categorías, con voto personal, secreto y directo; se utiliza un sistema de carácter proporcional (método d'Hondt).

Entre sus atribuciones se destacan las que se refieren a la incorporación de nuevos jueces y magistrados; sobre los destinos a plazas o a funciones; sobre los traslados, los ascensos; lo relativo al nombramiento o revocación de los jueces honorarios o de los expertos que forman parte de algunos órganos judiciales. Las decisiones que el Consejo adopta se toman a instancias del Ministro de Justicia o bien de oficio. También impone sanciones disciplinarias a los jueces y magistrados a iniciativa del Ministro de Justicia o del Fiscal General de la Corte de Casación.

Los modelos de Francia e Italia servirán a otros países para crear instituciones similares: la **República de Turquía** introdujo el Consejo Superior de la Magistratura en su Constitución de 1961 (Arts. 143-144); **Grecia** en su Constitución de 1975 (Art. 90) con la denominación de Consejo Supremo Judicial; **Portugal** en la Constitución de 1976 (Art. 223), y **España** en su Constitución de diciembre 29 de 1978 (Art. 122, incisos 2 y 3) lo consagra con el nombre de Consejo General del Poder Judicial y lo regula especialmente con la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985.

El **Consejo español** además de inspirarse en los modelos de Italia y Portugal, tiene sus antecedentes en las leyes de 1917 y de 1926 que lo establecieron como Consejo Judicial, pero es en la actual Constitución y Ley Orgánica que toma el sentido moderno de instrumento de gobierno y de administración judiciales.

Está integrado por el Presidente del Tribunal Supremo, que lo preside, y por veinte miembros nombrados por el Rey, del modo siguiente: doce entre jueces y magistrados de todas las categorías judiciales, cuatro a iniciativa del Congreso de los Diputados, y cuatro a propuesta del Senado, elegidos en ambos casos por mayoría de tres quintos de sus miembros entre abogados y otros juristas, todos ellos de reconocida competencia y con más de quince años en el ejercicio de su profesión. Su duración es de cinco años. En un primer

momento los doce miembros representantes de los jueces y magistrados eran de elección directa, siguiendo el modelo italiano, pero a partir de 1985 su designación se deja también en las Cortes o Parlamento español, al igual que los otros.

Entre las atribuciones del Consejo español constan: propuestas de nombramiento del Presidente del Tribunal Supremo (que es además el titular del Consejo); designación de dos de los integrantes del Tribunal Constitucional; selección, provisión de destinos, ascensos, situaciones administrativas y régimen disciplinario de jueces y magistrados; designación, con firma del Rey, de los jueces y además con refrendo del Ministro de Justicia cuando se trata de magistrados y presidentes de tribunales; fijación y modificación de la plantilla orgánica de jueces, magistrados y secretarios; proyectos de ley en materia penitenciaria y en materias procesales o que afectaran a la organización, funcionamiento y gobierno de los juzgados y tribunales o a su estatuto jurídico, entre otras facultades.

### 3.- La nueva institución en América Latina

En Latinoamérica también se introducen y desarrollan los Consejos de la Magistratura como nuevos órganos de gobierno y administración del Poder Judicial, inspirándose en cierto modo en los Consejos europeos. Los primeros ensayos sentarán las bases para una evolución posterior. Los países que se adhieren a la nueva institución son: Colombia, Venezuela, Perú, Brasil, El Salvador, Panamá y más recientemente en Costa Rica con un proyecto legislativo de 1989 y en las nuevas Constituciones de Colombia de 1991 y de Paraguay de 1992.

En **Colombia** se dio una evolución larga y a veces contradictoria. Un primer antecedente se remonta a 1955 (Decreto N° 2798) en que se estableció el Consejo Superior de la Magistratura. En 1972 una ley le transformó en Tribunal Disciplinario y en 1979 una reforma a la Constitución (Art. 149)

introdujo nuevamente el Consejo Superior de la Judicatura, pero dicha reforma fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema en 1981 por vicios de procedimiento.

En esta primera organización, al Consejo colombiano se lo integró con solo cuatro magistrados elegidos por el mismo Consejo, para períodos individuales de ocho años, sin reelección. No se olviden que el sistema colombiano, anterior y actual, para designar a los magistrados de justicia es de cooptación, el Consejo tenía como atribuciones: enviar a la Corte Suprema y al Consejo de Estado listas de no menos de tres candidatos para cubrir las vacantes que se presentaran en dichos organismos; elaborar y remitir a la misma Corte Suprema listas de quienes reunieran las condiciones para ser designados magistrados de los tribunales superiores y jueces, e igualmente al Consejo de Estado para que nombre jueces de los tribunales administrativos.

Tenía también atribuciones disciplinarias: debía conocer en última instancia de la falta en que incurrieran los magistrados, jueces y empleados judiciales, inclusive las faltas de los abogados en el ejercicio profesional. El Consejo podía decretar la destitución de los magistrados de la Corte Suprema en determinados casos. Además de estas y otras facultades, le correspondía la administración de la carrera judicial y resolvía los conflictos de competencia que ocurrieran entre las distintas jurisdicciones. Esta primera organización que da Colombia al Consejo sirvió de antecedente a la actual Constitución.

En la Constitución colombiana de 7 de julio de 1991 se consolida el Consejo Superior de la Judicatura (Arts. 254 a 257). Este estará formado por dos Salas: la Administrativa integrada por seis magistrados designados, dos por la Corte Suprema, uno por la Corte Constitucional y tres por el Consejo de Estado; y, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria formada por siete magistrados elegidos por el Congreso Nacional de ternas enviadas por el Gobierno. Todos los magistrados del Consejo durarán ocho años en el ejercicio de sus funciones. Además de

estas Salas podrán crearse Consejos Seccionales de la Judicatura.

Sus atribuciones pueden dividirse en dos categorías:

a) De política judicial, como: fijar la división del territorio para efectos judiciales; crear, suprimir, fusionar y trasladar cargos en la Función Judicial; dictar los reglamentos necesarios para el eficaz funcionamiento del servicio jurisdiccional; proponer proyectos de ley relativos a la administración de justicia y a los códigos sustantivos y procedimentales.

b) Relativos a la carrera judicial y a la proposición de candidatos (atribuciones que también son de los consejos seccionales): administrar la carrera judicial; elaborar las listas de candidatos para la designación de funcionarios judiciales y enviarlos a la entidad que deba hacerla, con la exclusión de los relativos a la jurisdicción penal militar; llevar el control de rendimiento de las corporaciones y despachos judiciales.

c) Facultades relativas a las sanciones disciplinarias y conflictos de competencias: examinar la conducta y sancionar las faltas de los funcionarios de la rama judicial, así como las de los abogados en el ejercicio de su profesión, en la instancia que señale la ley; y dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones.

En **Venezuela** la Constitución de 23 de enero de 1961 (Art.217) introdujo al Consejo de la Judicatura para "*asegurar la independencia, eficacia y decoro de los tribunales y garantizar a los jueces los beneficios de la carrera judicial*". Posteriormente, la Ley Orgánica del Poder Judicial (con las reformas de 1969) determinó que el Consejo estará integrado por nueve miembros: cinco por la Corte Suprema, dos por el Congreso y dos por el Presidente de la República; con una duración de cinco años.

Se le otorgaron extensas facultades puesto que abarca el nombramiento de jueces y magistrados, con exclusión de los de la Corte Suprema; conoce de la promoción, traslado y remoción de los integrantes de la judicatura; elabora un anteproyecto de presupuesto del Poder Judicial y lo presenta al Ejecutivo nacional. Tiene facultades disciplinarias.

En el **Perú** esta institución se originó en el gobierno militar mediante decreto-ley (N° 18.060) de 1969 con el nombre de Consejo Nacional de Justicia, al cual se le dieron amplias atribuciones. En 1971 sufrió modificaciones al ser dictada su Ley Orgánica y otras regulaciones. Después de esta primera experiencia y al establecerse la democracia, la Constitución peruana de julio 12 de 1979 (Arts. 245 a 249) insertó entre sus normas al Consejo Nacional de la Magistratura, dándole una nueva orientación. Su Ley Orgánica se dio en enero 30 de 1981.

Su integración está dada por siete miembros: el Fiscal de la Nación (designado por el mismo Consejo al cual preside), dos miembros designados por la Corte Suprema; uno nombrado por la Federación Nacional de Colegios de Abogados del Perú y otro por el Colegio de Abogados de Lima; y, dos miembros elegidos por las Facultades de Derecho de la República, entre aquellos que tengan las mismas calidades que se requieren para magistrados de la Corte.

Vale señalar que en el esquema anterior de 1969 habían dos representantes del Ejecutivo y dos del Legislativo que ahora se los elimina. Con excepción del Fiscal de la Nación los miembros del Consejo desempeñan su cargo por un período de tres años, sin reelección inmediata y son remunerados con el sistema de dietas. Se crearon además Consejos Distritales de la Magistratura que no tienen carácter permanente, sino que se integran cada vez que sea necesario proponer un juez de primera instancia, un fiscal o un juez de paz letrado. Se componen dichos Consejos del fiscal más antiguo del distrito judicial correspondiente; de los dos magistrados de mayor antigüedad de la respectiva Corte Superior; y, de dos

miembros designados por el colegio de abogados de la jurisdicción.

El Consejo Nacional tiene como principal atribución: proponer al Presidente de la República el nombramiento de los magistrados de la Corte Suprema y de las Cortes Superiores, así como de los Fiscales ante dichos organismos, y presentar las propuestas que le sean transmitidas por los Consejos Distritales de la Magistratura para la designación por el titular del Ejecutivo, de los jueces de primera instancia y de paz letrados de los respectivos distritos judiciales.

Para presentar las propuestas de nombramiento, el Consejo debe convocar a concurso de méritos y evaluación personal. Con los resultados se fijará la terna de candidatos idóneos para el cargo postulado, terna que se enviará al Presidente de la República para la designación; pero si se trata de magistrados de la Corte Suprema y de Fiscales ante la misma, el nombramiento deberá someterse a ratificación del Senado. Como se señaló, el Fiscal de la Nación que preside al Consejo es designado por el mismo Consejo.

Un aspecto que diferencia al Consejo Nacional de la Magistratura peruano es que no impone medidas disciplinarias, ya que únicamente le corresponde tramitar las denuncias que reciba sobre la actuación de los magistrados de la Corte Suprema, a fin de que esta última decida sobre las sanciones disciplinarias y cuando existe presunción de delito las comunica al Fiscal de la Nación.

#### **4.- Conclusiones sobre los Consejos Latinoamericanos.**

Del breve análisis de los Consejos de la Magistratura o Judicatura en Latinoamérica podemos llegar a algunas conclusiones, que deben tomarse muy en cuenta en nuestro país para estructurar esta institución.

Tales Consejos si bien inspirados en los modelos de Europa Continental han sido adaptados a la realidad y experiencia de cada país que lo ha introducido en su ordenamiento jurídico. En las últimas décadas ha habido un creciente desarrollo que ha permitido una consolidación de estas instituciones con el objeto de mejorar los sistemas tradicionales, los que son insuficientes para resolver los complejos problemas contemporáneos de la Función Judicial, que se ha especializado cada vez más, debido a la tecnificación y multiplicación de los conflictos jurídicos que se le someten para su decisión.

Si bien en los ordenamientos latinoamericanos se observa que se ha dado a los Consejos de la Judicatura o Magistratura una organización y funcionamiento diversos, sin embargo se pueden encontrar rasgos comunes. Así en la composición y en la forma de designar a sus integrantes, a pesar de las diferencias existe un elemento común que es el relativo a su integración mayoritaria por parte de quienes constituyen la Función Judicial: jueces y magistrados u algunos otros funcionarios judiciales, ya que el fin esencial que se persigue, como lo ha sostenido la doctrina europea, es el auto gobierno de la magistratura.

Igual ocurre en cuanto a sus atribuciones que se presentan variadas: a veces se les atribuye el nombramiento directo de todos o parte de los magistrados, jueces y funcionarios judiciales; en otras, sólo la proposición de candidaturas ya sea a los órganos superiores judiciales o bien a otros poderes públicos, pero el elemento común estaría dado por la necesaria participación del Consejo en la selección de los candidatos a los cargos judiciales.

Y rasgos comunes existen también en la intervención del Consejo en lo relativo a la carrera judicial (estabilidad, promociones, traslados, etc.), en la preparación del presupuesto para el manejo económico judicial y su colaboración o decisión en las sanciones disciplinarias respecto

de los funcionarios judiciales, así como en el establecimiento de la política judicial.

También suele destacarse como un factor positivo la presencia en estos Consejos de abogados designados por sus colegios profesionales, de profesores universitarios en ciencias jurídicas, pues de este modo se consigue una composición que es más favorable a una administración y un gobierno judiciales más pluralistas y transparentes.

Nosotros nos inclinábamos además por la presencia de representantes de los funcionarios judiciales para que defiendan sus legítimos intereses profesionales, en la medida en que no se opongan al bien común.

## 5.- El Consejo de la Judicatura en el Ecuador

El Ecuador por vez primera introduce en su ordenamiento jurídico al Consejo Nacional de la Judicatura, institución por la cual nosotros habíamos abogado desde la elaboración de las reformas constitucionales de 1983. El Consejo es creado por las recientes reformas constitucionales que entraron en vigor el 23 de diciembre de 1992, reformas relacionadas esencialmente con la Función Judicial a la cual buscan, según el Considerando, *“modernizar la administración de justicia, hacerla más ágil y eficiente y dotarle de los medios necesarios para el cumplimiento de sus obligaciones”*.

En este contexto se establece que: *“El Consejo Nacional de la Judicatura será el órgano administrativo y de gobierno de la Función Judicial. La Ley determinará su integración, forma de elección de sus integrantes, estructura y funciones”*.

Como se observa, nuestra reforma constitucional ha recogido la tendencia europea y latinoamericana de concebir al Consejo de la Judicatura o Magistratura como el instrumento

adecuado para el gobierno y la administración de la Función Judicial, contribuyendo a darle mayor independencia y eliminando o al menos reduciendo la politización partidista en la integración de los órganos judiciales. Naturalmente esta independencia tiene que ser considerada frente al Ejecutivo y al Legislativo, como corresponde a un Poder del Estado si se quiere mantener la clásica separación de poderes.

Por otro lado esta reforma constitucional deja en manos de la Ley todo lo concerniente a la organización y funcionamiento del Consejo Nacional de la Judicatura. Por lo tanto la independencia de la Función Judicial y la eficacia del Consejo dependerán, en parte, de lo que la Legislación establezca al respecto.

Como decíamos ya al iniciar las conclusiones, nuestra legislación debe tomar en consideración aquellos elementos que se revelan como comunes en la organización y funcionamiento de los Consejos de la Magistratura. Así, en su integración debe primar el número de miembros provenientes de la Función Judicial, frente a los miembros que representan al Legislativo y al Ejecutivo. Y, si realmente se quiere proteger la independencia de los órganos judiciales, limitando la politización partidista, en la composición del Consejo no deben tomar parte ni el Legislativo ni el Ejecutivo.

En cambio, para lograr esa participación pluralista y transparente deben integrar el Consejo todos quienes están vinculados estrechamente con la administración de justicia, como son los Colegios y la Federación Nacional de Abogados del país, profesores universitarios en ciencia jurídica y representantes de los funcionarios y empleados judiciales. Todos los miembros del Consejo debieran reunir los mismos requisitos que son necesarios para ser magistrados de la Corte Suprema.

En cuanto a las atribuciones, éstas deben ser amplias ya para seleccionar y proponer los candidatos a las diversas

judicaturas, ya para vigilar los concursos de merecimientos, o para ejercer facultades disciplinarias. Creemos que al existir el Consejo de la Judicatura no era necesaria la Comisión de Asuntos Judiciales del Congreso Nacional, pues bien puede el primero examinar e informar sobre las candidaturas para magistrados de la Corte Suprema.

La razón de ser del Consejo Nacional de la Judicatura radicará en la importancia de las atribuciones que se le confiera, y la consecución de los objetivos trazados dependerá de la forma como sea integrada esta nueva institución.

**Nota:** En el año 2003 puede hacerse una evaluación del Consejo Nacional de la Judicatura luego de transcurridos diez años desde su creación, si bien fue tardíamente que se lo puso en actividad. Nos anticipamos a señalar que su trayectoria ha sido positiva no obstante las dificultades con las que tropieza toda institución que es nueva.<sup>69</sup>

\* \* \* \* \*

69. Una obra muy útil y bastante completa sobre esta materia es: Héctor Fix-Zamudio y Héctor Fix-Fierro, *El Consejo de la Judicatura*, colección Cuadernos para la reforma de la justicia N° 3, Universidad Nacional Autónoma de México e Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1996.

## IX.- HACIA LA CONCRECIÓN DE LOS DERECHOS ECONOMICO-SOCIALES <sup>70</sup>

### 1.- Génesis del constitucionalismo social

Al influjo de las nuevas corrientes y doctrinas políticas que surgen en el siglo XX los Estados van a replantear los problemas que los afectan, especialmente aquellos de carácter económico y social. No sin razón, se insistirá en que las profundas diferencias que dividen a la sociedad estatal, más que diferencias políticas o jurídicas, son sobre todo sociales y económicas; problemas de posibilidades materiales frente a la vida. Y, precisamente, por carecer de tales posibilidades es que para muchos las libertades y derechos del individualismo liberal no tuvieron sentido.

Con estas nuevas perspectivas se desarrollaron las doctrinas y principios encaminados a un reordenamiento jurídico-constitucional de los Estados. Donde sobresalen aquellas doctrinas que consagran los derechos sociales y económicos. Este nuevo reordenamiento recibe el nombre de constitucionalismo social.

El constitucionalismo social está determinado por la naturaleza de los derechos sobre los cuales reposa, aquellos derechos que siendo complemento indispensable de los derechos civiles y políticos tienen que ver con el amplio mundo del trabajo y de la previsión social, con los derechos de la familia y con las exigencias vitales de la comunidad política, como son: salarios justos, educación, salud, vivienda, acceso a los servicios públicos, función social de la propiedad, y mucho más.

70. Parte de la conferencia dictada en el paraninfo de la PUCE, en 1984.

## 2.- Significado de los derechos económicos y sociales

Del mismo modo, como en los siglos XVIII y XIX el constitucionalismo clásico y la legislación positiva consagraron los derechos individuales, en el siglo XX se reafirma la existencia de los derechos económicos y sociales: los cuales orientarán la acción de los gobernantes y se convertirán en objetivos concretos que deben ser alcanzados, de manera progresiva, por el Estado.

Si en el pasado se garantizaba la esencia abstracta del ser humano, ahora se protegen las condiciones de existencia del hombre que vive y se desarrolla en un medio social. Si antes se pensó que el Estado debía abstenerse de intervenir para garantizar las libertades humanas, hoy se propugna que el Estado debe reordenar las relaciones socio-económicas de la comunidad política, es decir, se vuelve necesaria su intervención con el fin de asegurar a la sociedad un mínimo de bienestar, de justicia social en otros términos, pues la experiencia histórica demuestra que los hombres individualmente no pueden conseguirlo.

Como se observará, estos derechos están determinados en función de una necesidad, de una exigencia vital, de la cual ellos son su consagración jurídica. A diferencia de los derechos individuales ya no se los concibe como la delimitación de facultades innatas o la protección de prerrogativas que disfruta el hombre.

Los derechos económico y sociales constituyen la medida de una necesidad, necesidad que si no es satisfecha puede impedir al hombre alcanzar la plenitud de su ser. El derecho viene a coincidir así con la exigencia de un mínimo vital en el vasto campo de las necesidades materiales y espirituales del ser humano.

Y, sin la acción decidida del Estado estos derechos permanecerán vacíos de contenido y de significación para las mayorías populares y, más aún, para los sectores marginados un derecho no tiene sentido sino a partir del momento en que se transforma en una exigencia satisfecha. Ello nos pone en

evidencia que el Estado tiene actualmente un papel preponderante en este campo.

Para la concreción de los derechos económicos y sociales se requiere de una planificación que considere los múltiples factores y problemas de la comunidad política. La planificación socio-económica es justamente otra de las tendencias constitucionales de post-guerra.

## 3.- Los derechos económicos y sociales en el Ecuador

En el constitucionalismo ecuatoriano corresponde a la décimo tercera Carta Política, dictada en 1929, recoger muchos de los nuevos principios y tendencias del constitucionalismo de la primera post-guerra, particularmente en los referente a los derechos económicos y sociales. Los cuales entran a formar parte del constitucionalismo ecuatoriano y constituyen feliz augurio para la creación del Instituto Nacional de Previsión en 1935 y la expedición del Código de Trabajo en 1938, para no mencionar sino dos hechos importantes.

Nuestras Cartas Políticas posteriores continuarán esta trayectoria e irán sistematizando los derechos fundamentales en concisas fórmulas jurídicas. Así, la Constitución de 1978-79 además de los derechos de la persona establece en secciones independientes los preceptos que se refieren a los derechos de la familia; de la educación y cultura; de la seguridad social y la promoción popular; del trabajo, para luego llegar a los derechos políticos y dedicar un título aparte a la economía.

En estas cuestiones, tanto los derechos civiles y políticos como los derechos económicos y sociales, contenidas en lo que llamamos parte dogmática de la Constitución, nuestra ley suprema no es deficitaria, por el contrario diríamos que es rica y bastante completa. Y quizá allí resida, justamente, el problema. Nuestra Carta Política al igual que la de muchos Estados (especialmente aquellos en vías de desarrollo) que se han dado sus constituciones en los últimos cincuenta años, son ricos en estos preceptos que garantizan el bienestar social y

económico, el pleno desarrollo de la persona humana como dice nuestra Constitución: "Derecho a un nivel de vida que asegure la salud, la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios".

En estas circunstancias, se daría una antinomia entre lo que dice la ley fundamental y la realidad política en que vive la comunidad estatal, transformándose estos derechos en simples enunciados de carácter programático que ostentan las constituciones. La técnica jurídica no aconseja insertar en el texto de la ley suprema aquellas declaraciones programáticas que no tienen seguridad alguna de que se llevarán a la realidad. Se corre el riesgo de desacreditar al ordenamiento jurídico superior del Estado, menoscabando su respetabilidad y ocasionando frustraciones.

Todos sabemos que el bienestar económico y social no se consigue a través de normas constitucionales, ello sólo se obtiene mediante una planificación adecuada y bajo el impulso de una decisión política consciente del mandato popular recibido. De este modo los preceptos programáticos de la Constitución serán adaptados a los factores extrínsecos procedentes de las características propias de la población, del territorio y demás factores económicos-financieros que inciden en el desarrollo de un Estado.

Nosotros pensamos que es preferible ser parcos y modestos al preceptuar las normas constitucionales de contenido programático para que no resulten sarcasmos hirientes a la dignidad de un pueblo. Además y sobre todo, lo esencial no consiste en tener declaraciones perfectas de los derechos sino en darles concreción real. Pues, repetimos, **para las mayorías populares los derechos tienen sentido a partir del momento en que se transforman en exigencias satisfechas.** Con igual criterio, hemos reiterado constantemente que, de nada sirve poseer una excelente constitución, si no se cumplen sus preceptos, si estos no se enraizan en la realidad concreta de cada día. Y en esto -reconozcámoslo- nos falta mucho por hacer.

## X.- LA DEMOCRACIA SEMIDIRECTA Y LA CONSULTA POPULAR

### 1.- Democratización del gobierno representativo

Después de la Segunda Guerra Mundial los países desarrollados buscan poner en práctica el sistema de democracia semidirecta mediante la consulta popular, que permita una mayor participación de los ciudadanos en la toma de importantes decisiones que involucran a toda la comunidad política. De este modo, el gobierno representativo que es un sistema indirecto alcanza un mayor grado de democratización.

Las constituciones que se elaboran a partir de 1945 consagran expresamente el referéndum o el plebiscito como un mecanismo de democracia semidirecta, así: la Constitución japonesa de 1946, la italiana de 1947, la de Alemania Federal de 1949 y la francesa de 1958. O tenemos constituciones más recientes como la sueca de 1954 y la española de 1978. En los Estados en vías de desarrollo estos mecanismos no se han implantado mayormente, quizás por carecer del grado de cultura política necesaria para que el pueblo tome directamente las riendas de su soberanía.

Como en toda institución humana la democracia semidirecta mediante los mecanismos de consulta popular presentan ventajas e inconvenientes. Entre las ventajas podrían señalarse aquellas de ser un instrumento de corrección a la debilidad del gobierno representativo, la cual consiste en que se crea un distanciamiento entre el pueblo y los gobernantes a medida que estos se alejan del mandato recibido. La consulta popular -bien orientada- puede, también,

corregir los desacuerdos que ocurran entre el Legislativo y el Ejecutivo, asumiendo el pueblo un papel de árbitro.

Los inconvenientes estarían dados por la falta de madurez cívica y de cultura política. Si la mayoría de los ciudadanos son mal informados o poco ilustrados, el poder podrá manipularlos e influenciarlos. Podrían darse entonces los casos de apatía o indiferentismo político, lo que se traduciría en un abstencionismo al momento de realizar una consulta popular.

En todo caso, los mecanismos de consulta popular, que son los instrumentos necesarios para una democracia semidirecta, no dejan de ser un medio de educación política que permite a los ciudadanos pronunciarse sobre un asunto de fondo a la luz de un debate público.

## 2.- ¿Qué es la consulta popular?

Comenzaremos señalando que la expresión consulta popular es el término genérico y que plebiscito y referéndum son especies de dicho género, como lo es la revocatoria del mandato (*recall*). Entre plebiscito y referéndum se puede establecer diferencias o, también, tomarlos como sinónimos. Muchos tratadistas los utilizan sin hacer ninguna distinción; igual sucede en Derecho Internacional Público, donde se usa el plebiscito para la autodeterminación de los pueblos.

La distinción proviene de la doctrina francesa, pues en este país hubo una antigua práctica que permitió diferenciar el plebiscito del referéndum. El referéndum tendrá siempre por base de la consulta la aprobación de un texto de ley, que puede ser incluso la Constitución del Estado. El plebiscito se refiere a una consulta que entraña, sobre todo, un voto de confianza a la acción de un gobernante o a su persona; aquí no se somete a la aprobación un texto de ley.

Como se dijo, la consulta popular es un mecanismo de democracia directa que el constitucionalismo social de posguerra buscó introducir en el sistema de gobierno representativo (democracia indirecta) a fin de acortar la brecha que separa a los gobernantes de los gobernados y llegar -de ser posible- a un sistema de democracia semidirecta. Esta es la razón para que se haya desarrollado en la mayoría de países en el siglo XX.

En consecuencia, no cabe dudar del contenido democrático que posee la consulta popular que, ejercida a través del referéndum, plebiscito u otras formas, permite al pueblo retomar su soberanía y restaurar en cierta medida el gobierno de todos para todos. Además, cualquier conflicto de criterios o de intereses políticos que pueda suscitarse entre los poderes del Estado sería zanjado por el pueblo, árbitro supremo de los destinos de la nación. El riesgo estaría -repetimos- en la manipulación de la consulta, como puede suceder con toda institución humana.

## 3.- Obligatoriedad del resultado de la consulta

Se debe tener muy presente que si se consulta algo al titular de la soberanía, que es el pueblo, la respuesta que este dé es obligatoria para quienes ejercen funciones en el Ejecutivo, Legislativo y demás órganos del Estado, pues ellos -sea el presidente de la República o los legisladores- son los representantes o **mandatarios** encargados de cumplir lo que el mandante dispone.

Por esto, resulta incomprensible -por decir lo menos- que en nuestro país hayan habido "políticos" que pusieron en duda el carácter obligatorio que revisten las decisiones tomadas en una consulta popular; pues, para poder hacerlo habría que negar el principio político -universalmente aceptado- de que la soberanía reside en el pueblo.

Y es en virtud de la doctrina de la soberanía popular que el Derecho Constitucional otorga plenas consecuencias a la decisión adoptada mediante una consulta popular o en cualquiera de sus modalidades.

#### 4.- La consulta popular en el Ecuador

La Constitución de 1978-79 tuvo el mérito de introducir en nuestro sistema a la consulta popular y lo hizo de mejor modo que la Carta Política anterior de 1967. Utilizó correctamente el término genérico de consulta popular para referirse a este acto tan trascendental, de acudir a la fuente originaria de la soberanía -el pueblo- en busca de una decisión incuestionable, para cuyo efecto se realiza la consulta.

Las reformas constitucionales promulgadas en el Registro Oficial N\_863 del 16 de enero de 1996, unificaron en una sección (colocada luego de los derechos políticos) todo lo relativo a la consulta popular; en 1998 se recoge esta sistematización y se organiza de mejor modo la consulta referida al caso de las reformas constitucionales, al tiempo que se agrega el derecho de los ciudadanos y de los organismos seccionales para pedir la convocatoria a una consulta popular.

Respecto del valor jurídico de la decisión expresada en la consulta popular, nuestra Constitución vigente establece la obligatoriedad jurídica de los resultados de una consulta "*si el pronunciamiento popular contare con el respaldo de la mayoría absoluta de votantes.*" (Art. 103). Este criterio es consecuente con la doctrina constitucional y respetuoso del titular legítimo de la soberanía.

Asimismo, la actual Carta Política mantiene el criterio de conceder al Primer Mandatario la atribución de "*convocar a consultas populares de acuerdo con lo preceptuado en la Constitución*" (Art. 171 numeral sexto), esta disposición consta entre las atribuciones y deberes del Presidente de la República.

Siendo el titular del Ejecutivo quien dirige la administración pública y gobierna al país es razonable que tenga la facultad de acudir a la consulta popular para conocer la opinión nacional y en base de ella tomar decisiones políticas. Lo que deberá tener en cuenta para convocar a una consulta es la conveniencia y la oportunidad de la misma. El Art. 104 de la Constitución vigente establece los casos en que el Presidente de la República puede convocar a consulta popular:

1) Respecto de "*cuestiones de trascendental importancia para el país*" que no implique una reforma constitucional -que es otro caso-, aquí la atribución es bastante amplia porque queda a juicio presidencial la decisión de convocatoria;

2) Cuando se trata de reformas a la Constitución en las circunstancias determinadas en el Art. 283 de la Ley Fundamental. En dicha norma se contemplan dos situaciones:

- a) en un caso de urgencia el Presidente de la República puede someter a consulta las reformas constitucionales, siempre que la urgencia sea calificada de modo previo por el Congreso "*con el voto de la mayoría de sus integrantes*", es decir se requiere mayoría absoluta; y,
- b) el Primer Mandatario puede someter a consulta las reformas constitucionales si el Congreso no las conoció, aprobó o negó en el término de ciento veinte días, contados a partir del vencimiento del plazo de un año que tiene el Congreso para realizar el segundo debate.<sup>71</sup>

---

71. Vale recordar que el Congreso realiza las reformas constitucionales siguiendo el mismo trámite establecido para las leyes, con dos excepciones: 1) el segundo debate en el cual se vota y aprueba la reforma a la Constitución debe realizarse un año después del primer debate, y 2) la votación debe ser de los dos tercios "*de la totalidad de los miembros del Congreso*" (Art. 282 de la Constitución).

La Constitución dispone que para la consulta popular sobre reformas constitucionales debe ponerse a consideración del electorado textos concretos que si son aprobados se incorporan inmediatamente a la Ley Fundamental (Art. 283, inciso segundo).

En este punto, nuestra práctica hizo que aquellos casos en que la consulta popular se basaba en preguntas y no en un texto concreto, las preguntas –de ser aprobadas en la consulta– debían ser transformadas en normas jurídicas por el Congreso; aquí lo importante es que el órgano Legislativo interprete con fidelidad el querer ciudadano, cuestión no siempre fácil. Esto ocurrió, por ejemplo, con la consulta popular del 28 de agosto de 1994, en que los puntos aceptados fueron redactados en fórmulas jurídicas que luego se incluyeron en la Constitución<sup>72</sup> Igual sucedió con algunas de las preguntas hechas en la consulta de 1997 que dio paso a la Asamblea Nacional.

En cuanto a la posibilidad de que tanto los ciudadanos como los organismos seccionales puedan pedir la convocatoria a consulta popular las normas constitucionales señalan lo siguiente. En el caso de **los ciudadanos**, éstos deben dirigirse al Tribunal Supremo Electoral, cumpliendo los requisitos de que su número represente el ocho por ciento del padrón electoral nacional y que pidan la consulta para *“asuntos de trascendental importancia para el país, que no sean reformas constitucionales.”* (Art. 105). Lo último, debe ser tomado muy en cuenta, pues si los asuntos implican reformas a la Constitución no puede pedirse la consulta por los ciudadanos.

Como se vio, en materia de reformas constitucionales sólo el Presidente de la República está facultado para la consulta bajo expresas condiciones. Quizá esto pueda verse como una limitante, pero considerando nuestra idiosincrasia,

proclive a constantes reformas y cambios de Constitución, es mejor poner ciertos límites que propiciar y facilitar la reforma constitucional.

En lo concerniente a los **organismos del régimen seccional**, éstos pueden pedir al Tribunal Provincial Electoral la convocatoria a una consulta popular. Son requisitos que los organismos cuenten con el voto favorable de las tres cuartas partes de sus integrantes y que sea para casos *“de carácter trascendental atinentes a su comunidad, que justifique el pronunciamiento popular”* (Art. 106); en esta consulta participarán los ciudadanos de la respectiva circunscripción territorial.

En este caso, también pueden solicitar la consulta los ciudadanos de la circunscripción siempre que su número represente el veinte por ciento de los empadronados en dicha circunscripción territorial.

\* \* \* \* \*

72. Codificación constitucional promulgada el 24 de enero de 1995, en el Registro Oficial, Suplemento, N° 618.

## XI.- LA REESTRUCTURACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL ECUADOR

### 1.- Evolución del control de constitucional

En la Constitución ecuatoriana de 1945 hace su fugaz aparición el Tribunal de Garantías Constitucionales y, con todas las deficiencias que pudo tener, significa el primer ensayo del modelo kelseniano de control concentrado en América Latina. En esta región todos los Estados adoptaron el modelo norteamericano de control constitucional realizado por la Función Judicial.

Dicha sea la verdad, en el siglo XIX e inicios del siglo XX el control de constitucionalidad tuvo un desarrollo bastante limitado, no obstante haber sido contemplado ya en la Carta Política de 1851 y recogido, especialmente, en la Constitución de 1906 y en la de 1929 que inauguró en el Ecuador la era del constitucionalismo social. Este control lo realizaba el Consejo de Estado, conjuntamente con el control de legalidad. En este punto, como en otros, no se siguió el modelo norteamericano.

Es a partir de 1945 que se intenta establecer una estructura específica para esta finalidad y se creó el Tribunal de Garantías Constitucionales con diferentes atribuciones: unas muy propias para ejercer el control constitucional y otras que no se refieren a esta materia. Que el Tribunal de Garantías haya surgido con otras funciones, además de la que le debía ser propia, se explica debido a que reemplazó al Consejo de Estado, institución que venía desde los inicios de la República. Y, también, explica el porqué no se haya tomado de mejor manera

a la institución cuyo modelo quiso seguirse y que constaba en la Constitución de la Segunda República Española de 1931.

Además, es necesario saber que desde el siglo XIX hubo una particular influencia de la doctrina francesa que daba primacía al Poder Legislativo y al constituir las leyes la expresión *"de la voluntad soberana"*<sup>73</sup> —en la mejor concepción roussoniana— mal podía existir un órgano que se pronunciara de modo definitivo sobre la constitucionalidad de las leyes, esta decisión debía permanecer en el Congreso Nacional. Y, esta fue la principal deficiencia del Tribunal de Garantías Constitucionales: sus resoluciones sobre la inconstitucionalidad de una ley no tendrían un carácter definitivo, la Función Legislativa se reservaba esta atribución.

Con estos antecedentes la Constitución de 1945 determinó que el Tribunal de Garantías debía *"formular observaciones"* sobre aquellas normas jurídicas que sin tener el carácter de leyes fueren inconstitucionales o ilegales. En cambio, si *"una ley o precepto legal"* violaba la Constitución, la suspendía *"hasta que el Congreso dictamine acerca de ellos"*. (Art. 160 numerales 2 y 4).

Es decir, el control final estaba en manos del Legislativo porque, según la misma Constitución, *"Solo al Congreso corresponde declarar si una ley, decreto, reglamento, acuerdo, orden, disposición, pacto o tratado público es o no inconstitucional..."* (Art. 165). Y, para suspender las leyes inconstitucionales el Tribunal debía proceder a petición de un juez o tribunal de última instancia, limitándose a la o las disposiciones inconstitucionales.

También se estableció el control previo de los proyectos de ley o decreto, que luego desaparecerá del constitucionalismo ecuatoriano. Además, el Tribunal conocía de

73. El Art. 1 del viejo Código Civil define: *"La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite"*.

las "quejas que formule cualquier persona, natural o jurídica, por quebrantamiento de la Constitución o de las leyes". (Art. 160 numeral 5). En este precepto faltó precisar -como se hará después- que este quebrantamiento constitucional tiene que ver con la violación de un derecho fundamental. Por último, unido al control de constitucionalidad estuvo el de legalidad.

De este modo, con cierta ambigüedad, se buscó instaurar en el Ecuador el nuevo sistema de Justicia Constitucional (modelo kelseniano o europeo), creando un órgano específico para tal finalidad; lamentablemente la Constitución de 1945 y con ella el Tribunal de Garantías tuvieron una duración efímera. En 1946 se dio una nueva Carta Política donde se volvió a reestructurar, por última vez, al Consejo de Estado y entre sus facultades estuvo la del control constitucional. Luego, la Constitución de 1967 reincorporó al Tribunal de Garantías Constitucionales pero sus atribuciones fueron disminuidas con relación al esquema de 1945.

## 2.- El Tribunal Constitucional en la Constitución codificada de 1998

La Asamblea Nacional Constituyente de 1998 apenas modificó la estructura y las atribuciones del Tribunal Constitucional ecuatoriano. Casi al final del texto constitucional en el Título XIII relativo a la supremacía, al control y a la reforma de la Constitución, constan las disposiciones del Tribunal Constitucional (Capítulo 2).

En primer lugar, se consagra el principio de la supremacía constitucional y se señala la conformidad que deben guardar con la Constitución *las normas secundarias y las demás de menor jerarquía*; careciendo de validez aquellas normas jurídicas que "de algún modo, estuvieren en contradicción con ella o alteraren sus prescripciones" (Art. 272).

Luego pasa a referirse al sistema de control de constitucionalidad. Es importante señalar que el sistema

ecuatoriano fue objeto de reformas constitucionales en los años de 1983, de 1992 y recientemente en 1996. A través de estas reformas se buscó corregir determinadas deficiencias, pero son las últimas las que tienden a unificar el sistema y a fortalecer al órgano bajo la escueta denominación de Tribunal Constitucional.

Para este breve ensayo examinaremos las nuevas disposiciones promulgadas el 16 de enero de 1996, al mismo tiempo que analizaremos el sistema tal como ha venido funcionando hasta el momento, sin dejar de referirnos a las anteriores reformas en lo que tengan de interés. Naturalmente, el nuevo sistema que quiere implantarse no estará completo hasta que se dicte la nueva Ley Orgánica del Tribunal, junto con otra legislación conexas indispensable.

## 3.- Composición del órgano

El Tribunal Constitucional está integrado por nueve miembros desde las reformas de 1996 (anteriormente eran once). Siempre -desde 1946- se dispuso que exista un número igual de suplentes o alternos para que sustituyan a los principales en casos de licencia por enfermedad u otra causa justificada o en caso de vacancia por renuncia o muerte.

Los principales como los respectivos suplentes son designados por el Congreso Nacional del modo siguiente:

- Dos miembros elegidos de ternas enviadas por el Presidente de la República;
- Dos de ternas remitidas por la Corte Suprema de Justicia, de fuera de su seno;
- El Congreso Nacional elige a dos miembros que no deben ser legisladores;

- Uno de la terna enviada por los alcaldes municipales y los prefectos provinciales;
- Uno de la terna remitida 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.

Al respecto vale señalar que las reformas constitucionales de 1996 no pudieron superar una de las deficiencias que trajo la Constitución de 1978-79, relativa a que en la composición del Tribunal haya un representante de los trabajadores y un representante de las cámaras de la producción; por el contrario, con criterio político se incluyó -en 1998- la participación de las organizaciones indígenas y campesinas en la elaboración de la terna de los trabajadores. En nuestro criterio, tal representación corporativa resulta extraña en un órgano donde no tienen cabida los criterios clasistas ni la defensa de intereses profesionales, por legítimos que sean.

En cuanto a la votación con la que el Congreso elige a los miembros del Tribunal se dispone que sea con el voto favorable de la mayoría de los legisladores (mayoría absoluta). Esta votación se estableció con las reformas de la Asamblea en 1998, pues las reformas constitucionales de 1992 exigían el voto de las dos terceras partes de los legisladores -igual que para otros altos funcionarios- lo que en la práctica trajo dificultades. La votación de los dos tercios si bien impone que exista un consenso entre los legisladores acerca de la idoneidad de los candidatos, también presenta inconvenientes, sobre todo si hay que "negociar" el consenso.

**El periodo de duración** de los miembros del Tribunal es de cuatro años, lapso relativamente corto si se considera que el período para este tipo de órganos va entre los seis y doce años, con un predominio de nueve años. Existe la posibilidad de

reelección. El constitucionalismo ecuatoriano se ha caracterizado por establecer períodos cortos para el ejercicio de la función pública, esto ha contribuido a la politización partidista en el caso de los órganos de justicia. Cabe recordar que los magistrados de la Corte Suprema de Justicia duraban cuatro años, con las reformas de 1992 se aumentó a seis años y finalmente a partir de 1997 se estableció el carácter vitalicio y el sistema de cooptación, en un afán de cimentar la independencia de los jueces.

**Requisitos e incompatibilidades.** Para ser miembro del Tribunal Constitucional se debe reunir los mismos requisitos exigidos a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, es decir, además de la nacionalidad de origen y del goce de los derechos políticos, se exige el título de doctor en jurisprudencia, derecho o ciencias jurídicas, ser mayor de 45 años y un ejercicio profesional con probidad notoria de la abogacía, de la judicatura o de la cátedra universitaria en ciencias jurídicas por un lapso mínimo de 15 años.

Cabe señalar que las reformas constitucionales de 1992 unificaron los requisitos que debían llenar los miembros del Tribunal y sus suplentes, pues, anteriormente, con criterio político, se estableció que los representantes de los trabajadores y cámaras de la producción, de los alcaldes y prefectos provinciales tuvieran como únicos requisitos ser ecuatorianos por nacimiento y estar en goce de los derechos de ciudadanía. Además de no pedirse formación jurídica se omitió fijar edad alguna. Esta deficiencia, unida a la forma de integrar el órgano, trajo resultados negativos.

En cuanto a las incompatibilidades, los miembros del Tribunal no pueden: ejercer la abogacía, desempeñar otro cargo público o privado con excepción de la docencia universitaria, tener funciones directivas en los partidos políticos o intervenir en contiendas electorales, mientras dure el ejercicio de sus funciones.

**Inmunidad.** Los miembros del Tribunal han gozado de amplia inmunidad, semejante a la de los legisladores, salvo el caso de delito flagrante que debía ser previamente calificado como tal por la Corte Suprema de Justicia. Las reformas de 1996 han limitado adecuadamente la inmunidad, reduciéndola a la inmunidad de fondo o irresponsabilidad jurídica: no son responsables por los votos que emitan ni tampoco por las opiniones que formulen en el ejercicio de su cargo.

#### 4.- Atribuciones del Tribunal Constitucional

Por razones didácticas clasificaremos las atribuciones del Tribunal Constitucional para analizarlas en el siguiente orden:

- a) inconstitucionalidad de normas jurídicas,
- b) inconstitucionalidad de actos administrativos,
- c) objeción presidencial de inconstitucionalidad a proyectos de ley,
- d) control previo de instrumentos internacionales,
- e) conflictos de competencia entre determinados órganos del Estado, y
- f) tutela de las garantías de los derechos humanos.

##### a) Inconstitucionalidad de normas jurídicas

La primera y esencial atribución que tiene el Tribunal Constitucional es la de ejercer el control de las leyes y de otras normas jurídicas que fueren demandadas como presuntamente inconstitucionales, lo que puede ser invocado respecto del fondo o contenido de la norma como de la forma o procedimiento que la generó. Se trata de la acción de inconstitucionalidad. Este control normativo, según el numeral 1 del Art. 276 de la Constitución, recae sobre: leyes orgánicas y ordinarias, decretos-leyes, decretos, ordenanzas, estatutos, reglamentos y resoluciones. Brevemente nos referiremos a esta selección de normas.

A partir de las reformas hechas por la Asamblea Constituyente, en 1998, se estableció la ley orgánica con una jerarquía -infraconstitucional- superior a la ley ordinaria, que tiene un procedimiento diferente en cuanto a votación se refiere (es aprobada, modificada o derogada con mayoría absoluta, mientras la ley común lo es con mayoría simple); igualmente, es la Constitución la que determina -de modo expreso- las materias que requieren de leyes orgánicas. Es decir, se recogen los principios que la doctrina exige para esta clase de leyes; anteriormente -en el Ecuador- las llamadas leyes orgánicas lo eran sólo de nombre, sin distinción ninguna con las demás leyes.<sup>74</sup>

En cuanto a los decretos-leyes su origen es el siguiente. En el Ecuador, el Presidente de la República puede enviar al Congreso un proyecto de ley calificado de urgencia en materia económica, en tal circunstancia el Congreso tiene un plazo perentorio de treinta días, contados a partir de su recepción, para discutirlo y aprobarlo, modificarlo o negarlo. Si este plazo transcurre y el Congreso no se ha pronunciado, el Presidente promulga su proyecto como decreto-ley. Sin embargo, el Congreso puede en cualquier tiempo modificarlo o derogarlo, lo que en la práctica no ha ocurrido. Para evitar algunos excesos que se dieron en el pasado la norma constitucional dispone que el titular del Ejecutivo sólo puede enviar un proyecto a la vez y esperar que se concluya el procedimiento; la excepción está dada cuando se decreta el estado de emergencia.<sup>75</sup>

Respecto de los decretos, resoluciones y acuerdos, éstos pueden provenir de los diversos órganos del Estado, si bien es el Ejecutivo quien mayor uso hace de esta clase de normas con fines administrativos. Y, es aquí que surgen algunos problemas cuando los decretos, resoluciones y acuerdos no tienen un contenido general y abstracto -semejante al de la ley- sino que

74. Artículos 142 y 143 de la Constitución.

75. Artículos 155 y 156 de la Constitución.

ostentan un carácter concreto e individual, que les identifica con los actos administrativos. En estos casos ya no es una cuestión de inconstitucionalidad sino de legalidad –violación de ley-, sólo indirectamente se violaría la Constitución, en consecuencia este control corresponde a la esfera de lo contencioso administrativo. Esta cuestión, unida a la segunda atribución del Tribunal Constitucional –sobre actos administrativos- (*infra*), son fuente de complicaciones para el Organo de control.

Las ordenanzas son las normas que emanan de los regímenes seccionales de elección popular como los municipios y los consejos provinciales. El estatuto ha sido incorporado entre las normas en los años noventa y su utilización es limitada; una ley ecuatoriana (Ley de Modernización de 1993) delegó al Ejecutivo que dictara “*disposiciones normativas de tipo administrativo dentro del ámbito del Gobierno Central*” para fusionar, reorganizar y suprimir determinadas entidades públicas de acuerdo con lo prescrito por dicha Ley, asimismo se facultó al Ejecutivo para regular “*la estructura, funcionamiento y procedimientos de todas sus dependencias y órganos administrativos*” para lo cual debía expedir un decreto ejecutivo. Fue este decreto ejecutivo que tomó el nombre de estatuto.<sup>76</sup>

En lo relativo a los reglamentos vale decir que la reforma constitucional de 1992 los eliminó del control normativo por considerar que, generalmente, se los da en aplicación de una ley por lo cual los reglamentos son materia de un control de legalidad más que de constitucionalidad. Sin embargo, la reforma de 1998 volvió a incluirlos.

Respecto de los tratados y convenios internacionales, éstos no figuran en este grupo de normas por cuanto tienen –como se verá (*infra*)- un procedimiento de control previo para

76. Se denomina “Estatuto Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva”. Los artículos citados corresponden a la “Ley de Modernización del Estado”: Arts. 17 y 40.

determinar su constitucionalidad antes de su aprobación o ratificación por la Legislatura.

### b) Inconstitucionalidad de actos administrativos

La segunda atribución del Tribunal Constitucional es la de declarar, cuando proceda, la inconstitucionalidad de los actos administrativos de toda autoridad pública, dicha declaratoria conlleva la revocatoria del acto. Quizá esta atribución es la más conflictiva en cuanto no se inscribe en la naturaleza del control de constitucionalidad, sino que corresponde al ámbito de lo contencioso administrativo que precautela el principio de legalidad. Mucho se ha discutido y se seguirá debatiendo con miras a eliminar esta atribución que no existió antes de la reforma de 1996.

### c) Objeción de inconstitucionalidad a proyectos de ley

Esta atribución tiene que ver con el control previo, se refiere a la objeción de inconstitucionalidad que hace el presidente de la República a un proyecto de ley aprobado por el Congreso y que le fuera enviado para su sanción. Hecha la objeción de inconstitucionalidad en forma total o parcial al proyecto de ley, el presidente de la República debe enviarlo al Tribunal para que éste se pronuncie –mediante un dictamen- dentro de un plazo de treinta días.

De confirmarse la inconstitucionalidad total, el proyecto de ley deberá ser archivado; si la inconstitucionalidad fuere parcial el Tribunal lo remite al Congreso para que realice las enmiendas necesarias y regrese dicho proyecto a recibir la sanción presidencial. En caso contrario, si el Tribunal desecha la inconstitucionalidad corresponde al Congreso disponer la promulgación del proyecto de ley. Esta es una de las pocas veces en que la Legislatura ordena directamente la promulgación.<sup>77</sup>

77. Arts. 276 número 4, 277 inciso 7 y 154 de la Constitución.

En el Ecuador se había dejado de lado este control previo de las leyes, no obstante que fue establecido oportunamente en la Constitución garciana de 1869 y en las posteriores, para entonces se dispuso que fuera la Corte Suprema de Justicia la que realizara este control de constitucionalidad. Las reformas de 1996 incorporaron nuevamente el precepto, después de que en la década anterior se habían producido conflictos, pues quedaba en la voluntad del presidente de la República decidir si un proyecto de ley era inconstitucional.

#### **d) Control previo de instrumentos internacionales**

Esta atribución también está vinculada con el control previo de constitucionalidad, lo cual es necesario hacerlo antes de que el Congreso apruebe o ratifique un tratado o convenio internacional que luego deberá ser cumplido por el Estado. Para poner en práctica este control el presidente de la República envía el tratado o convenio al Tribunal Constitucional para que éste examine si el instrumento contiene cláusulas que contradigan las normas de la Constitución o si está en armonía con ella. Para esto el Tribunal emite un dictamen que será enviado al Congreso Nacional.

En el caso de que sea necesario efectuar una reforma constitucional para aprobar un tratado o convenio, primero deberá hacerse dicha reforma y luego proceder a la aprobación. En la actualidad, no son todos los instrumentos internacionales que deben ser aprobados por la Función Legislativa como ocurría tradicionalmente; a partir de las reformas de 1998 las disposiciones constitucionales señalan cuáles son los instrumentos internacionales que por su especial contenido deben ser aprobados por el Congreso, dejando otros de menor trascendencia o complejidad a la aprobación directa del presidente de la República.<sup>78</sup>

78. Arts. 276 número 5, 277 inciso 7, 161 y 162 de la Constitución.

#### **e) Conflictos de competencia entre determinados órganos del Estado**

Las tantas veces mencionadas reformas constitucionales de 1996 introdujeron una importante atribución que no había sido considerada anteriormente: corresponde al órgano de control de la constitucionalidad "*dirimir conflictos de competencia o de atribuciones asignadas por la Constitución*".<sup>79</sup> Esta materia que ha sido muy común en los Estados de estructura federal, en los Estados unitarios ha tenido menor incidencia y esta es, entre otras, la razón de que no se le haya prestado atención en el Ecuador.

En un primer momento, esta atribución que parecía bastante amplia fue limitada por la propia Constitución al establecer que solamente los municipios y consejos provinciales podían interponer la respectiva acción procesal, dejando al margen a los demás órganos del Estado y particularmente a los tres clásicos poderes entre los cuales se suscitan las pugnas de mayor gravedad. Esta limitación fue corregida luego, hoy pueden acudir al Tribunal: el presidente de la República, el Congreso Nacional, la Corte Suprema de Justicia, consejos provinciales y municipios.<sup>80</sup>

#### **f) Tutela de las garantías de los derechos humanos**

En materia de derechos humanos el Tribunal Constitucional siempre tuvo un papel relevante desde su estructuración en 1945, a ello se debe incluso su denominación

79. Art. 276 número 6. En un primer momento, esta atribución que parecía bastante amplia fue limitada por la propia Constitución al establecer que solamente los municipios y consejos provinciales podían presentar la respectiva acción procesal, dejando al margen a los demás órganos del Estado y especialmente a los tres clásicos poderes entre los cuales se suscitan las pugnas de mayor gravedad.

80. 7 inciso 8 de la Constitución.

de Tribunal de Garantías Constitucionales. De acuerdo a la normativa vigente el Tribunal debe conocer y resolver de modo definitivo aquellos casos en los cuales los jueces niegan las acciones de hábeas corpus, de hábeas data y de amparo. Asimismo, la norma constitucional permite que en el amparo pueda haber apelación ante el Tribunal, es decir, que la parte demandada contra quien se hace valer el amparo tiene la facultad de apelar, ocurriendo en la práctica –muchas veces– que el Tribunal revoca el amparo concedido por el juez inferior.<sup>81</sup>

En resumen, en materia de derechos humanos el Tribunal se convierte en una especie de segunda y definitiva instancia. Por la importancia de la protección de los derechos humanos, desarrollaremos las garantías en forma separada.

Por último, el Tribunal Constitucional tiene algunas otras atribuciones que le confieren las leyes, particularmente: a) la Ley de Elecciones –que será sustituida– para disponer que se realicen las elecciones municipales y provinciales en caso de omisión de las autoridades electorales que conforman el Tribunal Supremo Electoral; y, b) según la obsoleta Ley de Régimen Municipal y la Ley de Régimen Provincial, el Tribunal debe conocer – en última instancia y por apelación– las resoluciones que los órganos seccionales (Municipios y Consejo Provinciales) dicten respecto de la incapacidad, inhabilidad o incompatibilidad (aspectos de calificación) y de excusas tanto de concejales municipales y de consejeros provinciales; igualmente conoce los recursos interpuestos por los prefectos provinciales y los alcaldes municipales respecto de su remoción, además de otras cuestiones secundarias establecidas en dichas leyes.

81. Art. 276 número 3 y Art. 95 inciso 6 de la Constitución.

## 5.- Legitimación procesal

Es oportuno hacer referencia a la cuestión de quiénes pueden interponer una acción o solicitar el dictamen del Tribunal, para que éste desarrolle sus competencias. Con excepción de la Constitución de 1945, en el Ecuador no se estableció una legitimación especial para activar el control de constitucionalidad; cualquier ciudadano podía ejercitar la acción de inconstitucionalidad y demandar la suspensión de una ley u otra norma jurídica.

Aunque es muy democrático que todos los ciudadanos tengan libre acceso, existen también inconvenientes: que se abuse de esta facultad y que se congestione el trabajo del Tribunal, como estuvo sucediendo. Muchas veces, al demandar la suspensión de normas presuntamente inconstitucionales lo que se busca es el efecto político y publicitario que puede tener una demanda de este tipo, especialmente por parte de organizaciones clasistas y partidarias.

Esta experiencia ha llevado a adoptar restricciones en esta materia y proceder como ocurre en la mayoría de países europeos y algunos de Latinoamérica. La legitimación procesal ha quedado establecida de la siguiente manera:

- En los casos de inconstitucionalidad de leyes y de otras normas jurídicas pueden presentar la demanda: el presidente de la República, el Congreso Nacional (previa resolución de la mayoría de sus miembros), la Corte Suprema de Justicia (previa resolución del pleno de este Tribunal), mil ciudadanos o cualquier persona, previo informe favorable del Defensor del Pueblo sobre la procedencia de la acción;
- Respecto de los actos administrativos inconstitucionales corresponde: al Congreso, a la Corte Suprema, a los consejos provinciales y concejos municipales, a mil

ciudadanos o a cualquier persona en los términos arriba señalados;

- En el caso de un proyecto de ley objetado como inconstitucional por el presidente de la República, el mismo presidente tiene la obligación de pedir el dictamen al Tribunal Constitucional; igual deber tiene en relación con los tratados o convenios internacionales;
- En los casos en los cuales se niegue el hábeas corpus, el hábeas data o el amparo y, también, para la apelación de este último, pueden intervenir las partes interesadas o el Defensor del Pueblo;
- En los conflictos de competencia o de atribuciones asignadas por la Constitución pueden acudir al Tribunal, como ya se dijo, el presidente de la República, el Congreso Nacional, la Corte Suprema, los consejos provinciales y los concejos municipales.

Anteriormente, el Órgano de control constitucional podía proceder de oficio. La experiencia demostró que las intervenciones oficiosas de los miembros del Tribunal traían un desgaste innecesario a la Institución y menoscababan su prestigio; su eliminación fue oportuna (a partir de las reformas del año de 1992). Hoy el Tribunal no puede actuar de oficio.

## 6.- Resumen de los caracteres básicos del control ecuatoriano

En síntesis el sistema de control constitucional ecuatoriano tiene las siguientes características:

**a). Concentrado y difuso.** Al ser creado el Tribunal de Garantías Constitucionales, desde su primera aparición en 1945, se tuvo la intención de establecer un control concentrado

siguiendo el modelo kelseniano, sin embargo, por diversas razones no se consiguió este propósito.

Una modalidad de control difuso, que va a acompañar al Tribunal hasta el momento actual, se concretó en la Constitución de 1967 cuando se dispuso que *“la Corte Suprema –en los casos particulares de que tuviere conocimiento- puede declarar inaplicable cualquier precepto legal contrario a la Constitución.”* (Art. 206). Naturalmente, los efectos de esta declaración fueron inter partes, su fuerza obligatoria quedaba limitada a las causas en que dicha inaplicabilidad era pronunciada.

Decíamos que esta modalidad de control difuso se mantendrá hasta hoy, con la única diferencia de que esta potestad de la Corte Suprema se amplió a cualquier juez o tribunal y, además, pueden proceder no solo a petición de parte sino también de oficio (Art. 274 de la Constitución vigente). Sobra señalar que estos casos son puestos en conocimiento del Tribunal Constitucional a fin de que los resuelva con carácter general y obligatorio.

De lo expuesto se deduce que en el Ecuador –como ocurre en otros países- existe un sistema de carácter mixto, donde se conjuga el modelo concentrado con el difuso, si bien este último opera en menor medida.

**b). Abstracto y concreto.** La jurisdicción constitucional ecuatoriana combina el control abstracto con el concreto. Cuando se trata del control constitucional de leyes y de otras normas jurídicas corresponde al Tribunal realizar un control en un plano abstracto, en cambio es concreto cuando se demanda la inconstitucionalidad de actos administrativos o cuando el Tribunal conoce la apelación de un amparo o la denegación de un hábeas corpus o hábeas data.

Por otro lado, es obvio que un control concreto tiene lugar en aquellos casos en que los jueces, los tribunales y la Corte Suprema de Justicia conocen y declaran inaplicable un

precepto legal contrario a la Constitución, sin perjuicio de fallar sobre el asunto controvertido.

**c). Previo y a posteriori.** Como se examinó, el texto constitucional vigente, establece el control de constitucionalidad tanto previo como a posteriori, pues se eliminó el control previo que sí existió en la Constitución de 1945, sobre los proyectos de ley o decreto. Tal parece que nuestros constituyentes no le dieron la debida importancia o, con criterios políticos, prefirieron dejar en manos del Ejecutivo dicho control, con los riesgos que ello supone.

Las reformas de 1996 reincorporaron el control previo: el Tribunal deberá resolver sobre las objeciones de inconstitucionalidad que haya hecho el Presidente de la República en el proceso de formación de las leyes.

**Efectos de las sentencias:** Las resoluciones que dicta el Tribunal en materia de inconstitucionalidad de leyes y demás normas jurídicas no tienen efectos retroactivos, igual que la inconstitucionalidad de actos administrativos, los cuales son revocados. Las resoluciones y dictámenes que pronuncia son de carácter definitivo e inapelable. Una vez promulgadas las resoluciones en el Registro Oficial entran en vigor y dejan sin efecto las normas jurídicas o el acto declarado inconstitucional.

## 7.- El control de las normas antes de las reformas de 1996

Como un dato de interés –complementario de la evolución señalada al comienzo- vale recordar que una de las mayores deficiencias de la Constitución de 1978-79 fue establecer que el Tribunal someta su decisión a resolución del Congreso Nacional o en receso de éste al Plenario de las Comisiones Legislativas. Es decir, correspondía al órgano Legislativo dictar resoluciones de carácter definitivo en materia de leyes u otras normas consideradas inconstitucionales por el Tribunal. Debido a esta

singular organización no faltaron autores extranjeros que confundieron al Tribunal de Garantías Constitucionales con un ombudsman colectivo.

Recuérdese que el mismo Kelsen en su ensayo sobre "*La garantie jurisdictionelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)*", publicado en Francia en 1928, señaló como una ingenuidad política el permitir que sea el propio Parlamento quien derogue una ley inconstitucional. La experiencia vivida en el Ecuador, especialmente en la década de los ochenta, confirma el aserto del jurista vienés.

Las reformas de 1992 atenuaron en algo esta situación, pero mantuvieron al Tribunal como un organismo de primera instancia, dejando inalterable su debilidad institucional. Ellas, al modificar la estructura judicial, crearon la Sala de lo Constitucional dentro de la Corte Suprema de Justicia, a la cual el Tribunal debía someter su decisión (en el caso de suspensión de leyes u otras normas) en el plazo máximo de ocho días. La resolución de la Sala Constitucional era definitiva y de efectos generales.

Si bien fue preferible que esta Sala de la Corte Suprema resolviera la inconstitucionalidad de una ley, en lugar del Congreso o del Plenario de las Comisiones Legislativas, sin embargo no era la solución adecuada. En vez de fortalecer al Tribunal se estableció un sistema de control híbrido, en el cual la Sala Constitucional y el Tribunal de Garantías iban, incluso, a ponerse en flagrante contradicción.

\* \* \* \* \*

## XII.- LA DOGMÁTICA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA CONSTITUCIÓN VIGENTE <sup>82</sup>

La actual Constitución que regula el ordenamiento jurídico de la República del Ecuador, que fuera denominada como nueva, es en realidad la Carta Política reformada –y luego codificada- por la Asamblea Nacional Constituyente del año de 1998. La integración de la Asamblea y el mandato reformativo de la Constitución se dieron a través de una consulta popular, en la cual los ecuatorianos se pronunciaron favorablemente y con su aceptación legitimaron tales hechos.

Los constituyentes de 1998 buscaron completar y mejorar el texto que había regido a nuestro país desde 1979, utilizando la experiencia política y el avance doctrinal en diversas materias. En la parte dogmática de esta Ley Fundamental, tanto en lo relativo a los principios filosóficos políticos que regulan al Estado y a su gobierno como en el catálogo de los derechos consagrados, se ampliaron las fórmulas jurídicas, aunque a veces ciertas ideas se expresan de modo reiterativo.

El elemento axiológico o valorativo que contiene nuestra Carta Magna requiere ser analizado y puesto de relieve para

82. Este ensayo forma parte del trabajo titulado JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS EN EL ECUADOR, publicado en la obra colectiva *La Justicia Constitucional en la actualidad*, N° 1 Serie Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en el Ecuador, Corporación Editora Nacional, Quito, 2002.

comprender el verdadero significado de la Constitución en materia de derechos humanos; la difusión de este conocimiento inculcará el respeto a la norma constitucional, fundado en la adhesión profunda que nace de la conciencia y del corazón –como quería Rousseau-, para hacer realidad la cultura de los derechos humanos.

El hecho de que la Constitución, en su primera disposición, haya proclamado al Estado ecuatoriano como un Estado social de derecho significa que su gobierno se convierte en un promotor activo para crear las condiciones necesarias indispensables que permitan el desarrollo integral del ser humano en sociedad. No se trata de conferir al Estado una función paternalista. Igualmente, el Estado social de derecho debe revertir los condicionamientos negativos que pesan sobre la comunidad –desde lo social y económico hasta lo cultural y político-, de este modo concretará la vigencia real de los derechos, especialmente, sociales.

Acorde con la finalidad del presente ensayo, este se iniciará con el análisis de los principios que regulan a los derechos humanos en la Carta Política en vigor, dichos principios deben ser tomados en consideración por todos quienes forman parte de la justicia constitucional, particularmente los jueces.

### 1.- Principios jurídico-constitucionales sobre derechos humanos

La Constitución ecuatoriana en el párrafo final de su Preámbulo al determinar las tres cuestiones fundamentales que serán materia de la normatividad constitucional, señala como la primera la protección de los derechos y libertades. Luego el Art. 3 al establecer los deberes primordiales del Estado coloca entre ellos el “asegurar la vigencia de los derechos humanos” (numeral segundo), este deber del Estado es nuevamente

reiterado en el Art. 16 bajo el mandato de “*respetar y hacer respetar los derechos humanos*”.<sup>83</sup>

La norma constitucional establece una amplia garantía para el goce y ejercicio –“*libre y eficaz*”- de los derechos fundamentales (Art. 17), además precisa que estos derechos pueden estar establecidos tanto en la Constitución como en los instrumentos internacionales vigentes. Es decir, se ensancha el mundo de los derechos, del ámbito jurídico interno se avanza al contexto internacional. Sin embargo, en este Art. 17 se presentan dos particularidades que merecen un análisis.

1) Dicha norma, al referirse al goce y ejercicio de los derechos humanos, dice textualmente: “*establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes.*” Aquí existe una imprecisión, la vigencia puede referirse a que el tratado o convenio esté en vigor en el ámbito internacional, que no haya sido derogado, lo cual es distinto de que tenga vigencia en un determinado Estado, pues –como sabemos- para ello es necesario que el Estado haya ratificado el instrumento internacional con todo el procedimiento legislativo que implica.

Lo primero significaría que la norma constitucional no condiciona a que el Ecuador deba ser Estado parte en esos instrumentos internacionales, bastaría que éste tenga vigencia. Ante cualquier duda, la respuesta debe seguir la interpretación más favorable a la aplicación de los derechos humanos conforme el mandato de la misma Constitución. Por tanto, esta cuestión da mayor amplitud a la premisa del goce y ejercicio de

83. El Art. 16 es el primer precepto del grupo de normas dedicadas a los derechos fundamentales, dentro del Capítulo I relativo a los principios generales, correspondiente al Título III que hace referencia a los derechos, garantías y deberes.

los derechos sea que estén inscritos en nuestra Carta Política o en cualquier instrumento internacional.<sup>84</sup>

Cabe señalar que esta fórmula es utilizada por la Constitución ecuatoriana en diversas disposiciones, así, por ejemplo, en los artículos 18, 23 y en el artículo 30 relativo a la propiedad, en el inciso tercero.

2) Por otra parte, está claro que el referido Art. 17 no dispone que aquellos instrumentos internacionales versen de modo específico sobre derechos humanos, lo que significa que si en un tratado cualquiera hay un derecho humano los habitantes del Ecuador estamos garantizados constitucionalmente para el goce y el ejercicio de tal derecho.

Por último, el mencionado Art. 17 del texto constitucional considera que para que exista un goce real de los derechos, el Estado ecuatoriano debe adoptar medidas a través de “*planes y programas permanentes y periódicos*”. Al respecto existe ya, debidamente aprobado, un Plan Nacional de Derechos Humanos, con una propuesta para los años de 1999-2003, cuya ejecución deberá ser evaluada.

### 1. 1.- Principio de aplicación inmediata (*self executing*)

Uno de los puntos nuevos y altamente positivos que trae nuestra Constitución vigente es el relativo a que los derechos

84. Vale señalar que si un habitante del Ecuador invocara un derecho reconocido por un instrumento internacional del cual el Ecuador no es parte, deben nuestros jueces y autoridades aceptar y respetar ese derecho; lo que no podría esta persona es acudir a un órgano supranacional para exigir el cumplimiento y establecer la responsabilidad internacional del Estado por ese derecho conculcado. Al momento actual de la evolución de los derechos humanos, sigue siendo indispensable que el Estado se adhiera o ratifique el tratado y, si es del caso, reconozca de modo expreso la competencia o jurisdicción del órgano internacional, como ocurre con la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

humanos, una vez reconocidos por el Estado y positivizados en el texto constitucional no requieren de otras normas para su efectiva aplicación o, *sensu contrario*, un juez o autoridad no puede invocar la falta de un ordenamiento jurídico para aplicar ese derecho fundamental.

Este importante principio ha sido acogido y desarrollado por la doctrina internacional sobre los derechos humanos. En esta materia existe un criterio generalizado de que las normas de un tratado sobre derechos humanos deben ser ejecutables por sí mismas, es decir, son de aplicación o utilización inmediata en el Estado que es parte de ese tratado (*self executing* o autoejecutable); por lo tanto, en dicho Estado no hace falta que se dicten normas internas -adecuación legislativa- que permitan la aplicación.

En el Derecho Constitucional suele hacerse una clasificación que distingue a las normas programáticas de las normas operativas. Las primeras, no permiten ser ejercitadas directamente ante los órganos jurisdiccionales internos, en cambio, las normas operativas -como su nombre lo indica- posibilitan al beneficiario un ejercicio directo.

Al respecto, la Constitución ecuatoriana afirma textualmente que los derechos humanos: "*serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad.*" (Art. 18, inciso primero). Lo cual se complementa con el inciso tercero del mismo artículo (que en realidad debía constar como segundo inciso) y dice: "*No podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en esta Constitución, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos.*"

Y, también, nuestro texto constitucional precisa que el ejercicio de los derechos no quedan subordinados a "*condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o la ley*", en consecuencia las autoridades -con inclusión de los

jueces- no pueden exigir tales condiciones o requisitos que ni el constituyente ni el legislador lo determinaron. (Art. 18, inciso segundo, *in fine*).

### 1. 2.- Principio *pro homine, pro libertate*

Otro de los principios recogidos en 1998 y que es mejor que conste expresamente en una Ley Fundamental, no obstante que la práctica y jurisprudencia de la mayoría de países así lo han reconocido, es el relativo al método de interpretación que debe primar en el ámbito de los derechos y de las garantías consagradas en la Constitución, estos deben ser interpretados de la manera "*que más favorezca su efectiva vigencia*", al decir de nuestra Carta Política (Art. 18, inciso segundo).

Este principio es también reconocido en el ámbito internacional, cualquier duda debe resolverse en favor de la libertad: *in dubio pro libertate* o también se usa la expresión latina *favor libertatis*.

### 2.- Las leyes y la restricción de derechos

Los constituyentes reformadores de la Carta Política -en 1998-, a pesar de estar animados de los mejores propósitos en materia de derechos humanos, incurrieron en una confusión al redactar el último inciso del Art. 18 que dispone: "*Las leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.*"

Esta confusión inicial tiene el riesgo de confundir también a todos. El propósito de esta norma no es aquel que se deduce de su lectura, es decir, prohibir a la ley que ponga límites, que restrinja, el ejercicio de los derechos y de las garantías establecidos por la Constitución. Esto no es así, porque basta

examinar algunas disposiciones constitucionales para observar que las leyes deben determinar restricciones o límites a los derechos y a su ejercicio y esto ocurre por mandato de la propia Ley Fundamental.

A modo de ejemplo, mencionaré algunas normas contenidas en el Art. 23: el numeral 6 reconoce el derecho a vivir en un ambiente sano y señala *“La ley establecerá las restricciones al ejercicio de determinados derechos y libertades, para proteger el medio ambiente”*; el numeral 11 consagra la libertad de culto y su práctica *“con las únicas limitaciones que la ley prescriba para proteger y respetar la diversidad...”* etc. La inviolabilidad de domicilio y de la correspondencia también encuentran sus límites en la ley (numerales 12 y 13); igual, la libertad de empresa y de contratación que se sujetan a la ley, tanto como el derecho de propiedad (numerales 16, 18, 23).

Lo señalado ocurre con la mayoría de los derechos fundamentales, existen diversos grados de restricción legal. Por otro lado, sabemos que los derechos no son categorías absolutas en cuanto están limitados por el derecho de los demás, tal limitación lo dicta el respeto hacia los otros que quieren también ejercer sus derechos.

Estos claros ejemplos demuestran que la norma comentada quedó corta en su redacción, pues debía señalarse que las leyes no pueden restringir el ejercicio de los derechos y de las garantías más allá de lo que la Constitución determina o prescribe. Y, esto es así porque la mayoría de constitucionalistas pensamos que hay materias -dada su trascendencia- que no deben quedar para que el legislador ordinario señale y fije, a su voluntad, el marco de su aplicación. Los derechos humanos es una de estas materias. Por tanto, debe el constituyente, en el propio texto constitucional, fijar dicho marco de aplicación, lo cual significa que el legislador tiene ya trazado de antemano el espacio donde actuará la ley.

En resumen, corresponde a la Ley Suprema determinar los límites o las restricciones que deben tener los derechos y las garantías, los legisladores al expedir la ley no pueden establecer otras limitaciones. Esto es lo que quiso decir el inciso final del Art. 18.

### 3.- Norma abierta para los derechos humanos

En el ámbito de los derechos fundamentales se acepta unánimemente que el reconocimiento de los derechos -por parte de los Estados- se dé con plena amplitud, en el sentido de que los derechos no son susceptibles de ser enumerados exhaustivamente, de modo taxativo. A lo largo de la evolución histórica de pueblos y civilizaciones han ido surgiendo los diversos derechos. El desarrollo de la conciencia ética del ser humano ha permitido descubrir nuevos derechos que sustentan la dignidad humana.

Lo expresado, conduce a pensar que, en un momento dado, ni la Constitución -por más perfecta que sea- ni los instrumentos internacionales pueden contener todos esos valores esenciales que son los derechos humanos por ello es sensato proclamar que además de los derechos reconocidos y consagrados pueden existir otros.

Con este criterio procede nuestra Constitución y prescribe en su Art. 19 que los derechos y garantías reconocidos tanto por la Carta Magna como por los instrumentos internacionales *“no excluyen otros que se deriven de la naturaleza de la persona y que son necesarios para su pleno desenvolvimiento moral y material.”*

Esto significa, en materia constitucional, dejar una norma abierta, lo cual no suele aceptarse cuando se trata de normas de organización institucional que confieren atribuciones, por el alto riesgo que implican. En derechos humanos la situación es diferente y en este caso concreto es altamente positivo.

#### 4.- Sistematización de los derechos y de las garantías

La Constitución reformada y codificada de 1998 sistematizó de mejor manera los derechos fundamentales. En primer lugar están los denominados derechos civiles que se inician con el derecho a la vida, a la integridad personal, la igualdad ante la ley y las diversas libertades, para luego precisar las garantías básicas que aseguran el debido proceso. La mayoría de estos derechos fueron reconocidos por el constitucionalismo ecuatoriano desde los inicios de la República y constaron en las constituciones de los siglos XIX y XX, alcanzando con el paso del tiempo una mejor conceptualización jurídica.<sup>85</sup>

Quizá vale destacar algunas de las disposiciones introducidas en el texto constitucional por la Asamblea Nacional Constituyente, que -como se dijo- dio un mayor desarrollo a los preceptos. Hubo la preocupación de recoger en materia de derechos humanos los avances de la doctrina internacionalmente aceptada y, de modo especial, de buscar una correlación estrecha con los derechos proclamados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que fuera ratificada por el Ecuador el 28 de diciembre de 1977.

Así, por ejemplo, en el numeral 2 del Art. 23 se amplía el derecho a la integridad personal prohibiendo los actos o procedimientos que lo vulneran (inciso primero); se manda al Estado *“prevenir, eliminar y sancionar...la violencia contra los niños, adolescentes, las mujeres y personas de la tercera edad.”* (Inciso segundo). Y, algo que es muy importante, se declara la imprescriptibilidad de los delitos de *“genocidio, tortura, desaparición forzada de personas, secuestro y*

85. El desarrollo de los derechos civiles, como de los políticos y de los económicos, sociales y culturales puede examinarse en mi trabajo *“La Historia Constitucional de los Derechos Humanos en el Ecuador y sus antecedentes”*, en la revista *Ruptura* N° 43, Tomo I, AED 2000, Quito, pp. 12 y ss.

*homicidio por razones políticas o de conciencia”*, además, para estos graves delitos no hay indulto ni amnistía, ni es excusa de responsabilidad *“la obediencia a órdenes superiores”* (inciso tercero).

Este criterio sobre la no prescripción de los delitos considerados de lesa humanidad se proclamó a partir de la segunda guerra mundial y hoy, sobre estas materias, existen diversos instrumentos internacionales y regionales que configuran los delitos mencionados y establecen la responsabilidad del Estado. Además, para desterrar la impunidad y sancionar a quienes prevalidos de autoridad o del poder político cometen graves violaciones a los derechos humanos viene de ponerse en vigencia la Corte Penal Internacional, órgano de jurisdicción supranacional.<sup>86</sup>

Asimismo, las normas constitucionales sobre las garantías básicas del debido proceso han alcanzado un mayor desarrollo y aparte de las garantías que se establecen se reitera -del mismo modo como se hizo con los derechos- que pueden haber otras garantías contenidas en *“los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia”*, (Art. 24, primer inciso).

#### 4.1.- Los derechos políticos

Después de los derechos civiles están los derechos políticos que, en general, mantienen el antiguo esquema. Los derechos políticos son para los nacionales ecuatorianos

86. El Estatuto de la Corte Penal Internacional fue aprobado en julio de 1998 en Roma, para su vigencia era necesario que 60 Estados ratificaran el Estatuto lo que ocurrió el 11 de abril de 2002. La Corte Penal Internacional, con sede en La Haya, tiene existencia oficial a partir del primero de julio de 2002. El Ecuador es uno de los Estados que ratificó el Estatuto y contribuyó a la creación de la Corte.

mayores de dieciocho años.<sup>87</sup> Y, a pesar de los debates, no ha sido alterada la disposición de que los miembros de la fuerza pública en servicio activo no ejercen el derecho al sufragio ni pueden ser candidatos a cargos de elección popular mientras estén en servicio activo.<sup>88</sup>

Igualmente, se mantiene el carácter obligatorio del sufragio como regla general, es facultativo para los analfabetos y para los mayores de sesenta y cinco años, a estos últimos se les incluyó en el texto constitucional (Art. 27), lo cual es acertado pues solo constaban en la Ley de Elecciones, norma de menor jerarquía que no puede disponer algo que no consta en la Ley Superior. Las otras características del sufragio continúan como antes: ser universal, igual, directo y secreto.<sup>89</sup>

Una modificación que se ha dado es aquella de elevar a rango constitucional el derecho que la Ley había reconocido a los ecuatorianos, domiciliados en el exterior, de elegir al presidente y vicepresidente de la República "en el lugar de su registro o empadronamiento". (Art. 27, inciso final).

87. En este punto, el texto constitucional tiene una redacción es defectuosa. La edad de dieciocho años se establece únicamente para ejercer el derecho al voto en el Art. 27, primer inciso, *in fine*. Cuando es claro que para gozar de los derechos políticos se requiere, además de la nacionalidad, tener determinada edad. Este requisito debía señalarse al inicio del Art. 26: "Los ciudadanos ecuatorianos (mayores de dieciocho años) gozarán del derecho de elegir y ser elegidos...". Por otro lado, la tendencia a eliminar el requisito de la nacionalidad no ha logrado concreción.

88. Constitución de la República: artículos 27, inciso segundo, y 101, número 5.

89. Recuérdese que fue la Constitución de 1861 que estableció el sufragio directo en el Ecuador y en la Carta Política de 1929 se dio el primer paso para el sufragio universal al conceder los derechos políticos a la mujer (ciudadanía), lo que se completaría —con cierto retardo— en la Constitución de 1978-79 al reconocer los derechos políticos de los analfabetos.

El derecho de asilo para los ecuatorianos perseguidos por delitos políticos se enriquece cuando se reconoce este derecho, también, a los extranjeros (Art. 29 de la Constitución).

Como suele decirse, los derechos civiles y políticos son derechos de primera generación porque históricamente fueron los primeros en ser reivindicados, para luego ser reconocidos por el Estado y consagrados en la Constitución como derechos fundamentales.

#### 4.2.- Los derechos económico-sociales

En este grupo de derechos —eminentemente sociales— que se insertan en las constituciones en el siglo XX, en los periodos de posguerra, están aquellos conocidos como de segunda generación: el trabajo, la previsión o seguridad social, la salud, la educación, la función social de la propiedad, la protección a la familia, entre otros. El constitucionalismo ecuatoriano recogió la mayoría de estos derechos en la Constitución de 1929, en época temprana.

Como siempre se insiste, se trata de derechos que para su concreción real exigen que el Estado por medio de sus gobernantes planifique y ponga en marcha un conjunto de políticas sociales, económicas y culturales que hagan posible alcanzar estos derechos

Estos derechos traerán bienestar a la comunidad a través de crear mejores condiciones de vida, de redistribuir la riqueza, de crear fuentes de trabajo, en suma de imponer la justicia social como meta de gobierno.

La Constitución vigente ha sistematizado estos derechos y los ha dispuesto ordenadamente en diversas secciones. Allí constan: el derecho a la propiedad, donde se incluye la propiedad intelectual y la expropiación por razones de orden social; el derecho al trabajo con sus principios y regulaciones

básicas; las normas protectoras de la familia; el derecho a la salud; el derecho irrenunciable de la seguridad social, donde se establece el sistema ecuatoriano en esta materia.<sup>90</sup>

A continuación la Ley Fundamental de 1998 consagra: los derechos y beneficios que se derivan de la cultura, teniendo presente la identidad nacional pluricultural y multiétnica; el derecho a la educación a la cual considera como “*área prioritaria de la inversión pública*” y se fijan los principios que sustentan la educación superior. Por último están las normas constitucionales que garantizan la ciencia y la tecnología; la comunicación; y, los deportes.<sup>91</sup>

Vale destacar que la Constitución ecuatoriana –entre los derechos económicos, sociales y culturales- ha insertado una sección dedicada de modo específico a proteger los derechos “*De los grupos vulnerables*”, dentro de los cuales constan los niños y adolescentes, las personas con discapacidad y las personas de la tercera edad. También se da una rápida mención a las mujeres embarazadas, a quienes adolecen de enfermedades muy graves y a los jubilados.

Los órganos jurisdiccionales y, en particular, la Justicia Constitucional ecuatoriana deben tener muy en cuenta que –por mandato de la Ley Suprema- a estos grupos se les garantiza una atención prioritaria y preferente (Art. 47); que al referirse a los niños y adolescentes se reconoce su derecho a la vida “*desde su concepción*” (Art. 49). Asimismo, la norma constitucional dispone aplicar, en todos los casos, “*el principio superior de los niños, y sus derechos prevalecerán sobre los de los demás.*” (Art. 48, *in fine*).<sup>92</sup>

90. Constitución Política de 1998: De la propiedad, Arts. 30 al 34; Del trabajo, Arts. 35 y 36; De la familia, Arts. 37 al 41; De la salud, Arts. 42 al 46; De la seguridad social, Arts. 55 al 61.

91. Idem: De la cultura, Arts. 62 al 65; De la educación, Arts. 66 al 79; De la ciencia y tecnología, Art. 80; De la comunicación, Art. 81; De los deportes, Art. 82.

92. Constitución Política: De los grupos vulnerables, Arts. 47 al 54.

## 5.- Los derechos colectivos y difusos

Punto sobresaliente en el texto constitucional de 1998 es el relativo al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y de los pueblos negros o afroecuatorianos. La reforma constitucional de 1995 dio un paso adelante al incluir en el artículo primero que el Ecuador era un Estado pluricultural y multiétnico, sin embargo no se pasó a desarrollar los derechos de estos pueblos.

Cabe señalar como un antecedente de importancia a la adopción del “Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes”, aprobado en 1989 por la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Este instrumento internacional corrige y actualiza al anterior Convenio N° 107, adoptado en 1957, en consideración de los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales –como se dice en el Preámbulo-, se adoptan nuevas normas y se elimina el criterio integracionista o de asimilación de estos pueblos que se había dado en el instrumento de 1957.

El Convenio N° 169 busca proteger los derechos de los pueblos indígenas y tribales, y garantiza el respeto a su integridad; contiene normas sobre cuestiones relativas a las tierras: su propiedad y posesión, los recursos naturales, beneficios, consultas, el traslado y reubicación, modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra, etcétera. Igualmente, se regula el empleo, la seguridad social, la salud y la educación.

Por su contenido y por ser un instrumento que recogió la evolución del derecho internacional sobre esta materia, no exenta de complejidad y de técnica, el Convenio N° 169 ha ejercido una gran influencia, además de ser un instrumento internacional vinculante. También ha servido de guía para la elaboración de la declaración de derechos de los pueblos indígenas, tanto en el marco de las Naciones Unidas como en el de la Organización de los Estados Americanos.

El Ecuador ratificó el Convenio N° 169 y ha plasmado su normativa en la Ley Fundamental. Por primera vez el constitucionalismo ecuatoriano desarrolla los derechos colectivos de los pueblos indios y negros.<sup>93</sup>

Entre los llamados derechos de tercera generación están los del medio ambiente y de los consumidores, que nuestra Carta Política los ha recogido.<sup>94</sup> Estos derechos no son propiamente colectivos, no obstante que en el texto constitucional estén ubicados dentro del capítulo relativo a los derechos colectivos, éstos se refieren a grupos determinados, a veces unidos por un vínculo jurídico para la persecución de fines propios.

Lo relativo al medioambiente y a los consumidores son ejemplos típicos de derechos difusos o comunitarios, aunque la mayoría de juristas prefieren hablar de intereses difusos. Los derechos difusos son analizados desde la perspectiva de los derechos de la tercera generación, éstos surgen cuando aparecen vínculos más fuertes de solidaridad social como en la protección del medioambiente, esto explica que se trate de intereses propios de una pluralidad de personas, que sean intereses comunitarios.

Uno de los principales problemas que se discutió, en su momento, tiene que ver con la teoría procesal de la legitimación, pues quienes reclaman los derechos difusos no están en el supuesto clásico establecido por el derecho subjetivo individual. Es decir, cuando se trata de un derecho

93. *Idem*, De los pueblos indígenas y negros o afroecuatorianos, Arts. 83 al 85.

94. Como antecedente se puede recordar que en la reforma constitucional de 1983 se introdujo una norma sobre el medio ambiente (número 2 del Art. 19); y, en las reformas de 1995 se desarrolló esta materia (Arts. 44 al 48). La Constitución vigente de 1998 amplió este derecho en los Arts. 86 al 91. Sobre la protección a los consumidores no hubo norma constitucional anterior a la actual, que consta en el Art. 92.

subjetivo quien reclama como titular de la violación del derecho debe acreditar que le asiste un interés directo, cierto e inmediato.

En los derechos difusos el individuo no es propiamente su titular, incluso puede darse el caso de que la amenaza o la lesión no le afecte realmente. El individuo es afectado en tanto que miembro de la sociedad y el bien jurídico reclamado no es susceptible de apropiación exclusiva por parte de un sujeto, aquí el goce y ejercicio del derecho difuso es concurrente con el de los demás miembros de la comunidad.

En conclusión, los derechos o intereses difusos pueden ser defendidos por cualquier persona, la cual, en consecuencia, está legitimada para reclamar la tutela jurisdiccional. Así lo ha considerado, también, la Constitución ecuatoriana vigente. En los derechos colectivos no se daba el problema de la de la legitimación activa por cuanto la agrupación –que podía ser persona jurídica colectiva- tenía su representante legal o legitimado por la comunidad.

El Tribunal Constitucional ecuatoriano ha conocido algunas demandas en materia del medio ambiente y sobre derechos colectivos, algunas presentadas por comunidades indígenas de la región oriental amazónica.<sup>95</sup>

## 6.- Las garantías de los derechos

En el constitucionalismo ecuatoriano, al igual de lo que ocurrió en Latinoamérica, se diferenció finalmente los derechos de las garantías; en épocas anteriores se los identificaba como

95. Puede consultarse la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, así, la Resolución 121-2001-TP sobre el caso 560-2000-RA; Caso 499-2000-RA; Caso 374-99-RA; y sobre derechos colectivos la Resolución 247-RA-00-IS en el caso 994-99-RA.

términos sinónimos. Hoy está claro que las garantías son aquellos mecanismos jurídicos a través de los cuales se protegen los derechos fundamentales, inscritos tanto en la Constitución como en los tratados o convenios que se encuentran vigentes en nuestro país.

Estas garantías o mecanismos de protección de los derechos y libertades implican el ejercicio de acciones o recursos procesales que se caracterizan por su celeridad, por estar desprovistos de formalismo riguroso y de resultados pronto. Entre las garantías tradicionales, de larga trayectoria histórico-jurídica, están el hábeas corpus y el amparo. A las que se ha unido la institución del hábeas data.

En el Ecuador el hábeas corpus se elevó a rango constitucional en la Carta Política de 1929, en el Art. 151 número 8, y sería tramitado ante la magistratura que señale la Ley. En 1933 se dictó la Ley respectiva y determinó que el trámite se haría ante los presidentes de los concejos cantonales. Posteriormente la Ley de Régimen Municipal de 1945 regularía el hábeas corpus consagrado en la Constitución.

De este modo, se instauró en nuestra tradición que el recurso —como lo llamamos— de hábeas corpus sea tramitado ante el máximo personero municipal: el alcalde. No se debe olvidar que en nuestro país, como en otros de iberoamérica, los municipios han desempeñado un papel protagónico en los combates por la libertad, lo cual es también parte de nuestra tradición histórica.

Frente a esta realidad, el constitucionalismo ecuatoriano ha mantenido a la institución del hábeas corpus dentro del esquema procesal inicial. Naturalmente, como en todas las cosas humanas, hay aspectos positivos y negativos en la sustanciación ante el primer personero municipal. Para obviar los inconvenientes, la Constitución reformada de 1998 dispuso que en los casos en que los alcaldes no acepten —denieguen— el hábeas corpus el interesado podría apelar ante el Tribunal Constitucional.

Desde entonces, nuestra justicia constitucional interviene activamente, dentro de las condiciones señaladas, para revisar el pedido de libertad de los detenidos y de encontrar precedente conceder el hábeas corpus. Igual ocurre con el hábeas data, que el Tribunal conoce cuando el juez lo ha denegado.

En cuanto a la acción de amparo, esta institución es relativamente nueva para el Ecuador. Fue la Constitución de 1967 que la estableció como garantía procesal para la protección de los derechos constitucionales violados, pero lamentablemente la Constitución de 1978-1979 no consagró de manera inequívoca el amparo, si bien las personas podían presentar quejas por la violación de sus derechos ante el anterior Tribunal de Garantías Constitucionales.

Hubo que esperar hasta la reforma constitucional de 1995 para reintroducir el amparo y en 1998 se reguló definitivamente a la institución, cuyas notas básicas, según el Art. 95 de la Carta Política vigente, estarían dadas por no tener un carácter residual ni ser materia del amparo las resoluciones judiciales; opera contra los actos u omisiones de autoridad pública y bajo ciertas condiciones puede interponerse contra los particulares: cuando prestan servicios públicos o actúan por delegación o concesión de la autoridad.

Igualmente, procede la acción de amparo cuando la conducta de los particulares *“afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso”*.

Como una institución extrajudicial está la defensoría del pueblo que, no obstante haber sido creada en la reforma constitucional de 1995, comenzó a actuar a partir de 1998 y su titular —el defensor— tiene todas características del ombudsman.

## 7.- Vigencia de los derechos humanos en los estados de emergencia

En el Ecuador, como en otros países de Latinoamérica, los estados de excepción o de sitio han significado un grave atropello a los derechos y a sus garantías. En tales circunstancias, las personas han quedado a merced de la voluntad estatal y –generalmente– los gobiernos que más utilizaron los estados de excepción se caracterizaron por ser gobiernos autoritarios, muchos de ellos generados por un golpe de Estado, gobiernos de facto.

Esta dura realidad llevó al constitucionalismo ecuatoriano a buscar esquemas que puntualicen con la mayor precisión los casos que permiten la declaración del estado de excepción, así como las atribuciones que pueden ser conferidas al presidente de la República; cuidando siempre del carácter temporal que implica una duración muy breve y de la proporcionalidad que debe haber en los medios para contrarrestar los hechos excepcionales que alteran la vida normal del Estado.<sup>96</sup>

En materia de los derechos que pueden suspenderse cuando un país declara un estado de excepción –o de emergencia, como lo denominamos en Ecuador– es importante señalar que la reforma constitucional de 1995 adoptó un criterio más coherente con la protección de los derechos humanos y que, al mismo tiempo, guardaba armonía con lo establecido sobre esta materia en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 27.

96. En el Ecuador, desde los inicios de la República en 1830, se denominó a los estados de excepción como de "facultades extraordinarias", por cuanto el presidente de la República pedía al Congreso el uso de determinadas facultades para afrontar graves situaciones. La efímera Constitución de 1851 trajo el primer esfuerzo por establecer un esquema bastante preciso y aceptable para regular el uso de las facultades extraordinarias. La Constitución de 1978-1979, que de algún modo continúa en la actual, trajo una nueva concepción sobre lo que ahora llamamos estado de emergencia.

Anteriormente, nuestra Ley Fundamental señalaba, como regla general, que el presidente de la República tenía la atribución de suspender la vigencia de los derechos constitucionales y, como excepción a la regla, no podía suspender cuatro derechos: la vida, la integridad personal, la no expatriación de ecuatorianos y el no confinamiento fuera de las capitales de provincia o a región distinta de la que viviere el afectado.<sup>97</sup>

Como se observa, este precepto constitucional no autorizaba la suspensión de cuatro derechos, lo que contrariaba la Convención Americana sobre Derechos Humanos que contempla alrededor de doce derechos que no pueden suspenderse, mientras dure el estado de excepción.

Con la mencionada reforma constitucional de 1995, que me cupo el honor de ser su mentalizador, se invirtió el criterio anterior, lo cual es más coherente con la protección de los derechos humanos. La regla general debía ser la no suspensión de los derechos de la persona y por excepción podía hacérselo, en este caso el texto constitucional señaló de modo expreso cuáles eran los derechos susceptibles de ser limitados o suspendidos.

La Asamblea Constituyente de 1998 mantuvo esta concepción y en la Carta Política vigente, el artículo 181, al establecer las atribuciones del presidente de la República, en el número 6, señala los siguientes derechos que pueden suspenderse o limitarse:

97. Esta disposición estuvo contenida en el Art. 78, letra n, número 6, de la Constitución de 1978-79. Este texto se conservó igual hasta la reforma constitucional de 1995. Esta disposición después de la reforma constitucional de 1992 pasó a ser Art. 79, letra m, número 6 (Registro Oficial N° 183, del 5 de mayo de 1993). Vale señalar que la Constitución anterior de 1967 tenía un criterio semejante, no obstante haber dado un mayor desarrollo al estado de excepción bajo la denominación de estado de sitio (Art. 185, número 3 y Art. 186, número 9).

- 1.-la libertad de opinión y de expresión del pensamiento en todas sus formas;
- 2.-la inviolabilidad de domicilio;
- 3.-la inviolabilidad y el secreto de la correspondencia;
- 4.-el derecho a transitar por el territorio nacional y a escoger la residencia, libertad de los ecuatorianos de entrar y salir del país;
- 5.-la libertad de asociación y de reunión con fines pacíficos; y por último,
- 6.-el derecho a no ser obligado a declarar en juicio penal en contra de sí mismo, de su cónyuge o parientes hasta dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad,

Refirámonos brevemente al instrumento regional. La Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 27 hace referencia a las diversas circunstancias que pueden dar lugar a lo que la doctrina conoce como estado de excepción, las cuales permiten al Estado Parte sustraerse de determinadas obligaciones contraídas en virtud de la Convención “*en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación*”. Luego, la norma convencional señala de modo expreso los derechos que no pueden ser suspendidos y menciona los artículos que los contienen.

Entre los derechos cuya suspensión no está autorizada, según el artículo 27 de la Convención, consta, en último término, el de “*las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos*”. A fin de precisar cuáles son esas garantías judiciales indispensables que no pueden suspenderse, la Corte Interamericana de Derechos Humanos –mediante dos Opiniones Consultivas– determinó que deben considerarse el hábeas corpus, el amparo o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, destinado a garantizar el respeto a los derechos de la persona. Sobre el hábeas corpus, la Corte señaló que por la función esencial que cumple no puede ser suspendido durante el estado de excepción. En criterio de la Corte, dichas garantías

indispensables incluía, también, a los procedimientos judiciales que estaban previstos en el derecho interno de los Estados Partes, procedimientos judiciales que al ser suprimidos o limitados comportan la indefensión de los otros derechos inderogables.<sup>98</sup>

En conclusión, el Estado del Ecuador, con la regulación constitucional que tiene sobre la situación de los derechos y garantías de la persona durante los estados de excepción, es coherente con el sistema de protección a los derechos humanos que propugna su Ley Superior. Al mismo tiempo, esta normativa constitucional es compatible con lo establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y valga la ocasión para hacer las siguientes consideraciones.

El Ecuador, como todos los Estados que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos, está obligado “*a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella (en la Convención) y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción...*” Y, lo que es más importante, en mi criterio, si estos derechos y libertades no están debidamente garantizados en la legislación del país –del Ecuador en nuestro caso– la Convención Americana obliga a los Estados que la han ratificado a adoptar “*las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.*”<sup>99</sup>

Lo expuesto significa que el Ecuador –u otro Estado– por haber ratificado la antedicha Convención está obligado a realizar en su legislación interna las reformas del caso o a

98. Corte Interamericana de Derechos Humanos: Opiniones Consultivas OC-8/87 *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías* y OC-9/87 *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia*, del 30 de enero y 6 de octubre de 1987, respectivamente. Serie A: Fallos y Opiniones N° 8 y 9.

99. Convención Americana sobre Derechos Humanos: Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos; y, Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno.

expedir normas jurídicas –leyes u otras- con la finalidad de que los derechos que consagra la Convención Americana estén plenamente garantizados en el ordenamiento jurídico interno del Estado. Esta omisión del Estado le trae responsabilidad internacional y puede ser declarada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la oportunidad de que conozca algún caso de violación de los derechos convencionales.<sup>100</sup>

### 8.- La interpretación jurídica y su función creadora

La interpretación de las normas jurídicas ocupa un lugar especial en la aplicación del Derecho. La justicia constitucional va construyendo su propia hermenéutica jurídica, paralela con el desarrollo del Derecho Procesal Constitucional. El carácter particular –específico- de la interpretación se pone de manifiesto cuando se trata de la materia de derechos humanos. Examinemos algunas cuestiones.

Sabemos que a través de la interpretación los jueces –y los estudiosos del Derecho-, utilizando los diversos métodos interpretativos, buscan desentrañar el sentido y alcance de las normas; es decir, se establece su significado y si la norma debe ser aplicada de manera extensiva o restrictiva, entre otras cuestiones.

Como bien expresa Cappelletti, interpretar quiere decir penetrar en el pensamiento, en los propósitos, en el lenguaje de otras personas a fin de comprender lo que se dispone o se quiere señalar. Esta operación intelectual se realiza, casi siempre, en un contexto nuevo de tiempo y de lugar.

Toda interpretación, que tiene sus modos y límites, contiene un cierto grado de apreciación y por tanto de creación

del derecho. Y, aquí surge un apasionante tema que no me resisto a esbozarlo aunque sea brevemente.

La vieja concepción que veía tanto en la actividad del juez como en la naturaleza jurídica de la sentencia una función de carácter declarativa ha sido superada para dar paso a la tesis de la función creadora del derecho; hoy nadie podría sostener que el juez es un simple custodio de la ley o como pensaba Montesquieu, en el siglo XVIII, que los jueces no son “... *sino la boca que pronuncia las palabras de la ley; seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor (de la ley)*...”<sup>101</sup>

El procesalismo moderno al establecer las diferencias entre la ley y la sentencia determinó que esta última constituye una norma autónoma desprendida de la ley, y que es creadora por sí de una nueva forma de Derecho que no existía antes. Esta tesis aclara, además, el hecho de que la jurisprudencia cambie sin que la ley se modifique. Como bien señalara Kelsen las sentencias de los jueces no podían tener un carácter meramente declarativo sino que eran la continuación del proceso de producción o creación jurídica que va desde lo general y abstracto hasta lo individual y concreto.<sup>102</sup>

En síntesis, la función creadora del juez se pone de manifiesto a través de la interpretación y, más aún, en los casos de integración del Derecho; lo primero para desentrañar el verdadero sentido y alcance que tiene una norma jurídica, lo

101.Montesquieu: *L'Esprit des lois*, in Oeuvres complètes. Collection l'Intégrale. Éditions du Seuil. 1970. Paris, p. 589. (Traducción del autor).

102.Además, Kelsen tuvo el mérito de demostrar que la oposición entre la producción o creación del Derecho y la aplicación o ejecución del mismo no tenía el carácter absoluto que la teoría tradicional le diera, pues los actos jurídicos en su mayoría son al mismo tiempo actos de aplicación y actos de producción jurídica, por un lado se aplica una norma de grado superior y, por otro, se produce o crea una norma del grado subsiguiente. Hans Kelsen: *Teoría Pura del Derecho*, traducción de la 2ª. Edición en alemán de 1960 por Roberto J. Vernengo, Editorial Porrúa, México, 1991, pp. 244 y ss.

100.Para el Ecuador esto ya ocurrió cuando se dictó sentencia el 12 de noviembre de 1997 en el denominado caso Suárez Rosero.

que puede ocurrir no solamente cuando existe oscuridad o ambigüedad. En cambio, el juez integra el Derecho cuando no hay norma jurídica aplicable al caso concreto, cuando existe un vacío legal.

Es cierto que el juez no debe violentar el texto de la ley ni apartarse de sus términos, para lo cual debe utilizar las diversas reglas y métodos que ofrece la hermenéutica jurídica.

\*\*\*\*\*

## BIBLIOGRAFÍA

- ACCIOLI, Wilson: *Instituições de Direito Constitucional*, 3a.ed., Rio de Janeiro, ed. Forense, 1984.
- ALCANTARA SAENZ, Manuel: *Gobernabilidad, Crisis y Cambio*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, N° 43.
- BIDART CAMPOS, Germán, *El Derecho Constitucional del Poder*, Buenos Aires, EDIAR, 1967. (Existen nuevas ediciones)
- BIDART CAMPOS, Germán, *Derecho Político*, 2a. ed., Buenos Aires, Ediciones Aguilar Argentina, 1972.
- BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *Derecho Constitucional*, Madrid, Tecnos, 1983.
- BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo: *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*, Traducción de Héctor Fix Zamudio, 1ra edición en español, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1996.
- BONAVIDES, Paulo: *Do Estado Liberal ao Estado Social*, 4a. ed., Rio de Janeiro, ed. Forense, 1980.
- BODINO: *Los seis Libros de la República*, España, ed. Orbis, 1973.
- BURDEAU, Georges: *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Traducción de Ramón Falcón Tello, Madrid, ed. Nacional, 1981.

- BURDEAU, Georges: *Traité de Science Politique*, Tome IV, (3e éd., 1984) et VI vol. II (2e éd., 1971), Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris.
- CHEVALIER, Jean Jacques, *Los grandes textos políticos desde Maquiavelo a nuestros días*, 2a. ed., Madrid, Ediciones Aguilar, 1955. (Hay nueva edición de Temis)
- FIX ZAMUDIO, Héctor, *Latinoamérica: Constitución, Proceso y Derechos Humanos*, México, Editorial Porrúa, 1988.
- DE OTTO, Ignacio: *Derecho constitucional- Sistema de fuentes*, 6ta. Reimpresión de la 2da. ed. de 1988, Ariel Derecho, Barcelona, 1998.
- DE SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto: *O Congresso e As Delegacoes Legislativas*, Rio de Janeiro, ed. Forense, 1986
- DE VERGOTTINI, Giuseppe: *Derecho Constitucional Comparado*, Traducción por Pablo Lucas Verdú, 2da. ed., Madrid, ed. Epasa-Calpe, 1985.
- DUGUIT, León: *Manual de Derecho Constitucional*, 2da Edición, Francisco Beltrán Editor, Madrid, 1926.
- DUVERGER, Maurice, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, Barcelona, 1970.
- DUVERGER, Maurice, *Los Partidos Políticos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1957 (con varias reimpresiones).
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: *El Sistema Constitucional Español*, ed. Dykinson, Madrid, 1992.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, 3era ed., Madrid, ed. Civitas, 1983.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, Manuales de la Revista de Occidente, 1961. Reeditado por Alianza Universidad Textos, 1984.
- GICQUEL, Jean: *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, 11e ed., Paris, ed. Montchrestien, 1991.
- HAURIUO, André, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Barcelona, Ariel, 1971.
- HAURIUO, Maurice, *Principios de Derecho Público y Constitucional*, 2a. ed., Madrid, Reus, sin fecha.
- HERNÁNDEZ VALLE, Rubén: *El Derecho de la Constitución*, Costa Rica, ed. Juricentro 1993, Volumen1.
- JACQUES, Paulino: *Curso de Direito Constitucional*, 9a. ed., Rio de Janeiro, ed. Forense, 1983.
- KELSEN, Hans, *Teoría General del Estado*, (traducción de Luis Legaz Lacambra), Editora Nacional, 15ª ed., México, 1979.
- LASALLE Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, Barcelona, Ariel, 1976.
- LINARES QUINTANA, Segundo, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ediciones Alfa, 8 tomos, 1953.
- LOWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1979.
- LÓPEZ, Mario Justo, *Manual de Derecho Político*, Buenos Aires, Kapelusz, 1973.
- LÓPEZ GUERRA Luis, ESPÍN Eduardo y otros: *Derecho Constitucional*, 2 volúmenes, 3ª ed., tirant lo blanch libros, Valencia, 1997.
- McILWAIN, Charles Howard: *Constitucionalismo Antiguo y Moderno* (traducción de Solozábal Echavarría), Centro de

- Estudios Constitucionales, Madrid 1991.
- NEGRI, Antonio: *El Poder Constituyente, Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*, Traducción de Clara de Marco, ed. Libertarias/ Prodhufi, España, 1994.
- PANTOJA MORÁN, David: *Escritos políticos de Sieyès*, Fondo de cultura Económica, México, 1993.
- PASQUINO, Pascuale: *Sieyes et l'invention de la constitution en France*, éd. Odile Jacob, Paris, 1998.
- PRELOT, Marcel: *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*. 7e éd., Dalloz, Paris, 1978
- ROMERO, César Enrique, *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía editor, 2 tomos, 1975.
- ROSS, Alf : *¿Por qué Democracia?*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, N°32.
- RUBIO LLORENTE, Francisco: *La Forma del Poder* (Estudios sobre la Constitución), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- SALVADOR GINER, *Historia del Pensamiento Social*, Barcelona, Ariel, 1982.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro: *Elementos de Derecho Constitucional*, 2 tomos, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1993.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro: *Teoría de la Constitución*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2001.
- SARTORI, Giovanni: *Theorie de la Democratie*, (traduc. de Christiane Hurtig), Paris, Librairie Armand Colin, 1973.
- SCHMITT, Carl: *Teoría de la Constitución*, Alianza Universidad Textos, reimpresión, 1992
- SIEYES: *¿Qué es el Tercer Estado?*, España, ed. Orbis,

- Biblioteca de Política, Economía y Sociología, ed. Orbis, 1973, N 21.
- TAMAYO Y SALMORAN, R., *Introducción al Estudio de la Constitución*, México, Universidad Autónoma de México, 1989.
- TOUCHARD, Jean, *Historia de las ideas políticas*, 4a. ed., Madrid, Tecnos, 1981.
- TRABUCCO, Federico, *Constituciones de la República del Ecuador*, Quito, Editorial Universitaria, 1975.
- VANOSSI, Jorge Reinaldo, *Teoría Constitucional*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1975
- ZOLLER, Elisabeth: *Droit Constitutionnel*, Paris, ed. Puf, 1998.

#### AUTORES ECUATORIANOS

- BORJA CEVALLOS, Rodrigo, *Derecho Político y Constitucional*, 2a.ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1991.
- BORJA Y BORJA, Ramiro, *Derecho Constitucional Ecuatoriano*, Quito, s.e., 4 vols., 1979.
- BORJA Y BORJA, Ramiro, *Teoría General del Derecho y del Estado*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1977.
- LARREA HOLGUÍN, Juan, *Derecho Constitucional Ecuatoriano*, 6a. ed. actualizada, 2 vols. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 1999.

SALGADO PESANTES, Hernán y CHIRIBOGA Z., Galo, *Derechos Fundamentales en la Constitución Ecuatoriana*, Quito, ILDIS, 1995.

SALGADO PESANTES, Hernán, *Instituciones Políticas y Constitución del Ecuador*, Quito, ILDIS, 1987. (Agotado)

TOBAR DONOSO, Julio, *Desarrollo Constitucional del Ecuador*, Quito, Editorial Ecuatoriana, 1936.

TORRES, Luis Fernando, *El Control de Constitucionalidad en el Ecuador*, Quito, Edipuce, 1987.

TORRES, Luis Fernando: *Legitimidad de la Justicia Constitucional*, ed. Librería Jurídica Cevallos, Quito, 2003.

VERDESOTO SALGADO, Luis, *Estudios de Derecho Constitucional Ecuatoriano*, Quito, Departamento de Publicaciones de la Universidad Central, 1988.

ZAVALA EGAS, Jorge: *Derecho Constitucional*, Tomo I, EEdino, Guayaquil, 1999.



## Principales publicaciones

*Instituciones Políticas y Constitución del Ecuador* ILDIS, Quito, 1987.

*El Sistema Constitucional Ecuatoriano en la obra colectiva Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos* Editorial Dykinson, Madrid, 1992.

*Derechos fundamentales en la Constitución Ecuatoriana* (Con Galo Chiriboga Z.) ILDIS, Quito, 1995.

*El Control de Contitucionalidad en la Carta Política del Ecuador, en Una mirada a los Tribunales Constitucionales*, Serie Lecturas Constitucionales Andinas N 4, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1995.

*Lecciones de Derecho Constitucional*. Editorial A.E.D'96, Quito.

*La Jurisdicción Constitucional en el Ecuador en la obra colectiva La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, Editorial Dykinson, Madrid, 1997.

*Introducción al estudio del Derecho*, Editora Nacional, Quito, 2002.

Numerosos artículos y ensayos en revistas nacionales y extranjeras.