La desigualdad

SELA 2015

Seminario en Latinoamérica
de Teoría Constitucional y
Política

La desigualdad

Luís Roberto Barroso
Renata Bregaglio Lazarte
Javier Couso
Iñigo de la Maza Gazmuri
Alberto do Amaral Junior
Fiona Doherty
Roberto Gargarella
Chloé S. Georas
Diego Gil Mc Cawley
Bradley Hayes
Eleonora Lozano Rodríguez
Vivian I. Neptune Rivera
Ezequiel Nino
Paulina Ochoa Espejo
Catalina Pérez Correa
Aline Rezende Peres Osorio
Daniela Salazar
Constanza Salgado Muñoz

LIBRARIA

LIBRARIA EDICIONES

Av. de los Incas 3462, (1426) Buenos Aires

www.librariaediciones.com.ar
info@librariaediciones.com.ar

La desigualdad / Bradley Hayes ... [et al.]. - 1a ed .
Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Libraria, 2016.
344 p. ; 24 x 17 cm.

ISBN 978-987-3754-13-5

1. Derecho Constitucional . 2. Desigualdad . 3. Derechos Humanos. I. Hayes, Bradley
CDD 342

Diseño: Daniel Wolkowicz

Primera edición: septiembre de 2016

© 2016 SELA

ISBN: 978-987-3754-13-5
Hecho el depósito que establece la ley 11.723
Impreso en Argentina. Printed in Argentina

La primera edición 400 ejemplares de **La desigualdad** se terminó de imprimir en el mes de septiembre de 2016 en Bibliográfika, Bucarelli 1160, C.A.B.A.

Ninguna parte de esta publicación puede ser reproducida, almacenada o transmitida por ningún medio, ya sea electrónico o mecánico, sin previo consentimiento por escrito del editor.

Índice

7 **Introducción**
Bradley Hayes

11 **Ponencia inaugural: "¿Sabe usted con quién está hablando?": algunos apuntes sobre el principio de la igualdad en el Brasil contemporáneo**
Luís Roberto Barroso y Aline Rezende Peres Osorio

Parte 1

29 **La desigualdad digital y el acceso a la justicia**
Vivian I. Neptune Rivera

51 **¿Respecto de qué?**
Iñigo de la Maza Gazmuri

71 **Comentario**
Constanza Salgado Muñoz

Parte 2

75 **Equidad intergeneracional: ¿qué rol debe jugar el derecho?**
Alberto do Amaral Junior

88 **Las fronteras importan moralmente: ciudadanía e igualdad legal**
Paulina Ochoa Espejo

Parte 3

107 **Obedezcan todas las leyes y sean buenas personas: libertad supervisada y el significado de la reincidencia**
Fiona Doherty

136 **La elaboración de perfiles automatizados: racismo preventivo en el desarrollo de tecnologías predictivas contra "comunidades malas"**
Chloé S. Georas

165 **Los valores del derecho penal moderno y la equidad de género**
Catalina Pérez Correa

Parte 4

191 **Lo "viejo" del "nuevo" constitucionalismo latinoamericano**
Roberto Gargarella

220 **¿Regreso al futuro? El retorno del "principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados" en el constitucionalismo radical latinoamericano**
Javier Couso

233 **"Mi poder en la Constitución": la perversión del Estado de derecho en Ecuador**
Daniela Salazar

Parte 5

262 **Derecho a la vivienda, integración urbana y minimalismo regulatorio en Chile**
Diego Gil Mc Cawley

282 **Breves reflexiones sobre las elecciones de los delegados en los guetos de Buenos Aires**
Ezequiel Nino

Parte 6

296 **Cuando la Corte no nos mira: las reparaciones como factor diferenciador en una sociedad posconflicto en el caso peruano**
Renata Bregaglio Lazarte

320 **Perspectivas jurídicas para la paz colombiana: algunas consideraciones económicas pro igualdad**
Eleonora Lozano Rodríguez

"Mi poder en la Constitución": la perversión del Estado de derecho en Ecuador

Daniela Salazar*

Introducción

En 1830, el primer presidente de Ecuador, Juan José Flores, se retrató con una banda de seda en la que hizo bordar, en letras doradas, el lema: "Mi poder en la Constitución". Desde entonces, aunque con cambios de estilo, las bandas presidenciales en Ecuador han mantenido intacto dicho lema, lo que las caracteriza frente a otras bandas de la región. El significado del lema presidencial, no obstante, ha cambiado significativamente. Esta frase, que en su momento aludía a la importancia de ceñirse a la Constitución como límite del poder, hoy ha cobrado un sentido más bien literal: en la Constitución reside el poder del presidente, no sus límites. En el proceso que llevó a la adopción de la Constitución de 2008 y en el propio texto constitucional, es posible encontrar las claves para comprender el creciente autoritarismo en Ecuador.

Con frecuencia, aquellos que reconocen los excesos de la autoridad presidencial en Ecuador los atribuyen a la personalidad o el estilo confrontativo del presidente Rafael Correa. Sin pretender realizar un análisis exhaustivo de la extensa, compleja y novelera Constitución ecuatoriana, en este texto resalto algunos ejemplos de sus innovaciones para demostrar que la raíz de la perversión del Estado de derecho en Ecuador no se encuentra en el liderazgo del presidente, sino en la propia Constitución de 2008, conocida también como la Constitución de Montecristi. Es mi intención que el caso de Ecuador y los ejemplos que se describen sirvan para reflexionar más profundamente sobre las implicaciones del llamado nuevo constitucionalismo latinoamericano y sus promesas incumplidas.

Aclaro que lo que me motiva a escribir este texto es la necesidad de evaluar el nuevo constitucionalismo latinoamericano en contexto, y no solo en abstracto. Bastante se ha teorizado sobre el significado, las características y los alcances de este nuevo modelo constitucional. Suficientes esfuerzos se han realizado por crear nuevos paradigmas y proponer

* Profesora de la Universidad San Francisco de Quito.

nuevos modelos constituyentes. Propongo que dejemos de lado el entusiasmo por teorizar y reflexionemos por un momento no sobre la teoría, sino a partir de la práctica. Para ello, parto de un recuento del proceso constituyente en Ecuador que, si bien contó con el voto popular, difícilmente puede considerarse legítimo. A continuación, me refiero a algunas de las riesgosas innovaciones introducidas en el texto constitucional, tales como la eliminación del Estado de derecho como elemento definitorio del Estado; el diseño de un modelo que amplía las facultades del presidente al tiempo que asume que institucionalizar la participación ciudadana equivale a fortalecerla; y la inflación de derechos sometidos a un concepto de dudosa definición, como el Buen Vivir. Lo que formulo, entonces, es un diagnóstico reflexivo más que propositivo.

1. Prohibido olvidar

"Prohibido olvidar" es una de las frases preferidas del presidente Rafael Correa, repetida sin cesar en cada alocución pública para referirse a la situación que regía en Ecuador antes del gobierno de la llamada "revolución ciudadana". Ahora bien, habiendo transcurrido ya más de ocho años desde que llegó al poder, es imprescindible empezar a recordar también cómo se originó y planificó esta "revolución". La poca atención que recibía Ecuador en la arena internacional, sumada a la frágil memoria histórica de sus ciudadanos, ha generado que el cuestionable proceso de progresiva acumulación de poder implementado por el actual gobierno pase desapercibido o sea olvidado.

La Constitución ecuatoriana de 2008 generó una estabilidad sin precedentes en la historia de nuestra república. La llamada Constitución de Montecristi es la número veinte[1] de la nación. Si bien la vigencia del texto constitucional no ha significado un récord respecto del promedio de duración de constituciones anteriores, y sus primeras enmiendas se encuentran en camino, Ecuador está experimentando el período más largo de ejercicio de un presidente de la república. Solo desde el retorno a la democracia, en 1979, podemos contar doce presidentes constitucionales y una presidenta encargada; y solo en los diez años previos al gobierno de Rafael Correa, entre 1997 y 2007, tuvimos siete presidentes (sin contar un triunvirato que pretendió gobernar por unas horas la noche del 21 de enero de 2000), tres de los cuales fueron derrocados. Pero esta aparente superación de la inestabilidad política ha tenido un precio, y no me refiero únicamente al hecho de que la permanencia del presidente en el gobierno podría convertirse en indefinida.[2] Esta preciada estabilidad se obtuvo en desmedro de elementos fundamentales del Estado de derecho, a través de estrategias autoritarias disfrazadas de legalidad o convalidadas por votación popular.

A diferencia de los anteriores, el proceso constituyente[3] que se inició en Ecuador en 2007 no estuvo inmediatamente precedido de una crisis institucional o política que lo justificara. Existían debilidades, como en todo Estado, pero no era imperativo reinventar nada. Bajo la Constitución de 1998, Ecuador era ya un régimen constitucional, con una gama importante de derechos reconocidos en la carta magna, con garantías jurisdiccionales para esos derechos, con aplicabilidad directa de los tratados e instrumentos

de derechos humanos, entre otros importantes avances. La única justificación aparente para esta refundación institucional parecería ser la necesidad de control absoluto de los poderes como única salida para una verdadera transformación del Estado. Fue una cuestión premeditada. Tanto es así que, cuando Rafael Correa se postuló para presidente, lo hizo sin presentar candidatos para el Congreso, órgano que planificaba eliminar en cuanto asumiera el poder.

Cuando el presidente Correa tomó posesión de su cargo, se negó a jurar que defendería la Constitución. Juró únicamente respetar el mandato de sus electores,[4] a quienes durante la campaña había convencido de la necesidad de una Asamblea Constituyente. Acto seguido, las autoridades se aprovecharon de la popularidad del presidente para dar legitimidad a los abusos de poder a través de una democracia plebiscitaria. Así, con posterioridad a la elección presidencial de noviembre de 2006, bombardeados de publicidad oficial y ante un descarado abuso de los recursos e infraestructura gubernamentales para asegurar resultados ampliamente favorables, los ecuatorianos volvimos a las urnas en abril de 2007 para ser consultados sobre la necesidad de una Asamblea Constituyente, en septiembre de 2007 para elegir a asambleístas constituyentes, y en septiembre de 2008 para ratificar por vía de referéndum la nueva Constitución de la república. El apoyo mayoritario del pueblo a estos procesos ha ocasionado que sean pocos los que se atrevan a cuestionarlos, a pesar de que el autoritarismo estuvo presente con mucha fuerza desde los primeros actos de la revolución ciudadana.

Y es que, antes de estas votaciones, el gobierno de la revolución ciudadana se ocupó de destituir a la mayoría parlamentaria de oposición. Recordemos que Rafael Correa lanzó su candidatura a presidente de la república sin que su partido propusiera candidatos para ocupar asientos del Legislativo y, como parte de su estrategia electoral, los partidos e instituciones políticas fueron sometidos a una campaña de desprestigio. Esto facilitó que, tres meses después de asumir el poder, a través de una decisión del Tribunal Supremo Electoral adoptada el 13 de abril, se destituyera a 57 de 100 legisladores –todos ellos de la oposición– y se les suspendieran sus derechos políticos por un año.[5] Los legisladores destituidos acudieron al Tribunal Constitucional y presentaron un recurso de amparo. El 23 de abril, el Tribunal Constitucional resolvió que la medida adoptada por el Tribunal Supremo Electoral era inconstitucional por no haber respetado el debido proceso y no haber otorgado a los legisladores una posibilidad de defenderse, en virtud de lo cual los 57 diputados debían volver a sus cargos. Pero el 24 de abril, al día siguiente de la decisión del Tribunal Constitucional, legisladores suplentes de los destituidos se reunieron en secreto con el secretario particular del ministro de Gobierno para negociar un número suficiente de votos que garantizara la consulta popular. Al ser sorprendidos por la prensa, salieron a sus autos cubiertos con manteles de las mesas, por lo que en adelante pasaron a conocerse como los diputados de los "manteles". La madrugada siguiente, a las cinco de la mañana, los diputados suplentes de los ilegalmente destituidos subieron a un bus policial que les aseguró su ingreso a las instalaciones del Congreso, al tiempo que la fuerza pública impidió el ingreso a los diputados cuya reincorporación había sido ordenada por el Tribunal Constitucional. Una vez dentro, los diputados suplentes junto con los adeptos al gobierno,

resolvieron destituir a los 9 miembros del Tribunal Constitucional que habían declarado la inconstitucionalidad de la medida que destituyó a los 57 diputados opositores y sustituirlos por otros magistrados vinculados al presidente, dejando sin efecto la resolución judicial. Todo este escandaloso desmantelamiento institucional ocurrió sin ocasionar mayor reacción en la ciudadanía, que reclamaba cambios políticos frente a la "partidocracia", y permitió que tanto la presidencia como la Asamblea Constituyente, que estaba próxima a instalarse, gobernaran sin contrapeso político alguno.

La pregunta que se sometió a consulta popular del pueblo ecuatoriano para iniciar el proceso constituyente decía: "¿Aprueba usted que se convoque e instale una Asamblea Constituyente con *plenos poderes*, de conformidad con el Estatuto Electoral que se adjunta, para que se transforme el marco institucional del Estado y se elabore una nueva Constitución?". El Estatuto Electoral señalaba: "[L]a Asamblea Constituyente es convocada por el pueblo ecuatoriano y está dotada de *plenos poderes* para transformar el marco institucional del Estado, y para elaborar una nueva Constitución". Esto se tradujo en que la Asamblea Constituyente –además del mandato de redactar una nueva Constitución– recibió "plenos poderes" para transformar el marco institucional del Estado,[6] lo que fue aprovechado por los constituyentes para deshacerse de toda institución que de una u otra forma podría haber limitado o al menos balanceado el poder del presidente Rafael Correa, quien en todo momento controló las decisiones de la Constituyente. Cuando entró en funcionamiento la Asamblea Constituyente, fue claro que sus miembros no se sometieron a la Constitución vigente sino únicamente al Estatuto Constituyente, aprobado por la mayoría de la población. Los "plenos poderes" de la Asamblea significaron en la práctica poderes absolutos que permitieron a este organismo aprobar mandatos, leyes y resoluciones en asuntos legislativos, administrativos e incluso judiciales bastante lejanos al proceso constituyente.

En otros procesos constituyentes, la Asamblea Constituyente se dedica a redactar un proyecto de Constitución mientras otras instituciones siguen funcionando normalmente dentro de sus facultades. En principio, la Asamblea Constituyente ecuatoriana podría haber funcionado al mismo tiempo que el Congreso, si la primera se concentraba en el proceso constituyente y el segundo realizaba su labor legislativa. No obstante, en aplicación de la lógica de que el que puede lo más puede lo menos, se interpretó que un organismo facultado para redactar una Constitución podía emitir todas las normas y resoluciones necesarias para la administración. En su primer "mandato", la Asamblea Constituyente se autoadjudicó una facultad no contemplada expresamente en el Estatuto, esto es, "la expedición de: mandatos constituyentes, leyes, acuerdos, resoluciones" (artículo 2). De conformidad con su primer mandato, "[l]a Asamblea Constituyente asume las atribuciones y deberes de la Función Legislativa. En consecuencia, declara en receso a los diputados y diputadas principales y suplentes elegidos el 15 de Octubre del 2006 [...]" (artículo 7). Fue así como, en noviembre de 2007, la Constituyente se autoadjudicó la facultad legislativa y decidió cerrar el Congreso que había sido elegido democráticamente hacía apenas un año, enviando a su casa incluso a los legisladores que meses atrás habían cumplido órdenes del Ejecutivo para desmantelar al Tribunal Constitucional.

Los plenos poderes le sirvieron también para ratificar en sus cargos a funcionarios cercanos al gobierno y designar nuevos para otros cargos, lo que generó que todas las autoridades se deban, en última instancia, a la Asamblea Constituyente y no al pueblo. Incluso los magistrados de la Corte Suprema de Justicia continuaron en sus cargos "mientras la Asamblea Constituyente no disponga lo contrario", según el mandato uno. Juristas que participaron de este proceso de concentración de poderes, al tratar de justificar esta cadena de abusos, se limitaban a responder que liberarse de la oposición era la única forma de gobernar. Para quienes estaban dentro del gobierno, todo era justificado porque había un proyecto político más grande y más importante que el Estado de derecho: el proyecto presidencial.

La institucionalidad quedó sometida al "proyecto", que todo lo justificaba, incluso la impunidad. Lo que es más, los actos constituyentes no podían ser cuestionados judicialmente en virtud de que el citado mandato número uno, aprobado por la Constituyente, resolvió también que: "las decisiones de la Asamblea Constituyente son jerárquicamente superiores a cualquier otra norma del ordenamiento jurídico y de obligatorio cumplimiento para todas las personas naturales, jurídicas y demás poderes públicos, sin excepción alguna. Ninguna decisión de la Asamblea Constituyente será susceptible de control o impugnación por parte de alguno de los poderes constituidos. Los jueces y tribunales que tramiten cualquier acción contraria a las decisiones de la Asamblea Constituyente serán destituidos de su cargo y sometidos al enjuiciamiento correspondiente".[7] Así, la Asamblea Constituyente fue omnipotente y sus actos estuvieron revestidos de inmunidad.

La Asamblea Constituyente asumió tantos poderes que descuidó la tarea de la deliberación y redacción constitucional. El plazo establecido en la consulta popular se vencía sin que el debate constitucional hubiera avanzado. Al final, los textos de la Constitución fueron votados "entre gallos y medianoche", algunos de ellos sin debate alguno. Se conoce que, con posterioridad a la votación, una Comisión de Redacción habría alterado alrededor de ochenta textos y suprimido más de cuarenta artículos aprobados, en el proceso de preparación de la versión final que fue sometida a consulta popular. De esta forma, no solo el proceso sino los propios textos nacieron rodeados de dudas razonables sobre su legitimidad. Pero para ese entonces, el gobierno de la revolución ciudadana no solo había cooptado todas las instancias de poder a través de los nombramientos realizados por la Asamblea Constituyente, sino que se había encargado de destituir al Congreso y a los miembros del Tribunal Constitucional que podían haber actuado como frenos y contrapesos de sus acciones.

A la Asamblea Constituyente le siguió un régimen de transición ideado por la propia Constitución para asegurar al presidente el control de todos los poderes públicos, enquistando a sus seguidores en todas las ramas del poder y en todos los puestos de autoridad. El período de transición empezó con la aprobación de la nueva Constitución (en septiembre de 2008) y duró, por lo menos, hasta la integración definitiva del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (en marzo de 2010), aunque algunas instituciones permanecieron en transición por mucho tiempo más. Es importante prestar atención a este período, pues la implementación de la Constitución se debe no solo a su texto sino a los

hechos que rodearon su redacción, así como a la forma en que se llevó a cabo la transición institucional. Como ha advertido César Montúfar, "en los 60 artículos que conforman las Disposiciones Transitorias y el documento llamado Régimen de Transición [es posible identificar] un verdadero plan de captación completa de la institucionalidad del Estado, de control total del poder, por parte del grupo político que había controlado la Asamblea Constituyente, liderado por y conducido desde el Ejecutivo".[8] Sin ánimo de realizar un análisis comprehensivo de esta etapa, cabe mencionar algunas de las movidas maestras que se realizaron en este momento de excepcionalidad política, en el que aún no estaba plenamente vigente la Constitución de 2008 pero no se aplicaba la Constitución de 1998, lo que permitió que el grupo de poder adoptara decisiones que consolidaran su proyecto de cooptación institucional, actuando siempre bajo la lógica de los plenos poderes.

Primero, la Constitución de Montecristi incluyó normas para desestabilizar a la Corte Suprema que había sido nombrada en 2006 bajo lo que, a mi juicio, fue el proceso más serio y riguroso de selección judicial que se ha llevado a cabo en Ecuador. La Corte Suprema así designada tenía 31 magistrados, pero la Corte Nacional concebida por la Constituyente debía tener solo 21. Según el Régimen de Transición, los magistrados debían someterse a un sorteo para determinar quiénes permanecerían en el cargo. De los 31 magistrados, 30 decidieron desconocer el sorteo, de forma tal que la Corte Nacional quedó acéfala.

Segundo, el día en que la Constitución fue promulgada, los vocales del Tribunal Constitucional –que habían sido designados por los diputados de los "manteles"– se autodesignaron magistrados de la primera Corte Constitucional, en aplicación de una cuestionable interpretación de los artículos del Régimen de Transición constitucional, y también fueron ellos los que por medio de una sentencia interpretativa reformaron la Constitución para resolver la acefalia en la Corte Nacional, nombrando jueces con un procedimiento distinto al establecido en el Régimen de Transición.

Tercero, debido a que el proceso para elegir asambleístas recién iba a terminar a mediados de 2009, se encargó a la Comisión Legislativa y de Fiscalización de la Asamblea Constituyente (conocida como "el congresillo") que ejerciera la función legislativa, lo que facilitó la aprobación de cuerpos legales de vital importancia para la consolidación del "proyecto".

Cuarto, una vez integrado el nuevo Consejo Nacional Electoral, el congresillo le delegó la facultad de regular la designación de los miembros del quinto poder, el Consejo de Participación Ciudadana que, como veremos más adelante, está encargado de la designación de las más altas autoridades públicas.

Así, durante los primeros años, el presidente Correa gobernó sin someterse a la Constitución vigente y sin contrapeso institucional o político alguno, y diseñó un plan que le permitió controlar todos los poderes bajo una aparente legalidad ratificada por vía plebiscitaria. Aunque recubierto de un velo de legitimidad, "el proyecto" nació viciado de autoritarismo. Prohibido olvidar.

2. El laboratorio constitucional ecuatoriano

Los defensores de la Constitución ecuatoriana consideran que la propuesta constitucional de este país andino supera el neoconstitucionalismo porque no solo rompe con la visión positivista de la Constitución, sino que introduce aspectos novedosos, como el pluriculturalismo, el interculturalismo, la *pachamama* (el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos), el *Sumak Kawsay* (o Buen Vivir), entre otros. "La plurinacionalidad, el *Sumak Kawsay* y los derechos de la pachamama son tres pilares sobre los que se sustenta el nuevo cambio paradigmático",[9] en palabras de los devotos de la Constitución de 2008.

Los doctrinarios españoles que dieron sustento teórico a la Constitución de Ecuador, principales exponentes de la doctrina del nuevo constitucionalismo latinoamericano, aseguran que este es una categoría que se deriva de "la suma de legitimidad, aplicación y profundización democrática que tiene lugar en las nuevas constituciones latinoamericanas"[10] y explican que "el nuevo constitucionalismo mantiene las posiciones sobre la necesaria constitucionalización del ordenamiento jurídico con la misma firmeza que el neoconstitucionalismo y plantea, al igual que este, la necesidad de construir la teoría y observar las consecuencias prácticas de la evolución del constitucionalismo hacia el Estado Constitucional. Pero su preocupación no es únicamente sobre la dimensión jurídica de la Constitución sino, incluso en un primer orden, sobre la legitimidad democrática de la Constitución".[11] Ahora bien, a diferencia del neoconstitucionalismo y del nuevo constitucionalismo, el "nuevo constitucionalismo latinoamericano" tiene como elementos comunes, según los citados autores, un proceso constituyente plenamente democrático y no representativo de las élites, sumado a la originalidad y la pérdida del miedo a la invención en sus textos.

Así, mientras el neoconstitucionalismo se caracteriza, entre otros factores, por una estructura constitucional flexible que permite a los jueces, a través de las garantías, hacer realidad los mandatos constitucionales, dando prevalencia a la ponderación como principio de interpretación constitucional, el nuevo constitucionalismo latinoamericano plasmado en las constituciones de Venezuela, Bolivia y Ecuador pretende transformar la realidad a partir del propio texto constitucional. Ramiro Ávila denomina al neoconstitucionalismo latinoamericano de estas características como un neoconstitucionalismo transformador.[12]

No pretendo teorizar sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano. Me limitaré a ofrecer algunos ejemplos de cómo la capacidad inventiva de los proponentes de la Constitución ecuatoriana y sus incansables esfuerzos por crear nuevos paradigmas han incidido en el debilitamiento de la democracia y los derechos en Ecuador. Quienes trabajaron en el laboratorio constitucional de Montecristi trataron de evitar, sin mayor éxito, trasplantar ideas de constituciones previas o comparadas. Sin haberse apartado lo suficiente del modelo constituyente anterior, procuraron incorporar a la Constitución nuevas definiciones, principios e instituciones sin precedente en la historia constitucional, encaminados a construir un Estado y un derecho diferentes, capaces de adaptarse a la realidad andina. Excede los límites de este texto el abordar todas las innovaciones de la Constitución de

2008 en Ecuador, o todos los elementos que caracterizan al nuevo constitucionalismo latinoamericano según sus principales exponentes.[13] De esos elementos, me interesa reflexionar en particular sobre la configuración de un nuevo modelo de Estado, que en el caso ecuatoriano se visualiza en la eliminación del Estado de derecho como su característica definitoria y el diseño institucional que diluye la separación de poderes al tiempo que refuerza las atribuciones del Presidente; así como en el amplio y novedoso catálogo de derechos sometidos a la consecución del Buen Vivir como principio teleológico y axiológico.

Adelanto mi escepticismo respecto del entusiasmo por producir innovaciones constitucionales. El argumento de que es conveniente apartarse de la experiencia constitucional comparada para crear normas e instituciones adaptables a nuestra realidad, única y particular, es harto riesgoso y está siendo sido utilizado de forma sistemática por las autoridades ecuatorianas para justificar arbitrariedades en evidente desconocimiento de los estándares constitucionales e internacionales en materia de derechos humanos.[14] El afán por construir paradigmas que permitan apartarse del neoliberalismo no debería justificar la restricción de derechos cuyo reconocimiento ha sido tan difícil de alcanzar.

a. La abdicación del Estado de derecho

En el marco de los esfuerzos por diferenciarse del resto de las experiencias constitucionales, "los grandes trazos y las pistas para esa construcción los encontramos en el artículo primero de la Constitución, que son un llamado para hacer un salto paradigmático del estado tradicional y neoliberal a un estado realizador del Buen Vivir, y que caracterizan al constitucionalismo transformador".[15] Ese primer artículo de la Constitución de 2008 declara que Ecuador es un Estado "de derechos", evitando autodefinirse como un "Estado de derecho".

Si bien no existen mayores fundamentos teóricos de este concepto incorporado a la Constitución de 2008 ni consenso sobre su significado, defensores y detractores de la Constitución coinciden en que se trata de un distanciamiento deliberado de la noción de Estado de derecho que constaba en la Constitución de 1998. Según Fabián Corral, el Estado de derechos es una huida consciente del principio de sujeción de la autoridad a la ley y un fortalecimiento de la discrecionalidad que implica que "se atribuye al Estado la titularidad de los derechos individuales o, al menos, se transfiere, como característica definitoria del Estado, lo que corresponde a otros sujetos distintos del poder [y] se define al poder político a través de un atributo de las personas naturales".[16] Según Corral, "la eliminación del concepto de Estado de Derecho es trascendental, porque ese sistema suponía sujeción general a la ley, limitación al ejercicio de la autoridad, responsabilidad pública, sometimiento de las políticas públicas a las normas y prevalencia de los derechos de las personas sobre el interés del Estado".[17] Otros, como Ramiro Ávila, explican que "en el estado de derecho, el poder está sometido al derecho bajo dos modalidades. En la una, el derecho es entendido exclusivamente como la ley; en la otra, el derecho tiene una concepción más amplia y se la podría entender como el sistema jurídico formal o como el sometimiento a la Constitución

[...]. En el estado de derechos, finalmente, todo poder, público y privado, está sometido a los derechos [...]. En este sentido, decir que el estado es de derechos, significa que se está redefiniendo la centralidad de los derechos de las personas sobre el Estado y sobre la ley".[18]

Como adelanté, no es el objetivo de este texto teorizar sobre lo que debemos entender por Estado de derecho, menos aún sobre el significado de la expresión "Estado de derechos y justicia"; me interesa simplemente llamar la atención sobre la abdicación del Estado de derecho como elemento definitorio del Estado. No sabemos a ciencia cierta qué es un Estado de derechos, pero sabemos que Ecuador no se define como un Estado de derecho. Es válido preguntarse si, al modificar este elemento definitorio del Estado, la Constituyente reconoció que en la Constitución no se establecerían límites al poder, que lo que rige es el poder sin reglas. En palabras de la propia Corte Constitucional: "Este nuevo Estado ecuatoriano no es, por supuesto, un Estado de legalidad, como el que imperaba en el Ecuador hasta el 20 de octubre de 2008; y por tanto, no puede ser enjuiciado, como pretenden los críticos de la nueva Constitución, con las categorías analíticas que explicaban teóricamente al Estado europeo decimonónico. El estudio del Estado constitucional de los derechos, implica la adopción de nuevas metodologías e instrumentos de interpretación y comprensión de la realidad jurídica, que van más allá de la separación de poderes y la consagración formal de los derechos de las personas".[19] El Estado de derechos, al ser un concepto en construcción, permite que los jueces y cualquier otra autoridad a cargo de determinar su significado puedan inferir de él cualquier elemento, en tanto posibilite diferenciarse de aquello que haya servido como elemento definitorio de las democracias liberales.

En la práctica, como demuestran las palabras de la Corte, la eliminación del Estado de derecho entre los elementos definitorios del Estado ecuatoriano ha significado la pérdida de certeza jurídica. Los principios de legalidad y reserva de ley han perdido vigencia en Ecuador.[20] Esta dosis de originalidad de los constituyentes ecuatorianos ha abierto espacios infinitos de discrecionalidad para las autoridades de todas las ramas del poder público. El artículo primero de la Constitución, al deshacerse del Estado de derecho como elemento definitorio del Estado, reconoció que los poderes en Ecuador ya no están sometidos al respeto de la Constitución y la ley, y por lo tanto limitados o vinculados por ellas. A confesión de parte, relevo de prueba.

b. El imperio del Poder Ejecutivo

En estrecha vinculación con lo señalado en la sección anterior, otra de las innovaciones del texto constitucional ecuatoriano fue un diseño institucional que desmorona la separación de poderes al tiempo que ofrece facultades reforzadas al presidente. Cinco poderes reemplazaron a los tres poderes clásicos: a los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, se sumaron el Electoral y el Ciudadano (llamado de transparencia y control social).

La idea de los cinco poderes fue concebida por juristas españoles del Centro de Estudios Políticos y Sociales, dirigidos por Roberto Viciano Pastor, quien tenía un contrato con la Procuraduría y participó de la redacción de textos constitucionales en estrecha colaboración

con la Presidencia de la República y la Asamblea Constituyente. El Poder Electoral ya había sido creado en Venezuela,[21] por lo que la verdadera innovación constituyó el quinto poder: la función de transparencia y control social. Esta función está integrada por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría y las Superintendencias, aunque la verdadera clave para comprender esta función es el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.

El Consejo de Participación Ciudadana y Control Social –conformado por siete consejeros seleccionados por el Consejo Nacional Electoral a través de concursos que hasta ahora han sido seriamente cuestionados– selecciona al Defensor del Pueblo, al Defensor Público, al Fiscal General, al Contralor, a los miembros del Consejo Nacional Electoral, a los del Tribunal Contencioso Electoral y a los del Consejo Nacional de la Judicatura. A su vez, el Consejo Nacional de la Judicatura selecciona a los magistrados de la Corte Nacional de Justicia, a los jueces inferiores e incluso a los notarios. Así, en el control del Consejo de Participación Ciudadana –o de sus comisiones–[22] reside el control de las principales autoridades y demás funciones del Estado, incluida la judicial. Como se ha comprobado en la práctica, mientras puedan manipularse los concursos para elegir a los miembros del Consejo de Participación Ciudadana, se garantiza que todas las autoridades designadas respondan a los intereses del Ejecutivo.

No estaría completa la visión sobre el Consejo de Participación Ciudadana si me limito a describirlo como el organismo a través del cual se controla la designación de autoridades públicas. Este organismo está concebido también para institucionalizar la participación ciudadana. Así, además de sus facultades para designar autoridades, el Consejo de Participación Ciudadana tiene también la de promover la participación ciudadana, la deliberación pública, la formación en ciudadanía, los valores, la transparencia, la lucha contra la corrupción, entre otros.

La Constitución de 2008 incluye entre los derechos de participación tanto los derechos políticos relacionados con la democracia representativa (elegir, ser elegidos) como otras formas de ejercicio directo de la democracia (la consulta popular y la revocatoria del mandato). De manera novedosa, además de los derechos de participación política que ya existían en la de 1998, la Constitución de Montecristi establece como derecho autónomo el de participar en asuntos de interés público.[23] Adicionalmente, varios artículos de la Constitución se refieren a la obligación de los órganos del poder público de tomar en cuenta la participación de la ciudadanía, a la facultad ciudadana de presentar proyectos de ley y al derecho a ser consultados sobre ciertas materias.

No obstante, un análisis detallado de la redacción de los textos constitucionales referidos a la participación permite concluir que se trata más bien de un discurso, "una mera máscara que esconde las mismas formas de ejercicio del poder; se permite que todos opinen siempre que la decisión siga siendo controlada por los centros de poder".[24] Como explica Aguilar, la participación no está concebida como una iniciativa social, sino como un espacio institucional controlado por el Estado. El que la Constitución haya creado una nueva función del Estado dedicada a la participación y control social no significa que le haya dado importancia, sino que evidencia su pretensión de institucionalizar el movimiento

social, subordinando sus demandas a la lógica del aparato estatal.[25] Tanto es así que los dos consejeros que desde su cargo han procurado levantar una voz distinta a la oficial son constantemente tildados por el presidente de la república de "infiltrados".

En teoría, a mayor participación ciudadana, más limitado es el poder presidencial. Pero en la práctica, se han concebido formas de bloqueo de los mecanismos de democracia directa y de participación en los asuntos públicos a través de obstáculos de hecho y de derecho que los han tornado ineficientes, como han reconocido varios autores en Ecuador.[26] La participación ciudadana en el proceso legislativo es prácticamente nula. Bajo el gobierno de la revolución ciudadana, las únicas propuestas de ley con viabilidad han sido las provenientes del propio Poder Ejecutivo. Se han derrochado recursos en lo que la Asamblea insiste en llamar "socialización", pero en la práctica no existen espacios significativos para propuestas ciudadanas en el proceso legislativo. De manera similar, las consultas populares que han terminado en las urnas han sido aquellas auspiciadas o convocadas por el Ejecutivo. Cuando los ciudadanos han tratado de activar los mecanismos de consulta popular, el Consejo Nacional Electoral y la Corte Constitucional se han encargado de bloquearlos.

Resulta ilustrativo relatar cómo se bloquean los mecanismos de participación directa de la ciudadanía. Cuando el Ejecutivo convocó a una consulta sobre corridas de toros, peleas de gallos y –de paso– la reforma judicial, la Corte Constitucional verificó la constitucionalidad de las preguntas planteadas, las modificó levemente, y de inmediato se abrió paso al proceso electoral a través del Consejo Nacional Electoral. El proceso de convocatoria a iniciativa del Ejecutivo fue sencillo y expedito. Por otro lado, aunque la Constitución establece el derecho de la ciudadanía a convocar a consulta popular "sobre cualquier asunto", así como la facultad de la Asamblea para hacerlo cuando se trate de realizar actividades extractivas de recursos no renovables en territorios protegidos o intangibles, las iniciativas de consulta sobre la extracción petrolera en el Parque Nacional Yasuní han sido bloqueadas. Cuando ciudadanos que buscaban evitar la explotación petrolera en ese parque nacional –para proteger su biodiversidad y la supervivencia de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario– se organizaron para convocar a una consulta popular y sometieron a la Corte Constitucional las preguntas para verificar su constitucionalidad antes de solicitar las firmas necesarias para realizar la convocatoria (la pregunta debe ir en el formulario de firmas), la Corte decidió que primero debían recolectar las firmas y después se pronunciaría sobre la constitucionalidad de las preguntas. La decisión carece de lógica pues, si la Corte determina que la pregunta riñe con la Constitución, el proceso de recolección de firmas habrá sido en vano. En todo caso nunca llegó a pronunciarse sobre la constitucionalidad de las preguntas porque el Consejo Nacional Electoral se encargó de invalidar las firmas presentadas. Posteriormente, en una nueva iniciativa ciudadana para recolectar firmas y someter a consulta popular la posibilidad de enmendar la Constitución para dar paso a la reelección indefinida, el Consejo Nacional Electoral se negó incluso a entregar los formularios para recolección de firmas bajo el pretexto de que la pregunta era inconstitucional (atribuyéndose una facultad que le compete a la Corte Constitucional). Así, frente a iniciativas ciudadanas, o bien el Consejo Electoral se niega a entregar formularios de recolección de firmas, o bien la Corte se niega a decidir sobre la constitucionalidad de las

preguntas. Las consultas populares se utilizan para convalidar cuestionables decisiones del Ejecutivo, como la de reformar la justicia bajo procedimientos no contemplados en la Constitución de 2008, pero se impiden cuando se proponen desde la ciudadanía para tratar temas adversos a los intereses del gobierno, como impedir la extracción petrolera en el Yasuní o frenar la reforma de la Constitución para dar paso a la reelección indefinida del presidente. De esta forma, lejos de moderar los poderes del presidente, la participación es manejada a su conveniencia.

Al mismo tiempo, el organismo ha servido como instrumento para designar autoridades que consolidan la influencia del Ejecutivo en todas las ramas. Por poner solo un ejemplo, el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social designó al Consejo de la Judicatura, presidido por el ex Secretario Particular del presidente y exministro de Justicia. Este funcionario, cercano al presidente de la república, es quien en la actualidad está a cargo del organismo que dirige los procesos de selección de jueces, así como su evaluación, ascenso y sanción. Se perfeccionó de esta forma el control del Ejecutivo al Judicial. Pero mientras no lo tuvo bajo su control, el presidente de la república convocó a una consulta popular para quitarle al Consejo de Participación Ciudadana la atribución de designar al Consejo de la Judicatura, cambiando "por esta sola vez" el procedimiento para designación del Consejo de la Judicatura y de toda la Función Judicial de forma tal que pudiera controlarlos directamente, incumpliendo las normas de la Constitución que acababa de aprobarse, con el único objetivo de controlar el Poder Judicial.

Las altas expectativas generadas por la innovación constitucional del quinto poder no se han cumplido. No se ha transferido el poder hacia la sociedad, sino que se ha utilizado la consulta popular a conveniencia del Ejecutivo para legitimar sus acciones. Al burocratizar la participación ciudadana, convirtiéndola en una institución propia del Estado, en verdad se la aniquiló.[27] Como advirtieron Gargarella y Courtis: "hacer ambas cosas al mismo tiempo [fortalecer al presidente y abrir espacios para una mayor participación] suele resultar entonces en una operación contradictoria, que conlleva el grave riesgo de que uno de los dos ideales u objetivos termine resultando opacado o directamente suprimido".[28]

Pero cuando me refería al diseño institucional que desmorona la separación de poderes, no hacía alusión únicamente a la existencia de cinco poderes a través de los cuales se ha degenerado la participación ciudadana y se ha asegurado al presidente la facultad de nombrar delegados en todas las instituciones del Estado. Me refiero también al proceso de elaboración de normas concebido por la Constitución. Si bien, según el texto constitucional, la iniciativa para presentar proyectos de ley es absolutamente amplia, en la práctica solo los proyectos de ley presentados o impulsados por el Ejecutivo tienen éxito. Más allá de la iniciativa, el proceso legislativo limita el debate legislativo y, una vez aprobadas, las leyes pasan al Ejecutivo para su veto total o parcial. Hasta aquí no hay nada de novedoso frente a otras constituciones o al menos no frente a la Constitución de 1998. Lo que llama la atención es que la facultad de veto del presidente incluye no solo la de observar ciertos artículos de la iniciativa, sino la de vetar totalmente la ley, obligando a la Asamblea a archivar la iniciativa por un año, y luego de transcurrido, exigiendo que se reúnan los votos de dos tercios de los asambleístas para insistir en su propuesta. Adicionalmente, como parte

del poder de veto, se otorga al presidente la libertad de proponer textos alternativos, que terminan siendo aprobados sin haber sido debatidos. Aún más, el presidente puede convocar a un referéndum aprobatorio de normas sin mayores requisitos, lo que le permite sancionar normas que puedan llegar a bloquearse en la Asamblea. Si a esto le sumamos la cantidad de decretos ejecutivos a través de los cuales se gobierna sin la necesidad de aprobar leyes, podríamos decir que en el modelo constituyente ecuatoriano el presidente se va convirtiendo en el legislador exclusivo.

Eso no es todo. El afán de originalidad del laboratorio constituyente ecuatoriano los llevó a idear la figura de la "muerte cruzada". Esta se refiere a la facultad del Poder Ejecutivo para disolver la Asamblea si, por ejemplo, estima que existe una grave crisis política. Una vez disuelta, el Consejo Nacional Electoral está obligado a convocar a elecciones tanto para renovar el Poder Legislativo como el propio Poder Ejecutivo (de ahí que se llame "cruzada"). El presidente que haga uso de esta figura está facultado para postularse él mismo a la presidencia. Si bien durante los primeros años de su gobierno Correa amenazó varias veces con hacer uso de esta figura, en la práctica, sin haberse aplicado, ha estimulado una actitud sumisa de la Asamblea hacia el presidente, con miras a evitar todo tipo de crisis política que pueda culminar en su disolución. A esto se suma que, si el primer mandatario hace uso de su potestad de disolver la Asamblea Nacional, hasta que se convoque a elecciones y se instale la nueva Asamblea, está facultado a dictar leyes por decreto, previo dictamen favorable de la Corte Constitucional.

Desde su primera Constitución, Ecuador adoptó un sistema presidencialista que se ha mantenido a lo largo de todas las cartas políticas, pero que ha sido reforzado en la última. Como corolario de la falta de división de poderes, la Constitución de 2008, lejos de solucionar el presidencialismo marcado de la Constitución de 1998, fortaleció las potestades del presidente para influir en los ámbitos legislativo y judicial.[29] La falta de estabilidad política que ha caracterizado al país no se combatió, por parte de los constituyentes, con límites al presidencialismo, sino con un hiperpresidencialismo. Toda la Constitución se redactó bajo la sombra del presidente a tal punto que otros modelos de gobierno, con sus bondades y defectos, ni siquiera fueron debatidos. Convencidos de que su amigo Rafael tenía las mejores intenciones para el país, quienes participaron del proceso constituyente consideraron necesario otorgar todo el poder al presidente. "El proyecto" solo podía consolidarse si él reunía todas las facultades para convertirlo en realidad. No solo no repararon en la necesidad de que la Constitución sea aplicable para futuros gobernantes, eventualmente más peligrosos, sino que algunos no imaginaron de lo que el presidente Correa sería capaz en uso de sus ilimitadas atribuciones. Así, como advirtió Javier Couso, "parece claro que el denominado 'nuevo constitucionalismo' tiene poco de constitucionalista, dada su hostilidad respecto de la separación de poderes –y en especial la independencia de la judicatura– y su pretensión de perpetuar el momento soberano del proceso constituyente como 'el' hito constitucional por excelencia".[30]

c. La inflación de derechos constitucionales sometidos a un principio axiológico

La Constitución de 2008 tiene 444 artículos, 30 disposiciones transitorias, 30 artículos del "régimen de transición" y una disposición final, lo que suma 505 artículos. Es fácil apreciar en la Constitución, por un lado, una inflación de derechos y, por otro, una reglamentación excesiva de ciertos temas. Dicha inflación no es mala en sí misma; estoy convencida de que sería peor si no estuvieran contemplados en el texto constitucional todos esos derechos. Pero admito que genera una suerte de devaluación de las normas constitucionales a tal punto que los derechos más básicos pueden tornarse banales. Al mismo tiempo, el detalle con el que fueron regulados algunos temas, sumado a la prisa y la ligereza que caracterizaron los debates constituyentes, ha evidenciado la existencia de inconsistencias y contradicciones dentro del propio texto constitucional y, lo que es más difícil de superar, ha impedido que por vía legal o jurisprudencial se logre avanzar en materia de derechos y libertades. Si a esto se suma que el afán por innovar llevó a los constituyentes a incorporar el *Sumak Kawsay*[31] como un principio axiológico transversal a toda la Constitución, se tiene como resultado un texto constitucional que abre infinitos espacios de discrecionalidad.

No soy contraria a la idea de fijar ideales y aspiraciones en el texto constitucional. Por el contrario, el diseño constitucional debe tomar algo de distancia de la realidad empírica para permitir que, progresivamente a través de legislación, jurisprudencia y políticas públicas, se vuelvan realidad los postulados constitucionales. Pero la Asamblea Constituyente parece no haber entendido la diferencia entre incorporar ambiciones y ambicionar abarcarlo todo. Así, redactó una Constitución tan descriptiva y pormenorizada en materia de derechos que lo que consiguió fue limitarlos o, incluso, suprimirlos.

Por ejemplo, cuando la Constitución hace alusión al derecho a la libertad de expresión e información, se refiere únicamente a la información "veraz, verificada, oportuna, contextualizada, plural, sin censura previa acerca de los hechos, acontecimientos y procesos de interés general".[32] De esta forma, para gozar de protección constitucional, se condiciona previamente la información. En la práctica, esto ha permitido que una superintendencia sancionara administrativamente a medios de comunicación, entre otros, porque a juicio de la autoridad cierta información no estuvo suficientemente contextualizada. Las facultades de la superintendencia han llegado al extremo de exigir la rectificación de caricaturas por no reflejar la veracidad respecto de hechos de interés público. Asimismo, las autoridades de todos los poderes públicos han hecho uso de esa disposición constitucional que se refiere a la información veraz para imponer contenidos a los medios de comunicación a través de cadenas o textos de rectificación que exigen difundir la versión oficial como la única verdad admisible. De esta manera, el texto constitucional ha servido de sustento para poner límites a la libre circulación de ideas y opiniones.

También resultan ilustrativos los artículos de la Constitución que elevan a prohibición constitucional la adopción de niños por parte de parejas del mismo sexo,[33] así como el matrimonio igualitario,[34] sin dejar espacio para que a través de la legislación o la jurisprudencia se consiga avanzar en estos derechos. Quizá en materia de lenguaje constitucional, menos es más.

La inundación de postulados constitucionales termina por ahogarlos y facilita que se vayan vaciando de contenido a través de leyes, decretos ejecutivos, sentencias y políticas públicas. Para ilustrar lo anterior, mencionaré brevemente ejemplos de una ley, un decreto, una sentencia y una política pública emitidos sin que su posible contradicción con normas constitucionales genere el más mínimo empacho. Empezando con una ley, tenemos que la Constitución garantiza los derechos sexuales y reproductivos,[35] pero bajo su vigencia se aprobó legislación que penaliza el aborto, incluso en casos de violación, a menos que la mujer pruebe que padece de discapacidad mental.[36] Así, también, la Constitución propugna el principio de ciudadanía universal, la libre movilidad de todos los habitantes del planeta[37] y el derecho al asilo,[38] pero bajo su vigencia se emitió un decreto ejecutivo que limitó severamente el acceso al procedimiento de determinación de la condición de refugiados;[39] la Constitución reconoce el derecho a la asociación, pero bajo su vigencia se emitió un decreto que otorga amplios poderes para que el Ejecutivo disuelva organizaciones sociales.[40] La Constitución define el Estado como intercultural y plurinacional,[41] al tiempo que reconoce a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas la facultad de ejercer funciones jurisdiccionales con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio,[42] pero a pesar de su vigencia, mediante sentencia la Corte Constitucional desconoció la facultad de ejercer justicia indígena respecto de materias penales, subordinando la justicia indígena a la justicia ordinaria aun cuando no se hayan vulnerado la Constitución o los derechos humanos.[43] Finalmente, la Constitución reconoce la familia en sus diversos tipos,[44] consagra el derecho de las personas a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y establece como deber del Estado el asegurar que todas las entidades escolares impartan una educación en sexualidad desde el enfoque de derechos,[45] pero la política pública sobre la materia, aprobada bajo la vigencia de esta Constitución, apunta a reducir el embarazo adolescente a través de la abstinencia.[46]

No existe un instrumento adecuado para medir la bondad constitucional. Pero difícilmente es buena una Constitución que permite que bajo su vigencia se dictaminen con tanta frecuencia leyes, decretos, sentencias y políticas públicas que abiertamente contradicen los postulados constitucionales. Si bien, habiendo transcurrido más de siete años desde la entrada en vigencia de la Constitución, un análisis sobre su eficacia ya no sería prematuro, los ejemplos mencionados permiten demostrar que no se trata únicamente de un problema de falta de eficacia de las normas constitucionales. Resulta inevitable preguntarse cómo una Constitución supuestamente progresista, garantista y de avanzada puede permitir excesos como los descritos en el párrafo anterior. El problema no radica en que ocurran, como en todo Estado, ciertas violaciones a la Constitución que luego deben ser corregidas; lo que sucede es que las normas de la Constitución están sirviendo como fundamento de esas leyes, decretos ejecutivos, sentencias y políticas públicas a través de los cuales se limitan derechos consagrados en el mismo texto constitucional. El hecho de que existan violaciones de derechos o excesos de las autoridades no es necesariamente lo que convierte en inadecuada a la Constitución; lo perturbador es que esto ocurra bajo la apariencia de constitucionalidad, con sustento en sus normas y en ausencia de garantías que permitan corregir y sancionar esos excesos.

La Constitución de 2008 fue también innovadora en garantías. Entre las garantías jurisdiccionales mantuvo las que existían en la Constitución de 2008 –el hábeas corpus, el hábeas data y el amparo (al que denominó "acción de protección")– y añadió nuevas garantías, como la acción por incumplimiento, la acción de acceso a la información pública y la acción extraordinaria de protección. Un estudio de las garantías jurisdiccionales establecidas en la Constitución nos llevaría a concluir que no debería existir acto público que no pueda ser prevenido, impedido, sancionado o reparado a través de dichas garantías. Pero una vez más, a través de legislación[47] se desvirtuó el contenido de las garantías constitucionales, exigiendo requisitos no contemplados por la Constitución. A lo que se suma que, como consecuencia de la "metida de mano en la justicia",[48] los jueces no gozan de la independencia necesaria para decidir casos contra las autoridades públicas o sus intereses.[49] En materia de derechos, el extenso texto constitucional contiene las claves para comprender sus violaciones. En materia de garantías, la razón de su ineficacia como mecanismo para corregir y sancionar los abusos de autoridad no está únicamente en el texto constitucional, sino en el proceso que se implementó durante la Constituyente para eliminar los frenos y contrapesos al poder.

A lo anterior se suma lo que quizá fue la más riesgosa innovación del laboratorio constitucional instalado en Montecristi: el *Sumak Kawsay* como columna vertebral de la Constitución, como derecho, como principio, como objetivo del Estado y de la sociedad, y como condición de validez de todos los actos. Sin ánimo de ofender a quienes piensan que este término "solo puede ser entendido desde la 'conciencia andina' y no desde la 'cosmovisión occidental'",[50] antes de identificar las normas de la Constitución que se refieren al Buen Vivir, trataré de adentrarme brevemente en su significado.

El *Sumak Kawsay* es un concepto rescatado de los conocimientos ancestrales kichwa que "plantea una cosmovisión diferente a la occidental al surgir de raíces comunitarias no capitalistas. Rompe por igual con las lógicas antropocéntricas del capitalismo en tanto civilización dominante, y también de los diversos socialismos realmente existentes hasta ahora. [...] Con su postulación de armonía con la Naturaleza, con su oposición al concepto de acumulación perpetua, con su regreso a valores de uso, el Buen Vivir abre la puerta para formular visiones alternativas de vida".[51]

Las poblaciones indígenas de la región andina "conciben el 'sumak kawsay' o 'buen vivir' como la participación de los seres humanos en un conjunto vital de carácter cósmico, es decir, en estrecha relacionalidad, o también armonía, con la naturaleza. Por su parte, la Constitución ecuatoriana retoma el 'sumak kawsay', lo propone como objetivo de la vida en sociedad, y lo presenta como una 'convivencia ciudadana en diversidad y armonía con la naturaleza'. El 'buen vivir' aparece en la nueva Constitución como un concepto holístico que sirve de fundamento e integra el conjunto de aspectos que constituyen la vida política. Por eso, el 'sumak kawsay' adquiere en la Constitución ecuatoriana el sentido de un objetivo general hacia el cual se orienta la vida económica, política, social y cultural".[52] Según explica Cortez, fue la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE) la que presentó a la Asamblea Constituyente, en octubre de 2007, el Buen Vivir como eje de la propuesta de nueva Constitución bajo el planteamiento de que "puede ser una

alternativa ante el agotamiento del paradigma de civilización y de vida que durante siglos ha alimentado el diseño de proyectos de modernidad capitalista, y también socialista, con rasgos coloniales".[53]

El Plan Nacional de Desarrollo, denominado en Ecuador Plan Nacional del Buen Vivir, define este concepto como "la satisfacción de las necesidades, la consecución de una calidad de vida y muerte digna, el amar y ser amado, el florecimiento saludable de todos y todas, en paz y armonía con la naturaleza y la prolongación indefinida de las culturas humanas. El Buen Vivir supone tener tiempo libre para la contemplación y la emancipación, y que las libertades, oportunidades, capacidades y potencialidades reales de los individuos se amplíen y florezcan de modo que permitan lograr simultáneamente aquello que la sociedad, los territorios, las diversas identidades colectivas y cada uno –visto como un ser humano universal y particular a la vez– valora como objetivo de vida deseable (tanto material como subjetivamente y sin producir ningún tipo de dominación a un otro)".[54]

Este concepto, que para algunos podría parecer poesía, ha significado en la práctica el sustento de la restricción de derechos y libertades individuales con el objetivo de alcanzar un ideal de sociedad con un significado indeterminado y sujeto a múltiples interpretaciones. Como reconocen Breton, Cortez y García: "parecería que el *sumak kawsay* se ha convertido en una suerte de cajón de sastre capaz de albergar concepciones muy distintas –a veces casi antitéticas– en función del punto de vista en que se ubique el observador. [...] *Sumak kawsay, suma qamaña, buen vivir* y otros términos afines en realidad han admitido diversidad de elaboraciones porque son construcciones sociales o discursos que se entienden por definición como 'en construcción', en el marco de propuestas protagonizadas por actores sociales múltiples, quienes imprimieron en los términos una perspectiva política amplia frente a la crisis general que experimentaron y experimentan en la región los proyectos neoliberales y, con ellos, los paradigmas occidentales de civilización".[55] Si bien es aceptable –incluso deseable– que la Constitución fije aspiraciones, existe una enorme diferencia entre el mejor régimen posible y un régimen imaginario como el *Sumak Kawsay* o Buen Vivir, cuya definición es tan amplia que podría incluir todo aquello que permita modificar sustancialmente la lógica liberal basada en el individuo o despertar de "la larga y triste noche neoliberal", en palabras del presidente Correa.

Una de las características del neoconstitucionalismo es que la "arquitectura constitucional de reglas y principios la dimensiona con valor programático y axiológico en tanto la proveen de un *ethos*, en donde se hallan las claves del proyecto de deber ser pactado en el documento constitucional; ofrecen el *mos* ideológico del poder público, y proveen el plexo axiológico que ha de pautar la relación poder-sociedad-ciudadano. De esta forma se delinea el techo ontológico de la Constitución, se transmite el espíritu del pacto constituyente, se cualifica la fórmula política. Este conjunto de principios funciona, a su vez, como pautas hermenéuticas del ordenamiento jurídico al transmitir los umbrales a la luz de los cuales debe interpretarse el texto constitucional y suplirse las lagunas".[56] El constituyente ecuatoriano estimó que ese principio axiológico que condiciona la validez de todo lo actuado debía tener raíces andinas, y fue así como introdujo el *Sumak Kawsay* o Buen Vivir en la Constitución de 2008.

La Constitución agrupó como derechos del Buen Vivir a la mayoría de los derechos económicos, sociales y culturales, como también a la comunicación e información.[57] De la redacción del texto constitucional se infiere que estos derechos no tienen valor en sí mismos, sino como condiciones indispensables para el Buen Vivir. Adicionalmente, en su afán por apartarse del régimen de libertades individuales, los constituyentes establecieron como deber de todos los ecuatorianos "promover el bien común y anteponer el interés general al interés particular, conforme al Buen Vivir".[58] También según la Constitución, las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos deben orientarse no a hacer efectivos los derechos, sino el Buen Vivir.[59] De manera similar, el régimen de desarrollo debe garantizar la realización del Buen Vivir.[60] Todos los deberes del Estado[61] y de las personas y comunidades[62] existen para la consecución del Buen Vivir. El conjunto de sistemas, instituciones, políticas, normas, programas y servicios públicos forman parte del régimen del Buen Vivir.[63] En otras palabras, "el poder y el ordenamiento estatales no valen, no son tales solo por asumirse y ejercerse el primero conforme a las reglas y los procedimientos constitucionalmente prescritos, por emanar simplemente dicho poder del segundo. Valen porque derivan su validez última de los valores que propugnan y realizan, respectivamente; en otras palabras, encuentran en dichos principios el parámetro de validez o legitimidad".[64] En el caso ecuatoriano, el parámetro de validez o legitimidad es el Buen Vivir. En el diseño constitucional ecuatoriano, el Buen Vivir es al mismo tiempo un derecho, una categoría de derechos, un objetivo de la política pública y un principio regulador de la vida social.

En defensa de este paradigma, Ramiro Ávila explica que bajo el entendido de que "el sistema jurídico basado en reglas o normas hipotéticas ya no es suficiente ni tampoco es la mejor herramienta para garantizar la seguridad jurídica [...], se ha visto necesario establecer principios".[65] No obstante, coincido con Farith Simon en que al introducir, por vía de los principios, elementos axiológicos que condicionan la validez y la aplicación de las reglas jurídicas, se ha dado paso a una situación de gran inseguridad jurídica en el marco de la cual, en nombre de la "defensa" de principios, los jueces hacen caso omiso de las reglas cuando quieren y deciden con peligrosa discrecionalidad.[66]

Las cortes no se han ocupado de ir dotando de contenido a este concepto jurídico indeterminado; simplemente se limitan a citarlo como justificación para la restricción de derechos. Por ejemplo, en el momento de decidir una cuestión tan compleja como la constitucionalidad de la categorización de la comunicación como un servicio público, el análisis de la Corte Constitucional se limitó señalar que el "texto constitucional contiene una directriz normativa que obliga a que la prestación de los bienes y servicios públicos se oriente a hacer efectivos el Buen Vivir y, en general, todos los derechos, directriz que conduce a un análisis complementario indispensable: a partir del artículo 12, la Constitución desarrolla el amplio conjunto de los derechos que otorgan significado normativo al Buen Vivir, empezando con los derechos al agua y a la alimentación, continuando con los derechos a gozar de un ambiente sano, para llegar a los derechos de la comunicación e información. Seguirán luego los relativos a la cultura y ciencia, a la educación, al hábitat y vivienda, a la salud y al trabajo y seguridad social. De aquí que se pueda colegir que los

derechos a la comunicación y a la información configuran parte del contenido constitucional de los derechos del Buen Vivir, por lo cual, de conformidad con el artículo 85 numeral 1 de la Constitución, su satisfacción debe garantizarse necesariamente mediante la prestación de un servicio público".[67] Así, según la Corte, el *Sumak Kawsay* sustenta la necesidad de convertir la comunicación en un servicio público, sin necesidad de mayor reflexión.

Otro ejemplo de lo anterior ocurrió cuando el gobierno ecuatoriano, luego del fracaso de la iniciativa Yasuní ITT,[68] tomó la decisión de proceder con la explotación petrolera en los Bloques 31 y 43 del Parque Nacional Yasuní, reserva que –como señalé anteriormente– no solo alberga la más importante biodiversidad del planeta sino que, además, es territorio de pueblos indígenas en aislamiento voluntario. Las posibles afectaciones a los derechos humanos que podrían generarse a partir de esta explotación en un territorio que la propia Constitución denomina como intangible imponen obligaciones adicionales al Estado en el momento de justificar su decisión. Las autoridades debían resolver la aparente contradicción entre dos normas constitucionales, una que "prohíbe la actividad extractiva de recursos no renovables en las áreas protegidas y en zonas declaradas como intangibles, [excepto] a petición fundamentada de la Presidencia de la República y previa declaratoria de interés nacional por parte de la Asamblea Nacional, que, de estimarlo conveniente, podrá convocar a consulta popular",[69] y otra según la cual "los territorios de los pueblos en aislamiento voluntario son de posesión ancestral irreductible e intangible, y en ellos estará vedada todo tipo de actividad extractiva".[70] Esta última disposición, que no se refiere a todas las zonas intangibles en general sino que protege específicamente los territorios de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario, no admite excepciones. No obstante, en contradicción con esta norma expresa, la Asamblea Nacional declaró de interés nacional la explotación petrolera en la zona. El informe que sustentó esta declaratoria señala: "la Constitución en el artículo 275 prescribe el marco axiológico general para los objetivos permanentes y políticas de Estado del país, estableciendo que el propósito del Régimen de Desarrollo es el de garantizar la realización del Buen Vivir, del *Sumak Kawsay*, para lo cual el Estado ecuatoriano tiene como deberes primordiales de acuerdo al artículo 3 numerales 1, 5 y 7 de la Constitución 'garantizar el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, planificar el desarrollo nacional, erradicar la pobreza, promover el desarrollo sustentable y la redistribución equitativa de los recursos y la riqueza, para acceder al Buen Vivir y, proteger el patrimonio natural y cultural del país [...]. Existe la posibilidad real de acelerar el proceso de desarrollo nacional y la consecuente posibilidad de ejecutar con una mayor celeridad el primer deber primordial del Estado que es garantizar los derechos de la población (en particular sus derechos del Buen Vivir) a través de la satisfacción de sus necesidades básicas insatisfechas. [...] La concreción de estas posibilidades en un futuro cercano [...] es razón suficiente de interés nacional [...]. La Declaratoria de Interés Nacional de los Bloques 31 y 43 se sostiene en el firme propósito de alcanzar el Buen Vivir o el *Sumak Kawsay*".[71]

Los casos que acabo de citar permiten evidenciar cómo el Buen Vivir ha servido en la práctica como pretexto para justificar decisiones al margen de los derechos, en tanto todas las normas constitucionales están sometidas a un principio axiológico superior, llamado

Sumak Kawsay, cuyo contenido es lo suficientemente amplio para justificarlo todo: para alcanzar el Buen Vivir es necesario convertir la comunicación en un servicio público, aunque eso limite la libertad de expresión como derecho individual; para alcanzar el Buen Vivir es necesario explotar el Bloque 41, aunque eso comprometa la supervivencia del pueblo indígena taromenane. Estos son solo dos ejemplos de una política mucho más amplia y transversal de restricción de derechos con sustento en la necesidad de alcanzar el *Sumak Kawsay*, que recoge una visión del mundo según la cual el ser humano solo es digno de protección como parte de un entorno natural y social. De hecho, en Ecuador existe una Secretaría Nacional del Buen Vivir "orientada a impulsar una nueva forma de convivencia para el fomento de la investigación y el desarrollo del pensamiento, que trascienda las fronteras y promueva las prácticas ciudadanas responsables ligadas al *Sumak Kawsay*".[72]

Cuando los constituyentes, animados por su apetito inventivo y su ansiedad por diferenciarse del liberalismo, sometieron la validez de los derechos y garantías constitucionales a la consecución del etéreo Buen Vivir, abrieron un ilimitado espacio de discrecionalidad en las autoridades públicas, con la consecuente pérdida de un núcleo de certeza jurídica para los administrados. Los derechos del Buen Vivir, lejos de ser límites al poder, otorgan un poder a las autoridades limitado únicamente por lo que a su juicio constituya la vía para alcanzar aquello que legitime el proyecto político del presidente.

Algunos dirán que bien podría intercambiarse el concepto de "Buen Vivir" por otro como "dignidad", "libertad" o "igualdad" sin que esto genere un resultado distinto. Pero existe una diferencia radical entre el constitucionalismo principialista que defendieron Alexy, Dworkin y Nino y el constitucionalismo del Buen Vivir. A diferencia de otros principios, cuyo contenido son los propios derechos y cuyo marco interpretativo son también los derechos, en el diseño constitucional de Montecristi los derechos no son un fin en sí mismo sino únicamente un medio para alcanzar el Buen Vivir. Las normas constitucionales carecen de valor o legitimidad al estar condicionadas a la realización de un principio de contenido resbaladizo. El Buen Vivir ha significado la imposición a los ciudadanos de un concepto de bien supremo que todo ecuatoriano está obligado a anhelar, sin espacio para que cada individuo defina y busque sus propias aspiraciones, de manera pluralista y bajo un régimen de tolerancia de las ideas sociales y políticas distintas.

3. La Constitución en mi poder

En sus reflexiones sobre los experimentos del constitucionalismo radical, Couso señalaba que "en general estos regímenes son rigurosos en respetar la voluntad expresada en el voto".[73] Seguramente, al utilizar las palabras "en general", adelantaba la posibilidad de que existieran excepciones. El caso ecuatoriano es, sin duda, una excepción. El voto solo sirve en tanto permite legitimar el proyecto presidencial. Si la voluntad popular puede comprometer ese proyecto, no se apela al poder de las urnas. Es así como una Constitución cuya legitimidad nació de una consulta popular a través de la cual se convocó a una Asamblea Constituyente, sumada a una consulta popular a través de la cual

se aprobó la entrada en vigencia del texto constitucional, está por reformarse sin que el pueblo sea consultado.

No desconozco que la posibilidad de reforma constitucional sin necesidad de consulta popular o convocatoria a un proceso constituyente esté contemplada en la propia Constitución como facultad de los legisladores, pero anticipo que ciertas reformas pueden dejar una herida grave en la legitimidad del texto constitucional. De hecho, la Constitución de 2008 puede ser reformada bajo tres procedimientos: i) una enmienda aprobada por la Asamblea Nacional, cuya iniciativa debe contar con la tercera parte de los miembros de la Asamblea y cuya aprobación debe contar con la aprobación de dos terceras partes de los miembros de la Asamblea;[74] ii) una enmienda aprobada por vía de referéndum constitucional directo;[75] y, iii) una reforma parcial aprobada, en primer término, por la Asamblea Nacional y posteriormente por la ciudadanía vía referéndum.[76] Para que procedan cualesquiera de las primeras dos alternativas, es requisito que mediante la enmienda no se alteren la estructura fundamental de la Constitución ni los elementos constitutivos del Estado, no se restrinjan derechos ni garantías fundamentales y no se modifique el procedimiento de reforma constitucional, mientras que para que proceda la tercera alternativa solo es necesario acreditar que la enmienda no supone una restricción en los derechos y garantías constitucionales, ni modifica el procedimiento de reforma de la Constitución. En cualquier caso, es la Corte Constitucional la que califica cuál de los procesos corresponde a determinada propuesta.

Pues bien, en junio de 2014, la presidenta de la Asamblea, en representación del movimiento del presidente Correa, presentó ante la Corte Constitucional un paquete de 17 enmiendas para reformar el texto constitucional. Entre estas reformas resaltan aquellas que pretenden i) regular el supuesto abuso de la acción de protección; ii) suprimir la frase "sobre cualquier asunto" relativa a la facultad de la ciudadanía para solicitar la convocatoria a consulta popular en ejercicio de la democracia directa; iii) permitir la reelección indefinida de todas las autoridades de elección popular, incluido el presidente de la república; iv) disminuir a treinta años la edad mínima para presentar una candidatura como presidente de la república; v) permitir a las Fuerzas Armadas complementar el rol de la Policía Nacional en la seguridad interna del Estado, no solo bajo un régimen de excepción; vi) disminuir las facultades de la Contraloría General del Estado; y, vii) convertir a la comunicación en un servicio público, entre otros. De las modificaciones propuestas, solo la que pretendía limitar la acción de protección no pasó el control de la Corte Constitucional, en virtud de cuya decisión todas las otras enmiendas serán tramitadas por la Asamblea Nacional sin necesidad de convocar a consulta popular o Asamblea Constituyente.[77]

En el pronunciamiento de la Corte Constitucional resaltan las debilidades del texto constitucional en las que la Corte fundamentó su pronunciamiento. Por ejemplo, al considerar la propuesta de reelección indefinida, la Corte Constitucional advirtió que, a diferencia del Artículo 1 de la Constitución Política de 1998, el Artículo 1 de la actual Constitución "no consideró a la alternancia como un elemento que forme parte de la estructura fundamental, el carácter o los elementos constitutivos del Estado, ni tampoco como una característica esencial de la forma de gobierno".[78] La Corte no solo aprovechó este vacío

normativo; también se valió de la forma en la que están consagrados los derechos a la participación y a la no discriminación para decidir que: "la limitación a candidatizarse de las personas que han ocupado un cargo público de elección popular y que han sido reelectas por una ocasión comporta una limitación no justificada a los derechos constitucionales de participación que poseen los candidatos [y] comporta una medida que no denota razonabilidad, dado que afecta a los derechos de participación, tanto del candidato a reelegirse cuanto de la ciudadanía para poder pronunciarse sobre esa candidatura, [de forma tal que] la propuesta de modificación garantiza el derecho de los ciudadanos para elegir a sus representantes, sin que exista discriminación a las personas que deseen candidatizarse para un cargo público de elección popular que hayan sido reelectos, en virtud de sus derechos constitucionales de participación, a ser reelegidos".[79] A raíz de esta decisión, el fuerte presidencialismo que se consagró en la Constitución de 2008 podría llegar a ser ilimitado en el tiempo.

Excede los propósitos de este texto analizar cada una de las propuestas de reforma constitucional. Lo que me interesa es mostrar cómo, a través de un procedimiento contemplado en la propia Constitución y avalado por la Corte Constitucional, el presidente puede –a través de la obsecuente Asamblea– manejar a su antojo el texto constitucional y reformarlo incluso respecto de cuestiones consustanciales a la democracia, todo ello sin consultar al pueblo en cuya voluntad supuestamente reside la legitimidad del constitucionalismo latinoamericano. Los mecanismos de participación ideados por la Constitución de 2008 sucumben ante el afán de alcanzar el control absoluto y perennizarse en el poder.

La experiencia ecuatoriana lleva a pensar que quizá habría que retomar los planteamientos de Luigi Ferrajoli cuando afirmaba: "una Constitución no sirve para representar la voluntad común de un pueblo, sino para garantizar los derechos de todos, incluso frente a la voluntad popular. [...] El fundamento de su legitimidad no reside en el consenso de la mayoría, sino en un valor mucho más importante y previo: la igualdad de todos en las libertades fundamentales y en los derechos sociales [...] frente a las leyes y los actos de gobierno expresados en las contingentes mayorías".[80] La legitimidad de la Constitución de 2008 reside en una mayoría plebiscitaria, a través de la cual se aprobó un texto que banaliza los límites a la autoridad y al poder. El actual proceso de enmiendas constitucionales constituye la demostración de que la Constitución de 2008 se encuentra sometida al poder del presidente, y no viceversa, al punto que el presidente podría llegar a perennizarse en el poder sin necesidad de que el pueblo se pronuncie sobre la modificación a la disposición constitucional que limita su posibilidad de reelección.

4. Conclusiones

Si lo que caracteriza al "nuevo constitucionalismo latinoamericano" es la legitimidad electoral del proceso constituyente y la originalidad de sus textos, podría llegar a concluirse que en ese nuevo constitucionalismo latinoamericano reside la ruta para el creciente autoritarismo que rige en Ecuador. En cuanto al proceso constituyente, es claro que estuvo

marcado por el desconocimiento de las autoridades elegidas democráticamente, el desmantelamiento de las instituciones capaces de establecer pesos y contrapesos al poder y la acumulación de poder del Ejecutivo. El hecho de que el proceso constituyente haya sido avalado en las urnas no lo hace menos autoritario. En cuanto al afán de originalidad en los textos de la Constitución, he procurado ejemplificar cómo ciertas innovaciones se han traducido en un repertorio de herramientas que permiten al poder limitar derechos constitucionales con base en su propia interpretación sobre el tipo de sociedad a la que deberíamos aspirar, siempre en deferencia al proyecto político presidencial.

He tratado de ser cuidadosa con el argumento de causalidad. Entiendo que abusos de poder y violaciones de derechos humanos existen en todos los países como resultado de una conjugación de distintos elementos, sin que todo pueda ser atribuido a la Constitución. Que la Constitución se viole no significa que sea imperfecta. Pero cuando el proceso constituyente y el texto constitucional que resultó de él favorecen e incentivan los abusos de poder, se vuelve imperativo reflexionar sobre los riesgos de esta innovación. Si bien cada vez más voces claman por una revisión del modelo de frenos y contrapesos en el que se fundaron originariamente los regímenes presidenciales latinoamericanos, argumentando que dicho modelo no representa actualmente una estrategia de diseño normativo deseable en tanto limita la capacidad de adoptar decisiones efectivas, considero que la experiencia de Ecuador es ilustrativa para demostrar los riesgos del abandono del paradigma de frenos y contrapesos ideado por Madison.

Si bien probablemente no hay instituciones a prueba de manipulación política y el sistema de frenos y contrapesos es imperfecto, diluir la división de poderes tiene consecuencias perversas para el ejercicio de los derechos. De poco sirve una Constitución de avanzada en un Estado donde esa misma Constitución otorga al presidente tanto poder que lo faculta a imponer sus visiones y valores por sobre los derechos constitucionales. Teorizar sobre la experiencia constituyente ecuatoriana como expresión del nuevo constitucionalismo latinoamericano limitando nuestro estudio al texto de la Constitución, en desconocimiento del proceso constituyente y del resultado de su aplicación, podría llevarnos a concluir que el diseño constitucional es adecuado y lo único cuestionable es su aplicación. En realidad, lo que existe es una base teórica constitucional que justifica los actuales excesos del presidencialismo ecuatoriano. No debemos disociar la teoría de la práctica.

Los promotores de estas innovaciones constitucionales advierten que "uno de los principales obstáculos para el cambio paradigmático y para la aplicación auténtica de la Constitución ha sido la presencia de juristas comprometidos con el *statu quo* dentro y fuera del gobierno, aferrados al derecho civil-privado y al compromiso con la ley por la ley, y no al compromiso con la gente que más sufre y para quienes la constitución y la ley deberían ser instrumentos de poder (y no de represión)".[81] No abogo por un retorno al pasado autoritario ni por un regreso al *statu quo*, tan solo planteo que quizá sea mejor enfocarnos en perfeccionar sistemas constitucionales imperfectos antes que entusiasmarnos por crear supuestos nuevos paradigmas cuyo resultado desconocemos. No tengo una teoría capaz de contradecir los postulados del neoconstitucionalismo transformador, pero se me ocurre que un texto constitucional menos ambicioso puede tener la virtud de dejar espacios para

que jueces, legisladores y ciudadanos puedan encargarse de las transformaciones. No es que sea incapaz de encontrar aspectos positivos en el modelo constitucional actual, pero los aciertos de la Constitución en algunas materias y los innegables avances en prestaciones sociales en Ecuador no me impiden identificar los errores de no haber establecido suficientes controles al poder público.

La concentración del poder no puede ser la única salida para la transformación política. No creo en la ley por la ley, ni en la ley como fuente única del derecho; pero aspiro a que la ley y la Constitución funcionen como límites al poder público. Si pudiera escoger, me quedaría con un modelo de Estado que me permitiera elegir libremente, y no con uno que me impusiera el Buen Vivir como condicionamiento para la validez de mis derechos. Volvería a un modelo que permitiera la libre circulación de ideas e impidiera que un organismo público se considerara legitimado para definir los límites del humor o la veracidad de las opiniones. Canjearía espacios institucionalizados de participación ciudadana por espacios de deliberación pública transparentes y sometidos al escrutinio público. Escogería un modelo que reforzara el Estado de derecho, no su disolución. Aun ante el riesgo de inestabilidad política, buscaría retomar la división clásica de poderes, no su fraccionamiento. Abogaría por un texto constitucional menos extenso, pero más exigible; menos detallado, pero con mayores posibilidades de desarrollo jurisprudencial. Rescataría el valor de los individuos en sí mismos, y no únicamente en función de su comunidad o en armonía con la naturaleza. Procuraría refundar el principio de legalidad y recuperar la seguridad jurídica, para alejarme de este régimen que se autoconcibe como el único capaz de interpretar cuáles son sus límites.

Aun así, no me considero enemiga del nuevo constitucionalismo latinoamericano; no podría adelantar cuáles serían sus aciertos o desaciertos si fuera aplicado respetando procedimientos verdaderamente democráticos. En mi opinión, sus principales enemigos fueron los que permitieron que la Constitución se engendrara sobre la base de un proceso viciado de autoritarismo; aquellos para quienes los límites del poder no son aplicables cuando se trata de sus amigos o de su proyecto; los que idearon un sistema que condiciona la validez de los derechos y libertades a la consecución de un principio axiológico indeterminado.

Los riesgos de la combinación de falta de independencia judicial, ausencia de separación de poderes, colocación de la participación ciudadana en manos del Estado, facultades reforzadas del presidente y un extenso catálogo de derechos sometidos a principios axiológicos como el Buen Vivir son palpables. La Constitución ecuatoriana de 2008 constituye un fenómeno jurídico que ha facilitado la gobernabilidad, a costa de ciertos elementos sustanciales de un sistema democrático de gobierno.

Notas

1. Constituciones de 1830, 1835, 1843, 1845, 1851, 1852, 1861, 1869, 1878, 1884, 1897, 1906, 1929, 1938, 1945, 1946, 1967, 1979, 1998 y 2008. Algunos autores consideran que la Constitución de 1998 se limitó a reformar la Constitución de 1979, por lo que consideran que la Constitución de 2008 es la Constitución número diecinueve. No se cuentan en esta cifra la Constitución de Quito de 1812 ni la Constitución de Cúcuta de 1821 pues no rigieron al Ecuador como república independiente.

2. Posibilidad que depende del proyecto de enmiendas constitucionales que está tramitando la Asamblea Nacional, como se explica más adelante en este texto.

3. Para una descripción detallada del proceso véase: Torres, Luis Fernando, *Presidencialismo constituyente. La ruta del autoritarismo en el Ecuador (Semblanza de la Constitución de Montecristi)*, Quito, Editora Jurídica Cevallos, 2009.

4. En el acto de posesión, frente a la pregunta: "¿Jura cumplir la Constitución Política y las leyes de la República (...) respetar la institucionalidad democrática del país dentro del Estado Social de Derecho, consagrado en la Carta Magna?", el presidente electo respondió: "Ante Dios y ante el pueblo ecuatoriano juro cumplir el mandato que me otorgó la ciudadanía del Ecuador, el 26 de noviembre".

5. A través de cuestionables interpretaciones constitucionales y en absoluto irrespeto al debido proceso, sin tener derecho a la defensa, los legisladores fueron sancionados por haber formalizado un juicio político en contra de cuatro vocales del Tribunal Supremo Electoral, haber destituido a uno de ellos y haber patrocinado una demanda de inconstitucionalidad en contra de la resolución del Tribunal Supremo Electoral de convocar a consulta popular con un Estatuto Constituyente que no había sido aprobado por el Congreso.

6. La pregunta que se sometió a consulta popular fue: "¿Aprueba usted que se convoque e instale una Asamblea Constituyente con plenos poderes, de conformidad con el Estatuto Electoral que se adjunta, para que se transforme el marco institucional del Estado y elabore una nueva Constitución?".

7. Asamblea Constituyente. Mandato 1, del 29 de noviembre de 2007. Registro Oficial 233 (S) del 30 de noviembre de 2007.

8. Montúfar, César, *Régimen de transición y excepcionalidad política. Aproximación al tránsito político-constitucional post 2008*, Quito, 2010. Trabajo almacenado en el repositorio digital de la Universidad Andina Simón Bolívar.

9. Ávila, Ramiro, *El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Quito, 2011, p. 254.

10. Viciano Pastor, Roberto y Rubén Martínez Dalmau, "Fundamentos teóricos y prácticos del nuevo constitucionalismo latinoamericano", *Gaceta Constitucional*, núm. 48.

11. Ibíd., p. 312.

12. Ávila, *supra* nota 9.

13. Villabella, Carlos Manuel, "Constitución y democracia en el nuevo constitucionalismo", *El nuevo constitucionalismo latinoamericano, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, año IV, núm. 25, 2010.

14. Por poner un ejemplo, el argumento se invoca constantemente por las autoridades a cargo de la comunicación para justificar decisiones incompatibles con los estándares sobre libertad de expresión; no hay argumento de derecho internacional o derecho comparado válido para convencerlos

de que sus acciones ya han sido interpretadas como violaciones a la libertad de expresión, en tanto la realidad ecuatoriana –a su juicio– es tan distinta de la del resto del mundo que requiere medidas distintas sin importar lo que piensen las cortes internacionales.

15. Ávila, *supra* nota 9, p. 80.

16. Corral, Fabián, "Estado de Derechos y Justicia", *El Comercio*, 6 de octubre de 2011.

17. Corral, Fabián, "Los Derechos del Estado", *El Comercio*, 5 de marzo de 2015.

18. Ávila, *supra* nota 9, pp. 122, 136.

19. Corte Constitucional para el período de transición. Sentencia interpretativa No. 002-08-SI-CC.

20. A manera de ejemplo, respecto del desvanecimiento del principio de legalidad, puede consultarse el artículo 77 del Reglamento a la Ley Orgánica de Comunicación, expedido por el Ejecutivo, en virtud del cual se establece una medida sancionatoria para todas las conductas prohibidas en la Ley Orgánica que no tengan determinada una sanción en la Ley, así como también para todas las nuevas conductas prohibidas únicamente en el Reglamento y no en la ley. Y con respecto al principio de reserva de ley, garantizado no solo en instrumentos internacionales sino en la propia Constitución, puede consultarse la sentencia de la Corte Constitucional respecto del Decreto Ejecutivo 1182 que regula el derecho al refugio en Ecuador, en la cual la Corte interpreta como absurdo el principio de reserva de ley para regulación de derechos constitucionales y admite que los derechos sean limitados por vía de decreto ejecutivo.

21. En Ecuador, la función electoral está conformada por el Consejo Nacional Electoral y el Tribunal Contencioso Electoral.

22. Los Consejeros del Pleno del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social solo aprueban las designaciones, pero los concursos de mérito se llevan a cabo por Comisiones de Selección de diez integrantes con amplia participación de delegados de las funciones del Estado.

23. El Art. 95 de la Constitución señala: "Las ciudadanas y ciudadanos, en forma individual y colectiva, participarán de manera protagónica en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos, y en el control popular de las instituciones del Estado y la sociedad, y de sus representantes, en un proceso permanente de construcción del poder ciudadano. La participación se orientará por los principios de igualdad, autonomía, deliberación pública, respeto a la diferencia, control popular, solidaridad e interculturalidad. La participación de la ciudadanía en todos los asuntos de interés público es un derecho, que se ejercerá a través de los mecanismos de la democracia representativa, directa y comunitaria".

24. Aguilar, Juan Pablo, "Derechos de participación y derecho a participar", en *¿Estado constitucional de derechos? Informe sobre derechos humanos Ecuador 2009*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Programa Andino de Derechos Humanos, 2009.

25. Ibíd.

26. Véase Aguilar, Juan Pablo "La cuarta función del Estado. Análisis de una ficción", en Andrade, Santiago; Agustín Grijalva y Claudia Storini (eds.), *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2009; Trujillo, Julio César, "Sociedad civil, Estado y participación", en Andrade, Grijalva y Storini, *op. cit.*; Morales, Juan Pablo, "Los nuevos horizontes de la participación", en Ávila, Ramiro (ed.), *Constitución de 2008 en el contexto andino*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

27. El desprestigio y la falta de entusiasmo del Consejo de Participación Ciudadana es evidente. Mientras que hace cinco años 1228 personas se postularon al concurso para ser parte de este organismo, en 2015 solo se recibieron 242 carpetas.

28. Gargarella, Roberto y Christian Courtis, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*, Serie Políticas Sociales, Santiago de Chile, noviembre de 2009, p. 29.

29. Una detallada comparación de los poderes presidenciales antes y después de la Constitución de 2008 en Ecuador puede encontrarse en: Balda Santistevan, Rafael, "Hacia un nuevo sistema de gobierno: diseño institucional del presidencialismo en la nueva Constitución del Estado ecuatoriano", en Ávila Santamaría, Ramiro; Agustín Grijalva Jiménez y Rubén Martínez Dalmau (eds.), *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

30. Couso, Javier, "Las democracias radicales y el 'nuevo constitucionalismo latinoamericano'". en *Derechos humanos: posibilidades teóricas y desafíos prácticos. Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política 2013*, Buenos Aires, Libraria, 2014, p. 201

31. Algunos autores consideran como sinónimos: "Buen Vivir", "vivir a plenitud", "vida plena", "eudaimonía", "florecimiento", "felicidad" y *sumak kawsay*. Véase Ramírez G., René, *La vida (buena) como riqueza de los pueblos*, Editorial IAEN, 2012. Se señala también que este concepto tiene varios nombres, como *Sumak Kawsay* en idioma kichwa, *Suma Qamaña* en idioma aymara, y *Buen Vivir* en castellano. Véase Oviedo Freire, Atawalpa, *Buen Vivir vs. Sumak Kawsay. Reforma Capitalista y Revolución Alter-Nativa*, Ediciones Ciccus, 2013.

32. Constitución de la República del Ecuador, 2008, Artículo 18.

33. Constitución de la República del Ecuador, 2008, Artículo 68 inciso segundo: "La adopción corresponderá solo a parejas de distinto sexo".

34 Constitución de la República del Ecuador, 2008, Artículo 67 inciso segundo: "El matrimonio es la unión entre hombre y mujer [...]".

35. Constitución de la República del Ecuador, 2008, Artículos 32, 66.9 y 363.3.

36. Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial Sup. 180, 10 de febrero de 2014, Artículo 150.

37. Constitución de la República del Ecuador, 2008, Artículo 416.6.

38. Constitución de la República del Ecuador, 2008, Artículo 41.

39. Decreto Ejecutivo No. 1182. "Reglamento para la aplicación en el Ecuador del derecho al refugio establecido en el artículo 41 de la Constitución de la República, las normas contenidas en la Convención de Naciones Unidas de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y en su Protocolo de 1967". Registro Oficial 727 del 19 de junio de 2012.

40. Decreto Ejecutivo No. 16. "Reglamento para el funcionamiento del sistema unificado de información de las organizaciones sociales y ciudadanas". Registro Oficial Suplemento 19 del 20 de junio de 2013.

41. Constitución de la República del Ecuador, 2008, Artículo 1.

42. Constitución de la República del Ecuador, 2008, Artículo 141.

43. Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N.° 113-14- SEP- CC. Caso N.° 731-10-EP, 30 de julio de 2014.

44. Constitución de la República del Ecuador, 2008, Artículo 67.

45. Constitución de la República del Ecuador, 2008, Artículo 347.4

46. Presidencia de la República del Ecuador. Coordinación General de Planificación y Gestión Estratégica. Proyecto Plan Nacional de Fortalecimiento de la Familia.

47. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

48. Término utilizado por el propio presidente Rafael Correa para referirse a la reforma judicial implementada durante su gobierno.

49. El Programa Andino de Derechos Humanos de la Universidad Andina Simón Bolívar, en su Informe Anual de Derechos Humanos, ha evidenciado que nueve de cada diez acciones de protección son rechazadas por los jueces. Asimismo, se han hecho públicos memorandos enviados desde la Secretaría Particular de la Presidencia de la República a los jueces advirtiéndoles sobre las consecuencias de admitir acciones de protección contra organismos del Estado.

50. Oviedo Freire, *supra* nota 31, p. 228.

51. Acosta, Alberto, Prólogo al texto de Oviedo Freire, *supra* nota 31.

52. Cortez, David, "Genealogía del 'buen vivir' en la nueva constitución ecuatoriana", en Fornet-Betancourt, Raúl, *GutesLebenalshumanisiertesLeben. VorstellungenvomgutenLeben in den Kulturen und ihreBedeutungfürPolitik und Gesellschaftheute", Dokumentation des VIII. InternationalenKongressesfürInterkulturellePhilosophie.* Denktraditionenim Dialog.StudienzurBefreungundInterkulturalität. Band 30.

53. Ibíd.

54. Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013.

55. Breton, Víctor; David Cortez y Fernando García, "En busca del *Sumak Kawsay*", *Íconos*. Revista de Ciencias Sociales, núm. 48, enero de 2014, pp. 9-24 (citas internas omitidas).

56. Villabella, *supra* nota 13, p. 51

57. Constitución de la República del Ecuador, 2008, Título II, Capítulo II.

58. Constitución de la República del Ecuador, 2008, Artículo 83 numeral 7.

59. Constitución de la República del Ecuador, 2008, Artículo 85.

60. Constitución de la República del Ecuador, 2008, Artículo 275.

61. Constitución de la República del Ecuador, 2008, Artículo 277.

62. Constitución de la República del Ecuador, 2008, Artículo 278.

63. Constitución de la República del Ecuador, 2008, Título VII.

64. Parejo Alfonso, Luciano, "Constitución y valores del ordenamiento constitucional y el ordenamiento jurídico", Compilación de textos para Seminario Internacional, Universidad de Alicante, 1997, p. 104, citado por Villabella, *supra* nota 13, p. 51.

65. Ávila, *supra* nota 9, p. 126.

66. Simon, Farith, "Peligro extremo", *El Comercio*, 19 de enero de 2015.

67. Corte Constitucional. Caso 0028-13-IN. Septiembre de 2014.

68. La Iniciativa Yasuní ITT se refiere al compromiso anunciado por el presidente Correa ante la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2007, de mantener indefinidamente inexplotadas las reservas de 846 millones de barriles de petróleo en el campo ITT (Ishpingo-Tambococha-Tiputini), localizadas en el Parque Nacional Yasuní, a cambio de que la comunidad internacional contribuya financieramente con al menos 3.600 millones de dólares, equivalentes al 50% de los recursos que percibiría el Estado en caso de optar por la explotación petrolera.

69. Constitución de la República del Ecuador, 2008, Artículo 407.

70. Constitución de la República del Ecuador, 2008, Artículo57, inciso segundo.

71. Asamblea Nacional. Texto final para votación del informe para segundo debate sobre la solicitud de declaratoria de interés nacional para la explotación petrolera de los bloques 41 y 43 situados dentro del Parque Nacional Yasuní, 3 de octubre de 2013.

72. Secretaría de la Iniciativa Presidencial para la construcción de la Sociedad del Buen Vivir. Decreto Ejecutivo 30, 19 de junio de 2013.

73. Couso, *supra* nota 30, p. 202.

74. Constitución de la República del Ecuador, 2008, Artículo 441.2.

75. Constitución de la República del Ecuador, 2008, Artículo 441.1.

76. Constitución de la República del Ecuador, 2008, Artículo 442.

77. Corte Constitucional. Dictamen 001-14-DRC-CC del 31 de octubre de 2014.

78. Corte Constitucional. Dictamen 001-14-DRC-CC del 31 de octubre de 2014.

79. Corte Constitucional. Dictamen 001-14-DRC-CC del 31 de octubre de 2014.

80. Ferrajoli, Luigi, "Pasado y futuro del Estado de derecho", *RIFP*, vol. 17, 2001, p. 41.

81. Ávila, *supra* nota 9, p. 259.