

Neoconstitucionalismo y Sociedad

SERIE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

Ramiro Ávila Santamaría

Neoconstitucionalismo y Sociedad



Dr. Gustavo Jalkh Róbens
Ministro de Justicia y Derechos Humanos

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Av. Amazonas y Atahualpa
Edif. Anexo al Ex Banco Popular
Telf: (593) 2 2464 929
Fax: 2469914
www.minjusticia-ddhh.gov.ec

ISBN: 978-9978-92-611-6
Derecho de autor: 029375
Editor: Ramiro Avila Santamaría
Cuidado de la edición: Miguel Romero Flores
Imprenta: V&M Gráficas

Quito, Ecuador, 2008
1ra. edición: agosto 2008

Contenido

Presentación	7
<i>Gustavo Jalkh</i> - Ministro de Justicia y Derechos Humanos	
Prólogo	9
<i>Miguel Carbonell</i>	
Retos de una nueva institucionalidad estatal para la protección de los Derechos Humanos	15
<i>Ramiro Ávila Santamaría</i>	
Las garantías de los derechos ¿invención o reconstrucción?	51
<i>Carolina Silva Portero</i>	
Democracia sustancial: sus elementos y conflicto en la práctica	85
<i>Juan Pablo Morales Viteri</i>	
Estados de excepción: ¿mal necesario o herramienta mal utilizada? Una mirada desde el constitucionalismo contemporáneo	123
<i>María Daniela Dávalos Muirragui</i>	
El acceso a la justicia y la emancipación social de las personas excluidas	163
<i>Luis Fernando Ávila Linzán</i>	

Constitucionalismo más allá de la Corte Constitucional 217
Claudia Escobar García

**El impacto de la globalización en
los derechos de los migrantes 273**
Nicole Pérez Ruales

**Plurinacionalidad: una propuesta
constitucional emancipadora 311**
Raúl Llasag Fernández

Presentación

La publicación que hoy ponemos a consideración de la comunidad da inicio a la serie “Justicia y Derechos Humanos”. El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador busca contribuir al conocimiento y desarrollo de la doctrina y de las mejores prácticas institucionales que hagan realidad el “Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico”.

Esta publicación aparece en un momento crucial de la reflexión ciudadana sobre su futuro institucional, que implica optar por un porvenir de oportunidades y responsabilidades. Es justamente en función de esas oportunidades y responsabilidades que compartimos estos aportes con juristas, estudiantes, servidores públicos y con las ciudadanas y ciudadanos en general, aportes que abordan una serie de temas de particular importancia en el momento histórico que vivimos.

El artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 26 de agosto de 1789, establece que “[t]oda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de constitución”. Es esencial entonces, para hablar de la existencia de Constitución, que estos principios estén consagrados en su texto; pero adicionalmente, es necesario que esos textos estén consagrados en el desarrollo estratégico de las instituciones. Desde esa perspectiva se han inspirado los ocho ensayos que componen esta publicación, desde ejes temáticos claves para comprender el alcance de las innovaciones constitucionales que se proponen al pueblo ecuatoriano.

La Constitución debe vivir en las actuaciones de gobernantes y gobernados, entonces tendremos Constitución y democracia, dos realidades que

deben ser inseparables. Tenemos todas las personas la gran responsabilidad de hacer que nuestra Constitución se desarrolle adecuadamente en las instituciones, enfrentando el gran desafío de conocer y de actuar en función de la voluntad soberana de un pueblo que se da a sí mismo sus normas de convivencia en justicia y libertad.

El camino a la democracia verdadera está finalmente abierto, nos corresponde a todos y todas construir las prácticas indispensables para que cada palabra de los nuevos desarrollos constitucionales, sean más que categoría jurídica abstracta, patrón de conducta palpable en gobernantes y gobernados.

Gustavo Jalbh R.

MINISTRO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

Prólogo

El Estado constitucional está en plena transformación. Se trata de un cambio que involucra diversos niveles y cuya profundidad es muy variable de país a país, pero que se proyecta por igual en distintas latitudes.

Una de las manifestaciones más conocidas de la evolución reciente del Estado constitucional tiene que ver con los planteamientos teóricos, es decir, con los discursos que nos sirven para la comprensión de lo que significan la Constitución, los derechos fundamentales, las normas de principio, la interpretación con base en la proporcionalidad, el razonamiento ponderado, etcétera. Esa comprensión deriva actualmente en muy buena medida de las aportaciones realizadas por las teorías neoconstitucionalistas, las cuales han tenido un importante impacto en varios países de América Latina, entre ellos Ecuador, como lo acreditan los ensayos reunidos en el presente libro.

El neoconstitucionalismo asume diversos presupuestos que no siempre quedan claros y pueden suscitar confusiones. Vale la pena recordar que para el neoconstitucionalismo el Estado en su conjunto tiene una función instrumental, pues debe estar al servicio de la satisfacción de los derechos fundamentales¹. En este contexto, el Estado no se justifica a sí mismo. La racionalidad autosuficiente de una burocracia que se enriquece en el ejercicio del poder público y cuya única finalidad es eternizarse en su tarea de usufructuar el aparato gubernamental es desechada por los teóricos neoconstitucionalistas.

1 El autor que mejor lo ha explicado es, hasta donde tengo información, Luigi Ferrajoli. Sobre todo en los capítulos 13 y 14 de su obra *Derecho y razón*. Teoría del garantismo penal, 8ª edición, Madrid, Trotta, 2007; y en *Principia Iuris*. Teoría del derecho y de la democracia, Madrid, Trotta, 2009, 3 tomos.

Si los poderes públicos tienen como función primordial y básica (casi única) la satisfacción de los derechos fundamentales, nuestra comprensión del Estado constitucional cambia de forma sustantiva. Debemos ser capaces de generar las dinámicas institucionales y crear los recursos de defensa necesarios para hacer realidad ese propósito.

Pero de la misma manera, la teoría también está llamada a poner en el centro de su reflexión a los derechos fundamentales. Esto supone hacerse cargo de los problemas reales que viven cotidianamente las personas de carne y hueso. Por eso es que resultan tan valiosas las reflexiones sobre los migrantes y su estatuto jurídico, sobre las formas de proteger los derechos bajo regímenes de excepción, sobre los alcances de la jurisdicción constitucional, etcétera. El lector encontrará construcciones discursivas ejemplares de tales temas y muchos otros en las páginas que siguen.

La teoría neoconstitucionalista debe estar profundamente vinculada con el presente. Con este momento extraordinario de la historia de la humanidad que nos ha tocado vivir y que nos enfrenta a una serie de retos de enormes dimensiones. Lo anterior no obsta para reconocer que, de acuerdo con algún modelo ideal, la narración histórica de una determinada época debe hacerse cuando exista la distancia temporal suficiente para poder contar con los elementos objetivos necesarios para hacer una correcta valoración de su impacto. Es decir, entre el hecho histórico y su narración debe mediar un cierto número de años. Esto tiene justificación en la medida en que el transcurso del tiempo nos permite evaluar probablemente con mayor objetividad un determinado acontecimiento, por un lado, y por otro nos permite tener claridad sobre la importancia del mismo, ya que la cercanía temporal nos puede hacer pensar que estamos ante un hecho muy importante del que, sin embargo, pasados unos años ya nadie se acordará.

¿Cómo enfrentar, en ese contexto tan delicado, el tema del presente de los derechos fundamentales a partir de la enorme herida que supusieron los ataques terroristas del 11 de septiembre y sus posteriores secuelas en Londres, Madrid y muchas otras ciudades? Partamos de una certeza: desde el 11-S cambiaron o se pusieron a prueba varias de nuestras concepciones sobre los derechos y se ha impuesto una nueva forma del discurso político que ha acorralado a algunos de esos derechos en nombre de la “seguridad

nacional” o incluso de la “seguridad global o mundial”. ¿Qué tan profundo ha sido ese cambio? ¿Las ideas de la derecha militar estadounidense que durante años ha ocupado el gobierno de ese país podrán imponerse más allá de sus fronteras o incluso dentro de una nación como los Estados Unidos, que tiene entre uno de sus valores sociales más arraigados a los derechos fundamentales?

En una época como la nuestra, en la que un país se ha convertido en nuestro imperio contemporáneo (para utilizar la terminología de Hardt y Negri), es posible que la historia de los derechos esté determinada por las prácticas y por las discusiones que se generan precisamente en ese país. En ese sentido, uno de los aspectos más destacados de discusión sobre los derechos fundamentales es la posibilidad que tiene el Estado constitucional para responder adecuadamente (es decir, a través de los medios ordinarios de defensa que ya conocemos) a las amenazas de ataques terroristas a gran escala.

Sería ideal para quien hace un análisis teórico poder defender sin más la idea de que los derechos fundamentales deben ser respetados siempre y que ninguna afrenta terrorista debe minar nuestro apoyo convencido hacia ellos. Sería ideal, pero no estaría teniendo en cuenta la nueva realidad que parece estarse configurando luego del 11-S. Lo cierto es que, sin poner en duda nuestras firmes convicciones en favor de los derechos, debemos asumir que ningún Estado democrático podría dejar de dar respuesta a una serie de atentados terroristas que se llevaran a cabo en su territorio y que es probable que la población exigiera acciones contundentes para garantizar la seguridad, incluso si como parte de esas respuestas se tienen que sacrificar uno o varios derechos fundamentales: como ha recordado algún autor, la Constitución no es un “pacto suicida”².

Alguna película norteamericana previa al 11-S ha dado en el blanco al estudiar la psicología de la población frente a amenazas terroristas: primero comienzan a demandarse más policías en las calles, pero frente a un segundo o un tercer atentado masivo se terminan justificando los campos de concentración y la internación en ellos de personas con base en sus rasgos físicos o en sus vínculos con determinadas religiones. La tortura de los deteni-

2 Posner, Richard, Not a suicide pact. *The constitution in a time of national emergency*, Nueva York, Oxford University Press, 2006.

dos con base en meras sospechas es el corolario natural que se presenta en tales escenarios.

De hecho, luego del 11-S se ha debatido con intensidad en Estados Unidos sobre la posibilidad de aplicar la tortura para evitar nuevos ataques terroristas; y, por primera vez en muchos años, ese debate no se ha circunscrito a la ultra-derecha militarista, sino que ha alcanzado a medios de comunicación serios y tradicionalmente centrados y objetivos en sus análisis³. Lo que parece evidente es que la amenaza terrorista ofrece un desafío nuevo al Estado constitucional y que quizá sea oportuno pensar en nuevas formas de defensa de la Constitución (lo que equivale a decir que hay que imaginar nuevas formas de defensa de los derechos).

En este punto hay varios aspectos por discutir. Uno habría que dejarlo claro desde el principio: la aplicación de torturas no se justifica bajo ningún concepto; el pretexto de hacer frente a una amenaza incluso nuclear, radioactiva, biológica o de otro tipo no permite que se utilice a una persona como medio y se vulnere su dignidad por medio de la tortura. No importa que se trate del peor terrorista del planeta o que supuestamente sepa dónde puede estar una bomba: la tortura es una línea que nunca debemos cruzar si es que queremos mantener alguna diferencia entre los terroristas y los demócratas. Pensar que al sostener lo anterior estamos renunciando a medios legítimos de combatir al terrorismo o pensar que de esa forma se pone en una situación de irremediable debilidad al Estado constitucional es desconocer la historia.

Al terrorismo se le debe combatir dentro de la legalidad; podemos discutir si el marco jurídico que tenemos es o no suficiente para enfrentar el desafío terrorista⁴, pero no es razonable suponer que ante la estrategia del miedo debemos abandonar más de dos siglos de civilización constitucional⁵. A la pregunta de si se puede, bajo alguna circunstancia límite, tortu-

3 Greenberg, Karen J. (editora), *The torture debate in America*, Cambridge, Cambridge University Press 2006; Levinson, Sanford (editor), *Torture. A collection*, Nueva York, Oxford University Press, 2004.

4 Este es el tema que se aborda, por ejemplo, en Ackerman, Bruce, *Before the next attack. Preserving civil liberties in an age of terrorism*, New Haven, Yale University Press, 2006. Ver también Tushnet, Mark (editor), *The constitution in wartime. Beyond alarmism and complacency*, Durham, Duke University Press, 2005.

5 Frente a riesgos objetivos de que se produzcan graves daños (ya sean producto de ataques terroris-

rar para obtener alguna confesión, la respuesta siempre, siempre y sin excepción alguna, debe ser negativa. Cuando un Estado democrático cede a la tentación de torturar a un detenido ya ha traspasado la línea que lo separaba de los terroristas y ha perdido su principal arma de diferenciación: la legitimidad que le da el apego a ciertos valores, encarnados en buena medida en un ordenamiento jurídico⁶.

De igual manera, habría que sospechar de cualquier solución jurídica al fenómeno terrorista que suponga la imposición de regímenes completa y totalmente excepcionales. Pueden existir, de forma limitada y siempre bajo control judicial, restricciones de derechos que sean específicas para personas acusadas de terrorismo (como lo reconoce, por ejemplo, el artículo 55 de la Constitución española de 1978⁷), pero de ahí no se puede dar el paso hacia el vaciamiento de los derechos fundamentales de tales personas, como lo ha hecho el gobierno de los Estados Unidos con los detenidos en el campo de concentración de Guantánamo. Y esto aplica lo mismo a los derechos “sustantivos” (por llamarlos así) como a los “derechos procesales” o vinculados con el acceso a la justicia; esta observación es importante para poner bajo sospecha la peligrosa tendencia de crear tribunales militares encargados de conocer de juzgar a civiles vinculados con hechos de terrorismo o con otras manifestaciones de la criminalidad organizada⁸.

tas o de desastres naturales) debemos adoptar como primera premisa el “principio de precaución”, que hubiera servido en muy buena medida para evitar los atentados del 11-S, tal como lo han reconocido diversos reportes oficiales generados por el gobierno de los Estados Unidos. Sobre este punto ver el libro *The 9/11 commission report. Final report of the national commission on terrorist attacks upon the United States*, Nueva York, Norton and Company, sin fechas; sobre el “principio de precaución” ver Sunstein, Cass, *Laws of fear. Beyond the precautionary principle*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

- 6 Ignatieff, Michael, “Si la tortura funciona”, *Claves de razón práctica*, Madrid, mayo de 2006, pp. 4-7. Para este autor la prohibición de la tortura es lo que permite identificar políticamente a una democracia; si un Estado es democrático entonces estará limitado por normas jurídicas, entre ellas la que incluye “la prohibición absoluta de someter a las personas a formas de dolor que las despojan de su dignidad, su identidad e incluso su cordura” (p. 7).
- 7 Un análisis de este precepto puede verse en Martínez Cuevas, María Dolores, *La suspensión individual de derechos y libertades en el ordenamiento constitucional español: un instrumento de defensa de la Constitución de 1978*, Granada, Comares, Universidad de Granada, 2002.
- 8 La doctrina norteamericana, por razones obvias, ha tenido que reflexionar detenidamente sobre este punto. Un punto de partida de tales análisis puede verse en Fisher, Louis, *Military tribunals*

La reflexión que se acaba de hacer sobre el terrorismo no tiene otro objetivo más que el de ilustrar los grandes dilemas que la realidad contemporánea pone frente a los ideales del constitucionalismo. Los estudiosos del derecho constitucional no pueden hacer como si no existieran esos retos de dimensiones impresionantes. Por el contrario, corresponde en primer lugar a los teóricos el ofrecer respuestas adecuadas, proporcionales y pertinentes a los desafíos que estamos enfrentando.

Para América Latina la reflexión sobre el Estado constitucional se vincula con los temas señalados en las páginas anteriores los cuales conforman, como ya se dijo, la columna vertebral del magnífico libro que estamos presentando: el concepto de garantía de los derechos y sus distintas manifestaciones, los derechos fundamentales que tienen las personas migrantes, los órganos de tutela de los derechos y sus facultades, el acceso a la justicia, los estados de excepción, la democracia sustancial (tan anhelada y tan ausente en nuestra región), etcétera.

No cabe duda que los teóricos latinoamericanos han demostrado un gran dinamismo en los años recientes. Se han preocupado por actualizar sus conocimientos y por ofrecer completos catálogos de propuestas para reformar los ordenamientos constitucionales vigentes o para aplicar mejor los que ya se tienen. Ecuador, en este sentido, ha tenido un papel protagónico que desde países hermanos como México mucho le reconocemos y mucho valoramos. Por eso es que el presente libro merece suscitar la mayor atención, dentro y fuera de las fronteras ecuatorianas. Se trata de un conjunto de aportaciones brillantes, profundas, inteligentes, actualizadas, críticas y propositivas. Se trata, en suma, de la mejor ciencia jurídica que se está haciendo en la región y por ello hay que felicitar a los autores y convocar a los lectores a leer, discutir y difundir este libro.

Miguel Carbonell

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS-UNAM

México D.F., agosto de 2008.

and presidential power. American revolution to the war on terrorism, Lawrence, University Press of Kansas (con abundantes referencias históricas), 2005.

Retos de una nueva institucionalidad estatal para la protección de los derechos humanos

Ramiro Ávila Santamaría

Sumario

I. Introducción. II. Ideas preliminares. 2.1. Elementos constitutivos de una nueva institucionalidad: los saberes, el derecho, los órganos. 2.2. El Proceso de construcción de institucionalidad. 2.3. Los paradigmas de la institucionalidad. III. El paradigma liberal y neoliberal. 3.1. El saber. 3.2. El Derecho. 3.3. Los órganos. IV. Las crisis del liberalismo. V. El Paradigma constitucional democrático en tiempos de globalización. 5.1. El saber. 5.2. Las normas. 5.3. Los órganos. VI. Retos. VII. Bibliografía.

I. Introducción

Los “Retos de una nueva institucionalidad estatal para la protección de los derechos humanos” serán abordados desde tres ideas preliminares: (a) la conceptualización de los elementos constitutivos de una institucionalidad, (b) el proceso de su construcción, y (c) los paradigmas históricos que la contextualizan, los cuales serán descritos en la primera parte de este ensayo.

En un segundo momento retrataremos, con los elementos conceptuales determinados en la primera parte, la institucionalidad en el estado liberal o estado legal de derecho. En la tercera parte, intentaremos demostrar que la

institucionalidad de lo que debería ser el estado social de derecho o estado constitucional democrático todavía no está a la altura de las exigencias que emanan de las promesas de los derechos humanos.

El objetivo de este ensayo es tratar de señalar algunas falencias que tiene la institucionalidad actual y sugerir algunas pistas para lograr una nueva que sea acorde con los derechos humanos. Sugeriremos al final que, para asumir los retos de una nueva institucionalidad, no debemos descuidar el generar paradigmas conceptuales, bajo la premisa de que las ideas y la movilización social pueden generar cambios que alteren realidades opresoras y excluyentes.

II. Ideas preliminares

2.1. Elementos constitutivos de la institucionalidad

La “institucionalidad” será entendida en este ensayo como un conjunto complejo e interrelacionado de tres elementos: (1) una ideología que sustenta y justifica un sistema normativo que, a su vez, crea una organicidad, que lo llamaremos genéricamente “saber”, (2) un sistema normativo, al cual denominaremos “Derecho”, y que responde directamente a un “saber”, y (3) la institucionalidad propiamente dicha, que es la estructura que se genera con el objeto de aplicar el Derecho, a la cual denominaremos genéricamente “órganos”. En un estado de derecho, no pueden existir órganos que no provengan de las normas, por el principio de legalidad, y no pueden existir normas sin un paradigma conceptual. En otras palabras, los saberes generan derecho, el derecho crea órganos, los órganos reproducen saberes y crean normas, y se genera un círculo de interacción entre estos tres elementos.

2.1.1. Los saberes

El objeto de cualquier área de interés y de investigación del ser humano sólo es posible por las relaciones de poder y por las técnicas de conocimiento, que se apropian del objeto. Michael Foucault sostuvo insistentemente que “los saberes” (*knowledge*) crean poder y que el poder no puede sostenerse sino es a través del “saber”. Foucault pone como ejemplo el control del cuer-

po de un niño, que está sujeto a varios saberes y disciplinas tales como la pedagogía, la pediatría y la criminología positivista. Las personas adultas ejercemos poder sobre las niñas y los niños. Por el saber, entonces se ejerce poder¹. En el plano de lo político-social, no es casual que los centros de poder, en cualquier momento histórico, tengan relación directa con la acumulación y la reproducción del conocimiento. El discurso del poder “no sólo persigue escribir papeles y decir palabras sino que tiene una misión política (...) todo acto discursivo (toda forma de conocimiento) es un acto de poder”².

Actualmente, por ejemplo, nadie podría dudar que Estados Unidos sea la principal potencia mundial³ y que tenga las universidades mejor dotadas en profesores e infraestructura. En la Edad Media, y de esto testifican los escritos de Umberto Eco⁴, se concentró el conocimiento en las bibliotecas de los conventos religiosos, cuando el poder de la iglesia católica era inmenso. En la Edad Antigua, la quema de la biblioteca de Alejandría no fue sólo la quema de un edificio, fue la quema de una fuente del poder⁵. Igual sucedió en la quema de libros en la Alemania nazi⁶, y fue la misma idea que

- 1 Véase Foucault, Michael, *The History of Sexuality, An introduction, Volume I*, Vintage Books Edition, New York, 1990, p. 98.
- 2 Anitua, Gabriel Ignacio, *Historias de los pensamientos criminológicos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1ª. reimpresión, 2006, p. 5.
- 3 Véase Zolo, Danilo, *La justicia de los vencedores, de Nuremberg a Bagdad*, Editorial Trotta, Madrid, 2006, p. 112.
- 4 En el libro de Umberto Eco, *El nombre de la Rosa*, el tema central gira alrededor del acceso al conocimiento, que se concentra en una biblioteca medieval.
- 5 “Todo cambiaría cuando en el año 643 los árabes tomen Alejandría, quemando la famosa biblioteca con buena parte de la sabiduría helenística”. Véase Dussel, Enrique, *Política de la liberación, historia mundial y crítica*, Editorial Trotta, Madrid, 2007, p. 84.
- 6 “[...] las sedes de los partidos comunistas fueron atacadas y sus bibliotecas destruidas, como así también el Reichstag (parlamento alemán), que fue incendiado junto con todos sus archivos. Pocos días después de esto, el partido envió a las organizaciones estudiantiles nazis un memorándum que proponía la destrucción de todos aquellos libros peligrosos que estuvieran en las bibliotecas de Alemania. Así fue como la noche del 10 de mayo de 1933, estudiantes de la Universidad Friedrich-Wilhelm, de Berlín, llegaron a la Plaza Bebelplatz en camiones donde transportaban miles de libros obtenidos de la purga realizada en las bibliotecas públicas y de la misma universidad. Se trataba en su mayoría de obras escritas por autores judíos o considerados de ideología subversiva, como Marx, Freud, Brecht y Zweig, incluidos en las listas negras nazis por ser “contrarios al espíritu alemán”. Una vez en la plaza, se levantaron hogueras donde se arrojó los libros, mientras una muchedum-

motivó toda la persecución en la época de la Inquisición por tener libros prohibidos.

Paulo Freire, uno de los más grandes pedagogos de nuestro continente, sostenía en su paradigma dialógico de liberación, que la investigación y la acción son indisociables. Para Freire, el activismo sin conocimiento es tan inútil (dar palos de ciego, decía él) como el conocimiento sin activismo. La conjunción del saber con la acción da como resultado el acto creador que libera al oprimido⁷.

Latinoamérica ha sido reproductora de conocimiento y nos ha costado crear conocimiento que pueda llegar a considerarse como poder. Nuestro conocimiento ancestral no ha podido ser sistematizado y socializado. Nuestras investigaciones académicas no son rigurosas, y las que existen son pocas. Sobre el trabajo académico, el filósofo argentino Enrique Dussel ha sostenido que la práctica ha sido la elaboración de un discurso “necesariamente ideológico, encubridor, justificante de la dominación”⁸. Nuestro interés y mirada científica han sido dirigidas hacia el centro y no hacia Latinoamérica. “Lo latinoamericano anda suelto, desborda su territorio, va a la deriva en rutas dispersas [...], lo latinoamericano no es una esencia, y más que una identidad es una tarea”⁹.

Los saberes, las ideas, el conocimiento producen hechos; construyen, justifican, critican o movilizan realidades; determinan institucionalidad. Uno de los productos de los saberes es el Derecho.

2.1.2. El Derecho

El Derecho, cualquier derecho, es un conjunto de normas que tiene como objetivo regular las relaciones entre sujetos y ser un mecanismo para ejercer

bre entusiasta vitoreaba a los manifestantes”, en Educyt, “10/05/1933 - Grupos nazis queman en Berlín libros considerados subversivos”, Año 6, Nro. 224, 3ra. Sección, 9 mayo 2003, Internet, <http://web.fcen.uba.ar/prensa/educyt/2003/ed224c.htm>. Acceso: 2 julio 2008.

7 Freire, Paulo, “La teoría de la acción dialógica y sus características”, en *Pedagogía del oprimido*, Siglo XXI, 53 ed, México, 2000, pp. 176-240.

8 Dussel, Enrique, *op. cit.*, p. 464.

9 García Canclini, Néstor, *Latinoamericanos buscando lugar en este siglo*, Paidós Estado y Sociedad 105, Buenos Aires, 2002, pp. 20 y 32.

control social sobre un grupo humano. El Derecho, siguiendo la línea de Foucault, es un instrumento más del poder. El saber “se organiza alrededor de la norma, establece qué es normal y qué no lo es, qué cosa es incorrecta y qué otra cosa es correcta, qué se debe o no hacer”¹⁰.

El Derecho, que tiene vigencia en Latinoamérica, tiene una fuerte inspiración continental-europea y lo que hemos hecho es adaptarlo a nuestras realidades, aunque, como sostiene Diego López, en esa adaptación existe originalidad y creatividad (aunque también distorsión entre lo producido y lo comprendido)¹¹.

Al Derecho, con mayúscula, lo entenderemos no sólo como la norma expedida por una autoridad estatal que tiene competencia para ello, sino como un componente importante de la institucionalidad que tiene relación directa con la cultura, con la política y con la moral dominante. En la famosa metodología de la investigación de Alda Facio, se propone esta interrelación constante entre el componente estructural, cultural-político y normativo del Derecho¹². El Derecho, entonces, es algo vivo, creado, interrelacionado y modificable.

2.1.3. Los órganos

Los órganos son la materialización del Derecho, que se encargan de su aplicación, y constituyen la institucionalidad propiamente dicha. Las ideas y el Derecho, para ser aplicadas eficazmente, requieren de una institucionalidad que las garantice. En un estado de derecho, éste legitima a la autoridad, que encarna la institucionalidad, y la autoridad aplica el Derecho.

Por órganos comprenderemos no sólo a las autoridades y personas que actúan representando al estado o con su aquiescencia, sino todo el aparato burocrático que tiene competencias, recursos y ejerce poder sobre las personas. Los órganos son, por ejemplo, las funciones del estado, los ministerios,

10 Foucault, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, Segunda edición corregida, Barcelona, 2003, p. 105.

11 Véase López Medina, Diego Eduardo, *Teoría impura del Derecho, la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Legis, 3ª. reimpresión, Bogotá, 2005.

12 Véase Facio, Alda, “Metodología para el análisis de género del fenómeno legal”, en Facio Alda y Fries Lorena, *Género y Derecho*, American University, México, pp. 99-136.

las instancias públicas; en suma, los órganos son los componentes del estado que toman decisiones y actúan reforzando el *stablishment* o alterándolo¹³. Los órganos tienen que tener una cualidad para ser considerados dentro de esta comprensión de la institucionalidad: deben estar vinculados por el Derecho.

Los órganos están interrelacionados con los otros elementos enunciados: los órganos crean derecho y quienes los representan tienen saberes previos a ejercer autoridad.

2.2. El proceso de construcción de institucionalidad

Elizabeth Badinter¹⁴, al describir al movimiento feminista en la historia, sugiere un proceso histórico que nos permite utilizarlo para la construcción de institucionalidad. Este proceso lo sintetizamos de la siguiente manera: (1) existe una realidad en la que objetivamente encontramos relaciones de sumisión-opresión; (2) la realidad es comprendida desde la experiencia y la razón, que es lo que podría denominarse conciencia; (3) la racionalización de la experiencia se manifiesta por medio de discursos y saberes; (4) los saberes, cuando son compartidos, movilizan social y políticamente; (5) la organización social canaliza el sentimiento de injusticia hacia la demanda al Estado o a quien tiene poder para alterar la realidad de opresión; (6) la demanda, cuando no puede resolverse mediante la institucionalidad, porque no hay respuestas en el saber oficial, no hay normas jurídicas o no hay órgano capaz de dar soluciones, genera crisis; (7) ante la crisis, dos alternativas: dar un paso atrás, fortalecer el discurso y la práctica hegemónica por medio de la represión o persuasión, o dar un salto hacia adelante, que implica difundir el saber alternativo, crear nuevo derecho y nuevas instituciones. Por ejemplo, siguiendo a Badinter, coloquémonos en el siglo XVIII en Francia. La realidad de la época —como sucede aún en nuestro tiempo— fue la de una estructura social y política patriarcal: las mujeres eran excluidas y los hombres eran los únicos que ocupaban el espacio de lo público. La con-

13 La distinción entre órgano y organismo, propia del Derecho Administrativo, es irrelevante para efectos de la idea que desarrollamos.

14 Badinter, Elisabeth, “El enigma masculino (la gran X)”, en *XY la identidad masculina*, Editorial Norma, 1993, pp. 15-56.

ciencia de exclusión se manifestó mediante grupos de mujeres que se juntaron para hablar de sus experiencias comunes y hasta de un movimiento de hombres, que se los denominó “los preciosos”, que surgió después de constatar que a los hombres les estaba vedado manifestar rasgos femeninos. Las formas de demanda se reflejaron tanto en la formulación de una Declaración de derechos de la mujer y en la feminización de hombres en espacios públicos. Sin duda, los comportamientos femeninos por parte de hombres y masculinos por parte de las mujeres debieron de haber generado más de una crítica. ¿Un paso adelante o uno hacia atrás? En 1804 se expide en Francia, un año antes de que Napoleón se corone a sí mismo como Emperador, el Código Civil. La regulación de las personas y de la familia será determinante en la resolución de la crisis. Los hombres son capaces y las mujeres están confinadas al espacio considerado privado. Es decir, Francia dio un paso atrás.

En la historia de la humanidad, siempre que hay crisis, la primera opción de los grupos de poder es fortalecer el *stablishment*. Sin embargo, y muy a pesar de quienes ejercen arbitrariamente cualquier poder, la humanidad también da saltos hacia adelante. La prueba está en la evolución del Derecho y del Estado, en las conquistas de los derechos humanos por parte de las personas trabajadoras, mujeres, niños, niñas y adolescentes, indígenas y discapacitados. Las crisis generadas por los diversos movimientos de derechos humanos han logrado, sin duda alguna, importantes reformas normativas y jurisprudenciales en muchos países.

2.3. Los paradigmas de la institucionalidad

Todo paradigma conceptual y cualquier marco teórico son por esencia, cuando se aplica a la realidad, incompletos y relativos. Por el espacio y por el tiempo, la caracterización que a continuación haremos de los paradigmas será caricaturesca. Esperamos, sin embargo, que tengan utilidad para reflexionar sobre la institucionalidad y los derechos humanos.

Los paradigmas que hemos escogido, y sobre los cuales existen esbozos en otros documentos previamente escritos¹⁵, son el paradigma liberal y neo-

15 Ávila Santamaría, Ramiro, “El amparo constitucional: entre el diseño liberal y la práctica formal”,

liberal y el paradigma social o constitucional democrático (las palabras pueden tener distintas connotaciones, pero las usamos con un mismo sentido). Al utilizar estos paradigmas se pretende ubicar el análisis en un contexto histórico y filosófico, y explicar los fundamentos que justifican la existencia de determinadas instituciones. Estos paradigmas serán descritos en los siguientes acápite.

Nos encantaría proponer un paradigma alternativo, basado en un saber alternativo y proveniente de la periferia. Sin embargo, no tenemos los conocimientos para ello y, además, pecaríamos de ingenuos. Nadie podría dudar que la estructura política de nuestros gobiernos y la base epistémica del pensamiento hegemónico en Latinoamérica es tributaria del pensamiento continental europeo, greco-romano. Por ello, creemos necesario remontarnos al pensamiento liberal clásico para tratar de entender cuál es la fuente de conocimiento que creó las normas jurídicas y las instituciones que aún perduran en Latinoamérica del siglo XXI.

III. El paradigma liberal y neoliberal

3.1. El saber

El liberalismo clásico es una construcción de pensamiento complejo. Como todo conjunto estructurado de ideas que ha incidido tan determinante en las sociedades, es un pensamiento que abarca todos los ámbitos de la vida. Los pensadores clásicos liberales (Montesquieu, Rousseau, Diderot, Voltaire, entre otros) generaron todo un saber que provocó la Revolución Francesa.

La Revolución Francesa es la máxima expresión de una crisis social y política, que se venía gestando muchísimos años atrás, y que definitivamente

en *Un cambio ineludible: la Corte Constitucional*, Tribunal Constitucional del Ecuador, Ecuador, 2008; “Las garantías de los derechos humanos en tiempos de constitucionalismo: propuestas de Reforma a la constituyente”, *Revista de Derecho Foro*, No. 7, 2007; “Justicia constitucional y derechos humanos”, *Revista de Derecho Foro*, No. 4, 2005.

te, al menos en el campo teórico, logró hacer indefendible las teorías que sustentaron al *Anciane Régime*¹⁶.

Siguiendo con el esquema sugerido por Badinter, el poder estaba concentrado en una sola voluntad o clase social, que eran los aristócratas (incluida en esta clase la iglesia católica). La monarquía concentraba todo el poder. Lo que ahora conocemos como la administración del estado, la justicia y el parlamento, como poderes autónomos e independientes, en aquella época no existía. La administración de justicia, por ejemplo, como cuenta Foucault en su *Vigilar y castigar*, se ejercía a través de la compra de títulos que emanaban de los monarcas¹⁷. El pensamiento que sustentaba el poder absoluto se basó en el iusnaturalismo teológico. La legitimidad del poder político y religioso, que estaba confundido en un solo poder, se explicaba por la determinación divina de los monarcas y papas.

Si uno utiliza, por ejemplo, el diagnóstico de aquella época sobre la monarquía, la fuente de todos los males proviene de la concentración del poder. La gran teoría de Rousseau será la racionalización del concepto de soberanía del estado. La soberanía radica en el pueblo y no en una clase social ni en dios. La soberanía se va a expresar por medio de la voluntad general del pueblo, que se manifestará en la deliberación de las personas dotadas de cierta capacidad. Las personas consideradas capaces para determinar la voluntad general serán las ciudadanas. Éstas tendrán legitimidad para crear leyes, someter a la autoridad administrativa y determinar el resultado de los conflictos sometidos a los jueces¹⁸. El concepto de soberanía complementará la teoría liberal en el ámbito externo. Los estados podrán ejercer total control interno y ningún otro estado podrá meterse en sus decisiones. Finalmente, para completar el saber legitimador, ninguna idea mejor que el contrato social, que es un pacto hipotético entre las personas que habitan en una nación, y en el que todas ceden algo de su libertad para poder tener seguridad. Sin el contrato social, que caracteriza a una sociedad civil, la humanidad viviría en un estado de naturaleza, en el que pueden

16 Véase sobre el relato histórico, con detalle, Capella, Juan Ramón, *Fruta prohibida, una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y el estado*, Trotta, 3ª. edición, Madrid, 2001.

17 Foucault, Michel, *Surveiller et punir*, Gallimard, 2005 (1975), p. 93.

18 Véase Rousseau, Jean-Jaques, *El contrato social*, Panamericana Editorial, Bogotá, 1996, pp. 45-47 y 167-170.

sucedan dos situaciones: los seres humanos son lobos entre sí (Hobbes) o reinará la arbitrariedad y la imposición de una clase que es la que puede ejercer sus libertades negando las de otros (Locke).

El iusnaturalismo, durante la Revolución Francesa, continuó siendo el pensamiento dominante, pero basado ya en la racionalidad. La razón puede develar e interpretar las leyes de la naturaleza. Tal será la idolatría en la Francia revolucionaria, que las iglesias católicas se convertirían en templos de la razón¹⁹.

En cuanto a las ideas, que en ese momento eran subversivas (cabe recordar que la familia de Rousseau fue exiliada por motivos de persecución religiosa²⁰, la “Defensa del Espíritu de las leyes” de Montesquieu fue catalogado como libro prohibido por la Iglesia²¹), el liberalismo sostendrá como pilares de su “saber” el principio de la libertad y el de la propiedad.

Los seres humanos nacen y son libres. En estado de naturaleza, afirmará Locke, todos somos libres²². El problema está en que, en el uso de la libertad, unos pueden oprimir a otros. Para evitar esta posibilidad surge el Derecho y surge la necesidad del estado. El liberalismo contemporáneo tendrá contundentes exponentes. Entre otros, Isahia Berlin²³ y Michael Ignatieff²⁴, que desarrollarán la necesidad de proteger la libertad negativa y advertirán sobre los peligros de la intervención del estado. La consecuencia lógica de la premisa de la libertad, en términos de organización, será que el

19 La iglesia de Notre Dame dejó de ser iglesia católica para convertirse en un templo de la razón. La réplica latinoamericana la encontramos en Guatemala. No podemos dejar de recordar un templo de la razón en un pueblo llamado Salamá, en una región de mayoría indígena Maya-Achí, construido por Ubico: un reflejo liberal francés en Latinoamérica.

20 Wikipedia, Jean-Jaques Rousseau, Internet, <http://es.wikipedia.org/wiki/Rousseau>, Acceso: mayo 2008.

21 Wikipedia, Charles- Louis de Montesquieu, Internet, http://es.wikipedia.org/wiki/Charles-Louis_de_Montesquieu, Acceso: mayo 2008.

22 Véase Roig, Arturo Andres, “La dignidad humana y la moral de la emergencia en América Latina”, en *Ética del poder y moralidad de la protesta, la moral latinoamericana de la emergencia*, Corporación Editora Nacional-Universidad Andina Simón Bolívar, Colección Temas, Vol. 10, 2002, pp. 53-70.

23 Berlin, Isahia, *Dos conceptos de libertad y otros escritos*, El libro de bolsillo Filosofía Alianza Editorial, España, 2001, pp. 43- 65.

24 Ignatieff, Michael, *Human Rights as politics and idolatry*, Princeton University Press, 2001, p. 137.

estado no puede entrometerse en la esfera de ejercicio de la libertad. Las personas tienen inmunidad y el estado es gendarme, sólo interviene cuando hay problemas entre las personas privadas. La esfera pública y la privada tienen una línea divisoria clara y definida. En la esfera privada no entra el estado y el hombre adulto será el controlador. La esfera pública, en cambio, es propia del quehacer político y exclusivamente de los hombres.

La propiedad también es un derecho natural, inalienable y anterior al Estado. Esta idea, también subversiva en el momento, es una reacción a la propiedad absoluta del estado y a la arbitrariedad en su manejo. El estado podía expropiar y pedir tributos sin justificación alguna. El estado en lugar de disponer de la propiedad, se va a encargar de protegerla.

El estado, como consecuencia, tiene que ser mínimo. Cualquier expansión del estado debe presumirse sospechosa. Locke y –trescientos años después– Nozick sostendrán que la única función del estado es la de proteger a los ciudadanos de la violencia, robo y fraude, y la de hacer cumplir los contratos²⁵. El mercado será el espacio privilegiado para el ejercicio de la libertad. La libertad será la condición para que funcione la mano invisible del mercado, como ya lo enunciará Adam Smith en *La riqueza de las naciones*. Cualquier persona que persigue su interés personal contribuye a la consecución, sin saberlo, del bien común. La vida económica se autorregula y lo hace de manera automática por medio del mercado²⁶.

El principio que garantizará la soberanía, la libertad y la propiedad, será el de seguridad jurídica. La regulación de las situaciones problemáticas en el ejercicio de la libertad y en las formas de disponer la propiedad, deberá estar expresamente contemplado en reglas jurídicas. Las reglas jurídicas, por tal motivo, deben determinar con claridad las hipótesis que serán objeto de consecuencias jurídicas y las obligaciones o sanciones si se satisface, en la realidad, la hipótesis.

Finalmente, el golpe al autoritarismo del poder absoluto será el supremo derecho a la resistencia. Si la soberanía popular se viera amenazada por la soberanía de una persona o clase, las personas podrán revelarse, como lo hicieron en la Revolución Francesa.

25 Véase Nozick, Robert, *Anarchy, State, and Utopia*, Basic Books, USA, 1974, p. 26.

26 Véase Enrique Dussel, *op. cit.*, pp. 261-264.

La consistencia teórica del liberalismo ha sido desarrollada y perfeccionada por el neoliberalismo. El estado y las relaciones internacionales todavía se basan en su matriz filosófica, aunque sus elementos teóricos son más complejos y actuales. La propiedad privada tiene múltiples derivaciones en la propiedad intelectual y en la protección de bienes intangibles, relacionadas con cuestiones tales como las finanzas y la inversión. Las personas jurídicas, que llegaban a tener capacidad dentro de las soberanías nacionales bajo la ficción de ser como personas naturales, ahora son multinacionales que están sobre los estados y que son actores importantes en las relaciones internacionales. La soberanía nacional se relativiza frente a los acuerdos de libre comercio en la comunidad de naciones. Los estados tienen que dejar de hacer actividades que pueden hacer los agentes particulares y tienen que seguir siendo mínimos.

Resumiendo, el pensamiento liberal es altamente atractivo y en su momento fue emancipador, aunque para una clase social. Las ideas que se desarrollan tienen relación con el estado, que es soberano, representativo y gendarme, con el derecho natural de la libertad y la propiedad, y con el desarrollo de instituciones que protejan lo concebido como derechos.

3.2. El Derecho

Una de las expresiones jurídicas más representativas del derecho liberal clásico es la conocida *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*²⁷, de 1789. El pensamiento liberal se plasmó jurídicamente en este texto, que posteriormente se convertiría en parte integrante de la Constitución.

Veamos. La Declaración proclama que “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común”²⁸. Claras ideas de Locke y del utilitarismo, que serán desarrolladas en su máxima expresión por Bentham. Enseguida se determinan con claridad los intereses de los burgueses, protagonistas y

27 Véase Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales, apuntes de historia de las constituciones*, Madrid, Trotta, 5ta. edición, 2007, p.139.

28 Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, Art. 1.

beneficiarios de la Revolución Francesa: “la finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”²⁹. Allí se evidencia el credo liberal. En la siguiente regulación tenemos el pensamiento de Rousseau: “el principio de toda soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún cuerpo, ningún individuo, pueden ejercer una autoridad que no emane expresamente de ella”³⁰. Luego, la Declaración desarrollará la libertad, sus alcances y sus límites³¹, la teoría de la ley como voluntad general y el concepto de ciudadanía³², la seguridad jurídica³³, la propiedad³⁴. Uno de los artículos mejor formulados y determinantes en la conformación del estado de derecho enuncia lo siguiente: “Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución”³⁵.

La Declaración, en Francia, se constitucionalizará pocos años más tarde. En Estados Unidos, de igual modo, los principios liberales de los derechos humanos pasarán a formar parte desde la incorporación de las primeras enmiendas de la Constitución.

Los principios de la Declaración del Hombre y del Ciudadano tendrán su máxima expresión normativa en tres cuerpos jurídicos: el Código Civil, la parte orgánica de las constituciones liberales y el Código Penal.

El Código Civil se expide en 1804 en Francia que, efectivamente, regulará con harto detalle la autonomía de la voluntad y la propiedad, ambas en la esfera privada. La autonomía de la voluntad se podrá ejercer siempre que se tenga capacidad y no esté prohibida por el Código Penal. La capacidad, que en el ámbito público será el equivalente a la ciudadanía, permitirá que las personas puedan obligarse y ejercer derechos. La ley considerará capaces solamente a quienes aprecia como “optimo iure”, que son básicamente las personas adultas y de sexo masculino. Aunque no sea explícito, pero se

29 *Ibidem*, Art. 2.

30 *Ibidem*, Art. 3.

31 *Ibidem*, Arts. 4, 5, 10 y 11.

32 *Ibidem*, Art. 6.

33 *Ibidem*, Art. 8, 9, 14 y 15.

34 *Ibidem*, Arts. 2 y 17.

35 *Ibidem*, Art. 16.

puede fácilmente deducir, también se requiere ser propietario, de lo contrario no tendría sentido ser capaz. La capacidad permite ejercer la libertad. Por la capacidad soy sujeto de derechos subjetivos, puedo fundar y tener familia reconocida legalmente, puedo usar, gozar y disponer de los bienes, puedo determinar el destino de los bienes acumulados en vida después de la muerte, puedo hacer leyes en lo privado, que es el derecho de los contratos.

La propiedad será propiamente el objeto de preocupación y regulación del Código Civil. Todos los supuestos de lo que puede suceder a la propiedad de un burgués del siglo XIX estarán plasmados en el Código Civil. El libro sobre los bienes tiene todas las hipótesis de adquisición, pérdida o limitación de la propiedad, los derechos y las obligaciones correspondientes. La manifestación de las normas se las hará por medio de las reglas jurídicas, que serán consideradas como la única manifestación del Derecho, y que será —como ya hemos dicho— la forma de expresión de la seguridad jurídica. Las personas capaces saben con anterioridad, al realizar acciones o actos jurídicos, cuáles son las consecuencias y sus obligaciones.

El derecho constitucional decimonónico será eminentemente orgánico y procedimental. Las normas constitucionales establecerán el requisito fundamental para ejercer la libertad en el ámbito público: la ciudadanía. Serán ciudadanos las personas mayores de edad, hombres, propietarios que no trabajan en relación de dependencia y educados. Por supuesto que tales requisitos sólo podrán tener, una vez más, los burgueses y éstos serán quienes acceden a cargos de representación. En suma, los burgueses serán quienes ejercen la soberanía popular y expresarán, mediante leyes, la voluntad general. Este fenómeno en Francia ocurrirá en Inglaterra y también, por supuesto, en Latinoamérica. En Inglaterra, el enunciado de igualdad será “efectivo exclusivamente para los hombres varones que son propietarios virtuosos (excluyendo así a las mujeres, a los esclavos africanos, a los indios americanos y a los asiáticos y a los trabajadores ingleses asalariados)”³⁶. En nuestro continente, se entendía *pueblo* “exclusivamente como el cuerpo civil de criollos ilustrados y poderosos, y excluía de la soberanía popular al pueblo ínfimo, criollos e indios iletrados”³⁷ [...]. Las masas indígenas, los antiguos esclavos

36 Véase Dussell, Enrique, *op. cit.*, p.271.

37 *Ibidem*, p. 417.

vos africanos, los mulatos y los zambos, los mestizos y los inmigrantes empobrecidos constituirán un pueblo de pobres excluidos de la ciudadanía real³⁸.

La constitución señalará dos cuestiones fundamentales para determinar la validez de las normas jurídicas. Por un lado, señalará las formas de designar las autoridades y, por otro, el procedimiento que se debe seguir para expedir una norma jurídica. De esta forma, se establecerá la existencia de un solo sistema normativo en una sola nación, que pretenderá uniformar los intereses de las personas.

Finalmente, para completar la trilogía normativa, el Código Penal será el último y más violento garante de los valores liberales. Todo lo que no esté tipificado en el Código Penal está permitido hacer a las personas. Lo tipificado va a hacer exactamente lo que molestará a los burgueses: obstaculizar o impedir el ejercicio del derecho de propiedad (robo y hurto), obstaculizar o impedir el ejercicio del derecho a la libertad (privación arbitraria de la libertad), hacer en lo público lo que no esté expresamente autorizado (peculado, prevaricato), no hacer lo que se creía se debe hacer (vagancia).

El Derecho como ciencia autónoma se va desarrollando poco a poco hasta finalmente llegar a su punto culminante con *La teoría pura del Derecho* de Kelsen. Durante el siglo XIX, el derecho es parte de la filosofía, con fuertes vínculos con el derecho canónico y el derecho romano. En el siglo XX la intención fue separar el derecho de las ciencias naturales, de las ciencias sociales (política, historia), de la moral, y convertirlo en un área del conocimiento autónomo.

La teoría del Derecho se resumirá magistralmente en los títulos preliminares de los códigos civiles. Ahí encontramos la definición de ley, la interpretación, la validez y las soluciones en casos de conflictos de leyes. En el derecho internacional, se consolida el concepto de soberanía con el acuerdo que estableció la paz de Westfalia (1616), y, en el siglo XX, con la Carta de Naciones Unidas (1945).

38 *Ibidem*, p. 422.

3.3. Los órganos

La división de poderes clásica, tan promovida por Montesquieu como la solución para la concentración de poder y la forma de evitar la arbitrariedad, se manifestará en teoría en un poder legislativo, uno judicial y otro administrativo. Cada poder tendrá un órgano, una función y múltiples funcionarios que lo componen. La composición y función son consecuentes y coherentes con el ideario liberal. Por la comprensión de la ciudadanía, sólo los burgueses podrían conformar los tres órganos. El objetivo –como ha quedado dicho– está determinado por la realización de la libertad, la propiedad y la seguridad.

El órgano legislativo se encargará de dictar leyes que desarrollen y regulen la libertad, propiedad y seguridad, que, como sabemos, son el Código Civil y el Código Penal principalmente.

La libertad, recordemos, estará bajo la responsabilidad de las personas. El estado, gendarme, intervendrá exclusivamente cuando se presenten problemas de abuso entre particulares. La intervención puede ser policial o judicial. La policía prevendrá y ejecutará las sentencias de los jueces. La administración de justicia sólo tendrá competencia para resolver conflictos en la aplicación de las leyes y siempre son conflictos horizontales, entre iguales, entre personas capaces.

La administración pública se encargará exclusivamente de la ejecución de las leyes y, por tanto, de la realización de los principios liberales. Se crearán instituciones que facilitarán el mercado y el comercio, tales como bancos, que se irán complejizando, hasta llegar a las bolsas de valores y a los sistemas financieros internacionales.

La seguridad jurídica de la propiedad requerirá múltiples instituciones, tales como los registros de propiedad, las notarías o fedatarios públicos, los órganos de control y, siempre, como uso de la fuerza en el ámbito interno, la policía.

En el ámbito internacional, el concepto de soberanía, que no admite intromisión externa, requerirá de la presencia de Fuerzas Armadas, como garantes de respeto a las naciones.

IV. Las crisis del liberalismo

Alain Touraine ha sostenido que existen tres olas en el mundo moderno. La una, de carácter político, que es la revolución francesa; la otra, de carácter económico, que fue la revolución socialista; y la última, de carácter cultural, que es la que estamos atravesando³⁹. Las olas se montan sobre las otras y no las eliminan. El liberalismo ha dado tanto a la humanidad que mal podemos estigmatizarla como una revolución burguesa que merece ser destruida, aunque sí superada, corregida y aumentada. Hay conceptos liberales que se han ido adaptando a las luchas de emancipación, como el discurso de los derechos y el de la ciudadanía.

En la revolución socialista, el modelo liberal tuvo su primera crisis. El *optimo iure* burgués compartió el poder con la clase obrera y la campesina. El saber crítico marxista logró generar movimientos de carácter internacional. El sistema liberal-capitalista se basó, según el discurso marxista, en la propiedad de los bienes de producción, en la acumulación de la riqueza y en la explotación de los obreros y campesinos. Se generó conciencia política y se promovió la lucha de clases. La propuesta sin duda fue emancipadora y proponía la transformación de otra clase social no considerada por el Derecho y peor por la institucionalidad. Ante una crisis, ya sabemos, puede haber dos salidas: la reafirmación del sistema que se trata de cambiar, mediante la represión o renovación ideológica, o la transformación. Todo eso sucedió en el siglo XX. La represión se manifestó, por ejemplo, en la famosa persecución de MacCartur a los comunistas norteamericanos⁴⁰, en los conflictos internos en todos los países periféricos; la transformación se dio en Europa con el pacto y la creación de la social democracia y, de forma radical, la revolución, como medio de cambio, se intentó en muchos países periféricos.

La solución a la inconformidad, en la Europa continental, en el régimen liberal se llamó *Welfare State*. El estado de bienestar introdujo importantes innovaciones de carácter social, pero relacionadas directa y exclusivamente con la clase emergente. Las constituciones incluyeron los derechos labora-

39 Véase Touraine, Alain, *Un nouveau paradigme*, Librairie Arthème Fayard, Le livre de poche, 2005.

40 Véase Clooney, George, *Good Night and Good Luck*, 2005.

les, que regularon la seguridad social de las personas que trabajaban en relación de dependencia.

La otra crisis, que se produjo entre 1914-1919 y 1939-1945, tiene que ver con lo que se denominó en la historia occidental como guerras mundiales. Los conceptos de soberanía, ciudadanía, capacidad, sujetos de derechos, estado de derecho, en suma, con los órganos legislativos, ejecutivos y judiciales, no pudieron prevenir, controlar ni reparar la muerte de millones de personas. Nada nuevo en el mundo, por cierto, pero sí nuevo en la cuna del saber occidental de la modernidad, la propia Europa.

Finalmente, una última crisis se produjo por el despertar de las identidades: el movimiento de derechos civiles de los negros en Norteamérica y de los derechos de las mujeres en los años sesenta, el movimiento de los derechos de los indígenas en los años setenta, el movimiento de los GLBT (Gays, Lesbianas, Bisexuales y Transexuales), el movimiento de los derechos de los consumidores y de las personas discapacitadas. Todas las identidades no hegemónicas están en situación de invisibilidad, sumisión o exclusión. El saber dominante y las leyes vigentes a la época son insuficientes y hasta discriminatorias.

Las primeras transformaciones jurídicas se plasmaron en el ámbito constitucional⁴¹ y luego en el ámbito internacional⁴². En lo que Bobbio describiría como el proceso de positivización, generalización e internacionalización, que conduce a la especificación⁴³. Las declaraciones y convenciones internacionales de derechos humanos serán como un escudo potente, al menos en teoría, y de movilización de las personas más débiles frente a los grupos de poder; y, en cuanto a la protección judicial efectiva, en instrumentos bastante débiles y hasta simplemente retóricos. El derecho de los derechos humanos tendrá un desarrollo impresionante, particularmente los derechos que se conocen como civiles y políticos.

Las instituciones, sin embargo, poco cambian. Y los cambios lo hacen de forma lenta y hasta a veces de forma regresiva. En algunos casos, y esto sostendremos en el siguiente acápite, los cambios son funcionales a la

41 Constitución de México, 1917; de Weimar, 1919; de la Unión Soviética, 1917.

42 Instrumentos jurídicos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT, 1919); Instrumentos del sistema de Naciones Unidas (1945) y del sistema de Estados Americanos (1948).

43 Véase Bobbio, Norberto, *El tercero ausente*, Ediciones Cátedra, Madrid, 1997, p.170.

estructura liberal y no han logrado superar un estado protector casi exclusivo de la libertad y de la propiedad.

La crisis no ha sido superada. La crisis es una acumulación de crisis: económicas (la pobreza y la fragilidad macroeconómica del sistema financiero), políticas (más de 70 guerras nacionales e internacionales, democracias no representativas) y culturales (discriminación e intolerancia al extranjero y al diferente). Estas crisis, a diferencia de la revolución francesa y hasta socialista, que tenían un contexto nacional y tanto víctimas como opresores eran determinables, tienen un contexto global y hartamente difuso. Capella denominará a esta época como el tiempo de “barbarie”, en la que “una civilización entra en regresión y pierde algunos de sus rasgos estructurantes al poder afrontar los problemas generados por su propia dinámica y no disponer de instituciones o lógicas sociales adecuadas para ellos”⁴⁴. Urge un nuevo diseño paradigmático.

V. El paradigma constitucional democrático en tiempos de globalización

5.1. El saber

Desde el siglo pasado vivimos la *era de la información*. Los saberes circulan con mayor velocidad y frecuencia. El saber hegemónico sigue imponiéndose a través de los grandes medios de comunicación y las cadenas de entretenimiento. El saber alternativo, a pesar de ello, también ha tenido más posibilidades de ser difundido. El flujo de información ha permitido reaccionar de forma inmediata frente a violaciones de derechos humanos y hasta ha permitido la organización simultánea de protesta⁴⁵.

Ante las crisis, el modelo liberal, con el neoliberalismo, se ha reforzado y persiste en dar un paso atrás. Con este modelo conviven las propuestas para dar un paso hacia adelante, que en este ensayo las englobaremos en el

44 Capella, Juan Ramón, *Entrada en la barbarie*, Trotta, 2007, p.180.

45 Piénsese, por ejemplo, en el mecanismo de acciones urgentes de Amnistía Internacional y en las marchas de los migrantes en varias ciudades de los Estados Unidos, o las convocatorias a los Foros Sociales Mundiales.

paradigma constitucional democrático. Como siempre, los dos caminos existen y parecería que estamos recorriendo el modelo neoliberal con ropaje constitucional.

El modelo neoliberal intenta rescatar y renovar el ideal liberal decimonónico con algunos componentes que, al momento, no eran muy claros, como la democracia. El neoliberalismo, además, ha logrado incluir en el discurso conceptos de carácter emancipador, como los mismos derechos humanos, la participación, el acceso a la justicia y el género. Finalmente, el neoliberalismo, en lo internacional, propone una concepción de estado facilitador y menos rígido en cuanto a la soberanía decimonónica. Revisemos estos elementos.

La propiedad, que se basaba en algo tangible, como la tierra y los bienes de producción, pasa a ser un bien inmaterial, como las inversiones, la propiedad intelectual, las finanzas. Ambas formas de propiedad, tanto material como inmaterial, son la base de la seguridad y del desarrollo humano. Aunque se logra plasmar el concepto de propiedad con función social, este componente será el excepcional. Autores, como Nozick, considerarán que toda función comunitaria y distribuidora del estado será usurpadora y sospechosa. Se propone una renovación de la propiedad privada, en contra de lo público que es fácilmente cuestionable, por medio de las privatizaciones.

La libertad seguirá siendo el discurso más utilizado en la retórica neoliberal. Escritores como Friedman creerán que la mejor forma de estimular la economía es permitiendo la libre iniciativa de las personas. Se dirá que el reto más grande, e incentivo al mismo tiempo, para incrementar la producción es la libre competencia y el acceso a mercados internacionales. En este sentido, el discurso de apertura y el libre comercio estará en la agenda pública internacional. Además, el discurso de la libertad será el que justifique las guerras de agresión bajo el ropaje de la intervención humanitaria.

El discurso neoliberal ha ido adaptándose a los saberes alternativos. El discurso de los derechos humanos ha sido utilizado como la gran característica de las democracias liberales de este siglo; sin embargo, cuando se habla de derechos humanos la comprensión se limitará a los derechos civiles y políticos, y a las obligaciones que tienen carácter negativo (derechos de inmunidad). En el discurso de derechos humanos, además, existirán cláu-

sulas de salvedad, que impondrán la suspensión o restricción de derechos en estados de excepción y por razones de orden público o bien común. En este sentido, se impusieron en los años 60 y 70 restricciones de derechos por la doctrina de la seguridad nacional. Por ejemplo, en Colombia durante la vigencia de la Constitución de 1986, que sería cambiada en 1991, una de las normas más invocadas y que tuvo real aplicación fue la del estado de excepción⁴⁶. Por la teoría del bien común, el Banco Mundial en el año 73 restringirá los derechos humanos a cinco objetivos, que los llamó necesidades básicas, y creará una institucionalidad basada en el consenso de Washington, que promoverá un equilibrio macroeconómico, un gobierno mínimo y eficiente, un sector privado en expansión y políticas destinadas a reducir la pobreza⁴⁷.

La participación social y el género también fueron discursos incorporados a la teoría neoliberal. En la participación social, dentro de las prioridades determinadas por agencias internacionales, los beneficiarios podrán “escoger” entre las opciones presentadas. La participación legitimará la intervención externa y por medio de un discurso que se conoció como “desarrollo”. De igual modo, el género como concepto se adoptó, aunque de manera formal, para legitimar formas renovadas de autoritarismo patriarcal.

Finalmente, la democracia será un concepto potente de legitimación del poder. Fukuyama es famoso en *el Fin de la historia y el último hombre*, por sostener, al caer el muro de Berlín y el socialismo como modelo de gobierno, que la democracia liberal es la máxima expresión del proceso civilizatorio de la humanidad, aunque en un libro posterior sostendría que la historia no se detendrá mientras la ciencia siga avanzando⁴⁸. La democracia se basa en la división de poderes, en las elecciones libres, en la representación y en los procesos de deliberación.

46 García Villegas, Mauricio, “Constitucionalismo perverso, normalidad y anormalidad constitucional en Colombia: 1957-1997”, en Santos, Boaventura De Sousa y García Villegas, Mauricio, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Tomo I, Panamerica Formas, 1ra. reimpresión, Bogotá, 2004, pp. 317-369.

47 Burgos, Germán, “¿De qué Estado de derecho nos habla el Banco Mundial?”, en *La mano visible del mercado, derecho y economía*, ILSA, Bogotá, 2000, p.55.

48 Véase Fukuyama, Francis, *Our posthuman future, consequences of the biotechnology revolution*, Picador, 2003.

El modelo constitucional democrático es una evolución del modelo liberal. Los avances del modelo liberal son parte integral del modelo constitucional democrático. Pero éste avanza sustancialmente en algunos aspectos: la libertad y los derechos se entienden de forma integral, se agregan otros principios: la dignidad, la igualdad sin discriminación, la solidaridad y la democracia sustancial.

La libertad se entiende desde la perspectiva también positiva. Amartya Sen en su *Libertad como compromiso social* desarrolla la idea propuesta por Berlín (y que parecía sospechosa) y le agrega la dimensión prestacional de la libertad⁴⁹. Desde la doctrina de los derechos sociales –ahora parece obvio– para ejercer la libertad hay que tener las condiciones que faciliten su ejercicio. Sólo podemos ser genuinamente libres si disponemos de información, alimentación, salud, educación. Es decir, el Estado no sólo deberá abstenerse de intervenir arbitrariamente en el ejercicio de la libertad de las personas particulares, sino también deberá realizar acciones deliberadas para que efectivamente se pueda ejercer la libertad.

La igualdad dejará de ser simplemente formal. En el régimen liberal todos somos iguales ante la ley, a los iguales hay que tratarlos como iguales y a los diferentes como diferentes (el famoso *equal but separate* del constitucionalismo norteamericano antes del caso Brown contra el *Board of Education*). En el régimen constitucional, la diferencia tendrá también importancia. En la clásica fórmula de Santos, todos tenemos derecho a ser iguales cuando la diferencia oprime, y derecho a ser diferentes cuando la igualdad descaracteriza. Entonces, estamos en una concepción de la igualdad sustancial⁵⁰.

La dignidad entendida como la necesidad de que todas las personas sean consideradas y respetadas, y la proscripción de la instrumentalización del ser humano. La célebre fórmula kantiana de que nadie debe ser un

49 Véase Sen, Amartya, *La libertad individual como compromiso social*, Ediciones Abya Yala, Ecuador, 1999, pp. 33-55.

50 Véase Santos, Boaventura De Sousa, *La caída del angelus novus: ensayos para una nueva teoría social*, ILSA, Bogotá, 2003, p. 164.

51 Véase Immanuel, Kant, “The doctrine of virtue”, en *Metaphysics of morals*, citado por Steiner Henry y Philip Alston, *International Human Rights in context, Law Politics and Morals*, Oxford University Press, Second Edition, 2000, pp. 261-263.

medio para que otros cumplan sus fines salvo que sea medio y fin al mismo tiempo⁵¹, ha provocado que, a nivel jurídico, como describe Alexy, el artículo uno de la Ley Fundamental Alemana que proclama que el Estado tiene como fin realizar la dignidad, tenga más de 94 volúmenes de sentencias del Tribunal Constitucional Federal⁵².

El principio de solidaridad es la fuente de las obligaciones. En sociedades complejas, la solidaridad es un principio que ayuda a cumplir las dimensiones prestacionales de la libertad, la igualdad sin discriminación por medio de las acciones afirmativas y hacer efectiva la dignidad. Kant derivaba su fórmula en lo que él llamaba el deber de beneficencia, que es su equivalente, y mediante el cual tengo un deber frente a las personas que necesitan para luego tener autoridad moral cuando yo lo necesite⁵³. Por el principio de solidaridad, tiene sentido imponer labores de cuidado a los hombres, tributos en función de la capacidad contributiva, prestación de servicios sociales y hasta servicio militar obligatorio.

Finalmente, en esta breve descripción de características que no son excluyentes de otras, tenemos que mencionar a la democracia sustancial, como lo ha caracterizado Ferrajoli⁵⁴. La democracia no sólo es procedimental, y debe presumir que las mayorías piensan en el bienestar de todas las personas. La democracia también es sustancial: importa el contenido y el objeto del debate, y éste tiene límites, que no son otros que los derechos humanos. De lo sustancial se deriva el control de la constitucionalidad que hacen los jueces constitucionales en los casos que conocen, y el control que hacen las cortes constitucionales de las leyes, que tienen efectos generales. Una ley puede ser vigente, por seguir el trámite formal, pero inválida por no corresponder a la parte dogmática de la Constitución.

A pesar de estos avances, hay que admitir que existe un déficit de reflexión sobre el contenido y el alcance de derechos que no tienen relación con los civiles y políticos liberales. Los derechos sociales en los últimos años han provocado niveles de reflexión importantes aunque no lo suficientes para

52 Véase Alexy, Robert, "Derechos fundamentales y estado constitucional democrático", en Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, p. 45.

53 Véase Immanuel, Kant, *op. cit.*, p. 263.

54 Véase Ferrajoli, Luigi, "Derechos Fundamentales", en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Editorial Trotta, España, 2001, pp. 19-24.

que sean estudiados y comprendidos por grandes públicos. De igual modo, el saber indígena todavía sigue siendo marginal y no es motivo de debates serios en espacios no indígenas.

5.2. Las normas

El desarrollo normativo neoliberal y constitucional democrático, en ciertos niveles, ha sido enorme. El neoliberalismo ha producido un nivel considerable de detalle sobre la regulación de la propiedad, la inversión, las finanzas y la competencia, tanto en lo nacional como en lo internacional.

El constitucionalismo también logrará desarrollar normas en el ámbito constitucional y en el ámbito de derecho internacional de los derechos humanos. Todas las constituciones de Latinoamérica tendrán un listado amplio de derechos, algunas reconociendo incluso a los derechos sociales como derechos fundamentales y de cumplimiento inmediato. A escala internacional, en 1948, se expedirá la Declaración Universal de Derechos Humanos, el mismo año la Convención contra el Genocidio; en 1949 se actualizarán las normas del Derecho Internacional Humanitario que pretenderán humanizar los conflictos armados; en 1953 se expedirá la Convención Europea de Derechos Humanos, y así sucesivamente, no cesarán de desarrollarse ni de innovarse las listas de derechos. De igual modo, se emitirán resoluciones y declaraciones frutos de eventos globales temáticos sobre derechos humanos. Sin embargo, estas normas seguirán siendo harto ambiguas, particularmente las que tratan sobre derechos sociales, y no se desarrollarán de forma consistente en el ámbito legislativo.

Si una persona analiza el sistema jurídico de su país, podrá encontrar que las normas existentes tienen relación con la propiedad y la autonomía de la voluntad en diversas esferas y ámbitos. Las normas relacionadas con derechos humanos estarán meramente en la constitución y en algunas normas secundarias. La explicación de este fenómeno lo encontramos sin duda en la cultura jurídica. La enseñanza de los derechos humanos será excepcional en las facultades y, en las que la tienen, será marginal. La cultura jurídica es positivista, conservadora y civilista.

Positivista porque la teoría jurídica se basa en la validez formal de la norma, en la concepción de un sistema jurídico completo y en la interpre-

tación basada en la exégesis de las normas⁵⁵. Conservadora porque rinde tributo a la historia y a la voluntad mítica de un legislador ancestral. Civilista porque la columna vertebral del estudio del derecho es el Código Civil que, como hemos afirmado, tiene como objeto de estudio la autonomía de la voluntad y la propiedad privada.

La cultura jurídica, reproducida principalmente por las facultades de derecho, forma abogados y abogadas que se ubican en la legislatura y en la judicatura, que no pueden hacer otras cosas que leyes de carácter liberal y neoliberal. Muchos de los mejores abogados y abogadas son cooptados por los estudios jurídicos, que con eficacia lograrán llevar a dimensiones internacionales el conocimiento civilista. El derecho de la propiedad no sólo no permite un paso atrás, sino que se perfecciona⁵⁶. El saber jurídico alternativo, en cambio, no tendrá espacios y sus gestores serán excepcionales y poco conocidos.

Uno de los avances sustanciales del constitucionalismo, en relación con la producción de normas, será la ruptura de la concepción de que las leyes son las únicas fuentes del derecho. La sociedad, el estado y las normas serán plurales. La ley dejará de ser “la reina” de las fuentes y pasará a ser una fuente más, que compite con normas como las que emanan del derecho indígena y con las que producen las cortes constitucionales y las cortes internacionales.

El constitucionalismo democrático ha logrado fundir en la Constitución dos escuelas antes irreconciliables: el iusnaturalismo y el positivismo, en una especie de eclecticismo teórico⁵⁷. Una norma que establece un derecho humano en la Constitución es una norma positiva. Pero, por el enunciado hartamente general y ambiguo, requiere de interpretación moral. Por

55 Véase Rodríguez, César, “Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces”, en *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Ediciones Uniandes, Bogotá, 1990, p. 17.

56 Hace algunos días, un miembro de la comisión de reforma a las leyes, organizada como encargo en el Consejo Nacional de Educación Superior (CONESUP), comentaba la dificultad para conformar un grupo de trabajo para reformar el Código Civil. La razón —explicaba— era que todos los juristas consultados creían que el Código Civil es intocable.

57 Véase Sastre Ariza, Santiago, “La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo”, en Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, p. 246.

ejemplo, la dignidad y la prohibición de trato degradante. La consecuencia de esta constatación es que el legislador o constituyente creará una norma que para ser aplicada deberá ser interpretada. La interpretación desarrollará el contenido del principio y se convertirá, para casos análogos, en precedente general y obligatorio; o sea, las sentencias de la corte constitucional son fuente del derecho.

El fenómeno de la jurisprudencia constitucional como fuente de normas es nuevo en Latinoamérica. La creación de Cortes Constitucionales que aplican las normas que contienen derechos humanos y que crean precedentes comienza a partir los años noventa. En Colombia, a partir de 1991, la Corte Constitucional ha producido 16 979 sentencias sobre violaciones a derechos humanos (a 2007)⁵⁸. Ecuador, a partir de 1996, aunque de manera tímida, también ha producido centenares de sentencias. Los primeros tribunales constitucionales surgen en Europa en los años cuarenta y son de postguerra, no tienen más de cincuenta años, y en Latinoamérica menos de veinte. Este fenómeno, comparado con el desarrollo del derecho civil, que lo remontan sus estudiosos a la época de Justiniano (482 - 565) en Roma hace más de quince siglos, es evidentemente nuevo.

Necesitamos normas que no se basen exclusivamente en la propiedad y para ello necesitamos juristas que tengan la capacidad de hacerlo. De este modo, cambiaría el Derecho y, consecuentemente, la institucionalidad.

5.3. Los órganos

En la lógica que estamos siguiendo, si hay saber, hay normas, y si hay normas, hay órganos. Hemos intentado demostrar que, en lo relativo al derecho social y público, que es la esfera innovadora de la universalidad de los derechos humanos, hay saberes incompletos, hay normas deficitarias y, consecuentemente, hay órganos inadecuados.

El estado sigue teniendo una estructura liberal. El poder administrativo o ejecutivo ha desarrollado y privilegiado órganos que tienen que ver con el manejo macroeconómico del estado para estabilizar la economía de socie-

⁵⁸ Corte Constitucional de Colombia, Internet, www.constitucional.gov.co/corte/, Acceso: 11 julio 2008.

dades inequitativas y excluyentes. Si comparamos los presupuestos de los ministerios, y con ello apreciamos la voluntad política de un estado, entre las carteras o ministerios que se dedican a lo financiero y las que se dedican a lo social, encontraremos que las primeras tienen más recursos humanos, mejor sueldo y mayores montos para el cumplimiento de objetivos que los segundos. Otro ejemplo; si comparamos el rol de las representaciones internacionales y la estructura de los ministerios de Relaciones Exteriores, encontraremos que las embajadas y los consulados privilegian los contactos y el trato preferente a los empresarios más que a los migrantes; importará más promover al país desde la consideración de ser un país digno a invertir, que un país que se esfuerza por promover y proteger la dignidad de las personas.

Para poner un ejemplo menos especulativo; en una investigación realizada por la Universidad Andina Simón Bolívar (sede Quito) sobre la estructura de los jueces y sus competencias, se determinó que del 100 por ciento del tiempo que un juez civil dedica a resolver, 97 por ciento tiene que ver con la aplicación del Código Civil y apenas un 3 por ciento sobre los derechos de las personas reconocidos en la Constitución. Del total de jueces de primera instancia, que son 678, sólo el 21 por ciento de ellos se dedica a la Constitución, de manera marginal y excepcional⁵⁹.

El aparato que protege la propiedad y las libertades es inmenso y caro⁶⁰. Sólo enumeremos la estructura institucional: cuando usted tiene un bien inmueble, como un departamento o un pedazo de tierra, los linderos están en un registro de la propiedad, tiene un municipio que le presta servicios, tiene un juez de lo civil que le va otorgar derechos, tiene una policía que va a evitar que los sustraigan o eficazmente le va a desalojar, tiene notarías que van a certificar la titularidad de la tierra y garantizarán la promesa de venta o cualquier otra transacción, tiene bancos que le van a aceptar su pedazo de tierra como garantía; ahora pensemos que usted es un empresario exitoso, tendrá una superintendencia de compañías, un centro de propiedad intelectual para registrar sus productos, una cámara de comercio para defender los

59 Avila Santamaría, Ramiro, *op. cit.* pp. 359-400.

60 El libro que mejor describe el costo de los derechos civiles es el escrito por Stephen Holmes y Cass R. Sunstein, *The cost of rights, why liberty depends on taxes*, Norton, 2000.

intereses gremiales, habrá una bolsa de valores para comerciar con sus acciones, existirán superintendencias de bancos para que usted se sienta seguro del depósito de su dinero y, por supuesto, los mismos jueces civiles le garantizarán el cumplimiento de los contratos.

Si usted hace transacciones a escala global, también encontrará organizaciones harto poderosas que facilitarán sus actividades. El Banco Mundial promoverá un acuerdo global (Consenso de Washington), en el que incluirá una agenda privatizadora y una reforma integral a la justicia para dar seguridad a la inversión extranjera. Como la justicia no es confiable, particularmente la de los países periféricos, se creará un mecanismo de confianza que es el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI); de igual modo, siempre pensando que usted es un empresario exitoso, que seguramente ha invertido en las campañas electorales de sus presidentes, el estado, a través de sus relaciones diplomáticas, garantizará sus inversiones y facilitará el acceso de sus productos a otros mercados, si es que no le ofrece un ministerio o exenciones fiscales. Finalmente, el recurso de la guerra, como mecanismo de protección de intereses económicos, ha sido utilizado en las últimas guerras tanto nacionales como internacionales. No es casual que donde hay guerra, hay disputa de recursos naturales. Por ejemplo, la agresión a Irak tiene que ver con el control del petróleo, la guerra en Afganistán por el gas, en Colombia hay guerra en zonas de petróleo, de producción de drogas y bosques. Las guerras son provocadas, además, por la gran industria armamentista, que está a la punta en tecnología e investigación científica⁶¹.

El Constitucionalismo también tiene sus órganos. Desde los años noventa, a escala nacional, por todo el mundo occidental, pulularán las Defensorías de los Pueblos, que pocos años más tarde se burocratizarán y tendrán un funcionamiento deficiente; se crearán garantías judiciales a cargo de los jueces civiles, que tendrán un carácter residual (sólo si el sistema ordinario y civil no funcione) o cautelar (sólo cuando las violaciones a derechos humanos son graves y urgentes); en último instancia, se crearán Cortes Constitucionales que competirán con la justicia ordinaria, que

61 La relación entre guerra y políticas energéticas, derecho y democracia, se puede encontrar en Linda Bimbi, *No en mi nombre, Guerra y Derecho*, Trotta, 2003.

seguirá llamándose suprema; en los últimos años se crearán defensorías públicas particularmente para la defensa penal de los procesados. A la organicidad liberal, se añadirán instituciones que pretenderán paliar las violaciones sistemáticas y generalizadas de los derechos humanos, particularmente los sociales. No conocemos un solo país que haya hecho una transformación estructural en donde las instituciones respondan a la universalidad de los derechos. El esquema liberal seguirá siendo la matriz.

En el ámbito internacional, las Naciones Unidas (ONU) será el órgano que se estrena con la postguerra y que no ha dejado de funcionar, pero que adolecerá, desde la perspectiva de los derechos humanos, de “tener una estructura radicalmente imperfecta. Tal como lo conocemos, dicha sociedad [ONU] puede asemejarse a un edificio defectuoso que hunde sus cimientos en el derecho [...] el conjunto es un entramado inestable y falto de solidez, que carece de remaches de autoridad”⁶². La ONU no tendrá un mecanismo democrático de representación y de toma de decisiones, por el poder de veto de los cinco países vencedores de la Segunda Guerra Mundial; no tendrá una corte de justicia con jurisdicción obligatoria y que conozca demandas de individuos por violaciones a los derechos humanos; los órganos de protección de derechos humanos tendrán competencia cuasi contenciosa y los países podrán no aceptarla; no existirá un mecanismo para controlar la fuerza y, de hecho, sus resoluciones no son coercibles; la Corte Penal Internacional, que a primera vista será un triunfo para los derechos humanos, no será otra cosa que justicia de vencedores y focalizada en países periféricos; el ejemplo del fracaso fue el intento de judicializar el bombardeo a población civil provocada por la Organización del Tratado del Atlántico Norte en Kosovo, que reprodujo la impunidad de los bombardeos de los aliados en Berlín, en Nagasaki, en Hiroshima; el financiamiento, y por tanto el condicionamiento, de los organismos internacionales depende de la voluntad de los países hegemónicos⁶³.

62 Waltzer, Michael, *Guerras justas e injustas, un razonamiento moral con ejemplos históricos*, Ediciones Paidós Ibérica S.A., Madrid, 2001, p. 98.

63 Véase Zolo, Danilo, *op. cit.*

VI. Retos

En este panorama brevemente descrito, parecería que el balance es desalentador. Sin embargo, como sugiere Nino⁶⁴, cuando trata sobre la brecha entre el saber y las promesas de las normas de derechos humanos y la realidad, nos volvemos insensibles y hasta cínicos, y hacemos como que nada pasa; o realmente ponemos las normas de derechos humanos en acción y alteramos la realidad. “Llevamos ya mucho retraso respecto de las grandes aspiraciones [...] tratemos no de aumentarlo con nuestra desconfianza, nuestra indolencia o nuestro escepticismo. No hay tiempo que perder”⁶⁵.

Éticamente parecería que no tenemos otra opción que alterar la situación en la que nos encontramos. En la matriz que hemos utilizado, los retos serían los siguientes:

En cuanto al **saber**, tenemos la tarea, como siempre ha predicado el profesor Arturo Roig, de hacer un ejercicio de pensar fuerte o por lo menos con esas pretensiones⁶⁶. No basta pensar, hay que pensar y fuerte. En la vida tenemos dos posibilidades (siempre dualistas, y eso también es un “pero” desde el género): somos reproductores o creadores de roles. Creo que históricamente hemos sido productores de roles. La academia repite y reproduce el pensamiento hegemónico. Roig reconoce que el pensamiento latinoamericano se ha planteado de modo constante la quiebra de totalidades opresivas y aclara que “por cierto no estamos hablando del saber universitario, el que se ha caracterizado más por la repetición e imitación del saber europeo, que por lo creativo [...] la originalidad no fue expresamente buscada, sino que fue fruto del encuentro con lo único que nos hace originales, la realidad”⁶⁷. En este último sentido, pensamos. Cuando Roig sugiere pensar fuerte significa que tenemos que conocer sobre lo hecho y dicho, pero tene-

64 Véase Nino, Carlos Santiago, “La relevancia de los derechos morales para la teoría y práctica jurídica”, en *Ética y derechos humanos*, Editorial Astrea, 2da. Edición, Argentina, 2005, pp. 20-25.

65 Bobbio, Norberto, *El tercero ausente*, Ediciones Cátedra, Madrid, 1997, p. 173.

66 Roig, Arturo Andrés, *Ética del poder y moralidad de la protesta, la moral latinoamericana de la emergencia*, Quito, Corporación Editora Nacional y UASB-Ecuador, Colección Temas, Volumen 10, p. 54

67 Roig, Arturo Andrés, *op. cit.*, p. 56.

mos que ir más allá⁶⁸. En lo indígena, por ejemplo, el pensamiento existe pero es incomprendible desde la lógica hegemónica. El pensamiento fuerte además debe ser crítico. “El discurso crítico debe situarse desde su contexto real, desde las prácticas de los agentes históricos y desde el mismo filósofo como agente de una práctica particular”⁶⁹.

En relación con los **derechos** nos movemos, a veces sin darnos cuenta, entre el discurso regulador y el discurso emancipador. Los derechos humanos “simbolizan la más alta conciencia emancipadora. Sin embargo, cualquier análisis superficial de los derechos humanos mostrará sin duda que fueron puestos al servicio de las necesidades reguladoras del Estado”⁷⁰. Por eso, Santos sugiere siempre hacer un ejercicio de ser críticos y autocríticos con nosotros mismos. El paradigma racista, conservador y positivista nos traiciona y con harta frecuencia. Los desafíos que tenemos nos plantean que no debemos ni dirigir ni servir. “En vez de distancia crítica, proximidad crítica. En vez de compromiso orgánico, involucramiento libre. En vez de serenidad autocomplaciente, capacidad de asombro y revolución”⁷¹. Críticos, desde la comprensión de Santos, y en esto coincide con Dussel, significa que tenemos que partir con y para los oprimidos y alterar su realidad.

Los derechos son muchos y no conviene seguir reconociéndolos, sugieren pensadores liberales, porque el costo de la “inflación de derechos” puede ser el desencanto y la imposibilidad de su protección⁷². Un llamado a la no innovación y a dejar las cosas como están, que nos parece que desvía la atención sobre la problemática de los derechos. Por otro lado, la cuestión no está en los derechos sino en las garantías, como siempre lo sostuvo Bobbio,

68 Algo así como sucede a los compositores de música –perdón por la comparación y por la distancia– si escuchamos la primera y la segunda sinfonía de Beethoven, veremos la influencia directa de Haydn y podríamos decir que Beethoven es un reproductor de roles, pero si escuchamos la sinfonía heroica hasta la sinfonía novena, no podríamos dudar que Beethoven es original y, por tanto, creador de saberes. Nos hace falta crear pensamiento.

69 Dussell, Enrique, *op. cit.*, p. 464.

70 Santos, Boaventura De Sousa, *La globalización del derecho, los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Universidad Nacional de Colombia-ILSA, Bogotá, 2da. Reimpresión, 2002, pp. 211-212.

71 Santos, Boaventura De Sousa, *De la mano de Alicia, lo social y lo político en la postmodernidad*, Ediciones Uniandes-Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2006, p. 16.

72 Ignatieff, Michael, *op. cit.*, p. 90.

cuando consideraba que la importancia de los derechos no está en la fundamentación sino en su garantía: “el problema de fondo relativo a los derechos del hombre es hoy no tanto el de justificarlos, como el de protegerlos. Es un problema no filosófico, sino político”⁷³. En el plano de la protección o garantía, su inexistencia o imperfección de modo alguno invalida la existencia del derecho —como sostenía Kelsen—, sino que demanda de parte de quienes piensan y crean derecho la necesidad de satisfacer los requerimientos de los derechos violados: “la ausencia de garantías debe ser considerada como una indebida laguna que los poderes públicos internos e internacionales tienen la obligación de colmar”⁷⁴. En otras palabras, el hecho de que los derechos no tengan garantías significa que el Derecho es el que tiene el problema y no los derechos humanos. Quienes hacemos Derecho estamos en deuda por no pensar en el contenido de los derechos ni en la eficacia de las garantías.

Finalmente, en cuanto a los **órganos**, parecería que el estado es una forma de organización política de la que no podemos separarnos. Todos los esfuerzos autoreguladores siempre han fracasado; parecería que el egoísmo, como parte del individualismo recalcitrante, es parte constitutiva de la mayoría de las personas. El estado, para garantizar los derechos sociales y la democracia constitucional, tiene que ser fuerte, tan fuerte para poder ser, al interno, un agente distribuidor de riqueza y generador de capacidades para que todas las personas y los pueblos puedan ejercer los derechos; al externo, tiene que ser tan fuerte para que pueda tener voz y pueda ser un interlocutor válido. El estado sin duda tiene una fuerte estructura liberal y ni siquiera compite con una propuesta de institucionalidad social que ni siquiera existe. La mayoría de gente requiere un estado solidario, democrático, participativo, transparente, responsable y todas esas palabras que constan en las constituciones y que sólo pueden ser efectivas si la sociedad civil y los movimientos sociales se organizan y lo controlan.

El saber, el Derecho y la institucionalidad alternativa podría llamarse plurinacionalidad. De esto, como paradigma en construcción, podemos

73 Bobbio, Norberto, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Gedisa Editorial, Barcelona, 2000, p. 128.

74 Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías, la ley de más débil*, Trotta, Madrid, 3ra. Edición, 2002, p. 63.

encontrar, en esta misma obra, en el ensayo de Raúl Llasag, “La plurinacionalidad: una propuesta constitucional emancipadora”, da pistas para su comprensión.

VII. Bibliografía

- Alexy, Robert, “Derechos fundamentales y estado constitucional democrático”, en Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003.
- Anitua, Gabriel Ignacio, *Historias de los pensamientos criminológicos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1ra. reimpresión, 2006.
- Avila Santamaría, Ramiro, “El amparo constitucional: entre el diseño liberal y la práctica formal”, en *Un cambio ineludible: la Corte Constitucional*, Tribunal Constitucional, Quito, 2008.
- Badinter, Elisabeth, “El enigma masculino (la gran X)”, en *XY la identidad masculina*, Editorial Norma.
- Berlín, Isaiah, *Dos conceptos de libertad y otros escritos*, El libro de bolsillo Filosofía Alianza Editorial, España, 2001.
- Bimbi, Linda, *No en mi nombre, Guerra y Derecho*, Madrid, Editorial Trotta, 2003.
- Bobbio, Norberto, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Gedisa Editorial, Barcelona, 2000.
- , *El tercero ausente*, Ediciones Cátedra, Madrid, 1997.
- Burgos, Germán, “¿De qué Estado de derecho nos habla el Banco Mundial?”, en *La mano visible del mercado, derecho y economía*, ILSA, Bogotá, 2000.
- Santos, Boaventura De Sousa, *De la mano de Alicia, lo social y lo político en la postmodernidad*, Ediciones Uniandes-Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2006.
- , *La caída del Angelus Novus: ensayos para una nueva teoría social*, ILSA, Bogotá, 2003.
- , *La globalización del derecho, los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Universidad Nacional de Colombia-ILSA, Bogotá, 2da. Reimpresión, 2002.

- Dussel, Enrique, *Política de la liberación, historia mundial y crítica*, Editorial Trotta, Madrid, 2007.
- Facio, Alda, “Metodología para el análisis de género del fenómeno legal”, en Alda Facio y Lorena Fries, *Género y Derecho*, México, American University, 2002.
- Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías, la ley de más débil*, Trotta, Madrid, 3ra Edición, 2002.
- , “Derechos Fundamentales”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Editorial Trotta, España, 2001.
- Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales, apuntes de historia de las constituciones*, Trotta, Madrid, 5ta. edición, 2007.
- Foucault, Michael, *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, Segunda edición corregida, Barcelona, 2003.
- , *The History of Sexuality, An introduction, Volume I*, Vintage Books Edition, New York, 1990.
- , *Surveiller et punir*, Gallimard, 2005 (1975).
- Freire, Paulo, “La teoría de la acción dialógica y sus características”, en *Pedagogía del oprimido*, Siglo XXI, 53 ed, México, 2000.
- Fukuyama, Francis, *Our posthuman future, consequences of the biotechnology revolution*, Picador, 2003.
- García Canclini, Néstor, *Latinoamericanos buscando lugar en este siglo*, Paidós Estado y Sociedad 105, Buenos Aires, 2002.
- García Villegas, Mauricio, “Constitucionalismo perverso, normalidad y anormalidad constitucional en Colombia: 1957-1997”, en Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Tomo I, Panamerica Formas, 1ra. reimpresión, Bogotá, 2004.
- Holmes Stephen y Sustain Cass R., *The cost of rights, why liberty depends on taxes*, Norton, 2000.
- Ignatieff, Michael, *Human Rights as politics and idolatry*, Princeton University Press, 2001.
- López Medina, Diego Eduardo, *Teoría impura del Derecho, la transformación de la cultura jurídica latinoamericana* Bogotá, Legis, 3ra. reimpresión, 2005.
- Nino, Carlos Santiago, “La relevancia de los derechos morales para la teo-

- ría y práctica jurídica”, en *Ética y derechos humanos*, Editorial Astrea, 2da. Edición, Argentina, 2005.
- Nozick, Robert, *Anarchy, State, and Utopia*, Basic Books, USA, 1974.
- Ramón Capella, Juan, *Fruta prohibida, una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y el estado*, Trotta, 3ra. edición, Madrid, 2001.
- , Juan, *Entrada en la barbarie*, Madrid, Trotta, 2007.
- Rodríguez César, “Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces”, en *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Ediciones Uniandes, Bogotá, 1990.
- Roig, Arturo Andrés, *Ética del poder y moralidad de la protesta, la moral latinoamericana de la emergencia*, Quito Corporación Editora Nacional y UASB-Ecuador, Colección Temas, Volumen 10.
- , “La dignidad humana y la moral de la emergencia en América Latina”, en *Ética del poder y moralidad de la protesta, la moral latinoamericana de la emergencia*”, Corporación Editora Nacional-Universidad Andina Simón Bolívar, Colección Temas, Vol. 10, 2002.
- Rousseau, Jean-Jaques, *El contrato social*, Panamerica Editorial, Bogotá, 1996.
- Sastre, Ariza Santiago, “La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo” en Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003.
- Sen, Amartya, *La libertad individual como compromiso social*, Ediciones Abya Yala, Ecuador, 1999.
- Steiner Henry y Alston Philip, *International Human Right in context, Law Politics and Morals*, Oxford University Press, Second Edition, 2000.
- Touraine, Alain, *Un nouveau paradigme*, Librairie Arthème Fayard, Le livre de poche, 2005.
- Waltzer, Michael, *Guerras justas e injustas, un razonamiento moral con ejemplos históricos*, Ediciones Paidós Ibérica S.A., Madrid, 2001.
- Zolo, Danilo, *La justicia de los vencedores, de Nuremberg a Bagdad*, Editorial Trotta, Madrid, 2006.

Internet

- Educyt, “10/05/1933 - Grupos nazis queman en Berlín libros considerados subversivos”, Año 6, No. 224, 3ra. sección, 9 mayo 2003, Internet,

<http://web.fcen.uba.ar/prensa/educyt/2003/ed224c.htm>, Acceso: 2 julio 2008.

Wikipedia, Jean-Jaques Rousseau, Internet, <http://es.wikipedia.org/wiki/Rousseau>, Acceso: mayo 2008.

———, Charles- Louis de Montesquieu, Internet, http://es.wikipedia.org/wiki/Charles-Louis_de_Montesquieu, Acceso: mayo 2008.

Instrumentos legales

Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, 1789.

Las garantías de los derechos *¿invención o reconstrucción?*

Carolina Silva Portero

Sumario

I. Introducción. II. Aproximación a la garantía. 2.1. Relación entre derecho y garantía. 2.2. La garantía y el paradigma constitucional. 2.3. Elementos para una definición. III. Clasificación. 3.1. Garantías Normativas. 3.2. Garantías Jurisdiccionales. 3.2.1. Acción popular. 3.2.2. Acción cautelar y de fondo. 3.2.3. Reparación integral. 3.3. Garantías de Política Pública. 3.3.1. Revisión de las políticas públicas en educación. 3.3.2. Revisión de las políticas públicas del sistema carcelario. 3.3.3. Revisión de las políticas públicas para las personas desplazadas. IV. Conclusiones: ¿invención o reconstrucción? V. Bibliografía.

I. Introducción

Muchas veces pensar en los *derechos humanos* es soñar con un mundo perfecto. Es situarnos quizás, en el laberinto borgiano de *Ts'ui Pên*¹ —en el cual no se bifurca el espacio, sino el tiempo para que la realidad adquiera distin-

1 Borges, Jorge Luis, “El jardín de los senderos que se bifurcan”, en *Ficciones*, Editorial Oveja Negra, Buenos Aires, 1984, p. 84.

tas dimensiones— y allí, intentar escapar del presente recorriendo otros futuros, presintiendo la llegada a ese mundo sin hambre, sin explotación, sin analfabetismo, y sin discriminación, o la imagen de seres humanos libres. Pero pensar en los derechos, desde el laberinto del tiempo, es también mirar la historia y darnos cuenta de como la búsqueda por superar la opresión ha sido, desde distintas perspectivas y en diferentes momentos, una búsqueda incesante llena de avances y retrocesos, de encuentros y desencuentros, de largos caminos recorridos y la existencia de otros no explorados.

Entonces, la lucha por la protección de los derechos humanos nos sitúa siempre frente a nuevas encrucijadas. Lo que en su momento fue una conquista ahora es insuficiente². La búsqueda laberíntica continúa. ¿Cómo enfrentar fenómenos, como el calentamiento global, la migración, el terrorismo o la corrupción, que sin ser nuevos se han vuelto cada vez más complejos de tal modo que amenazan a la vigencia de los derechos humanos? ¿Cuál es el camino para que los derechos humanos realmente se conviertan en el centro de la actividad estatal?

En este laberinto, el Ecuador se encuentra ahora a punto de dar el gran paso de una nueva Constitución guiado por el paradigma de los derechos humanos, “el Gobierno ecuatoriano tiene la voluntad política de dotar a los derechos humanos de una dimensión preponderante, de manera que su promoción constituya un eje transversal en todas las políticas sociales y de desarrollo del país”³. Frente a esto, sin duda surge la eterna pregunta: ¿cómo hacer efectivos los derechos humanos? Desde esta perspectiva, en este ensayo nos proponemos demostrar que las garantías de los derechos son un elemento clave en el nuevo paradigma en el cual nuestra nueva Constitución pretende inscribirse.

Garantista es un calificativo que ha adoptado el discurso jurídico que

- 2 El reconocimiento constitucional de los derechos sociales, por ejemplo, fue una conquista del constitucionalismo en su momento. Sin embargo, a este logro le sigue una larga lucha entre quienes defienden la tesis de la exigibilidad judicial de los derechos sociales y quienes los perpetúan a simples declaraciones programáticas de bienestar social. Para una lectura crítica de las tesis de los derechos sociales como simples principios rectores o como derechos no justiciables, véase Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías, elementos para una reconstrucción*, Editorial Trotta, Madrid, 2007.
- 3 Consejo de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, *Informe del Estado ecuatoriano al Examen Periódico Universal de Derechos Humanos, A/HRC/WG.6/1/ECU/1*, 2008, párrafo 12, Internet, http://www.mmree.gov.ec/mre/documentos/pol_internacional/multilatera/derechos_humanos/informe_ecu_epu.pdf, Acceso: 15 julio 2008.

subyace a la estructura de los Estados constitucionales modernos, para proclamar una estructura que “protege derechos fundamentales”. La garantía, por tanto, está asociada con la utilización de neologismos como *garantismo*, o con frases comunes como *garantías constitucionales*. De esta forma, el concepto de *garantía*, desde su apareamiento en los modernos textos constitucionales, ha pasado a constituir un elemento indefectible en toda reflexión teórica que pretende revelar la naturaleza y la configuración del Estado constitucional de derecho. El rol que supone la garantía implica un desafío central al paradigma constitucional, entendido como sistema de vínculos y controles a los poderes públicos y privados en defensa de los derechos fundamentales de las personas⁴. Esto nos lleva a preguntarnos ¿qué es la garantía? y ¿cuál es su rol en el Estado constitucional de derecho?

Para comprender todo esto, abordaremos tres cuestiones relacionadas con la garantía⁵. Como punto de partida, presentaremos una aproximación al concepto de garantía, contextualizada en el constitucionalismo y en el garantismo como paradigma teórico. Luego, estableceremos cuál es la función de la garantía articulada en una lectura de sus elementos, para finalmente, sobre la base de lo anterior, indagar en las distintas clasificaciones que se pueden hacer de la garantía.

II. Aproximación a la garantía

Al invocar el término *garantía*, desde un punto de vista jurídico, dicha expresión está siempre vinculada con la idea de *protección*. Así por ejemplo,

4 Este desafío consiste, como sostiene Luigi Ferrajoli, en que si bien el constitucionalismo generó un cambio en la cultura jurídica, aún estamos lejos de haber elaborado y asegurado sus técnicas de garantía. Véase Ferrajoli, Luigi, “Sobre los derechos fundamentales”, en Carbonell, Miguel (editor), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Editorial Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Madrid, 2007, p. 71.

5 En el presente ensayo, abordaremos el estudio de la garantía como categoría jurídica desde la teoría general del derecho, entendida como el estudio de los conceptos más generales o abstractos de los sistemas jurídicos; pero este acercamiento no pretende estar desconectado de su realidad externa, como es el contexto histórico o su aplicación práctica, para que se eviten los riesgos de la descontextualización. Al respecto, véase Peña Freire, Antonio, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Editorial Trotta, 1997, Madrid, p. 19 y ss.

en el plano procesal, las garantías del debido proceso comprenden las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellas personas cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración⁶; mientras que en el lenguaje del derecho civil, se hace referencia a las garantías reales o personales como técnicas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones, y de esta forma, proteger derechos patrimoniales⁷.

Por ese motivo, es preciso tener en cuenta que sobre toda manifestación de garantía, cualquiera sea el contexto jurídico en el que se la cita, radica una noción de aseguramiento o tutela que rige extensivamente en el campo jurídico. Bajo este enfoque, para entender la definición de garantía en el contexto del constitucionalismo, es necesario comprender primero la relación entre derechos humanos y garantías, analizar los elementos que la distinguen, y posteriormente, ubicarla en el paradigma del constitucionalismo.

2.1. Relación entre derecho y garantía

La utilización del término *garantía* o el verbo *garantizar* en el lenguaje jurídico común es “genérica e imprecisa”⁸, y podemos señalar dos ejemplos concretos de este defecto lingüístico.

Por un lado, es frecuente identificar la alusión del término garantía

6 Para una profundización en los estándares del debido proceso desarrollados por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, véase Organización de Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales*, OEA/Ser.L/V/II.129 Doc. 4, 2007, p. 29 y ss.

7 Luigi Ferrajoli afirma que el sentido de la garantía como una forma de asegurar el cumplimiento de las obligaciones apareció en el pensamiento jurídico romano, en el cual, éstas podían ser reales (*pignus*) o personales (*sponsio*, *fidepromissio* y *fideiussio*). En la actualidad, las garantías pueden ser reales como la prenda e hipoteca, en el que el deudor pone a disposición del acreedor un bien mueble o inmueble sobre el cual valerse en caso de incumplimiento, o personales como la fianza o el aval, en el cual un tercero se obliga, en caso de incumplimiento de una obligación, a cumplirla en lugar del deudor. Véase Ferrajoli, Luigi, “Garantías constitucionales”, *Revista Argentina de Derecho Constitucional*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 39.

8 Guastini, Ricardo, *Estudios de teoría constitucional*, *Doctrina Jurídica Contemporánea/Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México/Fontamara*, México, 2001, p. 233, Internet, www.bibliojuridica.org/libro.htm?l=22, Acceso: 18 junio 2008.

como sinónimo del derecho que se garantiza⁹. Así por ejemplo, en las pasadas Constituciones Políticas del Ecuador, como la de 1878, se enumeraba bajo la enunciación de “Garantías”, a los derechos reconocidos por el Estado como la vida, la propiedad o la libertad¹⁰:

Artículo 17.- La Nación garantiza a los ecuatorianos:

1. La inviolabilidad de la vida;
- [2.] La propiedad;
- [5.] La libertad personal [...]

El usar la expresión *garantía* como equivalente de derecho puede encontrar su justificación en que su positivización misma, es decir, la prescripción del derecho en la Constitución se entiende como una forma de asegurar su ejercicio¹¹, además, constituye una garantía en la medida que delimita el contenido de las normas infraconstitucionales. Como lo señala Hans Kelsen, al ser las Constituciones ya no sólo reguladoras de la creación de las leyes, sino también de su contenido material, engloban normas sobre los órganos y el procedimiento de legislación, y además, fijan derechos fundamentales que se convierten en principios, direcciones y límites para el contenido de las leyes futuras. De esta manera, al proclamar en la Constitución derechos como la igualdad, la libertad y la propiedad, “dispone, en el fondo, que las leyes no solamente deberán ser elaboradas según el procedimiento que ella prescribe, sino además, que no podrán contener ninguna disposición que menoscabe la igualdad, la libertad, la propiedad”¹².

9 Véase por ejemplo la Constitución de la República del Ecuador de 1851, 1852, 1861, 1869, 1878, 1884, 1897, 1906, 1929, y 1946.

10 Constitución de la República del Ecuador de 1878, Título II, Sección III “De las Garantías”. En esta Constitución bajo el título de las garantías se enumeran a los derechos reconocidos por el Estado; sin embargo, en constituciones anteriores si se hacía una diferenciación entre derechos y garantías en el título, aunque en el contenido sólo se enumeraban a los derechos.

11 Partiendo de la constatación de la influencia del positivismo en el pensamiento jurídico ecuatoriano.

12 Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional en la Constitución (La Justicia Constitucional)*, Traducción de Rolando Tamayo y Salmurón, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, Serie Ensayos Jurídicos Número 5, México, 2001, p. 23, Internet,

Como un segundo ejemplo, podemos citar el uso común de la frase “el Estado garantizará el derecho a...”, en reemplazo de la enunciación “toda persona tiene derecho a...”, en la cual se confunde el derecho con la obligación correlativa al Estado para protegerlo. Esta expresión se usa en diversas normas en la Constitución ecuatoriana de 1998, principalmente en el caso de los derechos sociales, como en el caso del derecho a la salud, en la cual se establece:

El Estado *garantizará* el derecho a la salud, su promoción y protección, por medio del desarrollo de la seguridad alimentaria, la provisión de agua potable y saneamiento básico, el fomento de ambientes saludables en lo familiar, laboral y comunitario, y la posibilidad de acceso permanente e ininterrumpido a servicios de salud, conforme a los principios de equidad, universalidad, solidaridad, calidad y eficiencia¹³.

Sin embargo, esta formulación del derecho adolece de una confusión conceptual si se la analiza a la luz de las obligaciones de los Estados en relación con los derechos, en la doctrina y en la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos¹⁴.

En la doctrina se sostiene que no existen obligaciones de los Estados que corresponden a una determinada categoría de derechos, por el contrario “existen obligaciones comunes a todos los derechos humanos”¹⁵. En línea con lo dicho, se han distinguido cuatro niveles de obligaciones estata-

<http://info5.juridicas.unam.mx/libros/1/31/tc.pdf>, Acceso: 18 junio 2008.

13 Constitución Política de la República del Ecuador, 1998, Art. 42. Véase también los Arts. 66 y ss., relativos al derecho a la educación. El resaltado es nuestro.

14 Los sistemas internacionales de protección de los Derechos Humanos se basan en el principio de responsabilidad estatal. Los instrumentos internacionales de Derechos Humanos incluyen una serie de derechos protegidos y una serie de obligaciones estatales, de manera que cuando un estado viola una de estas obligaciones en relación con un derecho, podrá ser considerado responsable y rendir cuentas en procesos internacionales.

15 Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, “Hacia la exigibilidad de los derechos, económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales”, en Abregú, Martín y Courtis, Christian (compiladores), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998, p. 304. El resaltado es nuestro.

les correlativas a todos los derechos humanos, tanto civiles como sociales: respetar, proteger, garantizar y promover¹⁶. Los tratados internacionales de Derechos Humanos, en cambio, determinan dos obligaciones generales para proteger los derechos: respetar y *garantizar*¹⁷. La obligación de respeto es de *naturaleza negativa* ya que corresponde a un “no hacer” por parte del Estado, “una prohibición absoluta y definitiva al abuso de poder”¹⁸; mientras que la obligación de garantizar es de naturaleza positiva ya que requiere que los Estados adopten medidas para satisfacer el derecho en cuestión¹⁹.

Por lo tanto, las obligaciones del Estado derivadas del reconocimiento de un derecho humano no son sólo de *garantía* sino también de *respeto*, y en la medida en que al Estado no le corresponde solamente garantizar, sino también respetar, la formulación “el Estado garantizará el derecho a...” es imprecisa.

En el caso del texto citado referido al derecho a la salud, el problema radica en que pareciera que la única forma en que el Estado puede garantizar el derecho a la salud es mediante las acciones descritas en dicha norma y que son de naturaleza administrativa, cuando en realidad, las formas de garantizar un derecho son diversas y corresponden a distintos órganos del Estado, no sólo a los administrativos sino también a los legislativos y jurisdiccionales²⁰.

Ahora bien, de esta breve demostración de la utilización ambigua de la noción de garantía, surge una primera conclusión, es necesario separar la noción de derecho con la de garantía, o como lo señala el constitucionalis-

16 Esta distinción de las obligaciones fue originalmente sugerida por Henry Shue, “Basic Rights”, Princeton, 1980, citado por Víctor Abramovich y Christian Courtis, “Hacia la exigibilidad de los derechos, económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales”, en Abregú, Martín y Courtis, Christian (compiladores), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, p. 289.

17 Véase Convención Americana de Derechos Humanos, “Pacto de San José de Costa Rica”, 1969, R.O. 801, 6 agosto 1984, Arts. 1, 2 y 26.

18 Melish, Tara, *La Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Center for International Human Rights Yale Law School, 2003, p. 176.

19 *Ibidem*, p. 177.

20 Entonces, además de las medidas de política pública descritas en dicho artículo, otra forma de garantizar el derecho a la salud es previniendo la posibilidad de que si dicho derecho es violado, éste pueda ser exigido judicialmente.

ta italiano Ricardo Guastini, una cosa es *atribuir* un derecho y otra cosa es *garantizarlo*²¹.

Para ello, en primer lugar, precisaremos la noción de lo que entendemos por derechos. Cuando hablamos de derechos hacemos referencia a los *derechos fundamentales*, es decir a aquellos que están adscritos universalmente a todos en cuanto personas, y que son, por tanto indisponibles e inalienables²². Se incluyen en esta caracterización el derecho a la vida o el derecho a la salud, y se excluyen derechos patrimoniales como el crédito²³. Estos derechos son *constitucionales* en la medida en que están establecidos en la Constitución, y se diferencian de los derechos ordinarios, en tanto gozan de una capacidad de “resistencia”, es decir, que el legislador ordinario no está autorizado a limitarlos, modificarlos o suprimirlos²⁴.

En segundo lugar, partiremos de un concepto base de garantía para poder llegar a su definición, señalando inicialmente que garantía es toda forma de *protección* a un derecho.

Esta primera aproximación a la definición de garantía admite diversas interpretaciones. Guastini por su parte distingue que para atribuir un derecho es suficiente una norma formulada “precisamente, como norma que atribuye derechos”, por ejemplo “todas las personas tienen derecho a la identidad”; sin embargo, el mismo autor apunta que para garantizarlo no es

21 Guastini, Ricardo, *op. cit.*, pp. 220 y 233.

22 Luigi Ferrajoli sostiene, que desde la teoría del derecho, esta definición no señala “cuáles son”, sino “qué son” los derechos fundamentales. Para fines del presente análisis, este concepto nos será útil en la medida en que no nos dice sobre el contenido de tales derechos, es decir qué es lo fundamental de un derecho, sino su estructura lógica, y por tanto, nos ayudará a identificar qué derechos queremos que sean garantizados. Ferrajoli, Luigi, “Sobre los derechos fundamentales”, en Carbonell, Miguel (editor), *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Editorial Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Madrid, 2007, p. 73.

23 Para una profundización sobre las diferencias entre derechos fundamentales y patrimoniales véase Ferrajoli, Luigi, “Derechos fundamentales y derechos patrimoniales”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Editorial Trotta, España, 2001, pp. 29-35. Véase también Ávila Santamaría, Ramiro, “El amparo constitucional: entre el diseño liberal y la práctica formal”, en “Un cambio ineludible: la Corte Constitucional”, Revista del Tribunal Constitucional, Quito, 2007, p. 360 y ss.

24 “Un derecho subjetivo constitucional no puede ser limitado, modificado o suprimido por las leyes ordinarias”, Véase Guastini, Ricardo, *op. cit.*, p. 232.

suficiente proclamarlo, es necesario además disponer de los mecanismos adecuados para su tutela²⁵:

La garantía de un derecho no puede ser establecida por la misma norma que lo confiere, solo puede ser establecida por otra norma (“secundaria”) que instituya mecanismos aptos para prevenir la violación de la primera, es decir, que prevea remedios para el caso de que la primera haya sido violada²⁶.

De esa forma, el autor italiano identifica a la garantía con la tutela de un derecho, y posteriormente establece que un derecho de un sujeto determinado es susceptible de tutela jurisdiccional, *solamente* si a ese derecho le corresponde el deber de otro sujeto claramente determinado, y si el deber en cuestión se refiere a un comportamiento igualmente estipulado²⁷.

A partir de esta correlación entre un derecho y la existencia de su correspondiente medio de tutela, Guastini propone un fraccionamiento entre “verdaderos derechos” y “derechos sobre el papel”. Asume que verdaderos derechos son aquellos que satisfacen conjuntamente tres condiciones: a) son susceptibles de tutela jurisdiccional; b) pueden ser ejercidos o reivindicados frente a un sujeto determinado, y c) su contenido consiste en una obligación de conducta bien definida, al igual que el sujeto titular; y califica de derechos “sobre el papel” o “derechos ficticios”, a todos aquellos derechos que no satisfacen alguna de estas condiciones²⁸.

En definitiva, pese a que Guastini en su momento hace una diferencia conceptual entre derechos y garantías, al sustentar que estas últimas son formas de tutelar a los primeros, termina condicionando la existencia misma del derecho con la posibilidad de tutelarlos cuando se cumplen ciertos requisitos.

25 La tutela jurisdiccional presupone, a su vez: 1) que el derecho en cuestión posea un contenido preciso; 2) que el derecho en cuestión pueda ser ejercitado o reivindicado frente a un sujeto determinado también de forma precisa (una contraparte). Véase Guastini, Ricardo, *Estudios de teoría constitucional*, p. 220.

26 Guastini, Ricardo, *op. cit.*, p. 220.

27 *Ibidem*, p. 221.

28 *Idem*.

En la práctica constitucional ecuatoriana, podemos encontrar un ejemplo de la adopción de esta posición, en una resolución de amparo del Tribunal Constitucional respecto del derecho a la salud y a un medio ambiente sano²⁹.

La demanda se presentó en relación con la ejecución del Plan Colombia, pues no se respetó la oferta verbal de fumigar a diez kilómetros de distancia de la línea fronteriza con el Ecuador. Colombia esparció glifosato por vía aérea, causando graves daños a las personas que habitaban la frontera.

Los accionantes establecieron la existencia de una *omisión ilegítima*—como lo requiere la norma constitucional relativa al amparo constitucional³⁰— el hecho de que las autoridades accionadas se encontraban obligadas a impedir que se fumigue con agroquímicos tóxicos en suelo ecuatoriano o cerca de su frontera y a tomar medidas de prevención y remediación a favor de la población y la naturaleza de la zona.

Sin embargo, el Tribunal consideró que no existía una *norma expresa* indicando la obligación de las autoridades de remediar las consecuencias de daños producidos como consecuencia de la ejecución del Plan Colombia. Por tanto, el Tribunal Constitucional resolvió inadmitir el amparo al señalar que no se evidenció acto de omisión alguno y menos ilegítimo atribuible o de responsabilidad de las autoridades públicas demandadas. Este organismo no realizó ningún análisis relativo a las afectaciones a la tierra, al agua y al aire de la zona expuesta, y la forma en que estos perjuicios lesionaron la vida y la salud de quienes habitan en dichos sectores, así como a sus animales y cultivos.

29 Tribunal Constitucional del Ecuador, Resolución No. 0140-2003-RA, R.O.130, 22 julio 2003. Santiago Tanguila, Ángel Nauya, Gloria Chicaiza, Elsie Monge y Raimundo Encarnación, en su calidad de dirigentes de las Comunidades de la vía a Colombia, Puerto Nuevo y Chone II, Acción Ecológica y Comisión Ecuamélica de Derechos Humanos (CEDHU) propusieron una acción de amparo en contra del presidente de la República, ministro de Medio Ambiente, ministro de Relaciones Exteriores, ministro de Salud Pública y ministro de Agricultura.

30 El Art. 95 de la Constitución Política de 1998, relativa al amparo, establece que mediante esta acción, que se tramitará en forma preferente y sumaria, se requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente, y que, de modo inminente, amenace con causar un daño grave.

Evidentemente, en este caso, el Tribunal Constitucional determinó que al no existir una obligación claramente determinada para las autoridades para proteger el derecho en cuestión, entonces no existía una omisión ilegítima, y por tanto, no se violó el derecho a la salud ni el derecho el medio ambiente.

Frente a este enfoque, cabe preguntarnos, ¿pese a que no existía una obligación claramente definida de prevenir los daños producidos por las fumigaciones, o en su defecto, de remediar sus efectos, podríamos sostener que no existía el derecho a la salud de todas aquellas personas que fueron afectadas por el glifosato?

La imposibilidad de tutelar un derecho bajo la premisa de que no constan sujetos u obligaciones determinadas, no se traduce en la inexistencia del derecho sino en la necesidad de buscar formas de tutelarlos pese a la indeterminación de los sujetos y sus correspondientes obligaciones, de manera que su ejercicio sea efectivo y no ilusorio.

Como lo señala Ferrajoli, “esta ausencia de garantías no autoriza de hecho a sostener la tesis [...], que los derechos no garantizados no existen pero existen las normas que los establecen”³¹. Ferrajoli se mantuvo en la independencia conceptual entre la existencia de un derecho y la existencia de sus correspondientes garantías, puesto que sostenía que ante la falta de una norma que señale a un obligado en concreto a satisfacer un derecho, o frente a la falta de un medio de acción que permita exigir el incumplimiento de esa obligación, en realidad no nos encontraríamos frente a un “no-derecho” –o “derecho ficticio” como lo señala Guastini–, sino frente a dos tipos de lagunas. Frente a lagunas primarias en el caso en que una norma no señalara a un sujeto como obligado a realizar la conducta tendente a la satisfacción de un derecho; o frente a lagunas secundarias en el caso de no existir los mecanismos que invaliden o sancionen la violación de esa obligación:

En tales casos no podemos negar la existencia del derecho subjetivo estipulado por una norma jurídica: se podrá solo lamentar la laguna que hace de ese derecho un derecho de carta y afirmar entonces la obligación de completarla³².

31 Ferrajoli, Luigi, *Garantías constitucionales*, p. 55.

32 *Ibidem*, pp. 61 y 62.

La búsqueda de la forma en que un derecho puede ser garantizado se convierte entonces en un ejercicio de *creatividad* en el sentido de que nos obliga a llenar las lagunas, de las que habla Ferrajoli, para que el derecho sea efectivo en la práctica.

En el caso de los derechos sociales, por ejemplo, el problema de la indeterminación de la obligación estatal ha encontrado diferentes respuestas en el ámbito doctrinario, entre ellas, la propuesta por el constitucionalista Rodolfo Arango, quien plantea un ejercicio estricto de argumentación bajo el cual los derechos sociales pese a ser indeterminados *prima facie* –mediante este ejercicio– llegan a ser *definitivos* en casos concretos³³.

Habiendo esbozado los principales elementos del debate, podemos aseverar lo siguiente: en ciertas circunstancias se ha usado –y se continúa usando– la expresión garantías y derechos como sinónimos. Sin embargo, en la medida en que garantía es toda forma de proteger un derecho, resulta claro, que es necesario separar la noción de derecho con garantía. Entonces, una primera aproximación a la garantía como mecanismo de protección, si bien nos permite distinguirla del derecho en sí, pudiera confundir a la existencia del derecho con su efectividad. Un derecho no es más ni menos en tanto no cuenta con mecanismos de tutela. Las garantías en este sentido, no condicionan la existencia del derecho sino la efectividad de su ejercicio.

La separación entre derecho y garantía, y la circunscripción de esta última a la efectividad del primero, nos lleva a una tercera conclusión. Si nos encontramos frente a “derechos de papel” ya sea porque no son susceptibles de tutela judicial, o porque no es claro el sujeto obligado o el contenido de la obligación, la necesidad desde el derecho como sistema normativo, no radica en tratar de argumentar si un derecho es verdaderamente fundamental, sino en la posibilidad de crear los mecanismos adecuados para su protección, y por tanto, para que su ejercicio sea efectivo.

33 Para profundizar en la solución propuesta por Arango, véase “La determinación del contenido de los derechos sociales fundamentales”, en Arango, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Universidad Nacional de Colombia, 2005, Bogotá, pp. 198 y ss.

2.2. La garantía y el paradigma constitucional

En primer lugar, es necesario subrayar que la explicación que realizaremos del paradigma constitucional se contextualiza en el discurso jurídico que predomina en nuestra cultura, es decir, en el discurso occidental. La adopción de una tradición jurídica que responde a una cultura diferente a la nuestra, no significa necesariamente que se la haya asimilado en la *praxis*³⁵, de ahí que se sostenga que el discurso tendrá siempre el problema de penetrar en la sociedad a la que pretende organizar³⁶. Sin embargo, pese a la aceptación de esta limitación en el análisis, remontarnos a la observación de la garantía desde el discurso jurídico predominante, nos permitirá entender su justificación, y de esta manera, reflexionar en los elementos necesarios para construir garantías de acuerdo con nuestra realidad cultural y social en general³⁷.

El Estado constitucional de derecho, o simplemente Estado constitucional, surge a partir de una serie de mutaciones y cambios en el Estado liberal o legislativo de derecho, que es el modelo que lo precede. El Estado constitucional revela un cambio de estructura del sistema jurídico, puesto que supuso la introducción de un modelo en el cual la Constitución implanta límites y vínculos sustanciales, que no son más que los derechos fundamentales, al poder ejecutivo, judicial, y principalmente, al legislativo.

Este nuevo modelo jurídico surgió en oposición al modelo legislativo, el cual se caracterizaba por la primacía de la ley, facultando la omnipotencia del legislador, y por tanto, de las mayorías en el establecimiento

35 Un ejemplo de ello es la existencia del derecho indígena y la justificación de la Plurinacionalidad como alternativa para superar la crisis que impera en nuestro país en diversos ámbitos. Véase en esta misma obra, Llasag, Raúl, "Plurinacionalidad: Una Propuesta Constitucional Emancipadora".

36 Sánchez Castañeda, Alfredo, "Los orígenes del pluralismo jurídico" en González Martín, Nuria (coordinadora), *Estudios Jurídicos en homenaje a Marta Morineau*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, Serie Doctrina Jurídica, Número 282, México, 2006, p. 281. Internet, <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1855>, Acceso: 18 julio 2008.

37 Ramiro Ávila sostiene que uno de los retos para una institucionalidad que proteja derechos humanos es *pensar fuerte* para dejar de ser reproductores y convertirnos en creadores. Véase en esta misma obra, Ávila Santamaría, Ramiro, "Retos de una nueva institucionalidad estatal para la protección de los derechos humanos".

to de las leyes. En este esquema, el juez estaba sujeto únicamente a la ley y su función era aplicarla obligatoriamente cualquiera fuese su contenido³⁸.

Bajo la premisa de lo *legal*, se permitieron terribles violaciones a los derechos humanos que pusieron en evidencia la incapacidad del consenso popular para fortalecer la calidad de la democracia y la vigencia de los derechos ante la degeneración del poder político. Frente a esto, el constitucionalismo perfeccionó al Estado de derecho al vincular a todos los poderes a la observancia de los derechos humanos³⁹, de ahí que el papel del juzgador haya sufrido también una transformación, puesto que al estar sujeto a la Constitución, se convirtió en garante de los derechos, incluso frente al legislador, mediante la censura de la invalidez de las leyes y demás actos del poder político cuando violan derechos fundamentales⁴⁰.

No obstante, un proyecto tan ambicioso en teoría afronta al reto de superar la denominada *ilegalidad del poder*. Este fenómeno, entendido igualmente como la crisis del derecho en sentido genérico, puede concebirse como una crisis de la legalidad, debido a la ausencia o en la ineficiencia de controles al poder, o crisis del estado social, que se manifiesta en la inadecuación estructural de las formas del estado de derecho a las formas del estado de bienestar, o como la crisis del Estado nacional, que se hace visible

38 Para una profundización del papel del juez en el paradigma del constitucionalismo, véase en esta misma obra Morales, Juan Pablo, “Los elementos de la democracia sustancial”.

39 Ferrajoli, Luigi, “Sobre los derechos fundamentales”, en Carbonell, Miguel (editor), *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Editorial Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Madrid, 2007, pp. 70-71.

40 Ferrajoli sostiene que el Estado constitucional, de este modo, pasó a complementar al Estado legislativo de Derecho, en virtud de que reinterpretó al principio de legalidad. Mientras que antes, la naturaleza de este principio en el Estado Legislativo era condicionante y reguladora, pues acarrearba la sujeción a la ley de todos los poderes, en el Estado constitucional, ya no es más solo condicionante y reguladora, sino que el mismo principio de legalidad está ahora condicionado y regulado por vínculos jurídicos no solamente formales, sino también sustanciales. No es más simplemente un producto del legislador sino que limita y vincula al legislador, y por ello a las mayorías contingentes de las que es expresión. Véase Ferrajoli, Luigi, “El papel de la función judicial en el Estado de Derecho”, en Atienza Manuel y Ferrajoli Luigi, *Jurisdicción y Argumentación en el Estado Constitucional de Derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, Serie Estado de Derecho y Función Judicial, 2005, p. 89 y ss. Internet, <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1695>, Acceso: 17 junio 2008.

en el cambio de los lugares de la soberanía y la consecuente alteración en el sistema de fuentes del derecho⁴¹.

Todos estos *problemas* del derecho muestran su incapacidad regulativa ante la complejidad de las sociedades contemporáneas y el debilitamiento de su función normativa⁴². Resulta claro que, por un lado, el constitucionalismo persigue el fin de limitar el poder a través de los derechos, y por otro, existen terrenos fecundos para la arbitrariedad. Es justamente en este desdoblamiento donde podemos comprender el papel de la garantía en el constitucionalismo contemporáneo, puesto que a ésta le corresponde, en el contexto citado, reducir al máximo la arbitrariedad, y por tanto, vincular el poder al derecho.

La crisis entonces puede superarse a través del *garantismo*⁴³, o lo que es lo mismo, mediante la elaboración y la implementación de técnicas de garantía idóneas para conseguir el fin citado y, de esta manera, asegurar el máximo grado de efectividad de los derechos.

El garantismo es la puesta en práctica de los límites en el Estado constitucional, de ahí que Ferrajoli lo llame “la otra cara del constitucionalismo”. La teoría general del garantismo arranca de la idea de que del poder hay que esperar siempre un potencial abuso que es preciso neutralizar haciendo del derecho un sistema de límites y vínculos al poder para la tutela de los derechos⁴⁴. Se opone entonces a una noción idealista de un ‘poder bueno’ o de una observancia espontánea del derecho y de los derechos⁴⁵.

41 Ferrajoli, Luigi, “El derecho como sistema de garantías”, en Revista “Jueces para la democracia”, No. 16-17, Madrid, 1992, p.p. 61 y ss, Internet, http://www.dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=2551827&orden=0, Acceso: 17 mayo 2008.

42 *Ibidem*, p. 62.

43 En la teoría jurídica, el estudio de garantismo remite a la obra de Luigi Ferrajoli, quien expresa que “garantismo”, en el sentido estricto de “garantismo penal”, nació en la cultura jurídica italiana de izquierda en la segunda mitad de los años setenta como una réplica a la legislación y jurisdicción que había reducido el sistema de garantías del debido proceso. Véase, Ferrajoli, Luigi, “Garantías constitucionales”, p. 41.

44 Gascón Abellán, Marina, “La Teoría General del Garantismo: rasgos principales”, en Carbonell, Miguel y Salazar Pedro (editores). *Garantismo, estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Editorial Trotta, Madrid, 2005, p. 22.

45 Ferrajoli, Luigi, *Garantías constitucionales*, p. 41.

Las garantías, en el paradigma del constitucionalismo, constituyen un elemento clave por su capacidad de superar el reto de contrarrestar los diversos espacios en los que se propicia la arbitrariedad.

2.3. Elementos para una definición

Se mantiene que garantía es “la expresión del vocabulario jurídico que designa cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo”⁴⁶, o “mecanismos o técnicas predispuestos para la protección de los derechos”⁴⁷. Desde esta óptica, la garantía responde a dos características concretas⁴⁸:

a) En primer lugar, es de naturaleza procesal o instrumental, de ahí que se la defina como “mecanismo” o “técnica”. Por tanto, no es un ente abstracto que se pueda escindir de lo que es garantizado, en este caso, de los derechos. Los derechos no dejan de existir por falta de garantías, pero ciertamente, no existen garantías sin derechos.

b) Su fin es hacer efectivo el ejercicio de los derechos fundamentales. Este elemento finalista justifica que cuando se exponga sobre un “sistema garantista” o “Estado garantista”, este será aquel que maximice el grado de tutela de los derechos fundamentales de las personas. Un sistema que no se oriente a este fin no es un sistema de garantías.

Teniendo en cuenta estas particularidades, formularemos una definición de garantía. En un primer momento, sustentamos que *garantía* es toda forma de proteger un derecho. Sobre la base de lo desarrollado hasta aquí, sostenemos ahora que garantía es *todo mecanismo para hacer efectivo un derecho*.

En esta definición, de acuerdo con lo examinado, se corrobora la naturaleza *instrumental* de la garantía en tanto es un *mecanismo*, y también, se evi-

46 *Ibidem*, p. 39. Ferrajoli sostiene que “derecho subjetivo” es cualquier expectativa jurídica positiva (de prestación) o negativa (de no lesión).

47 Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías, elementos para una reconstrucción*, p. 111.

48 Para una profundización de estas características, véase Peña Freire, Antonio M., *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Editorial Trotta, 1997, Madrid, p. 25.

dencia en nuestra tesis que el fin de la garantía es hacer efectivo un derecho.

Sin embargo, es necesario precisar que la función de la garantía es gradual, en razón de que no existen ni garantías ni sistemas perfectos de garantía que hagan completamente efectivos el ejercicio de todos los derechos fundamentales, sino que “será preciso hablar, más que de sistemas garantistas o antigarantistas *tout court*, de grados de garantismo; y además habrá que distinguir siempre entre el modelo constitucional y el funcionamiento efectivo del sistema”⁴⁹.

Bajo este enfoque, proponemos un concepto amplio de la garantía en virtud de los siguientes factores:

1. *La ampliación de la noción de efectividad.* La idea de que garantizar un derecho implica solamente tutelarlos en caso de que haya sido violado, se transforma por un concepto de efectividad como ejercicio pleno del derecho. La garantía deja de ser sólo instrumento de reparación y se vuelve también instrumento de promoción. Así por ejemplo, en el caso del derecho a la educación, cuando en la Constitución se establece que el Estado formulará planes y programas de educación permanente para erradicar el analfabetismo y fortalecerá prioritariamente la educación en las zonas rural y de frontera⁵⁰, esto también es un mecanismo para hacer efectivo el derecho.

2. *La ampliación de la percepción del responsable de la efectividad del derecho.* Si se amplía el concepto de efectividad a otros espacios donde el derecho puede ser ejercitado, esto significa que los responsables de la efectividad del derecho serán también actores nuevos. En el ejemplo citado, la responsabilidad se extiende a todos los organismos del gobierno encargados de llevar a cabo dichos planes y programas.

3. *La ampliación de las formas en que se puede garantizar un derecho.* La garantía como “todo mecanismo” no se limita a las prácticas de naturaleza procesal para exigir un determinado derecho, sino que significa indagar en todos los mecanismos no judiciales que pueden llevar a la práctica a los derechos. Esto, sin desconocer la importancia fundamental de fortalecer y

49 Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón, Teoría del Garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 2001, p. 852.

50 Constitución Política del Ecuador, 1998, Art. 67.

mejorar las garantías que permiten exigir derechos en sede judicial, pues como lo señala Prieto Sanchís, “cualesquiera sean los concretos medios de tutela previstos por cada ordenamiento, cuando el sistema de derechos fundamentales no ofrece al titular la posibilidad de obtener su satisfacción frente a los sujetos obligados, no cabe hablar en rigor de una verdadera existencia jurídica de derechos”⁵¹.

III. Clasificación

De la definición propuesta previamente acerca de la garantía, se desprende que ésta no nos dice nada acerca de cuáles deben ser las garantías, sino que fija sus características, instrumentalidad y finalidad. Esto en virtud de que si tomamos en cuenta que la garantía, en el enclave del constitucionalismo, busca solucionar el conflicto entre la crisis del derecho y la vigencia de los derechos fundamentales, la forma en que esta crisis se manifiesta en cada sociedad, es distinta y, por tanto, requiere soluciones distintas. Es decir, la elaboración de las técnicas de garantía dependerá, en gran medida, de la cultura jurídica en la cual dichos mecanismos deben operar.

Sobre la base de lo anterior, no pretendemos hacer una enumeración de las distintas divisiones que ya existen alrededor de las garantías⁵², sino que desde el enfoque que hemos planteado a lo largo del este análisis, se intentará mostrar los parámetros a los que cualquier categorización debería responder, para lo cual, abordaremos dos ejemplos de clasificación.

Para esto, citaremos al jurista español Gerardo Pisarello, quien manifiesta que existen tres estándares transversales para la elaboración de las garantías. Este autor apuesta por una construcción de las garantías unitaria, compleja y democrática⁵³.

51 Prieto Sanchís, Luis, “El sistema de protección de los derechos fundamentales”, p. 370, citado por Gregorio Peces Barba, *Las Garantías de los derechos*, Universidad Carlos III, 1999, Madrid, p. 501.

52 Para profundizar sobre otras clasificaciones, véase Peces Barba, Gregorio, *op. cit.*, pp. 501 y ss. Véase también Pisarello, Gerardo, *op. cit.*, pp. 111 y ss.

53 Pisarello, Gerardo, *op. cit.*, pp. 111-112.

3. *Construcción unitaria.* Para que la construcción sea unitaria debe partir de la interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos humanos, tanto civiles, y políticos como sociales⁵⁴.

4. *Construcción compleja.* En virtud de que son múltiples los órganos e instituciones que pueden y deben intervenir en la protección de los derechos fundamentales, la construcción es compleja en la medida en que son múltiples los sujetos encargados de protegerlos, como las escalas institucionales en la que dicha tutela puede tener lugar. De esto nace que la exigibilidad no se reduce a la justiciabilidad, puesto que además del órgano jurisdiccional, intervienen los órganos legislativos, administrativos y de control.

5. *Construcción democrática.* Esto significa que el diseño de las garantías debe involucrar más la participación de las personas, y procurar que se disminuya su institucionalización, es decir, que “involucren a los propios titulares de los derechos en la defensa y conquista de los mismos”⁵⁵.

A partir de estos elementos, el autor español articula tres tipos de clasificaciones de las garantías. La primera, desde la perspectiva de los sujetos a los que se encomienda la tutela principal de los derechos, la segunda, desde la escala en la cual actúan los mecanismos de tutela, y finalmente, desde el alcance de los mecanismos de tutela.

Para demostrar como a partir de la unidad, la complejidad y la democracia, las garantías adoptan una perspectiva mucho más amplia, citaremos a la primera clasificación elaborada por Pisarello, quien las divide en garantías institucionales y extrainstitucionales.

a. *Las garantías institucionales* son aquellos mecanismos de protección de los derechos encomendados a las instituciones o poderes públicos, y que a su vez se dividen en políticas, semipolíticas, jurisdiccionales y semijurisdiccionales.

a.1 Las garantías políticas son los instrumentos de tutela encomendados a órganos legislativos y ejecutivos.

54 Sobre la interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos humanos, véase Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Asamblea General de la ONU, Declaración y Programa de Acción de Viena, A/CONF.157/23, 12 julio 1993.

55 Pisarello, Gerardo, *op. cit.*, pp. 112 y 113.

a.2 Las garantías semipolíticas, en cambio, están confiadas a órganos externos y en cierto modo independientes de los órganos legislativos y ejecutivos, pero con funciones de control político.

a.3 Las garantías jurisdiccionales son aquellas confiadas a tribunales independientes de los órganos políticos que pueden recibir denuncias y, por tanto, pueden imponer sanciones.

a.4 Finalmente, las garantías semijurisdiccionales corresponden a órganos que actúan como si fueran tribunales que pueden en ocasiones recibir denuncias o tramitar recursos pero no poseen facultades de sanción jurídica en sentido estricto.

b. A su vez las *garantías extra institucionales o sociales* son aquellas en las que el resguardo de los derechos se coloca en la cabeza de sus propios titulares.

En esta esquematización se verifican los tres estándares aludidos anteriormente. Por un lado, al dividir a las garantías en institucionales y extrainstitucionales, se demuestra que es posible comprender a las garantías no sólo desde lo institucional, sino también desde lo social, de modo que toda forma de movimiento u organización que busque reivindicar derechos es una garantía que incorpora el elemento democrático. Asimismo, la complejidad radica en que a todos los órganos que integran el Estado les corresponde una determinada forma de garantía, aunque sea de diverso tipo, y finalmente, el elemento de la unidad se desprende de que al estar todos los órganos comprendidos como encargados de tutelar, y en toda escala, les corresponde por consiguiente, proteger todos los derechos.

Finalmente, con los elementos antes descritos y sobre la base de la clasificación analizada, pasaremos a analizar nuestra propuesta de clasificación, que responde a una división elaborada desde la competencia encargada a cada función que integra el poder del Estado.

3.1. Garantías Normativas

Estas garantías corresponden al Poder Legislativo, y a todo órgano con potestad normativa. Consisten en la obligación de subordinar formal y materialmente las leyes y demás normas jurídicas, a los derechos humanos, previstos en la Constitución, en los instrumentos internacionales de derechos humanos, en la costumbre internacional, o que simplemente sean necesarios para la dignidad intangible del ser humano.

Esta obligación de adecuar las normas a los derechos fundamentales consta en instrumentos internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual dispone que los Estados se comprometen a adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades⁵⁶. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que esta obligación implica por una parte, la supresión de las normas y prácticas que impliquen violación a los derechos previstos en la Convención, y por otra, la expedición y desarrollo de normas conducentes a la efectiva observancia de los mismos⁵⁷.

3.2. Garantías Jurisdiccionales

Estas garantías pertenecen al Poder Judicial, en virtud de su potestad jurisdiccional, y quizá son las más conocidas en virtud de que la mayoría de ordenamientos contempla este tipo de garantías.

Las garantías jurisdiccionales consisten en que un tribunal independiente pueda ejercer un control e imponga las medidas de reparación, ante violaciones o amenazas a los derechos humanos. En este sentido, la Convención Americana de Derechos Humanos declara que toda persona, sin discriminación alguna, tiene derecho a un recurso efectivo ante los jueces competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales⁵⁸.

56 *Ibidem*, Artículo 2.

57 Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Cantoral Benavides, Sentencia de 18 agosto 2000, párrafo 178; Caso Durand y Ugarte, Sentencia de 16 agosto 2000, párrafo 137; y Caso Castillo Petrucci y otros, Sentencia de 30 mayo 1999, párrafo 207.

58 Véase Convención Americana de Derechos Humanos, Arts. 1(1) y 25.

En la Constitución Política de 1998 se contemplan como garantías jurisdiccionales la acción de amparo, *habeas data* y *habeas corpus*⁵⁹, por lo tanto, si bien incluir a las garantías jurisdiccionales en esta división no es algo nuevo, lo reformador es ampliar el alcance de las mismas. Desde esta perspectiva, la clasificación propone tres aspectos a través de los cuales se puede lograr que las garantías jurisdiccionales protejan al máximo a todos los derechos fundamentales.

Previamente es necesario señalar, que el rediseño de estas garantías supone la unificación del procedimiento para todas las acciones constitucionales, dejando la salvedad de cuestiones específicas en el procedimiento de acuerdo con la naturaleza de cada acción⁶⁰.

3.2.1. Acción popular

La Constitución de 1998 prevé, en el caso del amparo, que “cualquier persona, por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad” puede interponer el recurso mencionado. En razón de esta disposición, muchas veces el Tribunal Constitucional desechó casos en los cuales los peticionarios no presentaron un instrumento que legitimaba su actuación como representantes de una colectividad, pese a que se alegaban violaciones a derechos fundamentales como el derecho a la salud o a un medio ambiente sano, y además, ni siquiera realizó un análisis respecto de la legitimidad o ilegitimidad de los actos de los demandados ni de los derechos que se invocaban como violados⁶¹.

Esta aplicación de la Constitución, lejos de permitir que se garanticen todos los derechos, obstaculiza su pleno ejercicio, por lo cual es necesario que se disponga la posibilidad de que cualquier persona o grupo de perso-

59 Constitución Política del Ecuador, 1998, Arts. 93, 94 y 95.

60 Por ejemplo, en el caso del *habeas corpus*.

61 Véase Tribunal Constitucional del Ecuador, Resolución No. 0862-04-RA, 2005. Manuel Romero contra Pablo y Rolando Chillogallo. El demandante manifestó que los demandados construyeron torres de aproximadamente veinte metros de altura en las que habían instalado cuatro altoparlantes que funcionaban a toda hora, afectando a todos los habitantes del sector por el ruido ensordecedor de las propagandas a todo volumen. El Tribunal Constitucional desechó la acción sosteniendo que el demandante no era representante legitimado de la comunidad.

nas proponga las acciones constitucionales pertinentes, sin distinguir si la persona es titular o no, basta con que exista la violación⁶².

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el caso de los derechos sociales, ha determinado que la vulneración a estos derechos se presenta habitualmente como afectación de grupos o colectivos más o menos determinados, generalmente sectores sociales excluidos que reflejan situaciones de características estructurales y que demandan, consecuentemente, remedios de naturaleza colectiva. Por lo tanto, señaló que esta realidad demanda necesariamente del diseño y puesta en práctica de mecanismos del litigio colectivo para aquellos casos en los que la titularidad de un derecho, corresponde a un sujeto plural o colectivo, o en los que el derecho requiere de manera necesaria formas de ejercicio colectivo. En estos casos, a fin de reclamar protección judicial, es preciso que alguien pueda invocar la afectación grupal o colectiva, y no sólo la afectación individual. En sentido similar, es necesario que alguien esté en condiciones de reclamar un remedio de carácter colectivo, y no sólo uno que se agote en el alcance individual. De lo contrario, el recurso no podrá ser considerado efectivo⁶³.

3.2.2. Acción cautelar y de fondo

En la Constitución de 1998, el amparo procede solamente en caso de violación o amenaza de violación, cuando es inminente o amenaza con causar un daño grave. Esta caracterización reduce la posibilidad de que se protejan derechos humanos solo en casos *urgentes*. Sin embargo, esta nueva clasificación, en cambio, plantea la distinción entre los casos de extrema gravedad y urgencia, con los que no los son, es decir, existe la posibilidad de solicitar medidas cautelares conjunta o independientemente de las acciones de fondo, con el objeto de *evitar, impedir o hacer cesar la violación o amenaza de violación* de un derecho humano. Esto le permite al juzgador y a las per-

62 La única excepción en este caso sería el *hábeas data* en virtud del carácter reservado de la información.

63 Organización de Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales*, OEA/Ser.L/V/II.129 Doc. 4, 2007, párrafo 271.

sonas, la adopción de medidas urgentes de manera que se evite daños *irreparables* a las personas⁶⁴.

Pero al mismo tiempo, el juez también puede pasar a conocer el fondo del asunto, con lo cual, todos los casos que no comportan la *urgencia o inminencia* de la amenaza o vulneración, también pueden ser protegidos. Cada proceso de fondo culmina con declarar la existencia o inexistencia de la violación, y en el primer caso, se dictan conjuntamente las medidas de reparación.

3.2.3. Reparación integral

Finalmente, la última innovación se refiere a la posibilidad de que en caso de constatarse la violación de derechos humanos, el juez además de declararla, deberá ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que deben cumplirse.

La reparación integral surge en la práctica del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, derivada de la obligación del Estado de reparar la infracción de sus obligaciones internacionales; y son las medidas de reparación ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que buscan la reparación integral de las consecuencias que la violación produjo. Las medidas de reparación, en el ámbito interamericano, comprenden tanto aquellas que buscan garantizar que los hechos no se repitan (garantías de no repetición) como aquellas que buscan indemnizar económicamente los daños materiales y morales (medidas de compensación).

La reparación integral comprende, en primer lugar, la plena restitución de los derechos violados (*restitutio in integrum*), que se obtiene con el restablecimiento de la situación anterior a la violación, cuando ello es posible,

⁶⁴ Esta concepción de las medidas cautelares fue inspirada en la práctica de la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto a este tema. Véase Ernesto Rey Cantor, y Ángela Rey Anaya, *Medidas cautelares y medidas provisionales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Bogotá, Editorial Temis, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2005, Internet, <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?!=2047>, Acceso: 20 junio 2008.

adecuado y suficiente. En la mayoría de casos la restitución ha sido imposible, debido a que las víctimas habían sido desaparecidas, ejecutadas o torturadas. La reparación integral se logra, entonces, con medidas que brinden a las víctimas una *satisfacción* mas allá de lo económico, como el reconocimiento de la responsabilidad del Estado, los pedidos de disculpas, los actos de desagravio, las becas de estudio; así como con medidas orientadas a *evitar la repetición* en el futuro de hechos de esa naturaleza (cambios legislativos, investigación y sanción de los responsables de los hechos, educación en derechos humanos de funcionarios estatales, implementación de un registro de detenidos, entre otras). La reparación integral incluye también el pago de una indemnización que la Corte ha otorgado como *medida de compensación económica* del dolor sufrido, de los perjuicios patrimoniales generados y de los gastos realizados como consecuencia de las violaciones y la búsqueda de amparo de los derechos⁶⁵.

La adopción de este concepto de reparación de la práctica internacional, pretende brindar a las personas víctimas de violaciones de derechos humanos un mecanismo constitucional, y por lo tanto, interno, que remedie la vulneración. Además, el juez siempre debe ordenar la reparación integral a través de la individualización de las medidas y de los encargados de cumplirlas.

3.3. Garantías de Política Pública

Estas garantías incumben al Poder Ejecutivo, en razón de su potestad administrativa y consisten en la adopción de estándares derivados del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que vinculan obligatoriamente a las autoridades en la implementación, ejecución y rendición de cuentas de una política pública, de manera que se hagan efectivos los derechos que busca promover dicha política.

Tanto el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, como la Convención Americana de Derechos Humanos y su

65 Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, *Las reparaciones en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos*, 2004, Internet, <http://www.cejil.org/gacetitas/22Gaceta%20Rep%20final.pdf>, Acceso: 20 junio 2008.

Protocolo adicional establecen la obligación de los Estados de adoptar las medidas legislativas *o de otro carácter* de manera progresiva que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades previstos en dichos instrumentos⁶⁶. Una de las interpretaciones de esta norma internacional, es que el Estado tiene el deber de desarrollar un plan que asegure el cumplimiento de las obligaciones de los todos los derechos mediante la elaboración de “políticas claramente formuladas y cuidadosamente adaptadas a la situación, entre ellas, el establecimiento de prioridades que reflejen los derechos protegidos”⁶⁷.

Este mecanismo para hacer efectivos los derechos a nivel del Poder Ejecutivo, surge de la corriente denominada “enfoque de derechos en las políticas y estrategias de desarrollo” que considera al Derecho Internacional de los Derechos Humanos como un marco conceptual capaz de orientar la formulación, implementación y evaluación de políticas sociales⁶⁸ por medio de la adopción de principios en su implementación de manera que se hagan efectivos los derechos que dichas políticas buscan promover. Entre estos principios se encuentran, el de inclusión, de participación, de rendición de cuentas, de responsabilidad y los estándares sobre igualdad y no discriminación.

Un ejemplo de la adopción de estas garantías en otros países, podemos encontrarlo en casos como el de Chile, mediante las garantías sociales, en las cuales se aplica este enfoque en las políticas públicas, el cual permitió un avance sobre la situación de pobreza que descendió unos 20 puntos en los últimos 15 años. Las garantías sociales vinculan a las personas que viven en situación de pobreza con una estructura de oportunidades y bienestar que permite su desarrollo humano. El diseño de las garantías sociales en Chile está compuesto a su vez, de subgarantías como el acceso, calidad, oportunidad, permanencia, participación y exigibilidad⁶⁹.

66 Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Art. 2, Convención Americana de Derechos Humanos, Art. 2, Protocolo adicional a la Convención Americana en relación con derechos sociales, Art. 2.

67 Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, *Observación General No 1*, párrafos 3 y 4.

68 Véase Abramovich, Víctor, *Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo*, Revista de la CEPAL No 88, 2006.

69 Banco Interamericano de Desarrollo, *Relatoría sobre Garantías Explícitas en la implementación de los derechos económicos sociales y culturales en América Latina y el Caribe*, 2007, pp. 13-17.

Finalmente, dentro de nuestra propuesta se ha previsto como garantía jurisdiccional y a la vez como garantía de política pública, la posibilidad de que la obligación de elaborar políticas sociales sea revisada judicialmente por la Corte Constitucional. Esto encuentra su razón, en que si se establecen estándares como la inclusión y la participación en la ejecución de una política, los destinatarios de la misma, al constatar que dicha política no cumple con los estándares, podrían demandar la reformulación de ella sobre la base de dichos principios.

En el caso de la Corte Constitucional colombiana, mediante la declaratoria del *estado de cosas inconstitucional*⁷⁰, ha revisado tres casos paradigmáticos en los cuales las políticas públicas no cumplían sus objetivos debido a falencias estructurales, y ordenó su rediseño.

3.3.1. Revisión de las políticas públicas en educación

En un primer caso, la Corte revisó dos expedientes acumulados de tutelas interpuestas por docentes de distintos municipios, quienes alegaban la violación del derecho fundamental a la salud por parte de los Alcaldes, puesto que no se encontraban afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

La Corte, después de examinar lo concerniente a la política económica de la educación en el país con relación a la distribución del situado fiscal y

70 La acción de tutela fue una gran innovación en la Constitución colombiana de 1991 dado que gracias a ella se logró un cambio en la mentalidad jurídica del país y ha logrado tener el carácter de norma jurídica que otorga derechos subjetivos. La Corte Constitucional Colombiana fortaleció la acción de tutela, a través de la eventual revisión de los fallos, con el fin de examinar las decisiones adoptadas por los jueces de instancia, confirme o revoque las mismas y realice diferentes construcciones jurisprudenciales alrededor de la interpretación del texto constitucional. Las sentencias en principio sólo producen efectos interpartes, es decir, circunscritos al ámbito de acción del proceso en particular. No obstante lo anterior, la Corte ha establecido la posibilidad de que sus fallos de revisión produzcan efectos más allá de las partes involucradas en el proceso. Lo anterior lo ha realizado mediante varias construcciones jurisprudenciales, entre ellas el llamado Estado de Cosas Inconstitucional. Al respecto, véase Alzate, Luis, *El Estado de cosas inconstitucional*, Internet, http://www.ripj.com/art_jcos/art_jcos/num13/art.13/13EL%20ESTADO%20DE%20COSAS%20INCOSNTITUCIONAL%20REVISTA%20UV.mht, Acceso: 2 mayo 2008.

al nombramiento de docentes sin contar con recursos presupuestales para ello, concluyó que estaba frente a un problema general que afectaba a un número significativo de docentes en el país y cuyas causas se relacionaban con la ejecución desordenada e irracional de la política educativa⁷¹.

La Corte analizó la pertinencia de la declaratoria y tomó en cuenta la necesidad de evitar la congestión y disminuir el número de procesos en los que se ventilen los mismos hechos, cortando el problema de raíz, no sólo para los casos analizados sino para que el Estado rehaga su política en relación con este tema.

3.3.2. Revisión de las políticas públicas del sistema carcelario

Posteriormente, la Corte Constitucional declaró el estado de cosas inconstitucional en el sistema carcelario colombiano en tres sentencias diferentes⁷². En la primera sentencia, basa la declaratoria en la inexistencia de política criminal y en la negligencia e ineficacia de los responsables del sistema carcelario. Declaró que todos los actores del sistema: Ministerio de Justicia, Departamentos, Municipios, Rama Judicial y Rama Legislativa, influyeron por acción u omisión en la violación, es decir, que en la vulneración coadyuvaron múltiples entidades del Estado dado que el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario no era el único responsable de la política carcelaria del país. Por tanto, calificó como una falla estructural del sistema por la ausencia de políticas públicas⁷³.

Esta declaratoria en el sistema carcelario se reitera en una sentencia posterior, por no ser este sistema capaz de garantizar la vida de los defensores de derechos humanos reclusos⁷⁴. Finalmente, en una tercera resolución, se declara el estado de cosas inconstitucional en el sistema carcelario, en virtud de que no se garantizaba el derecho a la salud y asistencia médica de las personas privadas de la libertad⁷⁵.

71 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU 559, 1997.

72 Corte Constitucional de Colombia, Sentencias T 153, T 590 y T 606 de 1998.

73 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T 153, 1998.

74 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T 590, 1998.

75 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T 606, 1998.

3.3.3. Revisión de las políticas públicas para las personas desplazadas

En un caso reciente⁷⁶, la Corte conoció varias acciones de tutela contra instituciones estatales por no cumplir con su misión de proteger a la población desplazada y por no dar respuesta efectiva a sus solicitudes en materia de vivienda, acceso a proyectos productivos, atención de salud, educación y ayuda humanitaria. La Corte Constitucional estableció que las condiciones de vulnerabilidad extrema que padece la población desplazada, y la omisión estatal reiterada en brindarle una protección oportuna y efectiva, violaba —entre otros derechos— el derecho al trabajo, a la salud, a la seguridad social, a la educación.

Según la Corte, esta violación masiva, prolongada y reiterada obedecía a un problema estructural en razón de la insuficiencia de recursos y a una precaria capacidad institucional por lo que declaró un estado de cosas inconstitucional, y consecuentemente, impuso la obligación a las autoridades de reelaborar la política pública a fin de ajustar sus actuaciones de manera que se logre la concordancia entre los compromisos adquiridos para cumplir los mandatos constitucionales y legales, y los recursos asignados para asegurar el goce efectivo de los derechos de las personas desplazadas⁷⁷.

IV. Conclusiones: ¿invención o reconstrucción?

Al iniciar el estudio de la garantía, sostuvimos que perseguir el ideal de los derechos humanos es una búsqueda que pareciera no tener fin, o peor aún, nos confunde cada vez más. Bastaría por ejemplo, mirar los grandes logros del constitucionalismo contemporáneo, como las ambiciosas cartas políticas que intentan consagrar el reconocimiento de todos los derechos, o los varios mecanismos legales o institucionales creados para dotar de coherencia a un sistema que pretende la consagración de los derechos como centro de la actividad estatal, todo esto, frente a una realidad desbordante en la

⁷⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-025, 2004.

⁷⁷ *Ibidem*.

que: arbitrariedad, exclusión, racismo, violencia e injusticia persisten, toman nuevas formas y ganan nuevos espacios⁷⁸.

Enmarcándonos en el proceso histórico que atraviesa el Ecuador, ciertamente, desde el punto de vista de protección a los derechos, la pregunta radica en ¿cómo hacer para que la nueva Constitución sea un paso hacia delante para su tutela? La respuesta indudablemente admitirá diversas soluciones dependiendo de las distintas formas en que entendemos la protección a un derecho. Asimismo, si nos hiciéramos la misma pregunta en veinte años o más, seguramente la respuesta será diferente. Pensar en los derechos humanos, consecuentemente, es ingresar a un laberinto infinito, en donde cada vez que creemos haber encontrado una solución, nos damos cuenta de que ésta siempre es imperfecta e inacabada.

Sin embargo, este ensayo se propuso demostrar que podemos responder a la pregunta de cómo mejorar la protección de los derechos por medio de sus garantías, las cuales son un elemento clave en el nuevo paradigma en el cual nuestra nueva Constitución pretende inscribirse.

Para sustentar esta afirmación, evidenciamos que la noción de derecho fundamental no es sinónimo de garantía. Planteamos entonces que la garantía, en un sentido amplio, es todo mecanismo para hacer efectivo un derecho, entendida la efectividad como el ejercicio pleno del derecho. Entonces, el primer avance es dejar de creer que un derecho está “garantizado” por la Constitución desde el momento en que dicho derecho ha sido simplemente proclamado en el texto constitucional.

También demostramos que la efectividad de un derecho no se reduce a la concepción de garantía como reparación del derecho violado, sino que responde a una concepción mucho más amplia, puesto que supone la extensión de los responsables de garantizar, así como de los distintos medios a través de los cuales el derecho puede ser efectivizado.

A su vez, esta concepción de garantía y el enfoque amplio de su actuación, pusieron en evidencia que no existen fórmulas dadas sobre cuáles son las garantías que hacen efectivos los derechos, puesto que los meca-

78 La confusión aumenta aún más, si a todo esto le sumamos la existencia de todo un aparataje institucional internacional integrado por innumerables organismos que persiguen a su vez el ideal de los derechos humanos y los cientos de normas internacionales que los respaldan.

nismos que se creen para el efecto responderán directamente a factores internos de la sociedad en la que esta necesidad tenga lugar, y por lo tanto, le corresponde a dicha sociedad la elaboración de sus propias técnicas de garantía.

En tal sentido, manifestamos que la construcción de las garantías deba ser unitaria, compleja y democrática en la medida en que estas características implican la necesidad de que su construcción debe fundarse en la interdependencia e indivisibilidad entre todos los derechos tanto civiles, como sociales; en el reconocimiento de las diversas escalas y los diversos responsables tanto en el ámbito jurisdiccional, como extrajurisdiccional, y, finalmente, la necesidad de que la construcción de las garantías sea más participativa y menos institucional, es decir, que se le devuelva el poder a la gente de reivindicar sus derechos en los diferentes espacios sociales.

Estos elementos nos permitieron ejemplificar una propuesta de la ampliación de las garantías, en el sentido de que a cada función que integra el poder del Estado, le corresponde una forma de garantizar la efectividad de los derechos y, por tanto, una garantía; así pueden existir garantías normativas, de política pública y jurisdiccionales.

Las garantías, ¿invención o reconstrucción? Creemos que acercarnos a la garantía, a sus elementos, a su función, y a las distintas clasificaciones que se pueden hacer de ella nos ha permitido comprender que en el proceso inacabado y siempre incompleto de alcanzar la protección plena de los derechos, ésta juega un rol preponderante, en parte porque lo que ya existe debe ser repensado para saber hasta qué punto sigue siendo efectivo y, por otra, porque implica un ejercicio de creatividad en la medida en que siempre existirán nuevos retos frente a los cuales tendremos que inventar nuevas formas de luchar por el respeto a la dignidad de las personas. Desde estas perspectivas, las garantías en parte son invención, en parte son reconstrucción.

V. Bibliografía

- Abregú, Martín y Courtis, Christian (compiladores), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998.
- Arango, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2005.
- Atienza Manuel y Ferrajoli Luigi, *Jurisdicción y Argumentación en el Estado Constitucional de Derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídica de la Universidad Autónoma de México, Serie Estado de Derecho y Función Judicial, 2005.
- Banco Interamericano de Desarrollo, *Relatoría sobre Garantías Explícitas en la implementación de los derechos económicos, sociales y culturales en América Latina y el Caribe*, 2007.
- Borges, Jorge Luis, *Ficciones*, Editorial Oveja Negra, Buenos Aires, 1984.
- Carbonell, Miguel (editor), *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Editorial Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Madrid, 2007.
- Carbonell, Miguel y Pedro Salazar (editores). *Garantismo, estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Editorial Trotta, Madrid, 2005.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, Editorial Trotta, Madrid, 2001.
- , *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Editorial Trotta, España, 2001.
- González Martín, Nuria (coordinadora), *Estudios Jurídicos en homenaje a Marta Morineau*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, Serie Doctrina Jurídica, Número 282, México, 2006.
- Guastini, Ricardo, *Estudios de teoría constitucional*, Doctrina Jurídica Contemporánea/Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México/Fontamara, México, 2001.
- Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional en la Constitución (La Justicia Constitucional)*, Traducción de Rolando Tamayo y Salmurón, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, Serie Ensayos Jurídicos Número 5, México, 2001.
- Melish, Tara, *La Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*

- en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Center for International Human Rights Yale Law School, 2003.
- Organización de Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales”, OEA/Ser.L/V/II.129 Doc. 4, 2007.
- Peces Barba, Gregorio, *Las Garantías de los derechos*, Universidad Carlos III, Madrid, 1999.
- Peña Freire, Antonio, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Editorial Trotta, Madrid, 1997.
- Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías, elementos para una reconstrucción*, Editorial Trotta, Madrid, 2007.
- Rey Cantor, Ernesto y Rey Anaya, Ángela, *Medidas cautelares y medidas provisionales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Bogotá, Editorial Temis, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2005.

Revistas

- Abramovich, Víctor, *Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo*, Revista de la CEPAL No 88, 2006.
- Ávila Santamaría, Ramiro, “El amparo constitucional: entre el diseño liberal y la práctica formal”, en *Un cambio ineludible: la Corte Constitucional*, Revista del Tribunal Constitucional, Quito, 2007.
- Ferrajoli, Luigi, “Garantías constitucionales”, Revista Argentina de Derecho Constitucional, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2000.
- , “El derecho como sistema de garantías”, en Revista “Jueces para la democracia”, No. 16-17, Madrid, 1992.

Instrumentos Legales

- Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación General No 1.
- Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Asamblea General de la ONU, “Declaración y Programa de Acción de Viena”,

- A/CONF.157/23, 12 julio 1993.
- Constituciones de la República del Ecuador de 1851, 1852, 1861, 1869, 1878, 1884, 1897, 1906, 1929, 1946 y 1998.
- Convención Americana de Derechos Humanos, “Pacto de San José de Costa Rica”, 1969, R.O. 801, 6 agosto 1984.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU 559, 1997.
- , Sentencias T 153, T 590 y T 606 de 1998.
- , Sentencia T 153, 1998.
- , Sentencia T 590, 1998.
- , Sentencia T 606, 1998.
- , Sentencia T-025, 2004.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Cantoral Benavides, Sentencia de 18 agosto 2000, párrafo 178; Caso Durand y Ugarte, Sentencia de 16 agosto 2000, párrafo 137; y Caso Castillo Petruzzi y otros, Sentencia de 30 mayo 1999, párrafo 207.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.
- Protocolo adicional a la Convención Americana en relación con derechos sociales.
- Tribunal Constitucional del Ecuador, Resolución No. 0862-04-RA, 2005.
- Tribunal Constitucional del Ecuador, Resolución No. 0140-2003-RA, R.O.130, 22 julio 2003.

Internet

- Alzate, Luis, “El Estado de cosas inconstitucional”, Internet, http://www.ripj.com/art_jcos/art_jcos/num13/art.13/13EL%20ESTADO%20DE%20COSAS%20INCOSNTITUCIONAL%20REVISITA%20UV.mht.
- Consejo de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, “Informe del Estado ecuatoriano al Examen Periódico Universal de Derechos Humanos, A/HRC/WG.6/1/ECU/1, 2008”, Internet, http://www.mmrree.gov.ec/mre/documentos/pol_internacional/multi-lateral/derechos_humanos/informe_ecu_epu.pdf.

Democracia sustancial: sus elementos y conflicto en la práctica

Juan Pablo Morales Viteri

Sumario

I. Introducción. II. Los elementos de la democracia sustancial en el modelo garantista: 2.1. Democracia formal o política. 2.2. Derechos fundamentales. 2.3. El juez garante. III. La democracia sustancial en la práctica. 3.1. La sentencia sobre la ley de referendo de la Corte Constitucional de Colombia. 3.1.1. La democracia formal o política. 3.1.2. Los derechos fundamentales. 3.1.3. El juez garante. 3.2. La sentencia sobre la demanda de inconstitucionalidad de la convocatoria a consulta popular del Tribunal Constitucional del Ecuador. 3.2.1. La democracia formal o política. 3.2.2. Los derechos fundamentales. 3.2.3. El juez garante. IV. La interacción de los elementos de la democracia sustancial y el respeto al principio democrático. 4.1. Los elementos y su interacción. 4.2. El conflicto democrático y su resolución. V. Algunas reflexiones finales. VI. Bibliografía

I. Introducción

En febrero de 1997 se produce la caída del presidente Abdalá Bucaram y con este hecho se inicia un proceso de quebrantamiento de la institucionalidad democrática que ha implicado un creciente involucramiento de la ciu-

ciudadanía en el quehacer político. Lo anterior encuentra asidero en la observación de los acontecimientos que acabaron con la salida de Lucio Gutiérrez. Autoconvocatorias, protestas y movilizaciones pacíficas, organización de comités y asambleas barriales, son algunos ejemplos de cómo la ciudadanía se apropia del espacio público y de la actividad política tras un largo período en el cual se mantuvo como observadora de la lucha por el poder que tenía como escenario las instituciones democráticas tradicionales, fundamentalmente el Congreso Nacional, y como principales actores los partidos políticos y sus integrantes.

El actual proceso constituyente que vive el Ecuador, es resultado innegable de este resurgir de la conciencia democrática y participativa de la ciudadanía. El proyecto de constitución propone veedurías sociales para la designación de los cargos políticos más importantes, fortalecimiento de los mecanismos de democracia directa y la inclusión de una nueva función estatal de Transparencia y Control Social. Estos son ejemplos reales de cómo la participación de las personas ha influido en la incorporación de un aparataje a nivel del estado que le garantice tomar parte en las decisiones de los poderes públicos, así como también de la respuesta del poder ante la fuerza de la participación de la ciudadanía. En términos teóricos, todo lo anterior se puede traducir en la búsqueda de los pueblos por reemplazar una democracia representativa por una participativa.

Sin embargo, esta ciudadanía activa en la práctica y esta democracia participativa en la teoría se enfrentan hoy a un nuevo paradigma, el *garantismo*. Uno de sus mejores exponentes es sin duda Luigi Ferrajoli, quien ha considerado como ideal la consecución de un estado constitucional de derecho que se traduce en una democracia limitada sustancialmente por los derechos fundamentales. El garante de estos derechos es el juez constitucional, quien estaría capacitado para desconocer las decisiones de las mayorías, lo que pone en duda el principio democrático en este nuevo modelo de estado.

En ese contexto, el presente artículo pretende analizar qué elementos configuran una democracia sustancial y cómo se integran para equilibrar el principio democrático dentro del estado constitucional de derecho, para lo cual desarrollaremos los siguientes puntos:

a) Una aproximación teórica al modelo garantista donde surge la idea de la democracia sustancial, la cual se explicará tras el análisis de sus elementos: la democracia formal, los derechos fundamentales y el juez constitucional como garante. A propósito de este último elemento plantaremos el conflicto con el principio democrático.

b) Conocido el modelo teórico y el problema analizaremos desde la práctica cómo funcionan estos elementos. Nos serviremos de una sentencia de la Corte Constitucional de Colombia y otra del Tribunal Constitucional del Ecuador referidas a procesos de inconstitucionalidad planteados contra mecanismos de democracia directa.

c) A partir de esta comparación analizaremos cómo la interacción de los distintos elementos es necesaria para la construcción de un modelo de democracia sustancial dentro de un estado constitucional de derecho.

d) Finalmente, plantaremos algunas reflexiones sobre los elementos de la democracia sustancial y cómo superar el conflicto entre el juez garante y el principio democrático.

II. Los elementos de la democracia sustancial en el modelo garantista

Tras los horrores que representaron las guerras del siglo pasado, el derecho empezó a buscar nuevas fórmulas que le permitan adaptarse a las sociedades de la postguerra y concebir una construcción de aparatos jurídicos que, a la vez que alienten su desarrollo, busquen la manera de controlar los excesos provocados por la falta de controles efectivos del poder de los estados sobre los derechos de las personas.

Las constituciones que se van desarrollando en este período responden a esa búsqueda y, por tanto, se transforman en el motor que impulsan esta nueva visión del derecho constitucional. Se destacan como ejemplo de lo anterior la constitución italiana de 1947, alemana de 1949 y española de 1978.

Estos textos van acompañados del desarrollo de teorías de un nuevo constitucionalismo que superan las concepciones positivistas vigentes hasta entonces, que consideraban a la constitución simplemente como una declaración de principios sin efectiva fuerza vinculante, y la transforman en un texto normativo con real vigencia y aplicabilidad.

Lo anterior se consigue con el apareamiento de la justicia constitucional que juega un papel definitivo en la realización práctica de los valores que se consagraron en estos textos como derechos, pues logran acercar el deber ser con el ser de la ciencia jurídica.

Estos cambios influyen en los ordenamientos jurídicos, que poco a poco se van constitucionalizando. Este proceso de constitucionalización se podría verificar de acuerdo con Riccardo Guastini¹, cuando existen determinadas condiciones que se pueden resumir de la siguiente manera:

a) La existencia de una constitución rígida que en consecuencia no sea fácilmente modificable por la legislación ordinaria;

b) Garantías judiciales que permitan el control de conformidad de las leyes con la constitución;

c) Fuerza vinculante de la constitución que implica el paso de la consideración del texto como un cuerpo declarativo a la aceptación de su carácter de norma jurídica real y de efectiva aplicación;

d) Interpretación extensiva del texto constitucional que se verifica en la presencia de sus principios y normas sobre todo el ordenamiento jurídico, haciendo posible a través de los mismos buscar soluciones a los problemas jurídicos más simples.

e) Directa aplicación de la constitución para resolver no sólo los conflictos entre los poderes del estado o entre este y las personas, sino también para resolver los conflictos entre particulares;

f) Interpretación constitucional de las leyes; y,

g) Influencia de la constitución sobre las relaciones políticas que se traduce en que los órganos de control de constitucionalidad puedan analizar la fundamentación política de las normas.

Se podría afirmar entonces que cuando nos encontramos frente a un sistema jurídico que se ha constitucionalizado, se ha verificado en la práctica un cambio de paradigma, que consiste en el paso de un sistema jurídico legalista a uno constitucional.

1 Véase Guastini, Ricardo, "La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: El caso italiano", en Carbonell, Miguel (editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, Editorial Trotta, 2003, Madrid, pp. 49-70.

Luigi Ferrajoli denomina garantista a este nuevo paradigma, que supera el modelo positivista jurídico tradicional al promover la sujeción de la producción jurídica no sólo a normas formales, sino también a normas sustanciales, siendo las primeras aquellas que expresan el ser y existencia del derecho, mientras que las segundas, aquellas que definen su deber ser y validez.

Estos vínculos y límites sustanciales no son otros que los derechos fundamentales que dentro del modelo garantista que plantea cumplen una doble función, pues se erigen como vínculos sustanciales que condicionan la validez de las normas producidas y a la vez constituyen los fines que el estado constitucional de derecho persigue, principio que se puede resumir en la “sujeción del derecho al derecho”².

Así, este autor señala que se puede llamar modelo garantista al sistema de legalidad de una naturaleza distinta al tradicional, en el cual se conjugan el ser y el deber ser del derecho, y la norma positiva no sólo condiciona sino que a su vez está condicionada por vínculos jurídicos formales y sustanciales y, como consecuencia de lo anterior, desempeña “un papel de garantía en relación con el derecho ilegítimo”³.

La influencia de este cambio de paradigma se traduce en el ámbito político en una afectación a la concepción de la democracia, pues el imperio de los derechos fundamentales implica el paso de una democracia formal a una democracia sustancial que la complementa y que tiene un efecto directo en la correlación de fuerzas entre los poderes del estado, sobre todo entre legislativo y judicial.

La democracia sustancial sería una respuesta a la crisis de aquella denominada formal que se refleja en la no sujeción de los poderes públicos a la ley, y por tanto en la existencia de nuevas formas de absolutismo en el ejercicio del poder debido a la carencia de límites y controles adecuados⁴.

Este modelo de democracia se caracteriza por traducir la dicotomía entre vigencia y validez de la norma al campo de la política, que de igual manera se expresa en la limitación de las decisiones de las mayorías impues-

2 Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Editorial Trotta, Madrid, 1999, p. 22.

3 *Ibidem*, p. 19.

4 *Ibidem*, p. 17.

ta por los derechos fundamentales, que como normas sustanciales determinan aquello sobre lo que no se puede decir y aquello sobre lo que no es posible no decidir.

Para poder entender mejor la propuesta democrática de Ferrajoli, la dividiremos en los tres elementos que constituyen los supuestos sobre los cuales se levanta: la democracia formal, los derechos fundamentales y el juez garante.

2.1. Democracia formal o política

La construcción del modelo de democracia sustancial presupone la existencia de la democracia política, la cual está relacionada con la esfera formal. Se ocupa de regular quién decide y cómo se decide, y por tanto tiene una función netamente procedimental, garantizada por supuesto por normas jurídicas que regulan los procesos decisionales.

Bobbio identificó esta realidad y definió su democracia mínima como “el conjunto de reglas (primarias o fundamentales) que establecen quién está autorizado para tomar las decisiones colectivas y bajo qué procedimientos”⁵.

Cabe preguntarse entonces cuáles son estas reglas primarias. La respuesta a la primera cuestión se resuelve específicamente de forma distinta en cada ordenamiento jurídico. Sin embargo existen dos principios fundamentales que inspiran las reglas para adoptar las decisiones colectivas y que son comunes a todas las democracias: el principio de soberanía popular (quién decide) y la regla de la mayoría (cómo se decide).

El principio de soberanía popular hace referencia a los sujetos que cada ordenamiento reconoce como aptos para la adopción de las decisiones colectivas, es decir quienes tienen el poder de decidir. Siguiendo a Bobbio, un estado democrático lo es en mayor medida mientras la atribución de este poder de decisión recae en el mayor número de miembros de un grupo y por tanto los procesos de democratización de los países no son otra cosa que la ampliación progresiva del voto⁶. Como vemos, el principio de soberanía

5 Bobbio, Norberto, *El futuro de la Democracia*, Fondo de Cultura Económica, 1997, México, p. 24.

6 En este sentido, para Bobbio, una sociedad donde el voto se reconoce a los ciudadanos varones,

popular se restringe al conjunto de normas jurídicas que regulan quiénes son aptos para decidir por la colectividad.

Respecto a la regla de la mayoría, Bobbio la reconoce como la regla democrática por excelencia, pues de ella depende la obligatoriedad para todo un grupo. Lo anterior tiene por supuesto una implicación fundamental pues se le otorga a esta regla la posibilidad de legitimar democráticamente una decisión. A pesar de su importancia, la regla de la mayoría también se reduce en los textos constitucionales a una regulación normativa que nos dice cómo se adopta la decisión.

Queda claro entonces que la democracia formal o política resuelve el quién y el cómo de las decisiones colectivas, pero falta la definición del qué, lo cual se soluciona con el elemento central de la concepción ferrajoliana, los derechos fundamentales.

2.2. Derechos fundamentales

Bobbio reconoce que no basta la existencia de reglas que atribuyan el poder de participación de determinados sujetos, o que se determinen procedimientos como la regla de la mayoría para la adopción de decisiones colectivas para considerar la existencia de una democracia mínima. Señala que es indispensable la existencia de determinados supuestos necesarios para el funcionamiento adecuado de estas reglas y establece que estos supuestos “son los derechos ‘inviolables’ de los individuos”⁷, es decir aquellos derechos que son propios del estado liberal, por lo que encuentra una relación de interdependencia entre estado democrático y estado liberal, pues son necesarias determinadas libertades para el ejercicio de la democracia y es indispensable la democracia para la existencia de las libertades fundamentales.

Ferrajoli presenta un desarrollo más profundo sobre los derechos fundamentales⁸ como condición de la democracia, y señala que estos derechos

mayores de edad, es más democrática que aquella que sólo reconoce el derecho de voto de los ciudadanos propietarios, y a la vez menos democrática que aquella que reconoce el voto también para las mujeres. *Ibidem*, p. 25.

7 *Ibidem*, p. 26.

8 Ferrajoli define formalmente los derechos fundamentales afirmando que estos son “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a ‘todos’ los seres humanos dotados del sta-

se distinguen de los demás por cuanto reúnen dos características principales, por una parte son universales, y por otra son indisponibles.

La universalidad de los derechos fundamentales consiste en su pertenencia a todas las personas en la misma medida. La indisponibilidad⁹, por otro lado, es una característica que se expresa tanto en sentido activo y pasivo, es decir que de una parte implica que estos no se pueden vender o disponer por su titular, y de otra no son expropiables o limitables por otros sujetos, empezando por el Estado, lo que implica por supuesto la exclusión de las decisiones políticas o de mayoría.

Estos derechos así concebidos y constitucionalizados constituyen la dimensión sustancial de la democracia pues marcan y definen el contenido de las decisiones colectivas, es decir sobre qué no se puede decidir y sobre qué no se puede no decidir, actuando como elementos de legitimación y de deslegitimación de lo que se decide.

Surge entonces el cuestionamiento de qué tipo de derechos son los fundamentales para constituir el límite sustancial y a la vez el elemento de legitimación de la democracia. Es en este punto en que Ferrajoli supera la idea de Bobbio y llega a la conclusión de que existen dos tipos de derechos fundamentales, los de libertad y los sociales. Los primeros consisten en expectativas negativas que se corresponden a la vez con límites negativos impuestos a los poderes públicos. Los segundos consisten en expectativas positivas, que corresponden a vínculos positivos también dirigidos a los poderes públicos¹⁰.

tus de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por 'derecho subjetivo' cualquier expectativa (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por 'status' la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas". Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, p. 37.

9 Ferrajoli realiza una comparación entre los derechos fundamentales y los patrimoniales y establece dos diferencias, la primera radica en la universalidad de aquellos y la singularidad de estos, y la segunda diferencia es que los fundamentales son derechos indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles y personalísimos. Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, pp. 46-47.

10 La clasificación en derechos de libertad y sociales y la implicación de obligaciones negativas y positivas que les corresponde, ha sido criticada ampliamente. Así, Gerardo Pisarello señala que los derechos fundamentales tienen múltiples facetas y son, por tanto, complejos "en parte positivos, en parte negativos; en parte costosos, en parte no costosos; en parte individuales, en parte colectivos; en parte universales y en parte específicos". Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Editorial Trotta, 2007, Madrid, p. 75.

Por supuesto, estos derechos fundamentales requieren la existencia de garantías adecuadas para su defensa. Al hablar de garantías debemos entonces referirnos al tercer elemento de la democracia sustancial, es decir el juez garante.

2.3. El juez garante

El papel de garantes que asumen los jueces en un modelo de estado constitucional de derecho encuentra su justificación en la realidad de un derecho inválido o lagunoso debido a la inevitable existencia de vicios de incoherencia o falta de plenitud en el ordenamiento jurídico¹¹, vicios que son reducibles sólo mediante la existencia de garantías adecuadas¹² que reduzcan la distancia entre las normas y su efectividad y hagan posible la eficacia de los derechos fundamentales. Bajo estas consideraciones, los jueces cumplen una función de garantía de las personas frente a las posibles violaciones provocadas por los poderes públicos.

Este papel de garante se cumple reemplazando el paradigma positivista de la obligatoria sujeción del juez a la ley por el de la sujeción del juez a la ley válida, es decir aquella que guarda coherencia con los límites sustanciales.

Si expresamos este cambio de paradigma sobre las categorías que nos presenta Dworkin, aquel juzgador que responda al tenor literal de la ley corresponde a la categoría del juez mecánico, es decir aquel mal juez, rígido que aplica la ley sin importar que esto implique injusticia o ineficacia de la decisión, mientras que aquel que se sujete a la ley válida estaría actuando como el juez Hércules, es decir quien interpreta el derecho como un todo integral¹³.

Quienes se han adscrito a esta línea de pensamiento coinciden en que para un buen funcionamiento de este modelo, es imperativa la necesidad de que sean los jueces quienes asuman el papel de garantes y por tanto son

11 *Ibidem*, p. 25.

12 Para un análisis completo sobre las garantías y su funcionamiento en este nuevo paradigma, véase en esta misma obra “Las garantías en el garantismo”, por Carolina Silva.

13 Dworkin, Ronald, *El Imperio de la Justicia*, Gedisa, 1992, Barcelona, pp. 20-173.

éstos, sobre la base de los límites sustanciales impuestos por los derechos fundamentales, quienes pueden contradecir las decisiones de una mayoría.

Así, Luis Prieto Sanchís¹⁴ encuentra como un rasgo fundamental de este nuevo constitucionalismo la omnipotencia judicial, que se traduce en la pérdida de la autonomía legislativa. Alfonso García al analizar los aspectos implícitos en la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos, y específicamente al hablar del aspecto político señala como la consecuencia más relevante el desplazamiento del protagonismo del poder legislativo al poder judicial¹⁵.

En consecuencia, el papel del juez como garante de los derechos fundamentales puede resultar objetable y calificado de antidemocrático cuando las autoridades judiciales intervienen en los procesos de decisión política, pues la pérdida de autonomía legislativa se traduce en que no sean los ciudadanos ni sus representantes quienes en última instancia toman las decisiones, sino una élite judicial.

El problema como vemos se traduce en una cuestión de legitimidad de jueces desprovistos de representatividad para invalidar las decisiones que adopta el poder legislativo electo democráticamente.

Un argumento propuesto para desvirtuar esta objeción es el que presenta Robert Alexy, que contrapone la representación política del legislativo frente a la representación argumentativa de los jueces. En su análisis no se desconoce la tensión que se genera entre los derechos fundamentales¹⁶ y la democracia, sobre todo en una sociedad plural. Afirma que la base de los derechos fundamentales no puede levantarse sobre las convicciones que varían de persona a persona, sino sobre la construcción de una moral pública que busque establecer qué considera como condiciones de coope-

14 Prieto Sanchís, Luis, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en Carbonell, Miguel (editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, Editorial Trotta, 2003, Madrid, p. 133.

15 García Figueroa, Alfonso, “La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo”, en Carbonell, Miguel (editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, Editorial Trotta, 2003, Madrid, p. 167.

16 Para Alexy, los derechos fundamentales son aquellos que gozan de un máximo rango en el ordenamiento jurídico, máxima fuerza jurídica para su exigibilidad, máxima importancia del objeto regulado y el máximo grado de indeterminación que abre el camino a su interpretación. Alexy, Robert, “Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático”, en Carbonell, Miguel (editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, Editorial Trotta, 2003, Madrid, p. 34.

ración social justa tan importantes que deben sustraerse de la decisión del legislativo.

Frente a este conflicto la representación argumentativa aparece como la construcción de un discurso a partir de la contraposición de razonamientos opuestos para obtener una solución basada en el consenso, opuesta por tanto a la regla de la mayoría.

Sin embargo, la oposición a esta regla pierde fuerza cuando se analiza que en una sociedad pluralista la unanimidad es una realidad imposible y por tanto, tras la decisión de qué es lo que estaría fuera de las decisiones de las mayorías, existe a su vez una decisión a cargo de quien tenga en un momento determinado esta potestad y que se adopta con la misma regla de mayoría. Esto sucede en cualquier proceso mediante el cual se declara la inconstitucionalidad de una ley, donde el poder legislativo, electo democráticamente, aprueba un texto legal respetando el procedimiento y obviamente aplicando la regla de la mayoría. Posteriormente, en caso de que se presenten objeciones a lo que este organismo decida, sería otro órgano colegiado encargado del control constitucional quien decida si ha existido una violación a un límite sustancial, y de encontrar efectivamente una antinomia entre estos y la ley impondrá su decisión sobre la mayoría legislativa. Este órgano colegiado indefectiblemente adoptará su resolución por mayoría. Nos enfrentamos entonces a una realidad que implica la adopción procedimental de decisiones bajo la regla de la mayoría, ante la imposibilidad fáctica de la unanimidad.

Esta contra argumentación la presenta Waldron, y la refuerza cuando a la regla de la mayoría le endilga una calidad moral superior a los otros procedimientos de toma de decisiones colectivas, por cuanto se presenta como el único mecanismo que “reconoce y toma en serio la igual capacidad de autogobierno de las personas, el derecho de todos y cada uno a que su voz cuente, y cuente en pie de igualdad con la de cualquier otro, en el proceso público de toma de decisiones”¹⁷.

El problema que se deriva del conflicto entre los derechos fundamenta-

17 Véase Waldron, Jeremy, “A Right-Based Critique of Constitutional Rights”, citado por Juan Carlos Bayón, “Derechos, Democracia y Constitución”, en Carbonell, Miguel (editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, Editorial Trotta, Madrid, 2003, p. 218.

les y la democracia subsiste, y lo resume magistralmente Alexy en la siguiente cita: “Quién consiga convertir en vinculante su interpretación de los derechos fundamentales –esto es, en la práctica, quien logre que sea la adoptada por el Tribunal Constitucional Federal–, habrá alcanzado lo inalcanzable a través del procedimiento político usual: en cierto modo habrá convertido en parte de la Constitución su propia concepción sobre los asuntos sociales y políticos de la máxima importancia y los habrá descartado de la agenda política de modo que habrá convertido en insuficiente una mayoría parlamentaria...”¹⁸.

Más allá de esta controversia presente en los distintos análisis teóricos, resultante de la tensión entre derechos humanos y el principio democrático, que deriva en el cuestionamiento de la legitimidad del juez como garante de los derechos y por lo tanto en su facultad para desconocer las decisiones mayoritarias, este es el sistema de control constitucional que funciona y se aplica en países europeos y latinoamericanos con distintos matices y con distintos resultados. Por esta razón, a continuación proponemos un análisis de cómo funcionan los distintos elementos de la democracia sustancial en la práctica y cómo se resuelven los cuestionamientos que sobre este modelo se levantan.

III. La democracia sustancial en la práctica

Hemos realizado una aproximación teórica para entender los tres elementos que suponen la existencia de una democracia sustancial. Ahora vamos a ver cómo funcionan estos elementos en la práctica, para lo cual nos serviremos de un análisis de dos sentencias dictadas por los órganos de control de constitucionalidad de Colombia y Ecuador.

Las dos sentencias versan sobre mecanismos de democracia directa, en el caso colombiano sobre la ley de referendo, y en el caso ecuatoriano sobre la convocatoria a consulta popular para convocar una asamblea constituyente, lo cual hace que el objeto de las sentencias resulte relevante pues nuestro análisis pretende observar el funcionamiento de la democracia sustancial y sus efectos sobre la participación política de la ciudadanía.

¹⁸ Alexy, Robert, *op. cit.*, p. 36.

Para este efecto, revisaremos cada una de estas sentencias haciendo un análisis de los antecedentes alrededor del fallo, para luego estudiar cómo funcionó cada uno de los elementos de la democracia sustancial.

3.1. La sentencia sobre la ley de referendo de la Corte Constitucional de Colombia

El 7 de agosto de 2002, Álvaro Uribe Vélez se posesionó como presidente de la República de Colombia y el mismo día propuso al Congreso un referendo para reformar la Constitución que tenía como objetivos “derrotar la corrupción y fortalecer la inversión social”¹⁹.

Los temas propuestos para este referendo incluían, entre otros, el régimen de inhabilidades de los funcionarios públicos, la reducción de los escaños en el parlamento, reformas al sistema electoral, congelamiento de salarios del sector público, congelamiento del gasto público, reformas al régimen de partidos y movimientos políticos, inversión en educación y salud y ampliación del período de alcaldes y gobernadores.

El proceso no estuvo ausente de críticas desde distintos sectores, así lo demostró el concepto negativo emitido por la Procuraduría de Colombia o la calificación del referendo como engorroso e inútil por parte de sus opositores²⁰. Para algunos analistas la extensión del texto de reforma constitucional propuesto, la dispersión de las materias sometidas a la consulta, y la posibilidad de que dichas reformas se pudieran tramitar por vía legislativa²¹ se mostraron como las principales falencias del proceso.

En ese contexto, la Corte Constitucional Colombiana dictó la sentencia C-551/03 9 de julio 2003, mediante la cual se revisa la constitucionalidad de la Ley 796 de 2003, que convocó al referendo en mención, en uso de las atribuciones que le confiere la constitución colombiana²².

19 Discurso pronunciado por el presidente Álvaro Uribe ante la Asamblea de las Naciones Unidas, 30 septiembre 2003, Internet, www.presidencia.gov.co.

20 Véase “Los colombianos votan en un ‘engorroso’ referendo”, *Hoy* (Quito), 25 octubre 2003.

21 Véase Quinche, Manuel, *Reforma política y referendo en Colombia, dentro de los procesos de reforma de la Constitución de 1991*, Universidad del Rosario, Argentina, 2004, p. 97.

22 Constitución de la República de Colombia, Arts. 241, 378 y 379.

3.1.1. La democracia formal o política

Se ha establecido que la democracia formal o política es el conjunto de reglas que determinan quién y cómo se decide. La constitución colombiana establece como procedimiento para la reforma constitucional por medio de referendo, la expedición de una ley. La iniciativa le pertenece al ejecutivo y la aprobación al legislativo. Una vez aprobado por el legislativo se somete a control por parte de la Corte Constitucional previo al pronunciamiento popular para verificar el respeto de los requisitos formales solamente. Tras el dictamen de la Corte, el pueblo se pronuncia mediante votación.

Se distinguen en el procedimiento colombiano cuatro momentos claramente diferenciados: el de la iniciativa, la aprobación de la ley, el control constitucional y la decisión popular. En estos momentos las reglas de quién decide es distinta, en el primero es el Gobierno a través del presidente de la República, en el segundo, son las dos cámaras del parlamento, en el tercero es la Corte Constitucional y en el cuarto es el pueblo.

La regla de cómo se decide es la de mayoría salvo en el primer momento cuando depende de la voluntad exclusiva del gobierno. En el segundo, se requiere de la aprobación mayoritaria de ambas cámaras, en el tercero la resolución se adopta por mayoría de magistrados, y en el cuarto se necesita el voto afirmativo de más de la mitad de los sufragantes siempre que estos excedan de la cuarta parte del total de ciudadanos que integran el censo electoral, es decir una mayoría calificada.

En el presente caso todas las reglas que configuran la democracia formal fueron respetadas. Así, fue el presidente Álvaro Uribe, quien presentó la iniciativa de reforma constitucional, fueron las dos cámaras del parlamento colombiano los que aprobaron la ley de referendo mediante de mayoría, fue la mayoría de magistrados de la Corte Constitucional los que revisaron la constitucionalidad de la ley y fue la mayoría del pueblo colombiano la que se pronunció por medio de elecciones.

Con lo anterior podríamos señalar que el primer elemento de la democracia sustancial en el caso de la ley de referendo de Colombia ha sido respetado.

3.1.2. Los derechos fundamentales

Los derechos fundamentales como límites sustanciales a la decisión de la mayoría, fueron determinados por la Corte a partir de la potestad que le otorga la constitución para decidir previo al pronunciamiento popular sobre la constitucionalidad de la convocatoria a referendo sólo por vicios de procedimiento en su formación²³.

En su argumentación este tribunal señala que hay tres vínculos sustanciales a la luz de los cuales debe revisar la constitucionalidad del texto de la ley de referendo: la integralidad del texto constitucional, las limitaciones materiales de la reforma y el respeto de la libertad del elector.

En sus consideraciones, la Corte apela a la interpretación sistémica del texto constitucional²⁴ y encuentra que su competencia en el ámbito normativo se extiende no sólo al articulado que regula el procedimiento de formación de la ley de referendo, sino a otras disposiciones constitucionales relevantes, al Reglamento del Congreso y a la Ley Estatutaria de Mecanismos de Participación, bajo el entendido que sólo el estudio de toda esta normativa permitirá determinar el alcance de los requisitos de aprobación de la ley que convoca a un referendo²⁵. Señala por supuesto que dicho análisis se limita a las disposiciones pertinentes de los cuerpos normativos citados, es decir a aquellas que desarrollen en forma estrecha y directa los principios y valores constitucionales, y explica por tanto que no toda infracción a la normativa provoca vicios de inconstitucionalidad²⁶.

En referencia a la competencia de la Corte para analizar el contenido material de una reforma constitucional ese tribunal señala que en sentencias anteriores²⁷ se había declarado ya incompetente, básicamente porque la naturaleza de una reforma es la de modificar los mandatos del texto consti-

23 Constitución de la República de Colombia, Art. 241.

24 Respecto de la unidad de la Constitución, ver Sentencia SU 1122 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, Fundamento 6.

25 Sentencia C 551/3, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, Fundamento 8.

26 *Ibidem*, Fundamento 11.

27 Sobre la incompetencia de la Corte colombiana para conocer acerca del contenido material de reformas constitucionales ver Sentencia C 543 de 1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz, Fundamento 3.1 y Sentencia C 487 de 2002, M.P. Alvaro Tafur Galvis, Fundamento 3.3.1.

tucional²⁸. A pesar de lo anterior, la Corte no encuentra clara esta limitación para el caso de las leyes de referendo por dos razones: la primera es que el texto constitucional tiene como uno de sus requisitos fundamentales el respeto a la libertad de elector, que no se lo puede catalogar como un vicio de procedimiento, y la segunda es que a pesar de que un procedimiento formalmente resulte perfecto, si es realizado por una autoridad pública que no tiene competencia para hacerlo, adolecerá de un vicio de competencia que tiene proyección sobre el contenido material de la reforma y sobre el procedimiento.

Para la Corte, el principal problema de competencia en cuanto a la reforma constitucional radica en determinar si efectivamente nos encontramos frente a una reforma o si dicha reforma comporta en sí misma una sustitución de los principios y valores que contiene la Constitución, en cuyo caso estaríamos frente a una violación de los límites materiales que impiden derogar, subvertir o sustituir la constitución en su integridad, facultad que sólo la tiene el constituyente originario y no el derivado.

Es claro este tribunal al determinar en su sentencia que el poder de reforma tiene límites materiales y por tanto se deben analizar cada una de las reformas planteadas a fin de determinar si se han extralimitado, sin que lo anterior implique ejercer un control material del contenido de la reforma²⁹.

La Corte continúa fundamentando su sentencia para proceder a un análisis mucho más concreto de la ley de referendo, para lo cual se remite a las características especiales de este tipo de leyes. Señala que es importante resaltar que el referendo constituye un mecanismo de reforma de la constitución del pueblo, no del ejecutivo o legislativo, pues así lo determina la constitución colombiana³⁰.

Rescata la importancia de este mecanismo dentro de una democracia participativa, y recuerda al mismo tiempo los riesgos que implicaría un manejo inadecuado por parte de los poderes constituidos, por lo que concluye que el referendo es un mecanismo que articula tres elementos: la

28 Sentencia C 551/3, *op. cit.*, Fundamento 13.

29 *Ibidem*, Fundamento 39.

30 El artículo 374 señala que la Constitución Política podrá ser reformada por el Congreso, por una Asamblea Constituyente o por el pueblo mediante referendo.

democracia representativa, que se verifica en el debate y aprobación de la ley por parte del Congreso; la participación directa del pueblo, que decide qué reformas aprueba y qué reformas no aprueba; y la garantía judicial, que implica el control automático de la Corte Constitucional sobre la regularidad en el procedimiento de formación de la ley³¹.

Con estos fundamentos, la Corte determina cuáles son las exigencias de una ley de referendo y señala cuatro: la reserva de iniciativa en favor del gobierno, la aprobación por mayoría absoluta de los miembros de ambas cámaras del Congreso, la garantía de la libertad del elector en la presentación del texto y la prohibición de que los proyectos de reforma constitucional reformen per se las disposiciones de la Constitución por no haber sido aprobados aún por el pueblo³².

La Corte analiza cada uno de estos temas, sin embargo el más importante resulta del estudio que realiza sobre la libertad del elector.

Al respecto, este tribunal cita el artículo 258 de la constitución colombiana, que en concordancia con el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 25 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos garantiza la libertad del elector³³.

Señala la sentencia que garantizar la libre formación de la voluntad política de la ciudadanía es fundamental dentro de la democracia, y tiene mayor trascendencia cuando se trata del ejercicio del sufragio en un referendo, pues el mecanismo puede ser utilizado para manipular al sufragante con la finalidad de legitimar regímenes autoritarios plebiscitariamente³⁴.

Es en este punto donde la construcción argumentativa de la Corte llega a una conclusión de suma importancia puesto que la constitución política al referirse a la votación en referendo establece que éste deberá presentarse de manera que los electores puedan escoger libremente en el temario qué votan positivamente y qué votan negativamente, lo cual tiene como consecuencia directa que el análisis de este tribunal recaiga indiscutiblemente

31 Sentencia C 551/3, *op. cit.*, Fundamento 44.

32 *Ibidem*, Fundamento 46.

33 *Ibidem*, Fundamento 118.

34 *Ibidem*, Fundamento 120.

sobre el texto de la ley de referendo para verificar que se cumpla con la garantía de libertad del votante³⁵.

El segundo elemento de la democracia sustancial, la existencia de derechos fundamentales que limitan las decisiones mayoritarias, ha sido establecido por la Corte Constitucional colombiana a lo largo de la sentencia.

3.1.3. El juez garante

El papel del juez constitucional como garante de los límites sustanciales que se imponen a las decisiones de la mayoría se verifica en esta sentencia. En efecto la Corte Constitucional colombiana reconoce el papel que le corresponde como garante de la interpretación integral de la constitución, de la verificación de los límites en la competencia de reforma y de la libertad del elector.

En función del primer límite sustancial determina que su competencia se extiende a otras disposiciones de la constitución y a otros textos normativos. La Corte determinó que el procedimiento que se ha seguido para la aprobación de la ley no viola sus disposiciones completamente, salvo los casos específicos de algunos numerales en los cuales las comisiones parlamentarias excedieron sus competencias, o en los cuales se violó el principio de publicidad, mismos que fueron declarados inexecutable.

En función de los límites materiales de la reforma, la Corte analiza todo el texto de la ley para verificar que ninguna disposición de las que se pretende someter a aprobación del pueblo implique sustitución del texto constitucional o reforma constitucional anticipada a la decisión popular. Su sentencia determinó que el texto que se iba a someter a conocimiento del pueblo no vulneraba estos límites sustanciales.

En función de la libertad del elector la Corte revisa todo el texto sometido a su conocimiento, y determina la necesidad de que el texto responda al principio de lealtad y claridad que permita la expresión libre del sufragante. La Corte resolvió en virtud de este derecho declarar inexecutable las notas introductorias de todas las preguntas, eliminar la casilla para el voto en blanco, eliminar la posibilidad del voto en bloque, eliminar textos de

35 *Ibidem*, Fundamento 121.

algunos numerales que configuraban preguntas compuestas y eliminar frases que daban el carácter de plebiscitarias a ciertas preguntas.

Como se observa, la Corte Constitucional recibió un texto elaborado por un cuerpo democráticamente electo, determinó cuáles eran los límites sustanciales que el referendo debía respetar, y finalmente cambió el articulado de tal manera que se ajuste a estos límites. El juez actuó como garante de los derechos fundamentales, con lo cual podemos afirmar que el tercer elemento de la democracia sustancial se ha verificado en este ejemplo.

3.2. La sentencia sobre la demanda de inconstitucionalidad de la convocatoria a consulta popular del Tribunal Constitucional del Ecuador

El economista Rafael Correa el mismo día de su posesión como presidente del Ecuador, 15 de enero de 2007, firmó el Decreto Ejecutivo 002 por medio del cual convocaba a una Asamblea Constituyente de plenos poderes para que transforme el marco institucional del estado y elabore una nueva constitución. A la convocatoria se adjuntó un estatuto para el funcionamiento de este organismo.

El fundamento constitucional de esta convocatoria era la disposición³⁶ que establece que el Presidente de la República puede convocar a consulta popular cuando a su juicio se trate de cuestiones de trascendental importancia distintas a la reforma constitucional.

Este decreto fue remitido al Tribunal Supremo Electoral a fin de que se organice la consulta; sin embargo, tras solicitar un informe a la comisión jurídica, este organismo remitió el decreto del Presidente al Congreso Nacional para que éste lo califique de urgente, es decir para que siga el trámite de consulta popular para reformas constitucionales³⁷.

La convocatoria a la consulta popular para instalar una asamblea de plenos poderes estuvo rodeada de un sinnúmero de detractores. De hecho el parlamento nacional en un principio contaba con una mayoría compuesta por algunos bloques parlamentarios que buscaban dejar sin piso la iniciati-

36 Constitución Política de la República del Ecuador, Art. 104, numeral 2.

37 *Ibidem*, numeral 1.

va gubernamental, esta mayoría se desarma en un momento determinado y así se da paso a la calificación de urgencia por parte del parlamento.

La declaratoria de urgencia por parte del Congreso Nacional se efectivizó el 13 de febrero del mismo año, tras realizar algunas reformas al estatuto de elección, instalación y funcionamiento de la asamblea constituyente, con lo que se procedió a realizar la convocatoria a la consulta por parte del organismo electoral fijando como fecha para la elección el 15 de abril de 2007.

Sin embargo, el 27 de febrero el Presidente de la República emite un nuevo decreto en el cual codifica el mencionado estatuto y realiza reformas al mismo, remite nuevamente al Tribunal Supremo Electoral, y este vuelve a realizar la convocatoria.

Tras los cambios en el estatuto por parte del gobierno y la nueva convocatoria, se desata un conflicto institucional entre el Congreso Nacional, el Tribunal Supremo Electoral y la Presidencia de la República.

En ese contexto, el Congreso Nacional a través de su presidente, demanda la inconstitucionalidad de la resolución emitida por el organismo electoral por medio del cual se convoca a la asamblea constituyente.

3.2.1. La democracia formal o política

El procedimiento para convocar una asamblea constituyente no se encuentra regulado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano como sí lo está en otros como el colombiano o venezolano. En estas circunstancias, podemos asegurar que no existen las reglas que determinen el quién y cómo de la designación de un organismo como la asamblea.

Sin embargo, por parte del gobierno se optó por utilizar el mecanismo del plebiscito, que tiene solamente dos momentos, el primero, en el cual el presidente es quien decide la convocatoria y, el segundo, en el cual el pueblo decide qué aprueba y qué no. En el primer momento la decisión depende sólo del presidente y en el segundo la decisión se adopta por mayoría de votantes.

Por parte del Tribunal Supremo Electoral y el Congreso Nacional, se optó por utilizar el mecanismo del referendo que supone tres momentos: la convocatoria, quien decide es el presidente; la calificación de urgencia,

quien decide es el parlamento, y la aprobación de los textos de reforma, quien decide es el pueblo. En el primer momento el presidente decide por sí mismo, en el segundo el Congreso decide por mayoría de sus miembros y en el tercero, el pueblo decide por mayoría de votantes.

Las reglas del quién y el cómo se decide colectivamente sí existen, tanto para el caso del plebiscito como del referendo, sin embargo quedaron graves dudas respecto de cuál era el mecanismo correcto, si el planteado desde el gobierno o el planteado desde el parlamento, por lo que el primer requisito de la democracia sustancial aparece no tan claro en este ejemplo.

3.2.2. Los derechos fundamentales

En la demanda de inconstitucionalidad se señalan algunos preceptos constitucionales que se consideran violados por la convocatoria a consulta popular, empezando por aquellos que definen el trámite del referendo, aquellos que limitan las atribuciones y autonomía de los poderes públicos, los que regulan las materias que requieren la expedición de una ley ordinaria y orgánica para su regulación, y los que norman las elecciones pluripersonales además del derecho a elegir y ser elegidos.

Los argumentos básicamente señalan el hecho de que las reformas al estatuto de elección, instalación y funcionamiento de la asamblea realizadas por el Presidente de la República se encuentran en conflicto con la constitución, que por tanto el Tribunal Supremo Electoral no podía resolver sobre la convocatoria sin solicitar nuevamente la calificación de urgencia por parte del Congreso, toda vez que estas reformas incluyen violaciones expresas a normas constitucionales.

Tanto de los fundamentos de la demanda, como del hecho de la falta de regulación jurídica expresa en el ordenamiento ecuatoriano para la convocatoria a una Asamblea Constituyente, se desprende la existencia de un conflicto en cuanto a las competencias y procedimiento a seguir de tal manera que se garanticen los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Lamentablemente, las consideraciones del Tribunal Constitucional son extremadamente limitadas y no abordan el problema planteado, pues en primer lugar, la mayor parte de sus fundamentos los dedica a elaborar una distinción simplista entre poder constituyente originario y derivado

desde la doctrina³⁸, y en segundo lugar, desarrolla una reflexión sobre los plenos poderes de la asamblea³⁹, tesis que la abandonará meses más tarde cuando se plantee la inconstitucionalidad del mandato constituyente 001⁴⁰.

Los derechos fundamentales como límites sustanciales están recogidos en los principios y disposiciones de la Constitución Política del Ecuador, sin embargo ni en la demanda ni en la sentencia fueron debidamente argumentados. El segundo elemento de la democracia sustancial ha sido desestimado.

3.1.3. El juez garante

En el caso del Tribunal Constitucional ecuatoriano, el papel de garante de los derechos fundamentales como límites sustanciales para la democracia fue dejado absolutamente de lado, no sólo porque a pesar de que existían planteamientos claros respecto de los problemas de competencia el tribunal decidió no argumentar al respecto, sino y principalmente porque el fundamento central para desechar la demanda consiste en lo que la jurisprudencia constitucional colombiana ha definido como carencia actual de objeto.

En efecto, en su considerando décimo segundo, el Tribunal Constitucional hace un recorrido cronológico del procedimiento que inició el 5 de marzo con la demanda que presentó el Congreso Nacional y continúa estableciendo las fechas en las cuales se evacuaron todas las diligencias y señala que la audiencia pública dentro de este proceso se celebró el 19 de abril de 2007, es decir cuatro días después de realizada la consulta popular que dio origen a la demanda. Lo que llama la atención sobre todo es que el

38 Resolución 0008 TC, considerando 6.

39 *Ibidem*, considerando 11.

40 El Tribunal Constitucional mediante resolución 0043 de 26 febrero 2008, desechó la demanda de inconstitucionalidad propuesta contra el Mandato 001 de la Asamblea Constituyente en la cual asumía los plenos poderes y los hacía efectivos destituyendo y nombrando funcionarios públicos. En los argumentos de la demanda de inconstitucionalidad se citó la sentencia objeto de nuestro análisis, por cuanto en la misma los magistrados definieron los plenos poderes y señalaron sus límites. Sin embargo, este criterio se cambió en esta última sentencia, razonando que en la anterior los argumentos no constituían *ratio decidendi* (la base de la decisión) sino *obiter dicta* (argumentos complementarios sin poder vinculante).

propio Tribunal señaló esa fecha para el desarrollo de la audiencia ante el pedido realizado por el Secretario General Jurídico de la Presidencia de la República.

Por supuesto, la resolución que se dicta recién el 5 de julio de 2007, no hace otra cosa que desechar la demanda debido a que los ciudadanos se habían pronunciado mayoritariamente a favor de la convocatoria a la Asamblea Constituyente, configurándose así la carencia actual de objeto.

Este proceder del Tribunal riñe con una de sus propias conclusiones pues previo a analizar los límites del poder constituyente establece que el dotar a la Asamblea Constituyente de plenos poderes para reformar el marco institucional del estado es una disposición equívoca constante en su estatuto. Este reconocimiento de lo equívoco del planteamiento estatutario afectaba por supuesto a la pregunta que se presentó a la ciudadanía en la convocatoria, que establecía exactamente lo mismo.

De acuerdo con la jurisprudencia colombiana las preguntas que se planteen a consideración de la ciudadanía deben respetar los principios de lealtad y claridad, es decir que deben estar redactadas de tal manera que no puedan producir equívocos, pues caso contrario estaríamos frente a una violación de la libertad del elector.

¿Tenía facultad el Tribunal para analizar si una pregunta equívoca violaba la libertad del elector? La respuesta sin lugar a dudas es afirmativa. A pesar de que la constitución ecuatoriana no tiene una disposición expresa que determine que la votación en una consulta popular debe respetar la libertad para elegir lo que se aprueba o rechaza como si la tiene la constitución colombiana, la libertad del elector encuentra su fundamento justamente en su objeto, es decir en el elegir.

Si esta argumentación no resultare suficiente, la interpretación integral del texto constitucional habría obligado al Tribunal a revisar la disposición de la Carta Magna que señala que los derechos humanos contemplados en los instrumentos internacionales vigentes son directamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad; por tanto, el derecho a que se garantice la libre expresión de la voluntad de los electores contemplado en la Convención Americana y en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos debió ser analizado si cabía la duda de que el planteamiento de la pregunta podía resultar equívoco.

Sin duda tampoco el tercer elemento de la democracia sustancial estuvo presente en este ejemplo.

IV. La interacción de los elementos de la democracia sustancial y el respeto al principio democrático

4.1. Los elementos y su interacción

Antes de intentar algunas reflexiones sobre la importancia de la interacción de todos los elementos de la democracia sustancial para posibilitar la existencia del modelo en el estado constitucional de derecho, conviene realizar una aclaración respecto de la inclusión de las sentencias analizadas.

En primer lugar, debemos señalar que no se intenta proponer desde esta comparación la idea de que en Colombia se vive una real democracia sustancial y que por tanto el modelo del estado colombiano responde al que se ha denominado constitucional de derecho perfecto, y que por el contrario, el modelo de estado y democracia ecuatorianos resultan absolutamente defectuosos. En la actualidad existen graves cuestionamientos al constitucionalismo y sus limitaciones para responder a los desafíos que los derechos humanos representan en la realidad de una sociedad plural como la que vivimos hoy⁴¹.

Tampoco hemos pretendido la realización de un estudio jurisprudencial comparado extenso y estamos conscientes de las limitaciones que representa la revisión de tan sólo dos sentencias; sin embargo la comparación de estos fallos por el tema que abordan nos brindan una perspectiva clara sobre los elementos que constituyen una democracia sustancial y su funcionamiento, y la influencia de estas resoluciones en la vida política de un estado. Con estas dos consideraciones, quisiéramos resaltar algunos hechos objetivos consecuencia de los procesos de referendo y consulta popular que han sido estudiados.

Tras la sentencia de la Corte Constitucional, y una vez que el texto definitivo del referendo fue sometido a consideración del pueblo colombiano,

41 Para un análisis completo sobre las limitaciones de la Corte Constitucional de Colombia, véase en esta misma obra, "Constitucionalismo más allá de la Corte Constitucional", por Claudia Escobar.

no fue aprobado pues no contó con el umbral de participación electoral requerido, a pesar de la gran popularidad de la que gozaba el presidente Álvaro Uribe en esos momentos (algunas notas de prensa la ubicaban sobre el 70 por ciento)⁴².

Esto nos conduce a una primera reflexión: la influencia definitiva que tuvo la decisión de la Corte de procurar que el referendo, como mecanismo de democracia participativa, no sea desvirtuado a favor del gobierno de turno. No podremos respondernos qué habría pasado si se permitía mantener los contenidos plebiscitarios de las reformas, o las notas introductorias absolutamente inductivas y por tanto violatorias de la libertad electoral; sin embargo, dado el alto nivel de popularidad del que gozaba el gobierno proponente de las reformas, sería innegable afirmar que de no mediar el estudio de la Corte, la popularidad del gobierno habría marcado el resultado.

En el caso de la Consulta Popular para la instalación de una Asamblea Constituyente, como lo reconoce el mismo Tribunal Constitucional, la mayoría de la población se pronunció favorablemente, alcanzando de hecho el resultado más alto de apoyo que ha recibido una consulta popular en la historia democrática del Ecuador⁴³. También nos cuestionamos sobre qué habría sucedido si el Tribunal Constitucional asumía un rol realmente garantista, y analizaba la competencia y el procedimiento adecuados para realizar una convocatoria para instalar una asamblea constituyente, o si reflexionaba sobre la libertad del elector y lo equívoco de otorgar plenos poderes a este organismo. Nuevamente no podemos saber el resultado pero estamos seguros de que un análisis pertinente y a tiempo del Tribunal Constitucional habría influido en la decisión de la ciudadanía.

En todo caso, las dos sentencias nos muestran como el funcionamiento correcto o incorrecto de los elementos produce resultados distintos. Para poder hablar de la existencia de una democracia sustancial la concurrencia de sus tres elementos es indispensable.

En el caso de la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia los tres elementos funcionaron perfectamente. La democracia política o formal regla quién decide y cómo decide en el caso de una ley de referendo. Los

42 "El referéndum en Colombia, cerca del fracaso", La Nación, 26 octubre 2003.

43 El sí triunfó en la consulta popular con el 81,72 por ciento.

derechos fundamentales y principios que inspiran la constitución colombiana se expresan claramente en el análisis de la Corte que determina cuáles son aquellos aplicables al caso concreto. El papel de garante se traduce en la protección que hace de la libertad del elector y en virtud de lo cual modifica el texto de la ley de referendo aprobada por el parlamento.

En el caso de la sentencia del Tribunal Constitucional del Ecuador, la democracia formal no daba respuesta a la necesidad de convocar una asamblea constituyente, por lo que el ejecutivo escogió un mecanismo y el legislativo otro, lo cual generó un conflicto en cuanto a la competencia y el procedimiento. Los derechos fundamentales que recoge la constitución ecuatoriana, así como los instrumentos internacionales no fueron esgrimidos ni por los demandantes ni por el juez constitucional. El papel de garante del juzgador no se hizo efectivo en ningún momento, a tal punto que la sentencia se expide cuando su resolución no tenía efecto alguno. Este caso resulta extremo por cuanto ninguno de los elementos se encuentra configurado claramente.

4.2. El conflicto democrático y su resolución

Respecto del papel del juez como garante de los derechos, cabe preguntarse si el conflicto que señalamos se presenta entre éste y el principio democrático subsiste en los casos de estudio que hemos presentado, y de ser así, cómo se resuelve este problema en la práctica.

La sentencia colombiana es una muestra fáctica no sólo del funcionamiento de la democracia sustancial, sino del conflicto con el principio democrático. Al revisar el procedimiento por medio del cual se elabora una Ley de referendo en Colombia, nos percatamos que la iniciativa, así como la discusión y aprobación son facultades que pertenecen a funciones estatales que se conforman tras procesos de elección popular y que por tanto gozan de legitimidad formal indiscutible.

El texto aprobado por el Congreso de Colombia, gozó del apoyo de mayoría tanto en la Cámara del Senado, como en la Cámara de Representantes. Sin embargo, las mayorías en una democracia sustancial se encuentran con límites que establecen qué es lo que no es lícito decidir y qué no es lícito no decidir.

Existen tres vínculos sustanciales que encuentra la Corte para contrariar la decisión de la mayoría. El primero consiste en el principio de armonía del texto constitucional y su interpretación integral, mediante el cual extiende su competencia más allá del reducido texto que regula las formalidades para elaborar la ley de referendo, el segundo es el límite expreso al cual se circunscribe la competencia de reforma, y el tercero es la libertad del elector. La consecuencia de la determinación de la existencia de estos vínculos es la construcción de principios a la luz de los cuales adopta sus decisiones y decide qué normas resultan contrarias a los mismos y por tanto contrarias a la constitución.

Entonces el papel de la Corte Constitucional juega un papel importante, pues a partir de estos vínculos sustanciales, encuentra que las mayorías en el Congreso no respetaron los límites de lo que les era posible decidir, pues aprobaron una ley que en determinados contenidos los violentaba, y por tanto revisa la decisión adoptada por la mayoría para ajustar el texto a uno que si los respete.

La sentencia del Tribunal Constitucional del Ecuador, a pesar de no ser un ejemplo de garantía de los derechos fundamentales si nos muestra el conflicto con el principio democrático. Así, la resolución que rechaza la demanda de inconstitucionalidad desconoce las razones que invoca el Congreso Nacional, órgano que goza de legitimidad democrática y que decidió por mayoría cuestionar la decisión de otro órgano y por tanto someter sus argumentos a la decisión del juez constitucional.

Esto nos lleva a dos conclusiones importantes. La primera, el conflicto democrático no se presenta sólo en aquellos estados que reúnen las características para calificarlos de constitucionales de derecho, en el cual la democracia sustancial funciona, sino en todos los estados en los cuales existe un juez constitucional. La segunda, el conflicto democrático no depende de si el juez es o no garantista, pues el desconocimiento de los vínculos sustanciales por parte de un juez sobre los argumentos de una mayoría que los invoca implica también un conflicto democrático.

La pregunta que sigue a esta afirmación es cómo resolver el conflicto democrático en un estado constitucional de derecho. Para responderla, haremos un planteamiento teórico y luego compararemos nuevamente nuestros casos de estudio.

Jünger Habermas, a partir de su teoría discursiva sobre el derecho y el estado democrático de derecho, desarrolla un pensamiento que podría solventar el problema de la legitimidad de las decisiones de los jueces sobre las mayorías.

Plantea Habermas que el principio democrático tiene como finalidad “fijar un procedimiento de producción legítima de normas jurídicas (...) sólo pueden pretender validez legítima las normas jurídicas que en un proceso discursivo de producción de normas jurídicas, articulado a su vez jurídicamente, puedan encontrar el asentimiento de todos los miembros de la comunidad jurídica”⁴⁴.

Este principio democrático influye directamente en la configuración de un sistema de derechos en el cual los derechos políticos adquieren un valor fundamental pues es a través de éstos que los personas se transforman en autores de su orden jurídico. Estos derechos los define como aquellos fundamentales “a participar con igualdad de oportunidades en procesos de formación de la opinión y la voluntad comunes, en los que los ciudadanos ejerzan su autonomía política y mediante los que establezcan derecho legítimo”⁴⁵.

Para Habermas, la democracia se debe entender cómo el pleno desempeño de la soberanía popular, que surge del ejercicio de los derechos de participación política y el libre ejercicio de los derechos humanos, sin negar por supuesto que entre ambos conceptos exista una relación de complementariedad y competencia.

La forma de entender esta relación se produce en un modelo de democracia deliberativa que se caracteriza en la existencia de un intercambio de información reflexivo previo la toma de decisiones⁴⁶. Este intercambio reflexivo, es decir la formación de la opinión y la voluntad, es posible debido a dos condiciones: la existencia de procedimientos institucionalizados jurídicamente y la existencia de procesos informales de opinión. La presencia de estos procedimientos permitiría suponer vínculos de las actuaciones de los poderes públicos a premisas racionales.

44 Habermas, Jünger, *Facticidad y Validez*, Editorial Trotta, Madrid, 2005, p.175.

45 *Ibidem*, p.189.

46 Velasco Arroyo, Juan, *La teoría discursiva del Derecho. Sistema jurídico y democracia en Habermas*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2000, p. 177.

Habermas, como una conclusión fundamental de su modelo de democracia deliberativa señala: “Sólo si se produjese tal juego de mutuas dependencias entre la formación institucionalizada de la opinión y de la voluntad política, por un lado, y las comunicaciones públicas informales, por otro, podría la ciudadanía seguir significando hoy algo más que una agregación de intereses particulares prepolíticos y el goce pasivo de derechos paternalísticamente otorgados”⁴⁷.

Es decir, la posibilidad de que existan acuerdos comunicativos⁴⁸, en otras palabras procesos de formación de opinión pública formales ajustados a aquellos informales, constituye el paso de una ciudadanía pasiva a una activa⁴⁹, y dicha participación implicaría entonces el nexo que legitime las decisiones que adopten los poderes públicos, entre ellos por supuesto el judicial.

El procedimiento de adopción de la resolución de la Corte Constitucional colombiana si bien no llega a ser unánime, cuenta con la decisión favorable de siete de los nueve magistrados. Dos de ellos presentan un salvamento parcial de su voto, pues consideran que la Corte pudo haber sido más garantista en determinados temas, sin embargo no contradicen a este Tribunal en lo fundamental, por tanto los argumentos que utiliza la Corte se ven reforzados en lo sustancial. En estas circunstancias, vemos que se verifica lo que Zagrebelsky⁵⁰ denomina la búsqueda del cumplimiento de una función republicana de la justicia constitucional, es decir la existencia de una actitud deliberativa en la decisión sobre la constitucionalidad, buscando alcanzar el máximo consenso posible.

47 *Ibidem*, p. 643.

48 Habermas, Jünger, “Democracia deliberativa. Derechos humanos y soberanía popular. Las versiones liberal y republicana”, en Del Águila, Rafael y otros (compiladores), *La democracia en sus textos*, Alianza Editorial, Madrid, 1998, p. 279.

49 Barber señala que existe una mutua dependencia entre la participación y la creación de comunidad cuando desarrolla su modelo de democracia fuerte. Desde este punto de vista, consideramos que la simple institucionalización de la participación no garantiza por si misma el debate democrático para la adopción de decisiones colectivas, si no está acompañada de una participación real de la comunidad. Barber, Benjamín, “Democracia Fuerte. Un marco conceptual: política de participación”, en Del Águila, Rafael y otros (compiladores), *La democracia en sus textos*, Alianza Editorial, Madrid, 1998, pp. 290-294.

50 Zagrebelsky, Gustavo, “Jueces Constitucionales”, en Carbonell, Miguel (editor), *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Editorial Trotta, Madrid, 2007, p. 102.

Sin embargo, la regla del consenso o incluso la unanimidad⁵¹ no garantizan el respeto de los derechos humanos y la voluntad de la mayoría. De hecho la resolución del Tribunal Constitucional del Ecuador se adoptó por unanimidad, pues la aprobaron los seis magistrados presentes el día de la resolución.

Parecería entonces que el principio de la actitud deliberativa no es suficiente si no está acompañada de un proceso importante de debate y discusión, tanto en la esfera informal como en la esfera institucional sobre las cuestiones trascendentales que se plantean para tomar la decisión.

En el caso de la Corte colombiana resalta el hecho de cómo se construye la sentencia, pues no es el resultado de una deliberación privada de personas que se consideran con la legitimidad absoluta para proceder a decidir sobre lo que es más conveniente para las personas. Al contrario, una lectura completa del fallo muestra como el procedimiento previo a la adopción de su resolución consiste en un proceso participativo debido al importante número de ciudadanos e instituciones que presentan objeciones o que apoyan el proceso de referendo y plantean observaciones a la Corte. Los argumentos de las partes no resultan desde ningún punto de vista ignorados por este Tribunal, que muy por el contrario, durante el desarrollo de su fundamentación hace referencia directa a las mismas.

Lo anterior –vale resaltar– es un procedimiento institucionalizado de participación, reglado por el decreto que regula el régimen de los juicios y actuaciones ante la Corte Constitucional, que dispone que en la audiencia se escucharán a las partes involucradas y a terceros interesados en el proceso para que argumenten oralmente sobre hechos relevantes que puedan influir en la decisión, y lo más importante, se faculta al magistrado ponente a invitar a entidades del sector público, organizaciones del sector privado y a expertos en las materias que se someten a discusión de la Corte para que

51 Para Bobbio, la unanimidad sólo es posible en el contexto de grupos restringidos y homogéneos, y cabe en dos supuestos de cuestiones de gravedad en las que cada participante tiene derecho de veto, o cuestiones sin importancia en las cuales no es problema allanarse a la decisión mayoritaria. (Bobbio, Norberto, *op. cit.*, p. 26.) El caso del Tribunal Constitucional ecuatoriano parecería haberse decidido de acuerdo al segundo supuesto.

expresen su concepto y opinen sobre puntos relevantes para la elaboración de la sentencia⁵².

Con lo anterior se cumple el primer supuesto teórico que plantea Habermas, pues la ciudadanía tiene garantizado un espacio en la formación institucionalizada de la decisión de la Corte.

Debemos verificar si existe el segundo supuesto, es decir la mutua dependencia entre el primer supuesto y las comunicaciones públicas informales. Para esto nos remitiremos a opiniones que en las fechas previas a la definición de la Corte circulaban en los medios de comunicación. Una rápida revisión de las principales noticias relacionadas con el tema nos muestra la polarización que con ocasión del referendo se presentó en distintos sectores de la sociedad colombiana, donde incluso algunos adoptaron posiciones extremas⁵³. Los temas sobre los cuales resuelve la Corte también son notas principales de prensa, pues se discutía sobre el voto obligatorio y el abstencionismo, o sobre la extensión de los períodos de autoridades electas⁵⁴. De igual manera se recogieron las posiciones a favor y en contra no sólo desde los proponentes, sino de sectores importantes de la sociedad como la banca⁵⁵ o los sindicatos⁵⁶. Incluso el papel trascendental que podía tener la decisión de la Corte⁵⁷ fue motivo de análisis y discusión en los medios de comunicación.

Todo lo anterior es muestra clara de que la institucionalización de la discusión, en la cual la sociedad tiene un espacio garantizado, también se ve influida desde fuera por la construcción informal de la comunicación que se presenta a través de los medios. De esta manera encontramos resuelto el conflicto democrático en nuestro primer caso de estudio.

En el caso del Tribunal Constitucional, en el proceso se involucró al Ejecutivo a través de la Secretaría Nacional Jurídica, al Tribunal Supremo Electoral y al Congreso Nacional, como si la decisión versara sobre una cuestión que afectaba exclusivamente a estas instituciones y no a toda la ciu-

52 Véase Decreto 2067 de 1991, Arts. 12 y 13.

53 Véase “Referendo: Y qué pasa si no pasa”, *El Tiempo*, 10 febrero 2003.

54 Véase “El issue del 2003”, *El Tiempo*, 15 enero 2003.

55 Véase “Alerta de los banqueros por el referendo”, *El Tiempo*, 5 marzo 2003.

56 Véase “Sindicatos contra referendo”, *El Tiempo*, 2 enero 2003.

57 Véase “Habemus referendo”, *El Tiempo*, 8 diciembre 2002.

dadanía. La audiencia se realizó de forma extemporánea y dejó fuera de la discusión a la sociedad, a pesar de que existe una disposición, no tan amplia como la colombiana, que faculta al Tribunal permitir la comparecencia de terceros interesados o perjudicados⁵⁸.

La comunicación informal en los medios sobre la problemática de la convocatoria fue registrada, así el conflicto jurídico y democrático que planteaba la figura de la asamblea fue uno de los temas de varios artículos y editoriales de prensa. Las posiciones a favor y en contra de la convocatoria también fueron objeto de debate en los medios⁵⁹.

Se podría argumentar en favor de la resolución del Tribunal Constitucional algunos hechos ya mencionados como el gran apoyo del cual gozaba el Presidente de la República electo, o el resultado abrumador en favor de la conformación de una asamblea constituyente. Se pueden añadir hechos también palpables a la época como el desprestigio del parlamento, la gran agitación social que terminó con marchas y protestas frente al congreso e incluso agresiones a los parlamentarios, la destitución de los legisladores y de los magistrados del propio Tribunal Constitucional. Sin duda estas expresiones ciudadanas informales y aquellas contrarias que también se expresaron de distintas maneras debieron ser tomadas en cuenta por el juzgador, sin embargo esto no sucedió.

En consecuencia, es claro que las posiciones de la sociedad a favor y en contra del proceso que se expresaron desde los canales informales, así como los cuestionamientos que una mayoría democrática planteó institucionalmente no fueron tomados en cuenta en la discusión y resolución del Tribunal Constitucional, por lo que el conflicto democrático se presenta en este caso como no resuelto.

58 Véase Reglamento de trámite de expedientes del Tribunal Constitucional, Art. 61.

59 Véase “Cambio sí, caos no”, *Hoy* (Quito), 1 enero 2007, “No existe posibilidad de convocar a constituyente”, *Hoy* (Quito), 2 enero 2007, “Asamblea sí, pero respetando los límites constitucionales”, *Hoy* (Quito), 4 enero 2007.

V. Algunas reflexiones finales

La democracia sustancial que propone Ferrajoli dentro de un estado constitucional de derecho, necesita indefectiblemente de la triple presencia de los elementos que la componen, la democracia formal, los derechos fundamentales como límites sustanciales y el juez garante de estos.

La democracia formal o política, que consiste en definir el quién y el cómo de las decisiones colectivas no es suficiente por sí sola para garantizar el respeto de los derechos fundamentales como límites sustanciales a las decisiones de mayoría. La existencia de derechos fundamentales y un juez garante en un sistema no democrático obviamente elimina la posibilidad de hablar de una democracia sustancial, pues las decisiones no se adoptarían desde la ciudadanía, sino desde el gobierno el cual libremente podría disponer sobre los derechos y sobre los garantistas.

La existencia de derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos tampoco constituye por sí misma la presencia de la democracia sustancial en un estado. Una constitución cuya parte dogmática sea considerada como meramente declarativa y sin fuerza coercitiva para que los ciudadanos y autoridades la reconozcan como límite a sus decisiones, carece de efectividad, por tanto siempre la democracia formal podrá decidir por sobre sus disposiciones. Es decir, los derechos fundamentales estarían supeditados a las decisiones mayoritarias, por tanto no gozarían de estabilidad y rigidez necesarios para ser protegidos, incluso en el supuesto de que exista un juez que realice las funciones de garantía pues los límites sustanciales realmente no marcarían sus decisiones.

Finalmente, la existencia de una democracia formal o política en la cual los derechos fundamentales se encuentren regulados de tal manera que sean considerados como verdaderos límites sustanciales a las decisiones de la autoridad sin contar con la garantía de un juez que pueda imponer estos límites, simplemente resulta ineficaz, pues las decisiones que violen estos límites no pueden ser revisadas por un organismo técnico que proteja estos derechos en beneficio de los ciudadanos, incluso contra decisiones ciudadanas mismas. Nuevamente la consecuencia de una democracia sin garantías redundaría en la sumisión de los derechos a las decisiones coyunturales de las

mayorías o inclusive de minorías, o decisiones individuales de autoridades que deciden por sí y ante sí.

El papel del juez garante, lo justifica Ferrajoli a partir de la constatación de que los ordenamientos jurídicos no son perfectos y que por el contrario adolecen de lagunas y contradicciones. Se podría extender este mismo supuesto a la democracia, y por tanto afirmar que encontrar un sistema democrático que funcione a la perfección es improbable sobre todo en la realidad de una sociedad pluralista como la que actualmente vivimos.

En ese sentido, sería aplicable la comparación que hace Bobbio cuando se refiere a su democracia mínima, y cabría señalar entonces la posibilidad de que existan democracias más sustanciales y garantistas que otras. Así, una democracia en la cual el juez garante considere como límites y vínculos sustanciales los derechos de libertad será “sustancialmente” más democrática que aquella en la que el juez garante considera la parte dogmática de la constitución como meramente declarativa, y “sustancialmente” menos democrática que aquella en la que el juez garante considera no sólo los derechos de libertad, sino los derechos sociales como vínculos para sus resoluciones.

En cualquier caso, este modelo de democracia requiere adicionalmente un cuarto elemento para poder sostenerse: el respeto del principio democrático, el mismo que se podría ver resuelto mediante la inclusión de procesos participativos en la adopción de decisiones, especialmente en aquellas que contraríen las decisiones de mayoría, y que constituyan el reflejo de las posiciones que la sociedad adopta desde canales informales de comunicación.

Lo anterior supone algunos requisitos importantes:

a) La existencia de procedimientos jurídicamente institucionalizados⁶⁰ dentro de los procesos constitucionales que permitan la participación real de la ciudadanía, y no sólo de los litigantes o afectados.

b) La existencia de espacios de formación pública de la opinión que no respondan a intereses oligopólicos, que permitan la libre formación de la conciencia de una sociedad plural.

60 Para un análisis sobre las instituciones y los derechos humanos, véase en esta misma obra, “Retos de una nueva institucionalidad estatal para la protección de derechos humanos”, por Ramiro Ávila.

c) La formación de una opinión razonada por parte del juzgador, que articule la existencia de derechos fundamentales como vínculos sustanciales que posibilitan la limitación de decisiones de mayorías, con la opinión pública resultante del ejercicio de la participación política por medio de canales formales e informales.

De esta manera, la activa participación de la ciudadanía constituye un complemento de legitimidad para el paradigma garantista y un cambio sustancial en el modelo, pues implica el paso de una visión elitista de protección de derechos a una construcción social de los mismos mediante la deliberación y la argumentación de la ciudadanía en espacios democráticos.

Se podría reformular la sentencia de Alexy diciendo que cuando el Tribunal Constitucional adopte en sus interpretaciones los argumentos de una ciudadanía activa y participativa, sin duda alguna se habrá convertido en parte de la constitución la concepción sobre los asuntos sociales y políticos de la máxima importancia, descartándolos de la agenda política y convirtiéndolos en insuficiente una mayoría parlamentaria sobre una legítima decisión democrática.

VI. Bibliografía

Doctrina

Alexy, Robert, “Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático”, en Carbonell, Miguel (editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, Editorial Trotta, Madrid, 2003.

Ávila Santamaría, Ramiro, “Retos de una nueva institucionalidad estatal para la protección de derechos humanos”, en Ávila Santamaría, Ramiro (compilador), *Neoconstitucionalismo y sociedad*, Serie Justicia y Derechos Humanos, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008.

Barber, Benjamín, “Democracia Fuerte. Un marco conceptual: política de participación”, en Del Águila, Rafael y otros (compiladores), *La democracia en sus textos*, Alianza Editorial, Madrid, 1998.

Bayón, Juan Carlos, “Derechos, Democracia y Constitución”, en

- Carbonell, Miguel (editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, Editorial Trotta, 2003, Madrid, p. 218.
- Bobbio, Norberto, *El futuro de la Democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1997.
- Dworkin, Ronald, *El Imperio de la Justicia*, Gedisa, Barcelona, 1992.
- Escobar, Claudia, “Constitucionalismo más allá de la Corte Constitucional”, en Ávila Santamaría, Ramiro (compilador), *Neoconstitucionalismo y sociedad*, Serie Justicia y Derechos Humanos, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008.
- Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Editorial Trotta, Madrid, 1999.
- García Figueroa, Alfonso, “La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo”, en Carbonell, Miguel (editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, Editorial Trotta, Madrid, 2003.
- Guastini, Ricardo, “La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: El caso italiano”, en Carbonell, Miguel (editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, Editorial Trotta, Madrid, 2003.
- Habermas, Jünger, *Facticidad y Validez*, Editorial Trotta, Madrid, 2005.
- Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Editorial Trotta, 2007.
- Prieto Sanchís, Luis, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en Carbonell, Miguel (editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, Editorial Trotta, Madrid, 2003.
- Quinche, Manuel, *Reforma política y referendo en Colombia, dentro de los procesos de reforma de la Constitución de 1991*, Universidad del Rosario, Argentina, 2004.
- Silva, Carolina, “Las garantías en el garantismo”, en Ávila Santamaría, Ramiro (compilador), *Neoconstitucionalismo y sociedad*, Serie Justicia y Derechos Humanos, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008.
- Uribe, Alvaro, Discurso pronunciado ante la Asamblea de las Naciones Unidas, 30 septiembre 2003, Internet, www.presidencia.gov.co.
- Velasco Arroyo, Juan Carlos, “La teoría discursiva del Derecho. Sistema jurídico y democracia en Habermas”, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2000.

Zagrebelsky, Gustavo, “Jueces Constitucionales”, en Carbonell, Miguel (editor), *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, Editorial, 2007.

Textos normativos

Constitución de la República del Ecuador.

Constitución de la República de Colombia.

Reglamento de trámite de expedientes del Tribunal Constitucional del Ecuador.

Decreto 2067 de 1991, que dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional de Colombia.

Jurisprudencia

Sentencia C 543 de 1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz, Corte Constitucional de Colombia.

Sentencia SU 1122 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, Corte Constitucional de Colombia.

Sentencia C 487 de 2002, M.P. Alvaro Tafur Galvis, Corte Constitucional de Colombia.

Sentencia C 551/3 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, Corte Constitucional de Colombia.

Resolución 0008-TC, Tribunal Constitucional del Ecuador, 5 julio 2007.

Resolución 0043-TC, Tribunal Constitucional del Ecuador, 26 febrero 2008.

Prensa

El Tiempo, “Habemus referendo”, 8 diciembre 2002.

El Tiempo, “Sindicatos contra referendo”, 2 enero 2003.

El Tiempo, “El issue del 2003”, 15 enero 2003.

El Tiempo, “Referendo: Y qué pasa si no pasa”, 10 febrero 2003.

El Tiempo, “Alerta de los banqueros por el referendo”, 5 marzo 2003.

Hoy, “Los colombianos votan en un ‘engorroso’ referendo”, 25 octubre 2003.

La Nación, El referéndum en Colombia, cerca del fracaso”, 26 octubre 2003.

Hoy, “Cambio sí, caos no,” 1 enero 2007

Hoy, “No existe posibilidad de convocar a constituyente”, 2 enero 2007.

Hoy, “Asamblea sí, pero respetando los límites constitucionales”, 4 enero 2007.

Estados de excepción: ¿Mal necesario o herramienta mal utilizada? Una mirada desde el constitucionalismo contemporáneo

María Daniela Dávalos Muirragui

Sumario

I. Introducción. II. Los estados de excepción en teoría: 2.1. Concepto y justificación. 2.2. Principios básicos. III. Los estados de excepción en la práctica: 3.1. De la teoría a la práctica, la realidad de los estados de excepción en América Latina. 3.2. Los estados de excepción en Ecuador. IV. ¿Qué se necesita en Ecuador? V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

I. Introducción

El decir que el “remedio es peor que la enfermedad” es una forma popular para referirse a situaciones en las que se utiliza algo para solucionar un problema o una situación adversa, y se tiene como resultado un contexto peor al que originalmente se buscaba enmendar. Esto es aplicable en ciertas ocasiones a los regímenes de los estados de excepción cuando, bajo el estandar de defender la democracia o mantener la seguridad, se toman medidas excepcionales que vulneran derechos humanos de manera “democrática”.

En el estudio del Derecho Constitucional es imprescindible analizar el régimen de excepción, institución que puede ser utilizada como una forma

de legitimizar la discrecionalidad de aquellos en el poder, o como una forma de proteger los derechos humanos ante situaciones particulares e imprevistas. El objetivo de este ensayo es presentar un estudio de lo que son los estados de excepción y lo que éstos deberían ser desde una perspectiva de derechos humanos, entendidos como la defensa que tiene el más débil contra el más fuerte¹. Con este fin, haremos un primer acercamiento al tema con relación a cómo se presentan desde la teoría a través de la conceptualización de los estados de excepción, justificación y principios básicos. En segundo lugar, haremos un acercamiento a la práctica de los estados de excepción, enfocándonos en el caso ecuatoriano y finalizaremos con conclusiones acerca de la necesidad de adecuar las normas que regulan esta institución a un paradigma garantista y protector.

II. Los estados de excepción en teoría

2.1. Concepto y justificación

De acuerdo con la doctrina, existen al menos dos acepciones² respecto de lo que es un estado de excepción³; por un lado se refiere a la contravención total y absoluta del estado de derecho por un gobierno de facto; en un segundo acercamiento, se hace relación a la modificación de ciertos mecanismos del estado de derecho para su defensa en situaciones extraordinarias. Para fines de este artículo, utilizaremos el segundo acercamiento y conceptualizaremos al “estado de excepción”, como aquel mecanismo del que dispone el Estado para defender los derechos de las personas que viven en su territorio y que por una situación no previsible,

1 De acuerdo con Luigi Ferrajoli, “los derechos fundamentales son siempre leyes del más débil contra la ley del más fuerte”. Ferrajoli, Luigi, “Sobre los derechos fundamentales”, en Carbonell, Miguel (editor), *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Madrid, Editorial Trotta, 2007, p. 86.

2 Véase Vallenas Gaona, Jesús, “Los estados de excepción a la luz de los derechos humanos en el sistema americano”, 2000, Internet, <http://www.uv.es/~ripj/4raf.htm>, Acceso: 25 mayo 2008.

3 En este artículo se utilizará la denominación genérica “estado de excepción”, que abarca a las situaciones que son nombradas en las diferentes legislaciones como “estado de emergencia”, “estado de urgencia”, “estado de sitio”, “ley marcial”, “estado de alarma”, entre otros.

no pueden ser defendidos o garantizados con los mecanismos normales que éste tiene.

Como se desprende de la anterior definición, se pueden generar situaciones especiales que ameriten la implantación de un régimen conocido de manera general como “estado de excepción”, con el fin de que el Estado pueda solucionar los problemas emergentes de tal situación. Tanto el derecho internacional como el derecho interno de los Estados admiten que en situaciones de crisis, las autoridades competentes puedan suspender el ejercicio de algunos derechos con la finalidad de restablecer la normalidad y el goce de otros derechos, tomando siempre en cuenta la intangibilidad de los derechos de acuerdo al Derecho Internacional Humanitario y el de los Derechos Humanos. Ese sería entonces, el fin básico de los estados de excepción de acuerdo al derecho internacional. En el campo del derecho nacional, su justificación aparece generalmente vinculada con la defensa de la Constitución o de las instituciones fundamentales del Estado, que tienen la responsabilidad de garantizar la libertad y seguridad de todos los ciudadanos⁴.

En este mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) establece que no existe duda de que el Estado tiene el derecho y deber de garantizar su propia seguridad, y que es indiscutible que toda sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico; pero no se puede admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno, o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos⁵. Así mismo, indica que la verdadera naturaleza y el único y auténtico fin de los estados de excepción es la defensa de la democracia, de las instituciones del Estado de Derecho y el respeto de los derechos⁶.

Por otro lado, el Comité de Derechos Humanos de la ONU manifiesta que el restablecimiento de un estado de normalidad en que se pueda asegurar de nuevo el pleno respeto del Pacto Internacional de Derechos Civiles

4 Véase Despouy, Leandro, *Los derechos humanos y los estados de excepción*, Universidad Autónoma de México, 1999, p. 230.

5 Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Castillo Petrucci y otros”, Sentencia del 30 mayo 1999, párrafo 121.

6 Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-8/87, “El Hábeas Corpus bajo suspensión de garantías”, 30 enero 1987, párrafo 20.

y Políticos (PIDCP), debe ser el objetivo primordial del Estado Parte que suspende disposiciones del Pacto⁷.

A la opinión de la CIDH nosotros queremos agregar nuestra concepción de que al hablar de la “seguridad” del Estado, debemos entender que lo que se pretende garantizar como objetivo fundamental son los derechos de las personas que viven en él. No entendemos la defensa del Estado, como el simple resguardo de una entequeia jurídica o de las instituciones en sí mismas para mantener el *statu quo*, sino más bien consideramos que la finalidad de los estados de excepción es la de proteger los derechos de cada una de las personas, que de otro modo se podrían ver atropellados por situaciones extraordinarias, y mantener vigentes las instituciones que puedan garantizar el resguardo y ejercicio de tales derechos. Siendo más incisivos en este tema, queremos dejar en claro que lo que se pretende es la protección de la persona, de los miembros de la sociedad, no de la sociedad en sí misma como un ente abstracto o bajo el concepto de mayoría, pues de esa manera, cabría la posibilidad de infringir derechos individuales por el “bien común”.

Al respecto el profesor Ronald Dworkin⁸ indica que si bien las normas no pueden ser neutrales y han de recoger lo que la mayoría considera que es el bien común, la institución de los derechos es crucial porque representa la promesa que la mayoría hace a las minorías: dignidad e igualdad serán respetadas. Insiste así mismo, que un gobierno que garantice los derechos individuales, no puede definir los derechos de los ciudadanos de modo tal que queden aislados por supuestas razones del bien general. Nosotros recalcamos que el objetivo que guíe la normativa que regula los estados de excepción, y su aplicación práctica en sí misma, debe ser el de garantizar los derechos de las personas, fin que en nuestra opinión justifica la existencia de un Estado.

Ahora bien, no podemos dejar de indicar que existen sendos debates y diferencias ideológicas en relación con la validez del estado de excepción. Una de las corrientes es muy crítica hacia esta institución pues la concibe

7 Véase Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 29, Artículo 4 “Suspensión de obligaciones durante un estado de excepción”, 72° Período de Sesiones, 2001, párrafo 1.

8 Véase Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel Derecho, 2002, pp. 302-303.

como “una incrustación de sesgo autoritario en las propias entrañas de la democracia”⁹. Quienes defienden este punto de vista consideran que el estado de excepción es incongruente con el estado de derecho puesto que éste, al estar fundamentado en un orden constitucional legítimo, no debe recurrir –ni aun en las circunstancias más difíciles– a instrumentos que sean contrarios a las convicciones democráticas. Así mismo, consideran que es una institución innecesaria pues sólo está prevista para casos de emergencia grave, cuando precisamente más se necesita de la tutela del orden constitucional.

De acuerdo con un autor contemporáneo, el filósofo Giorgio Agamben, los estados de excepción no tienen un ápice de constitucionalidad, pues no hacen nada más que suspender toda legalidad, y se deja a los ciudadanos a merced de lo que él llama “poder desnudo”, es decir, dejar a las personas desnudas o indefensas frente al poder soberano. De acuerdo con su teoría, no tiene sentido hablar de criterios de temporalidad o de “estado de necesidad” para justificar el estado de excepción, ya que todo intento de limitar el poder dentro de una situación de emergencia es vano¹⁰. Agamben, en sí mismo, no pretende plantear una idea sólida en contra de los estados de excepción, sino que intenta demostrar mediante su pensamiento que en la actualidad vivimos en un perpetuo estado de excepción, en el cual la violencia pública es la regla, en el cual la excepcionalidad se ha convertido en normalidad.

Según esta primera corriente, no debe existir dentro del ordenamiento jurídico democrático constitucional la figura del estado de excepción, pues es solamente una herramienta para vulnerar derechos; y que si bien existen momentos críticos dentro de la vida de un Estado, éstos deben ser superados con las herramientas democráticas de las que se disponen en cualquier momento. Frente a esta concepción, un tanto desalentadora del estado de excepción, está la de aquellos que sostienen que ésta es una institución válida y además necesaria para casos y circunstancias determinadas. Esta segunda visión del tema argumenta que es “imprescindible que el Estado demo-

9 Gabino Ziulu, Adolfo, *Estado de Sitio: ¿Emergencia necesaria o autoritarismo encubierto?*, Buenos Aires: Desalma, 2000, p. 177.

10 Véase Heiss, Claudia, “Reseña de State of Exception de Giorgio Agamben”, en *Revista de Ciencia Política*, Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 25, número 001, pp. 287-288.

crático esté dotado, en su constitución, de instrumentos que, en épocas de graves emergencias, sirvan para conjurar situaciones críticas que pueden llegar a amenazar la subsistencia misma del Estado, aun cuando sea el precio de concentrar transitoriamente el poder en determinados órganos o personas y de restringir los derechos y las garantías constitucionales”¹¹ .

Dentro de los matices que se pueden presentar en esta corriente, se establece que si bien la declaratoria de estado de excepción puede ser utilizada como una herramienta para proteger bienes jurídicos esenciales para la vida del Estado, también puede ser manipulada como un instrumento de legitimación de violaciones de derechos humanos. Por traer su mala utilización resultados tan delicados, es necesario que esta institución esté limitada a casos estrictamente necesarios y excepcionales, “el derecho de excepción que sirve para paliar la crisis debe ser siempre interpretado de forma restrictiva. La razón fundamental es su carácter excepcional y limitativo de los derechos”¹².

Hasta el momento hemos indicado que existen dos posiciones para enfrentar o analizar una misma situación. Es decir, hay dos vías para evitar las arbitrariedades que se podrían cometer en nombre de los estados de excepción; por un lado podemos eliminar esa posibilidad de la normativa legal y, por el otro, reconocer que en ocasiones es necesario hacer uso de esa institución pero de manera muy limitada y excepcional. Tomando en cuenta las ideas que hemos citado, proponemos analizar, desde el plano teórico, si es más conveniente constitucionalizar la posibilidad de decretar un estado de excepción o eliminarla de la normativa legal. Para hacer esta reflexión, es imprescindible preguntarnos si por el hecho de eliminar la posibilidad real de tener facultades extraordinarias, el ejecutivo dejará de necesitarlas o, de alguna manera, exigir las. La respuesta sincera y además objetiva parece ser que no. ¿Qué sucede entonces cuando los gobiernos necesiten esas facultades y no estén previstas en la normativa? Y, ¿qué sucederá cuando un gobierno implanta un estado de excepción de facto¹³ (algo

11 Gabino Ziulu, Adolfo, *op. cit.*, p. 178.

12 Hutchinson, Tomás, “La emergencia y el Estado de Derecho”, en Hutchinson, Tomas (director), *Revista de Derecho Público: La Emergencia Económica, Argentina, 2002*, p. 36.

13 Los estados de excepción de facto implican la adopción de medidas sin proclamación previa, o el mantenimiento de dichas medidas no obstante el levantamiento oficial del estado de excepción.

no poco probable de acuerdo con las prácticas que han sido registradas por el Relator de Naciones Unidas¹⁴) y no exista ninguna normativa que restrinja su conducta?

En este punto es pertinente hacer una analogía con la crítica que realizó Schmitt¹⁵ a la abolición de la guerra, mediante su simple prohibición en el plano jurídico: “una negación jurídica de la guerra, sin una efectiva limitación de ésta, tiene como único resultado generar nuevos tipos de guerra, verosímilmente peores, provocar recaídas en la guerra civil o en otras formas de guerra de aniquilación”¹⁶. Dicho autor manifestaba que al proscribir la guerra, nada bueno se conseguiría, puesto que por el solo hecho de prohibirla jurídicamente, no dejará de existir. El único resultado previsible, a su modo de pensar, sería que las guerras continuarían existiendo pero ya no limitadas a las normas y regulaciones establecidas hasta el momento para procurar, incluso en la crueldad de la guerra aminorar los daños innecesarios, sino guiadas por los deseos ilimitados de las potencias de hacer prevalecer sus intereses estratégicos, resguardadas bajo el argumento de proteger intereses o bienes superiores.

Guardando la debida distancia entre el ejemplo de lo que es proscribir la guerra y prohibir —o no contemplar la posibilidad de— la declaración de los estados de excepción, al analizar las posibles consecuencias de esos casos, podemos obtener conclusiones similares. Al eliminar del texto constitucional —y de la normativa nacional en general— la potestad que tiene el Ejecutivo de adquirir legítimamente facultades extraordinarias, no desaparece la posibili-

14 Véase por ejemplo el listado realizado en 1997 por el relator especial Leandro Despouy, en el cual enumera los Estados que desde 1985 han tenido estados de excepción con proclamación oficial, o aquellos países en que existía y se aplicaba una legislación ordinaria que faculta al poder ejecutivo para adoptar medidas de excepción, aunque no se haya declarado el estado de excepción. Documento completo en Internet, <http://www.derechos.org/nizkor/excep/despouylista.html>, Acceso: 15 julio 2008.

15 Schmitt, Carl (Plettenberg, Alemania, 1888), jurista de estado alemán, adscrito a la escuela del llamado Realismo político. Escribió centrado en el conflicto como objeto de estudio de la ciencia política, y más concretamente la guerra. Su obra atraviesa los avatares políticos de su país y de Europa a lo largo del siglo XX. Véase Wikipedia (Carl Schmitt), Internet, http://es.wikipedia.org/wiki/Carl_Schmitt, Acceso: 2 julio 2008.

16 Schmitt, Carl, “Der Nomos der Erde”, citado por Zolo, Danilo, *La justicia de los vencedores. De Nuremberg a Bagdad*, Madrid, Editorial Trotta, 2007, p. 24.

dad de que en ciertas circunstancias éste las necesite. Si por otro lado, establecemos constitucional y legalmente cuáles son estas circunstancias, qué requisitos se deben cumplir, cómo se puede o no actuar ante tales eventos; tenemos la posibilidad de limitar el uso del poder para encauzarlo de tal forma que no se desvíe hacia “anomalías”¹⁷ y evitar escenarios peores a los que hemos tenido mediante el uso indiscriminado de facultades extraordinarias no previstas bajo la excusa de resguardar “bienes esenciales”.

El enmarcar esta posibilidad dentro del ordenamiento jurídico se relaciona con el principio de legalidad y, en este contexto, supone que el estado de excepción sólo pueda ser proclamado o derogado de acuerdo con la norma fundamental del Estado y las obligaciones del derecho nacional e internacional en la materia. Así, para evitar reformas legislativas circunstanciales, su regulación debe tener rango constitucional y contemplar todas aquellas situaciones susceptibles de entrañar algún tipo de limitación al ejercicio de los derechos humanos¹⁸. Creemos que sólo de esta manera, la acumulación de poder que se deriva del uso de las facultades extraordinarias puede ser limitada en un marco que garantice los derechos humanos.

Consideramos que la posibilidad de decretar estados de excepción y sus respectivas consecuencias, son una herramienta que razonablemente utilizada puede traer beneficios y evitar perjuicios a las personas que viven dentro de un Estado. Estamos conscientes de que con el pretexto de proteger “bienes esenciales”, en la práctica —en diferentes épocas y lugares geográficos— se ha manipulado esta institución convirtiendo la herramienta en un arma política de control y dominación. Sin embargo, creemos que el normar y regular esta institución, así como reforzar su estudio y análisis desde una perspectiva garantista¹⁹, es lo único que conducirá a los gobernantes a una

17 Leandro Despouy habla de las principales “anomalías” del estado de excepción y las resume en: estados de excepción de facto, estado de excepción no notificado, perennización del estado de excepción, sofisticación e institucionalización del estado de excepción y ruptura del orden institucional. Véase Despouy, Leandro, *Los derechos humanos y los estados de excepción*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Estudios Jurídicos, Número 6, 1999, México, capítulo V.

18 Despouy, Leandro, *op. cit.*, p. 26.

19 Vamos a entender el garantismo, desde el concepto de Gerardo Pisarello, como una “estrategia” de minimización del poder y de la arbitrariedad y de ampliación de la libertad, es decir, como un sistema de límites y de vínculos jurídicos, políticos y en última instancia, sociales, a todo poder,

buena utilización de la misma, así como a la sociedad civil a exigir de las autoridades respectivas un control adecuado y eficaz, que más allá de las conveniencias políticas²⁰ sea una garantía de protección de los derechos de las personas. Es dentro de esta concepción en la cual se circunscribe el presente ensayo.

2.2. Principios básicos

No cualquier decreto de estado de excepción es legítimo ni compatible con un régimen democrático. Para que así lo sea, debe reunir ciertas características que llamaremos “principios básicos”. No existe en la doctrina un criterio uniforme acerca de cuántos principios son; algunos autores los resumen solamente en tres (proporcionalidad, razonabilidad y temporalidad), otros se quedan solamente en el concepto de necesidad. En este apartado, hemos decidido hacer un recuento de los principios que consideramos básicos y que deben ser tomados en cuenta para medir la validez de un estado de excepción. Estos son los principios de necesidad, conexidad, proporcionalidad, temporalidad, territorialidad, no discriminación, razonabilidad, intangibilidad y controlabilidad. Anticipamos que todos estos principios guardan relación entre sí y son unos difícilmente concebidos sin otros.

2.2.1. Principio de Necesidad

Este principio es probablemente el más importante, y se deriva del concepto mismo de estado de excepción. Se lo conoce también como de estricta necesidad y establece que solamente se puede recurrir a las medidas de excepción cuando sea rigurosamente necesario. Implica que los estados de

público o privado, burocrático o de mercado, en tutela de una esfera de derechos personales lo más amplia posible”. Véase Pisarello, Gerardo, “¿De quién se defiende la Constitución? El fantasma de la excepción y el retroceso garantista”, en Bazan, Víctor (coordinador), *Defensa de la Constitución: garantismo y controles*, Buenos Aires: Ediar, 2003, pp. 1151-1163.

20 Se ha visto en el Ecuador, que el órgano de control (Congreso) ha puesto objeciones a los decretos ejecutivos de excepción no necesariamente tras una fundamentación crítica del acto jurídico, sino como una especie de bloqueo político a una decisión del Presidente de la República.

excepción sólo pueden ser establecidos cuando los medios ordinarios que posee un Estado resulten insuficientes para afrontar una situación de amenaza o peligro.

La “necesidad” a la que se refiere este principio, debe ser estimada de manera sumamente objetiva, responder a un objetivo legítimo y guardar relación con dicho objetivo²¹. El principio de necesidad impide que los Estados ejerzan facultades extraordinarias en situaciones de crisis ficticias o en crisis menos graves, superables por los causas normales, en las cuales no se justifica la aplicación de medidas excepcionales²².

El principio de necesidad se relaciona con varios de los principios que vamos a analizar en este apartado y podría crear confusión con el principio de “amenaza excepcional”, por lo que su similitud y diferencia serán aclaradas a continuación.

2.2.2. Principio de Excepcionalidad

Este principio, conocido también como *de amenaza excepcional* establece que se requiere de una situación de crisis o peligro de tal magnitud y gravedad, que las medidas legales que se tienen para tiempos de normalidad resulten insuficientes para superarla. Por tanto, no se puede hablar de cualquier tipo de amenaza o peligro, sino que ésta debe ser grave, presente o inminente, real y objetiva²³. Si bien los Estados pueden valorar discrecionalmente la gravedad de los hechos, sin necesidad de consulta ni autorización previa, sus decisiones deberán quedar sujetas a un control interno²⁴, de un órgano que tenga el poder para anular los efectos jurídicos y revocar el estado de excepción, y también están sujetas a un control internacional posterior.

21 Véase Organización de Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, *Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 1984. Parte 1, #10.

22 Véase Meléndez, Florentín, *La Suspensión de los Derechos Fundamentales en los Estados de Emergencia según el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, San Salvador, 1999, p.106.

23 *Ibidem*, p. 104.

24 En el caso de la Constitución ecuatoriana de 1998, el control es por medio del Congreso.

De acuerdo al Comité de Derechos Humanos²⁵, la situación que genere la declaración debe tener un carácter excepcional que ponga en peligro la vida de la nación, y no todo disturbio o catástrofe constituye una situación excepcional que pueda ser calificada de tal forma. Así mismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos menciona de manera general que deben ser “situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación”²⁶; mientras que la Convención Americana de Derechos Humanos delimita más estas situaciones al indicar que deben tratarse de situaciones de “guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte”²⁷.

Con el fin de evitar confusiones, vale la pena aclarar que el principio de excepcionalidad valora la gravedad del hecho a ser afrontado, mientras que en el principio de necesidad se analiza si es que el ordenamiento jurídico no dispone de otra medida legal “normal” para afrontar la situación; es decir, se necesita la declaración del estado de excepción pues no hay otra solución suficiente para afrontar el problema que se atraviesa.

Tanto el principio de “necesidad” como el de “excepcionalidad” apuntan a que los gobernantes no dicten un estado de excepción cuando la situación no lo amerite (principio de excepcionalidad), o cuando la situación objetiva pueda ser superada por otros medios previstos en el ordenamiento jurídico y, por tanto, no se requiera la suspensión temporal de derechos (principio de necesidad).

2.2.3. Principio de Publicidad

Este principio tiene dos aspectos: la proclamación pública en el ámbito nacional y la notificación en el ámbito internacional. Por lo general, la doctrina lo divide en dos principios diferentes (principio de proclamación y principio de notificación), pero en este ensayo los condesamos pues hacen referencia a la necesidad de indicar de manera clara y oportuna, tanto a la población como a la comunidad internacional, el por qué de las restricciones de derechos y en qué consisten.

25 Véase, Comité de Derechos Humanos, *Observación general N° 29, op. cit.*

26 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 4.1.

27 Convención Americana de Derechos Humanos, Art. 27.1.

La proclamación pública está establecida en el PIDCP²⁸ y hace referencia a la necesidad de que se dé a conocer a la población la existencia de la situación de emergencia. La consecuencia de este principio es que los Estados no podrían poner en práctica las medidas restrictivas de derechos humanos, sin informar previamente a la población de tales circunstancias. Así mismo, implica la necesidad de dar a conocer al órgano nacional encargado del control del estado de excepción, a la brevedad posible. Los ordenamientos jurídicos de cada país establecen cuál es el órgano que debe recibir esta notificación. En el caso de la Constitución ecuatoriana de 1998, el ejecutivo está en la obligación de notificar al Congreso Nacional. Es de suma importancia esta notificación, pues de esta forma el órgano de control puede revisar los motivos por los que se expidió el estado de excepción, empezando de esta manera un control inmediato. Así mismo, la proclamación “apunta también a la apreciación de la autoridad nacional competente para tomar la decisión”²⁹, es decir pretende establecer cuál es la autoridad que tiene la potestad de declarar el estado de excepción (el Ejecutivo).

La proclamación es un requisito de forma que tiende a evitar los estados de excepción de facto. Entre las medidas que el Relator Especial³⁰ propone para la proclamación, está la sugerencia de que la legislación disponga que la declaración de estado de excepción se lleve a cabo por un acto oficial, es decir respondiendo a ciertos requisitos y formalidades; y que la misma sea nula si no es ratificada por un órgano de control (sea el legislativo u otro órgano constitucional competente), en un breve plazo establecido por la ley. Esta última sugerencia no es recogida por la normativa nacional ecuatoriana, pues aunque se establece un control posterior, se indica que el Congreso puede revocar el decreto mas no declararlo nulo.

En el ámbito internacional, la notificación significa que los Estados deben informar a la comunidad internacional, mediante los secretarios generales de las organizaciones internacionales respectivas, sobre la implementación de un estado de excepción, las medidas que se tomen en virtud de

28 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 4.1: “En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente (...)”.

29 Despouy, Leandro, *op. cit.*, p. 3.

30 Cfr., *ibidem*, p. 4.

éste y la duración del mismo. La notificación implica la posibilidad de control de adecuación de los estados de excepción a los principios reconocidos internacionalmente, por parte de la comunidad internacional. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos manifiesta:

[La proclamación oficial] es esencial para el mantenimiento de los principios de legalidad e imperio de la ley cuando son más necesarios. Al proclamar un estado de excepción cuyas consecuencias pueden entrañar la suspensión de cualquier disposición del Pacto, los Estados deben actuar dentro del marco constitucional y demás disposiciones de ley que rigen esa proclamación y el ejercicio de las facultades de excepción; incumbe al Comité vigilar que las leyes pertinentes faciliten y garanticen el cumplimiento del artículo 4. Para que el Comité pueda cumplir esta tarea, los Estados Partes en el Pacto deben proporcionar en sus informes presentados con arreglo al artículo 40 información suficiente y exacta sobre su legislación y práctica en materia de facultades de excepción³¹.

En cuanto a qué se debe notificar debemos tomar en cuenta que “[l]a obligación de notificación comprende la información sobre todo tipo de medidas administrativas, legislativas, judiciales y de otra índole que se adopten [...]. Para ello, es necesario que los Estados Partes, remitan también los textos de las leyes de excepción que hayan adoptado con tal motivo, aún cuando no se exija así expresamente en los tratados internacionales respectivos”³². En el caso ecuatoriano, se debe notificar al Secretario General de la ONU y al Secretario General de la OEA³³.

Además de la obligación de informar a estos órganos internacionales, el Relator Especial de Naciones Unidas pide periódicamente información, tanto a los gobiernos como a otras organizaciones con el fin de conocer la situación de los estados de excepción a escala mundial.

31 Comité de Derechos Humanos, *Observación General 29, op. cit.*, párrafo 2.

32 Meléndez, Florentín, *op. cit.*, p. 93.

33 Convención Americana de Derechos Humanos Art. 27 #3 y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 4.3.

2.2.4. Principio de Proporcionalidad

Este principio hace referencia a la adecuación que debe existir entre las medidas adoptadas al decretarse el estado de excepción y la naturaleza e intensidad de la crisis que ha de enfrentar; en ningún caso las disposiciones que se adopten pueden ser desmedidas. Se fundamenta en la legítima defensa pues supone la existencia de un peligro inminente y exige una adecuación entre éste y los medios utilizados para repelerlo; a su vez, éstos para ser legítimos deben ser proporcionales a la gravedad del peligro³⁴.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que la juridicidad de las medidas que se adopten para enfrentar las distintas situaciones especiales que pueden presentarse, dependerá del carácter, de la intensidad, de la profundidad y del particular contexto de la emergencia, así como de la proporcionalidad y razonabilidad que guarden las disposiciones respecto de ella³⁵. Debido a la importancia que tiene este principio, el análisis de proporcionalidad no sólo debe hacerse cuando se expide el decreto de excepción, sino que exige una revisión periódica por parte del o los órganos de control previstos por la normativa nacional. Para garantizar este principio se propone³⁶ lo siguiente: la normativa que regule los estados de excepción debe indicar que las medidas que se adopten deben sujetarse de manera estricta y limiten a la exigencia de la situación. Además, cuando se afecten ciertos derechos, susceptibles de derogación, se establezcan medidas administrativas y/o judiciales para atenuar o reparar sus consecuencias.

2.2.5. Principio de Conexidad

El principio de conexidad establece que debe existir una franca relación entre las medidas adoptadas en los estados de excepción y el peligro o amenaza que se pretende superar con ellas. Es decir, las medidas que se adopten deben estar enlazadas o referirse directa y específicamente a la situación objetiva que obliga a tomarlas. Este principio, apunta a evitar a que el esta-

34 Véase Despouy, Leandro, *op. cit.*, p. 38.

35 Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC.8/87, *El Hábeas Corpus bajo suspensión de garantías*, 1987, párrafo 23.

36 Véase Despouy, Leandro, *op. cit.*, p. 41.

do de excepción sea tomado como una excusa para la realización de actos arbitrarios.

Cuando un gobernante decreta el estado de excepción, obtiene facultades extraordinarias. Entre ellas está la de adquirir la capacidad de legislar en aspectos relacionados con la situación objetiva, con el fin de estar presto a responder de manera inmediata a las dificultades que debe afrontar. Sin embargo, esta facultad podría convertirse en una tentación para los gobiernos que deseen aprovechar una situación para normar sobre otras que no están relacionadas. Es por esto, que el principio de conexidad presupone un límite a las medidas que se pueden establecer en el decreto de excepción, al indicar que sólo se pueden establecer medidas directamente relacionadas con la situación objetiva³⁷.

2.2.6. Principio de Temporalidad (o Provisionalidad)

El principio de temporalidad está implícito en la misma naturaleza del estado de excepción que es estrictamente transitorio. Ello significa que sólo es aplicable mientras dure la situación de crisis que justifique su promulgación; señala su necesaria limitación en el tiempo y evita su prolongación indebida. Las medidas no pueden ser excesivamente prolongadas o indefinidas, pues se produciría una alteración en la legalidad vigente, “[u]na situación de tal naturaleza daría lugar a la inversión de la legalidad al darle el

37 La jurisprudencia colombiana ha hecho énfasis en la importancia del principio de conexidad cuando evalúa la validez de los decretos de excepción. Por ejemplo, la Corte Constitucional en la Sentencia C-137/99 estableció que: “Las facultades excepcionales, como su nombre lo indica, tienen la virtud de transferir facultades legislativas al gobierno cuando medien causas cuyas particulares características justifican, a juicio del constituyente, el aumento de facultades al ejecutivo (...). Si estos hechos justifican las facultades excepcionales, lógicamente, no pueden, las mismas utilizarse para responder a hechos políticos, económicos, sociales, militares o de naturaleza distintos a los que haya dado lugar a la declaratoria del estado excepcional. Esto, adicionalmente, en razón de la ruptura que ejerce el régimen ordinario de legalidad; del reparto funcional entre las distintas agencias del Estado; y, de la libertad misma, cuando sobrevienen esas prerrogativas excepcionales. La relación indicada entre los hechos que motivan la declaratoria del estado de excepción y las medidas que en su desarrollo tome el Gobierno ha recibido la denominación en la jurisprudencia colombiana de la conexidad”. Corte constitucional colombiana, Sentencia C-137/99, Internet, www.secretariassenado.gov.co/leyes/SC137_99.HTM, Acceso: 30 junio 2008.

carácter de permanente a una ley que por su naturaleza está destinada a regir en períodos extraordinarios y breves”³⁸. Este principio se encuentra recogido en el artículo 27.1 de la Comisión Americana de Derechos Humanos (CADH), pero no es mencionado explícitamente en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).

Cabe preguntarse si es que las medidas deben extenderse mientras dure el hecho objetivo, y aunque esta parecería ser una consecuencia lógica de este principio, tras un análisis un poco más profundo, la respuesta es que no. Las medidas no necesariamente deben aplicarse hasta que se terminen los hechos objetivos, sino hasta que se supere la situación de crisis que es generada por estos hechos. Es importante aplicar este último análisis de manera individual en cada uno de los casos que se presenten, pues mientras en algunos casos será necesario extender la medida que originalmente se planteó para un tiempo determinado, en otros casos, las medidas pueden dejar de ser necesarias, en el sentido que se explicó este principio anteriormente.

2.2.7. Principio de Territorialidad

El principio de territorialidad implica que las medidas que se tomen a partir de la proclamación del estado de excepción deben limitarse al espacio geográfico donde dichas medidas son necesarias, es decir donde la situación excepcional puede tener efectos. En algunos casos, podría ser necesario que las medidas se dicten para todo el Estado, pero en otras situaciones, con sólo aplicar las medidas a una localidad o provincia sería suficiente. De esta manera, una vez más se pretende restringir el uso de los poderes excepcionales a aquellos lugares y situaciones donde realmente amerite.

El Comité de Derechos Humanos ha establecido que disposiciones que se establezcan deben hacerse en “la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación. Este requisito guarda relación con la duración, el ámbito geográfico y el alcance material del estado de excepción y de cualesquiera disposiciones excepcionales aplicadas en razón de la emergencia”³⁹.

38 Meléndez, Florentín, *op. cit.*, p. 98.

39 Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 29, op. cit.*, párrafo 4.

Es decir, se pone mucho énfasis en que las atribuciones no pueden durar más tiempo, o en un lugar geográfico más extenso, o en una medida más amplia que la que real y objetivamente se necesite para paliar o afrontar la situación excepcional.

2.2.8. Principio de No Discriminación

Este principio prescribe que los Estados no deben recurrir a prácticas discriminatorias ni tomar medidas discriminatorias fundadas en motivos de raza, sexo, color, idioma, religión, u origen social. Este principio es fundamental en los estados de excepción para garantizar la protección de los derechos sujetos a suspensión. Así mismo, cobra mucha relevancia cuando se trata de proteger a ciertas personas o grupos que por su actividad política pueden verse expuestas en mayor medida a abusos por parte de las autoridades y sufrir un mayor impacto con la aplicación de las disposiciones que haya tomado el ejecutivo al decretar el estado de excepción.

En cuanto a la normativa internacional, salta a la vista que ni el PIDCP ni la CADH hacen referencia a discriminación por opinión política real o imputada, siendo que —como se acaba de mencionar—, las personas que ejercen actividades políticas (tomado este término en su sentido amplio⁴⁰) pueden verse expuestas en mayor medida a actos arbitrarios de la autoridad pública, sobre todo con las medidas de excepción. Pero es importante tomar en cuenta que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sí establece la opinión política como una de las causas de discriminación que deben evitarse⁴¹, y en cuanto a la omisión en los otros instrumentos internacionales, ésta puede ser suplida por las cláusulas generales de no discriminación por ningún motivo.

40 La opinión o acción política no debe entenderse solamente como el ejercer o postularse para un cargo de elección popular.

41 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Resolución sobre la Protección de Derechos Humanos en relación con la suspensión de garantías constitucionales o estados de sitio*, 1967, literal d.

2.2.9. Principio de Intangibilidad (o interdicción de suspensión) de ciertos derechos fundamentales

El principio de intangibilidad se refiere a la obligación jurídica de reconocer y garantizar bajo toda circunstancia de tiempo y lugar, ciertos derechos a las personas. Es así mismo importante el carácter inderogable de las garantías constitucionales indispensables para protegerlos, pues el mero reconocimiento de los derechos sin sus garantías, implicaría sólo un reconocimiento formal.

Los estados de excepción y las medidas que éstos contemplan producen diferentes efectos, algunos de ellos referidos a la vigencia de los derechos humanos. Con la declaratoria de estados de excepción, el ejercicio de ciertos derechos se ve suspendido. Ahora bien, desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), sí es posible restringir el ejercicio de determinados derechos humanos, sin embargo, esta restricción no puede estar sujeta a la mera arbitrariedad del Estado porque se configuraría el incumplimiento de las obligaciones de respetar y garantizar.

Para que las restricciones a los derechos humanos sean legítimas, deben reunir ciertas características y responder a los principios que ya han sido establecidos hasta el momento. Así mismo, la restricción debe estar establecida mediante una ley⁴² de acuerdo al procedimiento establecido en la Constitución del Estado y además es necesario que toda restricción guarde relación con los motivos o causas que la originan y que sean oportunas, es decir que no debe existir otra alternativa para cumplir ese fin.

Como se acaba de establecer, está permitida la suspensión de ciertos derechos humanos, cuando las restricciones guardan características determinadas. Ahora bien, no podemos dejar de mencionar que la enumeración de cuáles derechos pueden ser restringidos podría ser objeto de interesantes debates pues ni siquiera los instrumentos internacionales son concordantes con el número y contenido exacto de los derechos que podrían ser suspendidos. No es descabellado afirmar que el tema merece un estudio mucho

42 La CIDH ha indicado que sólo la ley adoptada por los órganos democráticamente elegidos y constitucionalmente facultados, ceñida al bien común puede contener restricciones al goce y ejercicio de los derechos y libertades de la persona. Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 6/86 del 9 mayo 1986, párrafo 37.

más profundo que el que nos permitiría, por su naturaleza, este ensayo, sin embargo, queremos indicar que cuando se haga el análisis sobre qué derechos son suspendibles es necesario guiarse desde una perspectiva garantista, acorde con estándares internacionales de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario⁴³, que constituyan normas de *ius cogens*, aplicables independientemente de la gravedad de la crisis. Además de esto, consideramos necesario hacer un análisis de ponderación, ésta es “una forma de argumentación mediante la cual se construye una jerarquía móvil entre los principios que entran en colisión, es decir, se establece cuál de los principios debe preceder de acuerdo con las circunstancias del caso concreto”⁴⁴. Así mismo, es imprescindible asegurar la vigencia efectiva de las garantías indispensables para defender esos derechos, “pues su suspensión temporal o desconocimiento implicaría reconocer únicamente de manera formal el carácter inderogable de los derechos humanos, dejándoles sin posibilidades de protección jurídica (...)”⁴⁵.

2.2.10. Principio de Razonabilidad

El principio de razonabilidad tiene mucha relación con la buena aplicación de los demás principios. La razonabilidad supone que el acto de dictar un estado de excepción guarde relación con la justicia y la necesidad, que no se lo dicte en nombre de la arbitrariedad del gobernante, sino que haga uso del más alto criterio, buen juicio y que lo haga de buena fe. La razonabilidad “encierra las ideas de justicia, ponderación, equilibrio, moderación, armonía, buena fe, arreglado, prudente, buen juicio, las que en conjunto y en suprema síntesis pueden resumirse en una sola: sentido común”⁴⁶. El principio de razonabilidad tiene por finalidad “preservar el valor justicia en

43 Véase Art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 agosto 1949, y Art. 4 del segundo Protocolo de 1977, adicional a dichos convenios.

44 Bernal Pulido, Carlos, “Refutación y Defensa del Neoconstitucionalismo”, en Miguel Carbonell, (editor) *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Editorial Trotta, 2007, p. 290.

45 Meléndez, Florentín, *op. cit.*, p. 104.

46 Linares Quintana, Segundo, *Reglas para la interpretación constitucional*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1988, p. 134, citado por Gabino Ziulu, Adolfo, *Estado de Sitio ¿Emergencia Necesaria o autoritarismo encubierto?*, Buenos Aires, Desalma, 2000, p. 81.

el contenido de todo acto o poder e, incluso, de los particulares. Ejercitar un control de razonabilidad implica, en consecuencia, formular un juicio acerca del acto o de la norma cotejándolo con las exigencias del valor justicia⁴⁷.

Encontramos este principio en la Constitución Política española⁴⁸, entendido como de “interdicción de la arbitrariedad”. Implica que la decisión que se tome, para que sea razonable, no puede ser arbitraria, es decir debe estar fundada en una razón jurídica legítima. La decisión que busque no ser irrazonable, necesariamente tiene que contar con una motivación y tomar en consideración a los individuos afectados por la misma⁴⁹. Este principio obliga a quien dicte el estado de excepción a fundamentar sus decisiones y respaldarlas con argumentos válidos.

Aplicar el principio de razonabilidad conlleva hacer un control que no solamente debe ser formal sino también sustancial, en el cual habrá que confrontar la disposición o acto examinado, con los principios, valores y normas constitucionales, teniendo en cuenta, además, una adecuada relación entre los fines que la inspiran y los medios utilizados para lograrlos⁵⁰.

2.2.11. Principio de Controlabilidad

Este principio implica que el decreto de estado de excepción y además las medidas de aplicación que de éste se generan, deben estar sujetas al control oficial. Al respecto, el Relator Especial indica lo siguiente:

Contrariamente a una creencia excesivamente difundida, el estado de excepción no es el reino de la arbitrariedad. Se trata de una institución del Estado de derecho que comprende un conjunto de normas que sólo deben aplicarse cuando se plantea una situación de crisis y que quedan en una especie de

47 Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Ediar, Buenos Aires, 1986, p. 229, citado por Gabino Ziulu, Adolfo, *op. cit.*, p. 81.

48 Constitución Política de España, Art. 9.3.

49 Véase Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 69.

50 Cfr. Gabino Ziulu, Adolfo, *op. cit.*, p. 81.

reserva durante los períodos ordinarios. Así pues, independientemente de la dimensión política que se le reconozca, el carácter jurídico del estado de excepción es tal que los actos que lo constituyen (proclamación, ratificación, etc.), así como las medidas que se adoptan mientras está en vigor (suspensión o restricción de algunos derechos, etc.), deben situarse en el marco de los principios que rigen el Estado de derecho y que, por ese motivo, pueden ser objeto de control⁵¹.

El someter los decretos de estados de excepción a un control oficial pretende garantizar que la suspensión de derechos sea acorde a la exigencia de la situación y sobre todo a la protección de los derechos humanos. La forma de lograr esto es mediante la revisión judicial o política de las medidas adoptadas durante el estado de excepción. La teoría propone tres modelos⁵² en referencia a este tema. El primer modelo o tesis se denomina “tesis negativa” y es una posición abstencionista, pues niega la posibilidad de judiciabilizar la declaración del estado de emergencia y sus consecuentes medidas. Atrás de esta tesis se encuentra la concepción de que el estado de excepción es una cuestión política, y por lo tanto no negociable, lo que tiene como consecuencia estar reservada a la discrecionalidad de aquellos en el poder⁵³. Este primer modelo cuenta con un respaldo fuerte en la doctrina tradicional, sin embargo ahora es difícilmente sostenible, pues por un lado se han disminuido la categoría de temas que son solamente cuestiones políticas y, por el otro, la sociedad actual es menos conformista y menos dispuesta a tolerar lesiones o restricciones con una actitud meramente resignada⁵⁴. En

51 ONU, Consejo Económico y social, Informe presentado por Leandro Despouy al Simposio Interparlamentario “El Parlamento: guardián de los derechos humanos”, celebrado en Budapest, del 19 al 22 mayo 1993, E/CN.4/Sub.2/1993/23/Rev.1*, párrafo 52.

52 Los modelos que aquí se explican están basados en Anicama Campos, Cecilia, *Las restricciones a los derechos humanos durante los Estados de Excepción*, 2003, Internet, www.cajpe.org.pe/riij/, Acceso: 25 mayo 2008.

53 Para una referencia sobre cómo ha variado la forma de entender el control de los estados de excepción en Colombia, véase en esta misma obra el ensayo “Constitucionalismo más allá de la Corte Constitucional”, por Claudia Escobar.

54 Véase Sagues, Nestor Pedro, “Los roles del Poder Judicial ante el estado de necesidad”, en Bazán Víctor (coordinador), *Defensa de la Constitución: garantismo y controles*, Buenos Aires: Ediar, 2003, p. 1049.

la actualidad los movimientos que provienen de la sociedad civil son más estructurados y tienen más fuerza que antes, lo cual hace que los actores políticos se vean obligados a justificar sus acciones. No estamos de acuerdo con este primer modelo porque parecería conformarse con la posibilidad de acciones arbitrarias que conducen al despotismo. Las personas que ejercen de elección popular, son mandatarios; están obligados para con sus electores/mandantes y por esto deben justificar sus acciones u omisiones, más aún en estos casos cuando cabe la posibilidad de restringir ciertos derechos humanos. Ante la dificultad de exigir esto de manera directa, existe la posibilidad de encargar el control de un órgano independiente.

El segundo modelo, es una posición intermedia o de control parcial y postula la revisión judicial de las medidas adoptadas durante el estado de excepción pero no el acto de declaratoria en sí mismo. Es decir, admite cierto control de un órgano judicial o incluso político⁵⁵, pero parte del supuesto de una fuerte presunción de legitimidad en la declaración del estado de excepción. Finalmente el tercer modelo, conocido como “tesis de contralor judicial amplio”, sostiene que los jueces deben analizar la razonabilidad y proporcionalidad de los actos realizados durante el estado de emergencia y también la legitimidad de la declaratoria del estado de excepción. El examen de razonabilidad implicaría, como se vio anteriormente, analizar el vínculo de causalidad entre los motivos y fines que justifican la adopción del estado de excepción, así como la proporcionalidad de las medidas adoptadas durante este con el fin de evitar excesos en el uso de la fuerza o abusos de poder. La aplicación de esta tercera tesis se da en aquellos Estados en los que organismos como la Corte Constitucional están facultados para revisar los decretos de excepción para decidir sobre su constitucionalidad y pueden levantar el decreto si es que no reúnen aquellos requisitos en atención a los principios básicos que deben tener los estados de excepción.

55 Consideramos que esta posición es la que más se adecua a las disposiciones de la Constitución Política del Ecuador de 1998, pues se establece que el Presidente de la República debe notificar al Congreso Nacional y éste puede, si las causas lo justificaren, revocar el decreto. Sin embargo no se habla de un control sobre las medidas propuestas ni una revisión de la adecuación de los fundamentos del decreto a los principios básicos. Véase Constitución Política de la República del Ecuador, R.O. 1: 11 agosto 1998, Art. 182.

Se debe recordar, como se dijo anteriormente, que además del control interno que debe hacerlo de manera oficial un organismo del Estado, existe también un control internacional. Al respecto, la Corte Interamericana ha indicado que los “Estados no gozan de una discrecionalidad ilimitada y corresponderá a los órganos del sistema interamericano, en el marco de sus respectivas competencias, ejercer ese control en forma subsidiaria y complementaria”⁵⁶.

Como se puede apreciar, todos los principios que hemos postulado se orientan a minimizar el poder y restringir la arbitrariedad que podría existir al decretarse los estados de excepción. Existen además otros principios que deben regir en los estados de excepción, por ejemplo: el principio de legalidad que fue nombrado previamente; el principio de buena fe para la proclamación de la excepcionalidad, el principio según el cual las normas que limitan el ejercicio de derechos humanos deben ser interpretados restrictivamente; el principio de compatibilidad, concordancia y complementariedad de las distintas normas del derecho internacional entre otros que son normas básicas que deben ser cumplidas por los Estados para el decreto de los estados de excepción. El regular los estados de excepción conforme estos principios ayudará al respeto de los derechos de las personas sobre quienes rige tal decreto.

III. Los estados de excepción en la práctica

3.1. De la teoría a la práctica, la realidad de los estados de excepción en América Latina

En la primera parte de este ensayo hemos analizado los puntos principales que deben reunir los estados de excepción para ser consecuentes con un régimen democrático y respetuoso de los derechos humanos de las personas. Ahora daremos un paso más hacia comprender cómo son los estados de excepción llevados más allá de los libros de texto y la teoría constitucional. Pasemos del deber ser a la realidad.

⁵⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador”, Sentencia del 4 julio 2007, (Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 47.

En América Latina —y nuestro país no es la excepción—, la legislación de emergencia ha estado inspirada en la *Doctrina de Seguridad Nacional* (DSN). Dicha doctrina fue un conjunto de concepciones en la que el Estado debía garantizar el desarrollo integral de la persona y de la colectividad nacional, preservándolos de interferencias y perturbaciones sustanciales de cualquier origen. Se la entiende como una concepción militar del Estado y del funcionamiento de la sociedad, que explica la “militarización” de las instituciones estatales⁵⁷. Ésta, por el contexto histórico en el cual surgió (la llamada *guerra fría*), se asentó en dos postulados básicos: la bipolaridad y la guerra (ésta última con énfasis en los enemigos internos). De acuerdo con la DSN, se estaba en un continuo estado de guerra, entre dos posiciones contradictorias: comunistas y sus detractores. No existía la posibilidad de ser neutral, pues todo acto podría ser interpretado como un acto en contra de la nación, de esta manera todas las personas que vivían en un Estado, se convirtieron en sospechosos o posibles agentes creadores de inseguridad para el Estado⁵⁸, que permanentemente tenía que luchar por preservar los valores de su civilización, incluso del enemigo interno.

Una de las consecuencias jurídicas de esta ideología fue la implantación de estados de excepción, que bajo el pretexto de garantizar la seguridad nacional, expidieron normas para penalizar la protesta social, conculcar derechos y otorgar funciones de jueces a miembros de las fuerzas armadas para que actuaran contra los enemigos de la democracia, aún cuando esos enemigos fueran los mismos ciudadanos que el Estado estaba obligado a proteger. La aplicación de esta doctrina tuvo muchas consecuencias, en Argentina por ejemplo, su utilización entre los años 1970 y 1983, dejó como resultado 8900 desaparecidos⁵⁹.

Por otro lado, en América Latina también se ha registrado una historia de abusos de la figura del estado de excepción, varios autores indican que

57 Véase Leal Buitrago, Francisco, “La Doctrina de la Seguridad Nacional; Materialización de la Guerra Fría” en *América del Sur*, Revista de Estudios Sociales, No. 15, junio 2003, pp. 74-78, Internet, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2349602>. Acceso: 17 julio 2008.

58 Véase, Velásquez Rivera, Edgar de Jesús, “Historia de la Doctrina de Seguridad Nacional”, en *Convergencia* (México), Universidad Autónoma de México, Toluca. Año 9, número 27, 2002.

59 *Ibidem*, p. 33.

“la frecuencia, la continuidad e incluso en algunos casos, el uso de los estados de excepción como procedimiento normal de gobierno, aplicado de manera casi ininterrumpida durante larguísimos años, constituye una característica típica, de la realidad política y constitucional latinoamericana”⁶⁰. Así mismo se constata que en la práctica, los países latinoamericanos no toman en cuenta los principios básicos de los estados de excepción que fueron explicados en la primera parte de este ensayo.

Dentro de los países que históricamente no han respetado algunos de los principios nombrados, tenemos a Colombia, ejemplo de libro de texto, pues se han utilizado los estados de excepción de manera permanente desde 1949. Si se suman los períodos bajo los cuales ese país ha permanecido en estado de excepción desde esa época, resultan 36 años⁶¹. Esta situación ha hecho, de acuerdo al autor citado, que suceda algo jurídicamente inaceptable: que la excepción no deba ser aceptada como tal, sino como lo normal, legitimando la tolerancia respecto de los medios estatales para restablecer el orden público. Esta herramienta del derecho constitucional, se ha convertido en un “mecanismo de frontera entre la democracia y el autoritarismo, entre la Constitución y la guerra. Esta ubicación hace posible que el gobierno traspase la línea de frontera de un lado a otro, según las necesidades estratégicas requeridas”⁶². En el informe anual de 1992, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos indicó que si bien el gobierno colombiano había levantado el estado de sitio el 4 de julio de 1991, la legislación de excepción adquirió carácter de legislación ordinaria permanente, por medidas adoptadas tales como la creación de nuevos fueros, tipificación de nuevos delitos, creación de figuras agravadas de tipos penales existentes,

60 Gross Espiell, Héctor, Piza Rodolfo y Zovatto Daniel, “Los Estados de Excepción en América Latina y su incidencia en la cuestión de los Derechos Humanos en casos de disturbios internos”, en *Estados de Emergencia en la Región Andina*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1987, p. 27, citado por “¿Son Compatibles los Estados de Excepción con la Democracia?”, artículo, 24 mayo 2007, Internet, www.defensaidl.org.pe/jcruiz/son_compatibles.doc, Acceso: 16 junio 2008.

61 García Villegas, Mauricio, “Constitucionalismo Perverso, Normalidad y Anormalidad Constitucional en Colombia: 1957-1997”, en De Sousa Santos, Boaventura y García Villegas, Mauricio, *El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia. Análisis Socio-Jurídico*, Tomo I, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2004, p. 317.

62 García Villegas, Mauricio, *op. cit.*, p. 362.

reconocimiento de facultades a los cuerpos armados para combatir ciertos grupos generadores de violencia, entre otras⁶³.

Un ejemplo de país que ha ignorado el principio de temporalidad o provisionalidad lo encontramos en Paraguay, en donde el estado de excepción estuvo vigente desde 1929 con una breve interrupción de seis meses en 1947⁶⁴. En el caso del principio de temporalidad, encontramos también varios infractores. En 1997 en la lista realizada por el relator especial Leandro Despouy sobre países que desde el 1º de enero de 1985 han proclamado, prorrogado o levantado el estado de excepción, se indicaba como vigentes los estados de excepción en países como Colombia, Ecuador, Perú, Venezuela entre una larga lista de países de otras regiones del mundo⁶⁵.

Otro principio vulnerado es el de amenaza excepcional según el cual, como se dijo anteriormente, la situación invocada debe contener una amenaza excepcional que no puede ser controlada por el Estado con sus medios ordinarios. Colombia desatendió este principio al invocar una huelga de médicos del Instituto Colombiano de Seguridad Social para declarar el estado de excepción⁶⁶. Un problema constante en América Latina, parece ser la declaración de estados de excepción ficticios, es decir en aquellos casos en que los hechos objetivos no ameritaban una declaración de excepcionalidad, con lo cual se contraviene el ya analizado principio de necesidad. En muchas ocasiones, como por ejemplo en caso citado de Colombia, el estado de excepción es utilizado como una forma de aplacar o disolver protestas sociales.

63 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual 1992-1993 OEA/Ser.L/V/II.83 Doc. 14 12, marzo 1993.

64 Véase Anicama Campos, Cecilia, *op. cit.*

65 Comisión De Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial Leandro Despouy: Décima lista de Estados que desde el 1º de enero de 1985 han proclamado, prorrogado o levantado el estado de excepción*, 9 junio 1997, Internet, <http://www.derechos.org/nizkor/excep/despouylista.html#I.%20Países>, Acceso: 17 junio 2008.

66 Tocora, Fernando, *Control Constitucional y Derechos humanos*, Ed. Librería del Profesional, Santa Fe de Bogotá, 1992, p. 79. Citado por Anicama, Cecilia, *op. cit.*

3.2. Los estados de excepción en Ecuador

En el Ecuador, el estado de emergencia con su consecuente otorgamiento de facultades extraordinarias al presidente de la República y el uso de la fuerza pública han sido los mecanismos utilizados por los diferentes gobiernos para enfrentar los paros y las manifestaciones sociales. Incluso la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que “Ecuador tiene una larga historia de declaraciones de estados de emergencia dictados para paliar tanto problemas sociales como económicos, así como la delincuencia”⁶⁷.

En la siguiente tabla* podemos visualizar el número de decretos de emergencia expedidos en pasadas administraciones:

Régimen	Gobernante	Número de Decretos de excepción
1979-1984	Jaime Roldós/Oswaldo Hurtado	7
1984-1988	León Febres-Cordero	17
1988-1992	Rodrigo Borja	7
1992-1996 ⁶⁸	Sixto Durán Ballén	24
1997-1997 (6 meses)	Abdalá Bucaram	5

*Tabla elaborada a partir de información de prensa⁶⁹.

67 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Informe anual 1999, Ecuador” (Capítulo 4), Internet, <http://www.cidh.oas.org/annualrep/99span/capitulo4a.htm>, Acceso, 4 junio 2008, párrafo 65.

68 Durante este gobierno se vivió la “guerra del Cenepa” con el Perú (1995).

69 Información tomada de varios artículos de “Blanco y Negro” (suplemento del diario Hoy de Ecuador) que citan al informe realizado por INREDH en 1999. Artículos: “Un país que sobrevive en la crisis del poder”, “El Ecuador con 44 estados de emergencia vigentes”, “Una competencia por ver quien declara más movilizaciones”, *Blanco y Negro*, Hoy (Quito), Internet, www.hoy.com.ec/Suplemen/blan122/negro1.htm, Acceso: 10 febrero 2001.

Como ejemplo práctico de la implementación de los estados de excepción en Ecuador, se presenta a continuación un pequeño resumen y análisis del caso “Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador”. Cabe indicar que este no es el único caso de violaciones de derechos humanos en el marco de un decreto de emergencia, pero es un buen caso fáctico y además presenta jurisprudencia reciente del sistema interamericano.

Los hechos del caso se desarrollan en el marco de la declaración de un Estado de Emergencia nacional decretado en septiembre de 1992, por el presidente de la República de aquel entonces, Sixto Durán Ballén, quien dictó el Decreto No. 86 de 3 de septiembre de 1992, fundamentado en la causal de “grave conmoción interna” ocasionada por actos de vandalismo⁷⁰. El 6 de marzo de 1993 las tres ramas de las Fuerzas Armadas (Marina, Fuerza Aérea y Ejército) y la Policía Nacional realizaron un operativo conjunto en una zona suburbana de la ciudad de Guayaquil. Este operativo, enmarcado en el estado de emergencia declarado por decreto seis meses antes, fue planificado con tres meses de anticipación, contó con la participación de alrededor de 1 200 agentes y el apoyo de camiones del ejército, lanchas y un helicóptero⁷¹. Durante el operativo, miembros de las Fuerzas Armadas encapuchados con pasamontañas utilizaron explosivos para abrir las puertas de las casas e ingresar a los domicilios de los señores Wilmer

70 El mencionado decreto establecía:

Que en todo el territorio nacional y, especialmente en las ciudades de Quito y Guayaquil, continúan suscitándose hechos de vandalismo, atentados contra la integridad física de las personas y considerables perjuicios a la propiedad pública y privada, que han determinado un grave estado de conmoción interna;

Que es indispensable mantener y defender el sistema jurídico y democrático de la República, así como precautelar el orden y la seguridad de los habitantes del ECUADOR, arbitrando las medidas adecuadas; y

En ejercicio de las atribuciones legales,

ARTICULO PRIMERO.- Dispónese la intervención de las Fuerzas Armadas en todo el territorio nacional, como medio de precautelar la seguridad de las personas y de los bienes públicos y privados.

ARTICULO SEGUNDO.- El presente Decreto entrará en vigencia desde la presente fecha, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial y de su cumplimiento encárguese el señor Ministro de Defensa Nacional.

71 Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador”, Sentencia del 4 julio 2007, (Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 73.

Zambrano Vélez, Segundo Olmedo Caicedo Cobeña y José Miguel Caicedo Cobeña, quienes se encontraban junto con sus compañeras y algunos de sus hijos y que fueron ejecutados extrajudicialmente por disparos de agentes estatales. En 1994, la CEDHU (Comisión Ecuatoria de Derechos Humanos) presentó ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos una denuncia, y ésta en el 2006 la llevó a conocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La sentencia de la Corte no prohíbe el uso de la fuerza, sin embargo recuerda varios de los parámetros y condiciones con que se deben cumplir para poder usarla sin violentar los derechos humanos. Se llama la atención sobre la precisión de la existencia de un marco normativo que regule el uso de la fuerza, de la planificación del uso de la fuerza y de la capacitación y entrenamiento a los miembros de los cuerpos armados y organismos de seguridad estatales.

Así mismo, se indican algunos de los principios que no fueron cumplidos cuando se decretó el estado de emergencia en aquella ocasión. Tenemos por ejemplo que no se utilizó el principio de territorialidad, ya que el decreto no fijó un límite temporal definido para aplicación de las medidas pues hablaba del incremento de la violencia en ciudades como Quito y Guayaquil, pero disponía medidas para todo el territorio nacional⁷². Tampoco aplicó el principio de temporalidad, ya que no dispuso ni determinó un límite temporal para la intervención militar, que permitiera saber la duración de la misma⁷³ y no utilizó de manera correcta el principio de publicidad pues falló al determinar el alcance material del decreto, ya que no especificó qué derechos se verían suspendidos; es decir, que no se podía conocer de manera completa y clara en qué consistían las restricciones de los derechos.

Por otro lado, consideramos que es cuestionable la aplicación de los principios de proporcionalidad en cuanto a los medios utilizados y la razonabilidad, sobre todo por la gran utilización de recursos y medios militares con la finalidad de superar la delincuencia. En ese sentido, la Corte enfatizó mucho sobre el cuidado que los Estados deben observar al utilizar las

⁷² *Ibidem*, párrafo 48.

⁷³ *Ibidem*.

Fuerzas Armadas como elemento de control de la protesta social, disturbios internos, violencia interna, situaciones excepcionales y criminalidad común. Explicó en su análisis que no se debe usar a las Fuerzas Armadas para el control de disturbios internos, puesto que el entrenamiento que reciben está dirigido a derrotar al enemigo, y no a la protección y control de civiles, entrenamiento que es propio de los entes policiales⁷⁴.

Así mismo, vemos que en el caso específico el principio de intangibilidad no fue respetado y los derechos humanos fueron violentados. Al respecto, el análisis de la Corte también hace referencia a la existencia de normas violatorias a los derechos humanos en la Ley de Seguridad Nacional ecuatoriana y el abuso de los estados de emergencia. Entre éstas, la Corte analiza que en la legislación ecuatoriana se prevé que los delitos cometidos por civiles queden bajo jurisdicción militar y recuerda, como ya lo había establecido previamente, que⁷⁵:

[é]sta debe tener un alcance restrictivo y excepcional, teniendo en cuenta que sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar. En este sentido, cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural. Esta garantía del debido proceso debe analizarse de acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de la persona humana. Por estas razones y por la naturaleza del crimen y el bien jurídico lesionado, la jurisdicción penal militar no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos.

Para finalizar este apartado es necesario indicar que el Estado ecuatoriano expresó y reiteró su voluntad de cumplir con las medidas de reparación que la Corte Interamericana fijara. Las medidas fijadas fueron indemnizaciones a las partes lesionadas (familiares de las víctimas), la obligación de investigar los hechos que generaron las violaciones del caso, e identificar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables, un acto público de reco-

⁷⁴ *Ibidem*, párrafo 51.

⁷⁵ *Ibidem*, párrafo 66.

nocimiento de responsabilidad, la publicación de la sentencia en cuestión en el plazo de seis meses contados a partir de su notificación; la adecuación de la legislación nacional a los parámetros establecidos por la Convención Interamericana de Derechos Humanos⁷⁶; la educación en derechos humanos dirigida hacia el sector público, así como la implementación permanente de programas de derechos humanos dirigidos especialmente a fiscales y jueces, y el pago de costas y gastos.

IV. ¿Qué se necesita en Ecuador?

No podemos dejar de reconocer que la Constitución de 1998 tiene avances respecto a anteriores constituciones. En la Constitución de 1978, por ejemplo, se establece que en caso de “emergencia nacional”, la posibilidad de suspender la vigencia de las garantías constitucionales, y como únicas objeciones a restricción de derechos se indican la no suspensión del derecho a la inviolabilidad de la vida y la integridad personal o la expatriación de un ecuatoriano, y que no se puede disponer el confinamiento fuera de las capitales de provincia ni a distinta región de la que viviere el afectado⁷⁷. Por el contrario, en la Constitución de 1998 se establece de manera clara cuáles son los únicos derechos que pueden ser suspendidos o limitados, limitando de esta manera la restricción de derechos; además a la prohibición de confinamiento fuera del lugar de domicilio, se agrega la prohibición de expatriación⁷⁸.

Otra diferencia que salta a la vista es que en la Constitución de 1978 no se otorga a la “emergencia nacional” un artículo particular, sino que está incluida dentro del artículo que describe las atribuciones y deberes del Presidente de la República. En el caso de la Constitución de 1967, se hace

76 La Corte hizo especial referencia a la necesidad de adecuar su legislación interna en materia de estados de emergencia y suspensión de garantías a la Convención Americana, en particular las disposiciones de la Ley de Seguridad Nacional. Así mismo, indicó que se tiene que adecuar su legislación en el sentido de que la jurisdicción militar no pueda asumir competencias de la jurisdicción ordinaria. Véase el párrafo 154.

77 Constitución aprobada en 1978 mediante referéndum, Art. 78, numeral 6.

78 Constitución Política de Ecuador de 1998, Art. 181, numeral 6.

la distinción entre el estado de sitio (para el caso de conmoción interna o conflicto exterior) y otro estado que queda sin bautizar, pues sólo se menciona la capacidad de hacer uso de facultades extraordinarias para “conjurar la emergencia” producida por un terremoto, inundación, incendio u otra catástrofe que perturbe la vida social o económica de la comunidad⁷⁹. En la Constitución de 1998, se otorga a la materia el Capítulo V, dentro del Título de la Función Ejecutiva. En esta ocasión se utilizó de manera genérica el término “estado de emergencia” que se aplica para los casos de inminente agresión externa, guerra internacional, grave conmoción interna y catástrofes naturales.

Entre tanto, en la Constitución de 1967 se establece que con la declaración del estado de sitio, se suspenden “las garantías constitucionales” y se autoriza el arresto o confinamiento de indiciados de favorecer la invasión externa o conmoción interna. En el caso de estas personas, la Constitución facultaba a la función ejecutiva, a privarlas de la libertad hasta por 6 días, antes de ser puestos a disposición del juez competente⁸⁰.

Un hecho peculiar que se encuentra en las dos constituciones mencionadas (1978 y 1967) es que al hablar de la suspensión de las garantías constitucionales, en realidad están haciendo referencia a la suspensión de los derechos. Esto se puede inferir del hecho de que al hablar sobre las garantías que no se pueden suspender, hacen referencia al derecho a la vida y a la libertad personal, es decir no se consideran las garantías como herramientas para hacer efectivos los derechos, sino como sinónimos de éstos⁸¹. En realidad, las garantías son la manera en que se puede exigir o hacer efectivos los derechos. De acuerdo con Ferrajoli, “las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre la normatividad y efectividad, y (...) para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional”⁸².

79 Constitución ecuatoriana de 1967, Arts. 185 y 187, en su orden.

80 *Ibidem*, Art. 185.

81 Para un análisis más profundo sobre el concepto de garantías y la diferencia entre garantías y derechos referirse, en esta misma obra, por Silva, Carolina, “Las Garantías de los Derechos, ¿Invencción o Reconstrucción?”.

82 Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2001, p. 25.

En la Constitución de 1998, ya no se encuentra la confusión antes descrita, es más en ninguno de los tres artículos que forman el capítulo del estado de emergencia, se hace referencia a las garantías. Esto, puede ser visto como un avance, en el sentido de diferenciar conceptualmente entre derechos y garantías, pero también, el no hacer referencia alguna a éstas, puede convertirse en una falencia ya que no se establece de manera explícita que las garantías constitucionales no se ven afectadas por el decreto de estado de excepción. En la práctica el no indicar de manera explícita que las garantías no pueden ser suspendidas ha hecho que se nieguen garantías del debido proceso o recursos como el del *hábeas corpus*, dejando a las personas en la indefensión, a merced de la arbitrariedad. Con relación a esto, la CADH establece que no se deben suspender las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos⁸³ y la Corte Interamericana ha resaltado la necesidad de que en todo estado de excepción subsistan medios idóneos para el control de las disposiciones que se dicten, a fin de que ellas se adecuen razonablemente a las necesidades de la situación, y establece que cualquier disposición adoptada en virtud de un estado de excepción que suspenda a las garantías es violatoria de la Convención⁸⁴.

Por los ejemplos que hemos descrito, creemos que el tratamiento del estado de emergencia en la Constitución de 1998 fue un avance con relación a constituciones anteriores, sin embargo esto no es suficiente, “[t]oda la legislación militar vigente, [está] anclada en la vieja y superada Doctrina de Seguridad Nacional de la Guerra Fría. Desde las dictaduras militares en los años sesenta y setenta, ha quedado desfasada con respecto al desarrollo superior en criterios jurídicos que fortalecen la visión del Estado de Derecho, que ha ocurrido en el mundo y que están incluidas en la Constitución ecuatoriana de 1998”⁸⁵.

En el Ecuador se necesita un cambio conceptual con relación al estado de excepción, uno que reúna las características descritas en las líneas ante-

83 Convención Americana de Derechos Humanos, Art. 27, numeral 2.

84 Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-9/87 de la CIDH sobre garantías judiciales en estados de emergencia, párrafos 21, 25 y 26.

85 García Gallegos, Bertha y Nájera, María Elena, “Presentación” en *La Administración de la Defensa en el Ecuador*, Fundación Konrad Adenauer, Fundación Democracia, Seguridad y Defensa, Quito, junio 2005.

riores al hablar de los “estados de excepción en teoría”. El incluir en este artículo un breve análisis sobre lo que son los estados de excepción en la teoría no tiene como fin hacer un elogio a esta institución desconectándonos de lo que sucede en la práctica, sino indicar cuáles son los parámetros que se deben establecer en la legislación para evitar que los estados de excepción sean utilizados como una herramienta de dominación.

Es necesario, al buscar la nueva ideología en la que se basarán los cambios con relación a esta materia, regirse por el garantismo, éste es “la otra cara del constitucionalismo, en tanto le corresponde la elaboración y la implementación de las técnicas de garantía idóneas para asegurar el máximo grado de efectividad a los derechos constitucionalmente reconocidos”⁸⁶. Dentro de lo que es el estado de excepción, una de las garantías que debe tener el régimen democrático es un control efectivo de las declaraciones de excepción⁸⁷. Creemos en este sentido, que la “tesis del contralor judicial amplio”, que fue descrita anteriormente es la que más se acerca a una concepción garantista de los estados de excepción. Mediante este sistema, no se restringe la facultad del Ejecutivo de dictar medidas de excepción cuando la situación lo amerite, sino que se obliga al organismo de control (en el caso propuesto, de origen judicial) a revisar que haya un vínculo de causalidad entre los motivos y fines que justifican esa adopción y la proporcionalidad de los medios empleados para evitar excesos del poder.

En cuanto a la forma, creemos que no es necesario ni productivo entablar grandes debates sobre si todos los aspectos del estado de excepción deben estar incluidos en el texto constitucional, pues existen ejemplos de cómo pocos artículos constitucionales pueden ser desarrollados en leyes especiales⁸⁸, pero sí es importante indicar que se necesita un cambio global en la legislación que controla los estados de excepción. Con sólo modificar unos cuantos artículos constitucionales no serviría de mucho si la ideología que está atrás de esto no se rige a un pensamiento de derechos humanos.

86 Ferrajoli, Luigi, “Sobre los derechos fundamentales”, *op. cit.*, p. 72.

87 Para un análisis sobre los elementos de la democracia sustancial en un régimen garantista y el papel del juez como garante de los derechos humanos, referirse, en esta misma obra, al ensayo “Democracia Sustancial: sus elementos y conflicto en la práctica”, por Juan Pablo Morales.

88 Véase por ejemplo, el caso de España.

Es imprescindible comprender que las violaciones de derechos humanos perpetradas en el marco de un estado de excepción con el fin de mitigar protestas, no traerán la anhelada paz social, sino una paz ficticia maquillada por el silenciamiento de quienes protestan, y la consecuencia será más disensos. Hay algo que parece muy lógico pero que no ha sido comprendido a cabalidad por aquellos de turno en el poder: la paz social no puede ser impuesta a la fuerza, son dos conceptos que se contraponen. En realidad, la paz social es “tanto más sólida y los conflictos tanto menos violentos y perturbadores cuanto más están extendidas y son efectivas las garantías de los derechos vitales”⁸⁹.

¿Qué se necesita en el Ecuador? Un cambio integral del paradigma de seguridad nacional a uno de garantías para los derechos humanos, y un marco normativo que lo asegure. Como se indica, no es suficiente cambiar el texto constitucional, si como se dijo anteriormente toda la estructura legal de seguridad sigue establecida con una ideología que ha pasado a ser caduca y que más allá de esto, está siendo utilizada como un elemento de violación de derechos fundamentales. Esto es lo que sucede, por ejemplo, con la ley ecuatoriana de Seguridad Nacional. Esta ley, dictada justamente antes del retorno a la democracia, aún consagra que los civiles pueden ser juzgados en un fuero militar, desatendiendo normas fundamentales del debido proceso⁹⁰. Es por lo tanto, necesario reformar esta ley y adecuarla a principios garantistas de los derechos humanos.

Centrándonos en puntos más específicos, consideramos que en el Ecuador es necesario una normativa marco que contemple los principios de necesidad, conexidad, proporcionalidad, temporalidad, territorialidad, no discriminación, razonabilidad, intangibilidad y controlabilidad. Así mismo es necesario que contemple regulaciones basadas en estándares internacionales de derechos humanos, la aplicación de las normas mínimas de Derecho Internacional Humanitario para las situaciones que fueran aplicables, la reducción de la intervención de las fuerzas militares en situaciones

89 Ferrajoli, Luigi, “Sobre los derechos fundamentales”, *op. cit.*, p. 75.

90 Véase por ejemplo, el artículo que indica: “En tiempos de guerra o decretada la movilización las infracciones puntualizadas en el capítulo anterior, serán juzgadas con sujeción a lo dispuesto en el Código Penal Militar, y no se reconocerá fuero alguno”. Ley de Seguridad Nacional, DS-275.RO 892: 9 agosto 1979, Art. 145.

de orden interno en la que únicamente debe actuar la Policía Nacional, y la minimización del uso de la fuerza en general.

V. Conclusiones

El decreto del estado de excepción puede ser considerado como un arma que se debe manejar con precaución. Puede ser necesario en determinadas situaciones para defendernos, pero por el poder que otorga, es peligrosa en las manos que no saben utilizarla. El uso y abuso de esta figura constitucional, suele llevar a grandes violaciones de Derechos Humanos. Por este motivo, “la Constitución debe minimizar la inclusión de la fuerza en sus textos y maximizar el control institucional sobre ella”⁹¹.

Hemos incluido en este ensayo posiciones a favor y en contra del estado de excepción, pues estamos conscientes de que su mala utilización provoca vulneración y violación de derechos fundamentales y pone en riesgo la vida democrática; numerosos ejemplos a lo largo del texto han ilustrado este punto. Pero por ese mismo motivo, consideramos que la solución no es eliminar la declaratoria de estado de excepción de las facultades del ejecutivo, sino más bien regularla de tal manera que su uso sea restringido, limitado a situaciones particulares que realmente ameriten, para que pueda ser utilizada como una herramienta de protección, y no como un arma en contra de aquellas personas y bienes a las que está llamada a proteger.

Los países latinoamericanos se han caracterizado por utilizar la figura del estado de excepción de una manera arbitraria, generalmente como una excusa para acallar protestas sociales, y Ecuador no ha sido la excepción. Si bien en nuestro país podemos apreciar que la normativa constitucional con relación a estados de excepción ha tenido una evolución favorable, esto no es suficiente. Existen todavía cambios favorables que introducir dentro de la normativa, por ejemplo, limitar la actuación de agentes militares cuando se hable de conmoción interna, donde podrían actuar agentes policiales. Así

91 García, Bertha, “El tema de la seguridad en la Asamblea Constituyente: Propuestas de Policías y Militares”, en “Democracia, Seguridad y Defensa”, Boletín bimestral, PUCE, Año 4, enero-febrero 2008, p. 3.

mismo, es necesario reformar la legislación conexas que se aplica en casos de decreto de estado de excepción, y que dentro de sus artículos lleva embbebida la vulneración de derechos humanos.

Con relación a la legislación nacional vigente, el Ecuador está en mora, pues no ha cumplido con su obligación de adecuarla a los parámetros internacionales de derechos humanos. Como se dijo anteriormente, se requiere un cambio de ideología que permita hacer cambios concordantes tanto en la normativa constitucional, como en la legislación secundaria, y específicamente en la Ley de Seguridad Nacional, que ha sido utilizada como una herramienta para suprimir protestas sociales y militarizar la vida civil, rasgo característico de la implantación de la Doctrina de Seguridad Nacional en los países latinoamericanos.

Conscientes de que el Ecuador vive actualmente un proceso de transformación y esperanzados en que este concluya en un régimen democrático que tenga como objetivo principal el respeto, protección y la vigencia de los derechos humanos de todos sus habitantes, reiteramos una vez más la necesidad de reformar en teoría y en la práctica la institución de estados de excepción en nuestro país, para que no siga siendo el supuesto “remedio” peor que la enfermedad, sino una herramienta bien utilizada para afrontar situaciones excepcionales de crisis.

VI. Bibliografía

Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, 2005.

_____, “Refutación y Defensa del Neoconstitucionalismo”, en Miguel Carbonell (editor), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Editorial Trotta, 2007.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Resolución Sobre la Protección de Derechos Humanos en Relación con la Suspensión de Garantías Constitucionales o Estados de Sitio*, 1967.

Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 29, Artículo 4 “Suspensión de obligaciones durante un estado de excepción”, 72° Período de Sesiones, 2001.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador”, Sentencia de 4 julio 2007, (Fondo, Reparaciones y Costas).
- _____, Opinión Consultiva OC-8/87, *El Hábeas Corpus bajo suspensión de garantías*, 30 enero 1987.
- _____, Opinión consultiva OC-9/87 de la CIDH sobre garantías judiciales en estados de emergencia, 6 octubre 1987.
- Despouy, Leandro, *Los derechos humanos y los estados de excepción*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Estudios Jurídicos, Número 6, México, 1999.
- Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel Derecho, 2002.
- Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2001.
- _____, “Sobre los derechos fundamentales”, en Miguel Carbonell (editor), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Editorial Trotta, 2007.
- Gabino Ziulu, Adolfo, *Estado de Sitio: ¿Emergencia necesaria o autoritarismo encubierto?*, Buenos Aires: Desalma, 2000.
- García, Bertha, “El tema de la seguridad en la Asamblea Constituyente: Propuestas de Policías y Militares”, en “Democracia, Seguridad y Defensa”, Boletín bimestral, PUCE, Año 4, enero-febrero 2008.
- García Gallegos Bertha, Nájera María Elena, “Presentación” en *La Administración de la Defensa en el Ecuador*, Fundación Honrad Adenauer, Fundación Democracia, Seguridad y Defensa, Quito, junio 2005. [Dentro de esta concepción se circunscribe el presente ensayo.]
- Heiss, Claudia, “Reseña de ‘State of Exception’ de Giorgio Agamben” en *Revista de Ciencia Política*, Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 25, número 001.
- Hutchinson, Tomás, “La emergencia y el Estado de Derecho”, en Hutchinson Tomas (director), *Revista de Derecho Público: La Emergencia Económica*, Argentina, 2002.
- Meléndez, Florentín, *La Suspensión de los Derechos Fundamentales en los Estados de Emergencia según el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, San Salvador sled, 1999.

- Organización de Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, *Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 1984.
- Pisarrello, Gerardo, “¿De quién se defiende la Constitución? El fantasma de la excepción y el retroceso garantista”, en Bazán Víctor (coordinador), *Defensa de la Constitución: galantismo y controles*, Buenos Aires: Ediar, 2003.
- Sagues, Nestor Pedro, “Los roles del Poder Judicial ante el estado de necesidad”, en Bazán Víctor (coordinador), *Defensa de la Constitución: garantismo y controles*, Buenos Aires: Ediar, 2003.
- Velásquez Rivera, Edgar de Jesús, “Historia de la Doctrina de Seguridad Nacional”, en *Convergencia* (México), Universidad Autónoma de México, Toluca, Año 9, número 27, 2002.
- Villegas, Mauricio, “Constitutionalismo Perverso, Normalidad y Anormalidad Constitucional en Colombia: 1957-1997”, en De Sousa Santos, Boaventura y García Villegas, Mauricio, *El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia. Análisis Socio-Jurídico*, Tomo I, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2004.
- Zolo, Danilo, *La justicia de los vencedores. De Nuremberg a Bagdad*, Madrid, Editorial Trotta, 2007.

Internet

- Anicama Campos, Cecilia, *Las Restricciones a los derechos humanos durante los Estados de Excepción*, Red de Información Jurídica Comisión Andina de Juristas, 2003, Internet, www.cajpe.org.pe/rij/, Acceso: 25 mayo 2008.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe anual 1999, Ecuador (Capítulo 4)*, Internet, www.cidh.oas.org/annualrep/99span/capitulo4a.htm, Acceso: 4 junio 2008.
- Comisión de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial Leandro Despouy: Décima lista de Estados que desde el 1º de enero de 1985 han proclamado, prorrogado o levantado el estado de excepción*, 9 junio 1997, Internet, www.derechos.org/nizkor/excep/despouylista.html#I.%20Países, Acceso: 17 junio 2008.

Leal Buitrago, Francisco, *La Doctrina de la Seguridad Nacional; Materialización de la Guerra Fría en América del Sur*, Revista de Estudios Sociales, No. 15, junio 2003, Internet, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2349602>, Acceso: 17 julio 2008.

Vallenas Gaona, Jesús Rafael, “Los estados de excepción a la luz de los derechos humanos en el sistema americano, 2000”, Internet, <http://www.uv.es/~ripj/4raf.htm>, Acceso: 25 mayo 2008.

El acceso a la justicia y la emancipación social de las personas excluidas

“Los tribunales y servicios legales están en teoría disponibles para todos, del mismo modo en que lo está el Hotel Sheraton: cualquiera puede entrar; todo lo que se necesita es dinero.”¹

Luis Fernando Ávila Linzán

Sumario

I. Introducción. II. Justicia burocrática y justicia emancipadora: 2.1. La justicia burocrática. 2.2. El reduccionismo de lo político-judicial. 2.3. La autonomía del derecho de la política. 2.4. Regulación y control estatales. 3. La justicia emancipadora. 3.1. Democratización de lo político y lo judicial. 3.2. Interrelación entre política y derecho. 3.3. Desregulación estatal y emancipación social. III. Las características del acceso a la justicia burocrática ecuatoriana. 3.1. Jueces y abogados pasivos. 3.2. Protección jurídica exclusiva de la propiedad y la seguridad jurídica de los propietarios. 3.2.1. El acceso a la justicia administrativa. 3.2.2. El acceso a la justicia penal. 3.3. Monopolio estatal de la justicia. 3.4. Políticas públicas regresivas de acceso a la justicia. 4.1. El presupuesto de la justicia: 4.2. La defensa pública. 4.3. Los costos del proceso. 4.4. Las dependencias judiciales. IV. Presupuestos para el acceso a una

1 Lord McCluskey, “Problems of Access to Justice in International and National Disputes”, discurso de apertura de la 22ª Bienal de la Asociación Internacional de Abogados, Buenos Aires, septiembre de 1988, *International Legal Practitioner*, 13 -1978, citado por Garro, Alejandro, “El acceso de los pobres a la justicia en América Latina”, en Méndez Juan, O’Donnell Guillermo y Pinheiro Paulo Sergio (compiladores), *La (in) efectividad de la Ley y la Exclusión en América Latina*, Paidós, Buenos Aires, 2002, p. 280.

justicia emancipadora: 4.1. Jueces y abogados activistas. 4.1.1 Descivilizar la justicia 4.1.2. Desformalizar la justicia. 4.2 Protección amplia de intereses sociales y derechos humanos. 4.2.1. La justicia retributiva por la distributiva. 4.2.2. El acceso de grupos específicos. 4.3. Pluralidad de justicias. 4.4. Políticas públicas progresivas de acceso. V. Palabras finales. VI. Bibliografía.

I. Introducción

Vivimos en un mundo sometido a cambios profundos y acelerados, en el cual las disputas sociales se han vuelto más complejas. En este contexto la actividad estatal es vista como insuficiente; aquí el sistema de justicia cumple un rol fundamental.

En Latinoamérica esta complejidad gira, entre otros ámbitos, alrededor de la desigualdad social ocurrida a partir de la actividad estatal, formalmente universal y que no llega de manera uniforme a todos los habitantes². En el Ecuador, la institucionalidad estatal está, adicionalmente, ligada a la precariedad del sistema democrático, la desigualdad económica³, y las expectativas creadas ante un estatuto de derechos progresista, pero sin garantías efectivas para su realización⁴. En este sentido, la justicia no experimenta cambios promisorios⁵.

Justamente, el epígrafe de este ensayo cuestiona el acceso a la justicia pensado por nuestros legisladores y otras personas que diseñan las políticas judiciales a partir de la modernización de la judicatura, el número de jueces y juz-

2 Mann, Michael, “Las Crisis del Estado-Nación en América Latina”, en Mason Ann y Orejuela Luis Javier (editores), *La Crisis Política Colombiana. Más que un conflicto armado y un proceso de paz*, Universidad de los Andes, Bogotá, 2003, pp. 38-43.

3 Liisa, North, “Implementación de la Política Económica y la Estructura del Poder Político en el Ecuador”, en Lefeber, Louis (editor), *Economía Política del Ecuador. Campo, Región, Nación*, Quito, Corporación Editora Nacional-FLACSO-York University, 1985, p. 443.

4 Véase en esta obra, “Las garantías de los derechos, ¿invención o reconstrucción”, por Carolina Silva.

5 Andrade, Pablo, “Negociando el cambio: Fuerzas Políticas en al Asamblea Constituyente ecuatoriana de 1998”, en *Estructura Constitucional en el Estado Constitucional*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Fundación Centro de Estudios Políticos y Sociales y otros, 2004.

gados⁶, pero sin llegar a abordar los problemas estructurales de este asunto, en el cual la desigualdad y la pobreza tienen un lugar central, y el Estado y sus funcionarios, un papel fundamental para asegurar el acceso a la justicia.

Intentaremos identificar en este ensayo qué elementos del acceso a la justicia tienen un potencial emancipatorio; y, a partir de eso, establecer cómo y en qué medida puede ser el acceso a la justicia en el Ecuador una herramienta útil para la emancipación social.

Entendemos la emancipación social como un conjunto de prácticas y relaciones sociales que, a veces, afirman la igualdad y, algunas otras, reafirman las diferencias sociales en la búsqueda por alcanzar un nivel de autonomía e igualdad de las personas y colectividades para el reconocimiento de sus derechos⁷. Vale aclarar de inicio que el acceso a la justicia, la misma justicia y en general el derecho, no son suficientes para hacer posible esta emancipación. Estamos conscientes de que son indispensables otras estrategias que superan el objeto de este ensayo.

Entonces, nos proponemos analizar el acceso a la justicia a partir de dos modelos de justicia. A uno de ellos lo hemos llamado de “justicia burocrática” que, con sus matices, es el aplicado en Ecuador (modelo hegemónico-dominante); al otro lo llamamos de “justicia emancipadora” (modelo contrahegemónico-emancipador).

En la primera parte, describiremos las ideas principales que llevan a diferenciar los modelos mencionados y las categorías de comparación a utilizarse en las dos partes siguientes. En la segunda parte, caracterizaremos el acceso a la justicia ecuatoriana, es decir, el modelo de justicia burocrática; y, en la tercera parte, determinaremos cuáles deben ser los presupuestos para el acceso a una justicia emancipadora.

Este aparente juego de palabras entre “características” y “presupuestos”, lo usamos para visibilizar la dicotomía detrás de este ensayo: un paradigma que existe y que tiene profundas raíces en la tradición del derecho (ser), contrapuesto a uno ideal-retórico y aún en construcción (deber ser).

6 Merino, Valeria, *Avances en el Proceso de Reforma Judicial desde que se preparó la Primera Estrategia Integral en 1995*, Corporación Latinoamericana para el Desarrollo (CLD), Quito, 2000.

7 Santos, Boaventura De Sousa, *Crítica de la Razón Indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*, Editorial Desclée de Brouwer, Bilbao, 2003, p. 303.

Entre tanto, “burocracia” o “burocrático” en este ensayo no serán usados en un sentido despectivo o peyorativo, sino técnico-propositivo, es decir, referidos a la centralidad que tienen y deben tener el Estado y los jueces respecto del acceso a la justicia en la emancipación social⁸.

Por último, el término “formalismo” no excluye la “formalidad”, es decir, los elementos de forma que constituyen la sustancia del derecho. El formalismo lo entendemos como una exacerbación de las formas en detrimento de la sustancia del derecho.

Una aclaración final antes de entrar en materia: el modelo de justicia burocrática que vamos a criticar, y que se aplica con características comunes en la mayoría de los países tributarios del derecho románico-continental, será analizado en el caso ecuatoriano.

II. Justicia burocrática y justicia emancipadora

En esta primera parte, analizaremos los modelos de justicia burocrática y de justicia emancipadora a la luz de las siguientes categorías conceptuales que permitan su comprensión y posterior análisis: a) el espacio de lo político y lo judicial; b) la relación entre derecho y política frente a la justicia y, c) el papel del Estado en la determinación de la justicia.

Proponemos un enfoque estructuralista⁹ a partir de las líneas fundamentales de análisis sugeridas por Santos para entender la justicia contemporánea y que representa un renovado esfuerzo por resistir, superar y pensar un modelo alternativo al modelo hegemónico-dominante de justicia (justicia burocrática).

8 Zaffaroni, Eugenio, *Dimensión Política de un Poder Judicial Democrático*, Corporación Latinoamericana para el Desarrollo, Quito (CLD), 1992, p. 27.

9 Ver Sonntag, Heinz, “Estructuras y otras Estructuras: el desarrollo como progreso y otros actores sociales”, en Duda, *Certeza y Crisis*, Editorial Nueva Sociedad-UNESCO, Caracas, 1988; Fernando Cardozo y Enzo Faletto, “Dependencia y Desarrollo en América Latina”, en CEPAL, *Cincuenta Años de Pensamiento de la CEPAL, Textos seleccionados*, V.II, Siglo Veintiuno Editores, México, 1969.

2.1. La justicia burocrática

En este acápite, vamos a describir lo que hemos llamado justicia burocrática de la siguiente manera: a) el reduccionismo de lo político-judicial (el espacio de lo político y lo judicial); b) la autonomía del derecho de la política (relación entre derecho y política frente a la justicia) y, c) la regulación y control estatales (el papel del Estado en la determinación de la justicia).

2.1.1. El reduccionismo de lo político-judicial

Los jueces en Latinoamérica, particularmente en Ecuador, han alcanzado notoriedad social y política en las últimas dos décadas.

Esta relevancia social se acentuó por la implementación de la justicia constitucional en la Región a partir de la década de los 90, que en Ecuador ocurrió en la reforma constitucional de 1996. Los organismos de control de la constitucionalidad tienden a ser, a la vez, jueces en derecho y dirimientes de los conflictos que aquejan a la democracia¹⁰. Esta relevancia de los jueces ha llevado a la clase política ecuatoriana a centrar su interés en la independencia de los jueces, por medio de la teoría de la gobernabilidad y la ingeniería constitucional como instrumentos predilectos para tal empresa¹¹. Se buscaba garantizar la imparcialidad de los jueces como un imperativo social¹².

10 Santos, Boaventura De Sousa, “Derecho y Democracia. La reforma global de la justicia”, en Santos, Boaventura De Sousa y García Villegas, Mauricio, (compiladores), *El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia. Análisis Socio-Jurídico*, Tomo I, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2001, p. 189.

11 Monsalve, Sofía y Sottoli, Susana, “Ingeniería Constitucional versus institucionalismo histórico-empírico: enfoques sobre la génesis y la reforma de las instituciones políticas”, en Dieter Nohlen y otros (editores), *El Presidencialismo renovado. Instituciones y cambio político en América Latina*, Editorial Nueva Sociedad, Venezuela, 1998, p. 42-46.

12 Projusticia, Estudio de opinión sobre la percepción de la administración de justicia en el Ecuador, 1996, citado por, Farith Simon, “Investigación sobre Acceso a la Justicia en la República del Ecuador”, José Thompson (coordinador), *Acceso a la Justicia y Equidad*, Banco Interamericano de Desarrollo e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, 2000, p. 75. El 91% de los ecuatorianos considera que el Sistema de Justicia no protege los intereses de los sujetos comunes y corrientes, y el 94% opina que sus decisiones no son imparciales, pues existe corrupción e injerencia política.

No obstante, el acceso a la justicia, desde la reforma constitucional de 1992, y a lo largo de casi dos décadas se lo ha mantenido como un tema de Política Judicial de costo-beneficio (oferta-demanda)¹³, y sin que se haya identificado las causas estructurales que no lo hacen posible.

Ahora, ¿cómo se explica que el acceso a la justicia no esté en la agenda política? Una aproximación a este problema es lo que hemos denominado como reduccionismo de lo político y lo judicial.

Por espacio de lo político, entendemos aquel donde se discuten y se debaten los intereses comunes y que guía la acción de dar forma al espacio social¹⁴.

El espacio de lo político, desde la teoría política tradicional (procedural), está en el sistema político autónomo que limita el poder. La democracia sería, entonces, un procedimiento para disminuir la posible arbitrariedad respecto de las libertades humanas, mediante el ejercicio de la representación política, exclusivamente dentro de los dominios de los partidos políticos, y del ejercicio del sufragio por parte de los soberanos, libres de toda injerencia en sus relaciones sociales¹⁵.

A partir de eso, se entiende la percepción común de las personas sobre lo político en todos los niveles de la convivencia social, como sinónimo de participación partidista o de proselitismo¹⁶. Por tanto, la judicialización de la política o la politización de la justicia suenan como palabrotas en el estado de la opinión pública, y pone a la justicia como instrumento del juego político de los partidos¹⁷.

13 Merino, Valeria, *op. cit.*, 2000.

14 Lefort, Claude, *La Incertidumbre Democrática: ensayos sobre lo político*, España, 2004, Embajada de Francia en España y Editorial Anthropos, p. 39.

15 Torraine, Alain, ¿Qué es la democracia?, Madrid, 1994, Editorial Ediciones de Hoy S.A., pp. 81-115.

16 Diario Hoy, *Contrapunto*, sección política, 24-jun-2006: “uno de los cánceres más peligrosos del organismo llamado Ecuador es la judicialización de la política y la politización judicial. Esto ha sido el instrumento para estructurar un régimen político que, a cuento de un presidencialismo aguzado –que existe en el papel– el poder real en muchas ocasiones y en muchos sentidos no está en la Presidencia de la República, sino aparentemente en un criadero de equinos próximo a la ciudad de Guayaquil.”

17 “Creo que el grado de politización de la justicia y de penalización de la política nos lleva a plantear una reconciliación nacional, y para ello habría que partir de una amnistía para todos aquellos

En este orden de ideas, si es el sistema político el único espacio de lo político, lo demás debe ser inmediatamente despolitizado para poder mantener la democracia; y, por tanto, lo judicial queda reservado, teóricamente, a la absoluta neutralidad como un tema técnico de la judicatura: la reducción del espacio de lo judicial. Este afán se hace más ostensible ante la inestabilidad del sistema político y la escasa realización de los derechos¹⁸. La independencia judicial cumple aquí una doble función: legitima al sistema político, pues le asegura funcionalidad, y, mantiene a los jueces bajo el control político del régimen de turno, al alejarlos del tratamiento de los conflictos políticos relevantes¹⁹. El fin último es tener un sistema político fuerte, y todo lo demás blindado por la autonomía y no injerencia de lo político en la actividad judicial²⁰.

Entonces, el acceso a la justicia se ve limitado por la neutralidad política de los jueces para asegurar sustancialmente la participación igualitaria de las personas y las colectividades en los procesos judiciales, sin permitirles ser parte del debate democrático sobre las causas estructurales de la desigualdad y la exclusión social²¹.

En consecuencia, el reduccionismo de lo político y lo judicial aparta a los jueces y a los abogados de la resolución de los conflictos sociales relevantes y les permite surgir como una fuerte clase gremial. Aparece así la justicia burocrática lejana de los problemas sociales y con poca aceptación social; e, inmune a la intervención estatal y de los particulares, lo cual dificulta reformas integrales a la justicia y somete a las políticas judiciales al análisis del costo-beneficio.

que hayan ejercido funciones de gobierno desde 1995". Véase Aguilar, Ramiro, "Amnistía", *Hoy* (Quito), 4 febrero 2008.

18 Santos, Boaventura De Sousa, "Los paisajes de la Justicia en las Sociedades Contemporáneas", en Santos, Boaventura De Souza y García Villegas, Mauricio (compiladores), *El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia. Análisis Socio-Jurídico*, Tomo I, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2001, p. 103.

19 *Ibidem*, p. 108.

20 Torraine, Alain, *op. cit.*, p. 112.

21 Santos, Boaventura De Sousa, "Los paisajes de la Justicia en las Sociedades Contemporáneas", *op. cit.*, p. 126.

2.3. La autonomía del derecho de la política

La relación real entre derecho y política frente a la justicia aparece en el común de las personas como algo natural, pues para nadie es extraño en Latinoamérica que en la determinación de las normas y las decisiones judiciales, participan en su favor actores políticos y económicos. Esta obviedad se agudiza en la realidad ecuatoriana, pues es sabido que las leyes y las instituciones que están dadas para proteger a todas las personas por igual, responden verdaderamente a los intereses de grupo e, incluso, reproducen el clientelismo partidista²².

No obstante, desde la tradición jurídica ecuatoriana esta relación natural es negada desde la doctrina del derecho, puesto que éste, en teoría, funciona como un orden normativo completo y descontaminado técnicamente de lo extranormativo; subordinado jerárquicamente y unificado en una norma fundamental.

Este ideal estructural del derecho se deviene, en realidad, en un instrumento de dominación dentro del engranaje liberal hegemónico, formal y culturalmente inmune, blindado, autónomo y separado de la política, como una proyección de la autonomía del sistema político del Estado²³. La autonomía del derecho de la política guarda estrecha relación con el principio de independencia judicial liberal que limita el espacio de lo político y judicial²⁴.

Esta autonomía, a partir de la cultura jurídica dominante se logra a través del principio de legalidad, refrendado por el imperio absoluto de las leyes²⁵ y por el positivismo jurídico, asimilado en América Latina más como un marco teórico del derecho clásico-exegético y conceptualista, que como una modernización de las estructuras del derecho²⁶.

22 Eduardo Buscaglia y María Dakolias, Delay Study, 1995, citado por Farith Simon, *op. cit.*, p. 75.

23 Torraine, Alain, *op. cit.*, pp. 81-115.

24 Santos, Boaventura De Sousa y García Villegas, Mauricio, "El Revés del Contrato Social de la Modernidad", en Santos, Boaventura de Sousa y García Villegas, Mauricio (compiladores), *El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia. Análisis Socio-Jurídico*, Tomo I, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2001, p. 9.

25 Fernández, Alberto, *Función Creadora del Juez*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 40.

26 López, Diego, *Teoría Impura del Derecho. La transformación de la Cultura Jurídica Latinoamericana*, Legis, Bogotá, 2004, p. 399. El positivismo no necesariamente puede considerárselo como algo negativo, pues en América Latina muchos de los cuestionamientos en su contra tienen su origen

El derecho fue, entonces, desconectado estratégicamente del debate democrático y mutó en una ciencia oculta y formalista, lo cual devino en una justicia rutinaria (rutinización de la actividad judicial) y ritual en la formación de jueces y abogados. A través de este divorcio entre derecho y política, resulta la invisibilidad judicial de la realidad social: los jueces y abogados ejercen y practican el derecho como una labor de escritorio, sin profundizar en el impacto e incidencia social de su gestión.

La cultura jurídica que resultó a partir de esta autonomía tolera el *statu quo*, puesto que la rutina judicial (rutinización), tal como lo explicaremos más adelante, permitió el direccionamiento del litigio y, por tanto, de la actividad judicial a favor de los propietarios y los litigantes habituales. Esta es la cultura jurídica que da fundamento a la justicia burocrática.

2.3. Regulación y control estatales

El Estado moderno surgió como una propuesta homogeneizante en un doble sentido. Primero, porque significó una conquista social de los burgueses por sobre el absolutismo, lo cual llevó a la imposición de los valores puestos en juego, especialmente la libertad y la seguridad, que enfatizaron la protección de la propiedad y la represión penal de conductas contrarias al orden jurídico. Y, segundo, porque la unidad sobre la base de características raciales, culturales y lingüísticas concebidas como uniformes, permitió la defensa ante enemigos internos y externos comunes²⁷.

La única garantía de que esta homogenización fuera posible sería por medio del monopolio estatal de las regulaciones de todo tipo. Significa, por tanto, que todo aquello que estuviere fuera del control del Estado no tendría ninguna relevancia social o jurídica y debería ser neutralizado.

Volvemos al espacio de lo político y de la autonomía del derecho que se relaciona con el monopolio estatal. Respecto del espacio de lo político, la consecuencia sería que lo político sólo es posible dentro de las estructuras estatales aceptadas, el Parlamento y los partidos políticos; y, respecto de la

en una mala práctica más que en problemas teóricos. En realidad, nosotros no hemos sido sólo positivistas, sino malos positivistas.

27 Santos, Boaventura De Sousa y García Villegas, Mauricio, *op. cit.*, pp. 10-24.

autonomía del derecho, sólo su estatización garantizaría su no contaminación de elementos metajurídicos que pudieran atentar contra los intereses de la clase dominante.

Otros órdenes jurídicos fuera del Estado son impensables y otras formas de ejercicio de la justicia vivirían en la marginalidad de la racionalidad dominante, es decir, del derecho. Los pilares de este monopolio se levantan sobre la regulación de las relaciones comerciales (derecho civil-comercial) y el control de las conductas contrarias al orden público (derecho penal), que mantienen la hegemonía.

La justicia burocrática toma mayor distancia de los conflictos sociales que se resuelven de espaldas al derecho y justicia estatales, mediante mecanismos naturales pacíficos (por ejemplo: justicia indígena, justicia de paz) o violentos (por ejemplo: linchamientos, castigos corporales). Las formas pacíficas deben ser reconocidas e implementadas sin que sean estatizadas; y, las violentas, deben ser controladas o impedidas como resultado de acciones eficaces y una simplificación del derecho aplicable.

3. La justicia emancipadora

Ahora, vamos a encargarnos de la antípoda conceptual, es decir, lo que hemos llamado justicia emancipadora, tal como sigue: a) la democratización de lo político-judicial (el espacio de lo político y lo judicial); b) la interrelación entre política y derecho (relación entre derecho y política frente a la justicia); y, c) la desregulación estatal y emancipación social (el papel del Estado en la determinación de la justicia).

3.1. Democratización de lo político y lo judicial

El protagonismo de los jueces no es bien visto socialmente²⁸ y, aunque no es nuevo, se da en la actualidad por razones y basado en procesos políticos

28 Rosales, Francisco, "De Fouches y Manteles", *Hoy* (Quito), 30 abril 2007: "Uno de los síntomas más claros de que las cosas no funcionan como debieran en la vida política es el excesivo protagonismo de los jueces en asuntos que en principio corresponde resolver a los políticos. La judicialización de la política y la otra cara del mismo mal, la politización de la justicia, constituyen un fenómeno que sólo se explica por el fracaso o el retraimiento de la política como tal, cuyo escenario

distintos. Responde a un mayor entendimiento de los mecanismos de control de legalidad y constitucionalidad; no responde necesariamente a la coyuntura política; y, se concentra en determinados ámbitos (penal y de control), aunque este fenómeno es aún reactivo a enfrentamientos con la clase política, causado por la resistencia de los actores políticos a la judicialización de sus conflictos²⁹.

La variación cualitativa que está sucediendo detrás de esta tensión es el desplazamiento del núcleo de legitimidad de la democracia del poder legislativo hacia el poder judicial, ante la crisis de la representación política y los mecanismos de participación política tradicionales. Este proceso, no exento de cuestionamientos teóricos sobre la legitimidad democrática de los jueces³⁰, ocurre en Latinoamérica por el desgaste del Estado desarrollista y los ajustes estructurales, y el influjo de las presiones del consenso liberal y su diferente asimilación³¹, lo cual se ve agravado por la creciente desconfianza de las personas en la justicia y a la crónica mora ante las demandas sociales insatisfechas por el Estado en crisis política permanente³². En Ecuador, la justicia alcanza bajos niveles de aceptación³³.

Creemos que si esta realidad de la justicia profundamente politizada soporta sobre sus espaldas la legitimidad de las democracias actuales, es necesario ampliar el espacio de lo político-judicial que fundamenta el discurso de la dominación.

Proponemos un concepto más amplio de lo político-judicial. Lo político-judicial debe ser un espacio amplio de debate continuo, incluso fuera de

propio y principal en una democracia es el Parlamento, donde reside la soberanía popular”, *El País* (Madrid), 1 abril 2007.

29 Santos, Boaventura De Sousa, “Los paisajes de la Justicia...”, 2001.

30 García Amado, Juan, “Derechos y Pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo”, en Carbonell, Miguel (editor), *Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Trotta, Madrid, 2007, pp. 237-264. Véase también, en esta obra, Escobar, Claudia y Morales, Juan Pablo, “Democracia Sustancial: sus elementos y conflicto en la práctica”.

31 Santos, Boaventura De Sousa, “Los paisajes de la Justicia...”, p. 104.

32 Santos, Boaventura De Sousa, “Derecho y Democracia...”, *op. cit.*, p. 165.

33 Projusticia, *Evaluación Social del Proyecto de Acceso a la Justicia y Equidad*, 2008, p. 19. La Corte Suprema de Justicia, la cabeza más visible de la justicia ecuatoriana, presenta un nivel de desconfianza de alrededor del 37%.

la institucionalidad aunque preferentemente en ella, en la cual la democracia resulte ser un espacio vacío cuya garantía esté en no ser ocupado por ningún actor o interés político; y, en permanecer vacío con el fin de que pueda reproducirse a través de continuas reivindicaciones sociales, generando nuevos derechos y reconocimiento inclusivo³⁵.

Esto supone aceptar la politicidad de la actividad judicial, es decir, la posibilidad de legitimar la democracia por medio de la actividad judicial y, a partir de sus sentencias, propiciar la solución de los problemas estructurales socio-jurídicos que impiden la concurrencia de las personas a la justicia. Democratizar este espacio conlleva que la independencia judicial tenga que subordinarse a estas condiciones que aseguren el acceso de las personas a la justicia y no lo contrario.

Luego, se vuelve indispensable, el acceso a este espacio político-judicial para la protección de los excluidos, los juzgados y tribunales, para poder llamar a una sociedad sustancialmente democrática, en oposición a los dictados del discurso costo-beneficio que utiliza el eficientismo judicial de la justicia burocrática:

[...] los foros judiciales tienen dos características procedimentales que pueden volverse importantes en casos relacionados con la protección de los desfavorecidos. Primero, en el proceso judicial las partes deben confrontar una contra otra. Esto significa que los grupos poderosos no pueden simplemente ignorar los argumentos de los desfavorecidos. Segundo, en el proceso judicial las partes deben basar sus argumentos en principios o normas compartidos. El foro judicial puede dar así a los desfavorecidos una voz que no es escuchada en el mercado o en la arena política³⁶.

Lo judicial no puede limitarse a las funciones instrumentales de los jueces, es decir, a aquellas que están delimitadas por las normas jurídicas y que permiten un abordaje limitado desde la visión liberal de las cuestiones sociales; sino que, también debe extenderse a sus funciones políticas, es decir, las de legitimar el sistema político a través de un activismo judicial progresista

35 Lefort, Claude, *op. cit.*, pp. 157-160.

36 Correa Sutil, Jorge, "Reformas Judiciales en América Latina: ¿buenas noticias para los desfavorecidos?", en Méndez, Juan, Guillermo O'Donnell y Paulo Sergio Pinheiro (compiladores), *La (in) efectividad de la Ley y la Exclusión en América Latina*, Paidós, Buenos Aires, 2002. p. 278.

y legal en pro de un derecho emancipatorio, y a sus funciones simbólicas que pongan acento sobre una nueva escala de valores en sus decisiones, tales como la solidaridad, la diversidad y la sostenibilidad a favor de los excluidos³⁷.

3.2. Interrelación entre política y derecho

El endilgarle toda la responsabilidad del formalismo latinoamericano a Kelsen podría ser injusto a más de una labor académicamente forzada³⁸. Más bien, han sido construcciones latinoamericanas el formalismo jurídico y el antiformalismo³⁹. En este contexto, se presenta el simple trasplante jurídico como uno de los rasgos del derecho en Latinoamérica, que permitió minimizar la relación entre política y derecho⁴⁰; y que propició que el formalismo penetre en la cultura jurídica latinoamericana, haciendo imposible una teoría jurídica fuera de las fronteras de las normas positivas o a partir del enfoque de otras disciplinas⁴¹. Esto no quita que, sin embargo, hayamos hecho esfuerzos por adaptar y dar lecturas creativas al derecho importado⁴².

La interrelación entre derecho y política que proponemos, supone el derecho como un instrumento de lucha política y del activismo emancipador de los jueces con el fin de generar el reconocimiento formal de los derechos y de todas las formas de inclusión. Lo que Santos llama la “judicialización de la política o politización de la justicia”⁴³, que debe estar concebida dentro del espacio indefinido de lo político-judicial.

Defendemos, en definitiva, una interrelación entre política y derecho con contenido social y emancipatorio, que ponga a la persona en el centro, favorecido por el activismo progresista de los jueces y los aboga-

37 Santos, Boaventura De Sousa, “Los paisajes de la Justicia...”, *op.cit.*

38 Correas, Óscar, “El Otro Kelsen”, en Correas, Óscar (compilador), *El Otro Kelsen*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, p. 28.

39 López, Diego, *op. cit.*, p. 417.

40 Santos, Boaventura De Sousa, , *op.cit.*

41 López, Diego, *op. cit.*, p. 412.

42 *Ibidem.*

43 Santos, Boaventura De Sousa, *op. cit.*, p. 105.

dos con el fin de transformar la realidad social en beneficio de los excluidos.

Esto significa, romper los obstáculos que impiden que tal emancipación social sea posible: la insuficiencia del sistema jurídico como instrumento de incidencia social, la formación progresista de los jueces y abogados y el reconocimiento de múltiples formas de regulación al mismo nivel que la estatal⁴⁴.

En todo caso, todo esfuerzo deberá operar sobre la cultura jurídica, inseparable de la cultura política. Por tanto, debe influir en la formación de los jueces y abogados, y verse reflejada en una normatividad y una actuación litigiosa de amplio espectro social que explote el potencial liberador del acceso a la justicia a favor de los excluidos: la justicia emancipadora⁴⁵.

3.3. Desregulación estatal y emancipación social

Según Santos, a partir de Foucault, el poder está, por naturaleza, disperso en las sociedades y en el Estado, esto significaría que a través de la disminución de las regulaciones y el control estatal, y el aumento de estructuras estatales que permitan la igualdad, la distribución y el aumento de las capacidades sociales en vez de la acumulación de recursos, se estaría propiciando la emancipación social⁴⁶.

En este sentido, resulta necesario para la democratización de nuestras sociedades desregularizar o desmonopolizar el derecho que en la actualidad ostenta exclusivamente el Estado. En este punto sería propio hablar de “justicias” y no de “justicia”, de “derechos” y no de “derecho”, puesto que se presentan a su reconocimiento varios ordenamientos jurídicos que coexisten junto con el ordenamiento estatal⁴⁷.

44 Uprimny Rodrigo, Rodríguez César y García-Villegas Mauricio, *Más allá de la Oferta y la Demanda: análisis sociojurídico de la justicia colombiana a comienzos de siglo*, Internet, www.cejamericas.org, pp. 467-470.

45 Santos, Boaventura De Sousa, “Los Paisajes...”, *op. cit.*, p. 120.

46 Santos, Boaventura De Sousa, *Crítica de la...*, *op.cit.*, p. 303.

47 Santos, Boaventura De Sousa, “Los paisajes de la Justicia en las Sociedades Contemporáneas”, en Boaventura De Souza Santos y García Villegas (compiladores), *El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia. Análisis Socio-Jurídico*, Tomo I, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2001.

La existencia de una pluralidad de ordenamientos se puede entender mejor mediante lo que se ha denominado “pirámide del litigiosidad”⁴⁸ que permite evidenciar la capacidad de identificación y reacción de las personas frente al conflicto social y el litigio; y, la existencia de otros mecanismos de solución de los litigios sociales, en los cuales la actuación judicial sería subsidiaria y excepcional. Aparece aquí la pluralidad como una forma de garantizar el acceso a la justicia. Más allá del simple reconocimiento, el Estado debe asegurar positivamente las condiciones para su real existencia y coordinación con lo estatal. En este ensayo sólo haremos una breve referencia a algunos de estas justicias con el fin único de evidenciar su potencial emancipador⁴⁹.

Para nosotros, desregularizar tiene dos sentidos: sacar de la institucionalidad judicial el tratamiento del conflicto que significa dejar de someter a una regulación estatal, y, además, someter estos conflictos a nuevas regulaciones no estatales que están al alcance de las personas por medio de procedimientos en equidad o sometidos a valores tradicionales, ancestrales o de otro tipo (justicia de paz y justicia indígena).

Desregularizar, en definitiva, pone un gran significado democrático a lo que hemos denominado justicia emancipadora, pues abre el espacio de lo político-judicial de los escritorios judiciales a la cotidianidad de las personas, con lo cual se estaría asegurando el acceso a la justicia más cercana a su realidad social y cultural. Permitiendo, además, la acumulación de nuevas capacidades y recursos a favor de sectores alternativos que aseguren la resistencia de los desposeídos en contra de los poderosos.

48 *Ibidem*. La pirámide de litigiosidad es un recurso metodológico utilizado por Santos para analizar la actividad judicial. En la base están aquellos litigios que se resuelven fuera de la institucionalidad judicial; en el medio aquellos que ingresan al tratamiento judicial; y, en la punta, sólo aquellos que lograron ser resueltos por los jueces. Esto pone en evidencia que existen otros ordenamientos no estatales para resolver los conflictos sociales y que la justicia estatal es excepcional; y, que para el acceso a la justicia influyen un conjunto de factores no tenidos en cuenta normalmente, tales como el entendimiento de las normas, las expectativas de resolución o comprensión de conflicto o daño.

49 Véase en esta obra, Llasag, Raúl, “Plurinacionalidad: una propuesta constitucional emancipadora”.

III. Las características del acceso a la justicia burocrática ecuatoriana

En la parte II conceptualizamos lo que entendemos como justicia burocrática y justicia emancipadora. En esta parte, vamos a establecer las características del acceso a la justicia burocrática desarrollada en el Ecuador, siguiendo el mismo formato conceptual de la parte I: a) jueces y abogados pasivos (el espacio de lo político y lo judicial); b) protección jurídica exclusiva de la propiedad y la seguridad jurídica de los propietarios (relación entre derecho y política frente a la justicia); y, el monopolio estatal de la justicia y las políticas públicas regresivas de acceso (el papel del Estado en la determinación de la justicia).

Advertimos que las características del acceso a la justicia aquí explicitadas no engloban la integralidad de lo que puede considerarse como justicia burocrática, sino que hemos tomado en cuenta únicamente aquellas que tienen un potencial emancipatorio, es decir, las que pueden ser importantes para propiciar el uso instrumental del derecho, la politización de la actividad judicial –en el sentido aquí defendido– en beneficio de los excluidos, y la construcción de una teoría crítica del derecho.

3.1. Jueces y abogados pasivos

Tenemos jueces y abogados pasivos que practican el derecho sin incidencia social y política profunda, y sin un impacto sustancial en el mejoramiento de los derechos y la resolución de los conflictos socialmente relevantes.

Esto se refleja directamente en el contenido de las sentencias y en la calidad del litigio. En Ecuador, un caso extremo ha sido lo que sucede en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Constitucional, además de la conducta de los litigantes. Es extremo porque se trata de la más alta magistratura del país, y porque se entiende que sus competencias y materias de análisis permitirían una nueva cultura jurídica.

Una primera evidencia es que la casación y la jurisprudencia obligatoria son instrumentos jurídicos muy poderosos pero poco explotados por la

Corte⁵⁰; y que la acción de amparo constitucional, en el caso del Tribunal, no ha tenido el impacto social experimentado en otros países⁵¹.

En el caso del recurso de casación, éste choca con la cultura jurídica de los jueces y de los litigantes. Así, la fundamentación de los recursos penales que se toma a partir de un muestreo, hace referencia a los hechos y no a los derechos del caso: valoración de la prueba, existencia del delito, y fueros. Mientras que la Corte fundamenta sus sentencias en aspectos de mera forma, y no da cabida a posibles casos interesantes y difíciles. En algunos casos, incluso, reproduce los fallos recurridos respecto de los hechos⁵². En el caso de los litigantes, la explicación no sólo va por la no comprensión del recurso sino también por un uso abusivo y dilatorio, y en el caso de la Corte, por el afán de limitar la cantidad de casos a su conocimiento y su conservadurismo; es decir, la cultura y la práctica jurídicas íntimamente relacionadas.

En el caso de la acción de amparo constitucional, los litigantes y el Tribunal utilizan aún las mismas normas del Código Civil y realizan referencias incongruentes tomadas al apuro de la Constitución, amén de la aplicación de la fría exégesis civilista en la interpretación del derecho controvertido por las partes⁵³.

En ambos casos expuestos, la cultura y la práctica de jueces y abogados litigantes ha sido una barrera invisible para el acceso a la justicia, no sólo en el sentido de ingreso al proceso, sino también del impacto social verdadero de herramientas jurídicas que, como la casación y el amparo constitucional, han sido deformadas por el formalismo y el culto a la tradición jurídica.

Pero esta cultura jurídica del Ecuador se ha visto afectada, además, por la reforma judicial promocionada, según Santos, por un gran porcentaje de agencias de cooperación para el desarrollo a partir de los años noventa. E igual a lo que ocurre en los otros países periféricos, esto ha generado mayor

50 Ávila, Luis, *Jurisprudencia Obligatoria: Fallos de Triple Reiteración de la Corte Suprema del Ecuador*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2004.

51 Ávila Santamaría, Ramiro, "El Amparo Constitucional: entre el diseño liberal y la práctica formal", en *Tribunal Constitucional. Un cambio ineludible*, Quito, 2007.

52 Ávila, Luis, Informe para el Repertorio Especializado de Justicia Penal. Estudio analítico de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia (primer semestre de 2004) para la Corporación de Estudios y Publicaciones, no editado, Quito, 2004.

53 Ávila Santamaría, Ramiro, *op. cit.*, p. 373.

dependencia⁵⁴. Se buscaba garantizar mediante esta reforma un marco regulatorio que facilite las transacciones de bienes, servicios y capital,⁵⁵ e influir ideológicamente en la cultura jurídica con el fin de sustentar los procesos de acumulación y los intereses transnacionales⁵⁶. Estos esfuerzos, en su mayoría, han estado dirigidos al control social para combatir el narcotráfico⁵⁷.

Esto ha arraigado más aún la cultura jurídica civilista y propietarista, tolerando el formalismo y ritualismo jurídicos que limitan el acceso a los excluidos a la justicia.

La pasividad de jueces y abogados guarda estrecha relación con la rutinización y ordinarización del derecho, producida por un énfasis sistemático del derecho en la defensa de la propiedad y los propietarios que se explicará en el siguiente apartado.

3.2. Protección jurídica exclusiva de la propiedad y la seguridad jurídica de los propietarios

Desde un punto de vista socio-jurídico, el litigio es una construcción social que surge del conflicto social, el cual se resuelve de variadas formas naturales, de tal manera que la judicialización institucional, es decir la participación de un tercero investido del poder estatal, es un recurso social de instancia última⁵⁸. El modelo de justicia burocrática permite el direcciona-

54 Santos, Boaventura De Sousa, “Derecho y Democracia...”, *op.cit.*, p. 177. En los países semiperiféricos, las agencias nacionales han realizado importantes aportes, lo cual ha permitido que la dependencia sea menor.

55 Rodríguez, César, “Globalización, Reforma Judicial y Estado de Derecho en América Latina”, en *¿Quo Vadis?: Nuevos Rumbos en la Administración de Justicia*, 2000, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos ILSA, Bogotá, p. 14.

56 *Ibidem*, p. 12.

57 Santos, Boaventura De Sousa, “Derecho y Democracia...”, *op.cit.*, p. 175. En términos generales, el 57% de estos recursos de las agencias internacionales han sido para fortalecer la justicia como control social para combatir el narcotráfico, el 21,3% para asistencia técnica e infraestructura (fiscalía, juzgados penales), reforma al gobierno y Fuerzas Armadas el 13,6%, y el 6,3% para democracia y derechos humanos.

58 Santos, Boaventura De Sousa, “Los paisajes de la Justicia en las Sociedades Contemporáneas”, en Boaventura De Souza Santos y García Villegas (compiladores), *El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia. Análisis Socio-Jurídico*, Tomo I, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2001.

miento restrictivo e intencionado de la litigiosidad, es decir, la propensión a litigar, hacia determinados materias y en favor de agentes económicos determinados.

Así, se concentró la actividad judicial en las áreas civil, comercial y penal, lo cual ha redundado en una rutinización del proceso, de tal forma que los jueces, sistemáticamente evitan las “decisiones más complejas, innovadoras o controvertidas”⁵⁵. Esta situación se agrava si se mide la gestión judicial en términos numéricos y no en el impacto real en los conflictos resueltos y el mejoramiento progresivo de los derechos. Todo esto busca proteger la propiedad y la seguridad jurídica de los propietarios, afectando el principio de igualdad pregonado por las leyes, pues enfrenta en la arena judicial, en la mayoría de casos, a empresas y personas habituadas al litigio y que disponen de recursos, humanos y económicos, para obtener una sentencia favorable, en contra de individuos y colectivos que son litigantes ocasionales y que concurren al litigio en condiciones desiguales que les da pocas expectativas de éxito.

La justicia burocrática surge a partir del direccionamiento comentado, con la complicidad del Estado, toda vez que éste tiene una obligación positiva de garantizar el acceso sustancialmente⁵⁶. El alto precio es la exclusión social de la mayoría y el beneficio de unos pocos.

De cara a esta situación, son dos los obstáculos dramáticos –no son los únicos– alrededor de la defensa de la propiedad y la seguridad jurídica que tienen un potencial emancipador.

El primer obstáculo es la marginalidad de la justicia constitucional, que se materializa en la falta de acciones constitucionales que permitan al juez conectarse con la realidad social y generar debates jurídicos sustanciales, tal como está ocurriendo en el caso colombiano con la tutela judicial⁵⁷.

En el Ecuador, las acciones constitucionales han sido, sistemática y políticamente, limitadas e incomprensibles, entre otras razones, como efecto de

55 *Ibidem*, p. 99.

56 Abramovich, Víctor, *Acceso a la Justicia como Garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estudio fijado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Costa Rica, 2007, p. 9. Véase en esta obra, Carolina Silva, “Las garantías de los derechos, ¿invención o reconstrucción”.

57 Uprimny Rodrigo, Rodríguez César y García-Villegas Mauricio, *op. cit.*, p. 9.

la cultura jurídica de nuestros jueces y abogados, al punto que el fenómeno ecuatoriano ha sido el contrario del de Colombia: la ordinarización y rutinización de las acciones constitucionales. Es decir, los procesos constitucionales terminaron siendo una carga administrativa en el sistema de justicia constitucional⁵⁸ y reproductor de los mismos criterios de interpretación legalista de los procesos ordinarios, predecibles, seguros y rutinarios, sobre una matriz liberal patrimonialista⁵⁹. El resultado, una justicia constitucional que, en el Ecuador, es completamente marginal respecto de la justicia ordinaria y de poca incidencia social⁶⁰.

El segundo obstáculo es el impacto del formalismo jurídico que hace que la ordinarización y rutinización afecte todos los ámbitos procesales. Son los casos de la jurisprudencia obligatoria por triple reiteración, y el recurso de casación, frente a los cuales la cultura jurídica formalista parece tener un influjo decisivo, al provocar, tomando la metáfora de Santos, un cortocircuito histórico producido por el trasplante inusitado de instituciones que no previeron la realidad social imperante⁶¹.

De esta manera, a partir de un muestreo (primer semestre, 2004) de las 141 sentencias de casación publicadas por las dos Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador en el Registro Oficial, apenas 33 de éstas (23%) hacen referencia a otros bienes jurídicos que no sea la propiedad (56%). Luego, 28 sentencias (19%) hacen referencia a la seguridad pública –delitos contra el Estado, aduanas, asociación ilícita, entre otros—⁶². Resulta evidente cómo el derecho penal está concebido para pro-

58 Tribunal Constitucional, *Informe del Tribunal Constitucional al H. Congreso Nacional*, enero-diciembre de 2000, VI, Ecuador, síntesis estadística. Entre enero-diciembre del año 2000 se encontraban ingresados a trámite en el TC 1.507 causas, de las cuales se resolvieron 1.380. De este abultado número, 1.226 fueron de acción de amparo constitucional. Esto lleva a muchos funcionarios del TC a ver el amparo como una carga administrativa enorme.

59 Ávila Santamaría, Ramiro, *op. cit.*, p. 373.

60 *Ibidem*, A partir de un muestreo en los juzgados de lo civil de Pichincha, de 22.930 casos en 2006, apenas el 2.76% está referido a temas relacionados con otros derechos que no sean civil-patrimoniales. Incluso, de este reducido porcentaje, los problemas resueltos no son sustanciales.

61 Santos, Boaventura De Sousa, “Los paisajes...”, *op. cit.*, p. 108.

62 Ávila, Luis, Informe para el Repertorio Especializado de Justicia Penal. Estudio analítico de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia (primer semestre 2004) para la Corporación de Estudios y Publicaciones.

teger la propiedad y para reprimir, a través del control social a los excluidos. Queremos destacar que esta rutinización ocurre al interior de la justicia especial –no ordinaria–, para el caso, respecto del control de la legalidad. En el muestreo citado, a la justicia burocrática corresponde el mercado cautivo del derecho, nada más y nada menos 108 sentencias (76%)⁶³.

En el caso de los fallos de triple reiteración el cortocircuito es más agudo, pues de 71 fallos (1998-2003)⁶⁴, el 45% es por temas procesales (de éstos, 26,7% hacen referencia a las formalidades del recurso de casación), 29,5% son laborales, 11,2% civiles, 11,2% por temas tributario-administrativos, 2,8% de inquilinato; y 2,8% por filiación. En el período analizado, entre 1998 y 1999 se dieron el 88,7% de los fallos de triple reiteración, lo cual coincidió con la nueva Corte que fue integrada luego de la Constituyente de 1997 (de éstos, el 23,9% correspondía a restricción al recurso de casación)⁶⁵.

No obstante, si se suman los porcentajes referidos a lo social (laboral, inquilinato y filiación), se llega a 35,1%, lo cual, a primera vista parece un número respetable. Mas, la Corte en el período de análisis emitió fallos de triple reiteración pobres, ambiguos, contradictorios entre las Salas y que, simplemente, se limitaban a la transcripción de los textos legales, principios abstractos, tales como el hecho de que los derechos de los trabajadores son irrenunciables o que la buena fe es la convicción de la licitud de los actos⁶⁶. Esta situación, deja sin piso ese inflado 35,1% y permite su colonización por la justicia burocrática.

A continuación, vamos a analizar, teniendo en cuenta los obstáculos con potencial emancipador (la marginalidad de la justicia constitucional y el impacto del formalismo jurídico) dos casos –no los únicos– en los cua-

63 *Ibidem*.

64 La Ley de Casación estuvo precedida por la reforma constitucional de 1992 (CN Reformas Constitucionales 20. RO-S: 93-23-dic-1992), que llevó a la promulgación de la Ley de Casación (Ley 27, RO 18-may-1993. Actual Codificación de la Ley de Casación, RO-S 299: 24-18-mar-2004).

65 Ávila, Luis, *Jurisprudencia Obligatoria: Fallos de Triple Reiteración de la Corte Suprema del Ecuador*, 2004.

66 *Ibidem*.

les podemos notar la forma como interactúan los obstáculos aludidos y se genera exclusión social: el acceso a la justicia administrativa y el acceso a la justicia penal. Es necesario derribar estos obstáculos, que han sido apropiados por la justicia burocrática, a favor de la causa de la emancipación social.

3.2.1. El acceso a la justicia administrativa

El acceso a la justicia administrativa provoca una exclusión social sistemática. Su potencial emancipador se explica porque el éxito o fracaso en la solución de los conflictos administrativos puede ser un buen medidor del nivel de realización del Estado y de las posibilidades de evitar la arbitrariedad a favor de las personas.

Además, porque, por la misma razón, esto condiciona la decisión de las personas a acceder a otros mecanismos para solucionar sus conflictos frente al Estado (como el amparo constitucional, otros órdenes de justicia, o la simple violencia social). El acceso a la justicia administrativa pondría al Estado, el ente más poderoso, en igualdad de condiciones frente a las personas y colocaría a sus agentes y relaciones administrativas de imperio o de regulación entre particulares bajo valores de mayor relevancia social que el frío principio de legalidad (justicia, solidaridad, equidad, sostenibilidad, responsabilidad, etc.).

Entonces, la actual justicia administrativa-privatista en el Ecuador surgió a partir del proceso de modernización en la década de los noventa. Con la incorporación de la potestad reglamentaria del Ejecutivo, se privó del debate democrático la delimitación del espacio de lo judicial entre el Estado y las personas (Administración Pública y administrados), lo que llamaría Zaffaroni “democracia decretral o de bandos”, modelo latinoamericano en la dirección opuesta a la democracia constitucional⁶⁷.

Por otra parte, se descentralizó la justicia contencioso-administrativa, antes centralizada en un Tribunal Contencioso único, pero no se vinculó ni modernizó la Ley de lo Contencioso Administrativa. Esto tomó sin preparación a la mayoría de los funcionarios judiciales. Simplemente se crearon

67 Zaffaroni, Eugenio, “Dimensión Política de...”, *op. cit.*, p. 18.

tribunales de contencioso administrativo y tributario con una jurisdicción distrital (Quito, Guayaquil, Cuenca y Portoviejo)⁶⁸.

La normativa administrativa giró alrededor de dos conceptos básicos. El de acto administrativo, según el cual, se debe demostrar la ilegalidad y el daño individual de la actuación estatal; y, el de la libre elección de la vía de reclamación (sede administrativa o sede judicial)⁶⁹. Esto dejó fuera a los jueces de discusión –al menos formalmente– del proceso previo de elaboración de las políticas.

Para neutralizar más aún este espacio judicial, se encargó a los tribunales mencionados la contratación pública y un sinnúmero de competencias adicionales de diversa índole. A nivel procesal, el Código de Procedimiento Civil fue determinado como supletorio de los procesos administrativos y quedó pendiente el tratamiento de una Ley de Procedimiento Administrativo⁷⁰. Estos altos tribunales, alejados geográficamente, se constituyeron en una tribuna de reclamaciones de los contratistas del Estado y la continuación de la tradición civilista. Vale decir, defensa de la propiedad, los propietarios y del statu quo.

Con estos antecedentes, se dejó sin piso a la libertad de elección de la vía de reclamación, por lo cual la normativa promulgada por el Ejecutivo terminó siendo la única realmente vigente y unificada, y constitucionalmente consentida (formalmente)⁷¹.

Por su parte, el acceso en lo administrativo está limitado por medio del desarme sistemático de todo mecanismo de responsabilidad estatal⁶². La justicia administrativa no es un medio eficaz para garantizar los derechos de los administrados, sino resultado de la justicia burocrática: apenas el 2% de

68 Velásquez Baquerizo, Ernesto, *La Justicia Administrativa: diagnóstico de derecho contencioso administrativo y fiscal en el Ecuador*, Corporación Latinoamericana para el Desarrollo (CLD), Quito, 1995, p. 276.

69 Zavala Egas, Jorge, *El Estatuto del Régimen Administrativo de la Función Ejecutiva en el Ordenamiento Jurídico*, Corporación Latinoamericana para el Desarrollo (CLD), Quito, 1995.

70 Velásquez Baquerizo, Ernesto, *op. cit.*, p. 278.

71 Zavala Egas, Jorge, *op. cit.*, p. 79.

72 ISVOS, *Levantamiento de Información Judicial a Nivel Nacional*, Quito, 2007, citado por, Projusticia, Diseño Ex-ante del Programa de Acceso a Justicia y Equidad Social, Quito, 2008. Incluso, estas dependencias son las que mayor cantidad de causas sin sentencia tiene (85,3% y 69,2% de demanda insatisfecha de lo administrativo y tributario, respectivamente).

los despachos judiciales del Ecuador se encargan de lo administrativo (tributario-administrativo), los cuales están geográficamente lejanos de una gran cantidad de gente⁷³.

Además, la inexistencia de una justicia administrativa eficiente impide que la justicia constitucional profundice y desarrolle los derechos, pues tiene que atender cuestiones de mera legalidad de la administración pública (ordinarización). Se hace indispensable garantizar el debido proceso administrativo: el control de la discrecionalidad de los agentes estatales, derecho a una audiencia, asistencia jurídica, plazo razonable para contestar, formalizar, probar y ser notificado⁷⁴.

3.2.2. El acceso a la justicia penal

El sistema de represión penal-policial, con el justificativo de punir las conductas relativas a los delitos a la propiedad y seguridad ciudadana, impone políticas para garantizar la seguridad de los propietarios y comerciantes. En este ámbito, la protección de la propiedad por el ordenamiento jurídico es más evidente, si tomamos en cuenta que, según datos de 2004, en Ecuador, el 71% de los delitos denunciados fueron contra la propiedad. Y, de los casos resueltos, 34% fueron contra la propiedad, 33% por narcotráfico y 15% contra la vida⁷⁵.

Incluso el nuevo sistema penal de 2001 que se pretendía más eficiente⁷⁶, no ha logrado sus fines, pues los procesos penales, que para 2002 duraban un promedio de 263 días en Quito, 324 en Guayaquil y 218 en Cuenca; para el 2004 aumentaron a 665 en Quito, 785 en Guayaquil y 730 en Cuenca⁷⁷.

Tampoco ha disminuido la criminalidad, no se ha generado seguridad ciudadana ni se ha humanizado el sistema, todos objetivos explícitos de la

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ Abramovich, Víctor, *op. cit.*, pp. 21-49.

⁷⁵ Centro de Justicia de las Américas (CEJA), Reporte sobre la Justicia en las Américas, 2004-2005, p. 201.

⁷⁶ Bahamonde, Cristhian (compilador), *Propuesta de Nuevo Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano*, Corporación de Estudios y Publicaciones (CLD), Quito, 1999, pp. 13-24.

⁷⁷ Fundación Esquel, *Segunda Evaluación del Sistema Procesal Penal*, Fondo Justicia y Sociedad-Fundación Esquel, Quito, agosto 2006, p. 168.

retórica liberal; pues habría unas 14 000 personas en los centros de rehabilitación del Ecuador, de las cuales, al menos, 5000 no tienen aún sentencia⁷⁸. Y existen sospechas, a pesar de los pocos datos nacionales, que son las personas de bajos recursos quienes son criminalizadas y retenidas en las cárceles en condiciones deplorables. El sistema penal está pensado para castigar a los pobres y para proteger a los “buenos ciudadanos”, lo cual no es distinto a lo que ocurre en el resto de América Latina: los pobres son, al mismo tiempo, víctimas y clientes del sistema penal⁷⁹.

La situación descrita pone a los jueces, a través del control social, ante el encargo de recuperar el patrón dominante de orden social (la propiedad y la seguridad ciudadana) por medio de los aparatos de represión penal (Fuerza Pública, Ministerio Público y jueces penales)⁸⁰.

Ante esto, es necesario, respecto del acceso a la justicia, pensar en un derecho penal mínimo y garantista de los derechos de las personas⁸¹, pues muchas de las conductas sancionadas penalmente son socialmente irrelevantes pues la gran mayoría responden a la ausencia de una defensa pública de calidad⁸² y al peso social de desigualdades estructurales crónicas. Hay que descriminalizar la pobreza y dar herramientas de emancipación a los excluidos. Incluso, habría que pensar en desmilitarizar a la Policía, cuyo personal –incluso, el civil– es nombrado por intervención directa de las altas autoridades policiales y transformarlo en un organismo técnico de investigación⁸³.

78 Amnistía Internacional, *Informe 2007. Estado de los Derechos Humanos en el Mundo*, 2007.

79 Correa Sutil, Jorge, *op. cit.*, p. 275.

80 Santos, Boaventura De Sousa, “Los paisajes de la Justicia en las Sociedades Contemporáneas”, en Santos, Boaventura De Sousa y García Villegas, Mauricio (compiladores), *El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia. Análisis Socio-Jurídico*, Tomo I, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2001.

81 Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*, Madrid, Editorial Trotta, 2001; Ferrajoli, Luigi, “Garantías Constitucionales”, en Raúl Gustavo Ferreyra y Andrés Gil Domínguez, dir., *El Garantismo Constitucional*, Revista Argentina de Derecho Constitucional, Buenos Aires, Ediar, 2000, Eugenio Raúl, Zaffaroni, *El Enemigo en el Derecho Penal*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2006.

82 Fundación Esquel, *op. cit.*, p. 168.

83 Rico, José María, *La Policía Judicial: perspectivas para América Latina y Ecuador*, Corporación Latinoamericana para el Desarrollo (CLD), Quito, 1994, p. 57.

La disminución del control social realizado por el sistema social es emancipatorio, puesto que humaniza el derecho penal y reduce las posibilidades de arbitrariedad estatal.

3.3. Monopolio estatal de la justicia

En la legislación ecuatoriana casi no existe un área donde el derecho no tenga una regulación sustantiva o adjetiva, lo cual tiene que ver con la tradición jurídica de la omnicomprensión de las relaciones sociales por parte de las leyes⁸⁴.

Se estima que, alrededor de 31 000 normas jurídicas caducas existen en el Ecuador en vigencia, de las cuales, 4 041 son leyes, y 27 165 son normas secundarias o reglamentarias. El Ejecutivo recientemente vetó el proyecto de ley de depuración promovido por el Congreso Nacional que derogaba 2 664 leyes caducas⁸⁵.

El argumento central para esta depuración normativa ha sido tradicionalmente la seguridad jurídica, lo cual facilitaría, a su vez, la actividad judicial y el ejercicio profesional; y, por tanto, la regularidad de las transacciones civil-comerciales (intereses de propietarios y comerciantes).

Pero lo que no se ha puesto en cuestión es el monopolio estatal en la producción del derecho y, por tanto, de la justicia. Tampoco se ha evaluado cómo este monopolio ha conspirado contra la legitimidad de las instituciones jurídico-políticas⁸⁶. Ni cómo esta ilegitimidad ha influido en la capacidad de juzgar de los jueces, en el ejercicio del derecho por parte de los profesionales, y en la capacidad de las personas para entender la existencia de un conflicto y la tolerancia a resolverlo por medio de la justicia estatal y/o no estatal.

Es decir, no se ha puesto en cuestión la necesidad de desregularizar con el fin de reconocer otros ordenamientos jurídicos no estatales más cercanos

84 Fernández, Alberto, *op. cit.*, p. 40.

85 "Asamblea Constituyente. Basura legal estorba a la justicia", *Hoy* (Quito), 22 octubre 2007.

86 Albán Rodolfo y Mendoza Raúl, *Economía y Democracia en la Región Andina*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 2006, p. 64. La percepción de los ecuatorianos sobre la calidad de la normativa es de apenas el 0,69, la segunda más baja en la Región (en los países centrales, el índice medio es de 0,88).

a la realidad social de las personas que, no obstante, operan aún sin reconocimiento estatal.

Surge aquí la necesidad de establecer dos espacios con un gran potencial emancipador. La justicia de paz y la justicia indígena⁸⁷.

En el primer caso, a partir de la equidad y el buen entender de las personas, se puede abrir un espacio enorme de debate jurídico renovador y de acceso a la justicia en cuanto a su cobertura y alcance de sectores lejos de los tribunales, especialmente en las zonas rurales y urbano-marginales.

Y, en segundo caso, el perfeccionamiento de la justicia indígena reconocida en la Constitución de 1998, permitiría la adopción de reglas y procedimientos al alcance de las personas culturalmente diversas y el redescubrimiento de nuevas prácticas que enriquezcan el derecho y la justicia estatales.

En definitiva, desmonopolizar la producción jurídica y la justicia es democratizar el acceso a la justicia, mediante la redistribución de recursos simbólicos importantes tales como la participación social, la diversidad cultural y social, y la justicia social. En esto radica su potencial emancipatorio.

Ahora, esto no quiere decir que el Estado esté privatizando la producción jurídica y la justicia, pues éste debe implementar la institucionalidad para que las personas puedan realizar una justicia cercana y de calidad. Además, debe someter al control constitucional todas las decisiones de última instancia y, a través de éste, a todos los órdenes jurídicos no estatales, sobre la base de los derechos garantizados en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la costumbre internacional, y la Constitución vigente.

3.4. Políticas públicas regresivas de acceso a la justicia

En este acápite, vamos a cerrar el análisis del acceso a la justicia burocrática que adecua recursos de todo tipo a fin de defender el *statu quo*. Entendemos como políticas públicas regresivas aquellas que impiden el mejoramiento progresivo del acceso a la justicia. Son cuatro los elementos que vamos a analizar con el fin de demostrar la regresión de las políticas judiciales: a) el

⁸⁷ Véase en esta obra, Llasag, Raúl, "Plurinacionalidad: una propuesta constitucional emancipadora".

presupuesto de la justicia, b) la defensa pública, c) los costos del proceso y, d) las dependencias judiciales.

Pensamos que las políticas públicas de acceso tienen un potencial emancipatorio, pues inciden directamente en las barreras invisibles (sociales, económicas, políticas, culturales, geográficas, etc.) que sostienen una sociedad inequitativa y excluyente.

4.1. El presupuesto de la justicia

La desproporción, dispersión y regresividad de las asignaciones presupuestarias en la Administración de Justicia pueden tener un impacto negativo en la calidad de nuestras democracias, en la medida en que no logren llegar a porcentajes altos, controlados y direccionados hacia los sectores, sistemáticamente excluidos. Tampoco, la ampliación de la cobertura del sistema de justicia puede esconder, mediante la eficiencia selectiva (oferta-demanda) ya comentada, la iniquidad social producida por sistema. Además, las políticas judiciales no pueden ser impulsadas sin la participación del Estado en ejercicio de su obligación positiva de remover los obstáculos que impiden el acceso a la justicia⁸⁸, pero no pueden ser el resultado de un abultado gasto corriente o suentario, muy acostumbrado en nuestras instituciones, carente de todo impacto social a corto, mediano y largo plazo. El simple aumento del presupuesto no garantizaría, de por sí, un mejoramiento de la justicia⁸⁹.

En Ecuador, el Estado siempre se ha mostrado refractario respecto de las inversiones presupuestarias en la justicia y, si bien se ha identificado un aumento significativo en el presupuesto en el último lustro de 81.551.664,56 en 2002 a 141.279.510,86 en 2005, lo cual significa un aumento del 173%, y un porcentaje respecto del Presupuesto General del Estado del 1,92%⁹⁰; no obstante, el presupuesto de la justicia no siempre

88 Abramovich, Víctor, *op. cit.*, p. 9.

89 Vargas Llosa, Álvaro, *La Justicia en América Latina*, Conferencia para el Centro Latinoamericano de Periodismo (CELAP), 1er Foro Regional sobre Acceso a la Información e Impacto en la Administración de Justicia, 31 mayo 2002, Internet, <http://probid.org/regional/bibliografia/2002/031.html>.

90 Fundación Esquel, *op. cit.*, p. 22.

crece en proporción y a la par con el Presupuesto General, lo cual puede esconder una regresión o contracción presupuestaria. Así, por ejemplo, el 2004 el Presupuesto General se elevó en un 6% respecto de 2003, y el presupuesto para la justicia apenas aumentó en un 4%⁹¹.

La idea fundamental que se quiere recalcar respecto del presupuesto es que se deben dirigir los recursos a fortalecer y promover el litigio dirigido a los conflictos estructurales de la demanda judicial reprimida (lo social-constitucional). El presupuesto no puede servir solamente para gastos suntuarios⁹².

4.2. La defensa pública

El Ecuador no dispone de una Defensoría Pública al alcance de todas las personas, que logre una defensa de calidad. Este se constituye en un factor sustancial para asegurar el acceso a la justicia⁹³.

La incorporación de la Defensoría Pública en el Ecuador es imposterizable y comporta uno de los aspectos más importantes de la reforma judicial respecto del acceso a la justicia, caso contrario, el principio de igualdad y la democracia misma seguirán en entredicho⁹⁴.

Mayor urgencia tenemos si se considera que en el año 2005, el Ecuador apenas tenía 0,26 defensores públicos por cada 100 mil habitantes, la cifra más baja de la Región (la más alta en ese año fue la de Costa Rica: 5,73)⁹⁵.

No obstante, esta problemática toca uno de los puntos más polémicos y discutidos: la gratuidad o no de la justicia.

Desde una perspectiva garantista, aparece la gratuidad absoluta como la opción más cercana, aun en contra de la oposición del Ejecutivo que llevó

91 Centro de Justicia de las Américas (CEJA), *op. cit.*, p. 195.

92 “Magistrados de la Corte Suprema tienen nuevos vehículos”, *Hoy* (Quito), 28 octubre 2004.

93 Uprimny Rodrigo, Rodríguez César y García Villegas, Mauricio, *op. cit.*, p. 51. La defensa de calidad no siempre es tenida en cuenta, tal como es cuestionado en Colombia donde, a pesar de tener Defensoría Pública, la posibilidad de que un acusado representado por un abogado de oficio sea condenado es 80% más alta que la de un acusado representado por un abogado privado.

94 Projusticia, *Evaluación Social del Proyecto de Acceso a la Justicia y Equidad*, 2008, En Ecuador, el 51% de las personas piensa que no son iguales ante la ley.

95 Bahamonde, Cristhian, “Estado de la Defensa Pública en el Ecuador”, Corporación Latinoamericana para el Desarrollo (CLD), en La Defensoría Pública Nacional. Apuntes para la discusión, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2005, p. 59.

a vetar el 2006 la Ley de Defensoría Pública por considerar que imponía un gasto excesivo a cargo del Presupuesto General del Estado⁹⁶.

Sin embargo, el 2004 apenas el 4% del presupuesto de la justicia correspondió a las tasas judiciales recaudadas⁹⁷. Entonces, si se considera que, según la actual Constitución, las causas penales, laborales y de niños, niñas y adolescentes están exoneradas de todo pago por tasas judiciales, se entendería que si se cubre este 4% (5 millones de dólares), la justicia sería completamente gratuita⁹⁸.

Ahora, si por otro lado, el patrón de litigio en Ecuador protege, preferentemente, a la propiedad, ese 4% es recaudado, mayormente, del bolsillo de los propietarios, por lo cual su exoneración sólo los beneficiaría, ahondando así la desigualdad procesal y la exclusión social.

En consecuencia, junto con un direccionamiento y ampliación progresivos de la exoneración del pago de tasas judiciales hacia otros los sectores que han sido excluidos (inquilinato, medio ambiente, acciones constitucionales, filiación, entre otros), se deben diseñar las normas sustantivas y procesales para el litigio social.

Luego, ¿cuál sería el modelo idóneo de defensa pública? Los más populares en América Latina son los modelos provistos por el Estado. Sin embargo, los abogados estatales no suelen ser de mucha calidad, pues no resulta atractivo para los profesionales ni tienen gran aceptación social por la baja remuneración y por la sobrecarga de trabajo los cargos de defensores públicos.

Más allá del modelo que se elija, se debe tener en cuenta que los límites de la defensa pública están en el real impacto que tenga sobre la situación de la pobreza o desprotección de los usuarios. Y, puesto que la ayuda legal puede ser reactiva (no preventiva), se debe propender a atender casos individuales o colectivos que incidan en las desigualdades estructurales que afectan a las personas y colectividades. Esto debe reflejarse en la formación,

96 “La Defensoría no existe Jurídicamente”, *El Universo* (Guayaquil), 14 julio 2007.

97 Centro de Justicia de las Américas (CEJA), *op. cit.*, p. 195.

98 Bahamonde, Cristhian, “Estado de la Defensa...”, *op.cit.*, p. 65. Se estima, sin embargo, que su implementación pudiera costar entre 10 y 14 millones de dólares si se toma en cuenta el proceso de homologación de sueldos del sector público ordenado por la nueva Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, lo cual aplicaría a los defensores públicos respecto de los jueces y fiscales.

la práctica de los abogados litigantes y en la actuación de los jueces y abogados⁹⁹.

La defensa pública obligatoria para los estudiantes de derecho puede tener un gran impacto si lo que se busca no es abaratar los costos de la implementación de la Defensa Pública, sino incentivar el litigio público, direccionado estructuralmente hacia los conflictos sociales, teniendo en cuenta que se debe generar un estándar de calidad que asegure el aprendizaje uniforme, indiferentemente de si la defensa es estatizada, privatizada o concesionada.

Por último, no debe olvidarse también, el estímulo a la iniciativa de crear consultorios jurídicos gratuitos no estatales¹⁰⁰, que, en el caso del Ecuador, para 2005, eran 103, de los cuales, el 51% de los de la Sierra (70% del Ecuador) están en Quito¹⁰¹.

4.3. Los costos del proceso

Debe considerarse, además, los costos reales del proceso y no sólo el costo del simple acceso, es decir, costas procesales, patrocinio de abogados, gastos de transporte y diligencias, lucro cesante, etc., en que incurren los litigantes, y en los cuales se hacen insoslayables las diferencias sociales.

No es indispensable tener una acción especial, tal como existe en la actualidad –amparo de pobreza–, sino dar la facultad al juez para que, mediante simple providencia motivada y de acuerdo con su constatación –sin formalismo alguno–, determine la exoneración o incluso subvención, parcial o total, de quien no puede llevar adelante el proceso. Y, ante la posibilidad de que el criterio del juez no coincida con el de una de las partes, debe garantizarse la posibilidad de renuncia en el caso de aceptación o apelación en el caso de negativa¹⁰².

Judicialmente, es posible considerar para direccionar la defensa y los costos del proceso en estos términos: a) disponibilidad de recursos por el

99 Garro, Alejandro, *op. cit.*, p. 289.

100 Albanese, Susana, *op. cit.*, p. 49.

101 Bahamonde, Cristhian, “Estado de la defensa...” *op. cit.*, p. 57.

102 Albanese, Susana, *Garantías Judiciales. Algunos requisitos del proceso legal en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Sociedad Anónima Editora, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 2007, p. 48.

afectado; b) complejidad jurídica de las cuestiones; c) importancia de los derechos vulnerados¹⁰³.

4.4. Las dependencias judiciales

La eficiencia judicial es medida en términos cuantitativos (eficiencia selectiva) y, aún si se intenta alguna exploración cualitativa, es la dualidad oferta-demanda la que determina las áreas de intervención de las políticas judiciales. Un ejemplo de esto, es lo que se ha denominado “demanda urgente”, que resulta de comparar la carga procesal de una dependencia y el porcentaje que ésta representa respecto de las otras dependencias judiciales. Lo que lleva a la conclusión, que la intervención urgente debe ser en las dependencias que tienen mayor congestión de trabajo¹⁰⁴.

Este eficientismo no permite advertir lo que se ha llamado demanda judicial reprimida, es decir aquella que, sistemáticamente, se ha abstraído del conocimiento de los jueces, cuyo represamiento debe cesar para complejizar la actuación judicial y politizarla —en el sentido que proponemos en este ensayo—. En otras palabras, la creación de nuevas dependencias guarda una relación con la creación de nueva demanda judicial de relevancia social¹⁰⁵.

En Ecuador el servicio público se presenta como un buen ejemplo de este represamiento por medio de dos mecanismos: de la ficción del servidor público-trabajador; y la intervención de dependencias del Ejecutivo en los conflictos laborales, individuales y colectivos como instancias de denuncia.

En el primer caso, el servidor público es sometido a un procedimiento más flexible y bajo el control del Ejecutivo para dirimir los conflictos laborales —servicio público y carrera administrativa—. En el segundo, se crean comisarios del Ministerio de Trabajo que reciben las denuncias laborales bajo control del Ejecutivo. En ambos casos se impide la judicialización de

103 Abramóvich, Víctor, *op. cit.*, p. 9.

104 ISVOS, *Levantamiento de Información Judicial a Nivel Nacional*, Quito, 2007, citado por Projusticia, *Diseño Ex-ante del Programa de Acceso a Justicia y Equidad Social*, Quito, 2008, p. 28. Los juzgados de lo civil y en Niñez y Adolescencia son los que tienen mayor demanda urgente.

105 Santos, Boaventura De Sousa, “Derecho y Democracia. La reforma global de la justicia”, *op. cit.*, 2001.

sus conflictos y se somete a los trabajadores públicos a procedimientos de poca incidencia, en los cuales el Estado es juez y parte.

Otro caso es lo laboral, el cual no cumple el estándar de calidad respecto del número de dependencias judiciales y su cercanía a la población. En Ecuador, en la actualidad, de un total de 649 dependencias, sólo existen 30 juzgados de trabajo; mientras que hay 249 juzgados civiles y 156 juzgados penales¹⁰⁶. Los juicios laborales son los que menos índice de resolución tiene en la primera instancia (6%), frente al 48% de los juicios civiles. Esto hace sospechar que en el proceso laboral existen reglas procesales inflexibles para poder llegar a acuerdos rápidos y efectivos, por lo cual¹⁰⁷ se vuelve indispensable establecer el aumento o disminución de dependencias judiciales, al mismo tiempo que, como complemento de las políticas judiciales que buscan la celeridad procesal, se debe simplificar el derecho¹⁰⁸.

Ahora bien, crear demanda no es una labor únicamente de la Política Judicial, sino también de la Política Legislativa a partir de la reforma de un sinnúmero de leyes que contienen este tipo de procesos, en las cuales no se consideran jueces de instancia o éstos están cooptados por el Ejecutivo, como es el caso extremo de los jueces del consumidor, cuyas atribuciones están en los comisarios nacionales en calidad de jueces en funciones prorrogadas desde la promulgación de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor hace más de una década.

IV. Presupuestos para el acceso a una justicia emancipadora

En la parte III de este ensayo, hemos descrito las características del acceso a la justicia burocrática ecuatoriana, lo cual ha significado un esfuerzo por identificar las características con potencial emancipador. Ahora buscamos, a

106 Estadística de la Corte Suprema de Justicia, Internet, www.csj.gov.ec. Además, entre las regiones, existen algunos casos curiosos. Así, mientras en Azuay existen 19 juzgados civiles y dos jueces de trabajo, y en Loja, 20 civiles y uno solo de trabajo; en Zamora no hay juez del trabajo.

107 Centro de Justicia de las Américas (CEJA), *op. cit.*, p. 201.

108 Méndez, Juan, "Reforma Institucional: acceso a la justicia. Una introducción", en Méndez, Juan, Guillermo O'Donnell y Paulo Sergio Pinheiro (compiladores), *La (in) efectividad de la Ley y la Exclusión en América Latina*, Paidós, Buenos Aires, 2002, p. 224.

manera de conclusión, establecer los presupuestos que permitan construir el acceso a una justicia emancipadora, siguiendo el mismo formato conceptual de la parte I: a) jueces y abogados activistas (el espacio de lo político y lo judicial); b) protección amplia de intereses sociales (relación entre derecho y política frente a la justicia); y, c) la pluralidad de las justicias y las políticas públicas progresivas de acceso (el papel del Estado en la determinación de la justicia).

Estos presupuestos pretenden levantar los cimientos para explotar el potencial emancipatorio del acceso a la justicia.

4.1. Jueces y abogados activistas

La interrelación de la política y el derecho, la ampliación del espacio de lo político-judicial y la desregulación estatal de la justicia deben llevar a los jueces y abogados a abandonar la pasividad en la cual hemos sido formados por el discurso de la dominación, y a convertir su actividad en una labor de legitimación social y de activismo en pro de la garantía de los derechos sociales en favor de los excluidos. Esto puede ser posible a partir de dos estrategias: a) descivilizar la justicia y, b) desformalizar la justicia.

4.1.1. Descivilizar la justicia

4.1.1.1. Los jueces

Si la actividad de los jueces está politizada, entonces es indispensable aprovechar su potencial emancipatorio, mediante un cambio en la cultura jurídica, grandes inversiones nacionales, menos dependencia de la cooperación externa, y de acuerdo con políticas internas a corto, mediano y largo plazo que “descivilicen” la justicia y la “socialicen”¹⁰⁹. Especialmente, debemos promover una profunda reforma judicial. La creación de una escuela de jueces no puede esperar más.

109 Reed, Brody, “Aspectos internacionales de los actuales esfuerzos de reforma judicial: socavando la justicia en Haití”, en Méndez, Juan, Guillermo O’Donnell y Paulo Sergio Pinheiro (compiladores), *La (in) efectividad de la Ley y la Exclusión en América Latina*, Paidós, Buenos Aires, 2002, p. 232.

La reforma judicial y legal, debe propiciar una nueva estructura de Estado que sienta las bases de la nueva legitimidad judicial (judicialización de la política) y que dé mayor poder a los jueces para influir sobre las políticas públicas mediante su activismo judicial (politicización de la justicia).

Estas medidas tendrán un impacto brutal en la apertura de una cantera inagotable de abogados y jueces activistas con una conciencia social profunda.

En esta reforma el acceso a la justicia creará y fortalecerá un foro permanente de discusión de las disputas sociales en relación de igualdad entre débiles y poderosos. Los sujetos principales de estas políticas deben ser las personas y las colectividades; y, los jueces y abogados, protagonistas habituados a debatir sobre la base de los argumentos de las ciencias sociales respecto de la realidad social imperante¹¹⁰.

Los límites del activismo judicial están en su direccionamiento hacia la democratización progresista de los conflictos sociales, lo cual requiere, a largo plazo, conectar los conflictos individuales y colectivos con los conflictos estructurales sociales de desigualdad y exclusión, por medio de una amplia reforma post-liberal de gran espectro del derecho sustantivo y procedimental que ponga énfasis en lo social y no sólo en lo civil-comercial:

resulta imperativo re-politizar el problema del acceso al derecho y a la justicia al preguntar no sólo qué conjunto de ciudadanos, movimientos locales y ONGs deben tener este acceso, sino a qué tipo de derecho y justicia se lucha por acceder¹¹¹.

También, debe direccionarse el activismo judicial progresista –a pesar de que es aún una novedad en la Región y el peso de la cultura jurídica liberal es enorme–¹¹². El combate judicial debe ser permanente y sistemático, no breve y esporádico. Un activismo que ponga a los poderosos a la par de los ciudadanos corrientes fortalecerá la democracia y erradicará la corrupción y otras formas de violencia.

Debemos retornar al rol original de los jueces de hacer justicia

110 Correa Sutil, Jorge, *op. cit.*

111 Santos, Boaventura De Sousa, “Derecho y Democracia...”, *op.cit.*, p. 202.

112 *Ibidem*, p. 204.

desde abajo y no por medio de los vicios del poder reflejados en las leyes¹¹³.

4.1.1.2. Los abogados y las organizaciones

Es indispensable llenar el vacío en los programas académicos acerca del derecho de interés público que pudiera tener un impacto en los abogados respecto del ejercicio de la profesión de incidencia social¹¹⁴. A este respecto, las universidades y los educadores tienen un reto histórico en abrir el camino hacia un derecho crítico y emancipador.

Debemos establecer qué materias necesitan asistencia jurídica y cuáles no, sin que sea la defensa del mercado cautivo de los abogados el principal criterio para esta empresa. Debemos aprovechar y promover los aún incipientes espacios de la justicia internacional para proteger formas emergentes de ciudadanía transnacional¹¹⁵.

Las organizaciones, por medio de la presión social, deben articularse de acuerdo con su capacidad de promover un sector alternativo, contrahegemónico de acumulación, organizado como una red transnacional y con el fin de crear resistencia¹¹⁶.

Finalmente, el acceso a la justicia y la superación de la justicia burocrática debe ser puesto en el debate público, en ese espacio democratizador llamado justicia mediante una nueva praxis política y la instrumentación emancipadora del derecho¹¹⁷:

la democracia moderna nos invita a sustituir la noción de un régimen regulado por leyes, la de un poder legítimo, por la de un régimen fundado sobre

113 Vargas Llosa, Álvaro, *op. cit.*,

114 Garro, Alejandro, *op. cit.*, p. 303.

115 Véase en esta obra, Nicole Pérez, “El impacto de la migración en los derechos de los migrantes”.

116 Arceo, Enrique, “El Fracaso de la Reestructuración Neoliberal en América Latina. Estrategias de los sectores dominantes y alternativas populares”, en Eduardo Basualdo y otros (compiladores), *Neoliberalismo y Sectores Dominantes. Tendencias globales y experiencias nacionales*, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO), Buenos Aires, 2006, p. 60.

117 Rodríguez, César, *op. cit.*, p. 45.

la legitimidad de un debate sobre lo legítimo y lo ilegítimo, debate necesario, sin debate y sin término¹¹⁸.

4.1.2. Desformalizar la justicia

Tal vez una de las formas de violencia menos perceptible pero más común es la llana de la legalidad. Lo que dicen nuestros abogados y jueces sin ningún empacho: “es que así dice en la ley”:

los argumentos invocados se reducen a la afirmación de la superioridad de la ley y de la lógica administrativa del Estado (burocracia), o cuando la argumentación no da a las partes la posibilidad de contra-argumentar, de tal manera que se les impone la resignación en lugar de suscitar su adhesión¹¹⁹.

El culto al formalismo y a la exégesis legal ha sido un vicio latinoamericano. Incluso, los ideólogos de la Revolución Francesa, a pesar de sostener la omnipotencia y omnicompreión de las leyes, también advertían de la falibilidad e insuficiencia de las leyes frente a la dinámica de la realidad social, tal como aparece en el Discurso Preliminar de Portalis, uno de los redactores del Código Civil napoleónico¹²⁰.

Este detalle rara vez es tenido en cuenta en los proyectos de reforma que aluden al acceso a la justicia, por lo cual es indispensable establecer de qué manera el formalismo legal se relaciona con el derecho a ser oído por medio de recursos sencillos y efectivos en un plazo razonable¹²¹. El excesivo formalismo afecta a los excluidos, pues se limita aún más su capacidad de entender la existencia del daño en un conflicto social, a través del complicado metalenguaje jurídico y la gran cantidad de trabas para alcanzar sus intereses, lo cual multiplica el costo real de la justicia:

En jurisdicciones en que la administración de justicia se caracteriza por requerimientos procesales extensivos y formalistas, una burocracia igual-

118 Lefort, Claude, *op. cit.*, p. 139.

119 Santos, Boaventura De Sousa, “Los paisajes...”, p. 136.

120 Fernández, Alberto, *op. cit.*, p. 41.

121 Albanese, Susana, *op. cit.*, p. 27, y Abramóvich, Víctor, *op. cit.*, p. 9.

mente extendida y sus costos concomitantes constituyen los mayores obstáculos para el acceso de los pobres a la justicia¹²².

El formalismo también influye sobre la celeridad de la justicia y el ánimo de litigar. Así, un estudio realizado en Quito, Guayaquil y Cuenca determina que el 38% de las personas encuestadas recuerda haber tenido que regresar 4 o más veces para concluir algún trámite. El 22%, dos veces; el 16%, 3 veces, y, el 8% no recuerda el número de veces. De los encuestados, el 85% dice haber incurrido en gastos por la demora¹²³. La tasa promedio de resolución de un juicio en el Ecuador, al año 2003, es de 16%¹²⁴, lo cual incide sobre la celeridad y, por tanto, en la efectividad que los principios y normas jurídicas promueven.

Los datos presentados hablan por sí mismos sobre la realidad de la justicia ecuatoriana, ante lo cual es necesario fijar en la agenda de reforma judicial la desformalización del derecho con el fin de garantizar efectivamente el acceso a la justicia.

Por otro lado, existen normas que limitan la participación por condiciones subjetivas, tales como las del Código de Procedimiento Civil y Penal, por ejemplo, el testimonio de las prostitutas, los mendigos. Se debe flexibilizar las reglas para litigar colectivamente (acción de amparo-acción popular/acciones de clase/acción judicial de interés público). Estas normas son indispensables para que el acceso a la justicia sea realmente efectivo en términos democráticos y emancipadores¹²⁵.

Para finalizar, íntimamente relacionado, es importante garantizar el acceso a la información, en el cual están inmersas la simplificación y clarificación de las normas sustantivas y procesales que contiene el derecho; la capacitación legal al alcance de todas las personas sobre ejercicio de sus derechos y la forma de protegerlos, y el acceso a la información pública, como una herramienta para el control de la gestión pública y la emancipación social¹²⁶.

122 Garro, Alejandro, *op. cit.*, p. 283.

123 Projusticia, *Evaluación Social del Proyecto de Acceso a la Justicia y Equidad*, 2008, p. 31.

124 Centro de Justicia de las Américas (CEJA), *op. cit.*, p. 200.

125 Rodríguez, César, *op. cit.*, p. 45.

126 Abramovich, Víctor, *op. cit.*, p. 22.

4.2. Protección amplia de intereses sociales y derechos humanos

La justicia burocrática ha permitido la emergencia de un derecho y una justicia privatista y propietarista, que protegen a un reducido número de personas y provoca exclusión social en perjuicio de las mayorías. Debemos redireccionar el litigio para cuestionar las desigualdades estructurales, asegurar la responsabilidad estatal y la realización de los derechos humanos. Además de todo lo dicho, consideramos dos cambios cualitativos importantes para romper este circuito de la exclusión: a) la justicia retributiva por la distributiva y, b) el acceso de grupos específicos.

4.2.1. La justicia retributiva por la distributiva

El derecho está contaminado por un afán privatista que favorece el proyecto hegemónico liberal, y eso aumenta el nivel de violencia sistemática en su aplicación.

Frente a esto es indispensable para democratizar la justicia, abandonar el acento anacrónico que, al momento de hacer legislación o políticas judiciales, se pone sobre la justicia retributiva, es decir aquella que se centra en el litigio individual. Se debe avanzar hacia una justicia distributiva que resultaría un espacio amplio para la emancipación social de los marginados, lo que significa que todo el sistema debe estar encaminado hacia fortalecer el litigio social para hacer realidad las obligaciones positivas y negativas del Estado¹²⁷.

La justicia distributiva espera tener un impacto decisivo en las condiciones de vida de la población, y ser una tribuna para la denuncia de las desigualdades estructurales, lo que exige tener acciones constitucionales efectivas, una amplia legitimación procesal y el fortalecimiento de las sentencias como fuentes del derecho.

Una nueva praxis jurídica es necesaria, una que rompa el desempeño rutinario centrado en la justicia retributiva en los jueces, políticamente hostiles a la justicia distributiva, que les permita tomar en serio la garantía de los derechos. Esto debe propiciar una organización judicial eficiente con la

127 *Ibidem*, p. 91.

incorporación de recurso humano calificado con medios presupuestales para llevarla a cabo, e incidir en la impostergable reforma de un derecho procesal hostil y anticuado¹²⁸.

Por último, todo lo dicho guarda una estrecha relación con la participación social en los programas de implementación de las políticas judiciales para poner en marcha toda forma de justicia distributiva¹²⁹.

Dicha forma de justicia propende a superar la justicia burocrática y la construcción de una justicia sustancial y, por tanto, emancipadora.

4.2.2. El acceso de grupos específicos

Existen en la sociedad ecuatoriana, condiciones socialmente construidas que limitan o pueden limitar a determinadas personas o colectividades el acceso a la justicia y generar, por ende, un círculo vicioso de la exclusión social (se está excluido como algo natural). A su vez, los medios para romper esta exclusión generan más exclusión.

Existen muchas construcciones sociales de este tipo, pero en este ensayo, sólo se repasará –someramente– con el fin de ejemplificar, al género como impedimento para el acceso de las mujeres a la justicia, y demostrar cómo el acceso a grupos específicos tiene un potencial emancipatorio. La idea es que la inclusión progresiva de otros grupos de personas puede abrir un abanico importante de inclusión y, por tanto, de emancipación social.

Entonces, el género es una de esas construcciones sociales, realizadas a partir de las características que socialmente se atribuyen a las personas de uno u otro sexo¹³⁰, frente al reconocimiento de derechos por medio de la lucha histórica de las mujeres¹³¹. El eje central sobre el cual se establece el género en la actualidad es el predominio de una sociedad, en mayor o menor medida, de lo patriarcal-masculino, en la cual las mujeres están sistemáticamente relegadas del juego social¹³², a partir de otros compo-

128 Santos, Boaventura De Sousa, “Los paisajes...”, *op.cit.*, p. 109.

129 Méndez, Juan, *op. cit.*, p. 226.

130 Jaramillo, Isabel, *Estudio Preliminar*, en Robin West, Género y Teoría del Derecho, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2004, pp. 29-32.

131 Butler, Judith, *Des hacer el Género*, Editorial Paidós, Madrid, 2004.

132 Jaramillo, Isabel, *op. cit.*, p. 33.

mentos adicionales: lo étnico-social, las diferencias culturales¹³³ y multi-culturales¹³⁴.

Esa construcción profunda tiene gran incidencia en el derecho, lo cual se refleja en las instituciones, las normas jurídicas, pero por sobre todo en la cultura de los operadores de justicia –los jueces, principalmente–; provocando diversas formas de exclusión en el acceso a la justicia que están pensadas a partir del predominio hegemónico de lo masculino y la reducción a lo privado de los conflictos entre hombres y mujeres.

En este orden de ideas, hasta antes de la Constitución de 1998, no era posible la denuncia y declaraciones por delitos cometidos por un miembro que tenga relación de parentesco, lo cual dejaba en la impunidad de los delitos de violencia intrafamiliar que afectan a la mujer y a la prole –aunque, existen casos en que los afectados son los hombres–. Sin embargo, luego de varios años de esta reforma y de la promulgación de la Ley contra la Violencia de la Mujer y la Familia (1995), aún se presentan serios obstáculos para prevenir y sancionar la violencia en contra de la mujer. Así, por ejemplo, para el 2000 el Consejo Nacional de la Mujer (CONAMU), en una evaluación sobre la aplicación de la Ley mencionada, llegó a la conclusión de que sólo en las comisarías de la Mujer y la Familia se atendían –se permitía el acceso urgente al proceso– los casos de violencia intrafamiliar, y en las demás instancias, especialmente en las comisarías nacionales e intendencias, los casos eran rechazados para su tratamiento judicial, pues se consideraba que eran asuntos “privados” que requerían un tratamiento profesional no jurídico. Esta realidad resulta devastadora si se considera que para ese año eran apenas 21 Comisarías de la Mujer y que, entre Comisarías nacionales, intendencias de policía y tenencias políticas, eran 968¹³⁵.

Para generar un acceso emancipador a favor de las mujeres debería incorporarse todas estas dependencias a favor de evitar la violencia en contra de la mujer. Además, es indispensable tener jueces de familia, puesto que

133 Hooks, Bell, “Mujeres Negras: dar forma a la teoría feminista”, en Creative Commons, *Otras Inapropiables*, California, USA, 2004, p. 48.

134 Fraser, Nancy, *Justitia Interrupta: reflexiones críticas desde la posición postsocialista*, Universidad de los Andes, Bogotá, 1997.

135 Salgado, Rocío, *La Puerta Estrecha. Una aproximación a los obstáculos objetivos y subjetivos para el acceso de las mujeres a la justicia*, Corporación Mujer a Mujer, Cuenca, 2002, p. 49.

no se puede encomendar a dependencias del Ejecutivo, que llevan en la cabeza la matriz de la política de seguridad, el ejercicio de la justicia. Es como si se considerara subversivos o peligrosos a los conflictos familiares.

En realidad, lo que sucede es que la defensa del *statu quo*, donde se confunde la clase dominante y sus valores, permite la invisibilidad de ciertos conflictos que le son molestos. Esta autolimitación se refleja en el acceso a la justicia de las mujeres que se resisten al patrón dominante, y, también, en la interpretación judicial de los conflictos de género¹³⁶ en que lo liberal cohabita con la tradición.

4.3. Pluralidad de justicias

En la actualidad, la pluralidad de sistemas jurídicos y judiciales se ven complejizados por la existencia de otras constelaciones, supranacionales y transnacionales (nivel macro), y las vivencias y relaciones sociales de las personas y los grupos (nivel micro), lo cual produce una verdadera hibridación jurídica entre varios órdenes¹³⁷.

Preferimos referirnos a pluralidad de ordenamientos jurídicos que coexisten en vez de “pluralismo jurídico”¹³⁸, lo cual permite ampliar el análisis de las relaciones sociales (regulación social) y sus posibilidades emancipatorias¹³⁹. De acuerdo con esto, la falta de acceso a la justicia, su pobre desempeño o su irrelevancia en la sociedad, “puede deberse en parte a la abundante existencia de mecanismos informales, accesibles y eficaces en esa sociedad, como resultado del dominio de una cultura jurídica de fuga del litigio judicial”¹⁴⁰.

Dentro de estos órdenes, trataremos, rápidamente, la justicia indígena y la justicia de paz. En el primer caso, el simple reconocimiento, de acuer-

136 Salgado, Judith, *Género y Desprotección de los Derechos Humanos en la Jurisprudencia Constitucional del Ecuador*, Revista Aportes Andinos, No. 17, octubre, 2006, Internet, www.uasb.edu.ec/path.

137 Santos, Boaventura De Sousa, “Los paisajes...”, p. 132.

138 *Ibidem*, p. 133.

139 Santos, Boaventura De Sousa y García Villegas, Mauricio (compiladores), *El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia. Análisis Socio-Jurídico*, Tomo I, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2001, p. 130.

140 Santos, Boaventura De Sousa, “Los paisajes...”, p. 130.

do con la realidad social, es irrelevante pues este orden opera a pesar de no ser un derecho oficial-estatal. Proponemos su reconocimiento efectivo y sustancial que abra una puerta hacia la interculturalidad jurídica, y que puede tener potencialidades emancipadoras, al penetrar los fríos códigos y leyes occidentales y al modificar estructuralmente los patrones civilistas del derecho estatal.

Es indispensable, además, el reconocimiento de otros órdenes de justicia y las formas sociales y comunitarias beneficiosas que funcionan con las estatales, las cuales deben ser estimuladas, pues democratizan el litigio y fortalecen la organización social de base (justicia de paz, conciliación, mediación, etc.). Esto redundaría en la sencillez y cercanía del proceso jurídico a la realidad de las personas y los pueblos. En definitiva, poner a las justicias, en igualdad de condiciones, al diálogo o polílogo intercultural¹⁴¹.

Estamos convencidos que la coexistencia de estos órdenes de derecho necesita ser abordado desde dos orillas: desde el reconocimiento autónomo de ese orden de justicia (dentro del discurso de la plurinacionalidad), y desde la adopción de normas sustantivas y adjetivas concretas que aseguren y faciliten el debido proceso de personas o colectivos, culturalmente diversos o con particularidades culturales concretas. Esta propuesta es más amplia y democratizadora que la simple absorción cultural de los pueblos en el proceso judicial-estatal como patrón dominante, donde se tome en cuenta aspectos lingüísticos, culturales respecto del desarrollo del proceso, y económicos –como por ejemplo, la disponibilidad de jueces indígenas o afrodescendientes, peritos que realicen informes antropológicos, etc.– (visión integral)¹⁴²; o la simple garantía del debido proceso (visión procesal)¹⁴³.

A nuestra propuesta se la podría llamar de justicia holística. En este sentido, se debe otorgar autonomía a la justicia indígena, ponerla junto con las otras justicias en la dinámica del diálogo intercultural democratizador (o

141 Estermann, Josef, *Filosofía Andina. Estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina*, Ediciones Abya Yala, Quito, 1998. pp. 13-45.

142 Calle, Javier la Rosa, *Acceso a la Justicia: elementos para incorporar un enfoque integral de política pública*, en *Acceso a la Justicia en el Mundo Rural*, Instituto de Justicia Legal de Justicia Viva, Lima, 2007, p. 29.

143 Abramóvich, Víctor, *op. cit.*, p. 18.

polílogo)¹⁴⁴ y, a su vez, garantizar el acceso pleno de las personas indígenas, montubios y afrodescendientes –entre otros– al proceso judicial-estatal a partir de sus particularidades culturales.

Lo mismo puede decirse de la justicia de paz y otras formas de justicia alternativa, donde el límite emancipatorio está en que “lejos de resultar de una preferencia cultural, puede ser sólo el fruto de una solución de segunda categoría, en función de la inaccesibilidad de los tribunales”, una justicia para los pobres o a una para los menos pobres.

Un aspecto importante a tener en cuenta es que, con el pretexto de reconocer otras formas de justicia, como en el caso de la justicia de paz o indígena, no se esté realizando una justicia de inferior valía:

la estrategia pareciera ser la de excluir los conflictos de los pobres del acceso a los jueces. Se crea entonces una justicia “administrativizada” de segunda para los pobres, mientras se reserva la justicia judicial a los estratos medios y altos de la población, con lo cual se viola el principio constitucional de acceso a las justicias, que es uno de los elementos medulares del Estado social de Derecho¹⁴⁵.

En ambos casos, además, puede ser emancipatorio el impacto socio-económico en los pueblos y las comunidades rurales pues se estaría promoviendo actividades económicas autónomas y de consolidación socio-cultural¹⁴⁶.

Esto es distinto de las propuestas de legislación sobre justicia de paz que se han realizado en el Ecuador y la Región¹⁴⁷. Algunas, a pesar de establecer la importancia de reconocer las formas comunitarias de resolución de conflictos, no deja de tener un enfoque economicista –descongestionar la Administración de Justicia–, y dirigido a sectores rurales –y, por tanto, de segunda categoría–, cuando también pudiera funcionar en los sectores urbanos a partir de las organizaciones barriales, cooperativas u otras formas orga-

144 Estermann, Josef, *op. cit.*, pp. 13-45.

145 Uprimny Rodrigo, Rodríguez César y García-Villegas Mauricio, *op. cit.*, p. 26.

146 Rodríguez, César, *op. cit.*, p. 27.

147 Andrade, Santiago, “Hacia una ley para la justicia de paz”, en Projusticia, *Propuesta de Justicia de Paz en el Ecuador*, Quito, 2007, p. 157.

nizativas, que pudieran verse fortalecidas si se los toma en cuenta dentro de la justicia de paz¹⁴⁸.

Uno de los aspectos más importantes, de acuerdo con lo establecido en este ensayo, es que la justicia de paz debe ir de la mano de la simplificación de las normas sustantivas y adjetivas, y un cambio profundo en la formación de los abogados y jueces.

Finalmente, de la coexistencia autónoma y coordinada de estos órdenes de justicia (justicia de paz-justicia indígena-justicia estatal) dependerá que se conviertan en herramientas sustanciales de la democratización y la emancipación social.

4.4. Políticas públicas progresivas de acceso

Cuando hablamos del presupuesto establecimos algunas pistas que deben guiar las inversiones en justicia. Los ejes centrales sobre los cuales deben descansar estas inversiones son la progresividad y no regresividad, lo cual quiere decir que los recursos para la justicia siempre deben ir en aumento, cuantitativa y cualitativamente, dando privilegio a la capacitación por sobre los gastos en infraestructura, que permita redireccionar el litigio hacia áreas socialmente relevantes.

Otro elemento importante es el de la participación social para la elaboración de las políticas judiciales. La participación social en el diseño de las políticas públicas ha sido casi nula, pues la administración de justicia se ha mostrado reticente a incluir mecanismos de participación social, puesto que, normalmente, se ha considerado a la actividad judicial como eminentemente técnica.

Entendemos como participación social aquella que es fruto de la definición de un nuevo sentido común político, un sentido común participativo, que esté abierto a la creatividad de nuevas formas de actuación de las personas por fuera del concepto de ciudadanía y la institucionalidad del sistema político (partidos y movimientos políticos). Bajo este entendido, la participación social es sólo una de las formas de participación política o viceversa, que tiene un potencial emancipador¹⁴⁹.

148 Uprimny Rodrigo, Rodríguez César y García-Villegas Mauricio, *op. cit.*, p. 21.

149 Santos, Boaventura De Sousa, *Crítica de la...*, *op.cit.*, p. 127.

En el Ecuador, la participación social ha sido llevada adelante por varias instituciones mediante propuestas técnicas que no es del caso analizar. Sin embargo, en ninguna de estas propuestas se incluye la participación de las personas beneficiarias, más allá de consultarles sobre las necesidades de la intervención judicial o de las organizaciones de la sociedad civil; pero sin permitirles participar directamente en la elaboración de las políticas judiciales que se dicen son elaboradas a su favor.

V. Palabras finales

Es impostergable implementar en nuestros países un modelo económico alternativo¹⁵⁰, dentro del cual, se vuelve indispensable una profunda reforma judicial integradora¹⁵¹. Debemos reconstruir en el Ecuador un Estado que permita crear una nueva cultura legal y jurídica emancipadora, que asegure una intervención efectiva del Estado¹⁵².

Dentro de este marco, el acceso a la justicia debe tener un lugar privilegiado. El justificativo es la percepción de los ecuatorianos sobre la problemática de la justicia en Ecuador, donde los problemas económicos son vistos aún como una barrera para el acceso a la justicia¹⁵³, a pesar de que en los últimos tiempos la preocupación se ha inclinado sobre la corrupción como un obstáculo para el acceso¹⁵⁴.

La percepción actual sobre el impacto de la corrupción no debe desviar-nos de la atención de los problemas estructurales que impiden el acceso a la justicia, pues esto puede indicar el aumento del elitismo de quienes litigan

150 Borón, Atilio, “La Izquierda Latinoamericana a comienzos del Siglo XII”: nuevas realidades y urgentes desafíos, en Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO), *Observatorio Latinoamericano de América Latina*, No. 13, Buenos Aires, 2004, p. 4.

151 Arceo, Enrique, *op. cit.*, pp. 58-62.

152 Santos, Boaventura De Sousa, “Derecho y Democracia...”, *op. cit.*, p. 165.

153 Farith Simon, *op. cit.*, p. 78. A inicios de los noventas, un 38% pensaba que el principal problema para acceder a la justicia era lo económico, 20% por factores sociales y 10% por factores políticos.

154 Projusticia, *Evaluación Social del Proyecto de Acceso a la Justicia y Equidad*, 2008, p. 21. El 2008, el 45,69% opina que el principal problema es la corrupción, y, el 19,74% considera que el principal problema es la lentitud de los procesos.

en la actualidad en un sistema concebido para proteger la propiedad, quienes no se sienten afectados por lo económico-social para acceder a la justicia.

El activismo judicial requiere un Estado fuerte y responsable, y grandes inversiones para la justicia, por lo cual un presupuesto progresivo y focalizado tiene un rol fundamental en la implementación de la defensa pública, la carrera judicial, la escuela de jueces, la justicia indígena, la justicia de paz y la formación de abogados con vocación social.

La institucionalidad judicial, los litigantes y todos los ecuatorianos tenemos el gran reto de generar una nueva praxis jurídica emancipatoria, que suponga un viraje radical hacia la democratización de la actividad judicial (de abajo hacia arriba), que permita al sistema judicial tener un impacto igualitario en la sociedad ecuatoriana, sobre la base de una amplia protección de los derechos humanos¹⁵⁵, lo cual debe instrumentarse en el potencial emancipatorio de las políticas de acceso a la justicia: a) dar prioridad a la protección de los Derechos Económicos Sociales y Culturales; b) los programas de acceso a la justicia deben ser implementados a la par de las reformas judiciales; c) implementar un sistema eficiente de Defensoría Pública y Escuela de Jueces; d) dotar de infraestructura a otros órdenes de derecho y justicia (justicia de paz y justicia indígena); f) debe centrarse la atención en otros sectores que no son tradicionalmente tenidos en cuenta, pero que son importantes para el efecto igualador que deben perseguir las políticas públicas (juzgados laborales, consumidores, jueces de pequeñas cuantías y los Medios Alternativos de Solución de Conflictos con supervisión del Estado); y, g) abrir mecanismos de participación social para la elaboración de las políticas judiciales.

En otras palabras, debemos revertir, a riesgo de ser heréticos o ilusos, la dura realidad de la desigualdad social que está por detrás del acceso a la justicia, en momentos cuando aún en el Ecuador del siglo XXI tienen sentido las palabras dichas por Monseñor Arnulfo Romero: “La justicia es como una serpiente, sólo muerde a los descalzos”¹⁵⁶.

155 Ver en esta obra, Ávila Santamaría, Ramiro, “Retos de una nueva institucionalidad estatal para la protección de los derechos humanos”.

156 *Ibidem*.

VI. Bibliografía

Libros y revistas

- Abramovich, Víctor, *Acceso a la Justicia como Garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estudio fijado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Costa Rica, 2007.
- Albanese, Susana, *Garantías Judiciales. Algunos requisitos del proceso legal en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Sociedad Anónima Editora, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 2007.
- Albán Rodolfo y Mendoza Raúl, *Economía y Democracia en la Región Andina*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 2006.
- Amnistía Internacional, *Informe 2007. Estado de los Derechos Humanos en el Mundo*, 2007.
- Andrade, Pablo, “Negociando el cambio: Fuerzas Políticas en al Asamblea Constituyente ecuatoriana de 1998”, en *Estructura Constitucional en el Estado Constitucional*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Fundación Centro de Estudios Políticos y Sociales y otros, 2004.
- Arceo, Enrique, “El Fracaso de la Reestructuración Neoliberal en América Latina. Estrategias de los sectores dominantes y alternativas populares”, en Eduardo Basualdo y otros (compiladores), *Neoliberalismo y Sectores Dominantes. Tendencias globales y experiencias nacionales*, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO), Buenos Aires, 2006
- Ávila, Luis, Informe para el Repertorio Especializado de Justicia Penal. Estudio analítico de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia (primer semestre 2004) para la Corporación de Estudios y Publicaciones, no editado, Quito, 2004.
- , *Jurisprudencia Obligatoria: Fallos de Triple Reiteración de la Corte Suprema del Ecuador*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2004.
- Ávila, Ramiro, “El Amparo Constitucional: entre el diseño liberal y la práctica formal”, en *Tribunal Constitucional. Un cambio ineludible*, Quito, 2007.
- Bahamonde, Cristhian, “Estado de la Defensa Pública en el Ecuador”, Corporación Latinoamericana para el Desarrollo (CLD), en *La*

- Defensoría Pública Nacional. Apuntes para la discusión*, Corporación de Estudios y Publicaciones, , Quito, 2005.
- , compilador., *Propuesta de Nuevo Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano*, Corporación de Estudios y Publicaciones (CLD), Quito, 1999.
- Brody, Reed, “Aspectos internacionales de los actuales esfuerzos de reforma judicial: socavando la justicia en Haití”, en Juan Méndez, Guillermo O’Donnell y Paulo Sergio Pinheiro (compiladores), *La (in) efectividad de la Ley y la Exclusión en América Latina*, Paidós, Buenos Aires, 2002.
- Butler, Judith, *Deshacer el Género*, Editorial Paidós, Madrid, 2004.
- Calle, Javier la Rosa, *Acceso a la Justicia: elementos para incorporar un enfoque integral de política pública*, en *Acceso a la Justicia en el Mundo Rural*, Instituto de Justicia Legal de Justicia Viva, Lima, 2007
- Centro de Justicia de las Américas (CEJA), *Reporte sobre la Justicia en las Américas*, 2004-2005.
- Correa Sutil, Jorge, “Reformas Judiciales en América Latina: ¿buenas noticias para los desfavorecidos?”, en Juan Méndez, Guillermo O’Donnell y Paulo Sergio Pinheiro (compiladores), *La (in) efectividad de la Ley y la Exclusión en América Latina*, Paidós, Buenos Aires, 2002.
- Correas, Óscar, “El Otro Kelsen”, en Correas, Óscar (compilador), *El Otro Kelsen*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1989.
- Ernesto Velásquez Baquerizo, *La Justicia Administrativa: diagnóstico de derecho contencioso administrativo y fiscal en el Ecuador*, Corporación Latinoamericana para el Desarrollo (CLD), Quito, 1995.
- Estadística de la Corte Suprema de Justicia, Internet, www.csj.gov.ec.
- Estermann, Josef, *Filosofía Andina. Estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina*, Ediciones Abya Yala, Quito, 1998.
- Fernández, Alberto, *Función Creadora del Juez*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires. 2000.
- Ferrajoli, Luigi, “Garantías Constitucionales”, en Raúl Gustavo Ferreyra y Andrés Gil Domínguez, dir., *El Garantismo Constitucional*, Revista Argentina de Derecho Constitucional, Buenos Aires, Ediar, 2000.
- , *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*, Madrid, Editorial Trotta, 2001.

- Fraser, Nancy, *Iustitia Interrupta: reflexiones críticas desde la posición “postsozialista”*, Universidad de los Andes, Bogotá, 1997.
- Fundación Esquel, *Segunda Evaluación del Sistema Procesal Penal*, Fondo Justicia y Sociedad-Fundación Esquel, Quito, agosto 2006.
- García Amado, Juan, “Derechos y Pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo”, en Miguel Carbonell (editor), *Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Trotta, Madrid, 2007.
- Garro, Alejandro, “El acceso de los pobres a la justicia en América Latina”, en Juan Méndez, Guillermo O’Donnell y Paulo Sergio Pinheiro (compiladores), *La (in) efectividad de la Ley y la Exclusión en América Latina*, Paidós, Buenos Aires, 2002.
- Hooks, Bell, “Mujeres Negras: dar forma a la teoría feminista”, en Creative Commons, *Otras Inapropiables*, California, USA, 2004.
- Jaramillo, Isabel, “Estudio Preliminar”, en Robin West, *Género y Teoría del Derecho*, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2004.
- Lefort, Claude, *La Incertidumbre Democrática: ensayos sobre lo político*, España, 2004, Embajada de Francia en España y Editorial Anthropos.
- López, Diego, *Teoría Impura del Derecho. La transformación de la Cultura Jurídica Latinoamericana*, Legis, Bogotá, 2004.
- Mann, Michael, “Las Crisis del Estado-Nación en América Latina”, en Ann Mason y Luis Javier Orejuela, eds., *La Crisis Política Colombiana. Más que un conflicto armado y un proceso de paz*, Universidad de los Andes, Bogotá, 2003.
- Méndez, Juan, “Reforma Institucional: acceso a la justicia. Una introducción”, en Juan Méndez, Guillermo O’Donnell y Paulo Sergio Pinheiro (compiladores), *La (in) efectividad de la Ley y la Exclusión en América Latina*, Paidós, Buenos Aires, 2002.
- Merino, Valeria, *Avances en el Proceso de Reforma Judicial desde que se preparó la Primera Estrategia Integral en 1995*, Corporación Latinoamericana para el Desarrollo (CLD), Quito, 2000.
- Monsalve, Sofía, y Sottoli, Susana, “Ingeniería Constitucional versus institucionalismo histórico-empírico: enfoques sobre la génesis y la reforma de las instituciones políticas”, en Dieter Nohlen y otros (editores), *El*

- Presidencialismo renovado. Instituciones y cambio político en América Latina*, Editorial Nueva Sociedad, Venezuela, 1998.
- North, Liisa, “Implementación de la Política Económica y la Estructura del Poder Político en el Ecuador”, en Louis Lefebvre, ed., *Economía Política del Ecuador. Campo, Región, Nación*, Quito, Corporación Editora Nacional-FLACSO-York University, 1985.
- Projusticia, *Diseño Ex-ante del Programa de Acceso a Justicia y Equidad Social*, Quito, 2008.
- , *Evaluación Social del Proyecto de Acceso a Justicia y Equidad Social* (no editado), Quito, 2008.
- Rico, José María, *La Policía Judicial: perspectivas para América Latina y Ecuador*, Corporación Latinoamericana para el Desarrollo (CLD), Quito, 1994
- Rodríguez, César, “Globalización, Reforma Judicial y Estado de Derecho en América Latina”, en *¿Quo Vadis?: Nuevos Rumbos en la Administración de Justicia*, 2000, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos ILSA, Bogotá.
- Salgado, Rocío, *La Puerta Estrecha. Una aproximación a los obstáculos objetivos y subjetivos para el acceso de las mujeres a la justicia*, Corporación Mujer a Mujer, Cuenca, 2002.
- Santos, Boaventura De Sousa y García Villegas, Mauricio, “El Revés del Contrato Social de la Modernidad”, en Santos, Boaventura De Sousa y García Villegas, Mauricio (compiladores), *El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia. Análisis Socio-Jurídico*, Tomo I, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2001.
- , “Derecho y Democracia. La reforma global de la justicia”, en Santos, Boaventura De Sousa y García Villegas, Mauricio (compiladores), *El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia. Análisis Socio-Jurídico*, Tomo I, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2001.
- , “Los paisajes de la Justicia en las Sociedades Contemporáneas”, en Santos, Boaventura De Sousa y García Villegas, Mauricio (compiladores), *El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia. Análisis Socio-Jurídico*, Tomo I, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2001.
- , *Crítica de la Razón Indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*, Editorial Desclée de Brouwer, Bilbao, 2003.

- Simon, Farith, “Investigación sobre Acceso a la Justicia en la República del Ecuador”, José Thompson (coordinador), *Acceso a la Justicia y Equidad*, Banco Interamericano de Desarrollo e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, 2000.
- Torraine, Alain, *¿Qué es la democracia?*, Madrid, 1994, Editorial Ediciones de Hoy S.A.
- Tribunal Constitucional, *Informe del Tribunal Constitucional al H. Congreso Nacional*, enero-diciembre 2000, V.I, Ecuador, síntesis estadística.
- Uprimny Rodrigo y García Villegas, Mauricio, “Corte Constitucional y Emancipación Social en Colombia”, en Santos Boaventura De Sousa y otro (editores), *Emancipación social y violencia en Colombia*, Grupo Editorial Norma, Bogotá.
- Uprimny Rodrigo, Rodríguez César y García-Villegas, Mauricio, *Más allá de la Oferta y la Demanda: análisis sociojurídico de la justicia colombiana a comienzos de siglo*, Internet, www.cejamericas.org
- Vargas Llosa, Álvaro, La Justicia en América Latina, Conferencia para el Centro Latinoamericano de Periodismo (CELAP), 1er Foro Regional sobre Acceso a la Información e Impacto en la Administración de Justicia, 31 mayo 2002, Internet, <http://probidad.org/regional/bibliografia/2002/031.html>
- Velásquez Baquerizo, Ernesto, *La Justicia Administrativa: diagnóstico de derecho contencioso administrativo y fiscal en el Ecuador*, Corporación Latinoamericana para el Desarrollo (CLD), Quito, 1995.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El Enemigo en el Derecho Penal*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2006.
- Zavala Egas, Jorge, *El Estatuto del Régimen Administrativo de la Función Ejecutiva en el Ordenamiento Jurídico*, Corporación Latinoamericana para el Desarrollo (CLD), Quito, 1995.

Periódicos

- Aguilar, Ramiro, “Amnistía”, *Hoy* (Quito), 4 febrero 2008.
- “Asamblea Constituyente. Basura legal estorba a la justicia”, *Hoy* (Quito), 22 octubre 2007.
- Cornejo, Diego, “Contrapunto”, *Hoy* (Quito), 24 junio 2006.

“La Defensoría No Existe”, *El Universo* (Guayaquil), 14 julio 2007.

“Magistrados de la Corte Suprema tienen nuevos vehículos”, *Hoy* (Quito),
28 octubre 2004.

Rosales, Francisco, “De Fouches y Manteles”, *Hoy* (Quito), 30 abril 2007.

Constitucionalismo más allá de la Corte Constitucional

Claudia Escobar García

Sumario

I. Introducción. II. Los desafíos del constitucionalismo contemporáneo. III. Las limitaciones de las cortes y tribunales constitucionales. El caso colombiano. 3.1. Escenarios sin control constitucional. El caso del derecho comunitario derivado y de la tutela contra sentencias. 3.1.1. El derecho comunitario derivado, los datos de prueba y el acceso a medicamentos. 3.1.2. La prohibición de la tutela contra sentencias de tutela. 3.2. Escenarios constitucionales controlados por fuera de la Corte. El caso de las acciones populares y de la nulidad de actos administrativos. 3.2.1. Las acciones populares: “Bogotá se viste de verde” y el TLC con Estados Unidos. 3.2.2. El control de constitucionalidad abstracta de las normas infralegales. 3.3. Escenarios con control de la corte. Errores y limitaciones. 3.3.1. Los errores de la Corte Constitucional. 3.3.1.1. La diversidad étnica y cultural y la teoría de la conexidad: el proyecto hidroeléctrico Urrá I y los Embera-Katío, y las fumigaciones con glifosato. 3.3.1.2. La inviolabilidad parlamentaria, la campaña del ex presidente Samper y el proceso pena en contra de los congresistas. 3.3.1.3. El precedente constitucional, la despenalización del aborto y sus consecuencias. 3.3.2. El impacto limitado de las decisiones de la Corte Constitucional. 3.3.2.1. Decisiones sin relevancia práctica. El caso de la carencia actual de objeto por daño consumado, y las tutelas de los muertos. 3.3.2.2. Los resultados del estado de cosas incons-

titucional y los desplazados por la violencia en Colombia. 3.3.2.3. Las tutelas y el sistema de salud en Colombia. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

I. Introducción

La justicia constitucional suele ser de amores y odios. Mientras algunos le atribuyen una serie de bondades y de poderes casi sobrenaturales, para otros es fuente de profunda desconfianza, sospecha y escepticismo. Mientras algunos tienden a depositar en ella una especie de “fe”, suponiendo que la esperanza de un sistema político, económico y social justo y democrático depende de su existencia, otros tienden a ignorarla, desdeñarla o hacerla blanco de sus críticas, para proponer su eliminación. En medio de esta dicotomía, el debate sobre los desafíos del constitucionalismo contemporáneo se ha centrado, casi de manera exclusiva, en las Cortes y Tribunales Constitucionales.

En este ensayo me propongo demostrar dos ideas relacionadas entre sí: primero, que la justicia constitucional, y en particular los Tribunales y Cortes Constitucionales, son actores necesarios, pero sobre todo *insuficientes y limitados*, para garantizar los retos del constitucionalismo contemporáneo. Y en segundo lugar, como corolario de lo anterior, que se requieren actores y mecanismos específicos alternativos, que neutralicen y superen estas insuficiencias y limitaciones. Se propone una tercera vía, que sea capaz de reconocer y aprovechar sus grandes potencialidades, pero también de descubrir y enfrentar sus barreras.

Para demostrar las ideas anteriores, seguiré el siguiente procedimiento:

En primer lugar, identificaré y explicaré brevemente los retos del denominado “neoconstitucionalismo”. Plantearé que éste apunta a sustituir la noción tradicional de democracia entendida como supremacía de la voluntad de la mayoría, por la idea de supremacía de la Constitución Política, entendida como el sistema normativo que contiene la definición y las garantías de los derechos fundamentales, y el sistema de límites y contrapesos al poder.

A partir de la descripción anterior explicaré en qué sentido y de qué manera la justicia constitucional, y en particular las Cortes y Tribunales

Constitucionales, por sí solos son incapaces de asegurar estos retos. Lo que pretendo demostrar es que independientemente de la configuración normativa, del nivel técnico, de la cultura jurídica y de cualquier otro factor, existen barreras estructurales que les impiden garantizar la apuesta neoconstitucionalista. Para sustentar esta idea, utilizaré tres tipos de argumentos:

Primero, pondré en evidencia la existencia de espacios de la vida social, política, económica y jurídica, que no son susceptibles de control por la justicia constitucional. Mostraré que existen muchas dinámicas con evidente relevancia constitucional, frente a las cuales la justicia constitucional es simplemente una espectadora más.

Segundo, sostendré que incluso los escenarios en los que sí existe un control constitucional, son por lo general “dominados” por instancias judiciales y extrajudiciales diferentes al propio Tribunal o Corte Constitucional. La idea que subyace es que el papel que juegan dentro del sistema tiende a ser marginal.

Tercero, mostraré que aun en los espacios controlados por las Cortes y Tribunales Constitucionales, su capacidad para asegurar la apuesta neoconstitucionalista se encuentra seriamente restringida. Esto, por cuanto están expuestos de manera permanente y sistemática a los errores, y porque aun cuando no incurran en ellos, su impacto en la realidad es limitado, ya sea porque sus decisiones no se cumplen o no se pueden cumplir, o porque la decisión carece de toda relevancia práctica.

Para desarrollar estos tres argumentos se tendrá como referente la experiencia colombiana a partir de la conformación de la Corte Constitucional en 1992, en la medida en que su fructífera trayectoria permite visualizar claramente las grandes posibilidades, y al mismo tiempo, las grandes limitaciones, restricciones y barreras de la justicia constitucional.

Por último, y a modo de conclusión, explicaré en qué sentido se requiere diseñar e implementar mecanismos alternativos que permitan asegurar los retos del constitucionalismo contemporáneo, más allá de la Corte Constitucional.

II. Los desafíos del constitucionalismo contemporáneo

El modelo estándar de democracia o “modelo plebiscitario”, supone que la legitimidad del sistema político y económico radica en la voluntad de la mayoría. Frente a esta idea tradicional, pero aún persistente, el constitucionalismo contemporáneo propone un modelo diferente y en cierto sentido opuesto: la democracia no consiste en suponer que el deseo de las mayorías es el interés legítimo de la sociedad, sino en considerar que el límite al poder y la garantía de los derechos fundamentales plasmado en las Constituciones Políticas, incluso en contra de la voluntad popular, constituye el fundamento de la dinámica económica, política, social y jurídica. Estos dos modelos difieren en varios sentidos¹.

Por un lado, el modelo plebiscitario supone que la legitimidad de las decisiones depende de que expresen los intereses, deseos y necesidades de la mayoría, independientemente de su contenido; entretanto, para el constitucionalismo contemporáneo la legitimidad viene a depender del respeto de los contenidos mínimos fijados por las Constituciones Políticas. Mientras en un caso el fundamento del sistema radica en la voluntad popular, en el otro radica en el respeto de la supremacía de la Constitución.

Como consecuencia de ello, mientras el modelo “plebiscitario” hace énfasis en los procedimientos que garantizan la expresión de la voluntad de las mayorías, el modelo “constitucionalista” hace énfasis en el contenido mínimo al que se debe sujetar cualquier sistema político-jurídico. Es por este motivo que se habla de “democracias sustanciales”, en oposición a “democracias formales o procedimentales”.

Lo anterior tiene implicaciones directas en el sistema de fuentes del Derecho: mientras en la democracia plebiscitaria es la ley, como expresión de la voluntad popular, la fuente suprema del ordenamiento jurídico, la democracia constitucional altera toda esta concepción: es precisamente el sistema de pesos y contrapesos a los poderes públicos, y el sistema de protección de los derechos fundamentales, los que dotan de validez a todas y

1 Cfr. Ferrajoli, Luigi, *La democracia constitucional*, en “Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho”, Christian Courtis (compilador), Buenos Aires, Ed. Eudeba - Universidad de Buenos Aires, 2001, pp. 255-271.

cada una las normas que componen el ordenamiento jurídico. Las Constituciones Políticas y normas de derecho internacional que consagran estos límites y estos derechos, constituyen la base y el criterio de validez del sistema político-jurídico.

Ahora bien, este paradigma es hasta ahora un modelo teórico, pues en la realidad concreta y efectiva, especialmente en los países de América Latina, es poco lo que se ha acercado a este programa. Poco ha podido orientar la dinámica política y económica, y no ha logrado satisfacer las exigencias de los derechos fundamentales de las personas: desigualdad, miseria y arbitrariedad por parte de los poderes económicos y políticos dominantes, constituyen un lugar común en la región.

La coyuntura actual no hace sino poner aún más en peligro este paradigma²: la “inflación legislativa” junto a las disfunciones del lenguaje legal, han impedido la capacidad reguladora del Derecho y han dado lugar a la creación discrecional y muchas veces arbitraria del Derecho por parte de los jueces, sin sujeción a estándares argumentativos claros y definidos. Así, la Constitución carece en muchos sentidos de la capacidad para dotar de contenido al sistema jurídico, pues existen ahora múltiples centros de poder con capacidad normativa, no sujetas a exigencias constitucionales. Y por último, todo el proceso de integración económica mundial ha cercenado los límites impuestos a los poderes económicos y políticos, y de paso ha restringido seriamente las consecuencias que se derivan del respeto y garantía de los derechos constitucionales.

En este contexto, la pregunta que sigue es la siguiente: ¿Pueden las Cortes y Tribunales Constitucionales garantizar los desafíos del constitucionalismo?³

2 Ferrajoli, Luigi, *Pasado y futuro del Estado de Derecho*, en Carbonell Miguel, Orozco Wistano y Vasquez Rodolfo (coordinadores), “Estado de Derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina”, Ed. Siglo XXI, México, 2002, pp. 187-204.

3 Para un análisis completo sobre la relación con la democracia formal y la democracia sustancial, véase en esta misma obra, por Juan Pablo Morales, “Democracia sustancial: sus elementos y conflicto en la práctica”.

III. Las limitaciones de las cortes y tribunales constitucionales. El caso colombiano

3.1. Escenarios sin control. El caso del derecho comunitario derivado y de la tutela contra sentencias

Lo primero que debe anotarse es que la justicia constitucional, y en particular la Corte Constitucional de Colombia, ha ido expandiendo progresivamente la extensión y la intensidad de su control. Así por ejemplo, aunque durante muchos años las declaratorias de estados de excepción fueron consideradas como “actos políticos” no susceptibles de control jurídico, a partir de 1992 pasaron a tener una estricta revisión y vigilancia por parte de la Corte Constitucional⁴. De igual modo, aunque anteriormente se consideró que las reformas y cambios constitucionales únicamente eran susceptibles de un control formal y procedimental, hoy en día, gracias a un creativo argumento de la Corte, se entiende que éste alcanza una dimensión material⁵. Asimismo, el control formal de la aprobación legislativa ha alcanzado

4 Con anterioridad a la expedición de la Constitución de 1991, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ejercía un control meramente formal, encaminado a verificar que el Decreto respectivo fuese firmado por el Presidente y todos los ministros, y que expusiera los motivos de la decisión. A partir de 1992 el control alcanza también una dimensión material, por lo que la Corte entra a verificar que los hechos que dan lugar a la declaratoria y las medidas adoptadas con fundamento en ésta, cumplan con las exigencias constitucionales.

Sobre este punto pueden consultarse las siguientes sentencias: C-004, 447 y 556 de 1992; C-031, 154, 294, 427 y 464 de 1993; C-300, 309, 338 y 366 de 1994; C-466 de 1995, C-027, 153, 328 y 451 de 1996; C-122 y 138 de 1997 y C-122 de 1999.

5 La Corte utilizó un sencillo pero poderoso silogismo para adelantar un examen material de las reformas constitucionales canalizadas a través del Congreso Nacional: dado que la propia Constitución Política le atribuye la competencia para efectuar examinar los vicios procedimentales, dado que uno de estos es el de la incompetencia material, y dado que el Congreso Nacional únicamente puede reformar la Constitución, mas no cambiarla o sustituirla, la Corte Constitucional tiene competencia para verificar que el Congreso únicamente reforme la Carta Política, sin alterar las denominadas “cláusulas pétreas”.

Hasta la fecha, la Constitución Política de Colombia ha sido reformada en 27 oportunidades y se avecinan unas nuevas. De ellas, tan solo una se ha viabilizado por medio de referendo, y en los demás casos ha sido mediante Actos Legislativos. Las reformas constitucionales incluyen temas tan diversos como la reelección presidencial, el sistema pensional, los derechos políticos, la justicia penal militar, la nacionalidad, el funcionamiento de las corporaciones de elección popular, la des-

unas proporciones que en otra época fueron insospechadas⁶. Y el control que hoy en día se efectúa de las decisiones judiciales, en otro momento hubiera resultado inconcebible, tal como ocurre con la revisión de las sentencias de tutela contra providencias judiciales proferidas por la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y el Consejo Nacional de la Judicatura⁷.

A pesar de esta ampliación progresiva, lo cierto es que aún existen dinámicas de gran importancia que escapan a esta lógica. Lo interesante de esto no es sólo que de hecho se presenten estos espacios, sino además que esta carencia resulta en ocasiones indispensable para permitir el complejo funcionamiento de las democracias contemporáneas. Aunque es posible que en un futuro el control constitucional se extienda hacia estas dinámicas, también es probable que persista la situación contraria. Veamos dos ejemplos.

3.1.1. El derecho comunitario derivado, los datos de prueba y el acceso a medicamentos

La producción y control del derecho comunitario derivado andino representa de manera paradigmática la situación descrita anteriormente: al lado de los tratados de creación de la Comunidad, existe un derecho comunitario derivado, conformado, entre otros, por las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión de la Comunidad Andina. Salvo disposición expresa en contrario, estas normas se incorporan automáticamente al derecho interno de cada uno de los paí-

centralización territorial, los planes de desarrollo, la propiedad, la expropiación, entre otros. De todas ellas, únicamente tres han sido declaradas inexequibles (parcial o totalmente).

Al respecto puede consultarse las siguientes sentencias: C-484/95; C-196/97; C-543/98; C-059/01; C-458, 578 y 618/02; C-551, 740, 873, 895, y 1200/03; C-313, 757, 816, 888, 970 y 1124/04; C-1040, 1042, 1043, 1045, 1047, 1048, 1053, 1057, 1141 y 1187/05; C-034, 472, 337, 646 y 740/06.

6 Así por ejemplo, la Corte Constitucional ha desarrollado ampliamente el principio de la instrumentalización de las formas y procedimientos, y lo ha utilizado sistemáticamente para establecer en qué casos la irregularidad en los trámites legislativos puede acarrear su inconstitucionalidad. Al respecto se pueden consultar las siguientes sentencias: C-852/02; C-551, 1152 y 1056/03; 1040/05; y 277/07.

7 Al respecto se pueden consultar las sentencias SU-1185/01 y SU-813/07.

ses miembros, los cuales deben adoptar todas las medidas necesarias para su cumplimiento y evitar todas aquellas que obstaculicen su aplicación⁸.

El control normativo tiene dos particularidades que nos interesan. Primero, tiene como parámetro de validez el derecho comunitario originario, especialmente los tratados de creación de la Comunidad Andina. Es decir, el juicio de validez se establece a partir de su confrontación con el Derecho Originario, como son el Acuerdo de Cartagena, los Protocolos de Trujillo, Cochabamba y Sucre, los tratados constitutivos del Parlamento Andino, entre otros. Y segundo, el juicio de validez es efectuado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y no por instancias judiciales del orden interno⁹.

Esto significa, por un lado, que la validez de las Decisiones no se define a partir de las Constituciones Políticas, ni a partir de las normas que conforman el bloque de constitucionalidad. Es cierto que el derecho originario es susceptible de control constitucional al interior de cada uno de los países, pero esto de ningún modo implica que tengan igual riqueza dogmática o un contenido semejante. La parte dogmática de las Cartas Políticas suele tener un amplio reconocimiento de los derechos humanos, mientras que el Acuerdo de Cartagena simplemente hace una modesta referencia al mejoramiento del nivel de vida de los habitantes de la región como finalidad de la integración¹⁰. Por lo demás, la fuerza y el valor jurídico de la denominada “Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos” resulta bien cuestionable, puesto que no hace parte de ninguna de las fuentes del derecho comunitario andino. Por estos motivos, puede ocurrir que

8 Artículos 1-4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

9 Artículo 17 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

10 El artículo 1 del Acuerdo de Cartagena dispone lo siguiente: *“Artículo 1.- El presente Acuerdo tiene por objetivos promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros en condiciones de equidad, mediante la integración y la cooperación económica y social; acelerar su crecimiento y la generación de la ocupación; facilitar su participación en el proceso de integración regional, con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano.*

Asimismo, son objetivos de este Acuerdo propender a disminuir la vulnerabilidad externa y mejorar la posición de los Países Miembros en el contexto económico internacional; fortalecer la solidaridad subregional y reducir las diferencias de desarrollo existentes entre los Países Miembros.

Estos objetivos tienen la finalidad de procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la Subregión”.

una norma comunitaria no sea contraria al derecho originario pero sí a una Constitución, y a la inversa, que se ajuste a la Carta Política, mas no a aquel.

De igual modo, es un órgano comunitario quien realiza este control normativo, y no los jueces constitucionales de cada país. Ninguna de las Constituciones de los países de la Comunidad Andina atribuye a la Corte/Tribunal Constitucional la competencia para pronunciarse sobre la constitucionalidad de las decisiones del Consejo Andino de Ministros y/o de la Comisión. Es únicamente el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina el órgano encargado de hacer esta confrontación, a partir de la lógica de la integración regional y a partir de sus propios métodos de interpretación y aplicación del Derecho, que no necesariamente coinciden con los de los jueces, tribunales y cortes constitucionales.

Todo esto es particularmente relevante si se tiene en cuenta que usualmente el derecho comunitario derivado regula asuntos de gran trascendencia política, social y económica, y que claramente, en teoría, admitirían un juicio de constitucionalidad. Las Decisiones regulan temas tan diversos y tan significativos como el medio ambiente, las migraciones, la política fiscal, la política exterior común, la salud y la educación, todos los cuales tienen un nexo innegable con las normas constitucionales. Particular interés tiene la Decisión 486, que regula el espinoso tema de la Propiedad Intelectual, y que guarda relación con temas como el derecho a la salud y el acceso a medicamentos.

Aunque se puede tener fe en que los Ministros de Relaciones Exteriores y los integrantes de la Comisión respeten su propio derecho constitucional, se trata tan solo de un “acto de fe”, pues no existe ningún mecanismo que garantice el interés y el conocimiento de la normativa constitucional, y mucho menos, ningún otro que permita eliminar las normas comunitarias contrarias a las Constituciones. En resumidas cuentas, esto significa que se pueden expedir normas andinas inconstitucionales, sin que los jueces constitucionales puedan desecharlas del sistema jurídico.

Esta circunstancia se plasma en casos como el de la Decisión 632. Esta norma tiene su origen en la controvertida sentencia 114-AI-2004 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y más atrás aún, en el Decreto 2085 de 2002, expedido por el Gobierno Nacional de la República de Colombia.

Ese Decreto establecía una especial protección a los denominados “datos de prueba”, en el sentido de que la información no divulgada utilizada para la aprobación de comercialización de medicamentos (es decir, los estudios de seguridad y eficacia), no podría ser “utilizada directa o indirectamente como apoyo para la aprobación de otra solicitud sobre esa misma entidad química” durante el lapso de cinco años. Dado que los productores de medicamentos genéricos no pueden costear los estudios de seguridad y eficacia, se produce en la práctica la exclusividad en la comercialización de medicamentos de marca, y la correspondiente restricción en la de los genéricos, durante cinco años más allá de los veinte concedidos en virtud de las patentes.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina consideró que los plazos de exclusividad eran contrarios a la normatividad comunitaria, y que en estas circunstancias, el Estado colombiano se encontraba en estado de incumplimiento frente a la Comunidad Andina, mientras se encontrara vigente el Decreto 2085 de 2002. El Tribunal propuso tres tipos de argumentos: por un lado, sostuvo que el hecho de que la Decisión 486 no considerara expresamente los plazos de exclusividad como mecanismo para proteger los datos de prueba, en contraposición a lo dispuesto en la anterior Decisión 344, significaba que la voluntad del legislador comunitario había sido la de eliminar esta modalidad de amparo. Manifestó también que dentro de una interpretación finalista, sustentada en los principios y fines de la integración regional y de la protección a la propiedad intelectual contemplados en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), y especialmente en la Declaración Ministerial de la OMC de Doha sobre los ADPIC y la Salud Pública, se debían descartar los plazos de exclusividad. Por último, argumentó que éstos eran incompatibles con los derechos fundamentales a la vida y la salud, límites indiscutibles al régimen de propiedad intelectual.

Pese a lo anterior, el Gobierno colombiano eludió el deber de derogar el Decreto, y en su lugar promovió la expedición de una nueva Decisión en el marco de la Comunidad Andina. Se trata de la Decisión 632, que en apariencia únicamente “interpreta” y “aclarar” la Decisión 486 de 2000, con base en la cual el Tribunal de Justicia había expedido el fallo de incumpli-

miento. La norma autoriza expresamente a los países a fijar plazos dentro de los cuales se prohíbe la utilización de los datos de prueba por parte de terceros, para obtener la autorización de comercialización de medicamentos. Con esta Decisión, los países de la Comunidad Andina pueden extender, por vía de la protección a los datos de prueba, la exclusividad en su comercialización hasta por cinco años.

La connotación constitucional de esta norma, y sus nexos con el derecho a la vida y la salud, son indiscutibles. En efecto, estas restricciones limitan de manera significativa el acceso a los medicamentos, pues el ingreso al mercado de los genéricos usualmente implica una reducción entre un 20 y un 80 por ciento de su precio, y en promedio, cuestan sólo la cuarta parte del valor de los de marca¹¹. Se estima también que la protección de los datos de prueba por medio del Decreto 2085, tendrá en el año 2010 un impacto económico de 280 millones de dólares, equivalente al acceso a medicamentos de 400 000 personas¹². En el caso colombiano, hasta abril de 2008 se han concedido plazos de exclusividad para ciento once productos farmacéuticos¹³, para tratar dolencias de tanta magnitud como la hipertensión arterial, la leucemia mieloide crónica, la enfermedad de Parkinson, el VIH, la epilepsia, la hepatitis B, el cáncer renal, colorrectal y pulmonar, las náuseas y vómito asociados a la quimioterapia, la insuficiencia cardiaca, la leucemia linfocítica crónica y el reumatismo¹⁴.

Esa Decisión con indiscutible connotación constitucional únicamente podrá ser revisada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, a partir de los tratados de integración, y no por la Corte Constitucional a partir de la Constitución Política o de las normas que conforman el bloque de constitucionalidad.

11 OPS-IFARMA, *Modelo prospectivo del impacto de la protección a la propiedad intelectual sobre el acceso a medicamentos en Colombia*, Bogotá, 2004.

12 *Ibidem*.

13 Información suministrada por el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA), Internet, http://www.invima.gov.co/Invima///consultas/entidades_2085_protegidas.jsp?codigo=364. Acceso: 9 julio 2008.

14 Estos medicamentos son producidos por laboratorios como Glaxo Smith Kline, Novartis, Pfizer, Merck Sharp and Dohme, Bristol-Myers Squibb, Bayer, Roche, Wyeth Inc, Abbot, Janssen-Cilag S.A., Boehringer Ingelheim Internacional, Eli Lilly, Schering Plough, entre otras.

Ahora bien, aunque esta realidad pugna con la idea de la supremacía constitucional, debe tenerse en mente dos (2) circunstancias. Primero, la carencia de control es indispensable dentro de la lógica de la integración regional, pues carece de todo sentido postular un derecho comunitario que no sea producido y controlado por los propios órganos comunitarios; la opción política de la integración implica transferir a la comunidad competencias normativas, y renunciar, entre otras cosas, a este tipo de exámenes internos. Y en segundo lugar, existen mecanismos por medio de los cuales los tribunales comunitarios incorporan el contenido de los valores, principios y derechos constitucionales al ordenamiento jurídico regional; así lo ha hecho el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, que diariamente se enfrenta a problemas relacionados con la igualdad, la libertad de trabajo, la libertad de circulación, el derecho a la salud, entre otros, y así ha comenzado a hacerlo el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, al vincular las temáticas de la integración regional con el medio ambiente y los derechos humanos¹⁵.

3.1.2. La prohibición de la tutela contra sentencias de tutela

A diferencia de la hipótesis anterior, existen otras en las que la propia Corte autónomamente decide efectuar sustracciones al sistema de control constitucional.

15 El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha comenzado a reconocer algunos nexos interesantes, como los que se encuentran a continuación:

1. La costumbre y las prácticas consuetudinarias, los principios generales del derecho y la jurisprudencia son fuentes del derecho comunitario andino (proceso 1-IP-96).
2. Las normas andinas para el registro y control de plaguicidas químicos de uso agrícola deben ser interpretadas a la luz de la finalidad de mejorar el nivel de vida de los habitantes (proceso 137-IP-2003).
3. Las normas sobre comercio de servicios y los principios de acceso a mercados, nación más favorecida y trato nacional, deben ser interpretados a la luz de los derechos humanos, y especialmente a la luz del derecho a la salud. Luego de un “test de razonabilidad”, el Tribunal de Justicia concluye que las restricciones impuestas a los juegos de azar por la República del Ecuador, no son contrarios a la normatividad andina (proceso 03-AI-2003).
4. Los derechos de propiedad intelectual deben ser interpretados a la luz de las normas comunitarias sobre la salud pública y la obligación de elevar el nivel de vida de los habitantes de la región, y en particular con la Declaración Ministerial de la OMC de DOHA sobre los ADPIC y la Salud Pública de 2002 (proceso 114-AI-2004).

Así sucede con la prohibición de tutelas contra sentencias de tutela. La Corte Constitucional ha librado una gran batalla con todos los poderes del Estado, en especial con el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, al admitir acciones de tutela en contra de las decisiones judiciales, incluso de las altas cortes. A pesar de las resistencias que aún hoy persisten, la figura de la “vía de hecho” ha venido utilizándose, y hoy en día, del total de fallos de tutela, un porcentaje significativo se refiere a las providencias judiciales¹⁶.

Curiosamente, un buen día la propia Corte decidió prohibir las tutelas en contra de sentencias de tutela. En el año 2001 cambió su jurisprudencia y eliminó esta forma de protección constitucional¹⁷. Los argumentos fueron poco convincentes: el procedimiento de selección y revisión de las tutelas efectuado por la Corte garantiza su constitucionalidad, y es necesario poner límites a la cadena de procesos judiciales: “La ratio decidendi excluye la acción de tutela contra sentencias de tutela. El afectado e inconforme con un fallo en esa jurisdicción, puede acudir ante la Corte Constitucional para solicitar su revisión (...) Este procedimiento garantiza que el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional conozca la totalidad de las sentencias sobre la materia que se profieren en el país y, mediante su decisión de no seleccionar o de revisar, define cuál es la última palabra en cada caso. Así se evita la cadena de litigios sin fin (...) pues es previsible que los peticionarios intentarían ejercerla sin límite (...)”.

Por un lado, la selección de tutelas es totalmente discrecional, por lo que la Corte no tiene el deber de justificar la exclusión de la revisión en cada caso particular. Es cierto que se han venido estableciendo criterios para realizar la elección, pero esto de ningún modo garantiza la constitucionalidad de los fallos de tutela no elegidas. Por este motivo, pueden existir, y de hecho existen, providencias que no son revisadas por ésta, cuyo contenido es contrario a las propias líneas jurisprudenciales de esta alta corporación¹⁸.

16 Tal como se verá más adelante, en promedio, del total de sentencias de tutela de la Corte, aproximadamente el 9% se refiere a providencias judiciales.

17 Sentencia SU-1210/01.

18 Sobre el sistema de selección y revisión de las sentencias de tutela en Colombia y sus implicaciones, puede consultarse: Nely López Cuellar, *Estudio de la selección y revisión de tutelas en la Corte Constitucional*, Centro Editorial Universidad del Rosario, Colección Textos de Jurisprudencia, Bogotá, 2007.

Por otro lado, la mayor parte de fallos de tutela no versan sobre decisiones judiciales, por lo que el argumento de la necesidad de restringir la cadena de pleitos es predicable de un número muy limitado de casos, que viene a ser, en promedio, el 9,0 por ciento de las sentencias, tal como se muestra en el siguiente cuadro:

Año	Tutelas revisadas por la Corte	Tutelas que revisan decisión judicial	Porcentaje de tutelas sobre decisiones judiciales
2001	1 118	60	5,4%
2002	1 161	75	6,5%
2003	1 119	125	11,2%
2004	898	100	11,1%
2005	1 061	168	15,8%
2006	845	144	17,0%
2007	907	115	12,7%
TOTAL	8 706	787	9,0%

Fuente: Corte Constitucional de Colombia, en www.constitucional.gov.co. Elaboración propia.

Y por último, más allá de que la política de la Corte sea correcta o incorrecta, lo cierto es que existe un nuevo campo excluido del control constitucional. En promedio, el 98 por ciento de las sentencias de tutela no son revisadas, y realmente resulta difícil creer que ahora todos los jueces colombianos son unos expertos constitucionalistas que tan solo se equivocan en un 2 por ciento de los casos que fallan. Nuevamente, sólo un “acto de fe” nos puede hacer pensar que todo se decide como debe decidirse. Téngase en cuenta, además, que conforme crece el número de tutelas interpuestas en el país, el porcentaje de revisión por parte de la Corte disminuye. A continuación se muestra la relación entre el número de tutelas falladas en Colombia, y las revisadas por la Corte Constitucional:

Año	Total tutelas falladas	Tutelas revisadas por la Corte Constitucional	Porcentaje de revisión
1992	10 732	590	5,5%
1993	20 181	450	2,2%
1994	26 715	400	1,5%
1995	29 959	542	1,8%
1996	31 248	903	2,9%
1997	33 663	1 073	3,2%
1998	38 248	1 373	3,6%
1999	90 248	1 413	1,6%
2000	131 765	1 597	1,2%
2001	133 273	1 118	0,8%
2002	143 887	1 161	0,8%
2003	149 454	1 119	0,75%
TOTAL	749 125	11 739	2,15%

Fuente: Corte Constitucional de Colombia, en www.constitucional.gov.co. Elaboración propia.

Estos cuestionamientos a la doctrina de la Corte ya se han institucionalizado. Recientemente, por ejemplo, el Consejo de Estado revocó una sentencia de tutela de la Corte Costitucional, utilizando los mismos argumentos de las que ésta se había servido para revisar las fallas de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado: prevalencia de los derechos humanos en un Estado Constitucional de Derecho, aun sobre el principio de seguridad jurídica e inexistencia de absolutismo judicial.

3.2. Escenarios constitucionales controlados por fuera de la Corte. El caso de las acciones populares y de la nulidad de actos administrativos

Hasta el momento hemos examinado la hipótesis de la inexistencia de control constitucional. La cuestión que se examina a continuación es distinta, pues en estos casos sí existe control, pero es realizado por actores distintos a la Corte o Tribunal Constitucional. La idea que subyace es que su papel en este ámbito tiende a ser marginal dentro del universo total del control constitucional.

Solemos pensar que el derecho constitucional y los derechos humanos son otra rama más dentro del Derecho, al lado del derecho civil, penal, laboral o tributario. La realidad es bien distinta, pues en realidad el constitucionalismo, más que una materia, constituye una perspectiva o un horizonte desde el cual se produce, se interpreta y se aplica todo el derecho. En estricto sentido, no existe algo así como el “derecho constitucional puro”, sino que siempre está asociado a alguna materia: el derecho de familia, el derecho comercial, el derecho administrativo, entre otros.

Desde esta perspectiva, cualquier problema jurídico es también un problema constitucional. Cuestiones como la interpretación de las cláusulas de un contrato de telefonía celular, la aplicación de las normas de propiedad intelectual, la negociación de los tratados de libre comercio, los procesos ejecutivos para el cobro de títulos valores, el acceso a la información pública por parte de la ciudadanía, las cláusulas del contrato de arrendamiento, las relaciones laborales, los reglamentos de los centros educativos, los procesos disciplinarios, las sanciones de los padres a los hijos, entre otras, tienen una connotación constitucional y suponen en el fondo una puesta en cuestión de los derechos fundamentales.

En estas circunstancias, no podemos esperar que la Corte o Tribunal Constitucional sea omnipresente y omnipotente, y esté detrás de todo lo que hacen todas y cada una de las agencias estatales y los particulares. Tenemos que vivir y morir sin su vigilancia y presencia permanente. Nos jugamos la Constitución Política todos los días, en todo momento y en todo lugar, sin que esté presente todos los días, en todo momento y en todo lugar.

Examinemos, a modo de ejemplo, dos campos en los que ocurre la hipótesis descrita.

3.2.1. Las acciones populares: “Bogotá se viste de verde” y el TLC con Estados Unidos

Es un hecho indiscutible que la Corte Constitucional ha jugado un papel protagónico en la protección y garantía de los derechos constitucionales mediante la revisión de las sentencias de tutela. Pese a lo anterior, este mecanismo tiene un marco de acción definido y limitado, pues en principio únicamente protege los denominados “derechos fundamentales”. Si bien la teoría de la conexidad¹⁹ ha permitido extender la figura hacia los derechos económicos, sociales y culturales, no lo ha hecho respecto de los derechos colectivos, pues estos son garantizados por medio de una acción específica, la acción popular, cuya competencia es de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Por este motivo, problemas jurídicos con evidente connotación constitucional, como los que comprometen la libre competencia, el patrimonio, el espacio y la seguridad pública, la salubridad, el medio ambiente y la transparencia administrativa, no son competencia de la Corte Constitucional, sino de los jueces y tribunales administrativos, y del Consejo de Estado. Esta jurisdicción ha resuelto problemas de tanta magnitud como la legitimidad del gobierno nacional para negociar y suscribir el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos²⁰, la descontaminación de los ríos Bogotá y Cauca²¹, la tala masiva de árboles efectuada en Bogotá

19 En principio, mediante la acción de tutela sólo pueden protegerse los denominados “derechos fundamentales”. Sin embargo, en virtud de la teoría de la conexidad, existen derechos que aunque por sí mismos no pertenecen a esta categoría, pueden ser protegidos por medio de este mecanismo cuando en un caso particular su amenaza o violación, implique también la de un derecho fundamental, debido a la estrecha y directa vinculación que existe entre ambos.

Al respecto pueden consultarse las sentencias T-499 y 571/92; 651/98; 144, 259 y 344/99; 170, 202 y 261/00 y 613/01; y SU-039 y 225/98 y 562/99.

20 Sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, 6 julio 2006, C.P.: Efraín Barbosa Rojas.

21 Sobre la sentencia que se pronuncia sobre la descontaminación del río Cauca, puede consultarse la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado del 14 enero 2007, exp. AP-01540, C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Sobre la sentencia que se pronuncia sobre la descontaminación del río Bogotá, puede consultarse la sentencia de la Sub-sección B de la Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, exp.01-479, 25 de agosto de 2004, M.P. Nelly Yolanda Villamizar de Peñaranda.

durante la alcaldía de Peñalosa²², el vertimiento de aguas residuales en los humedales de Bogotá²³, las limitaciones y restricciones en la emisión del programa radial “El Mañanero de la Mega” por su alto contenido sexual²⁴, los estándares de calidad del agua para consumo humano²⁵, la obligación del Estado de poner en funcionamiento los juzgados administrativos²⁶ o de construir puentes peatonales²⁷, entre muchos otros.

Los resultados de estas acciones han sido bastante parcos. Entre otras cosas, la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y especialmente el Consejo de Estado, ha visto en las acciones populares un mecanismo de bajo perfil y de segunda categoría, que amenaza con entorpecer el normal funcionamiento del órgano judicial²⁸. Por lo demás, en la medida en que estas acciones chocan con nuestra cultura jurídica formalista y legalista, y ponen en entredicho la autonomía y discrecionalidad del Estado, y en particular de la administración pública, el Consejo de Estado ha sido tendencialmente conservador a la hora de valorarlas. Examinemos dos casos.

Durante el período comprendido entre 1998 y 2001, el gobierno distrital diseñó y ejecutó el programa denominado “Bogotá se viste de verde”, que paradójicamente, y pese a su denominación, fue cuestionado por emprender la tala masiva, injustificada e ilegal de árboles, para convertir en cemento las zonas verdes de la ciudad. La Defensoría del Pueblo y la

22 Sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado, AP-150, 26 julio 2001, C.P. Olga Inés Navarrete Barrero.

23 Sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado, exp. AP-083, 21 septiembre 2000, C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

24 Sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, exp. AP-2003, 29 julio 2004, C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

35 Sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado, exp. AP-1652, 3 noviembre 2005, C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

36 Sentencia de la Sub-sección “A” de la Sección Segunda del Consejo de Estado, exp. AP-503, 18 julio 2002, C.P. Ana Margarita Olaya Forero.

27 Sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, exp. AP-0353 del 24 enero 2002, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

28 Esta percepción de las acciones populares se manifiesta en hechos empíricamente verificables, como el menor tiempo dedicado por los despachos a las acciones populares, la técnica jurídica empleada para resolverlas, los formatos diseñados y utilizados indiscriminadamente para despacharlas ágilmente, entre otros.

Procuraduría Delegada para Asuntos Agrarios y Ambientales interpusieron entonces una acción popular para evitar que el programa de deforestación continuase, por desconocer los derechos colectivos al goce de un ambiente sano, a la existencia del equilibrio ecológico, al goce del espacio público y a la protección del patrimonio del Estado.

Esta controversia fue resuelta por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y posteriormente por el Consejo de Estado. En ambas instancias se desecharon las pretensiones de la demanda. El Consejo de Estado, en una escueta y lacónica argumentación, se sustentó en unas declaraciones de la propia administración distrital en la que sostenía que cada tala estaba soportada en una ficha técnica, para finalmente concluir que el programa contaba con respaldo jurídico y técnico²⁹.

Sin embargo, el juez administrativo incurrió en graves omisiones: nunca se realizó un peritaje de las fichas individuales que soportaban la tala, cuando esta prueba resultaba fundamental a la hora de calificar la actuación del distrito y en cambio sí se dejó de valorar material probatorio cuya relevancia era incuestionable. Dentro del proceso se comprobó, por ejemplo, que la administración taló árboles simplemente porque tenían una inclinación diferente a los 90° con respecto a la superficie (cuando técnicamente se sabe que los árboles nunca se encuentran totalmente perpendiculares al suelo), árboles cuyo estado fitosanitario era admisible, o cuyo nivel esqueletización o atrofiamiento podía ser tratado adecuadamente. De igual modo, se comprobaron graves anomalías en el proceso de arborización, como la utilización de una única especie en una misma zona³⁰, la introducción de especies foráneas³¹, o la siembra de especies que cumplían una función ambiental mucho más precaria que la de las especies susti-

29 Sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado, AP-150, 26 julio 2001, C.P. Olga Inés Navarrete Barrero.

30 Este procedimiento es altamente nocivo en los países tropicales, donde el equilibrio ambiental se obtiene a partir de la diversidad y no a partir de la homogeneidad. Sin embargo, el alcalde Peñalosa, intentando imitar a París, soñaba con una hilera perfecta de árboles pertenecientes a una sola especie. Con ello se repitió el mismo error cometido décadas antes, cuando se eliminó la “maleza” de los Cerros Orientales de Bogotá, para sustituirlos por hermosas y perfectas filas y columnas de pinos, cuyo legado conoce todo buen bogotano: desertificación, sequía y muerte.

31 Así ocurrió, por ejemplo, en la carrera 15, que fue reforestada con la especie “liquidámbar”, propia de Australia.

tuidas³². Errores más grotescos se comprobaron más adelante, como cuando la administración taló todos los urapanes del separador de la avenida Park Way con el pretexto de que producían ondulaciones, y posteriormente, cuando los problemas persistieron y se hizo el levantamiento del pavimento, se demostró que la calle había sido mal pavimentada³³.

Algo semejante ocurrió en la negociación del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, durante la cual se interpuso una acción popular ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, posteriormente revisada por el Consejo de Estado.

El Tribunal Administrativo ordenó entonces al gobierno nacional abstenerse de negociar y suscribir cláusulas violatorias de los derechos colectivos. En particular, prohibió las cláusulas que impidieran directa o indirecta

32 Así ocurrió, por ejemplo, al sustituirse árboles maduros y de alto porte (como los urapanes) por especies frágiles menores (como el liquidámbar).

33 La Procuraduría y la Defensoría del Pueblo detectaron en general tres tipos de fallas en el diseño y ejecución del programa “Bogotá se viste de verde”:

1. Fallas técnicas:

- Las fichas técnicas no especifican los criterios ni las razones para la sustitución.
- Las fichas son imprecisas y no ofrecen información sobre el estado de las especies y el tratamiento que deben tener.

Los contratos suscritos por el Distrito privilegian la tala masiva sobre otros tratamientos alternativos, como la poda, el manejo fitosanitario o el traslado.

- El programa no cuenta con estudios sobre el comportamiento de las especies escogidas para la sustitución. Esto ha implicado que muchos árboles nuevos murieron a escasas semanas de haberse sembrado.

- No se cumplió con el plan de sustitución que se había prometido.

2. Fallas financieras:

- El programa contó con un presupuesto para seis meses, sin tener en cuenta que un programa de arborización debe contar con una financiación a mediano y largo plazo, para el mantenimiento y cuidado de los árboles.

- NO se tuvieron en cuenta alternativas menos costosas que la tala.

3. Fallas jurídicas:

- El Programa se ejecutó sin el respaldo de un Plan de Manejo Ambiental, ordenado por la Subdirección de Calidad Ambiental del Departamento Administrativo de Medio Ambiente (DAMA).

- El programa se ejecutó sin el soporte del Manuel Verde, que le daría su soporte técnico.

- Los árboles fueron talados, trasladados y reubicados sin autorización previa de la autoridad ambiental que verifica la necesidad de los respectivos procedimientos.

- No se tuvieron en cuenta los procesos de participación de la comunidad y las exigencias derivadas de la obligación de preservación del medio ambiente.

tamente el acceso a medicamentos genéricos de producción nacional (como el aumento del plazo de duración de las patentes, el patentamiento de segundos usos, la protección a los datos de prueba mediante plazos de exclusividad, la flexibilización de los requisitos de las patentes), las que afectarían la conservación de la diversidad cultural y biológica y el conocimiento tradicional (como el patentamiento de seres vivos), las que lesionarían el derecho de los consumidores de acceder a productos en condiciones de precio favorable, la seguridad alimentaria, el empleo en el agro y la libre competencia económica de los agricultores nacionales (como la aceptación del ingreso de productos agrícolas subsidiados por el fisco norteamericano o el establecimiento de cupos que excedan la capacidad de la producción nacional), las que dispusieran la importación de máquinas o partes de máquinas remanufacturadas y el ingreso de ropa u otros bienes usados o considerados como desechos por la industria estadounidense, entre muchas otras³⁴.

Frente al peligro político y económico que esta decisión representaba, el Consejo de Estado revocó la medida cautelar y anuló el proceso, argumentando que en el fondo las cuestiones jurídicas debatidas eran un problema de inconstitucionalidad abstracta, cuya competencia correspondía exclusivamente a la Corte Constitucional. En estas circunstancias, el Gobierno Nacional adelantó la negociación y suscripción del tratado, sin que hasta la fecha la Corte se haya podido pronunciar, pues como el Congreso de Estados Unidos no ha aprobado el tratado, no se ha adelantado el proceso de aprobación legislativa en Colombia.

Nada garantiza que la Corte Constitucional hubiese decidido en otro sentido en ninguno de los dos casos. Lo que sí es indiscutible es que diariamente se juegan derechos constitucionales de gran relevancia y gran impacto económico y social, sin que ésta tenga algún tipo de injerencia.

3.2.2. El control de constitucionalidad abstracta de las normas infralegales

Aunque en teoría la misión de la Corte consiste en garantizar la supremacía de la Carta Política, un examen minucioso del sistema jurídico permite con-

³⁴ Auto del la Sub-sección B de la Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, exp. 05-1725, 2 febrero 2006, M.P. Beatriz Martínez Quintero.

cluir que el control de constitucionalidad del ordenamiento jurídico es realizado casi en su totalidad por órganos distintos a la propia Corte, cumpliendo ésta una función marginal.

En términos generales, es la jurisdicción de lo contencioso administrativo la que realiza el “grueso” de esta labor. Mientras que la Corte únicamente controla la constitucionalidad de las normas con rango constitucional y legal, aquélla lo hace respecto de todas las que tienen una jerarquía infralegal (licencias ambientales, nombramientos y destituciones, decretos reglamentarios, resoluciones de adjudicación de contratos, imposición de multas, etc.), que son precisamente las que predominan en el sistema jurídico y con las que se opera en la vida jurídica cotidiana: se utilizan más los decretos reglamentarios, que las leyes reglamentadas; se opera más con base en los decretos y resoluciones, que con base en leyes abstractas y generales; se hace mayor uso de las decretos de los alcaldes y de los acuerdos del concejo, que del Código Civil o del Código Penal. Temáticas tan relevantes como la libre competencia y el abuso de la posición dominante en el mercado³⁵, el sistema reparto de la acción de tutela³⁶, las inversiones de capital del exterior en Colombia y del capital colombiano en el exterior³⁷, los planes de ordenamiento territorial de los municipios y distritos³⁸, son controladas por la justicia administrativa, y no por la Corte Constitucional, salvo en el caso excepcional de la revisión de sentencias de tutela en contra de providencias judiciales.

Y más allá, todo el sistema de justicia, e incluso las instancias administrativas, se encargan de realizar esta labor. Así lo hace, por ejemplo, el juez civil que declara la nulidad de un contrato o de algunas de sus cláusulas, por considerarlas contrarias al derecho imperativo; el juez laboral, que al margen del acuerdo contractual, tiene en cuenta la realidad de la relación laboral; el Ministerio y las Secretarías de Educación, que revisan los reglamentos de los centros educativos.

Es cierto que en todas estas hipótesis la administración y la justicia ordinaria deben tener en cuenta las directrices jurisprudenciales fijadas por la

35 Decreto 2153 de 1992.

36 Decreto 1382 de 2000.

37 Decreto 2080 de 2000 y otros.

38 En el caso de Bogotá, corresponde al Decreto Distrital 190 de 2004.

Corte Constitucional. Pero en cualquier caso, sin embargo, estas orientaciones pueden ser interpretadas, concretadas y aplicadas de múltiples maneras, por lo que en últimas el precedente de la Corte no llega a determinar en cada caso el contenido de las decisiones adoptadas.

Y si llevamos este razonamiento hasta sus últimas consecuencias, la conclusión necesaria es que la Corte tiene un campo de acción accesorio y secundario en relación con los espacios de la vida social donde se ponen en juego los derechos constitucionales y la Constitución misma. Es claro, por ejemplo, que la Corte no podría tener competencia para revisar la constitucionalidad todos y cada uno de los reglamentos de los centros educativos para examinar si respetan el derecho al libre desarrollo de la personalidad; tampoco podrían entrar a revisar si todas y cada una de las sanciones que los padres imponen a sus hijos estuvieron precedidas por el debido proceso; tampoco podrían entrar a examinar todas y cada una de las respuestas de todas y cada una de las agencias estatales frente a las solicitudes de sus ciudadanos, para verificar que se garantice el derecho de petición.

Existen entonces múltiples mecanismos no judiciales y judiciales por fuera de las Cortes y Tribunales Constitucionales, que tienen por objeto garantizar el respeto a las Constituciones Políticas.

3.3. Escenarios con control de la Corte. Errores y limitaciones

Hasta el momento hemos examinado dos hipótesis: la de la inexistencia del control constitucional, y la de su existencia por fuera de la Corte o Tribunal Constitucional. Examinemos la última, y tal vez la más importante: aquella en la que la propia Corte lo realiza. Lo que queremos demostrar es que ésta tiene serias limitaciones, ya sea porque a pesar de las apariencias las Cortes también se equivocan, o porque sus decisiones tienen un impacto limitado y restringido en la realidad.

3.3.1. Los “errores” de la Corte Constitucional

Solemos pensar que tenemos una Corte llena de dotes excepcionales. Suponemos que es lúcida, creativa, ingeniosa, aguda e inteligente.

Consideramos que es dinámica, eficiente y laboriosa. Asumimos que es neutral, imparcial, ecuánime, objetiva y equilibrada. Creemos que es independiente, autónoma, y en términos ideológicos, pura y aséptica. Probablemente esto es cierto, pero sólo hasta cierto punto.

Un estudio en perspectiva de la justicia constitucional indica que su funcionamiento es mucho más complejo, ambiguo y problemático de lo que solemos suponer. Cuando ponemos a dialogar las diferentes decisiones judiciales entre sí, cuando nos preguntamos por el contexto histórico en el que se inscriben sus fallos, cuando indagamos por lo que sucede en la realidad antes y después de que la Corte decide, cuando tomamos los presupuestos teóricos fijados en algunas de sus decisiones y pretendemos utilizarlos en otras hipótesis fácticas análogas, las conclusiones sobre sus cualidades dejan de ser tan diáfanas. La Corte deja de ser este ente neutral, exento de prejuicios ideológicos, sistemáticamente riguroso y comprometido de manera incondicional con la justicia. La Corte deja de ser ese “super-héroe” que pensamos en algún momento que era.

Aunque es arriesgado hablar en términos de “equivocaciones” en la justicia constitucional, lo cierto es que un estudio riguroso, crítico e integrado de la jurisprudencia deja bastantes dudas sobre las virtudes de la Corte. Veamos algunos ejemplos.

3.3.1.1. La diversidad étnica y cultural y la teoría de la conexidad: el proyecto hidroeléctrico Urrá I y los Embera-Katío, y las fumigaciones con glifosato.

La Corte Constitucional se ha convertido en un referente necesario en materia de reconocimiento judicial de la diversidad étnica y cultural, y en particular, de las comunidades indígenas. No sólo en Colombia, sino en los demás países de Latinoamérica, y aún más allá se admite y se valora el amplio, creativo y riguroso desarrollo jurisprudencial en esta materia. Así por ejemplo, la Corte ha desarrollado ampliamente los problemas de la consulta previa en materia ambiental, el campo de acción de la jurisdicción indígena, el valor de la costumbre dentro del sistema de fuentes del Derecho, su articulación con la Constitución y las leyes imperativas y dis-

positivas, y las reglas para compatibilizar la diversidad étnica con los derechos humanos³⁹.

A pesar de este ostentoso reconocimiento, las decisiones adoptadas y sus resultados han sido bastante parcos y modestos. Contrasta entonces la riqueza retórica que se maneja, con la realidad concreta y efectiva de sus fallos. Veamos dos casos significativos: el referido a la oposición de la comunidad Embera-Katío al proyecto hidroeléctrico Urrá I⁴⁰, y el referido al cuestionamiento de la Organización de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana (OPIAC) a las fumigaciones con glifosato⁴¹.

En el primer caso, la Corte se pronunció sobre la construcción, el llenado y el funcionamiento del embalse correspondiente al proyecto hidroeléctrico Urrá I, cuestionado por la comunidad étnica Embera-Katío del Alto Sinú por sus graves impactos ambientales y por la consiguiente desintegración y desaparición de la comunidad indígena⁴². Dentro de las consecuencias más graves se encuentra la desaparición del pescado en los ríos y quebradas⁴³, la putrefacción de la biomasa inundada, y en últimas, la desaparición de la economía de caza, recolecta y cultivos itinerantes, que era viable bajo la premisa de la conservación del bosque húmedo tropical⁴⁴.

La sentencia tiene varios méritos. Entre ellos, haber entrado a estudiar el problema desde su integridad, y no sólo en términos de la obligatoriedad y el alcance de la consulta previa, como fue planteado inicialmente por los

39 Al respecto puede consultarse las siguientes sentencias: T-342/94; 652/98; 266 y 634/99; 1214/00; 079 y 932/01; 123, 379, 552 y 955/03; 778 y 899/05; 383, 524, 704 y 979/06; 009 y 123/07; SU-383/03; y C-370/02, 127, 292, 620 y 898/03, C-180/05 y C-208/07.

40 Sentencia T-652/98.

41 Sentencia SU-383/03.

42 Dichos proyectos tuvieron lugar en un espacio donde se superponen el Parque Nacional Natural del Paramillo y los resguardos indígenas Iwagadó y Karagaví, donde habita la comunidad de los Embera-Katío.

43 La desaparición del pescado en los ríos y quebradas se produce porque la construcción de la hidroeléctrica y la inundación del embalse impiden la migración y la reproducción de los peces, cuyos huevos requieren del movimiento permanente y constante desde su fertilización hasta su eclosión, que no es posible en los embalses.

44 Sobre el impacto ambiental de la construcción y llenado de los embalses puede consultarse: Pérez Roldán, Gabriel, *Fundamentos de Limnología Neotropical*, Medellín, Editorial Universidad de Antioquia, 1992, pp. 157-158.

demandantes. Entre otras cosas, se advirtió que las agencias estatales habían intervenido indebidamente en la comunidad, al haber condicionado el reconocimiento de derechos a su organización bajo una forma política extraña a sus tradiciones (el cabildo); que el propio Estado había inducido las divisiones internas al interior de la comunidad, al haber creado dos resguardos para un solo pueblo indígena; que la realización de los proyectos tenía la potencialidad de alterar toda la organización económica, política y social de la comunidad; que sus integrantes no se encontraban afiliados al sistema de salud; que la omisión de la consulta previa implicaba la irregularidad de la licencia ambiental otorgada por el Ministerio del Medio Ambiente para la realización del proyecto; y que la legislación ambiental impedía la readaptación del pueblo a su nueva forma de vida. Es decir, la Corte tuvo plena conciencia de la gravedad y de las verdaderas dimensiones del problema, e incluso llegó a reconocer que la realización del proyecto había resultado más nociva que la propia conquista española⁴⁵.

Otro mérito de la Corte consistió en recoger y desarrollar sus propias líneas jurisprudenciales en materia de diversidad étnica y cultural, tales como el status de la propiedad colectiva, la relación entre medio ambiente y diversidad étnica, el alcance de la consulta previa, y los nexos entre el derecho consuetudinario y el derecho legislado.

A pesar de lo anterior, las decisiones adoptadas por la Corte no permitieron resolver el conflicto. En su parte resolutive, la Corte dice haber “concedido la tutela” y protegido “los derechos fundamentales a la supervivencia, a la integridad étnica, cultural, social y económica, a la participación y al debido proceso del pueblo Embera-Katío del Alto Sinú”. Sin embargo, esto es tan sólo una verdad parcial.

Es cierto que se adoptaron medidas como la reunificación del resguardo indígena, la orden de pago de una indemnización y la financiación de un programa para su adaptación a una economía de mercado, la realización

45 Al respecto sostuvo la Corte: “La construcción de las obras civiles de la hidroeléctrica resultaron más perjudiciales (...) que la presión territorial y el infra-reconocimiento a los que estuvieron sometidos desde la conquista española: tales obras no constituyen otra presión territorial, sino que hicieron definitivamente imposible para este pueblo conservar la economía de caza, recolección y cultivo itinerante que le permitió sobrevivir por siglos sin degradar el frágil entorno del bosque húmedo tropical que habita”.

de una consulta para la participación efectiva de la comunidad, la concertación de un régimen especial para las zonas del Parque Natural donde habitaba el pueblo, y la inscripción de todos los miembros al sistema de salud.

Pero también es cierto que la denominada indemnización consistía tan sólo, según la propia Corte, en el pago de un subsidio alimentario y de transporte durante 15 años, y que finalmente se fijó en \$45 000 pesos mensuales; esta suma viene a ser aproximadamente 22 dólares al mes, es decir 0,73 centavos diarios, cuando según el Banco Mundial “pobres” son aquellos que devengan menos de un dólar diario. También es cierto que el reconocimiento de una indemnización es inconsistente con las propias premisas de la Corte, que otorgan un valor autónomo a la diversidad étnica y cultural, no expresable ni compensable en términos económicos. Y aunque se ordenó la realización de una consulta en condiciones especiales, también se expresó que ésta no tendría ningún efecto jurídico, pues independientemente de la voluntad expresada por el pueblo, el proyecto se debería ejecutar y el monto de la indemnización estaría fijado de antemano. Así pues, la Corte se convirtió en una simple espectadora más de este nuevo capítulo en la historia de los Embera Katío.

Hoy en día, los hechos hablan por sí solos. Diez años después de la sentencia de la Corte, la situación es la siguiente⁴⁶:

1) Se agudizaron las divisiones internas en la comunidad, por las divergencias en torno al proyecto y al monto y distribución de la indemnización.

2) Debido a la trascendencia económica del proyecto, el conflicto interno colombiano se instaló en la zona, por lo que hoy en día es asediada por los actores armados, y como consecuencia de ello han muerto diversos líderes indígenas.

3) El bosque húmedo desapareció, y con él, el Parque Nacional del Nudo del Paramillo.

4) El río Sinú desapareció, con todo lo que éste representaba en términos ambientales, económicos, alimentarios y sociales.

46 Sobre la situación de los Embera-Katío del Alto Sinú a partir del proyecto Urrá I, puede consultarse La Resolución Defensorial Nro. 13 de la Defensoría del Pueblo de la República de Colombia: “Sobre la violación de los derechos humanos de la Comunidad indígena Embera-katío del Alto Sinú”.

5) Desapareció la comunidad Embera-Katío como grupo ancestral⁴⁷.

Una historia semejante ocurrió con el fallo que resolvió el caso de las aspersiones aéreas con glifosato, POEA y Cosmo Flux 411F. La Organización de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana (OPIAC) interpuso una acción de tutela para que se ordenara al Gobierno Nacional su suspensión, con el objeto de proteger los derechos a la vida, la identidad y la integridad cultural, el libre desarrollo de la personalidad, el ambiente sano y el debido proceso⁴⁸.

Nuevamente la Corte hace un amplio reconocimiento del principio de diversidad étnica y cultural, y de sus implicaciones jurídicas. En particular, dedica bastante atención al problema de la legitimación activa en las acciones de tutela y al de la consulta previa. Además de reiterar una vez más que ésta constituye un derecho fundamental de las comunidades indígenas, se centra en especificar las condiciones, que de conformidad con la Constitución Política y el Convenio 169 de la OIT, deben tenerse en cuenta para garantizar la efectiva participación de las comunidades afectadas. Se trata de aproximadamente 100 hojas de buena reflexión teórica.

47 En el Foro: “¿Para dónde va Urrá? Incidencias y perspectivas de la Ejecución del Proyecto Hidroeléctrico Urrá”, realizado en diciembre 1999 por la Maestría de Medio Ambiente y Desarrollo, en la Universidad Nacional de Colombia, el líder indígena Kimy Pernia Domicó expresó lo siguiente: “La supervivencia de mi pueblo depende de los ríos. Pero ahora estamos en peligro (...) La represa trajo la muerte a nuestra gente: muerte de pescados; muerte de los miembros de la comunidad que han sentido la pérdida de proteínas, y la muerte de nuestros líderes que han protestado y desafiado este megaproyecto (...) La represa es como una pared que corta el río Sinú e impide la subienda de pescados (...) Los impactos más importantes del proyecto son: descomposición de más de 7000 hectáreas de plantas. Dijeron que eso no era importante, pero ahora en Tierralta hay una nube de mosquitos. Alteración gravísima de importantes ecosistemas: páramo, selva húmeda, humedales y estuario (...) Nos trajo la división interna (...) Atrajo el conflicto armado (...) Nos dañó el transporte por el río (...) La Corte Constitucional (...) ordenó el pago de una indemnización que nos trajo más problemas que beneficios (...) el gobierno avala el pago de una indemnización de 45 mil pesos mensuales a cada persona, que ya estamos viendo qué produce: abandono del territorio, alcoholismo y prostitución (...) Las islas que se han formado con la inundación han dejado atrapadas a las iguanas. Nosotros, y no Urrá ni el Ministerio del Medio Ambiente, hemos rescatado a estos animalitos (...) El dinero también ha producido la descomposición social: hay casos en que una persona cogió los hijos de otro Embera y los registró como propios para pedir la plata de la indemnización (...)”.

48 Sentencia SU-383/03.

No obstante, unas someras consideraciones finales, que no presentan mayor argumentación, cercenan el alcance de la decisión final: la protección de los derechos colectivos, como el derecho a un medio ambiente sano, deben ser exigidos mediante las acciones populares ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y no por medio de la acción de tutela, pues ésta únicamente protege los derechos fundamentales.

En consecuencia con esto, la Corte adopta la siguiente decisión: primero, protegiendo los derechos a la diversidad étnica y cultural, a la participación y al libre desarrollo de la personalidad de los pueblos indígenas y tribales de la Amazonía, ordena llevar a cabo el proceso de consulta con las comunidades indígenas, de acuerdo con las directrices del Convenio 169 de la OIT, y con la vinculación de la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación. No obstante, las fumigaciones pueden adelantarse antes, durante y después de la consulta, y en todo caso carece de fuerza vinculante. Y en segundo lugar, niega “la protección de los intereses colectivos a la vida, a la salud y a un ambiente sano”, por cuanto para ello la Carta Política prevé el mecanismo de las acciones populares, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

La decisión deja varios interrogantes:

1) Por un lado, desde su nacimiento la Corte reconoció la teoría de la conexidad, en virtud de la cual es posible proteger derechos no fundamentales por vía de tutela, cuando tengan conexidad con alguno de ellos⁴⁹. Pero en este fallo “olvida” su teoría, y ni siquiera justifica su inaplicación al caso particular.

2) Por otro lado, el derecho a la vida, cuya amenaza se encontraba plenamente acreditada, es considerado como el primero de los derechos fundamentales en la Constitución Política colombiana. Curiosamente, la Corte tiene el pequeño desliz de considerar que en este caso no es un derecho fundamental.

3) También sorprende que haya “olvidado” el principio de precaución, consagrado en el derecho internacional, en la Constitución Política y en la legislación colombiana. No sólo existían indicios de los daños producidos,

49 Sobre la teoría de la conexidad pueden consultarse las siguientes sentencias: T-575/95, 529/02 219/04, 344/05, 099/06 y 979/07.

que por sí solos ameritaban la orden de suspensión⁵⁰, sino que además se habían acreditado los daños a la salud y al medio ambiente. Esta amnesia selectiva de la Corte impidió que se hiciera aunque sea una sola referencia al principio de precaución.

4) Por último, lo que interesaba en realidad en el caso concreto no era el proceso de consulta, sino la orden de suspensión de las fumigaciones. A pesar de todas las garantías que supuestamente debía tener el proceso de consulta, ésta no tenía mayor incidencia práctica por su carencia de obligatoriedad. Lo realmente importante era la orden de suspensión, y fue precisamente éste el tema que la Corte eludió. La orden de realización de la consulta sin orden de suspensión fue simplemente fingir un apoyo que nunca se brindó⁵¹.

En los hechos sabemos que las aspersiones aéreas con glifosato, avaladas tácitamente por la Corte Constitucional, tienen unas dimensiones nunca antes conocidas. A diciembre de 2006, habían sido fumigadas 862 762 hectáreas de tierra⁵², muchas de las cuales pertenecen a Parques Nacionales Naturales.

3.3.1.2. La inviolabilidad parlamentaria, la campaña del ex presidente Samper y el proceso penal en contra de los congresistas

En diversas ocasiones, y en particular, en las sentencias C-222 y C-245 de 1996, la Corte había interpretado y definido el alcance de la figura de la inviolabilidad parlamentaria. Había sostenido ésta se predicaba únicamente de las funciones legislativas, más no de las judiciales.

Estos precedentes jurisprudenciales se convirtieron en un dolor de cabeza para la política colombiana, cuando la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia inició un proceso penal en contra de los congresistas que se abstuvieron de acusar al entonces presidente de la República, Ernesto Samper Pizano, por la supuesta infiltración de dinero del narcotráfico en su campaña presi-

50 Un buen balance sobre los efectos del glifosato en la salud se encuentra en Hidrovo, Alvaro Javier. "Plaguicidas usados en la fumigación de cultivos ilícitos y salud humana: una cuestión de ciencia o política?". *Revista de Salud Pública*, 2004, vol. 6, no. 2, pp. 199-211.

51 Así se puso de presente en el salvamento de voto a la sentencia SU-383/03 de Jaime Araujo Rentería.

52 Datos de la Dirección Nacional de Estupefacientes en www.dne.gov.co.

dencial. La Sala Penal tenía evidencias claras de la actuación irregular de dichos congresistas, el proceso se adelantaba eficazmente y los magistrados se mostraban decididos a llevar el proceso hasta sus últimas consecuencias. En este contexto, los congresistas decidieron interponer acciones de tutela, y la Corte Constitucional entró a revisar el espinoso tema.

El fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que negó las pretensiones de la tutela, la trayectoria de independencia de la Corte Constitucional, y los precedentes jurisprudenciales en la materia, no auguraban muchos éxitos a la famosa acción de tutela. Sorpresivamente, la Corte revocó la providencia proferida por el Tribunal, y con fundamento en el derecho al debido proceso, dejó sin efectos el proceso que se adelantaba en la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y ordenó su archivo⁵³. Los argumentos de la sentencia son en realidad bastante traídos de los cabellos.

Por un lado, se sostuvo que los precedentes anteriores no eran obligatorios, por no ser *ratio decidendi* sino simple *obiter dicta*. Claro, como la propia sentencia C-245/97 explícitamente había considerado que la tesis de la restricción de la inviolabilidad a las funciones legislativas constituía el fundamento de su fallo, la Corte se vio obligada a sostener que en general el juez posterior es quien fija el alcance de la *ratio*, y que por lo tanto, lo que en un momento fue considerado como *ratio*, posteriormente podría perder este carácter. En este fallo la Corporación sostuvo que a pesar de las apariencias, la auténtica y verdadera *ratio decidendi* de las providencias anteriores, era el principio de publicidad.

Por otro lado, sostuvo que la tesis de la inextensibilidad de la inviolabilidad del voto a las funciones judiciales es incorrecta. Se argumentó que como el artículo que consagra la figura de la inviolabilidad del voto⁵⁴ no restringe su alcance ni establece ningún tipo de distinción entre funciones legislativas y judiciales, no le es dable al intérprete entrar a hacer estas distinciones. También se argumentó que como la inviolabilidad del voto pretende garantizar la independencia del Congreso frente a los demás poderes del Estado, no tiene sentido restringir su alcance.

53 Sentencia SU-047/99, M.P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

54 Artículo 185 de la Constitución Política de Colombia.

Después de esta rebuscada argumentación, la Corte consideró que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia carecía de competencia para tramitar los procesos penales, y que al hacerlo, incurría en la famosa “vía de hecho”, por lo que se debía ordenar el archivo de los procesos penales. Nótese que la supuesta vía de hecho se configuró al amparo de las propias doctrinas de la Corte Constitucional, y que en cambio, la variación doctrinal tuvo efectos retroactivos. Con esta decisión terminó la historia de la infiltración del dinero del narcotráfico en la campaña de Samper.

Lo cierto es que quien demostró tener poca independencia frente al poder ejecutivo fue la propia Corte Constitucional. En aquel entonces pudo parecer escandaloso que algunos legisladores fuesen objeto de procesos penales. Hoy en día, sin embargo, casi diez años después, y luego de habernos enfrentado a los procesos de la denominada “para-política”, “FARC-política” e incluso “yidis-política”, sabemos que el país hubiera podido seguir adelante a pesar del proceso penal en contra de los congresistas.

Por lo demás, históricamente quien ha demostrado mayor nivel de independencia frente al Gobierno Nacional y frente al Congreso, ha sido, no la Corte Constitucional, sino la propia Corte Suprema de Justicia. En estos días, por ejemplo, quien ha tenido la valentía de cuestionar la validez del Acto Legislativo que permitió la reelección del Presidente Uribe, ha sido la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, al poner en evidencia las irregularidades que ocurrieron durante su trámite⁵⁵. La Corte Constitucional, sin embargo, automáticamente y con una agilidad nunca antes vista, rechazó de plano el recurso extraordinario de revisión que se interpuso contra la sentencia que declaró la constitucionalidad de la reforma constitucional, argumentando que carecía de competencia para pronunciarse nuevamente sobre el asunto⁵⁶. Y esto no es de extrañar, pues es bien sabido que la Corte nunca ha bloqueado las propuestas centrales de Uribe: a pesar de los múltiples cuestionamientos, ha declarado la constitucionalidad total o parcial de los Planes Nacionales de Desarrollo (2002-2006 y 2006-2010)⁵⁷, de las

55 Sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, 26 junio 2008, exp. 22543.

56 Comunicado de Prensa de la Corte Constitucional de Colombia del 2 julio 2008.

57 El Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010 se implantó por medio de la Ley 1151 de 2007, declarada exequible mediante la sentencia C-461/08.

reformas laboral⁵⁸, tributaria⁵⁹, a la seguridad social y al sistema de administración de justicia⁶⁰ y a la ley de justicia y paz⁶¹, ejes centrales de la política uribista.

3.3.1.3. El precedente constitucional, la despenalización del aborto y sus consecuencias

Sin lugar a dudas, unas de las sentencias más particulares y *sui géneris* de la Corte Constitucional, son las expedidas desde hace dos años con ocasión del tema del aborto. Son realmente ilustrativas las sentencias C-355/06, que dispone su despenalización parcial, y la T-209/98, que sanciona a una Empresa Promotora de Salud (EPS) por no haberlo efectuado en un caso

58 La reforma laboral se viabilizó a través de la Ley 789 de 2002, que incluía disposiciones claramente regresivas, pero que se justificaron con el incremento en el empleo que supuestamente producirían. Así por ejemplo, se dispuso que el horario nocturno comenzaría a las 10 de la noche y no a las 6 de la tarde, se redujo el monto de los recargos por trabajo suplementario, y se disminuyó el monto de la sanción moratoria, tan importante para garantizar el pago de los salarios y prestaciones del trabajador a la finalización del contrato. Al respecto puede consultarse la sentencia C-038/04, que declaró su exequibilidad.

59 Las drásticas reformas tributarias efectuadas a partir del año 2002, se han realizado a partir de las Leyes 788 de 2002, 818 y 863 de 2003, 1004 de 2005, 1066 y 1111 de 2006. Su constitucionalidad ha sido declarada por medio de las sentencias C-776/03; 370, 517, 889 y 890/04; C-140 y 809/07.

60 La reforma se viabilizó a través de la Ley 286 de 2007, que reformó la Ley Estatutaria de Administración de Justicia. Entre otras cosas, esta ley elimina la gratuidad en el sistema de administración de justicia, al cobrar aranceles judiciales sobre las cuantías o condenas ejecutadas en virtud de la intervención judicial en procesos contencioso administrativo, civiles y comerciales con cuantía superior a los 200 salarios mínimos; restringe el principio de unidad jurisdiccional, al permitir que la ley atribuya funciones jurisdiccionales a las autoridades administrativas; otorga competencias al gobierno nacional, y en especial al Ministerio del Interior y de Justicia, en asuntos de administración de justicia; introduce el mecanismo de la revisión eventual de las sentencias de las acciones populares por parte del Consejo de Estado, análogo al que existe para las sentencias de tutela por parte de la Corte Constitucional; establece que los procesos que tengan relación con la seguridad nacional, la prevención de la afectación del patrimonio nacional, o con la violación de derechos humanos, tienen trámite preferente en las Altas Cortes. La Corte Constitucional declaró la exequibilidad de la mayor parte de los drásticos cambios consagrados en esta ley. Al respecto puede consultarse la sentencia C-713/08.

61 La constitucionalidad Ley de Justicia y Paz (ley 795 de 2005) ha sido determinada en las sentencias C-319, 370, 531, 670 y 719 de 2006.

particular. Dentro de las curiosidades que llaman la atención, se encuentran las siguientes:

Desde el punto de vista procesal se presentaron infinidad de cuestionamientos: que los autos que resolvieron las recusaciones a los magistrados no se pronunciaron sobre los hechos y argumentos expuestos por diversos ciudadanos; que no se tramitó la recusación formulada en contra del Procurador General de la Nación; que se había configurado la cosa juzgada absoluta por existir pronunciamientos sobre la constitucionalidad de las normas demandadas; que no existía legitimación activa de la demandante Mónica Roa, quien actuando en calidad de abogada, no constaba en el registro de abogados del Consejo Superior de la Judicatura; que el magistrado Alfredo Beltrán Sierra suscribió la sentencia cuando ya había vencido su período y la competencia radicaba entonces en el magistrado Nilson Pinilla Pinilla; que por orden del magistrado Jaime Araujo Rentería se omitieron los términos procesales para la práctica de pruebas; que se omitió la realización de la audiencia pública; que hubo indebida notificación y emplazamiento en el trámite de fijación en lista para las intervenciones ciudadanas y para el traslado al Procurador General de la Nación; que la sentencia fue expedida por fuera del término procesal de sesenta días (cuatro meses); que únicamente se solicitó la opinión especializada de grupos y movimientos pro-aborto, etc, etc, etc. Examinemos tan sólo dos de las irregularidades procesales alegadas⁶².

En primer lugar, resulta realmente llamativa la gran cantidad de cuestionamientos públicos a la imparcialidad y neutralidad de los magistrados de la Corte para pronunciarse sobre la constitucionalidad de la penalización del aborto. La cadena de sospechas no tiene antecedentes en la historia de la Corte. Son bastante sugestivas, por ejemplo, las dudas que surgieron en torno a los magistrados Jaime Araujo Rentería y Manuel José Cepeda. Este último, por ejemplo, redactó el prólogo del libro de la demandante Mónica Roa, en el que explícitamente se defiende la idea de la despenalización del aborto, y a la que el magistrado adhiere de manera clara y expresa⁶³. Por su parte, aquel se pronunció sobre la despenalización del aborto frente a los

62 Una buena síntesis de las irregularidades procesales, alegadas se encuentra en el Auto 360 de 2006.

63 Luisa Cabal, Julieta Lemaitre y Mónica Roa (editores), *Cuerpo y derecho: Legislación y jurisprudencia en América Latina*, Temis, Bogotá, 2001.

medios de comunicación, cuando aun ni siquiera se había interpuesto la respectiva demanda, posteriormente, a lo largo del proceso, demostró su interés directo en el proceso al alterar injustificadamente los trámites y términos procesales. Estas dudas dieron lugar a múltiples recursos de recusación contra los magistrados, e incluso posteriormente dieron a lugar a la solicitud de nulidad de la providencia judicial⁶⁴.

La forma en que se adoptó la decisión fue también bastante llamativa. Tal como expresaron los magistrados Rodrigo Escobar Gil y Gerardo Monroy Cabra, la sesión en la que se adoptó la decisión que dio lugar a la sentencia C-355/06, se limitó a estudiar el problema de la constitucionalidad de la penalización del aborto en tres (3) hipótesis específicas, pero no se extendió a problemas como la objeción de conciencia, la obligación de las Empresas Promotoras de Salud (EPS) de realizarlo, las condiciones de tiempo, modo y lugar en que se debe realizar el “procedimiento” o los requisitos para acceder al “servicio”. Sorpresivamente, el texto de la providencia abordó todos estos temas, sin que hayan sido objeto de debate y votación por los magistrados de la Corte: no se discutió y aprobó que las EPS tuviesen que costear el procedimiento con la compra de un simple bono, que para tener derecho al aborto bastase con una simple denuncia en la Fiscalía, que la calificación de la gravedad de la malformación del feto fuese absolutamente discrecional del médico tratante, que los centros de salud en ningún caso pudiesen oponerse a la realización abortos o que únicamente procediera la objeción de conciencia por motivos religiosos para los médicos. Pero como por arte de magia, todas estas consideraciones quedaron plasmadas en la sentencia, y posteriormente han sido utilizadas por la propia Corte⁶⁵.

64 Al respecto pueden consultarse los siguientes autos: A-026, 090, 091, 121, 143, 144, 283A y 358 de 2006.

65 En su salvamento de voto los magistrados Rodrigo Escobar Gil y Marco Gerardo Montoy Cabra sostuvieron lo siguiente: “Aclaremos que estas razones se refieren exclusivamente a los asuntos debatidos y decididos en Sala Plena, y no a aquellos otros que, como la improcedencia de la objeción de conciencia institucional o la aplicabilidad inmediata de la sentencia sin necesidad de previa reglamentación, no fueron definidos dentro de las deliberaciones que llevaron a la adopción del fallo, como puede corroborarse con la lectura de las actas correspondientes”. Posteriormente esta irregularidad constituyó uno de los fundamentos del recurso de nulidad en contra de la sentencia, que obviamente fue descargado y negado por la Corte: “Nulidad por vicio de inexistencia de la decisión del órgano colegiado en Sala Plena, y por tanto incon-

El contenido de la sentencia, y el alcance que se ha pretendido darle, también dejan una gran inquietud. Veamos tan sólo algunos pequeños detalles.

Tal como se explicó anteriormente, la Corte había fijado una clara doctrina sobre la obligatoriedad del precedente constitucional: de las providencias judiciales, únicamente es vinculante la parte resolutive, y la parte motiva que contiene la *ratio decidendi*. Esta distinción fue utilizada por la propia Corte para desconocer sus doctrinas anteriores, como cuando decidió poner punto final a los procesos penales en contra de los congresistas que habían omitido acusar al ex presidente Samper por la infiltración de dinero del narcotráfico en su campaña⁶⁶.

Extrañamente, la Corte “olvidó” la distinción que con tanto cuidado había realizado anteriormente y a la cual había dado uso en múltiples ocasiones, y otorgó obligatoriedad a fragmentos del fallo que de ninguna manera constituían *ratio decidendi*. Ni la forma en que se ejerce la objeción de conciencia, ni los requisitos que las Empresas Promotoras de Salud (EPS) pueden exigir para realizar el aborto, ni las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que debe realizarse, fueron la razón para declarar la inconstitucionalidad de la penalización del aborto. Sin embargo, posteriormente sostuvo que todas estas consideraciones eran obligatorias, y en esta calidad las ha utilizado para exigir al aparato estatal y al sistema de salud la realización masiva de abortos. Con el apoyo de su nuevo amigo, el gobierno del presidente Uribe, ha logrado su cometido mediante el decreto 4444/06 y la resolución 4905 de 2006 del Ministerio de Protección Social⁶⁷.

gruencia en el contenido de la sentencia C-355/06, por incluirse en el texto de la sentencia preparada por los ponentes y notificado por edicto, regulaciones interpretativas y contenido sobre aspectos que incluyen una interpretación normativa sobre el tema de la objeción de conciencia, los cuales nunca fueron tratados en la demanda, ni fueron discutidos ni aprobados por los demás miembros de la Corte Constitucional ni se incluyeron en las deliberaciones que fueron realizadas en la Sala Plena según las actas de sesiones realizadas en los días 9 y 10 de mayo de 2006, así como tampoco en las comunicados de prensa de la vicepresidencia de la Corte Constitucional del 10 y 11 de mayo de 2006”.

66 Sentencia SU-047/99.

67 Este Decreto no es más que la reproducción de los lineamientos fijados por la Corte en la sentencia C-355/06. Como ya todos sabíamos que su obligatoriedad era bien cuestionable, el Ministerio de Protección Social le “dio una manito” a la Corte y expidió el Decreto 4444 y la resolución 4905 de 2006.

También “olvidó” que años antes se había pronunciado sobre la constitucionalidad de la penalización del aborto, y que existían precedentes muy claros y enfáticos en este punto⁶⁸. Explícitamente la Corte había sostenido que la penalización del aborto, incluso en las tres hipótesis analizadas en el 2006, se ajustaba a la Constitución. Lo mínimo, por consiguiente, consistía en cumplir con las cargas argumentativas y de transparencia para el cambio de precedente. Pero la Corte optó por otra estrategia: se dedicó a demostrar que no se había configurado la cosa juzgada, cuando ya todos sabíamos que no se había configurado, y en cambio sí eludió el tema de las exigencias para el cambio de precedente.

Asimismo, producto de su amnesia selectiva, desconoció su muy elaborada doctrina sobre el bloque de constitucionalidad. La Corte Constitucional había establecido muy claramente qué normas hacen parte del bloque *stricto sensu* y *lato sensu*, y en ninguna de ellas había incluido las observaciones y recomendaciones de los Comités de monitoreo de los tratados internacionales⁶⁹. Nuevamente, por arte de magia, y sin sustentar el cambio de jurisprudencia, la Corte asume que éstas constituyen una nueva fuente que integra el bloque. Esto, unido a su errónea interpretación y a la

Entre otras cosas, el Decreto dispone lo siguiente:

1. El servicio de aborto debe ser disponible para todas las personas, independientemente de que se encuentren o no afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud. Este reconocimiento no tiene precedentes en la historia colombiana, pues siempre la condición *sine qua non* había sido la afiliación al sistema, bien sea mediante el sistema subsidiado o mediante el sistema contributivo. Una persona con cáncer no tiene derecho a ser asistida si no está afiliada, pero una persona que quiere abortar sí tiene este derecho aunque no se encuentre afiliado.
2. El sistema de salud no puede imponer ningún tipo de barreras para la prestación del servicio, como autorizaciones de varios médicos, períodos o listas de espera o cualquier otro trámite. Esto también es una novedad en la historia colombiana, pues para ninguna otra dolencia se han impuesto estas cargas.
3. Ni las instituciones de salud ni el personal administrativo puede alegar la objeción de conciencia, y únicamente las personas que directamente realizan el procedimiento, pueden alegarla, y sólo por motivos de índole religiosa.
4. La realización del aborto debe permanecer secreto y las instituciones de salud no pueden, bajo ninguna circunstancia, divulgar o comunicar esta información.

68 Sentencias C-133/94, C-013/97, C-591/95, T-223/98, T-373/98, T-063/04, T-591/04, T-872/04, T-128/05, T-639/05 y T-727/05.

69 Sentencias C-225/95, C-578/95, C-358/97, C-191/98, C-400/98, C-708/99, T-483/99, C-1022/99, C-038/04 y T-979/94.

confusión sobre su naturaleza jurídica, permitió arribar a las cuestionables conclusiones sobre la penalización del aborto en Colombia.

De igual modo, resultan curiosas las consideraciones de la Corte sobre la objeción de conciencia. Este órgano judicial había reconocido la figura, y también había aceptado que las personas jurídicas son titulares de derechos fundamentales⁷⁰. Extrañamente, para el caso del aborto se impusieron limitaciones nunca antes vistas: primero, en ningún caso procede la objeción de conciencia judicial, por lo que todas las personas, salvo los jueces, tienen este derecho fundamental. Segundo, la objeción de conciencia de los médicos sólo procede por motivos religiosos, de modo que un médico ateo o agnóstico contrario al aborto, no puede ejercer este derecho humano. Y tercero, los centros de salud no pueden oponerse a practicar abortos ni pueden alegar la objeción de conciencia; normalmente los centros de salud determinan autónomamente qué servicios prestan y qué servicios no; unos ofrecen cirugías estéticas, pero no hacen cirugías a corazón abierto; unos atienden partos naturales, pero no cesáreas; unos hacen implantes de silicona pero no realizan la operación del *by-pass* gástrico; unos se especializan en el tratamiento de enfermedades renales, y otros en el tratamiento del cáncer; unos se especializan en adultos, y otros en niños, pero **todas** las instituciones prestadoras del servicio de salud, sin excepción, deben practicar abortos sin importar su especialidad ni su orientación ideológica. El Hospital Universitario San Ignacio (HUSI) libra hoy una solitaria batalla para impedir que los jesuitas sean obligados a practicar abortos⁷¹.

Contrasta también el tratamiento que la Corte ha dado a casos análogos. En la sentencia C-239/97, por ejemplo, la Corte despenalizó la eutanasia voluntaria en enfermos terminales. Para hacerla efectiva, la Corte hizo un simple exhorto al Congreso y posteriormente se desentendió del tema. Un problema análogo, que implicaba también una despenalización parcial y que requería de la intervención legislativa, como es el caso del aborto, no

70 No otra cosa se expresa en la abundante jurisprudencia contenida en las sentencias T-539, y 543/93; T-075/95; T-744/96; T-616/97; T-588/98; T-877/99; T-658 y 659/02; T-026 y T-471/05.

71 Al respecto puede consultarse el Comunicado del HUSI sobre el Decreto 4444 de 2006 y la Resolución 4905 de 2006. Disponible en <http://www.husi.org.co/index.php?abrir=286&id=28>, Acceso: 24 julio 2008.

fue manejado mediante un exhorto, sino por medio de una reglamentación completa por vía jurisprudencial. Once años después de haberse despenalizado la eutanasia voluntaria en enfermos terminales, la sentencia no ha hecho efectiva, sin que esto haya constituido motivo alguno de preocupación para la Corte. Paradójicamente, incluso antes de expedirse el fallo de despenalización del aborto, y desde el momento mismo en que emitió el Comunicado de prensa, la Corte ordenó la aplicación directa e inmediata de la providencia judicial. ¿Qué justifica el tratamiento diferenciado en uno y otro caso? ¿Por qué la despenalización de la eutanasia voluntaria en enfermos terminales se maneja con un simple e inútil exhorto al Congreso Nacional, y por qué frente al aborto la Corte asumió competencias legislativas y reglamentarias? No lo sabemos y tampoco la Corte lo ha explicado.

Por último, resulta inquietante la forma en que ha manejado el incumplimiento de las EPS en el suministro del “servicio”. Debe tenerse en cuenta que en el 100 por ciento de los casos referentes a la salud, la Corte Constitucional se había limitado sugerir y a ordenar el suministro de los medicamentos y los tratamientos necesarios para la conservación de la salud, y en el peor de los casos, cuando se presentaba un “daño consumado”, se limitaba a lamentar la situación. Sin embargo, nunca ordenó el pago de una indemnización integral.

Este año la Corte nos dio una nueva sorpresa. En la sentencia T-209/08 ordenó a la EPS Coomeva, a las instituciones y a los médicos que se negaron a practicar un aborto, a pagar a la mujer embarazada la respectiva indemnización por el daño consistente en tener un hijo. La Corte Constitucional ordenó el pago de una indemnización por tener un hijo, pero se abstiene todos los días desde 1992 hasta la fecha, de ordenarla cuando el mismo sistema de salud deja morir a niños con leucemia o adultos con problemas cardíacos, hepáticos o renales. Claro, es muy útil utilizar un caso aislado con mucho marketing para hacerse la gran propaganda, mientras en los demás casos relacionados con la salud se limita a simular y fingir solidaridad y compromiso.

Este caso particular tiene un agravante adicional, pues dentro del propio proceso quedó plenamente demostrado que la gestante quedó embarazada 16 semanas antes de que ocurriera el supuesto acceso carnal violento. La Corte despenalizó el aborto cuando el embarazo fuese el fruto del deli-

to, pero no cuando una mujer queda embarazada, y en el curso del embarazo es violada. No obstante, la Corte nuevamente olvida esta circunstancia y sostiene que el sistema de salud debía practicar el aborto.

Por último, la Corte ordena investigar y sancionar a todo a quien se interpuso al aborto de la mujer presuntamente violada: médicos que alegaron objeción de conciencia, hospitales, la EPS, y como si fuera poco, los propios jueces de tutela que fallaron en contra de las pretensiones de la demanda, por encontrarse acreditado que el embarazo no fue el resultado del acceso carnal violento. Esto también constituye una novedad en la historia de la Corte Constitucional, quien durante sus 18 años de vida nunca había ordenado la sanción penal y disciplinaria de los jueces inferiores, a pesar de la negación frecuente que de hecho se presenta de sus precedentes judiciales. Pero en este caso, y sólo en este caso del aborto, la Corte sí lo consideró. Por primera vez en la historia de Colombia, el alejamiento del precedente constitucional, a pesar de encontrarse debidamente justificado según los lineamientos fijados por la propia Corte, constituye un delito y una causal de sanción disciplinaria.

3.3.2. El impacto limitado de las decisiones de la Corte Constitucional

3.3.2.1. Decisiones sin relevancia práctica. El caso de la carencia actual de objeto por daño consumado, y las tutelas de los muertos

Tal como se expuso anteriormente, resulta aventurado valorar los fallos de la Corte Constitucional en términos de “aciertos” y “errores”. Lo que sí es indubitable, es que en algunas ocasiones las decisiones de la Corte llegan en un momento en que carecen de sentido y de trascendencia práctica. Esto es especialmente predicable del fenómeno conocido como “carencia actual de objeto”. En estas hipótesis, el propio juez constitucional admite que un fallo a favor o en contra de las pretensiones de la demanda carece de sentido, por haber ocurrido un hecho durante el transcurso del proceso que impide solucionar el problema sometido a conocimiento del juez.

Esto puede ocurrir por uno de dos motivos. Puede suceder, en primer lugar, que el conflicto que dio lugar al proceso judicial haya sido superado, y se configura entonces lo que se conoce como “hecho superado”. Suele

sucedier, por ejemplo, que se interponen demandas de tutela en contra del Instituto de Seguros Sociales (ISS) para que emita el acto administrativo y conceda o no la pensión, y durante el transcurso del proceso la entidad emite el correspondiente acto. También suele suceder que se interpone una acción de tutela en contra de una EPS (Empresa Promotora de Salud) para que autorice la realización de determinado tratamiento médico, y durante el trámite de la acción la entidad expide la respectiva autorización. En estos casos, el problema es solucionado por fuera de la justicia constitucional, aunque debe reconocerse que en muchos casos, la sola interposición, o incluso la amenaza de interposición de la acción, constituye un aliciente para dar cumplimiento a la prestación controvertida.

Pero en segundo lugar, existen otras hipótesis en las que ocurre exactamente lo contrario, pues se configura lo que se ha denominado “daño consumado”. Cuando el juez constitucional adopta la decisión, encuentra que se ha producido un perjuicio, sin que su fallo pueda revertirlo. Tampoco en estas hipótesis la decisión tiene la potencialidad de resolver el problema de fondo. Los casos más dramáticos se presentan cuando el demandante solicita el suministro de medicinas o la realización de un tratamiento médico, y durante el camino procesal el paciente muere. Veámos uno de estos casos.

La sentencia T-107/97 nos narra una de las tantas macondianas historias que ocurren todos los días. Esta historia se desarrolla en tres actos.

El primer acto acontece cuando a una ciudadana se le ocurre pensar que los centros de salud sirven para curar enfermedades y no para producirlas. Como consecuencia de esta ocurrencia, su hijo de dos semanas de nacido ingresa al hospital con cólicos, y sale con meningitis. En estas circunstancias, se ordenó la aplicación inmediata de la vacuna “D.P.T. HEXAVALENTE ACELULAR” y la realización de terapias de fisioterapia, fonoaudiología y fisiatría.

El segundo acto ocurre cuando a esta misma ciudadana se le ocurre pensar que el sistema de salud, para el cual cotiza mensualmente y por el cual le realicen descuentos significativos de su escaso salario, sirve para suministrar los medicamentos y los tratamientos necesarios para la conservación de la vida. Pero el Plan Obligatorio de Salud (POS), previsto en la Ley 100 de 1993 y normas complementarias, no cubre el suministro y aplicación de la vacuna ni de las terapias. A pesar de la línea jurisprudencial de la Corte, en

virtud de la cual las Empresas Promotoras de Salud (EPS) deben suministrar los medicamentos y tratamientos necesarios no previstos en el POS cuando sean necesarios para la conservación de la vida y el solicitante carezca de los recursos para ello, la EPS se rehusó a suministrar el servicio.

El último acto ocurre cuando a esta misma ciudadana se le ocurre pensar que la administración de justicia y la acción de tutela sirven para resolver los problemas de las personas y para hacer efectivos los derechos que la Constitución predica. Partiendo de este supuesto, en el mes de junio interpone una acción de tutela ante el Juzgado Cuarenta y Nueve Civil Municipal de Bogotá.

Durante los ocho meses del proceso judicial se profirieron cuatro decisiones. En las dos primeras, cuando el bebé aún estaba vivo, se niegan las pretensiones de la demanda. En las dos últimas, cuando ya había muerto, se reconocen sus derechos. Veamos cómo ocurrieron las cosas.

Primero, el juez 49 civil municipal de Bogotá niega la tutela argumentando que no se ha acreditado la afiliación al régimen de seguridad social en salud, la negativa de los servicios solicitados, y la incapacidad económica de la madre. En realidad el expediente sí contenía todos los documentos que permitían dar por probados los hechos, tal como fue corroborado posteriormente por la Corte.

Luego, cuando la sentencia del juzgado llega a manos de la Corte Constitucional, la Sala de Selección Número Ocho no resolvió el problema de fondo, y en su lugar devolvió el proceso al juzgado, por no haberse realizado la notificación al demandante. A pesar de las continuas solicitudes de la madre para que se le diera un trámite preferente al caso, la Corte se abstuvo de pronunciarse para garantizar el sacro-santo derecho al debido proceso. Esta decisión saldría bastante cara, pues generó la dilación del proceso durante casi un mes.

Tercero, cuando el proceso fue devuelto al juez de primera instancia, el juez concedió la tutela ordenando el suministro de la vacuna. El pequeño detalle es que el bebé ya había muerto, por lo que la decisión judicial no fue sino un acto de cinismo.

Por último, cinco meses después de haber ocurrido el fallecimiento, la Corte reconoce el desconocimiento del derecho a la vida, y lamenta profundamente la negligencia del Estado y la muerte del bebé. Como gran cosa,

remitió copias del expediente a la Fiscalía General de la Nación, al Tribunal de Ética Médica y a la Superintendencia de Salud, para que investigaran las posibles irregularidades en que el sistema de salud pudo haber incurrido.

Ocho meses le costó a la justicia constitucional expresar que el bebé fallecido tenía derecho a la aplicación de una vacuna cuyo valor en el mercado es de aproximadamente \$133 000,00 equivalente a 58 dólares.

Lo anterior no necesariamente significa que la justicia constitucional haya actuado incorrectamente, o que el daño producido sea el resultado de su actuación. Acá no se trata de saber si la justicia actuó correctamente o no, sino si soluciona los problemas que le pidan que resuelva. Y la respuesta es negativa.

A continuación se relacionan los casos decididos por la Corte con “carencia actual de objeto”, y en los que por consiguiente, la decisión judicial carece de relevancia práctica:

Año	Total de sentencias de tutela	Sentencias con “carencia actual de objeto”	Porcentaje de sentencias con carencia actual objeto respecto del total
1998	565	25	4,4%
1999	705	40	5,7%
2000	1 340	84	6,3%
2001	976	94	9,6%
2002	784	41	12,1%
2003	868	113	13,0%
2004	898	65	7,2%
2005	1 061	68	6,4%
2006	845	65	7,7%
2007	907	71	7,8%
2008	311	20	6,4%

Fuente: Corte Constitucional de Colombia, en www.constitucional.gov.co. Elaboración propia.

3.3.2.2. Los resultados del estado de cosas inconstitucional y los desplazados por la violencia en Colombia

En otros casos, mediante la selección y revisión de acciones de tutela, la Corte encuentra que existe una violación sistemática, reiterada y prolongada de derechos humanos en ciertos espacios de la vida social. Para enfrentar esta situación que rebasa los casos aislados que se conocen por medio de la tutela, se ha creado la figura del “estado de cosas inconstitucional”, y se ha utilizado, entre otros, para el caso del desplazamiento forzado interno y en el del sistema carcelario.

El caso del desplazamiento forzado interno es bastante significativo, pues la Corte ha sido rigurosa y seria en su declaratoria y manejo. Aunque la sentencia T-025/04 es realmente ejemplar y atractiva desde todo punto de vista, lo interesante es saber qué ha ocurrido en la realidad después de ella. Y los resultados no son muy alentadores, pues la Corte ha corroborado que aún después de casi cuatro años, no se ha logrado poner fin a la situación de violación sistemática de derechos humanos de la población desplazada⁷². Entre otras cosas, la Corte ha diagnosticado lo siguiente:

- 1) Que no se ha superado el estado de cosas inconstitucional.
- 2) Que se han incumplido los plazos fijados en la sentencia T-025/04 para superar el estado de cosas.
- 3) Que las medidas adoptadas son insuficientes e inapropiadas para asegurar los derechos humanos de la población desplazada.
- 4) Que la información y los indicadores aportados a la Corte son insuficientes e inapropiados para evaluar los avances en materia de protección de los derechos humanos de la población desplazada.

Es decir, pese a los esfuerzos de la Corte por enfrentar las causas estructurales del problema, no lo ha podido resolver. Y no lo puede resolver porque existen muchos problemas que rebasan sus competencias y sus propias

72 De ello dan fe los autos A-177 y 178 de 2005, A-218, 266, 333, 334, 335, 336 y 337 de 2006 y A-027, 050, 101, 102, 130, 131, 167, 169, 170, 171, 207, 208, 234, 248, 249, 250 y 251 de 2007.

capacidades. La Corte puede poner en evidencia el problema, identificar sus causas, ordenar estrategias y evaluar los avances logrados y las metas incumplidas. Pero la Corte no puede sustituir ni hacer el trabajo de la Presidencia de la República, la Red de Solidaridad Social, el Consejo Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada, el Ministerio del Interior y Justicia, el Ministerio de Hacienda, el Ministerio de Salud, el Ministerio de Desarrollo Económico y todas las demás entidades involucradas en la garantía de los derechos humanos de la población desplazada.

Una vez más la Corte es incapaz de garantizar los derechos humanos.

3.3.2.3. Las tutelas, las empresas promotoras de salud y el sistema de salud en Colombia

Algo similar ocurre con el sistema de salud, frente al cual, en cambio, la Corte no ha declarado el estado de cosas inconstitucional. Los informes de la Defensoría del Pueblo y las investigaciones de la Procuraduría General de la Nación permiten concluir que el sistema de salud en Colombia tiene niveles muy precarios de calidad y graves problemas de exclusión, inequidad y discriminación⁷³.

Aunque la salud representa aproximadamente el 30 por ciento el número total de acciones de tutela, lo cierto es que constituye una herramienta muy precaria para garantizar el derecho a la salud⁷⁴. Las razones que explican este fenómeno son muchas, pero aquí destacaremos tan solo cinco.

73 La información sobre el estado actual en materia de salud se puede encontrar en:

1. Defensoría del Pueblo, *Evaluación de los servicios de salud que brindan las Empresas Promotoras de Salud - Índice de satisfacción de usuarios de salud*, Bogotá, 2005.
2. Defensoría del Pueblo, *Evaluación de los servicios de salud que brindan las Empresas Promotoras de Salud - Índice de vulneración o cumplimiento de los diferentes componentes del derecho a la salud*, Bogotá, 2005.
3. Defensoría del Pueblo, *Informe sobre situación financiera del régimen subsidiado*, Bogotá, 2001.
4. Defensoría del Pueblo, *Evaluación sobre los servicios de salud que brindan las Empresas Promotoras de Salud*, Bogotá, 2004.
5. Procuraduría General y de la Nación y Dejusticia (DJS), *El Derecho a la salud en perspectiva de derechos humanos y el sistema de inspección, vigilancia y control del Estado colombiano en materia de quejas en salud*, Bogotá, 2008.

74 Defensoría del Pueblo, *Las tutelas y el derecho a la salud*, Bogotá, 2005, p. 7.

En primer lugar, en muchas ocasiones la tutela NO constituye un mecanismo idóneo y eficaz para garantizar algunas prestaciones de la salud. Así por ejemplo, aunque se ha demostrado que la entrega de medicamentos constituye uno de los puntos más débiles del sistema de salud, pues en un 47 por ciento de los casos, o no se entregan, o se entregan de manera incompleta o tardía⁷⁵, la tutela es poco utilizada para obtener este tipo de prestaciones. Como en muchas ocasiones es mayor el desgaste en términos de tiempo y dinero, que el beneficio obtenido con una tutela, el usuario de salud, pese a la violación de sus derechos, prefiere asumir el costo de las medicinas recetadas por su médico tratante⁷⁶. Y sabemos también que en otras ocasiones esperar a los resultados de tutela es casi un “suicidio”, como ocurrió en el caso de la solicitud de aplicación de la vacuna D.P.T. Hexavalente Acelular, en el que se reconoció el derecho meses después de haber ocurrido la muerte del pequeño paciente.

En segundo lugar, la acción de tutela puede tener un efecto distorsionador en el sistema de salud. Así por ejemplo, cuando la población adscrita solicita al régimen subsidiado por vía de tutela el suministro de medicamentos o tratamientos de alto costo, el 50 por ciento de su valor es asumido por el FOSYGA (Fondo de Solidaridad y Garantías), que precisamente pretende beneficiar a la población que hace parte del régimen subsidiado. En estas circunstancias, mientras para las Empresas Promotoras de Salud (EPS) constituye un buen negocio esperar a que sus afiliados interpongan una tutela para reconocer el servicio, las tutelas disminuyen los recursos destinados a la salud de la gente pobre.

En tercer lugar, se ha demostrado que la acción de tutela ha sido utilizada de manera preferente por las personas de mayores ingresos, mientras que la población más vulnerable hace poco uso de este recurso: aproximadamente se presentan 80 000 tutelas al año por violación al derecho a la salud, y de estas el 43 por ciento corresponde a personas adscritas al régimen contributivo, el 3,5 por ciento a usuarios del régimen subsidiado y el 9 por ciento a los vinculados. Esto significa que “la población que pertene-

75 Defensoría del Pueblo, *Evaluación de los servicios de salud que prestan las Empresas Promotoras de Salud*, Bogotá, 2003, p. 52-53.

76 Defensoría del Pueblo, *La tutela y el derecho a la salud*, Bogotá, 2004, p. 9-10.

ce al quintil de mayores ingresos en el país utiliza seis veces más que la población más vulnerable este recurso”⁷⁷.

En cuarto lugar, en muchas ocasiones se utiliza la acción de tutela para obtener prestaciones que no tienen relación directa con la conservación de la vida y la salud, pero en detrimento de los recursos del sistema de salud. Existen fallos de tutela muy sugestivos, populares e interesantes sobre implantes de silicona, cambios de sexo y tratamientos de fertilidad, que pretenden garantizar el derecho al libre desarrollo de la personalidad o los derechos sexuales y reproductivos, pero que además de su altísimo costo, se sufragan con los recursos del sistema de salud. En estos casos la Corte Constitucional se gana unos buenos puntos en popularidad, pero lo hace a costa de distorsionar la equidad que debe regir la distribución de los recursos del sistema de salud. En estas circunstancias, la Corte puede resultar muy útil para ordenar costosos medicamentos y tratamientos para reducir medidas o bajar de peso, para cambiar de sexo, para aumentar o reducir el tamaño del busto, etc. Lo único que se necesita es inventar una buena historia melodramática. Pero en cambio, la Corte ha sido totalmente incapaz de actuar frente a estas historias cotidianas y aburridas de niños o ancianos que requieren de urgencia terapias respiratorias, suministro de oxígeno, tratamientos para la deshidratación, etc. Lo interesante es que aquellos se sufragan con los recursos que podrían destinarse a estas cuestiones más básicas y elementales.

Por último, carece de sentido tolerar que el reconocimiento del derecho a la salud se condicione a la interposición de una acción de tutela. Es poco inteligente aceptar la estrategia de las Empresas Promotoras de Salud (EPS) de negar sistemáticamente el acceso a los servicios de salud, y jugar con las probabilidades para que del universo total, el menor número posible de personas acuda a la vía judicial⁷⁸. Deben existir mecanismos que obliguen a las

77 Procuraduría General de la Nación (DJS), *El Derecho a la salud en perspectiva de derechos humanos y el sistema de inspección, vigilancia y control del Estado colombiano en materia de quejas en salud*, Bogotá, 2008

78 Del total de tutelas interpuestas en materia de salud, el 70 por ciento corresponde a prestaciones incluidas en el Programa Obligatorio de Salud (POS), y del restante 30 por ciento, una proporción significativa corresponde a prestaciones que por vía de jurisprudencia están obligadas a suministrar las EPS. Defensoría del Pueblo, *La tutela y el derecho a la salud*, Bogotá, 2003, p. 7.

EPS prestar los servicios a los que están obligados legal, reglamentaria y jurisprudencialmente, sin necesidad de interponer una acción de tutela.

IV. Conclusiones

Después de haber puesto en evidencia las serias limitaciones a las que se enfrenta la justicia constitucional, surgen inmediatamente dos preguntas:

1. ¿Por qué se tiende a pasar por alto esta circunstancia? ¿Por qué se tiende a suponer que la “clave” neoconstitucionalista radica en las Cortes y Tribunales Constitucionales?

2. ¿Qué se puede hacer para superar las evidentes restricciones de la justicia constitucional?

No pretendemos dar una respuesta definitiva a estos interrogantes, sino simplemente presentar un horizonte desde el cual puedan ser abordados.

Con respecto al primer interrogante, existen distintos factores que explican la situación.

En primer lugar, el debate en torno a la justicia constitucional se ha estructurado a partir de referentes foráneos, cuyos discursos y elaboraciones teóricas responden a realidades bien diversas. En este sentido, las discusiones sobre la legitimidad y potencialidades de la justicia constitucional suele estar inundada de referencias a los Tribunales de España, Alemania e Italia, e incluso de la Corte Suprema de Estados Unidos. En términos generales, América Latina no ha sido capaz de construir discursos locales, y en su lugar ha importado de manera acrítica las elaboraciones conceptuales que se enmarcan en un contexto político, social y económico, cuando menos, parcialmente distinto.

Este manejo inadecuado puede conducir a conclusiones erróneas sobre la justicia constitucional, pues aunque las referencias foráneas son un marco relevante, no pueden constituir el único punto de apoyo para la reflexión teórica. En Alemania, por ejemplo, el Tribunal Constitucional pudo marcar hitos en la reducción de la discriminación; pero muy poco es lo que han logrado hacer en este sentido los tribunales constitucionales en América

Latina. Lo que sucede es que en Alemania el eje transversal del problema no era, como lo es en América Latina, las profundas desigualdades económicas. Y cómo este no era el problema, el Tribunal alemán sí pudo atacar la desigualdad en función del género, la orientación sexual o la pertenencia étnica. Pero las herramientas conceptuales utilizadas por el Tribunal alemán resultan absolutamente inadecuadas para reducir o acabar la pobreza o para disminuir de manera significativa las diferencias económicas en nuestra región. Por este motivo, inferir que el juez constitucional puede resultar determinante en la garantía del derecho a la igualdad porque en Alemania o en otro país así se ha hecho, constituye todo un desvarío.

En segundo lugar, las polémicas en torno a las Cortes y Tribunales Constitucionales se han limitado a conocer y estudiar minuciosamente el contenido de las decisiones judiciales, al margen del contexto histórico concreto al que responden y la realidad específica en la que se inscriben. Los abogados indagan por lo que dicen las sentencias, pero no por lo que se hace con y por medio de ellas; indagan sobre la finalidad de las leyes, pero no por el impacto real y efectivo que tienen en la realidad; exploran los argumentos expuestos en las providencias, pero no la realidad a la que responden; examinan lo que sucede en los procesos judiciales, pero no lo que acontece antes y después de ellos; investigan lo que sucede en los estrados judiciales, pero no por lo que nunca pasa por ellos. Esta circunstancia ha impedido que el debate en torno al neoconstitucionalismo puede realizar una evaluación seria en torno a las posibilidades y los límites de la justicia constitucional, y en particular, de las Cortes y Tribunales Constitucionales.

Y esto no es de extrañar, pues en América Latina se suele presentar una especie de “divorcio” entre la ciencia jurídica, y las ciencias sociales y humanas.

En el primer caso, el objetivo central ha consistido en conocer el contenido de las normas jurídicas, y en operar con ellas exitosamente. Por este motivo, la formación jurídica se ha encaminado fundamentalmente a adquirir conocimientos, y a obtener y desarrollar las habilidades interpretativas y argumentativas necesarias para utilizarlas en los diferentes campos de la práctica jurídica. En estas circunstancias, el análisis del contexto y del impacto social, económico, político y cultural del derecho ha sido ajeno a la formación jurídico. Por ello, el operador jurídico “promedio”, encargado

de producir, interpretar y/o aplicar el derecho, ha sido indiferente frente a la realidad social en la que se inserta. Prueba de ello es que materias como “sociología jurídica”, típicas de los primeros semestres del pregrado, han sido cátedras accesorias de “cultura general”, que normalmente no guardan conexión con las demás materias de la carrera (es decir, con el derecho civil, comercial, constitucional o administrativo).

Por otro lado, se encuentran los acercamientos desde las otras ciencias sociales y humanas, como la sociología, la antropología, la psicología, la economía, e incluso la filosofía y la literatura. Este tipo de aproximaciones se caracterizan por ser extremadamente genéricas y abstractas, pues no parten del funcionamiento efectivo y concreto de los sistemas jurídicos, sino más bien de impresiones y percepciones vagas e imprecisas sobre el derecho. Esto implica, por un lado, que usualmente este tipo de estudios se encuentran cargados de equívocos, ambigüedades y confusiones, y por otro, que los discursos resultan poco útiles y eficientes, y con bajo impacto en la producción, interpretación y aplicación del derecho.

La producción, interpretación y aplicación del derecho se ha convertido en una técnica esotérica y misteriosa cuya dinámica parece realizarse con independencia de consideraciones sociales, y solamente comprensible para ciertos iniciados, los operadores jurídicos. Entretanto, las ciencias sociales y humanas han sido incapaces de explicar el funcionamiento real y concreto del derecho, de entablar algún tipo de diálogo significativo con los operadores jurídicos, y de impactar e incidir exitosamente en los sistemas jurídicos.

Ahora bien, este “divorcio” ha traído diversas consecuencias negativas. Ha implicado, por ejemplo, que los operadores jurídicos producen, interpretan y aplican el derecho de manera acrítica, sin visualizar el contexto, el impacto social y el trasfondo ideológico que existe detrás de estas actividades; detrás de esta aparente pureza conceptual y neutralidad científica e ideológica, existe una filtración permanente y continua de las doctrinas políticas y económicas, sin que los operadores jurídicos cuenten con los elementos de juicio y las herramientas para percibirla y manejarla. Ha implicado también que los diversos problemas sociales, económicos, políticos y culturales que subyacen al derecho no han sido afrontados adecuadamente, ni por los abogados y demás operadores jurídicos, que dentro de su autismo

únicamente saben procesar normas jurídicas, ni por los demás científicos sociales, que han tenido un acceso pobre y limitado a las complejidades del Derecho. Esto es precisamente lo que ha ocurrido con respecto al debate en torno a la justicia constitucional.

Por último, tiende a existir un estudio inadecuado de la jurisprudencia, que impide realizar un balance en perspectiva de la justicia constitucional. Pocas veces se ponen en contacto las sentencias entre sí, y pocas veces se establece un diálogo significativo entre ellas. Pocas veces se hacen estudios consolidados de la jurisprudencia, capaces de identificar tendencias, de trazar recorridos respecto de problemas específicos o de reconocer inconsistencias. Este análisis desestructurado de la jurisprudencia ha impedido realizar una valoración razonable de la justicia constitucional.

La lección es que debemos ser extremadamente cautelosos a la hora de extraer conclusiones sobre las virtudes y las potencialidades de las Cortes y Tribunales Constitucionales. Y para ello, nuestro repertorio de preguntas, problemas y cuestiones debe ampliarse: al lado de las preguntas estándar sobre la legitimidad de la justicia constitucional y sobre la coherencia de sus decisiones con el Derecho Positivo, debemos indagar por otras, quizás mucho más difíciles de responder: ¿Cómo se relacionan las providencias judiciales entre sí, incluso aquellas que aparentemente no tienen convexidad temática? ¿Qué ocurre antes y después de proferirse una decisión judicial? ¿Cuál es el contexto político y económico en el que éstas se inscriben? ¿Son coherentes las providencias entre sí? ¿Qué sucede con estas decisiones “de bajo perfil” que no salen a la luz pública (los pequeños autos de sustanciación, los fallos reiterativos de jurisprudencia, los autos que decretan la práctica de pruebas)? ¿Es coherente la parte motiva con la parte resolutive? ¿Qué realidades no son judicializadas? ¿Qué parte de los problemas no llegan a la Corte? ¿Por qué? Sólo desde esta perspectiva más amplia se responde a la pregunta por las posibilidades y los límites de las Cortes y Tribunales Constitucionales.

Con respecto a la segunda pregunta, debe tenerse en cuenta que la justicia constitucional juega un rol fundamental dentro de los sistemas contemporáneos, pues, conjuntamente con otros actores, define los contornos de las dinámicas económicas, políticas y sociales que se presentan en las democracias actuales. Un conocimiento profundo de las Cortes y

Tribunales Constitucionales debe ser capaz de identificar los escenarios en los cuales se puede aprovechar y “explotar”, en el mejor sentido de la palabra, sus potencialidades. Hoy sabemos, por ejemplo, que las cortes y tribunales constitucionales pueden jugar un papel fundamental en el reconocimiento de los derechos de las minorías, en la definición del nivel y características de la integración económica, en el establecimiento de los nexos entre el comercio y el desarrollo, y en la formulación de políticas públicas con enfoque de derechos humanos.

Por otro lado, sin embargo, ni la teoría ni la práctica constitucional puede tener como centro de atención exclusivo el funcionamiento de las cortes o tribunales constitucionales. Existen dinámicas económicas, sociales y políticas que no responden a la lógica del control constitucional; existen dinámicas económicas, sociales y políticas que no pasan por la Corte Constitucional. Existen procesos frente a los cuales la Corte poco o nada hace o puede hacer. Pero en todas ellas se juegan día a día los derechos humanos y en general las Constituciones Políticas. Y sólo en este contexto más amplio se puede valorar las posibilidades y los límites de la justicia constitucional. De lo contrario, caeremos en la ingenuidad de pensar, por ejemplo, que los indígenas están bien o que se respeta la diversidad étnica y cultural porque la Corte ha expedido una bonita o una rigurosa sentencia en la que reconoce este principio, o que todos tenemos derecho a la salud porque la Corte lo dice, o que los desplazados o los presos ahora están bien porque la Corte Constitucional declaró el estado de cosas inconstitucional.

Debemos entonces tener la agudeza para identificar estos escenarios y para establecer mecanismos alternativos para garantizar la efectividad de los derechos humanos. Y en últimas, debemos tener la sagacidad, la valentía y el realismo para aceptar que en algunos casos las revoluciones jurídicas son insuficientes para el logro de la justicia y la equidad en el mundo. Debemos entonces abrir paso a las revoluciones culturales, a las revoluciones individuales, y a cualesquiera otros mecanismos legítimos y pacíficos, que probablemente pueden hacer mucho más que millones y millones de hojas bien escritas.

V. Bibliografía

6.1 Doctrina

- Hidrovo, Alvaro Javier, “Plaguicidas usados en la fumigación de cultivos ilícitos y salud humana: una cuestión de ciencia o política?”, *Revista de Salud Pública*, vol. 6, no. 2, 2004.
- Defensoría del Pueblo, *Evaluación de los servicios de salud que brindan las Empresas Promotoras de Salud - Índice de satisfacción de usuarios de salud*, Bogotá, 2005.
- , *Evaluación de los servicios de salud que brindan las Empresas Promotoras de Salud - Índice de vulneración o cumplimiento de los diferentes componentes del derecho a la salud*, Bogotá, 2005.
- , *Informe sobre situación financiera del régimen subsidiado*, Bogotá, 2001.
- , *Evaluación sobre los servicios de salud que brindan las Empresas Promotoras de Salud*, Bogotá, 2004.
- , *Las tutelas y el derecho a la salud*, Bogotá, 2005, p. 7.
- Pérez Roldán, Gabriel, *Fundamentos de Limnología Neotropical*, Medellín, Editorial Universidad de Antioquia, 1992.
- Cabal Luisa, Lemaitre Julieta y Roa, Mónica (editoras), *Cuerpo y derecho: Legislación y jurisprudencia en América Latina*, Temis, Bogotá, 2001.
- Ferrajoli, Luigi, *La democracia constitucional*, en “Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho”, Christian Courtis (compilador), Buenos Aires, Ed. Eudeba - Universidad de Buenos Aires, 2001.
- , *Pasado y futuro del Estado de Derecho*, en Carbonell Miguel, Orozco, Wistano y Vásquez Rodolfo (coordinadores), “Estado de Derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina”, Ed. Siglo XXI, México, 2002.
- OPS-IFARMA, *Modelo prospectivo del impacto de la protección a la propiedad intelectual sobre el acceso a medicamentos en Colombia*, Bogotá, 2004.
- Procuraduría General de la Nación (DJS), *El Derecho a la salud en perspectiva de derechos humanos y el sistema de inspección, vigilancia y control del Estado colombiano en materia de quejas en salud*, Bogotá, 2008.

6.2. Normas constitucionales

Constitución Política de Colombia.

6.3. Normas legales y complementarias

6.3.1. Derecho comunitario.

Acuerdo de Cartagena.

Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos.

Decisión 344.

Decisión 486.

Decisión 632

Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

6.3.2. Leyes, decretos y resoluciones de Colombia

Ley 100/93.

Ley 789 de 2002.

Decreto 2153 de 1992.

Decreto 1382 de 2000.

Decreto 2080 de 2000.

Decreto 2085 de 2002.

Decreto Distrital de Bogotá 190 de 2004.

Decreto 4444/06.

Resolución Defensorial Nro. 13 de la Defensoría del Pueblo de la República de Colombia: *“Sobre la violación de los derechos humanos de la Comunidad Indígena Embera-Katio del Alto Sinú”*.

6.4. Jurisprudencia

6.4.1. Corte Constitucional de Colombia

Aborto: C-133/94, 013/97, 591/95, 355/06 y T-223/98, 373, 063/04, 591/04, 872/04, 128/05, 639/05, 727/05 y 209/08.

- Bloque de constitucionalidad: Sentencias C-225/95, C-578/95, C-358/97, C-191/98, C-400/98, C-708/99, T-483/99, C-1022/99, C-038/04 y T-979/94.
- Conexidad de derechos: Sentencias T-499/92, 571/92, 575/95, 651/98, 144, 259 y 344/99, 170, 202 y 261/00 y 613/01, 529/02, 219/04, 344/05, 099/06 y 979/07, y SU-039 y 225/98 y 562/99.
- Derechos fundamentales de las personas jurídicas: Sentencias T-539/93, T-543/93, T-075/95, T-744/96, T-616/97, T-588/98, T-877/99, T-658/02, T-659/02, T-026/05 y T-471/05.
- Diversidad étnica y cultural: Sentencias T-342/94, 652/98, 266 y 634/99, 1214/00, 079 y 932/01, 123, 379, 552 y 955/03, 778 y 899/05, 383, 524, 704 y 979/06, 009 y 123/07; SU-383/03; y C-370/02, 127, 292, 620 y 898/03, C-180/05 y C-208/07.
- Estado de cosas inconstitucional: Autos A-177 y 178 de 2005, A-218, 266, 333, 334, 335, 336 y 337 de 2006 y A-027, 050, 101, 102, 130, 131, 167, 169, 170, 171, 207, 208, 234, 248, 249, 250 y 251 de 2007 y sentencia T-025/04.
- Eutanasia: Sentencia C-239/97.
- Exhortos al Congreso Nacional: Sentencia C-239/97.
- Estados de excepción: Sentencias C-004, 447 y 556 de 1992, C-031, 154, 294, 427 y 464 de 1993, C-300, 309, 338 y 366 de 1994, C-466 de 1995, C-027, 153, 328 y 451 de 1996, C-122 y 138 de 197 y C-122 de 1999.
- Inviolabilidad parlamentaria: Sentencias C-222 y 245/96 y SU-047/99.
- Reforma laboral: Sentencia C-038/04.
- Reformas constitucionales: Sentencias C-484/95; 196/97; 543/98; 059/01; 458, 578 y 618/02; 551, 740, 873, 895, y 1200/03; 313, 757, 816, 888, 970 y 1124/04; 1040, 1042, 1043, 1045, 1047, 1048, 1053, 1057, 1141 y 1187/05; 034, 472, 337, 646 y 740/06.
- Obligatoriedad del precedente constitucional: Sentencia SU-047/99.
- Principio de instrumentalidad de las formas y procedimientos: Sentencias C-852/02, C-551/03, C-1152/03, 1056/03, 1040/05 y 277/07.
- Tutelas contra providencias judiciales: Sentencias SU-1185 y 1210/01 y SU-813/07.
- Comunicado de prensa de la Corte Constitucional de Colombia del 2 de julio de 2008.

6.4.2. Consejo de Estado de Colombia

Sentencia AP-00083, 21 de septiembre de 2000, C.P. Gabriel Eduardo Mendoza.

Sentencia AP-00150, 26 de julio de 2001, C.P. Olga Inés Navarrete Barrero.

Sentencia AP-00353, 24 de enero de 2002, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

Sentencia AP-00503, 18 de julio de 2002, C.P. Ana Margarita Olaya Forero.

Sentencia AP-00203, 29 de julio de 2004, C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

Sentencia AP-01652, 3 de noviembre de 2005, C.P. Gabriel Eduardo Mendoza.

Sentencia AP-01540, 14 de enero de 2007, C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

6.4.3. Corte Suprema de Justicia de Colombia

Sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, exp. 22543, 26 de junio de 2008.

6.4.4. Tribunal Administrativo de Cundinamarca

Auto de la Sección Cuarta - Sub-sección B, exp. 05-1725, febrero 2 de 2006, M.P. Beatriz Martínez Quintero.

6.4.5. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones

Interpretación prejudicial 1-IP-96.

Interpretación prejudicial 137-IP-2003.

Sentencia 114-AI-2004.

Sentencia 03-AI-2006.

El impacto de la globalización en los derechos de los migrantes

Nicole Pérez Ruales

Sumario

I. Introducción. II. El complejo fenómeno de la globalización visto desde dos ángulos. 2.1. Argumentos a favor de la globalización desde el enfoque neoliberal. 2.2. La antiglobalización como un punto de vista opuesto. III. La globalización y su influencia en los flujos migratorios actuales. 3.1. La globalización económica. 3.2. Las variaciones en la tecnología y las comunicaciones. 3.3. Los ámbitos culturales. 3.4. Los sistemas políticos. 3.5. La emigración ecuatoriana en la globalización. IV. Los derechos de los migrantes en el contexto de la globalización. 4.1. La realidad de los emigrantes ecuatorianos y la intervención del estado ecuatoriano. 4.2. Hacia una nueva propuesta migratoria en el Ecuador. V. Bibliografía.

I. Introducción

A pesar de que la globalización es tomada como un proceso fundamentalmente económico —que consiste en la creciente integración de las distintas economías nacionales en un único mercado capitalista mundial¹—, en la

1 Comín, Toni, *Aldea Global, Justicia Parcial*, Ed. Cristianisme i Justícia, España, 2003.

actualidad es un fenómeno también visibilizado desde los ámbitos políticos, sociales y culturales.

Entre los principales argumentos no económicos que se relacionan con la globalización, están temáticas como: el cambio climático, inmigración, imperialismo cultural, multiculturalismo e Internet.

Pero como la globalización es un fenómeno tan complejo, para nuestro análisis tomaremos como punto de partida de este artículo las dos corrientes principales que describen la globalización desde opiniones contrarias. En primer lugar estarán las tesis defensoras de la globalización desde un enfoque neoliberal representado por el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial. En segundo lugar, las ideologías antiglobalización, que la rechazan críticamente.

Adicionalmente, como para especificar el análisis y apuntar hacia el objetivo del presente artículo, nos enfocaremos en indagar desde una visión multidisciplinaria cómo afecta la globalización al fenómeno migratorio, de forma específica en la vulnerabilidad de los derechos de los migrantes.

Para finalizar, nos centraremos en el caso de Ecuador como país de origen de las migraciones, con énfasis en las nuevas propuestas constituyentes de derechos y en las posibilidades reales de los migrantes ecuatorianos en este contexto de globalización.

II. El complejo fenómeno de la globalización visto desde dos ángulos

En la actualidad el debate sobre la globalización se ha convertido en el centro de atención de muchas ciencias y desde variadas posiciones. Existen posturas distintas que dependen de la temática central del análisis (medio ambiente, pobreza, etc.), pero entre las dos más marcadas están las dos que nombraremos a continuación.

2.1. Argumentos a favor de la globalización desde el enfoque neoliberal

Existen argumentos a favor de la globalización, que apoyan el libre comercio, y proclaman que ésta beneficia al aumento tanto de la prosperidad económica como de las oportunidades, especialmente en los países en desarro-

llo, y además que incrementará las libertades civiles y llevará a una aloca- ción de recursos más eficientes. Las teorías económicas de la ventaja comparativa sugieren que el mercado libre produce tal aloca- ción efectiva de recursos, a mayor beneficio de todos los países que estén envueltos. Exponentes liberta- rianos² y otros proponentes del *laissez-faire*³ capitalista dicen que altos nive- les de libertades políticas y económicas, en la forma de democracia y capita- lismo, han sido fines valiables en sí mismo en el mundo desarrollado, que también han producido altos niveles de riqueza material. Ellos ven en la glo- balización un proceso benéfico de extensión de la libertad y el capitalismo. Además manifiestan que gracias a la globalización existe mayor presencia de la democracia, pues señalan que para el año 1900 había muy pocas naciones con sufragio universal; en cambio, actualmente más del 62,5% de todos los países poseen mecanismos democráticos de elecciones.

Hay también autores como Guy Pfeffermann⁴ que afirman que las críti- cas a la globalización son mitos que se pueden contrarrestar con cifras como los índices de la esperanza de vida, que casi se han doblado en los países en desarrollo, incluso en los países del África Subsahariana, la región menos desa- rrollada del planeta, en donde la esperanza de vida ha aumentado de menos de 30 años a alrededor de 47 años. Igualmente afirman que la mortalidad infantil ha decrecido en todas las regiones del mundo en desarrollo⁵.

- 2 “El libertarianismo, también llamado liberalismo libertario o liberalismo libertario, es una filo- sofía política que surge y es parte del liberalismo y que afirma la vigencia suprema de la libertad fundada sobre los derechos individuales (o de primera generación, de conceptualización liberal) que se manifiestan por medio de las libertades negativas y el derecho natural y absoluto sobre la vida y sobre la propiedad privada, cuyo límite no es otro más que el imperio de la ley o el derecho ajeno, variando según la perspectiva usada”. Véase Enciclopedia Wikipedia, Internet, <http://es.wikipedia.org/wiki/Libertarianismo>, Acceso: 20 junio 2008.
- 3 La frase “laissez faire, laissez passer” es una expresión francesa que significa “dejad hacer, dejad pasar”, refiriéndose a una completa libertad en la economía: libre mercado, libre manufactura, bajos o nulos impuestos, libre mercado laboral, y mínima intervención de los gobiernos. Fue usada por primera vez por Jean-Claude Marie Vicent de Gournay, fisiócrata del siglo XVIII, contra el intervencionismo del gobierno en la economía”. Véase Enciclopedia Wikipedia, Internet, <http://es.wikipedia.org/wiki/Laissez-faire>, Acceso: 20 junio 2008.
- 4 Pfeffermann, Guy, “The Eight Losers of Globalization”, *The Globalist* (Estados Unidos), abril 2002.
- 5 Bailey, Ronald, “Not Be Getting Richer, But they are living longer, eating better, and learning to read”, *Reason Magazine*, marzo 2005.

Las organizaciones multinacionales como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial afirman que gracias a la globalización “el número de personas que viven con un dólar o menos de ingreso al día ha declinado en términos absolutos, de mil quinientos millones de personas a mil cien millones. Al mismo tiempo, la población del mundo aumentó. Así pues, en términos porcentuales el número de tales personas declinó en los países en desarrollo de 40% a 20% de la población con las mayores disminuciones teniendo lugar en las economías que han reducido más las barreras al comercio e inversión”.

Existen afirmaciones como las de Ronald Bailey⁶ que aseveran que en la globalización, si bien los pobres no se vuelven ricos, por lo menos, se ha disminuido las tasas de analfabetismo, de hambre, trabajo infantil y otras medidas de bienestar.

Finalmente, desde el punto de vista cultural, los defensores de la globalización niegan que ésta implique un predominio de la cultura occidental, lo sostienen debido a un informe del año 2005 de la UNESCO⁷ el cual muestra que en el 2002, China fue el tercer país en exportaciones de bienes culturales, detrás de Gran Bretaña y Estados Unidos.

2.2. La antiglobalización como un punto de vista opuesto

Los movimientos antiglobalización⁸, afirman que la apertura generalizada de los mercados de bienes y capitales que sugiere el fin de los bloques comerciales, tratados regionales e independencia económica de los países han sido incapaces de redistribuir la riqueza o de disminuir el índice de pobreza en el mundo.

Estos movimientos enfatizan en que esta apertura beneficia principalmente a las empresas multinacionales y convierte a los países pobres en únicamente importadores de productos, ya que su producción interna no es

6 *Ibíd.*

7 UNESCO, Institute for Statistics, Montreal, International flows of selected cultural goods and services, 2005, Internet, http://www.uis.unesco.org/template/pdf/cscl/IntlFlows_EN.pdf, Acceso: 25 junio 2008

8 Por ejemplo, el Movimiento Resistencia Global de España, el Movimiento Otro Mundo es Posible, Porto Alegre, entre otros.

competitiva en los grandes mercados. Esto se debe a que en esta estructura de mercados “libres” las grandes potencias y los monopolios mantienen su economía, principalmente con subsidios⁹, realizan tratados con los países en desarrollo ofreciéndoles la eliminación de aranceles para que aumenten sus exportaciones, por otro lado, les imponen otras trabas invisibilizadas como los estrictos controles fitosanitarios.

Los movimientos antiglobalización también aseveran que el acceso a los servicios básicos de las personas económicamente más pobres es cada vez más difícil, debido a la creciente privatización de los sectores económicos, junto al auge de la empresa multinacional y el decaimiento de empresas y estado nacionales.

Afirman también, desde una perspectiva económica, que la liberación de mercados si bien genera una mayor competencia, incrementa la calidad de los servicios y productos, empeora las condiciones laborales de los trabajadores y la sostenibilidad del medio ambiente.

En tanto, desde el punto de vista de la cultura, los movimientos antiglobalización critican la internacionalización y masificación de los medios y los productos que no respetan las culturas regionales o folklóricas y únicamente transmiten valores consumistas. Estos puntos de vista ven a la globalización como una imposición a partir de la cultura occidental predominante.

Desde una visión política, los movimientos antiglobalización afirman que el poder político actualmente está relacionado al poder económico (principalmente de las empresas multinacionales).

Finalmente, en el marco político la globalización es criticada como una paradoja, ya que por un lado se promueve la internacionalización y libertad y, por otro, el estado-nación continúa siendo el marco referencial de la normatividad política jurídica, es decir la globalización carece de instituciones, normas, políticas públicas y mecanismos representativos que permitan el cumplimiento global de los derechos de las personas, lo que se visibiliza en la debilidad del sistema de Naciones Unidas comparado con el dominio político militar de Estados Unidos, punto que será desarrollado a continuación.

9 Intermon Oxfam, Stop The dumping, Estados Unidos, 2006, Internet, http://www.oxfam.org.uk/what_we_do/issues/trade/downloads/bp31_dumping.pdf, Acceso: 30 junio 2008.

III. La globalización y su influencia en los flujos migratorios actuales

Una vez citados algunos puntos de vista de la globalización, nos basaremos en la visión de los movimientos antiglobalización para analizar los flujos migratorios, como una globalización alternativa crítica que apunta a los problemas reales, con el objetivo de analizar su influencia especialmente en los derechos de los migrantes. Esto no quiere decir que no tengamos en cuenta la falta de cohesión que existe entre las distintas iniciativas antiglobalización que en muchos casos son más expresivas que operativas e instrumentales, pero que dan una visión crítica de la realidad. Y también partimos desde este punto de vista, sin desmerecer los avances tecnológicos especialmente médicos que gracias a los procesos globalizadores han ayudado a mejorar la esperanza de vida de las personas.

Retomando el objetivo del artículo vamos a empezar definiendo a los flujos migratorios como los cambios de residencia de las personas, que se producen dentro de un territorio dado, que puede ser tanto en una provincia, en un país, en un continente o en el mundo.

Durante la última década ha sido imposible caracterizar a los flujos migratorios sin tomar en cuenta a la globalización, puesto que actualmente se la considera el concepto básico para caracterizar el funcionamiento del mundo y la forma como se “desarrollan” los países, por lo cual los flujos migratorios se ven influenciados tanto por:

- a) La globalización económica,
- b) Las variaciones en la tecnología y las comunicaciones,
- c) Los ámbitos culturales, y
- d) Los sistemas políticos.

3.1. La globalización económica

Normalmente los migrantes se desplazan a otro lugar por múltiples causas y objetivos: mejorar la calidad de vida, encontrar trabajo, paz, en busca de igualdad, espacios de libertad, estabilidad política, entre otras. Pero en la historia de la humanidad la situación económica ha sido una de las princi-

pales motivaciones para que se produzcan los flujos migratorios, como veremos más adelante en el caso de la emigración ecuatoriana.

En la actualidad la globalización económica es uno de los factores que afecta a las migraciones, debido a que reduce los espacios para la política, aumenta las desigualdades sociales entre el Norte y Sur, incluso dentro de las sociedades de los países en desarrollo, y pone a los mercados y empresas por encima de los Derechos Humanos y de las necesidades sociales, frente a lo cual las personas ven a la migración como una alternativa a sus problemas económicos y como la oportunidad de realizar sus proyectos de vida.

Esta globalización lleva consigo una contradicción que favorece los movimientos de capital y restringe la libertad de movimiento de la mano de obra, sin tomar en cuenta que el desarrollo del Norte es sostenible también gracias a la mano de obra inmigrante, ya que por un lado la migración atenúa el problema de la pobreza extrema en los países de origen y, por otro, permite que las empresas puedan disminuir sus costos de producción gracias a la mano de obra barata. “Movilidad, cabe agregar, que resultaría imposible sin la oscilante regulación estatal, al mismo tiempo represiva y flexible, que afecta a los millones de emigrantes expulsados por el deterioro de las condiciones de vida dentro de sus países o regiones y sometidos, en sus puertos de llegada al fuego cruzado de un régimen administrativo y penal xenófobo e inquisitorial y aun sistema de contractualización laboral regido, sin inhibiciones, por la lógica del contrato leonino.”¹⁰

Existen enfoques, como señala Joan Lacomba¹¹ que ven el impacto de la globalización en la migración con relación al desarrollo de los países. Éstos afirman que el bienestar económico de los países desarrollados son factores de atracción de los migrantes, puesto que se ha convertido en el camino para escapar de las dificultades cotidianas a las que se enfrentan las personas que viven en los países en desarrollo, por lo cual concluye que para disminuir el fenómeno migratorio es necesario generar mayor desarrollo en los países de origen de las migraciones. Bajo este enfoque se plantean algu-

10 Pisarello, Gerardo, “Globalización, Constitucionalismo y Derechos: Las vías del cosmopolitismo jurídico”, en Carbonell, Miguel (compilador), *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Madrid, Editorial Trotta, 2007.

11 Lacomba, Joan, *InstiMigraciones y Desarrollo en Marruecos*, Instituto Universitario de Desarrollo y Cooperación, Valencia- España, 2004.

nas políticas de cooperación de los países de destino, como es el caso de España; allí Ecuador y Senegal tienen prioridad de acceder a los fondos, con el objetivo que se desarrollen en origen y frenen los grandes flujos migratorios hacia España.

3.2. Las variaciones en la tecnología y las comunicaciones

La globalización afecta a las migraciones mediante las comunicaciones y la tecnología ya que ha ampliado y acelerado la interdependencia e interconexión mundial, facilitando la mayor movilidad, diversificando los desplazamientos, generando estructuras sociales basadas en redes transnacionales que se van formando con mayor facilidad gracias a los beneficios de las comunicaciones y los avances tecnológicos en los medios de transporte. Existen muchos trabajos¹² que estudian el papel de las redes migratorias como una de las causas principales de la migración; señalan que estas redes se mantienen y se alimentan gracias a la facilidad de las comunicaciones en la actualidad y que varían según las características étnicas y el contexto político de los migrantes y sus familias.

3.3. Los ámbitos culturales

Culturalmente la globalización diversifica las características de las migraciones no sólo por la forma como se realizan los desplazamientos, sino también porque cambian las estructuras sociales, por ejemplo mediante la feminización de los flujos migratorios internacionales, o en la creación de imaginarios sociales sobre las formas y estilos de vida de los países del Norte que afectan a las culturas populares de los países de origen que se introducen y replican las sociedades consumistas. Este fenómeno de globalización produce procesos contradictorios, ya que por una parte, trata de masificar productos y formas de consumo homogéneo, pero por otra fomenta la revalorización de las identidades y modelos culturales frente a los que tildan como competencia, es decir a los inmigrantes, a los productos ajenos o las culturas diferentes. Competencia que ha individualizado progresivamente a las

12 Como Redes Migratorias de Gurak y Caces 1998, Pohjola 1991, Mullan 1989.

sociedades y ha debilitado las estructuras de integración colectiva como los movimientos sociopolíticos de protección de los derechos.

3.4. Los sistemas políticos

No obstante que anteriormente ya existían políticas migratorias excluyentes y de control de fronteras, la globalización se ha visto afectada también por los atentados del 11 de septiembre de 2001, convirtiendo a la migración en una amenaza a la seguridad nacional, por lo cual se criminaliza a los extranjeros relacionándolos con el terrorismo, el narcotráfico y la delincuencia. Como consecuencia, las políticas de los países de destino son más restrictivas y en algunos casos argumentan la lucha contra el terrorismo para la violación de los estándares internacionales de derechos humanos. Como afirma Pisarello¹³, la identificación de los extranjeros como fuente de terrorismo ha extendido un clima de sospecha, desconfianza y xenofobia que ha servido de coartada, en diversos lugares del planeta, para la creación de auténticos sistemas paralelos de justicia penal dirigidos a disciplinar conflictos internos de diversa índole.

Estos hechos se comprueban en la cotidianidad de los migrantes, que viven en una posición ambigua en la estructura normativa de los países de destino, ya que son miembros de las sociedades (específicamente mano de obra barata) pero no como sujetos de pleno derecho.

Además, se podría afirmar que las violaciones de derechos y constantes represiones están ligadas al nivel socioeconómico de los extranjeros, como señala Amartya Sen¹⁴, a veces las libertades fundamentales están relacionadas directamente con la pobreza económica, ya que los grandes empresarios e inversionistas extranjeros tienen acceso a la información y al conocimiento de sus derechos y, por otro, no les afectan los altos costos de los visados para estancias largas y en sí, no son objetivos de deportaciones. Pero es importante aclarar que esta vulnerabilidad de los derechos también depende de su estatus legal como analizaremos en el siguiente tema.

13 Pisarello, Gerardo, *Teoría del neoconstitucionalismo*, Editorial Trotta, Universidad de Barcelona, 2007. Véase el capítulo "Globalización, Constitucionalismo y Derechos: Las vías del cosmopolitismo jurídico".

14 Sen, Amartya, *Desarrollo y Libertad*, Editorial Planeta, 2000.

3.5. La Emigración ecuatoriana en la globalización

A inicios de la República, cuando se mencionaba el tema de la migración en el Ecuador se hacía referencia al desplazamiento de los campesinos de la sierra hacia las haciendas de la costa en las épocas de prosperidad del cacao o banano, que representaban mejores oportunidades económicas. Décadas subsecuentes la emigración era principalmente del campo a la ciudad pues allí se ofrecían mejores oportunidades laborales y mejores salarios, pero a partir de los años setenta hasta la actualidad, con un creciente proceso de globalización, la migración está representada por la salida de trabajadores de un país en busca de mejorar sus condiciones económicas en el exterior.

Antes de los años setenta pocos emigraban al extranjero, a partir de entonces, la emigración se ha vuelto gradualmente una forma de vida y el Ecuador se ha unido a varios países centroamericanos: El Salvador, República Dominicana y México como un exportador de personas e importador de remesas¹⁵. Una de las causas principales de este fenómeno fue el incremento de la pobreza a lo largo de la década; para 1970 el porcentaje de población ecuatoriana que vivía bajo la línea de la pobreza era del 40%, aunque hay que destacar que en esta época la migración no fue tan significativa en comparación con el total de la población, ya que principalmente emigraban hombres desde la provincia del Azuay¹⁶.

A principios de los años ochenta la tendencia migratoria se sostuvo a pesar de que en Ecuador empezó un proceso de ajuste estructural en 1982, pero unos años después cuando se sintieron los efectos de dicho ajuste la población ecuatoriana tomó la estrategia migratoria, de 17 000 migrantes en promedio a inicios de los ochenta se pasó a 26 000, a fines de la misma.

15 Brad D., Jokisch, “Desde Nueva York a Madrid: tendencias en la inmigración ecuatoriana”, en *Ecuador Debate*, No 54, diciembre 2001.

16 Hay estudios como la tesis de Cristian González que afirman que la migración desde el Azuay hacia Estados Unidos empezó en los años 50 después de la crisis de los sombreros de paja toquilla, cuando frente al desempleo que enfrentaron los artesanos aprovecharon los contactos que tenían en EEUU de las exportaciones de los sombreros para emigrar. Véase González, Cristian, *La migración en la población del cantón Azogues: sus efectos económicos y sociales en el periodo 1990-1999*, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Facultad de Economía, Tesis, Ecuador, 2002.

Igualmente a inicios de los años noventa la migración no tuvo mayores incrementos siguiendo la tendencia de los ochentas por lo que se puede afirmar que tanto la década de los ochenta e inicios de los noventa se dio un proceso de maduración de las redes migratorias en nuestro país principalmente en las provincias de Azuay y Cañar, desde las cuales salieron el mayor número de emigrantes hasta 1997. Estas salidas fueron principalmente hacia los Estados Unidos¹⁷.

Es importante destacar que durante esta época se dio un alto grado de asentamientos permanentes debido a que numerosos migrantes recibieron, desde el gobierno de los Estados Unidos, “una amnistía bajo el marco de la Reforma de Migración de 1986 que garantizaba la residencia legal en los Estados Unidos, y con ello la de otros miembros de familia”. Es así como entre 1961 y 1995 más de 185 000 ecuatorianos recibieron residencia en el marco de este proceso. Es imprescindible señalar que en ese período también existían redes menores de emigrantes de Loja y Otavalo que se estaban construyendo en España.

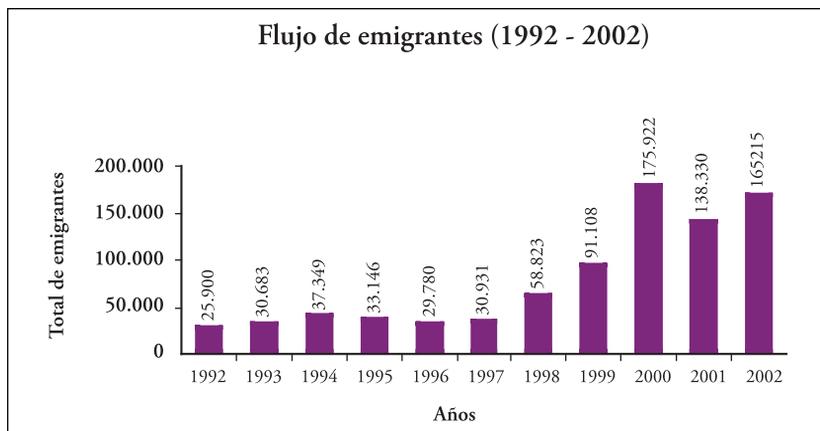
El fin de la década de los noventa marca la definitiva consolidación y extensión de la dinámica migratoria de ecuatorianos hacia el extranjero. Mientras que gracias al proceso de globalización, a los avances principalmente en relación con las comunicaciones y los medios de transporte, se intensificaron las redes y conexiones previamente existentes (aquellas en dirección hacia los Estados Unidos), se establecen eslabones entre localidades ecuatorianas específicas y nuevos puntos de destino, sobre todo en Europa. Tal configuración, no obstante, sólo se decanta a partir de la crisis política de 1998¹⁸ y se acelera definitivamente con el colapso del sistema financiero en 1999; antes de eso las salidas migratorias, si bien se habían incrementado ligeramente, no pasaron –en promedio– de 32 000. Pero en 1998 los migrantes llegaron a ser 58 823, y en 1999 casi se duplicaron (91 108) llegando a su punto máximo en el año 2000 (175 922)¹⁹.

17 Pérez Ruales, Nicole, *La Evolución del Perfil Socioeconómico del Emigrante Ecuatoriano y su Impacto en la Tendencia de las Remesas Período 1990-2003*, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Facultad de Economía, Disertación de Grado, Quito, noviembre 2004.

18 Se atribuye como una de las causas, la crisis asiática de los capitales golondrina.

19 *Ibid.*

Gráfico 1



Fuente: INEC, www.inec.gov.ec

Elaboración: Nicole Pérez

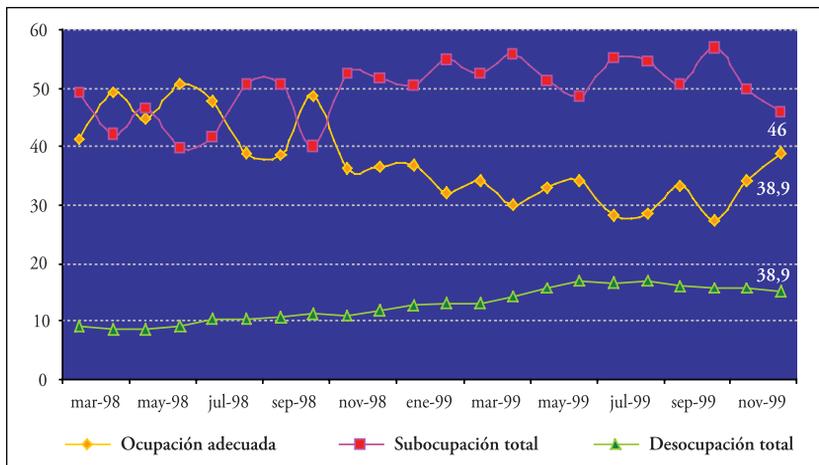
Las principales características de esta crisis son los acontecimientos económicos que se convirtieron en los factores de empuje de la emigración, entre los más importantes se encuentran²⁰:

- Caída del Producto Interno Bruto: de 123.255 millones en 1998, a 16.674 millones de dólares en 1999, medido en dólares cayó en -28%. La relación Deuda / PIB fue de 106%.
- Incremento de la pobreza: el número de pobres pasó de 3,9 millones de pobres (34% de la población) en 1995, a 9,1 millones (71% de la población) en el 200; la pobreza extrema pasó del 12% al 31% en ese mismo período.
- Deterioro constante de la distribución de la riqueza: en el año 2000 el 20% más pobre de la población recibía aproximadamente el 2,5% de los ingresos, mientras que el 20% de la población más adinerada, recibía el 62% de los ingresos.
- Según datos de UNICEF, en 1999 el 20% de la población recibía un ingreso inferior a un dólar diario.

²⁰ *Ibid.*

- Creciente desempleo (en noviembre del 1999 alcanzó la tasa más alta de la década (15%) como se observa en el Gráfico 2) con ausencia de políticas generadoras de empleo y caída del Salario Real en aproximadamente 20% (Gráfico 3).

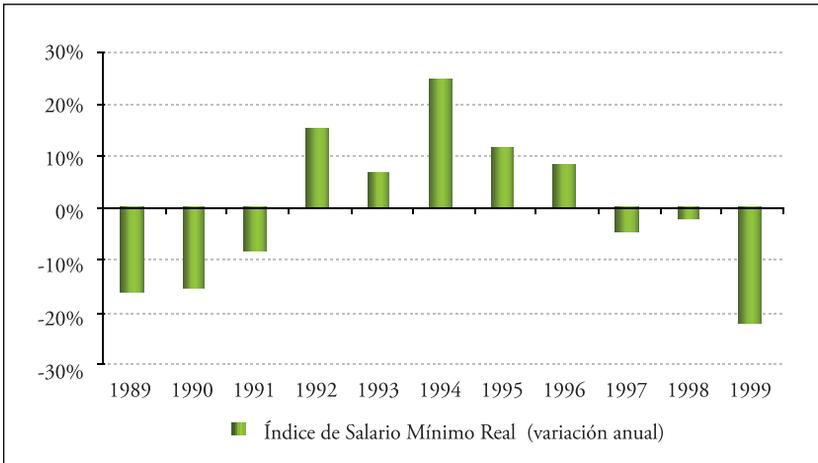
Gráfico 2
Mercado Laboral



Fuente: Banco Central del Ecuador

Gráfico 3

Evolución del Salario Mínimo



Año base (septiembre 94 - agosto 95 = 100)

Fuente: Banco Central del Ecuador

- Presencia de un marcado centralismo con pocas posibilidades de salir adelante en las ciudades pequeñas, ya que los recursos económicos se concentraban principalmente en Quito y Guayaquil.
- Inestabilidad política, una población sin fe en sus gobernantes.
- Masivas ineficiencias en el sector privado especialmente en el sector financiero, congelamiento de los depósitos bancarios (marzo 1999). La tasa de interés interbancaria superó 150% (noviembre 1999).
- La actividad económica se redujo 7,3%. Hubo cierre de muchas empresas (aproximadamente 150 000 sólo en 1999), especialmente pequeñas y medianas de un promedio de 20 trabajadores donde los más afectados fueron los trabajadores que tenían un nivel de educación medio bajo.
- Altos índices de corrupción.
- Pérdida del poder adquisitivo (la inflación fin de período fue 60,7%), deterioro de servicios públicos, creciente inseguridad ciudadana.
- Reducción del gasto social.

- La tasa de depreciación anual fue de 194%.
- La crisis financiera internacional de 1997, que impactó fuertemente en la economía de Ecuador al derrumbarse el precio del petróleo y reducirse sus exportaciones en un 41% durante 1998, esto es USD 625 millones. También se redujeron, en menor medida, las otras exportaciones, generando un saldo negativo de la Balanza de Pagos (USD 714 millones en 1997 y 2 119 millones en 1998), y el aumento de la deuda externa.
- El saldo de la deuda alcanzó, a finales de 1999, los 16 282 millones de dólares (98% del PIB) y su servicio supuso un promedio del 11% del PIB en 1998 y 1999.
- Grave crisis económica de Ecuador en el periodo 1998-2001, con las disminuciones del PIB y del Gasto Público, en especial del Gasto Social –que llegó a suponer tan sólo el 16% del total–, mientras que el servicio de la deuda se mantuvo absorbiendo el 40% del Gasto total.

Frente a la inestabilidad política, al deterioro económico y las pocas posibilidades de salir adelante (además de la reducción del gasto social por el pago de la deuda externa) los ecuatorianos tuvieron una visión negativa del país, en donde se anulaban las oportunidades para desarrollar sus proyectos de vida y el encontrar empleo se convirtió en una contrariedad debido a la inestabilidad laboral y a las bajas remuneraciones, eliminando así toda posibilidad de conseguir estabilidad económica. Esta visión negativa del país se comprobó en una investigación realizada por la empresa CEDATOS en 1999, que buscaba el Índice de Bienestar General de la Población; se obtuvieron los siguientes resultados:

Gráfico 4

Índice de Bienestar General de la Población

Ecuatorianos que creen que....	
El gobierno les garantiza tranquilidad	7%
Hay posibilidad de encontrar empleo	10%
Control de la inflación por el gobierno	8%
Creen que el gobierno no es honrado	67%
Confían en el descenso de la corrupción	10%
Hay posibilidad de futuro mejor para sí	8%
Creen que el país puede salir adelante	7%
Índice de Bienestar General	12%

Fuente y elaboración: CEDATOS, “Ecuador en perspectiva”, 1999.

En ese contexto los ecuatorianos buscaron nuevos medios de subsistencia y vieron a la migración como una nueva estrategia de reproducción social a mediano y largo plazo, mediante lo cual se esperaba obtener la superación personal y asegurar el futuro de los hijos.

En el año 2000 se implementa la dolarización en Ecuador y se observa un escenario de relativa recuperación económica, pero a pesar de esto, la migración no disminuyó, y las redes migratorias se consolidaron cada vez más al mismo tiempo que la gente buscaba salir antes de que se convirtiera en un requisito para los ecuatorianos poseer visa para ingresar en la Unión Europea (especialmente España e Italia. Durante el período 2000-2008 las personas a pesar de las trabas legales continúan emigrando por otros medios o a otros países de destino; según estudios en los últimos 7 años más de un millón de ecuatorianos salieron del país²¹.

La emigración es una decisión familiar más que una alternativa individual en la cual al momento de viajar se deja a la familia endeudada, pensando

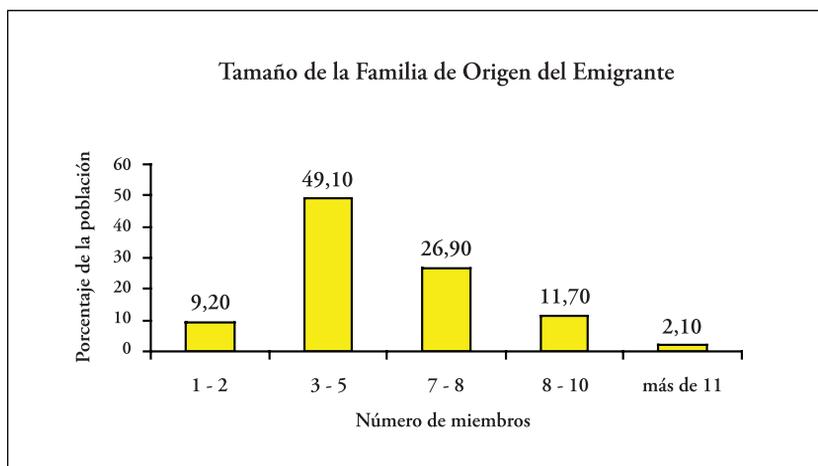
21 Datos obtenidos del Anuario de Migraciones del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEN).

do que con la remuneración percibida en el país de destino se pagaría la deuda y solventarían las necesidades, es decir no existían posibilidades de fracasar, ni regresar. Este proceso se ha repetido en varias familias, el emigrante que tuvo éxito fomentaba, aconsejaba, ayudaba a sus amigos, compadres, compañeros de trabajo a salir del país multiplicando significativamente el número de emigrantes. Además, los medios de comunicación creaban altas expectativas de una mejor calidad de vida en los países desarrollados.

Por tanto, se puede afirmar que la migración constituye una estrategia individual y colectiva de enfrentamiento a la crisis y una opción concreta para enfrentar la difícil condición política económica de los últimos años.

Esta estrategia familiar ha afectado a muchas familias lo que se puede observar al analizar el tamaño del hogar de los migrantes. El 49,1% de los emigrantes son miembros de hogares de tamaño medio de 3-5 personas, mientras que el 26,9% son de familias con 6-7 miembros. Existen un pequeño porcentaje que proviene de familias de 8 miembros donde la incidencia de la pobreza es más alta en un 52,9%.

Gráfico 5

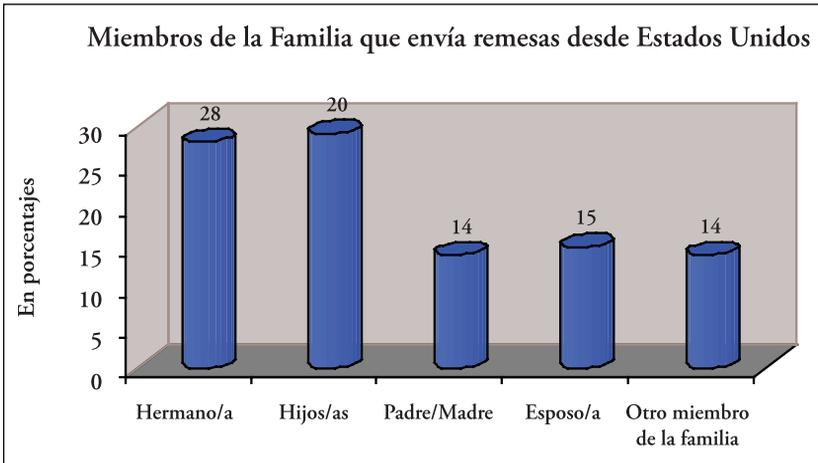


Fuente: INEC, Encuestas de hogares EMEDUR-EMEDINHO, 2000.

Elaboración: Nicole Pérez

El 51,4% de los emigrantes ecuatorianos son los hijos del jefe de hogar, en tanto que este último o sus esposas representan sólo el 17,1%. Por esta razón, la mayoría de remesas que provienen de Estados Unidos son de parte de los hijos (Gráfico 6). No obstante el 48% de los emigrantes han dejado hijos menores de 18 años. De los cuales el 65,4% han dejado entre uno o dos hijos.

Gráfico 6



Fuente: Banco Interamericano de Desarrollo, MIF, Remittances senders and receivers: Tracking the transnational channels.

Elaboración: Nicole Pérez

Acercas del porcentaje de hombres y mujeres que emigraron, la diferencia entre los sexos no es muy significativa, aunque existen ciudades donde esta se encuentra muy marcada. Por ejemplo, en la ciudad de Cuenca continúa siendo la población masculina la que más migra (67%). Consecuentemente, el porcentaje de mujeres que reciben remesas en el Ecuador (66%), es superior al porcentaje de hombres (34%).

La mayoría de emigrantes es gente joven menor de 35 años por lo que podría afirmarse que este grupo de la población es el más afectado por el desempleo y la inestabilidad en Ecuador.

Gráfico 7

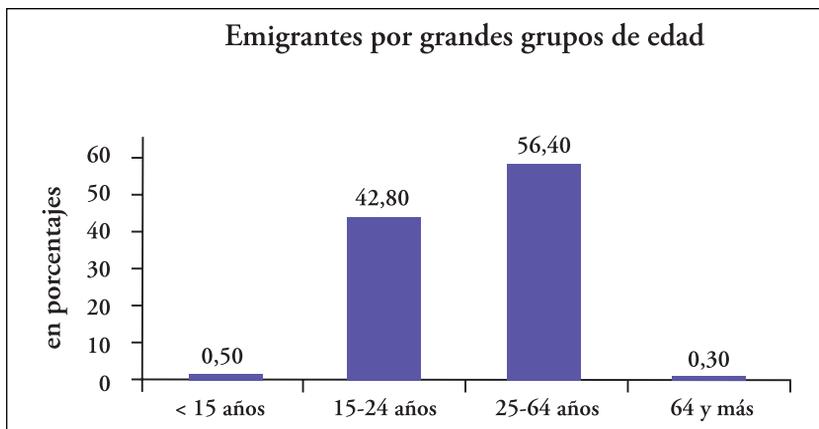


Tabla de contingencia: Grandes grupos de edad y sexo (2000-2006)

			E103. Por Sexo		Total
			Hombre	Mujer	
Grandes grupos de edad	< 15 años	Recuento % por Sexo	0 0%	1 313 1,1%	1 313 0,5%
	15-24 años	Recuento % por Sexo	51 409 42,4%	51 112 43,2%	102 521 42,8%
	25-64 años	Recuento % por Sexo	69 539 57,4%	65 359 55,3%	134 898 56,4%
	64 y más	Recuento % por Sexo	183 0,2%	428 0,4%	611 0,3%
Total		Recuento % por Sexo	121 131 100,0%	118 2112 100%	239 343 100%

Fuentes: Encuesta Condiciones de Vida, ECV (2005 - 2006), INEC. Sistema Integrado de Encuestas de Hogares, SIEH - ENEMDU (XII - 2006), INEC. Elaboración SIISE.

Elaboración: SIISE, Danilo Gortaire J.

Es decir, se podría señalar el perfil socioeconómico del emigrante, como personas, mestizas, con un nivel de educación media, principalmente serranas provenientes de familias de 3-5 miembros.

Estos individuos para poder emigrar incurrieron en una serie de gastos monetarios como son los costos de los trámites para salir del país (pasaportes, visas, documentos), del transporte (pasaje, estadía, alimentación), además de la pérdida de su salario si es que se encontraban trabajando en el Ecuador, y la disminución de sus ahorros mientras buscan un nuevo trabajo.

También los emigrantes asumieron pérdidas no monetarias como la separación de su familia, sus costumbres, al mismo tiempo que corrieron y corren muchos riesgos respecto a su estatus legal y su condición migratoria, de lo cual dependía que reciban salarios por debajo del mínimo sin beneficios sociales ni estabilidad, expuestos a la discriminación y a la xenofobia. Actualmente en los países de la Unión Europea y en Estados Unidos sino cumplen con los requisitos de permanencia legal pueden ser detenidos y deportados como si hubieran cometido algún delito. A este respecto se han visto casos de emigrantes ecuatorianos deportados, que han regresado con camisa de fuerza en el viaje desde España; también el caso de los emigrantes que utilizan mecanismos irregulares de movilidad (coyotes) hacia los Estados Unidos, quienes mantienen un riesgo constante de la pérdida de los derechos fundamentales, tales como la vida, integridad, libertad, seguridad personal y material.

Otro de los problemas más graves de la migración es la separación familiar que conlleva altos costos sociales y graves impactos psicológicos que afectan al emigrante y con más fuerza a los hijos. El costo de la desunión familiar que ocasiona el crecimiento de hijos sin padres pero con la capacidad de adquirir dinero fácilmente por las remesas que les envían involucra a estos jóvenes y niños en una sociedad consumista, en la cual acumulan dinero pero sin tener una buena educación, ni normas de moralidad, sin el afecto de sus progenitores, convirtiéndose en presas fáciles de abusos físicos y sexuales y vulnerables a los vicios como la drogadicción, aunque existen casos peores de algunos padres que ni siquiera envían dinero a sus hijos creando traumas de abandono e incrementando su pobreza. Actualmente una de las causas de deserción o pérdida del año lectivo según profesores de

escuelas y colegios de Quito es la emigración de los padres de los alumnos, lo que a su vez estigmatiza a los hijos de los emigrantes.

Así mismo, la migración se ha convertido en una forma de vida en algunas regiones del país, donde los jóvenes ven en ella una manera de obtener ingresos de forma rápida y únicamente esperan cumplir 18 años para emigrar.

Mientras, por el lado de los beneficios, cuando el emigrante es residente legal recibe ingresos mucho mayores de los que percibía en su país, mejorando notablemente su situación económica. Por ejemplo, para el año 2002 el salario básico de Ecuador era de 128,88 dólares, en tanto que un emigrante promedio en España recibía 600 dólares aproximadamente, es decir en España recibían 3 veces lo que podían ganar en el Ecuador. Para los emigrantes que han podido salir con toda su familia, los beneficios son superiores ya que sus hijos pueden acceder a mejores niveles de educación y mejores oportunidades de trabajo, pero actualmente la reagrupación familiar es un proceso complejo que toma entre 6 meses y 3 años, por el cumplimiento de requisitos tanto en el país de destino como en el Ecuador.

Aunque si bien la situación económica y monetaria del emigrante mejoró su estrato social generalmente decae ya que se ha subutilizado sus capacidades al realizar trabajos para mano de obra no calificada, debida a las reducidas posibilidades de ascensos; claro que existen personas que salieron de trabajar en los mismos sectores en Ecuador, por tanto no disminuyó su estratificación social, pero sí sus ingresos aumentaron. Es importante señalar que en la actualidad debido al incremento constante de las migraciones por las facilidades de transporte y de las comunicaciones, y por la imposición de los medios de comunicación de una política de miedo al extranjero (por relacionarlo con el terrorismo), los emigrantes ecuatorianos independientemente de estatus legal sufren de problemas de discriminación especialmente en los espacios y servicios públicos, lo que en la actualidad se visibiliza incluso en las escuelas y colegios donde asisten sus hijos.

IV. Los derechos de los migrantes en el contexto de la globalización

Los derechos que disfrutan los migrantes en el contexto de la globalización dependen del país donde viven y principalmente de su estatus legal, es decir si son nacionalizados, residentes o legales y los “ilegales”²².

Los migrantes que se han *nacionalizado* son los únicos que pueden acceder al estatus de ciudadano, mediante el cual se les reconocen todos los derechos y deberes, por medio de instituciones y políticas públicas.

En cambio los migrantes que poseen el estatus de *residentes o legales*, disfrutan de la mayoría de derechos económicos y sociales, pero en cuanto a sus derechos civiles en la mayoría de países de destino no poseen derechos básicos como la libertad de opinar, asociarse o realizar manifestaciones. “En el caso de Suiza la situación es mucho más extrema. Todo extranjero tiene prohibido expresar ideas políticas en reuniones tanto públicas como privadas sin autorización previa del gobierno (Hammar, 1993)”²³. Incluso estos migrantes tienen vetado el más representativo de los derechos de los ciudadanos, ya que no pueden votar en las elecciones y tampoco presentarse como candidatos.

Con relación a los derechos laborales de los migrantes que tienen estatus de legales, se cumplen los derechos con respecto a las condiciones trabajo, el salario percibido y las prestaciones por desempleo, pero en países como los de la Unión Europea (UE) los trabajadores migrantes están regulados por permisos y únicamente pueden trabajar en determinadas actividades económicas en varias zonas específicas, es decir se ven limitados en cuanto la libertad de elección de empleo y de circulación.

Otra de las limitaciones que tienen estos grupos de migrantes se refiere a la reagrupación de sus familias ya que para poder hacerla existen condiciones económicas y de tiempo que deben cumplir *a priori*. Por ejemplo, en España un migrante debe estar residiendo un año en territorio español y haber solicitado u obtenido la autorización de residencia para otro año más,

22 Término peyorativo que utilizan varios estados para referirse a las personas que se encuentran en situación irregular respecto de su estatus legal en un país distinto al que nació.

23 Peris, Marta, Centro de Estudios de Formación e Integración de Migrantes, Fundación de la Comunidad Valenciana, Introducción a los Procesos Migratorios, Valencia, España, 2007.

además debe demostrar que disponen de un alojamiento adecuado y medios de subsistencia suficientes para atender sus gastos y los de su familia, sin tomar en cuenta todos los trámites que debe hacer la familia en el consulado del país de origen que implica un tiempo promedio superior a los seis meses.

Finalmente a los migrantes que se encuentran en situación irregular, generalmente denominados “irregulares o ilegales”, no se les reconoce muchos de los derechos que disfrutaban los demás extranjeros que tienen sus papeles en regla.

Los inmigrantes irregulares tienen acceso muy limitado a los servicios sociales. En teoría estas personas están amparadas por la legislación internacional en derechos humanos, pero en la realidad la mayoría de constituciones de los Estados de destino no establecen claramente el reconocimiento de los derechos básicos de estas personas como el acceso a la salud o educación, sin embargo hay casos como por ejemplo en España, donde se reconoce el acceso a la educación y a la salud a los niños extranjeros sin importar su estatus legal.

Adicionalmente a las privaciones de derechos civiles y políticos que limitan a los extranjeros en situación legal, las personas que se encuentran con estatus de ilegales son vulnerables a que el Estado de destino inicie trámites de expulsión del territorio por decisión administrativa, mas no por resolución judicial.

Estas medidas son cada vez más utilizadas y difundidas como es el caso de la Directiva de Retorno, aprobada hace poco tiempo por el Parlamento Europeo, que permite internar a los inmigrantes irregulares durante un periodo de 18 meses, mientras se realizan los trámites para su repatriación. También autoriza a repatriar a los extranjeros menores de edad a terceros países sin su familia, y que se les reagrupe en sus lugares de origen con tutores que no sean familiares directos, o a instituciones adecuadas de su país, hecho que viola el Convenio sobre los Derechos de los Niños firmado por todos los países miembros de la UE. Además, se establece para los expulsados una prohibición de retorno a la UE de hasta cinco años. Para las ONG²⁴, la aprobación de esta directiva supone apostar en la UE por la pri-

24 Por ejemplo, SOS Racismo.

vacación de libertad de personas que no han cometido ningún delito y “retroceder todavía más” en los derechos hacia las personas inmigradas. Según SOS Racismo, la nueva normativa “estandariza” las garantías procesales “a la baja y no compromete de manera eficaz a los Estados, lo que a la práctica provocará “un vergonzoso retroceso de los derechos humanos en Europa”. De ahí que las organizaciones llamen a la Directiva del Retorno, ‘Directiva de la Vergüenza’.

Estas políticas y el incumplimiento de los derechos de las personas migrantes en los países de destino nos muestran que aún en la actualidad, a pesar el proceso de la globalización, los derechos de las personas están vinculados al estatus de ciudadanía. Ciudadanía que no va acorde con las realidades territoriales, económicas y culturales de la actualidad ya que los derechos de las personas no pueden depender únicamente de la legalidad de las políticas públicas de los Estados “nacionales”, puesto que tanto su temática o las condiciones de eficacia de los derechos y deberes, como los actores o movimientos sociales que los promueven o se resisten a ellos, se mueven en ámbitos transnacionales o globales en unos casos, locales o subestatales, en otros.

“El planteamiento de los derechos ciudadanos exige hoy una dimensión de los derechos “globales” y los derechos “locales”²⁵. Es decir, es necesario un horizonte innovador de los derechos humanos en el que se puedan en primera instancia garantizar los derechos adquiridos en las Constituciones y Declaraciones Universales, y en el cual “la soberanía sea entendida como un criterio que se aplica frente a la injerencia extranjera, la imposición de modelos o presencia de grandes transnacionales. Pero no puede ser utilizada como argumento para restringir la movilidad de personas.

El eje rector de toda política de desarrollo debe ser la persona y un país soberano no es el que puede o no excluir a las personas, sino el que garantiza el ejercicio efectivo de sus derechos”²⁶.

25 Borja, Jordi, *Los derechos en la globalización y el derecho a la ciudad*, Laboratorio de Alternativas, Barcelona, España, 2004.

26 Benavides Llerena, Gina, *Informe Sombra al Primer Informe del Estado Ecuatoriano sobre el Cumplimiento de la Convención Internacional para los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, Análisis Sobre Información General*, Coalición Interinstitucional para el Seguimiento y Difusión de la Convención Internacional para los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, abril 2007.

Un modelo en el cual la ciudadanía social de los migrantes no se detenga en el umbral de la ciudadanía política, ya que en la actualidad bajo el pretexto de la seguridad nacional los inmigrantes no tienen permitido interferir en las políticas de los países de destino y han tenido que esperar largos períodos para acceder a los derechos de los ciudadanos. “Resulta una completa aberración que la idea de ciudadanía, anclada en la noción de nacionalidad, haya pasado a funcionar como cobertura del privilegio y como fuente de exclusión y discriminación, frente a los no nacionales, frente a los no ciudadanos”²⁵.

Esta realidad de los migrantes que viven bajo medidas excluyentes ha desembocado en manifestaciones como los disturbios ocurridos en París (octubre 2005), que visibilizó la inconformidad de los hijos de inmigrantes que afirmaban vivir en guetos con miedo constante.

Otra muestra de la insatisfacción de los migrantes frente a la exclusión es la manifestación ocurrida en el 2006 en Estados Unidos donde millones de personas se congregaron en protestas por una reforma integral contra las leyes de inmigración existentes. Las protestas comenzaron en respuesta a la propuesta legislativa conocida como H.R. 4437, que aumentaría las penalidades para la inmigración indocumentada, y clasificaría a los extranjeros indocumentados y a cualquier otra persona que los ayudase a entrar o permanecer en los Estados Unidos como criminales.

Estos dos ejemplos de manifestaciones en Europa y Estados Unidos nos demuestran las paradojas actuales donde se visibiliza el contraste entre los sistemas jurídicos vigentes, los cambios deseados y la impotencia colectiva para realizarlos.

En ese contexto de desigualdad, vulnerabilidad e intolerancia frente a la migración en casi todas las partes del mundo, en Ecuador en los últimos años el fenómeno migratorio se caracteriza por la complejidad que ha adquirido al ser un país emisor de emigrantes, receptor de inmigrantes y refugiados y país de tránsito hacia Estados Unidos. “En efecto, aparte del incremento del flujo de ecuatorianos que han salido al exterior desde fina-

25 Pisarello, Gerardo, *Teoría del neoconstitucionalismo*, Editorial Trotta, Universidad de Barcelona, 2007. Véase el capítulo “Globalización, Constitucionalismo y Derechos: Las vías del cosmopolitismo jurídico”.

les de la década pasada, el Ecuador ha pasado a ser el que recibe al mayor número de refugiados en América Latina y un elevado número de inmigrantes sobre todo de sus países vecinos”²⁶.

Por todo lo anotado, es interesante para el análisis de este artículo conocer la realidad del Ecuador frente al complejo fenómeno migratorio, específicamente la situación de los emigrantes ecuatorianos y las perspectivas constitucionales propuestas para la protección de sus derechos en el fenómeno de la globalización.

4.1. La realidad de los emigrantes ecuatorianos y la intervención del estado ecuatoriano

Para hablar de la intervención del estado ecuatoriano frente a los derechos de los migrantes ecuatorianos hay que tomar en cuenta el contexto transnacional donde se incluyen tanto los migrantes como sus familias que se quedaron en Ecuador.

A pesar de los efectos que sufren los emigrantes y sus familias, en el Ecuador, sus derechos se encuentran limitados por la carencia de un marco jurídico acorde con las normas internacionales de derechos humanos, y en los casos en que existe un reconocimiento de los derechos no existen políticas articuladas que garanticen el ejercicio efectivo de los mismos.

Los ecuatorianos gozan de libertad para entrar y salir del país, pero las regulaciones que se aplican tanto frente a los emigrantes como a sus familias en el Ecuador son mínimas, entre las que podemos citar: Ley para el sufragio de los ecuatorianos en el exterior, Ley orgánica del servicio exterior, Ley de la defensoría del pueblo, Ley de derechos consulares, repatriación de ecuatorianos indigentes. Es decir, no existe una política que englobe el hecho migratorio con la complejidad necesaria que tome en cuenta los problemas y oportunidades que el fenómeno presenta.

A pesar de las buenas voluntades, planes y acuerdos firmados por el Ecuador como la Convención Internacional para los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, faltan mecanismos que posibiliten el ejercicio

26 Secretaría Nacional del Migrante, *Plan Nacional de Desarrollo Humano para las Migraciones (2007/2008)*, Quito.

efectivo de los derechos de los ecuatorianos en el extranjero, quienes en investigaciones realizadas²⁷ en España afirman tener sentimientos de desconfianza y falta de credibilidad frente al gobierno ecuatoriano, porque mantienen los imaginarios de la crisis política de cuando salieron del país o porque afirman que los proyectos que se han llevado a la práctica desde el Gobierno han manifestado una desconexión con la realidad y las necesidades de los emigrantes ecuatorianos. Por ejemplo, la Secretaría Nacional del Migrante en su accionar en el primer año de funcionamiento (aparte de la atención directa a los familiares de los emigrantes) tiene como uno de sus principales proyectos el retorno de los emigrantes.

El proyecto es criticado en parte debido a la coyuntura económica nacional que es incapaz de crear posibilidades de generación de empleos; si bien la mayoría de emigrantes ecuatorianos tienen deseos de regresar al Ecuador, sus expectativas de hacerlo son en un período indefinido o a largo plazo²⁸. Adicionalmente han existido proyectos similares en empresas y ONG internacionales que proponían créditos para la creación de microempresas, pero que tuvieron que ser reestructuradas ya que existía interés de los migrantes en invertir el dinero pero pocas expectativas reales de retornar.

Existe también, tanto en Ecuador como en la Unión Europea –principalmente España e Italia–, incertidumbre sobre la situación de los hijos de los emigrantes que son aún menores de edad y que permanecen en Ecuador. Aparte de las demandas de los familiares para agilizar los procesos de reagrupación familiar –frente a lo cual el gobierno español es el que tiene la última palabra– hay vacíos legales respecto de la tenencia y pensiones de alimentos de los niños; sin tomar en cuenta los factores psicosociales que afectan a estos menores por la separación con sus padres.

El mayor debate y preocupación en torno a la emigración se basa principalmente con relación a las remesas que envían los emigrantes, ya que en

27 Véase Pérez, Nicole, “El papel de las asociaciones de inmigrantes ecuatorianos en el Codesarrollo Ecuador-España”, 2007; o Martínez, Alejandro, “Remesas enviadas por los inmigrantes ecuatorianos de España: cuantía, utilización y uso de instituciones bancarias”, Tesis, Madrid, 2008.

28 Aunque simbólicamente la gente afirme su voluntad de regreso, en la práctica no tienen planes concretos para hacerlo o dependen de coyunturas externas a su decisión, principalmente respecto a la situación política y a la estabilidad económica del Ecuador, como una condición *a priori* para su retorno.

la actualidad, el rubro ‘remesas’ es el segundo con mayor aporte en la balanza de pagos, superado únicamente por las exportaciones de petróleo²⁹. Este flujo de divisas, por tanto, se vuelve clave en un contexto de dolarización, toda vez que este esquema monetario requiere de divisas para su sostenimiento; frente a lo cual hay iniciativas que buscan fortalecer la inversión de las remesas mediante la cooperación internacional y el codesarrollo³⁰. Principalmente con España, existen proyectos de cooperación en los que, en la mayoría de casos, están involucrados gobiernos seccionales cuyos beneficiarios son comunidades indígenas que tienen un alto porcentaje de emigrantes.

Frente a ese tipo de procesos existe mucha expectativa de las asociaciones de emigrantes ecuatorianos radicados principalmente en España, quienes tienen la voluntad de trabajar en proyectos de desarrollo del Ecuador pero carecen de las herramientas y los mecanismos necesarios para llevarlos a cabo.

Finalmente, con relación a la institucionalidad, los principales organismos del Estado –en los cuales la migración es un eje transversal o principal– son el Ministerio de Relaciones Exteriores, el Ministerio de Gobierno y la Secretaría Nacional del Migrante (SENAMI). Entre estas instituciones existe dispersión y en algunos casos hasta duplicación de responsabilidades de las diferentes dependencias. Como afirma la Coalición Interinstitucional de las Migraciones³¹, hay una actitud asistencialista y la excesiva burocratización de ciertas instancias de defensa y protección de derechos, espacios que carecen de una perspectiva integral de exigibilidad y empoderamiento.

29 Pérez, Nicole, “La Evolución del Perfil Socioeconómico del Emigrante Ecuatoriano y su Impacto en la Tendencia de las Remesas Período 1990-2003”, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Facultad de Economía, Disertación de Grado, Quito, noviembre 2004.

30 Vinculación entre migración y cooperación al desarrollo.

31 Benavides Llerena, Gina, *Informe Sombra al Primer Informe del Estado Ecuatoriano sobre el Cumplimiento de la Convención Internacional para los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, Análisis Sobre Información General*, Coalición Interinstitucional para el Seguimiento y Difusión de la Convención Internacional para los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, abril 2007.

4.2. Hacia una Nueva Propuesta Migratoria en el Ecuador

Antes de empezar a realizar planteamientos que serían de utilidad para una nueva política migratoria, es importante recalcar que a pesar de las múltiples necesidades jurídicas pendientes frente a las migraciones, existe la voluntad política del gobierno ecuatoriano de incluir las problemáticas del hecho migratorio en el proceso de cambio de la estructura jurídica que actualmente tiene el Ecuador. Esto se puede ver, en primer lugar, en la creación de la Secretaría Nacional del Migrante (marzo 2007), o en la disposición del Presidente Constitucional de la República, Rafael Correa, mediante la cual desde el 20 de junio de 2008, no se necesita visa para ingresar al Ecuador desde cualquier parte del mundo (con estadía máxima de 90 días), o la propuesta realizada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MDJH) a la Asamblea Constituyente, la que señalaremos a continuación.

En la propuesta sobre derechos del MJDH, la migración en primer lugar es un eje transversal en el que estaría implícita la responsabilidad del Estado, de hacer respetar los derechos establecidos “en la Constitución y en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales de derechos humanos (...). De igual modo, los poderes privados estarán vinculados y limitados por los derechos humanos”³², es decir una organización política y social donde el ser humano sea el centro.

Existen varios artículos en los que están incluidos de forma transversal los derechos de los migrantes ecuatorianos como el derecho a la libertad, de forma específica la libertad física y de movimiento, la libertad de tránsito, la cual propone que toda persona puede salir libremente del país o que no puede ser privada de su libertad, salvo por causas fijadas en la Ley.

En esta propuesta también se establece el derecho de las personas ecuatorianas residentes en el extranjero a participar políticamente, quienes tendrán el derecho no obligatorio a votar, a presentar proyectos de ley y a pertenecer a partidos políticos y, para cierto tipo de elecciones, ser candidatos (como fue el caso de la Asamblea Constituyente).

Otro punto novedoso de la propuesta del MJDH es, que de forma transversal, se toma en cuenta a la familia de los migrantes de manera espe-

32 Propuesta del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

cífica a los niños, niñas y adolescentes, ya que se plantean dentro de sus derechos:

- Conocer a su padre y madre, a ser cuidados por ellos en igual proporción y a mantener relaciones afectivas permanentes, personales y regulares con ambos progenitores y demás parientes, siempre que no sea perjudicial para el niño, niña y adolescente.
- Recibir información acerca del paradero de sus progenitores o familiares ausentes, a no ser que ello resultare perjudicial para el bienestar del niño, niña o adolescente.
- Recibir protección a su familia internacional, que garantice la protección integral de sus miembros, en especial de niños, niñas, adolescentes, adultos mayores y otras personas que requieran de protección especial.

Con relación a los derechos de la persona ecuatoriana en el extranjero, esta propuesta reconoce que toda persona ecuatoriana en el extranjero puede gozar y ejercer los derechos reconocidos en nuestra Constitución y los instrumentos internacionales.

Como último punto novedoso de la propuesta del MJDH, está el derecho de los emigrantes ecuatorianos a solicitar y recibir ayuda consular en los países de tránsito y de destino, además de ser consultados sobre la clase y la calidad de los servicios que el Ecuador les presta en los países de su residencia, tránsito o destino.

Además, hay que tomar en cuenta la existencia de esfuerzos de la sociedad civil³³ para llevar a cabo una propuesta migratoria global enfocada en la participación de las organizaciones de migrantes y sus necesidades, en la cual también se ha buscado proteger los derechos de los emigrantes y de sus familias.

Para terminar la temática del presente artículo, señalaremos algunas de las demandas de los emigrantes ecuatorianos investigados en España, con relación a la política migratoria del Ecuador y al estado ecuatoriano en general³⁴.

33 Entre las iniciativas están la del Plan Migración, Comunicación y Desarrollo, y la Coalición Interinstitucional para las Migraciones.

34 Véase Pérez, Nicole, *El papel de las asociaciones de inmigrantes ecuatorianos en el Codesarrollo Ecuador - España*, Fundación CEIMIGRA, Valencia, 2007.

Para los emigrantes ecuatorianos, en primer lugar para poder fomentar una propuesta migratoria acorde con la realidad es necesario que el estado ecuatoriano haga un diagnóstico social y tenga estadísticas reales que visibilicen la situación de migrantes y sus familias, con el objetivo que cualquier iniciativa tenga como un componente primordial la realidad y las demandas efectivas de las personas.

De acuerdo con la realidad y sus necesidades se debe plantear una política migratoria basada en los estándares internacionales de derechos humanos que posea principios en este ámbito, además libre movilidad, género, generacional, interculturalidad, diversidad y el principio de reciprocidad, es decir una política que aborde la emigración de una manera integral, como un hecho multicausal, que genera pérdidas y oportunidades para los individuos y para el país.

El Ecuador, además de continuar reconociendo la libre movilidad de los ecuatorianos hacia el extranjero, debe buscar garantizar sus derechos en cualquier parte del mundo indistintamente de su condición migratoria, mediante la utilización de los mecanismos consulares y los instrumentos internacionales necesarios. Es importante tomar en cuenta que la ley no sólo debe contemplar los derechos de los emigrantes, sino de todo su núcleo familiar —en la mayoría de los casos son familias transnacionales— que requiere de protección y atención especial para niños, niñas, adolescentes, discapacitados y adultos mayores.

En asuntos consulares a pesar de que hace pocos meses se implementó un servicio de asesoría legal en algunos consulados, frente a esta oferta de servicios existe un exceso de demanda de los emigrantes por acceder a la asesoría en temas de extranjería, reagrupación y cuestiones legales en general. Por lo que se visibiliza que el Ecuador complementariamente a la generación de mecanismos legales que protejan a los emigrantes, debe implementar servicios permanentes de información, orientación y atención integral a los emigrantes y sus familiares, que contenga mecanismos de protección, así como repatriación de personas fallecidas o de personas detenidas.

Otra de las demandas para las propuestas migratorias desde los mismos emigrantes ecuatorianos³⁵, es que la SENAMI se encargue de generar y

35 *Ibid.*

negociar convenios con los gobiernos de los distintos países de destino para agilizar los trámites necesarios de los documentos a ser utilizados en esos países, además de políticas que permitan que los inmigrantes cualificados desarrollen sus potencialidades en las áreas que están capacitados (homologación de títulos), o que se viabilice y reglamente convenios existentes como el establecido entre la seguridad social de España y el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social de Ecuador.

Otro de los temas que genera preocupación en la población emigrante es la integración en la sociedad de acogida, frente a lo cual piensan que sería más fácil si los consulados realizan actividades para difusión del Ecuador, su cultura y sus costumbres.

Complementariamente, los emigrantes piensan que la SENAMI debería encargarse de gestionar proyectos de desarrollo en el Ecuador, para que las condiciones económicas del país mejoren, mediante la generación de empleo y aumento de los salarios, y de esta forma puedan regresar. Los emigrantes ponen mucho énfasis en este último tópico, respecto a sus deseos de volver siempre que se mejoren las condiciones en Ecuador.

Solicitan también asesoría, incentivos (impuestos) y seguridades (sistema bancario y seguridad ciudadana) para invertir en nuestro país, con facilidades para obtener préstamos en Ecuador y pagarlos desde España, para implementar empresas, microempresas y comprar viviendas sin necesidad del retorno del emigrante.

Frente a estas demandas creemos que también es necesario cambiar la estructura de la emigración, pues si bien permite la libre movilidad de los ecuatorianos, que exista también el derecho a no migrar. No se trata de proclamar trasnochados nacionalismos que afirmen que el ecuatoriano tiene que estar en Ecuador; cada persona debe sentirse libre de estar en su tierra o en territorios lejanos. Si el ecuatoriano emigra, que no sea obligado por la falta de oportunidades o la decepción. Si el ecuatoriano elige emigrar, que sea por las ganas desbordantes de buscar nuevos horizontes, abrirse a nuevas lenguas, a nuevas culturas³⁶.

Para concluir, es importante recalcar para que los derechos de los ecua-

36 Pérez, Nicole, "Análisis de los efectos de la emigración en el Ecuador y el futuro de las remesas en el mediano plazo", Cartilla No. 18, Plan Migración, Comunicación y Desarrollo, 2007.

torianos se cumplan efectivamente en el contexto de la globalización, internamente como país es necesario la interconexión entre las instituciones encargadas para atender de una manera eficiente y efectiva a la complejidad del fenómeno en el país, y a escala global, puesto que el estado ecuatoriano solo no tiene la capacidad de cambiar las estructuras existentes, ni las políticas de los países de destinos, puede generar convenios o participar en bloques de países latinoamericanos que busquen paliar políticas xenofóbicas y que exijan el cumplimiento de los convenios internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Para finalizar, en Ecuador es necesario romper la contradicción política e ideológica marcada por un nacionalismo exacerbado que en primer lugar, defiende los derechos de libre movilidad de los ecuatorianos en el mundo, y en segundo lugar, busca proteger las fronteras ecuatorianas de las amenazas extranjeras a la seguridad nacional y a la competencia laboral.

V. Bibliografía

- Abya-Yala, *Mujer y migración: Alcances de un fenómeno nacional y regional*, Quito, Ecuador, 1995.
- Acosta Alberto, *Breve Historia Económica del Ecuador*, 1997.
- , *Deuda Externa y Migración, una relación incestuosa*, La Insignia, Ecuador, septiembre 2002.
- Alisei y Cuidad, *La migración en el Ecuador (1997-2003). De la impertinente crisis a la centralidad de las redes*, Quito, Ecuador, 2004,
- Bailey, Ronald, “Not Be Getting Richer, But they are living longer, eating better, and learning to read”, *Reason Magazine*, marzo 2005.
- Benavides Llerena, Gina, *Informe Sombra al Primer Informe del Estado Ecuatoriano sobre el Cumplimiento de la Convención Internacional para los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, Análisis Sobre Información General*, Coalición Interinstitucional para el Seguimiento y Difusión de la Convención Internacional para los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, Quito, Ecuador, abril 2007.
- Borja, Jordi, *Los derechos en la globalización y el derecho a la ciudad*, Laboratorio de Alternativas, Barcelona, España, 2004.

- Caicedo Millán, Yamil Allex, *Economía internacional: perspectiva latinoamericana*, Bogotá, 2002
- Carpio, P., "Immigration, Law, and Marginalization in a Global Economy: Notes from Spain", *Law Society Review*, 32 (3): 529-566, España, 1998.
- Consejería de Trabajo y Política Social de la Región de Murcia, Informe del Observatorio Permanente de la Inmigración, España, 2001.
- Chacholiads, Miltiades, *Economía Internacional*, Mac-Graw Hill, México, 1992.
- Doryan, Eduardo, *Economía y Reconversión Industrial*, Ecuador, 1993.
- Dózuville Leopoldo, "Boletín de Emigración: La tutela del emigrante español", España, 1916.
- Encuesta Condiciones de Vida, ECV (2005 - 2006), INEC. Sistema Integrado de Encuestas de Hogares, SIEH - ENEMDU (XII - 2006), INEC, Elaboración SIISE. Danilo Gortaire J.
- Espiago, Javier, *Migraciones Exteriores*, Aula Abierta Salvat, Barcelona, 1982
- Fondo Multilateral de Inversiones del Banco Interamericano de Desarrollo, "Informe Final: Estudio sobre las remesas enviadas por los emigrantes latinoamericanos residentes en España a sus países de origen", España, 2002.
- Fondo Multilateral de Inversiones, "Receptores de Remesas en el Ecuador-Una Investigación de mercado", Banco Interamericano de Desarrollo, mayo 2003, Ecuador.
- Gómez Gil, Carlos, *Observatorio de la Inmigración en Alicante. Evolución de la Población Extranjera en la Comunidad Valenciana*, España, julio 2005.
- Guerrero Perrona, Alberto, *Materiales de la Fundación CeiM*, Valencia, España, 2006.
- Hidalgo, Francisco, *Migraciones: un juego de cartas marcadas*, Quito-Ecuador, 2004.
- Jornadas "Migraciones y desarrollo: Ecuador", Fundación CeiM, Valencia, 20, 21 y 22 octubre 2005.
- Kindlerberger, Charles, *Economía Internacional*, Editorial Aguilar, Madrid, España, 1910.
- Lacomba, Joan, *Migraciones y Desarrollo en Marruecos*, Valencia-España, 2004.
- Moctezuna, Miguel, *Morfología y desarrollo de las asociaciones de mexicanos*

- en E.U. *Un sujeto social y político extraterritorial*, México, noviembre 2005.
- Pauker Plitman, Ruth, *La crisis bancaria*, Fundación Friedrich Ebert, Quito, 2002.
- Pedone, Claudia, *Estrategias migratorias y de poder*, Quito-Ecuador, 2006
- Penrose, Edith T., *La economía del sistema internacional de patentes*.
- Pérez, Nicole, “Análisis de los efectos de la emigración en el Ecuador y el futuro de las remesas en el mediano plazo”, Cartilla No. 18, Plan Migración, Comunicación y Desarrollo, Quito, “El papel de las asociaciones de inmigrantes ecuatorianos en el Codesarrollo Ecuador - España”, Fundación CEIMIGRA, Valencia, 2007.
- Peris, Marta, *Introducción a los Procesos Migratorios*, Centro de Estudios de Formación e Integración de Migrantes, Fundación de la Comunidad Valenciana, Valencia, España, 2007.
- Pisarello, Gerardo, *Teoría del neoconstitucionalismo*, Capítulo: “Globalización, Constitucionalismo y Derechos: Las vías del cosmopolitismo jurídico”, Editorial Trotta, Universidad de Barcelona, 2007.
- Red de Universitaria de Investigación sobre Cooperación al Desarrollo y el Ayuntamiento de Madrid, “El Codesarrollo en España-Protagonistas, discursos y experiencias”, Carlos Jiménez, Julio Martínez, Mercedes Fernández, Almudena Cortés.
- Salvatore, Dominick, *Economía Internacional*, Prentice Hall, Sexta Edición, México, 1999.
- Samuelson, Paul, *La economía internacional del desarrollo*, Meier, Gerald M., Madrid
- Sen, Amartya, *Desarrollo y Libertad*, Editorial Planeta, Colombia, 2000.
- Toni, Comín, *Aldea Global, Justicia Parcial*, Ed. Cristianisme i Justícia, España, 2003
- Tugores Ques, Juan, *Economía internacional: globalización e integración regional*, Barcelona, España, 2006
- Universidad de Barcelona, Migración y Cambio Social, *Elementos facilitadores de la integración del colectivo ecuatoriano residente en Sotana*, España, 1 agosto 2001.
- Varios Autores, *Verdades y Medias Verdades de la migración*, Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales, Quito, Ecuador, 2003.

Villamar, David, *Las remesas de los emigrantes y sus efectos en la economía ecuatoriana*, Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales, Quito, Ecuador, 2002

Tesis y Disertaciones de Grado

Espinoza, Karolyn, “Efectos de la migración internacional en la oferta laboral de los miembros del hogar que permanecen en el país: El caso el Ecuador”, Tesis, Instituto de Estudios Sociales, La Haya, Diciembre, 2001.

González, Cristian, “La migración en la población del cantón Azogues: sus efectos económicos y sociales en el período 1990-1999”, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Facultad de Economía, Tesis, Ecuador, 2002.

Pérez, Nicole, “La Evolución del Perfil Socioeconómico del Emigrante Ecuatoriano y su Impacto en la Tendencia de las Remesas Período 1990-2003”, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Facultad de Economía, Disertación de Grado, Quito, noviembre 2004.

Revistas

Gómez Ciriano, Emilio J., “Ecuatorianos en España: historia de una inmigración reciente, Ecuador”, *Ecuador Debate* (Quito), 2001.

Guy Pfeffermann , “The Eight Losers of Globalization”, *The Globalist* (Estados Unidos), abril 2002.

Jokisch, Brad D., “Desde Nueva York a Madrid: tendencias en la migración ecuatoriana”, *Ecuador Debate No. 54* (Quito), 2001.

Walmsley, Emily, “Transformando los pueblos: la migración internacional y el impacto social al nivel comunitario”, *Ecuador Debate No 54* (Quito), 2000.

Internet

Intermon Oxfam, Stop The dumping, Estados Unidos, 2006, Internet, http://www.oxfam.org.uk/what_we_do/issues/trade/downloads/bp31_dumping.pdf.

UNESCO Institute for Statistics, Montreal, International flows of selected cultural goods and services, Internet, http://www.uis.unesco.org/template/pdf/cscl/IntlFlows_EN.pdf, Acceso: 25 junio 2008.

Plurinacionalidad: una propuesta constitucional emancipadora

Raúl Llasag Fernández

Sumario

I. Introducción. II. Ideas preliminares. 2.1. Poscolonialidad. 2.2. Emancipación. 2.3. Plurinacionalidad. III. Estructura del estado nación. 3.1. Una nación o uninacional. 3.2. Monocultural. 3.3. Institucionalidad centralizada (división de tres poderes del estado). 3.4. Sistema económico capitalista y neoliberal. 3.5. Democracia liberal. 3.6. Monismo jurídico. 3.7. Territorialidad homogénea. IV. Crisis del estado nación y estado pluricultural y multiétnico. 4.1. Crisis del estado nación. 4.2. Estado pluricultural y multiétnico ecuatoriano. V. Plurinacionalidad. 5.1. Plurinacionalidad. 5.2. Institucionalidad descentralizada y convivencia de instituciones públicas no estatales. 5.3. Diversidad cultural. 5.4. Diversidad democrática. 5.5. Modelo económico no extractivista. 5.6. Pluralismo jurídico. 5.7. Territorio descentralizado y autonomías de territorios indígenas. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía. VIII. Anexos. 1. Nacionalidades indígenas del Ecuador. 2. Pueblos indígenas del Ecuador.

I. Introducción

La idea de la plurinacionalidad ha generado expectativas de esperanzas y cambios en una parte de la población, mientras que para la mayoría, temores, dudas y oposición.

Las dudas y temores de la plurinacionalidad no han sido procesados, debatidos e investigados en profundidad en espacios públicos, ni en la academia ecuatoriana. Esto ha dado lugar a una oposición infundada y la creación de varios mitos¹ alrededor de la plurinacionalidad, como por ejemplo: se daría lugar a la creación de pequeños estados y se fraccionaría el ecuatoriano; la institucionalidad estatal se volvería caótica; se crearían enclaves no democráticos; se frenaría el desarrollo económico del país; la pluralidad jurídica daría lugar al reconocimiento de formas de administración de justicia que violenta derechos humanos y la equidad de género; el territorio ecuatoriano es homogéneo.

Este artículo no pretende analizar los mitos, sino hacer un contraste entre el estado nación y el estado plurinacional, para finalizar con unas conclusiones que demuestren que los mitos no son más que relatos idealizados sin ningún sustento.

En ese sentido, este artículo tendrá cuatro partes: la primera contendrá algunas ideas preliminares con respecto a los conceptos que utilizaremos en el artículo.

En la segunda parte, analizaremos la estructura del estado nación: uniculturalidad, centralidad institucional (división de los tres poderes del estado), monoculturalidad, democracia liberal, sistema económico capitalista y neoliberal, monismo jurídico y territorialidad homogénea.

En la tercera parte, analizaremos de forma muy general la crisis del estado nación y la respuesta que da lugar al estado multiétnico y plurinacional, que siendo un avance para el movimiento indígena, aún mantiene casi la misma estructura del estado nación, que ha impedido la concreción de los derechos colectivos de los pueblos indígenas y afrodescendientes.

En la cuarta parte, analizaremos la estructura del estado plurinacional en contraste con los elementos que desarrollamos al analizar el estado nación: plurinacionalidad (uniculturalidad), instituciones descentralizadas (instituciones centralizadas), demodiversidad (democracia liberal), sistema económico no extractivista (capitalismo y neoliberal), pluralidad jurídica (monismo jurídico) y diversidad territorial (territorio homogéneo).

En la parte final realizaremos algunas conclusiones.

1 Mito, lo usamos en este artículo, como un relato idealizado.

II. Ideas preliminares

2.1. Poscolonialidad

La poscolonialidad, en este artículo, será entendida como la reproducción de prácticas coloniales de exclusión, marginación y discriminación de varios sectores: los miembros de los pueblos y nacionalidades indígenas, mujeres, menores de edad, personas que carecen de patrimonio, dependientes, anal-fabetos, entre otros.

La producción de la inferioridad y la invisibilización de lo indígena y de otros sectores, fueron cruciales para los colonizadores o invasores y luego para los criollos que promovieron la “independencia” de lo que hoy conocemos como Ecuador. Efectivamente en la colonia el indígena es categorizado como menor, rústico y miserable, categorías que permitieron el despojo de su capacidad como persona y de todos los recursos naturales².

Al describir el estado nación, queremos demostrar que no cambia en nada la situación de la gran población marginada e indígena, porque el proceso de “independencia” republicana fue promovido y controlado por la misma oligarquía criolla³, que únicamente, pretendía mantener sus particulares privilegios que se veían afectados por el gobierno fáctico de España, por tanto no hay la intención de cambiar la estructura exclusión, marginación y de subordinación económica, política y discriminación de la gran mayoría de la población. Por ello, los criollos y sus descendientes en el poder se pliegan a las exigencias de los nuevos dueños: ingleses y norteamericanos en su primer momento y luego a los intereses de las empresas trans-

2 Clavero, Bartolomé, *Ama llunku, Abya Yala: Constituyente indígena y código ladino por América*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, pp. 308-333.

3 Son los nacidos en el continente Americano, de padres españoles, o españoles mismos, que se creían de la alta sociedad y pretendían ser la clase dirigente, presumiendo de ascendencia blanca frente a los mestizos y mulatos. Los criollos junto con los españoles que se les unieron, hicieron la “independencia” del Estado ecuatoriano para reunir al poder político y al económico en nombre del pueblo soberano, sin dejar de presentarse como libertadores frente a la opresión y hasta los abusos de “los españoles”. Los abusos sobre los indios y negros cesaron de parte de los españoles expulsados, pero no de los españoles y criollos que se quedaron. De ellos descende la oligarquía que continúa rigiendo nuestro país, que mantiene en la miseria y marginación a una gran mayoría de la población ecuatoriana.

nacionales, quienes ingresan con todo su poder y capital para apropiarse de nuestras riquezas.

El neocolonialismo en que vivimos justifica que el estado no puede permanecer neutral, sino que le obliga a desarrollar acciones afirmativas y reconocer derechos especiales para los grupos históricamente marginados.

Bajo esta premisa al desarrollar los elementos del estado plurinacional tomaremos como un elemento transversal para justificar las acciones afirmativas y el desarrollo de derechos especiales a favor de los sectores marginados.

2.2. Emancipación

Todo proceso tiene una trayectoria: de la situación de exclusión, marginación y discriminación, que la hemos denominado colonialismo, y su reproducción en el estado nación como neocolonialismo, se busca el paso a una situación de inclusión y reconocimiento de todas las diversidades, personas y conocimientos (proceso al que denominamos emancipación). Esta inclusión la entendemos como sujetos de derechos y de conocimiento y no como objetos de protección.

2.3. Plurinacionalidad

Partimos de la premisa que la plurinacionalidad se sustenta en la diversidad real e innegable del Ecuador. Por ello la concebimos como la propuesta de un nuevo modelo de estado, institucional, cultural, económico, democrático, territorial, que incluye a todas las personas ecuatorianas, que busque el bienestar equitativo de los seres humanos, regiones, culturas y naturaleza, que garantice el *Alli Kausay*⁴, cuyos componentes lo desarrollaremos en el título de la plurinacionalidad.

Concebida así la plurinacionalidad y conscientes que la propuesta nació liderada por el movimiento indígena en el caso del Ecuador, es preciso dejar sentado que no es una propuesta “indigenista” o solamente para indios, sino

4 *Alli kausay*, frase kichwa cuya traducción literal es buen vivir. En la filosofía andina es un principio que permite la armonía del ser humano con la familia, la comunidad y la naturaleza.

una propuesta integral en la que se incluyen a todas las personas ecuatorianas, diversidades, regiones, culturas y naturaleza no como objeto, sino como parte complementaria del todo.

Sin embargo, nuestra experiencia puede ser que nos lleve a enfocar este artículo desde la visión indígena, porque además tenemos poco conocimiento de la dinámica de las otras diversidades ecuatorianas.

Por otra parte, debemos aclarar que la plurinacionalidad no es una propuesta exclusiva del Ecuador ni de América Latina, pues en el mundo existen varios países como Bolivia, Canadá, Suiza, Bélgica y España que se reconocen como plurinacionales. Es importante además señalar que en el mundo casi todos los países son culturalmente diversos. Como excepción a lo anterior, se suele poner a Islandia y las dos Coreas como ejemplo de países que son más o menos culturalmente homogéneos⁵.

III. Estructura del estado nación

El proceso de “independencia” del Ecuador es sumamente *sui géneris*. Por un lado, la nobleza criolla, se veía marginada de privilegios y mermada de su participación en la administración de la audiencia de Quito; por otro, la monarquía española se encontraba en crisis tras la invasión de Napoleón a España. Estas fueron las razones básicas que incitaron a los criollos de la audiencia de Quito a tomar el poder, antes que lo hagan o lo imponga Bogotá o Lima⁶. Pero, no es intención de este artículo analizar dichos acontecimientos, los dejamos mencionados porque ese proceso *sui géneris* influirá para que los postulados del liberalismo como la igualdad, libertad y justicia no se hayan implementado en la práctica.

La “independencia” del Ecuador en 1930, influida por la corriente liberal que se gestaba en esa época, dio inicio a la estructuración del estado nacional, que comparte la idea de una nación (uninacionalidad), de un territorio común (homogeneidad territorial), que está sujeto a una instituciona-

5 Citado por Kymlicka Will, en *Ciudadanía Multicultural*, Traducción de Carme Catells Auledia, Barcelo España, Paidós, 1996, p. 13.

6 Landázuri, Carlos, *La independencia y la etapa Gran Colombiana*, Internet, <http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/historia/historia6a.htm>, Acceso: 4 mayo 2008.

lidad centralizada, regido por leyes comunes (monismo jurídico), con un sistema económico capitalista-liberal, con un sistema democrático (representativo) y que participa de una sola cultura (monocultural). Describamos a continuación de manera muy breve esa estructura del estado nación.

3.1. Una nación o uninacionalidad

La corriente liberal intentaba, en teoría, “contrarrestar los privilegios de sangre, de influencia familiar o las prebendas burocráticas de la herencia colonial, con el propósito de construir una Nación de ciudadanos libres e iguales ante la ley”⁷. Por tanto, era una propuesta emancipatoria, la cual se reducía a un sector (la burguesía), y al mismo tiempo desconocía o “atacaba las diferencias entre etnias y culturas. Aplicaba el mismo rasero para todos”⁸.

Bajo esa premisa de igualdad y libertad, el liberalismo, en oposición a la monarquía absoluta, construye el concepto de Nación como depositaria de la soberanía, “bajo el supuesto de una sola Nación en singular”⁹. Es decir, desde la concepción liberal, la nación necesariamente coincide con el estado, por tanto no puede existir nación sin estado, como tampoco el estado puede abarcar varias naciones.

De tal manera, los principios liberales de igualdad y libertad, permitieron la estructuración del estado nación, que implicó por un lado, el desconocimiento de la existencia de naciones indígenas, y por el otro, la preeminencia del sujeto de derecho individual, que estará limitado por el concepto de ciudadanía.

El estado nación liberal ecuatoriano invisibilizó a las nacionalidades o pueblos indígenas, puesto que no aparecen en la normativa constitucional desde 1830 a 1978. Sólo en la Constitución de 1998, por efectos de la presión del movimiento indígena, que se había convertido en un actor político principal, se reconoce a los pueblos indígenas y afroecuatorianos como sujetos de derecho.

7 Sánchez Botero, Esther, *Justicia y pueblos indígenas en Colombia*, Santa Fe de Bogotá, UNIJUS, 1998, p. 21.

8 *Ibidem*.

9 Clavero, Bartolomé, *op. cit.*, p. 28.

Will Kymlicka sostiene que para alcanzar ese ideal de estado nación:

(...) los gobiernos, a lo largo de la historia, han seguido diversas políticas con respecto a las minorías culturales. Algunas minorías fueron físicamente eliminadas, ya fuese mediante expulsiones masivas (lo que hoy se denomina “limpieza étnica”) o bien mediante genocidio. Otras minorías fueron asimiladas de forma coercitiva, forzándolas a adoptar el lenguaje, la religión y las costumbres de la mayoría. En otros casos, las minorías fueron tratadas como extranjeros residentes, sometidas a segregación física y discriminación económica, así como a privación de derechos políticos¹⁰.

En el caso ecuatoriano, los pueblos indígenas como colectivos, constitucionalmente fueron eliminados.

La preeminencia del sujeto de derecho individual es evidente, y se la restringe mediante el concepto de ciudadanía¹¹. Son ciudadanos, únicamente, los que poseyeran un bien raíz, rentas y educación

1.- Ser casado, o mayor de veintidós años; 2.- Tener una propiedad raíz, valor libre de 300 pesos, ó ejercer alguna profesión, ó industria útil, sin sujeción á otro, como sirviente doméstico, ó jornalero; y, 3.- Saber leer y escribir¹².

La exigencia de poseer un bien raíz y rentas como condición para ejercer la ciudadanía o ser considerado como sujeto de derecho, subsiste hasta la Constitución de 1852. Y la exigencia de la educación, subsiste hasta la Constitución de 1967 que rigió hasta 1978. Existen referencias históricas de que en 1950 “se estimaba que casi la mitad (44%) de la población de 15 años era analfabeta”¹³, por tanto no sujetos de derecho. Podríamos lanzar

10 Kymlicka, Will, *op. cit.*, p. 14.

11 Frente al concepto de súbdito introdujeron el de ciudadano, y el sujeto de soberanía dejaba de ser el rey para ser la nación. Sus criterios estaban basados en el racionalismo, la libertad individual y la igualdad ante la ley, al margen de consideraciones étnicas o culturales.

12 Constitución Política del Ecuador de 1830, Art. 12.

13 Torres, Luz María, *Analfabetismo y alfabetización en el Ecuador: opciones para la política y la práctica*, Internet: http://portal.unesco.org/education/en/file_download.php/4bd91bd98-b34ee5f8d3a2059dc4cb3cdTorres_Analfabetismo.doc, Acceso: 4 mayo 2008.

como hipótesis que más del 50 por ciento de la población hasta 1950 estaba excluida del ejercicio de la ciudadanía por su condición de ser analfabeta. Sólo en 1978, se establece el voto facultativo para los analfabetos, debido a la crisis de los partidos políticos y con el fin de conquistar nuevos mercados electorales no explorados.

En el caso de las mujeres, hasta 1929 no eran consideradas como ciudadanas y sólo la Constitución de ese año posibilita su ciudadanía.

El ejercicio de la ciudadanía y de los derechos, para los miembros de los pueblos indígenas, como personas individuales, está vedado, no solamente por no poseer bien raíz, renta y educación, sino también porque su condición de minoría de edad perpetua, de origen colonial, se mantiene constitucionalmente, quedando bajo la tutela primaria de la iglesia¹⁴:

Este Congreso constituyente nombra a los venerables curas párrocos por tutores y padres naturales de los indígenas, excitando su ministerio de caridad a favor de esta clase inocente, abyecta y miserable¹⁵.

Esto significaba, que el estado nación ecuatoriano “se encontraba construyendo una comunidad política durante las primeras décadas posteriores a 1830 con la exclusión de la población indígena”¹⁶.

La Constitución de la revolución liberal y las posteriores a ella inauguran una nueva política con respecto a los miembros de esas colectividades, así:

Los poderes públicos deben protección a la raza india, en orden a su mejoramiento en la vida social¹⁷.

Los Poderes Públicos deben protección a la raza india, en orden a su mejoramiento en la vida social; y tomarán especialmente las medidas más efica-

¹⁴ Clavero, Bartolomé, *op. cit.*, pp. 83-85.

¹⁵ Constitución Política de la República del Ecuador de 1830, Art. 68. Las Constituciones Políticas del Ecuador de 1897, 1906 y 1929, en los artículos 138, 128 y 167, mantienen una posición paternalista estatal y visión de asimilación.

¹⁶ Ibarra, Hernán, *La comunidad campesina/indígena como sujeto socioterritorial*, Internet, <http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/debate/paginas/debate1296.htm>, Acceso: 5 mayo 2008.

¹⁷ Constitución Política del Ecuador de 1897, Art. 138.

ces y conducentes para impedir los abusos del concertaje¹⁸.

Los Poderes Públicos deben protección a la raza india, en orden a su mejoramiento en la vida social, muy especialmente en lo relativo a su educación y condición económica¹⁹.

La Constitución Política del Ecuador de 1978 elimina la exigencia de poseer bien raíz, rentas y educación para ejercer la ciudadanía y los derechos políticos, limitándose únicamente a exigir la mayoría de edad (18 años). En esta Constitución, faculta a los analfabetos el ejercicio del derecho al voto por las razones ya anotadas.

En consecuencia, el principio liberal de igualdad, fue una propuesta emancipadora de la burguesía criolla, que dio lugar a la estructuración del estado nación, que desconoció la existencia de las nacionalidades e invisibilizó a los pueblos indígenas como colectividades. Al mismo tiempo se construyó el concepto de ciudadanía, que por una parte, se limitaba para quienes poseyeran bienes raíces, rentas y educación; y por otra, marginó a las mujeres, miembros de los pueblos indígenas, menores de edad, analfabetos, sirvientes domésticos²⁰, jornaleros y toda persona carente de bienes raíces y renta.

3.2. Monocultural

Para efectos de este artículo, entenderemos como cultura al conjunto de todas las formas y expresiones de una colectividad determinada, en la cual se incluyen idiomas, educación, normas y reglas de vida, religión, rituales, costumbres y sistemas de creencias²¹; algunos de esos elementos nos permitimos describir muy brevemente.

18 Constitución Política del Ecuador de 1906, Art. 128.

19 Constitución Política del Ecuador de 1929, Art. 167.

20 Sirviente como término jurídico significaba “quien trabaja para otro, por cuenta ajena. Tradicionalmente, la relación laboral venía entendiéndose estado de carácter servil y así, cual servidumbre o servicio, doméstico en sentido de dependiente de la figura y la potestad *del padre de familia*, aunque no se prestase a domicilio”: Calvero, Bartolomé, *Ama llunku, Abya Yala: Constituyencia indígena y código ladino por América*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 329.

21 Enciclopedia Wikipedia, Internet, <http://es.wikipedia.org/wiki/Cultura>, Acceso: 5 mayo 2008.

3.2.1. Idioma. Las primeras Constituciones del Ecuador no hacen referencia expresa al idioma castellano como idioma oficial, pues era tan evidente la práctica colonial del monolingüismo o la “posición monoidiomática”²², que se procuraba “que el castellano consiguiera atrofiar y destruir los idiomas locales”²³.

Un idioma o una lengua que desaparece es una pérdida irreparable para la humanidad, porque es una visión particular del mundo, de una colectividad que deja de existir. Mediante el idioma se expresan los sentimientos, objetivos, metas, visiones y proyecciones de una colectividad.

A partir de la Constitución Política de 1929, de manera expresa se ratifica la oficialidad del idioma “español” o castellano²⁴. También, en dos ocasiones se evidencia el plurilingüismo del Ecuador, pero sin reconocer como oficiales al idioma quichua y otros de los pueblos indígenas.

El castellano es el idioma oficial de la República. Se reconoce el quichua y demás lenguas aborígenes como elementos de la cultura nacional²⁵.

La oficialidad implica que es la única lengua que ha de emplearse en las leyes, órdenes, textos escolares, educación, en la relación de trabajo, en las comunicaciones telegráficas, telefónicas, radiales, prensa e incluso en la impresión de la moneda.

3.2.2. Educación. Bajo los principios liberales de igualdad y libertad, el estado nación homogeniza la educación. La educación será religiosa y en un solo idioma, el castellano o “español”. Desde esa visión “la educación no hace un pensamiento abierto, todo lo contrario, forma, en quienes se educan, la ilusión torcida de que sólo lo suyo es bueno”²⁶.

22 Clavero, Bartolomé, *op. cit.*, p. 177.

23 *Ibidem*, p. 176.

24 Constitución Política del Ecuador de 1929, Art. 6; Constitución Política del Ecuador de 1945, Art. 5; Constitución Política del Ecuador de 1946, Art. 7; Constitución Política del Ecuador de 1967, Art. 7; Constitución Política del Ecuador de 1978, inciso tercero del Art. 1.

25 Constituciones Políticas del Ecuador de 1945 y 1978, Art. 5 y 1, en su orden.

26 Sandoval Marcos, en Clavero Bartolomé, *Ama llunku, Abya Yala: Constituyencia indígena y código ladino por América*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, pp. 230-231.

La revolución liberal, mediante reformas constitucionales del 8 de octubre de 1905, cambia la Constitución de 1897, y convierte a la educación en libre, estatal y laica²⁷, pero continúa siendo monolingüe y homogenizante.

Por efectos de una reivindicación del movimiento indígena, que empieza a fortalecerse con los sindicatos agrícolas agrupados en la naciente Federación de Indios del Ecuador FEI²⁸, la Constitución Política del 1945, de muy poca vigencia, intenta que, “en las escuelas establecidas en las zonas de predominante población india, se usará, además del castellano, el quichua o la lengua aborígen respectiva”²⁹. La siguiente Constitución (1946) suprime el intento de la educación bilingüe, pero se lo vuelve a retomar en las de 1967 y 1978³⁰.

Estas propuestas fueron muy criticadas desde el movimiento indígena. Primero, porque el intento de impartir la educación, “además” en el “idioma quichua o lengua aborígen”, no se lo realizaría desde la visión o filosofía andina, sino desde la visión ajena a la realidad de los pueblos indígenas; y, segundo, porque en la práctica no se concretó.

Posteriormente, la presión del movimiento indígena, permitió que el Ejecutivo, mediante Decreto Ejecutivo del 9 de noviembre de 1988, publicado en el Registro Oficial No. 66 de 15 del mismo mes y año, reconozca oficialmente la educación intercultural bilingüe.

3.2.3. Religión y rituales. De igual forma, la religión continuará siendo única.

27 Art. 4.- El Art. 36 sustitúyese con éste: “Art. (...) la enseñanza es libre; en consecuencia, cualquiera puede enseñar ó fundar establecimientos de educación e instrucción, sujetándose a las leyes respectivas; pero la enseñanza primaria - oficial, es esencialmente laica, gratuita y obligatoria”. Reformas de la Constitución de 1897, del 8 octubre 1905 y sancionado por el Ejecutivo el 19 del mismo mes y año.

28 “En agosto de 1944, se constituye la Federación Ecuatoriana de Indios (FEI)”. *Las Nacionalidades Indígenas en el Ecuador: nuestro proceso organizativo*, Quito, Ediciones Tincui Abya Yala, 1989, p. 31.

29 Constitución Política del Ecuador de 1945, inciso octavo del Arts 143.

30 “En las escuelas establecidas en las zonas de predominante población indígena se usará –de ser necesario– además del español, el quichua o la lengua aborígen respectiva, para que el educando conciba en su propio idioma la cultura nacional y practique luego el castellano.” Constitución Política del Ecuador de 1967, inciso segundo del Arts. 38 de la Constitución.

La Religión Católica, Apostólica, Romana es la Religión del Estado. Es un deber del Gobierno en ejercicio del patronato protegerla con exclusión de cualquier otra³¹.

Una redacción similar se mantendrá hasta la Constitución Política de 1897. Incluso una de las Constituciones establecía como requisito para ser ciudadano, ser católico³².

Las Constituciones de 1945 y 1978, reconocen formalmente la libertad de religión³³.

Los ritos de las comunidades indígenas, fueron adecuados a las prácticas de la religión católica, por ejemplo, la festividad del *Inti Raymi*³⁴ fue suplantada por las celebraciones religiosas de San Pedro, San Pablo, Corpus Cristi, etc.

En consecuencia, en el modelo de estado nación, se predica que la “Nación no solo es única, sino también uniforme”³⁵, es decir, monocultural.

3.3. Institucionalidad centralizada (división de tres poderes del Estado)

Para efectos de esta breve descripción, entenderemos por institución únicamente a los órganos o poderes constitucionalmente determinados y nos centraremos en la división tripartita del poder estatal.

Todas las constituciones del Ecuador a partir de 1830, incluida la vigente, establecen la organización de la institucionalidad del estado bajo la división tripartita de los poderes: legislativo, ejecutivo y judicial. Dichos pode-

31 Constitución Política del Ecuador de 1830, Art. 8.

32 Constitución Política del Ecuador de 1869, numeral 1 del Art. 10.

33 Constituciones Políticas del Ecuador de 1945 y 1978, Art. 141.11 y 19.5, en su orden.

34 Del kichwa, fiesta del sol. Rito andino, mediante el cual las comunidades indígenas agradecemos al Dios Sol, por las cosechas abundantes recibidas.

“En las escuelas establecidas en las zonas de predominante población indígena, se utiliza, además del castellano, el quichua o la lengua aborígen respectiva”. Constitución Política del Ecuador de 1978, Art. 27, inciso décimo.

35 Clavero, Bartolomé, *op. cit.*, p. 244.

res eran ejercidos por los ciudadanos, es decir, por un reducido número de personas que sabían leer y escribir, tenían patrimonio y eran mayores de edad. Sin embargo de esa limitación, todas las personas, incluidos los anal-fabetos, niños, niñas y adolescentes, los que no tenían patrimonio, mujeres, indígenas, afroecuatorianos, y otros excluidos que no eran considerados ciudadanos, se sujetaban a la institucionalidad del estado y a sus autoridades.

Los tres poderes del estado son centralizados en la capital del país.

El legislativo es el único y exclusivo órgano encargado de la producción e interpretación de las leyes³⁶. Dichas leyes regirán para todos los habitantes del estado nacional ecuatoriano. El desconocimiento de las leyes no exime de responsabilidad y culpabilidad³⁷. Lo que no emana del poder legislativo, no es ley y reciben otras denominaciones como usos, costumbres, entre otros. La costumbre no es fuente del derecho.

Bajo el principio de igualdad y libertad, el poder legislativo se dedicará a la producción de las leyes que protejan o regulen la libertad, propiedad y seguridad de los ciudadanos. Esas leyes se concretarán en el Código Civil³⁸ que regulará y garantizará la propiedad, libertad y seguridad jurídica; mientras que, por medio del Código Penal reprimirán sus atentados, y la Constitución impondrá como uno de los deberes de los ecuatorianos el de “obedecer a las leyes”³⁹.

El ejecutivo es el encargado de la administración y distribución de los recursos económicos en el estado nación, bajo los parámetros de las leyes dictadas por el Congreso. El poder ejecutivo estará encabezado por el presidente de la República, electo por los ciudadanos. En las provincias habrá un Gobernador, en las cantones un Jefe Político y en las parroquias un Teniente Político⁴⁰.

36 Constitución Política del Ecuador de 1830, Art. 26.11.

37 Código Civil ecuatoriano, Art. 13.

38 El Código Civil fue aprobado en el Ecuador en el año 1861. Dicho código fue una copia del Código Civil Chile y ésta a su vez una adaptación del Código Napoleónico. Véase Clavero, Bartolomé, *Ama llunku, Abya Yala: Constituyencia indígena y código ladino por América*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 168.

39 Constitución Política del Ecuador de 1830, Art. 10.

40 Constituciones Políticas del Ecuador de 1861, 1869, 1878, 1884, 1897, 1906, 129, 1945 y 1946, Arts. 94, 82, 103, 117, 121, 112, 138, 97, 124, en su orden.

A raíz de la vigencia de la Ley de Comunas de 1937⁴¹, las comunidades indígenas y campesinas, administrativamente estarán sometidas al Ministerio de Agricultura y Ganadería dependencia del ejecutivo y sujetas al control de la Tenencia Política.

El ejecutivo, no sólo se encargará de aplicar las leyes y los principios liberales, sino también la creación de instituciones que facilitarán el mercado y el comercio, tales como bancos, bolsas de valores y su articulación a los sistemas financieros internacionales. Por otra parte, por la seguridad jurídica de la propiedad creará instituciones, como los registros de propiedad, las notarías o fedatarios públicos, los órganos de control, regulará el uso de la fuerza a nivel interno y externo.

La función judicial es el único y exclusivo órgano encargado de sancionar y juzgar a los que infrinjan las normas elaboradas por el legislativo, que protegen la propiedad, la libertad y la seguridad jurídica de los ciudadanos. Se presume que las leyes son conocidas por todos los habitantes del Ecuador y nadie puede alegar su desconocimiento.

El estado nación monopoliza la administración de justicia y penaliza las otras formas de resolver los conflictos, como las prácticas que se llevan a cabo al interior de los pueblos indígenas. Si embargo de ello, hay sectores adonde no llegan los jueces y fiscales, pero ello no significa que en dichas comunidades no existen conflictos o que dichos conflictos no se resuelven. En dichas colectividades existen problemas, y también existen normas que regulan su vida comunitaria y los conflictos son resueltos por sus autoridades propias, incluso cuando esto no fue reconocido formalmente por las constituciones ecuatorianas hasta el año de 1998.

3.4. Sistema económico capitalista y neoliberal

La “independencia” fue un proceso promovido y controlado por la oligar-

41 La Ley de Comunas se dicta en el año de 1937, con el objeto de ejercer control desde el Estado a las organizaciones indígenas y campesinas del sector rural, por intermedio del Ministerio de Previsión Social de esa época y actual Ministerio de Agricultura y Ganadería, y el Teniente Político. El control de las organizaciones indígenas estaba dirigida especialmente a detener la proliferación de los sindicatos de trabajadores agrícolas que se venía organizando en las Haciendas, cuya reivindicación fundamental fue educación y tierras.

quía criolla⁴², por tanto, como habíamos dejado señalado, era una propuesta emancipatoria para la oligarquía criolla o “ciudadanos”, y marginal para las mujeres, miembros de los pueblos indígenas, niños, niñas y adolescentes, analfabetos, sirvientes domésticos, jornaleros y toda persona carente de bienes raíces y renta.

Ello significa, que el principio de igualdad liberal del estado nación, era “meramente formal”⁴³. Por esta razón dentro del mismo capitalismo trataron de corregir dicha limitación, promoviendo una igualdad material de los sujetos de derechos realmente desiguales. Estas corrientes partían de la existencia de la desigualdad social, existencia de las clases sociales y las desigualdades estructurales entre el capital y el trabajo, y se colocan al lado del más débil para darle materialidad a la igualdad formal y nace el derecho social en contraposición al derecho civil⁴⁴.

En los primeros textos constitucionales del Ecuador no aparece el capítulo de la economía. Recién a partir de la Constitución de 1945, la de más corta vigencia en el país, se incluye un capítulo que abarcaba el tema y señalaba:

El régimen de la vida económica debe responder a principios de justicia social y tender a liberar de la miseria a todos los ecuatorianos, proporcionándoles una existencia digna. La propiedad, por tanto, crea obligaciones sociales y, en consecuencia, la utilización de la riqueza del país, sea quien fuere su dueño, está subordinada a los intereses de la colectividad⁴⁵.

42 Son los nacidos en el Continente Americano, de padres españoles, o españoles mismos, que se creían de la alta sociedad y pretendían ser la clase dirigente, presumiendo de ascendencia blanca frente a los mestizos y mulatos. Los **criollos** junto con los españoles que se les unieron, hicieron la “independencia” del Estado ecuatoriano para reunir el poder político al económico en nombre del Pueblo Soberano y sin dejar de presentarse como libertadores frente a la opresión y hasta los abusos de “los españoles”. Los abusos sobre los indios y negros cesaron de parte de los españoles expulsados, pero no de los españoles y criollos que se quedaron. De ellos desciende la **oligarquía** que continúa rigiendo nuestro país que mantienen en la miseria y marginación a una gran mayoría de la población ecuatoriana.

43 Sánchez Botero, Esther, *Justicia y pueblos indígenas de Colombia*, Santa Fe de Bogotá, UNIJUS, 1998, p. 83.

44 *Ibidem*.

45 Constitución Política del Ecuador de 1945, Art. 146.

La Constitución de 1946 elimina nuevamente el capítulo de la economía. Pero retoma la de 1967, en donde se estimula la empresa privada⁴⁶. Mientras que la Constitución de 1978, establece como principios rectores de la economía la eficiencia y justicia social⁴⁷, reconoce como sectores de la economía al sector público, de economía mixta, comunitario y privado⁴⁸.

A pesar de los postulados de los textos, las estadísticas económicas de los años ochenta y noventa (durante la vigencia de la Constitución de 1978), muestran cifras alarmantes:

Los problemas estructurales de inequidad social, exclusión y pobreza se profundizaron en el Ecuador. En 1995 la pobreza alcanzó el 56 % de la población, y el 76 % en el área rural, cifras superiores a los promedios latinoamericanos. La concentración del ingreso, estimada por el coeficiente de Gini (0.57), ubicaba al Ecuador en la tercera posición más desventajosa en la región, solamente después de Brasil y Paraguay (IADB, 2000). En 1994, el 57 % de la población urbana ocupada tenía empleos de baja productividad (CEPAL, 2001), el analfabetismo afectaba al 10.5 %, y la escolaridad media de la población adulta llegaba a 7 años (1995) (PNUD, 2001). En 1998, el 26 % de los niños menores de 5 años sufría de desnutrición crónica (Larrea, Freire y Lutter, 2001)⁴⁹.

En lo relacionado al área forestal “según el Mapa de Uso y Cobertura de 1990 el Ecuador a esa fecha disponía de una cobertura nacional de 13,6 millones de hectáreas, es decir, el 55, 2% de la superficie del país”⁵⁰. Sin embargo según fuentes de la FAO en el año 1993 cada año se deforesta 238 000 hectáreas y según WRI (1992) 340 000, lo que significa que en menos de 15 años el país se quedaría totalmente deforestado⁵¹. En conclusión el sistema económico del estado nación es capitalista liberal, neoliberal y

46 Constitución Política del Ecuador de 1967, Art. 86.

47 Constitución Política del Ecuador de 1978, Art. 45.

48 Constitución Política del Ecuador de 1978, Art. 46.

49 Carlos Larrea, *Medición de la pobreza*, Internet, <http://www.clasco.org/wwwclasco/espagnol/html/grupos/grupos/pobreza/textos/Carlos%20Larrea.doc>, Acceso: 6 julio 2008.

50 Internet, http://pdf.usaid.gov/pdf_docs/Pnadb331.pdf#page=120, Acceso: 6 julio 2008.

51 *Ibidem*.

excluyente, en donde el derecho fundamental es la propiedad, libertad de empresa e igualdad formal ante la ley. Sólo las personas que cumplen las condiciones de ciudadanía, son sujetos de derecho. La naturaleza, la biodiversidad pasan a constituirse en objetos de apropiación y comercialización de las personas.

3.5. Democracia liberal

“La opción igual a elegir y ser elegidos para los destinos públicos”⁵² como aspiración democrática en los inicios de la República del Ecuador, pasó a ser una frase vacía de contenido. Lo anterior se afirma por cuanto “el pueblo no ejerce por sí mismo otra función de soberanía, que la de sufragar en las elecciones primarias”, y esto implicaba:

1. El “pueblo” que podía ejercer el derecho a elegir y ser electo se limitaba a quienes accedían a la categoría de ciudadanos, quedando al margen las mujeres, menores de edad, miembros de los pueblos indígenas, afrodescendientes, los dependientes domésticos, etc.

2. Se inauguraba el modelo único de democracia representativa, que luego se convertirá en hegemónico.

3. Lo hegemónico invisibilizó y desacreditó a las otras formas de democracia como la democracia participativa, comunitaria y otras, pero marginalmente siguieron subsistiendo.

4. Se modeló un sistema electoral excluyente, con “partidos políticos”, dirigidos por caudillos y caciques.

3.6. Monismo jurídico

El estado nación no puede tolerar la existencia del pluralismo jurídico, consecuentemente no puede aceptar que el Derecho Indígena coexista en la República del Ecuador. Bajo esa visión, desde la Constitución de 1830 hasta 1978, se mantiene la idea central, de que la Función Legislativa es el único órgano encargado de crear e interpretar las leyes;

52 Constituciones Políticas del Ecuador de 1830 y 1835, Arts. 11 y 8, respectivamente.

y, a la Función Judicial como único organismo encargado de administrar justicia⁵³.

Esta visión es reflejada en la tradición positivista desarrollado por Hans Kelsen, en su *Teoría pura del derecho*, quien consideraba que el objeto de la ciencia jurídica era única y exclusivamente el derecho positivo o norma jurídica positiva creada por el Estado. La validez de la norma jurídica, se determina únicamente por el procedimiento preestablecido⁵⁴. Por tanto, desde esta visión, la ciencia jurídica es descriptiva y no interpretativa. Para ello elimina de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños, como la psicología, biología, moral, teología, sociología, antropología etc. Siguiendo a Kelsen, “el objeto de la ciencia jurídica no puede ser el sentido subjetivo de un acto... sino su sentido objetivo”⁵⁵. Algunos positivistas, la llevan al extremo de convenir con Montesquieu que el juez se convierta en la boca de la ley o “la abdicación valorativa porque el jurista debe describir exclusivamente las normas del ordenamiento, no puede tener funciones valorativas o prescriptivas”⁵⁶, consecuentemente “el jurista es un depositario de las leyes y debe abandonar sus opiniones personales para aceptar las directrices valorativas impuestas por la ley y el derecho”⁵⁷. Desde esta visión el Derecho Indígena⁵⁸ no existe; y la administración de justicia, así como la producción del derecho está monopolizada por el estado. Es lo que se ha denominado el “monismo jurídico” o “monismo legal”.

Dentro de la perspectiva teórica del monismo legal sólo se puede llamar “derecho” al sistema normativo estatal, a las normas producidas por el

53 Para un análisis sobre el funcionamiento de la administración de justicia en el Ecuador y sus posibilidades como motor de emancipación véase en esta misma obra “Acceso a la justicia y emancipación social de las personas excluidas”, por Luis Ávila.

54 Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, traducción de Moisés Nilve, cuarta edición, segunda reimpresión, Buenos Aires, Eudeba, 2003, pp. 20-37.

55 Calsamiglia, Alberto, *Introducción a la ciencia jurídica*, Ariel, Barcelona, 1990, tercera edición, p 94.

56 *Ibidem*, p. 95.

57 *Ibidem*, p. 96.

58 Para este efecto entendemos como Derecho Indígena, a las prácticas y representaciones singulares, de jurisdicción micro local, reconocido socialmente, que sirven como pautas de comportamiento, restricciones y prohibiciones, fundidas en instituciones, encaminadas a armonizar a los seres humanos entre sí, con la familia, la comunidad y con la naturaleza.

Estado o por los mecanismos que él indique. El sistema de división de poderes consagra tal principio al sancionar que es poder u órgano legislativo el único facultado para producir las normas generales que rigen la vida de los ciudadanos, el poder u organismo judicial para administrar justicia de modo exclusivo (producir normas de carácter concreto) y el ejecutivo, el órgano que gobierna dentro del imperio de la ley. A parte de dichos poderes, nadie tiene facultad para producir normas que regulen la vida social, administrar justicia y organizar el orden público. De otra parte, el sistema de garantías liberal, también se ha construido bajo esa idea, con los principios de igualdad ante la ley, seguridad jurídica, debido proceso e imperio de la ley. Desde este marco, las normas no producidas por el Estado no obligan la obediencia ciudadana. En el caso de la “costumbre”, ésta sólo es admisible a falta de ley y nunca en contra de ella⁵⁹.

Esta visión del monismo jurídico se refleja claramente en el Código Civil que fue adoptado por el Ecuador en 1861, copia del código chileno que a su vez constituye una adaptación del Código Napoleónico.

[N]o debe saber nada sobre toda una realidad jurídica que es consuetudinaria (...) El Código se plantea para la imposición de una fuente, la ley, y no para el conocimiento de un ordenamiento, el consuetudinario, por muy existente y pujante que éste sea. No existe ni puja como derecho para el Código (...) Para la perspectiva de la codificación, el universo de la costumbre no es nada, sino pura privación, mera ignorancia, la ignorancia del propio derecho que es ignorancia de la ley ajena, una cosa lo mismo que la otra para el Código⁶⁰.

La codificación del Código Civil del 2005, no ha cambiado el Título Preliminar que fue adoptado en el año de 1861. Subsisten disposiciones de interpretación de ley, concepto de ley, presunción de conocimiento de la ley y que la insuficiencia de la costumbre para constituir prueba.

59 Yrigoyen Fajardo, Raquel, *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*, Fundación Myrna Mack, Guatemala, 1999, pp. 11-12.

60 Clavero, Bartolomé, *op. cit.*, 176.

3.7. Territorialidad homogénea

La Constitución de los estados naciones territorialmente tiene implicaciones en algunos ámbitos, mencionaremos los que nos interesen para efectos de este artículo:

1. La consolidación como territorio único e indivisible, en donde se ejerce la soberanía. Esta imposición colonial no considera la existencia de naciones indígenas y rompe su estructura territorial y administrativa, quedando divididos por las fronteras de los estados nación⁶¹ e impidiendo sus relaciones culturales y económicas.

2. Interiormente, por norma constitucional, se fracciona para “efectos administrativos” el territorio ecuatoriano en provincias, cantones, parroquia, “como si no existieran territorios independientes de pueblos indígenas”⁶². Esto a su vez tiene al menos las siguientes implicaciones:

a) Fraccionamiento de las nacionalidades y pueblos indígenas por las fronteras internas.

b) Debilitamiento o destrucción de las estructuras de las nacionalidades y pueblos indígenas.

3. Hay todo un proceso de fraccionamiento o individualización de las tierras comunitarias y de posesión ancestral, lo cual genera comportamientos individualistas en deterioro de la vida comunitaria. Este proceso de individualización no sólo lo presiona la institucionalidad del estado nación, sino los organismos internacionales como el Banco Mundial.

El Banco Mundial entiende que la única forma de titulación de la tierra es individual. Entonces está haciendo toda una promoción por todo el mundo, en África sobre todo y en América Latina, para eliminar tierras comunales... para permitir la concentración de la tierra, porque la titulación individual permite la compra y venta⁶³.

61 *Ibidem*, p. 31.

62 *Ibidem*, p. 44.

63 Santos, Boaventura de Sousa, en *Estados plurinacionales comunitarios, para que otros mundos sean posibles*, Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas, 2008, p. 280.

IV. Crisis del estado nación, y estado pluricultural y multiétnico

4.1. Crisis del estado nación

El estado uninacional ecuatoriano descrito, no se adaptó a nuestra realidad diversa y neocolonial, como tampoco se cumplieron los ideales o principios de igualdad, libertad y justicia, que fueron plasmados en la Constitución Política e instrumentos internacionales de derechos humanos. Esta realidad es denominada por Boaventura de Sousa Santos como crisis de la modernidad y posmodernidad⁶⁴.

El nivel de pobreza de la población ecuatoriana, se sitúa en 38,3 por ciento⁶⁵, según el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, y según el Banco Mundial en 45 por ciento⁶⁶. Los pueblos indígenas y afroecuatorianos representan la población más pobre del Ecuador. Según un reciente informe del Banco Mundial (2005), el 87 por ciento de los indígenas ecuatorianos son pobres, y el porcentaje llega hasta el 96 por ciento en las zonas rurales del altiplano, un porcentaje mucho mayor que el que registra la población no indígena (61 por ciento). La extrema pobreza afecta al 56 por ciento de los indígenas y al 71 por ciento de los que habitan en las sierras rurales, comparado con el 25 por ciento de la población no indígena. Las razones de esta pobreza responden a una realidad histórica de exclusión social, económica y política⁶⁷.

Esta crisis del estado nación y sus efectos, nos obliga no solamente a quedar en la crítica, sino de proponer alternativas desde nuestra realidad o lo que dice Boaventura de Sousa Santos conocer desde el sur, para ello necesitamos “emprender una búsqueda de alternativas de respuestas, teóricamente sustentables”⁶⁸ y que respondan a la realidad.

64 Santos, Boaventura de Sousa, *Conocer desde el Sur, Para una cultura política emancipadora*, Programa de Estudios sobre Democracia y Transformación Global y Fondo Editorial de la Facultad de Ciencias Sociales, 2006, Lima - Perú, pp. 26-33.

65 INEC, Internet, <http://www.inec.gov.ec/web/guest/inicio> (04 julio 2007), Acceso: 4 julio 2008.

66 FIDA, *La pobreza rural en Ecuador*, Internet, <http://www.ruralpovertyportal.org/spanish/regions/americas/ecu/index.htm>, Acceso: 30 junio 2008.

67 *Ibidem*.

68 Santos, Boaventura de Sousa, *Conocer desde el Sur, Para una cultura política emancipadora*,

En ese contexto, al interior del movimiento indígena, a partir de los años 80 del siglo anterior y básicamente desde 1990, se genera un debate crítico y al mismo tiempo se propone un modelo de estado sustentado en la realidad del país y no en modelos importados.

En esas discusiones y críticas, partimos de la existencia de un divorcio o distancia entre la teoría política importada y la realidad de nuestros países, y que Boaventura De Sousa Santos sostiene, obedece básicamente a cuatro razones⁶⁹:

1. Como habíamos visto, el modelo de estado nación y toda la teoría política fue desarrollada en el norte en el siglo XIX, en cinco países básicamente: Francia, Inglaterra, Alemania, Italia y Estados Unidos de Norteamérica y desde allí importados e impuestos a nuestros territorios. Como consecuencia de ello no funcionó en nuestros países.

2. De igual forma, la teoría política ha desarrollado teorías de transformación social desarrollada en el norte. Nuevamente se trata de imponer esas teorías de transformación social ajenas a nuestra realidad, sin tomar en consideración que la gran mayoría de las grandes prácticas de transformaciones, se han gestado en los países del sur desde hace 30 años. En el caso ecuatoriano, en el primer levantamiento indígena de 1990, se propone la transformación del estado nacional en un estado plurinacional. Esta propuesta es acusada de separatista por los gobernantes, académicos, políticos y sociedad no indígena en general. Ello, obviamente nos llevó a la conclusión, que las teorías que se producen en el norte no tienen intención de comunicarse con las prácticas transformadoras producidas en el sur y son acusadas de empíricas, no científicas, con una fuerte carga de deslegitimación por parte del conocimiento como regulación o “científico”.

3. Obviamente, toda la teoría generada en el norte es monocultural, y que por imposición se adapta mal a otras realidades y culturas como el caso ecuatoriano.

4. Finalmente, no se ha querido reconocer que nuestro país vive aun el neocolonialismo, porque, como habíamos analizado anteriormente, después de la

Programa de Estudios sobre Democracia y Transformación Global y Fondo Editorial de la Facultad de Ciencias Sociales, 2006, Lima - Perú, p. 19.

69 Santos, Boaventura de Sousa, en *Estados plurinacionales comunitarios, para que otros mundos sean posibles*, Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas, 2008, pp. 254-255.

“independencia” de 1830, aun subsisten formas de discriminación y exclusión.

¿Cuáles son entonces las realidades que no se quiere mirar y que nos permitirán desarrollar una propuesta ajustada a esa realidad?

a. Que es una ficción el estado nacional, porque está constituido por diversidades culturales (pueblos y nacionalidades indígenas, pueblos afroecuatorianos) y de otra índole.

b. La institucionalidad no sólo es pública estatal, porque también hay instituciones públicas no estatales. Existen nuevos actores como movimientos feministas, de jóvenes, estudiantiles, entre otros, y prácticas transformadoras desarrolladas por estos nuevos actores.

c. El Ecuador es multicultural. La lucha por la igualdad no se reduce a la mera formalidad, porque es también una lucha por el reconocimiento de la diferencia. Porque la igualdad formal que fue un aporte de las revoluciones del siglo XVII, fue sólo:

un primer paso en la lucha de la especie humana por la igualdad y que luego de haber pasado al concepto de la igualdad como no discriminación, ahora se busca alcanzar la igualdad real o material que concibe a los individuos de la especie humana no solo en su ser esencial, ontológico, como lo concibieron los filósofos de la ilustración, sino en su existencia real⁷⁰.

Para alcanzar la igualdad real o material, debemos dar un trato igual a los iguales, trato diferente a los diferentes y trato de favor a las víctimas de las desigualdades provenientes del prejuicio o de la injusticia.

d. Subsisten aún ciertas prácticas de desmercantilización, como el trueque en algunas comunidades indígenas, el intercambio de reciprocidad que todavía se practica, y se buscan otras formas donde no hay mercado capitalista, como por ejemplo las organizaciones solidarias, comunitarias, economías populares, cajas de ahorro, etc.

e. Existe diversidad de democracias y nuevas formas y culturas de organización, pues, ya no son solamente los “partidos políticos”, los úni-

70 Trujillo, Julio César, “Pluralismo jurídico en el Ecuador”, en Flores Jiménez, Fernando (compilador), *Constitución y Pluralismo Jurídico*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2004, p. 18

cos representantes organizados de los intereses de los pueblos, como fue configurado por la teoría política. Hoy existen otros actores sociales colectivos en movimiento, obviamente esto crea una tensión entre: anti-partido de los movimientos y antimovimiento de los partidos, que debe ser superado.

f. Subsiste en la práctica el pluralismo jurídico, pese a la falta de reconocimiento legal y constitucional.

g. Hay una neoterritorialidad, ello significa que la unidad territorial pregonada es una ficción. Las reivindicaciones de los pueblos indígenas fueron y siguen siendo el reconocimiento de sus territorios, pretensiones que conviven con los procesos de descentralización territorial que empiezan a despuntar en la actualidad.

h. Como lo mencionamos al inicio, aún vivimos el neocolonialismo, porque subsisten formas de discriminación.

Frente a la crisis del estado nación que no funcionó, la distancia abismal entre la teoría política y la realidad política, cultural, económica descrita fue detonante para que esas reflexiones sean articuladas en las diferentes comunidades indígenas. Finalmente el movimiento indígena, en los años 90 del siglo pasado, propuso a la comunidad nacional y los poderes del estado, un cambio estructural del estado ecuatoriano hacia la refundación de un estado plurinacional.

Pero los gobernantes de turno, los sectores políticos, académicos y la sociedad en general, no pudieron procesar los fundamentos de esta propuesta, surgiendo un rechazo nada reflexivo, lo cual dio lugar a que el movimiento indígena gestara varios levantamientos indígenas a raíz de 1990, lo cual evidentemente ha dado lugar a ciertos hechos; entre ellos:

Primero, surgen debates y reflexiones, pero que no han sido lo suficientemente procesados, entendidos ni investigados.

Segundo, en 1996 se logra reformar el artículo 1 de la Constitución Política de 1978, pasando a caracterizar al estado ecuatoriano como pluricultural y multiétnico. El mismo que es ratificado en la Constitución Política de 1998, en la cual se da paso al reconocimiento de algunos derechos colectivos de los pueblos indígenas.

4.2. Estado pluricultural y multiétnico ecuatoriano

Obviamente, el caracterizar al Ecuador como un estado multiétnico y pluricultural es una conquista significativa para las nacionalidades y pueblos indígenas, pero no satisface las aspiraciones de un estado plurinacional como lo veremos al caracterizarlo a continuación.

Veamos las conquistas de este nuevo modelo de estado:

1. La pluriculturalidad y multiétnicidad son principios constitucionales o “adjetivos”, “predicados básicos”, “constitución de la constitución”⁷¹ o “decisiones constitucionales fundamentales”⁷², que reconoce implícitamente a las colectividades o pueblos indígenas como nuevos sujetos de derecho. Estos principios, no ha sido desarrollado por el estado y sus instituciones, ni por la sociedad en general.

En virtud de este principio, se debió:

a) Desarrollar nuevos métodos de interpretación constitucional y legal, como criterios básicos para la construcción de un nuevo estado y, dentro de ello, el bienestar de los sujetos de derechos.

b) Instituir un Tribunal o Corte Constitucional capaz de procesar estas nuevas realidades políticas, culturales y jurídicas.

c) Desarrollar estos principios de manera transversal en toda la normatividad constitucional. Lo anterior se ha cumplido de manera parcial, pues únicamente se limita a reconocer algunos derechos colectivos de los pueblos indígenas, sin reconocer la territorialidad, la autodeterminación, acceso y control de los recursos naturales, ni cambiar la estructura del estado.

d) Adecuar a estos principios las normas legales y reglamentarias existentes.

e) Readecuar y redefinir, desde la academia, conceptos jurídicos, políticos, económicos, sociales, religiosos.

f) Aplicarlos de manera obligatoria en las políticas públicas.

71 Garrorena Morales, Ángel, *El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho*, Madrid, Tecnos, 1991, pp. 21 y 22.

72 Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, citado por Garrorena Morales, Ángel, *op. cit.*, p. 21.

g) Cambiar la mentalidad como los referentes y actitudes racistas y etnocéntricas, porque estos marcos no permiten análisis científico alguno y tampoco permite conocer y entender a las colectividades diversas, porque ello demanda de elementos intersociales, interculturales y multidisciplinarios que permitan construir sistemas lógicos estructurados. Este cambio, no sólo se requiere desde lo mestizo, sino también desde lo indígena.

2. Al reconocer como sujetos de derecho a los pueblos indígenas y afroecuatorianos, se les reconoce sus diferentes formas de vida, sistemas de organización social, educativa, política, económica, cultural y religiosa, la facultad de resolver sus conflictos internos, participación con representantes en organismos del estado, tierras comunitarias y posesión ancestral; constituye por tanto una proyección en el plano jurídico de carácter democrático, participativo y pluralista de los países⁷³.

Estas promesas y visiones del nuevo estado multiétnico y pluricultural no se cumplieron, porque continúa con la misma institucionalidad del estado nación, lo cual genera inaplicabilidad de los nuevos derechos colectivos; de igual forma se continúa con el mismo sistema económico neoliberal; se sigue imponiendo la democracia hegemónica. En consecuencia, sigue vigente y es urgente viabilizar la propuesta del estado plurinacional como una propuesta constitucional emancipadora.

V. Plurinacionalidad

Como dejamos sentado al inicio, la plurinacionalidad se sustenta en la realidad innegable de la diversidad del Ecuador. Por tanto, es una propuesta que propone un nuevo modelo de estado, institucional, cultural, económico, democrático, territorial y de administración de justicia, que incluya a todos y todas las ecuatorianas, que busque el bienestar equitativo de los seres humanos, regiones, culturas y naturaleza, que garantice el *Alli Kausay* (buen vivir).

⁷³ Sentencias de la Corte Constitucional de Colombia: ST-188/93, Magistrado Ponente, Eduardo Cifuentes Muñoz; ST-342/94, Magistrado Ponente, Antonio Barrera Carbonell.

En esa perspectiva, la plurinacionalidad no escapa de ser una propuesta de Estado constitucional de derecho pero en funcionamiento práctico, que debe tener la capacidad de resolver un sinnúmero de problemas no resueltos y otros que generen el reconocimiento de las diversidades en su sentido más amplio. Problemas tan básicos y a la vez tan complejos, como la interpretación de los principios y normas constitucionales en un estado plurinacional, el desarrollo de nuevos métodos de interpretación que den vida a la plurinacionalidad, el uso de los principios del derecho indígena, el uso del derecho comparado por parte de los jueces supremos, la interpretación constitucional a la luz de los principios del derecho indígena, las lógicas de interpretación en la administración de justicia indígena, la real convivencia de varias lógicas de administración de justicia, el derecho de la naturaleza como parámetro para conseguir el equilibrio persona-comunidad-naturaleza; el principio del buen vivir como una lógica distinta al modelo desarrollista y capitalista, estos y otros temas que deben ser procesados por el Tribunal o Corte Constitucional e investigados por la academia.

Pero además, la plurinacionalidad es una propuesta postcolonial que pretende romper con la herencia colonial que aun vivimos, por eso será desarrollado casi de manera transversal en cada uno de los componentes del estado plurinacional.

Consecuentemente, la plurinacionalidad es también una propuesta emancipadora dentro de un nuevo tipo de constitucionalismo, que implica un acto de fundación o refundación del estado, un proyecto político de país diferente, con reconocimiento de culturas, democracias, territorialidades, de institucionalidad públicas no estatales, pluralidad jurídica, un nuevo modelo de vida no desarrollista-capitalista e incluyente a todos y todas las ecuatorianas como sujetos de conocimiento (no como objetos de conocimiento) y parte integral del cosmos. Veamos de manera muy breve.

5.1. Plurinacionalidad

El nuevo modelo de Estado, al menos nos lleva a la discusión de tres temas:

a) La emergencia de la poscolonialidad, por eso, como dice Boaventura de Sousa Santos⁷⁴, ese nuevo modelo de estado es transicional. En esa etapa de transición, el estado plurinacional no puede ser neutral, frente a la marginación de hecho que sufren muchos sectores. Por ello, en esa etapa, se justifica las acciones afirmativas para superar el neocolonialismo y el desarrollo de ciertos derechos especiales, como por ejemplo, los derechos colectivos de los pueblos y nacionalidades indígenas, pueblos afroecuatorianos, etc.

b) Desde la óptica del estado plurinacional, conviven o coexisten al menos dos conceptos históricos de nación. El primero es el liberal que hace coincidir la nación con el estado, ello implica, que hay una sola nación en un estado, cuya consecuencia es la invisibilización y marginación de las naciones indígenas o pueblos indígenas. El segundo es el comunitario no liberal, en donde la nación no conlleva necesariamente al estado, pues desde este concepto nación es una identidad cultural y no forzosamente una identidad política y conlleva un concepto de autodeterminación interna⁷⁵, pero de independencia o soberanía estatal.

El reto del estado plurinacional es la convivencia teórica y práctica de esos diferentes conceptos de nación. Y lo emancipador está en el reconocimiento de esas otras naciones o pueblos marginados como sujetos de derechos y productores de conocimiento, que hoy más que nunca son necesarios para la vida de la humanidad que está en peligro de extinguir, por la depredación del medio ambiente.

c) Este nuevo modelo de Estado tiene que establecer como política (de Estado), la generación de la interculturalidad, que permita viabilizar o procesar el diálogo de las diversidades, en las cuales no existen culturas ni cono-

74 Santos, Boaventura de Sousa, *Estados plurinacionales comunitarios, para que otros mundos sean posibles*, Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas, 2008, p. 267.

75 La autodeterminación interna significa la capacidad de los pueblos y nacionalidades para definir libremente su propio sistema político, económico, social, cultural y espiritual bajo los parámetros de solidaridad y constitucionalidad plurinacional.

cimientos inferiores ni superiores, porque todos están en permanente cambio, adecuación y perfeccionamiento.

Debemos tener presente que la interculturalidad tiene la característica de no ser única o simplemente cultural, sino también política, por ello es importante que exista una cultura común que permita ese diálogo de culturas y saberes. La cultura común es compartida por todos los ecuatorianos y es la manera como cada sociedad va organizando su convivencia plurinacional, cuya matriz tiene que ser la constitución viviente⁷⁶, ello obviamente va implicar que debemos tener un Tribunal Constitucional al menos coherente y sabio.

De allí la importancia de defender otro tipo de unidad en la diversidad que no sea simplemente aceptada sino celebrada. La unidad no tiene por qué ser homogénea y tampoco la diversidad tiene que ser desintegración. Estos son los retos que debe enfrentar la nueva Constitución para que efectivamente el actual proceso político implique una importante ruptura con el colonialismo que no terminó con las independencias⁷⁷.

5.2. Institucionalidad descentralizada y convivencia de instituciones públicas no estatales

El estado plurinacional es una sociedad descentralizada, que requiere de un estado democráticamente fuerte para que pueda aguantar y procesar el nivel de descentralización, de lo contrario pueden gobernar las mafias y ello es contraproducente con este nuevo modelo.

El estado es democráticamente fuerte, cuando al menos existe un nivel de participación muy fuerte de las diversidades en la administración y en la conformación de la institucionalidad estatal; hay un cambio del sistema educativo que permite liberar o emancipar, con una permanente formación política de toda la población; y, cuando la interculturalidad se convierte en

76 Constitución viviente entendida no como principios y normas estáticas, sino en permanente adecuación a la realidad para lo cual requiere de la aplicación de métodos de interpretación como la ponderación, método de interpretación intercultural de los hechos y del derecho, entre otros, en cada caso.

77 Santos, Boaventura de Sousa, Internet, <http://alainet.org/active/23957>.

una política pública, que viabilice el diálogo de las diversidades en el plano del respeto, solidaridad, igualdad, generando conocimientos e intercambio de los mismos.

Todas las instituciones⁷⁸ deben ser plurinacionales en su conformación, así como en la elaboración y ejecución de las políticas públicas, y en la interpretación de los hechos, normas y principios.

En este modelo de estado conviven las instituciones estatales y las propias que puede generar la autodeterminación interna de los pueblos y nacionalidades.

Pero, además, en el estado plurinacional conviven las instituciones propias de otros sectores no estatales, denominadas por Boaventura de Sousa Santos como el “tercer sector”⁷⁹, integrado por organizaciones sociales que no son estatales ni mercantiles. Este “tercer sector”, como los pueblos indígenas y nacionalidades indígenas, tiene que ser democráticamente fuerte.

El reto es viabilizar la convivencia y coordinación del estado con la comunidad, en el cual predomine la comunidad para garantizar la no primacía del mercado. Por ello, nuevamente juega un rol fundamental el organismo de control de constitucionalidad viviente, que puede ser el Tribunal Constitucional Plurinacional que tenga la capacidad de convertir a la función judicial en una instancia garante de la constitucionalidad viviente y tenga la capacidad de desarrollar métodos de interpretación que viabilicen la plurinacionalidad.

5.3. Diversidad cultural

El estado plurinacional que parte del reconocimiento de la diversidad del país, no puede desentender la diversidad cultural que desarrollan sus propios idiomas, dialectos, formas de educación, normas y reglas de vida, religión, rituales, costumbres y sistemas de creencias.

78 Para un análisis sobre la institucionalidad necesaria para la protección de los derechos humanos, véase en esta misma obra “Retos de una nueva institucionalidad estatal para la protección de los derechos humanos” por Ramiro Ávila

79 Santos, Boaventura de Sousa, *Reinventar la democracia, reinventar el Estado*, Sequitur, 1999, Madrid-España, pp. 59-77.

Desde el movimiento indígena, sin contar con otras colectividades existentes, se habla de la existencia de trece nacionalidades y catorce pueblos indígenas, con sus propios idiomas y formas de organización, tal como aparece de los anexos uno y dos.

Consecuentemente, el estado plurinacional se caracteriza por reconocer a todas las diversidades. Un miembro de una cultura solamente está dispuesto a reconocer a otra cultura si siente que su propia cultura es reconocida y respetada⁸⁰.

5.4. Diversidad democrática

El estado plurinacional exige el reconocimiento y vigencia de las diferentes formas de democracia⁸¹. Ello no significa, desconocer la democracia representativa, porque también ésta es importante pero no es la única, pues existen otras formas de democracia como la participativa y formas de deliberación que no necesariamente se resuelve mediante el voto, sino por medio de sistemas de representación por rotación, consensos y otros que son normales al interior de los pueblos indígenas, organizaciones campesinas, afroecuatorianas y otras colectividades.

Por otro lado, es necesario mantener otras formas de participación democrática directa, desarrolladas dentro de la tradición occidental y recogidas en nuestra Constitución vigente, como las consultas populares, iniciativas populares, revocatoria de mandato, presupuestos participativos, etc.

Si partimos del hecho que la plurinacionalidad es una propuesta poscolonial y emancipadora, se requiere de acciones afirmativas a favor de las colectividades marginadas de la participación. Ello obliga al estado plurinacional a combinar entre la democracia participativa mediante el voto y formas de participación directa de los pueblos indígenas en las diferentes instituciones del estado, con representantes electos al interior de cada uno de los pueblos y nacionalidades indígenas, aplicando sus normas y procedimientos propios. Estas acciones afirmativas, también deben concretarse

80 Santos, Boaventura de Sousa, *Estados plurinacionales comunitarios, para que otros mundos sean posibles*, Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas, 2008, p. 273.

81 Para un análisis sobre el modelo de democracia sustancial, véase en esta misma obra "Democracia sustancial: sus elementos y conflicto en la práctica", por Juan Pablo Morales.

con otros sectores que son marginados, como las mujeres, jóvenes, afrodescendientes, etc.

El reconocimiento de la diversidad de democracias requiere de una revisión del sistema electoral, y dentro de ello la representación mediante los “partidos políticos” o movimientos políticos, que se debe mantener para la elección de ciertas autoridades como el presidente de la República.

En nuestro país, no han existido los “partidos políticos” en estricto sentido, sino caudillismos o facciones políticas. Facción está vinculada a varias cosas: a hacendado, a gamonal, a hombre fuerte, a caudillo. Esa falta de existencia de los “partidos políticos”, es otra de las brechas entre la teoría política y la práctica política, lo cual obviamente nos lleva al caos institucional, no logrando consecuentemente, convertirse en filtro, entre las necesidades y exigencia de los habitantes y la elaboración de las políticas públicas, que según la teoría política occidental deben cumplir los partidos políticos.

Por ello, sería interesante ensayar una elección por representantes, electos en cada una de las comunidades de base, hasta llegar a una representación provincial. Este tipo de elección fue normal en una época al interior del movimiento indígena: las comunidades elegían a sus representantes, éstos a su vez competían en la organización de segundo grado, hasta llegar a la representación nacional.

5.5. Modelo económico no extractivista

El actual modelo de desarrollo está destruyendo los recursos naturales, el medio ambiente, contaminando el agua, por ello hoy más que nunca se requiere investigar los modelos económicos alternativos, que no necesariamente son mercantilistas y capitalistas, que aún subsisten al interior de los pueblos indígenas y otras colectividades. Esa urgencia, se justifica no solamente porque está en crisis el capitalismo, sino porque está en juego la supervivencia de la humanidad misma, si se mantiene el actual modelo de desarrollo.

El nuevo modelo económico planteado desde los pueblos indígenas está sustentado en el principio del *sumak kaysay* o buen vivir, que permite básicamente: primero, recuperar la armonía de la persona-comunidad y pacha mama o cosmos (según esta visión, las personas forman parte integrante de

la pacha mama); segundo, impedir el modelo extractivista y depredador de los recursos naturales; y, tercero, cualquier actividad de uso de la naturaleza está limitado a que las generaciones futuras tengan también la posibilidad de usar y gozar en los mismo niveles.

Este nuevo modelo requiere del reconocimiento de otros derechos que son fundamentales como el derecho de la naturaleza, derecho a la tierra, derecho a la soberanía alimentaria, derechos a la protección de la biodiversidad, derecho a la protección de los conocimientos ancestrales, etc.

Este nuevo modelo económico, obviamente, choca con el modelo capitalista neoliberal, porque desde la concepción del estado plurinacional, las personas como individuos aislados de la comunidad y pacha mama no existen o culturalmente están muertos.

El verdadero arjé para la filosofía andina es justamente la relacionalidad del todo, la red de nexos y vínculos que es la fuerza vital de todo lo que existe. No “existe” (en sentido muy vital) nada sin esta condición trascendental⁸².

En cambio, desde la visión occidental, la persona como individuo dotado de racionalidad y libertad es el sujeto de derecho, mientras que la naturaleza es el objeto sobre la cual tiene derecho de usar, gozar y disponer, lo cual ha llevado a un sistema de explotación indiscriminada de los recursos naturales y con nefastas consecuencias en el medio ambiente, poniendo en peligro la vida en el planeta.

5.6. Pluralismo jurídico

El estado plurinacional no puede dejar de ratificar el reconocimiento del pluralismo jurídico, pero además debe ampliar el reconocimiento hacia otras colectividades y básicamente propender a que se ponga en práctica.

Consecuentemente, el *pluralismo jurídico*, a diferencia del monismo legal propiciado por el estado nación o uninacional liberal “permite hablar de la coexistencia de varios sistemas jurídicos dentro de un mismo espacio

82 Estermann, Josef, *Filosofía andina estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina*, Abya-Yala, 1998, Quito-Ecuador, p. 98.

geopolítico. En términos genéricos se llama sistema jurídico o “derecho” a los sistemas de normas, instituciones, autoridades y procedimientos que permiten regular la vida social y resolver conflictos. También incluye normas que establecen como se crean o cambian las normas, los procedimientos, las instituciones y autoridades”⁸³.

En un estado plurinacional, todas las formas de administración de justicia son incompletas y ninguna de ellas se superpone a la otra, ni puede ser considerada de mayor o menor jerarquía, eso nos conlleva a reflexionar varios aspectos que deben ser profundamente investigados:

a) El pluralismo jurídico debe permitir la retroalimentación de las varias formas de administración de justicia, porque la justicia ordinaria tiene muchas deficiencias, errores y equivocaciones, muchas veces es atentatorio a los principios elementales de los derechos humanos⁸⁴; pero también la justicia indígena tiene deficiencias, errores y equivocaciones que en algunos casos pueden ser contrarios a los derechos humanos. Ese reconocimiento y puesta en práctica, permitirá que el derecho ordinario estatal aprenda del derecho indígena y el derecho indígena del ordinario estatal, es decir, es un aprendizaje mutuo. Por ejemplo, en algunas comunidades indígenas el diálogo con el derecho ordinario estatal, ha permitido que al interior de esas colectividades se cuestione la igualdad de género, ha obligado a la reflexión y a establecer algunos cambios. Para el derecho ordinario estatal, es de suma utilidad el sistema de sanciones o sanaciones, procedimientos, principios y visiones del derecho indígena, para que puedan ser revisados sus sistemas penitenciarios, procedimientos, visión de la pena, etc.

b) Cómo operar y efectivizar el diálogo de interlegalidades.

c) Observar y teorizar los principios del derecho indígena. El derecho indígena se sustenta en un principio fundamental: la búsqueda de la armonía o equilibrio de la persona, con la familia, con la comunidad, con la naturaleza y con el cosmos. Este principio se sustenta en subprincipios, como el *ama quilla* (trabajo), *ama llulla* (no mentir), *ama shuwa* (no robar),

83 Yrigoyen Fajardo, Raquel, *op. cit.*, p. 20.

84 Para un análisis sobre las limitaciones de la justicia constitucional, véase en esta misma obra “Constitucionalismo más allá de la Corte Constitucional”, por Claudia Escobar.

ama muku (no avaricia), *ama llakirina* (no hacer daño), *randy randy* (solidaridad), *ama yalli charina* (no codiciar).

d) En la administración de justicia indígena existen métodos de interpretación de los hechos, de los principios y las normas, que deben ser investigados y que pueden ser de utilidad para desarrollar teorías de interpretaciones propias.

e) La interpretación constitucional y en general de las normas, principios y reglas, que desarrollen métodos de interpretación intercultural de los hechos y del derecho.

f) El derecho penal se minimiza y sus principios requieren ser desarrollados desde los principios del pluralismo jurídico y los derechos propios.

g) Los derechos humanos deben convertirse en herramientas de emancipación de los pueblos y estados, ello implica investigación y teorización de esas herramientas.

h) Compatibilización de los sistemas o subsistemas de justicia.

Estos y otros temas tendrán que ser operativizados por el estado plurinacional, que al mismo tiempo requiere el cambio de los sistemas educativos y contar con un Tribunal Constitucional capaz de procesar las diferentes visiones a la luz de la Constitución Plurinacional y los principios de diversidad.

5.7. Territorio descentralizado y autonomías de territorios indígenas

La homogeneidad territorial hoy es una ficción, ya sea por las reivindicaciones internas de los pueblos indígenas como por el proceso de globalización.

En el estado plurinacional, al menos deben convivir la autonomía administrativa (procesos tradicionales de descentralización), y las autonomías vinculadas a la identidad cultural.

Las autonomías vinculadas a la identidad cultural son formas originarias, no pueden estar subordinadas a otras, por ello deben ser extraterritoriales, con capacidad de control y acceso a los recursos naturales que se encuentren en sus territorios, pero no para efectos extractivistas y comerciales, sino para la satisfacción de sus necesidades vitales y bajo los parámetros de solidaridad nacional.

La solidaridad nacional es un principio por el cual todas las personas, en el presente y en el futuro se benefician y participan de los recursos naturales que existen en el país en condiciones de igualdad; que los pueblos indígenas accedan a los mismos para la satisfacción de sus necesidades elementales; y que los recursos naturales sean preservados, evitando el modelo extractivista capitalista.

Justamente este principio es la gran diferencia con la propuesta de autonomía neoliberal y separatista planteado por el partido social cristiano (PSC), cuyo objetivo fundamental es conquistar poder económico y explotar los recursos económicos existentes, desconociendo la autonomía originaria de los pueblos indígenas y en contra del principio de solidaridad nacional.

VI. Conclusiones

El realizar la descripción del estado nación, nos ha permitido demostrar que fue una propuesta emancipatoria para la burguesía criolla y estructuralmente excluyente para otros grupos y colectividades. Este modelo excluyente fue discutido y procesado por el movimiento indígena. Conscientes de esa exclusión y marginación (crisis), desde el movimiento indígena, se propone un cambio estructural del estado nación en un estado plurinacional. Esta propuesta no es analizada, procesada, ni debatida. Y en reemplazo del debate y análisis, hay una oposición ciega, etnocentrista e infundada de los gobernantes de turno, de los sectores políticos, de la sociedad en general, además hay un silencio cómplice de la academia, generando algunos mitos (se daría lugar a la creación de pequeños estados; la institucionalidad del estado se volvería caótica; se crearía enclaves no democráticos; frenaría el desarrollo económico del país; la pluralidad jurídica daría lugar al reconocimiento de formas de administración de justicia que violenta derechos humanos y la equidad de género; el territorio ecuatoriano es homogéneo), que los hemos echado abajo en este artículo, por lo cual nos permitiremos realizar conclusiones a la luz de algunos de esos mitos:

1. La plurinacionalidad busca el reconocimiento de al menos dos conceptos históricos de nación: la nación liberal, que implica estado, y la nación

cultural, que no conlleva necesariamente a constituir un estado soberano, pero si exige el reconocimiento de la autonomía o autodeterminación interna. En ningún momento los pueblos indígenas o sus miembros pretendemos dejar de ser ecuatorianos o dejar de estar sujetos a la Constitución Política. Buscamos la unificación con el reconocimiento de la diversidad.

2. La plurinacionalidad conlleva, además, la necesidad de la existencia de una cultura común, que pueda procesar la interculturalidad y mediante ésta, el diálogo de las diferentes culturas.

3. Al describir el estado nación, hemos demostrado que es caótico, que vivimos tiempos de incertidumbre, con inseguridad, crisis de identidad, por tanto la propuesta plurinacional no crea ese nivel de incertidumbre, trata de ser una salida a esas incertidumbres e inseguridad, por eso tenemos que tomar con mucha seriedad las discusiones y propuestas.

4. La plurinacionalidad no crea enclaves no democráticos. De la descripción que hemos hecho, nos deberíamos preguntar si vivimos actualmente en democracia. La respuesta a esta cuestión no es objeto de nuestro análisis, sin embargo, debemos tener presente que existen pueblos y comunidades indígenas que tienen formas de gobierno, que no son comprensibles a los extraños, porque no han existido investigaciones sobre el tema. Pero reconocemos que, como toda sociedad, los pueblos y comunidades indígenas tienen problemas democráticos a su interior, que deben ser superados mediante el diálogo de culturas. El ejemplo más claro, es que en algunas comunidades hemos constatado que este diálogo ha permitido tomar conciencia de la discriminación de género, y una vez conscientes las mujeres han reivindicado sus derechos, y ello ha dado lugar a la participación de las mujeres en su comunidad. Justamente por ello, se requiere el reconocimiento de la diversidad y el diálogo intercultural, que permita superar esas dificultades.

5. El estado nación no ha generado el desarrollo económico del país. Si se puede llamar desarrollo económico lo que vivimos, ha sido a costa y sacrificio de más del 50 por ciento de la población pobre. Lo que pretende la plurinacionalidad es acabar con esa inequidad e injusticia, buscando el *alli kausay* de todos y todas, sin destruir el ecosistema. Por tanto, la plurinacionalidad no frenaría el “desarrollo” del país.

6. La pluralidad jurídica, permite el diálogo de interlegalidades, partiendo de que todas las formas de administración de justicia tienen problemas,

dificultades y violentan derechos humanos y la equidad de género. Ese diálogo, permite superar esas dificultades, esos problemas, complementándolas o eliminándolas. En consecuencia el reconocimiento de la pluralidad jurídica no da lugar al reconocimiento de formas de administración de justicia que violenta derechos humanos y la equidad de género, lo que busca es superar esas dificultades de todas las formas de administración de justicia.

7. La homogeneidad territorial, hoy es una ficción. Primero, desde el punto de vista interno, que siempre existió pueblos indígenas originarios y su reivindicación territorial. Segundo, la globalización hegemónica y contrahegemónica discuten sobre la homogeneidad territorial, que en algunos casos debilita, en otros fortalece e inclusive se habla de regionalizaciones.

8. Finalmente, el proyecto de Constitución de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador, sostiene que los recursos naturales no renovables son de propiedad del Estado a través del pueblo, por tanto no hay la intención de apropiarse para sí de los recursos naturales en perjuicio del resto de la población ecuatoriana. Pero, una verdadera propuesta de plurinacionalidad debe conceder a los pueblos y nacionalidades indígenas la posibilidad de control y acceso de los recursos naturales, bajo dos principios:

a) Que el control y uso sea exclusivamente para satisfacer sus necesidades elementales, sin fines comerciales o extractivistas.

b) Que cualquier uso y control debe estar supeditado al principio de solidaridad nacional.

VII. Bibliografía

Borja Borja, Ramiro, *Derecho Constitucional ecuatoriano*, Tomo IV, Quito, 1979.

Borja Jiménez, Emiliano, *Introducción a los fundamentos del derecho penal indígena*, Valencia-España, Tirant Lo Blanch, 2001.

Calsamiglia, Alberto, *Introducción a la ciencia jurídica*, Barcelona, Ariel, tercera edición, 1990.

Clavero, Bartolomé, *Ama llunku, Abya Yala: Constituyencia indígena y códi-*

- go ladino por América, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- CONAIE, *Las Nacionalidades Indígenas en el Ecuador: Nuestro proceso organizativo*, Quito, Ediciones Tincui Abya Yala, 1989.
- Santos, Boaventura de Sousa, *Estado, derecho y luchas sociales*, Bogotá. ILSA, 1991.
- , *Conocer desde el Sur*, Para una cultura política emancipadora, Programa de Estudios sobre Democracia y Transformación Global y Fondo Editorial de la Facultad de Ciencias Sociales, 2006, Lima - Perú
- , en *Estados plurinacionales comunitarios, para que otros mundos sean posibles*, Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas, 2008.
- , *Reinventar la democracia reinventar el Estado*, Sequitur, 1999, Madrid-España
- Estermann, Josef, *Filosofía andina estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina*, Abya-Yala, 1998, Quito-Ecuador.
- Flores Giménez, Fernando (editor), *Constitución y pluralismo jurídico*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2004.
- Garrorena Morales, Ángel, *El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho*, Madrid, Tecnos, 1991
- Hans Jürgen Brandt y Rocía Franco Valdivia (editores), *Justicia comunitaria en los andes: Perú y Ecuador, el tratamiento de conflictos: Un estudio de actas en 133 comunidades*, Lima, Instituto de Defensa Legal, 2006.
- Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, traducción de Moisés Nilve, cuarta edición, segunda reimpresión, Buenos Aires, Eudeba, 2003.
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Memoria II Seminario Internacional sobre Administración de Justicia y Pueblos Indígenas*, San José, Costa Rica, Mars Editores S. A., 1999.
- INREDH, *Diversidad: ¿sinónimo de discriminación?*, Quito, Serie de Investigaciones, 2001.
- Kymlicka, Will, *Ciudadanía Multicultural una teoría liberal de los derechos de las minorías*, traducido por Carme Castells Auleda, Buenos Aires, Paidós, 1996.
- Martínez Valle, Luciano, *Economía Política de las comunidades indígenas*, segunda Edición, Quito, Abya Yala, 2002.
- Sánchez Botero, Esther, *Justicia y Pueblos Indígenas de Colombia*, Santa Fe

- de Bogotá-Colombia, UNIJUS, 1998.
- , *La jurisdicción especial indígena*, Santa Fe de Bogotá-Colombia, Procuraduría General de la Nación, 2000.
- , *La aplicación práctica de la política de reconocimiento a la diversidad étnica y cultural, protección a niños, niñas y jóvenes indígenas*, Santa Fe de Bogotá-Colombia, Biblioteca Básica, Programa “Construcción de Entendimiento Intercultural, 2003.
- Taylor, Charles, *El multiculturalismo y “política del reconocimiento”*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992.
- Serrano Vladimir, Rabinovich Ricardo y Sarzosa Pablo (editores), *Panorama del derecho indígena ecuatoriano*, Quito, PROSAR, 2005.
- Yrigoyen Fajardo, Raquel, *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*, Guatemala, Fundación Myrna Mack, 1999.

Internet

Diario La Hora,

<http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/historia/historia6a.htm>.

UNESCO,

http://portal.unesco.org/education/en/file_download.php/4bd91bd98b34ee5f8d3a2059dc4cb3cdTorres_Analfabetismo.doc

Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO)

<http://www.clacso.org/wwwclacso/espanol/html/grupos/grupos/pobreza/textos/Carlos%20Larrea.doc>.

USAID, http://pdf.usaid.gov/pdf_docs/Pnadb331.pdf#page=120

VIII. Anexos

1. Nacionalidades Indígenas del Ecuador

Nº	Nacionalidad	Idioma	Ubicación	Forma de organización
1	Awa	Awapit	En Ecuador y Colombia. En Ecuador: en la costa, en los cantones de la provincia de Esmeraldas; en la sierra: en cantones de Carchi.	La Asamblea comunitaria y la asamblea de la Federación son las máximas instancias de autoridad política.
2	Chachi	Chapalaa	Centro, norte y sur de la provincia de Esmeraldas.	El <i>Uñi Chaitarucula</i> o Gobernador es la máxima autoridad política local.
3	Epera	Sia pedee	Algunos cantones del norte de la provincia de Esmeraldas.	La asamblea general es la forma de organización. La máxima autoridad es el Presidente del Consejo de Gobierno.
4	Tsa'chila	Tsa'fique	Cantón Santo Domingo de los Colorados, en la provincia de Pichincha.	Las comunas son la forma de organización, mientras que la asamblea general es la máxima autoridad de las 8 comunidades, presidida por un Gobernador.

1. Nacionalidades Indígenas del Ecuador (continuación)

5	Shuar	Shuar	En Ecuador y en Perú. En Ecuador: en las provincias de Napo, Pastaza, Zamora Chinchipe, Sucumbíos y Morona Santiago.	La Asamblea General es la máxima autoridad política. 668 comunidades conforman la Federación Interprovincial de Centros Shuar.
6	Achuar	Achuar	En Ecuador y en Perú. En Ecuador: en las provincias de Pastaza y Morona Santiago.	La unidad de 56 centros Achuar conforma la Federación Interprovincial de la Nacionalidad Achuar del Ecuador.
7	Siona	Paicoca	En la Amazonia peruana y ecuatoriana. En Ecuador: en parroquias de la provincia de Sucumbíos.	Población dispersa, adoptó el modelo nuclear de aldeas.
8	Secoya	Paicoca	En la Amazonia peruana y ecuatoriana. En Ecuador: en parroquias de la provincia de Sucumbíos.	La Organización Indígena Secoya del Ecuador es su representante político.
9	Wuorani	Wuao Terero	En las provincias de Orellana, Pastaza y Napo.	El máximo organismo político es el Consejo Byle (Asamblea de la nacionalidad); mientras que la ONHAE (Organización de la Nacionalidad Wuorani de la Amazonia Ecuatoriana) ejerce la representación externa.

1. Nacionalidades Indígenas del Ecuador (continuación)

10	A'Í COFAN	A'ingae	En la provincia de Sucumbíos, en los cantones Lago Agrio, Cuyabeno y Sucumbíos.	Las comunidades conforman la Organización Indígena de Cofanes.
11	Kichwa	Kichwa	Imbabura, Pichincha, Cotopaxi, Tungurahua, Bolívar, Chimborazo, Cañar, Azuay, Loja, Zamora Chinchipe.	Constituida por 13 pueblos.
12	Shiwiar	Shiwiar Chicham	Al suroeste de la provincia de Pastaza.	Son 9 comunidades dispersas, organizadas alrededor de una Asociación.
13	Zápara	Zápara	En Ecuador y en Perú. En Ecuador: al noroeste de la ciudad de Puyo (Pastaza).	10 comunidades conforman la Organización de la Nacionalidad Zápara del Ecuador.

Fuente: <http://www.codenpe.gov.ec/htm.htm>

2. Pueblos Indígenas del Ecuador

Nº	Pueblos	Idioma	Ubicación	Forma de organización
1	KARANKI	Kichwa	Imbabura	La máxima autoridad es el Consejo de Cabildo. 49 comunidades.
2	NATABUELA	Kichwa	Imbabura	La representación política la ejerce el Consejo de Alcaldes y el Gobernador indígena del pueblo de Natabela.
3	OTAVALO	Kichwa	Imbabura	157 comunas conforman preconsejos de cabildos, cabildos y consejos de cabildos.
4	CAYAMBI	Kichwa	Imbabura y Pichincha	131 comunas organizadas en asociaciones, cooperativas y federaciones provinciales.
5	KITU KARA	Kichwa	Pichincha	64 comunidades organizadas en asambleas comunitarias.
6	PANZALEO	Kichwa	Cotopaxi	Los cabildos y las asambleas generales son la representación política de las comunidades.
7	CHIBULEO	Kichwa	Tungurahua	La asamblea comunitaria es la máxima representación política de 7 comunidades.

2. Pueblos Indígenas del Ecuador (continuación)

8	SALAZACA	Kichwa	Tungurahua	Las Asambleas comunitarias son los espacios de la toma de decisiones.
9	WARANKA	Kichwa	Bolívar	216 comunidades semiconcentradas y dispersas.
10	PURUHUA	Kichwa	Chimborazo	La máxima autoridad política es la Asamblea Comunitaria donde se elige la directiva de la comunidad.
11	KANARI	Kichwa	Cañar	Los ancianos junto a la asamblea comunitaria son las máximas autoridades de decisión política de las 387 comunidades que conforman este pueblo.
12	SARAGUROS	Kichwa	Loja y Zamora Chinchipe	La comunidad es la forma tradicional de organización de este pueblo.
13	KICHWA DE LA AMAZONIA	Kichwa	Napo, Pasataza, Sucumbíos, Orellana	438 comunidades organizadas en asociaciones cooperativas, centros, federaciones y organizaciones provinciales.
14	MANTA WANKAVILKA	Kichwa	Manabí y Guayas	Las comunas se organizan en uniones que son la máxima representación política.

Fuente: <http://www.codenpe.gov.ec/html.htm>

