

**«NEOCONSTITUCIONALISMO Y OPERACIÓN
CONSTITUYENTE EN AMÉRICA LATINA:
EL CASO DE ECUADOR»**

Julio ECHEVERRÍA
Universidad Central del Ecuador, UCE
Universidad Andina Simón Bolívar, UASB
julioe16@gmail.com

RESUMEN:

El desafío al cual están sometidas las democracias contemporáneas es examinar su propio estatuto en un contexto de relaciones sociopolíticas que viene sufriendo serias transformaciones en el transcurso de estas primeras dos décadas del siglo XXI. Es en este contexto que emerge el necesario análisis sobre el llamado neoconstitucionalismo y sus aplicaciones reales y efectivas. En América Latina, en el transcurso de las últimas décadas se han ensayado distintas fórmulas de reforma constitucional que han apuntado en esta dirección, el «caso ecuatoriano» es una de ellas.

ABSTRACT:

The challenge for nowadays democracies is to examine their own statute, with a background of sociopolitical relationships that are suffering serious transformations in these first two decades of the 21st century. Is in this context that the necessary analysis about the so called «neo constitutionalism» and its real and effective applications arises. In Latin America, in the running of the last decades, different formulas of constitutional reform have been tried out, all towards the mentioned goal. The «Ecuadorian case» is one of them.

PALABRAS CLAVE:

Democracia, constitucionalismo clásico, neoconstitucionalismo.

KEY WORDS:

Democracy, classical constitutionalism, neoconstitutionalism.

El núcleo teórico duro que caracteriza al neoconstitucionalismo tiene que ver con la relativización del principio del «imperio de la ley» como norma universal y válida al cual debe someterse el administrador de justicia y en general las interacciones sociales y políticas; el neoconstitucionalismo advierte la necesidad de una autonomización de la normatividad jurídica sobre el hecho político, al postular la capacidad del juez y del administrador público de interpretar la norma constitucional sin ninguna ley que la instrumente necesariamente; de esta manera, pretende superar la dominancia de lo político sobre su esfera de actuación e intervención y por lo tanto su sujeción al legislador que elabora la ley; el neoconstitucionalismo refleja esta tensión entre política y juridicidad y pretende zanjar las tensiones a favor de la segunda. Se lo podría ver como un intento de reformular el hecho jurídico que se encuentra en medio a dos tendencias fuertes, la de la antipolítica y la de la postpolítica; rechazo y despotenciación de la legislatura y primacía de lo jurídico y su concepción de justicia como operación que se ubica más allá de la política. Su derivación institucional es el desarreglo de las instituciones republicanas que giran sobre la lógica de la representación y por tanto del principio de sujeción a la ley de todo acto político y jurisdiccional, así como de la independencia y autonomía de los poderes públicos. La plena aplicación de los principios neoconstitucionales tiene una clara referencia en la Constitución de Montecristi, aprobada en el año 2008. El artículo pasa revista a los rasgos más significativos del neoconstitucionalismo presentes en esta Constitución y su aplicación efectiva en el transcurso de estos diez años en el Ecuador.

CONSTITUCIONALISMO CLÁSICO: NORMA ABSTRACTA, POSITIVISMO Y SEGURIDAD JURÍDICA

El constitucionalismo clásico emerge con una clara función de realizar los principios que la revolución moderna impulsa; mira hacia atrás para superar las características estamentales, de privilegios y asimetrías que connotaron a las sociedades del antiguo régimen; las tesis propias del derecho natural evolucionaron hacia la igualdad jurídica generando un movimiento de positivización del derecho, caracterizado por la realización del principio de abstracción; la igualdad será para todos, independientemente de su proveniencia y de su origen; las asimetrías antes caracterizadas como pertenecientes a un «orden natural» ahora serán superadas gracias al principio abstracto y nivelador de la igualdad formal sancionada por las Constituciones modernas. Se produce entonces una transición desde el viejo concepto del derecho natural por procedencia, al derecho natural por igualdad de capacidades; ambas significaciones indican el paso hacia formas secularizadas de construcción de legitimidad, si bien la segunda indica con más claridad la tran-

sición hacia la forma moderna de construir el derecho en sociedades que producen su legitimidad sobre la base de la libre argumentación y deliberación.

En la forma moderna, todos tienen igual posibilidad de pensar y de construir su mundo de significaciones; de igual forma todos tienen igual derecho a acceder a los bienes que resultan de sus actividades económicas y productivas, a defender su propiedad mediante normas y regulaciones jurídicas dispuestas para el efecto. Esta construcción semántica que inicialmente estuvo dirigida para superar y anular los privilegios propios de sociedades estamentales, evolucionará hacia un concepto de derecho que posibilite la plena igualdad de posibilidades en la competencia económica. La estructura de mercado propia del capitalismo naciente podrá funcionar si se reconoce a todos igual posibilidad de acceder a la propiedad de los medios de producción. El derecho de igualdad aquí deberá ser abstracto, cada actor que compite en el mercado tiene iguales condiciones y no se puede reconocer privilegios a nadie a partir de las condiciones naturales de pertenencia a un orden social jerárquico de carácter estamental. La igualdad jurídica es garantía para el buen funcionamiento del mercado; la ley, al sancionarla, crea condiciones de seguridad para la inversión y las actividades productivas; el principio de igualdad genera condiciones de seguridad para la competencia entre propietarios en el mercado.

La positivización del derecho se caracteriza por inscribir en la ley los procedimientos que garanticen tanto la libertad frente al poder tradicional dinástico propio de las monarquías absolutas, como la seguridad para entablar transacciones en el mundo del mercado capitalista en ascenso.

Lo que se juega entre los siglos XVI y XVIII tanto en Europa como en América, es una transformación profunda en los paradigmas de la política, que se expresa en la mutación del concepto de soberanía, transformación que podría ser vista bajo el prisma del concepto de secularización. Se pasa desde el concepto de soberanía por gracia divina, al concepto de soberanía popular. En esta transformación, la representación asume una particular relevancia; la política ya no será derivación de la voluntad divina, sino un hecho humano por excelencia. El concepto de representación funcionará como canalizador de voluntades que se han emancipado de su autoadscripción al principio metafísico de la representación de la voluntad divina. Ahora se trata de representar las voluntades de un conjunto heterogéneo y diferenciado de actores que expresan la soberanía popular; la voluntad divina «inapelable» es sustituida por una voluntad construida sobre la crítica y la deliberación (R. Koselleck: 2007)¹; quien decide ahora es el *pueblo*, una cate-

¹ Koselleck advierte con claridad la sociogénesis del concepto al ubicar en las contiendas y conflictos religiosos del siglo XVI, el origen de esta diferenciación, la cual inicia siendo confesional al afectar el núcleo de poder que residía en el catolicismo romano. Lo que acon-

goría abstracta, representación de ese cuerpo social heterogéneo y diferenciado (G. Agamben: 2001). El concepto de representación conecta de esta manera las tensiones propias a la configuración de la soberanía popular mediante la estructura de los derechos y define la soberanía como organización de las prestaciones decisorias de este cuerpo social diferenciado. Esta compleja articulación de procesos sociales y políticos se expresará en las constituciones modernas. Estas serán inicialmente declaración de derechos, para pasar posteriormente a convertirse en cuerpos normativos que regulan los procesos decisionales, dando cuerpo de esta manera a la transformación misma del concepto de soberanía.

El momento declarativo propio de las Constituciones modernas, cuya referencia central es el *Bill of Rights* norteamericano, aparece como una clara expresión del constitucionalismo clásico. La constitución será, más que otra cosa, una declaración de independencia y autonomía frente al poder de las monarquías absolutas; al hacerlo de esta forma, define un rasgo central del paradigma moderno, la afirmación de la subjetividad moderna como constitución del ciudadano dotado de una propia autonomía moral, por tanto poseedor de derechos por su propia configuración natural, más allá de cualquier consideración metafísica. Los valores de la libertad y de la igualdad se configuran desde entonces como principios cardinales del constitucionalismo clásico.

La proclama se completa con el principio fundamental de la tolerancia; a través de este principio, se proyecta la necesidad de una construcción orgánica que permita y potencie la configuración de esta nueva sociedad formada por individuos dotados de capacidades autónomas de intelección y deliberación, derivados justamente de la afirmación de los principios de libertad e igualdad. El constitucionalismo clásico es fundamentalmente declarativo, si bien con esta tercera proclama orienta la configuración normativa del proceso decisorio; esta dimensión cobrará importancia central, en particular en aquella tradición constitucional que tiene su referencia en la revolución como abatimiento de las estructuras monárquicas; no siendo central en el *Bill of rights*, donde la proclama es fundamentalmente independentista (A. Panebianco, : 2004). Para el enfoque revolucionario en el cual se ha producido un más decisivo proceso secularizador, esta dimensión será más gravitante, porque de su afirmación dependerá la misma sobrevivencia de una sociedad que se intuye compleja, justamente por su constitución diferenciada producida por el proceso secularizador.

tece entorno a la reforma protestante es justamente la concreción del proceso de secularización política; allí se desata de manera colectiva un hecho social sin precedentes: la libre capacidad de examinación de la sociedad respecto del poder político; emergen las condiciones propicias sobre las cuales después se configuraran los derechos, como cuerpos normativos que regulan las relaciones al interior de este cuerpo social diferenciado y se organicen a partir de esas premisas sus específicas prestaciones decisorias. (Cf, Koselleck: 2007).

LA EMERGENCIA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

El neoconstitucionalismo, tanto en Europa como en América latina, emerge frente al desgaste de las instituciones de la democracia representativa. En su lugar de origen, la Europa de la segunda postguerra, discute con fuerza la relación entre la ley y la justicia: no necesariamente la ley sobre la cual se soporta el funcionamiento de las instituciones representativas se caracteriza por realizar los principios de un mundo justo; esta puede ser también la cobertura ideológica para regímenes en los cuales la justicia se anule; es el caso de los totalitarismos nazi fascistas, ambos amparados en cuerpos legales que los legitiman.

En América latina, la impugnación a las instituciones de la democracia representativa es también central y se conecta con una larga tradición de revuelta frente a las instituciones republicanas que se sucedieron después de los procesos independentistas; los regímenes instaurados después de estos procesos tienden a ser caracterizados como «republicas oligárquicas», bajo la sospecha de que los procesos independentistas no significaron sustanciales transformaciones internas a las sociedades que se emanciparon de la dominación colonial. Tanto las proclamas de derechos como su materialización a través de las instituciones de representación política, al no ser el producto de efectivas transformaciones en la estructura social y económica, terminarían reproduciendo condiciones de colonialismo interno en cada sociedad. Esta demanda, que está inscrita en los movimientos nacional populares ya desde inicios del siglo XX, se verá reforzada al finalizar el siglo XX y a inicios del XXI por la emergencia de nuevas reivindicaciones que exigían otros canales de procesamiento de politicidad que no se redujeran a las tradicionales estructuras de la representación política².

Al poner en discusión el principio de la representación se está aludiendo al eje epistémico central de la modernidad política, y a la relación que este concepto tiene con dos dimensiones respecto de las cuales interviene como *conector funcional*; el de la democracia, entendido como concepto que alude al *quién* decide y al *cómo* se decide; y el del Estado de derecho, que discute justamente el estatuto de los derechos

² La pregunta que conviene hacerse esta dirigida a encontrar similitudes y diferencias en la declinación que asume el neoconstitucionalismo en AL. En la deriva europea, el neoconstitucionalismo apuntaba a radicalizar el carácter vinculante de los derechos fundamentales dotándolos de significaciones más precisas que tienen que ver con el concepto de dignidad humana y con la definición de nuevos derechos económicos y sociales, a los cuales se los acompañó de prestaciones normativas precisas que los garantizaran. Esta deriva se soportaba en la emergencia de actores con una fuerte carga de impugnación simbólica hacia los valores de una racionalidad procedimental abstracta, regida por el principio de la sujeción a la ley en la cual se sancionaban y resguardaban los derechos fundamentales. Por estas consideraciones tanto en Europa como en AL, el neoconstitucionalismo podría asociarse a posturas de izquierda orientadas a la crítica de la institucionalidad política como funcional a la consolidación de la lógica capitalista.

y sus garantías³. La pregunta que emerge de manera clara es: ¿en qué medida el neoconstitucionalismo está consciente de esta función de enlace que realiza la representación, y cómo la resuelve al prescindir de ella, o al debilitarla?

Es en el campo semántico de esta segunda dimensión que emerge el neoconstitucionalismo. Su intención es depurar el campo decisional de las anomalías que presenta la lógica de la representación y que contradicen al principio participativo de las democracias modernas; al fenómeno se lo reconoce como «partidocracia», responsable de la degeneración de esa «racionalidad parlamentaria» (M. Weber: 1919.) que permitía la construcción decisional. Al ubicar a este eje como el responsable de la «crisis democrática», el neoconstitucionalismo modifica el punto de referencia sobre el cual se apoya la política; sustituye la función de la representación centrada sobre el rol de las legislaturas en la construcción decisional, por una directa implicancia de la administración de justicia en el proceso decisional, al decidir sobre la aplicación de los derechos sin que necesariamente se obedezca a la Ley (justamente producida por las legislaturas, Congresos, Parlamentos o Asambleas). La referencia ahora será una instancia de mayor jerarquía normativa como es la Constitución, la cual aparece como «mandato» por lo general aprobado mediante mecanismos plebiscitarios⁴. Lo que entiende realizar el neoconstitucionalismo es una operación de desarrollo y ampliación de los llamados derechos fundamentales y diseñar un conjunto de instituciones dispuestas para garantizar efectivamente su cumplimiento. Al hacerlo, produce desarreglos en la función de canalización de demandas, que pueden generar patologías políticas como corrupción y denegación efectiva de derechos, paradójicamente de aquellos avances que el mismo neoconstitucionalismo quisiera defender.

Dos movimientos de reforma serán gravitantes en esta «operación constituyente»; la primera, diluir la diferenciación clara que existía en el constitucionalismo clásico entre la parte dogmática y la parte orgánica de la Constitución y proceder a una homologación del peso normativo en la estructura de los derechos, la cual se presenta como realización y desarrollo de las derechos fundamentales, como concreta efectivización de los mismos, los cuales aparecían como «pura ficción» o como «letra muerta» en las anteriores Constituciones.

En las formulaciones clásicas, la distinción entre parte dogmática y parte orgánica obedece a una lógica deductiva necesaria para la construcción decisional; los principios o derechos declarados son asumidos como cartas de identidad de

³ Esta claro que desde este enfoque se apunta a una visión realista y pragmática de la democracia, mas allá de la discusión sobre su estatus valorativo, o lo que podríamos llamar, su dimensión ideológica.

⁴ La mayoría de los procesos de reforma institucional que se instauran en América Latina y que se inspiran en los postulados del neoconstitucionalismo, utilizan expedientes plebiscitarios para impulsar y dotar de legitimidad de origen a los nuevos cuerpos constitucionales. Es el caso de Venezuela, Ecuador y Bolivia. (Cf. J. Echeverría: 2015).

sociedades que se consideran emancipadas, por lo cual dichos principios aparecen como dogmas inamovibles⁵; pueden ser sujetos de deliberación e interpretación pero son inderogables en su núcleo semántico fundamental y no pueden ser suprimidos o debilitados en su fuerza normativa. La ley está para instrumentarlos y para impedir, mediante la rigurosidad de su construcción lógica, que en la aplicación de sus principios pueda afectarse el núcleo semántico fundamental; la ley podrá debatirse y reformarse, pero esta flexibilidad no podrá afectar el núcleo semántico fundamental; esta es la tarea de las legislaturas, allí acontece y se concentra la más alta politicidad del sistema político; allí se pone a prueba la capacidad de deliberación y de construcción consensual entre partes diferenciadas que constituyen la realidad política de las sociedades complejas.

A esta pérdida de perfiles o de fronteras en el diseño constitucional entre la parte dogmática y la parte orgánica, se corresponde la relativización del carácter de los derechos de libertad e igualdad como derechos fundamentales; con la presunción de que estos para efectivizarse deben desarrollar derechos específicos en todo campo y materia y que estos, incluso por su fuerza de efectivización y de especificación, podrían dotarse de igual o mayor capacidad vinculante que los derechos declarativos. La posibilidad de discurrir interpretativamente sobre la primacía de unos u otros en los casos concretos dependerá del juez y de las instancias de administración de la justicia ordinaria como de la justicia constitucional. De esta manera se pone en riesgo la función de la Constitución como contenedora y canalizadora de conflictos en función de construcciones y definiciones estratégicas.

LA ESPECIFICIDAD DEL NEOCONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

La deriva europea podría caracterizarse bajo una línea de transformismo evolucionista respecto del constitucionalismo clásico; se trata allí de otorgar contenidos semánticos más precisos al cuerpo de los derechos fundamentales y dotarlos de dispositivos garantistas que estén en manos de los mismos administradores de justicia, los cuales se someten de manera directa a los principios constitucionales⁶. Las

⁵ La referencia obligada es a la obra del constitucionalista alemán E. W.Bockenforde quien desarrolla este enfoque al ubicar a éstas como estructuras del cuerpo constitucional, aspecto que hace referencia a la relación funcional presente en toda Constitución entre su parte dogmática y su parte orgánica, esto es, entre su dimensión declarativa de principios y derechos y aquella en la cual estos se realizan concretamente, esto es, en las instituciones que regulan la organización y construcción decisional propia de su dimensión orgánica. (E. W.Bockenforde: 2.000).

⁶ Esta definición de paradigma constitucional encuentra su correlato institucional orgánico en la configuración del Tribunal Constitucional, quien emite criterios vinculantes sobre la per-

estructuras propias del diseño orgánico presente en la Constitución no sufriría mayores transformaciones; el principio de la división de poderes no se alteraba sustantivamente, al contrario, la autonomía de la administración de justicia se reforzaba frente a los poderes legislativo y ejecutivo, lo cual consolidaba el principio de la división de poderes. En el caso del neoconstitucionalismo latinoamericano, estamos frente a una línea de mayor incidencia en las estructuras institucionales de procesamiento político; las reformas constitucionales amparadas en el neoconstitucionalismo se sienten portadoras de una demanda de refundación del conjunto normativo, tanto de los principios de la dogmática constitucional como de las instituciones que articulan la estructura orgánica de las Constituciones. Para ello se altera el principio de la división de poderes y se añaden otras dimensiones institucionales como nuevas funciones o poderes. En todas las experiencias de aplicación del neoconstitucionalismo, las «nuevas constituciones» aparecen como «mandatos» cargados de una fuerte legitimidad de origen, producida mediante mecanismos plebiscitarios; así, en el caso de la Constitución ecuatoriana se reconocen ya no tres poderes o funciones sino cinco, el *Poder electoral* y el de la *Participación ciudadana* alterando el esquema tradicional de los tres poderes o funciones.

Ambas líneas coinciden sin embargo, en la relativización del principio sobre el cual se sustentaban las democracias modernas, el del imperio de la ley al cual se lo sustituye por el de la primacía constitucional. La Constitución ahora asume el carácter de mandato en el cual se expresan y se manifiestan claros contenidos de justicia, que son aquellos que deberán informar la configuración de los cuerpos legales; la ley se somete a principios constitucionales explícitos que dan cuerpo al concepto de dignidad humana, como colector semántico de significaciones contrarias a cualquier deriva autoritaria o totalitaria; la Constitución finalmente se compromete con la realización efectiva y no formal de los derechos fundamentales.

Los dos procesos, tanto los del neoconstitucionalismo europeo como los del latinoamericano, coinciden en un aspecto fundamental: no son suficientes las proclamas abstractas del constitucionalismo clásico que se derivan tanto de la declaración de independencia de los Estados Unidos, como de la revolución francesa y que sustentan el carácter de los derechos fundamentales; libertad, igualdad, tolerancia. La formalidad abstracta no es suficiente para garantizar los derechos que

tinencia del tratamiento de jueces y magistrados en temas de administración de justicia que podrían requerir de «acciones extraordinarias de constitucionalidad» o juicios que se emitan sobre casos en los que se presume existan vacíos legales o contradicciones con la norma máxima y se requiera interpretar la Constitución; establece por tanto «controles de constitucionalidad» sobre actos y normas administrativas y emite criterios sobre acciones extraordinarias de protección cuando se presume se han violentado derechos. En la normativa ecuatoriana se denomina *Corte Constitucional*; en materia de justicia ordinaria, el diseño constitucional define al *Consejo de la Judicatura* como máxima instancia que vigila el funcionamiento de la Administración de justicia.

se amparan en esa proclama, ahora deberán dotarse de una propia conformación y expresión semántica que posea una mayor carga vinculante en el condicionamiento del proceso político.

En el un caso, el latinoamericano, se reclama la ampliación de las dinámicas participativas en dirección a canalizar otras construcciones de sentido que no se ven adecuadamente «representadas» bajo el principio abstracto de la igualdad ante la ley y que se expresan en la importancia que asumen los llamados «derechos colectivos» de pueblos y nacionalidades; en el caso europeo, se advierte que la abstracción de la ley bien puede coexistir con la conculcación de los derechos fundamentales que la ley misma declara defender.

Conviene advertir que en ambos casos se trata de una operación de ajuste en la dimensión dogmática de la Constitución que deberá derivar hacia transformaciones en la parte orgánica que garantizarían la efectiva concreción de los principios constitucionales. Aparecen nuevas instituciones de garantía de los derechos; por ello se asocia neoconstitucionalismo con garantismo, una relación que desde entonces será inseparable; no puede darse neoconstitucionalismo sin garantismo; las Constituciones se vuelven normas con mayores capacidades vinculantes y condicionantes del hecho político; podría decirse, se politizan las Constituciones que antes aparecían como meros cuerpos declarativos.

CAMBIOS DE PARADIGMA EN LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA DEL 2008

El «caso ecuatoriano» es, seguramente una muestra muy representativa de las viscosidades del neoconstitucionalismo en América latina; aquí se ponen de manifiesto todos los rasgos que lo caracterizan. La Constitución aprobada en el 2008 conocida como «Constitución de Montecristi», se concibe a si misma como parte de un proceso radical de refundación institucional⁷. En lo que hace referencia a la configuración de su parte dogmática o declarativa, se introduce una operación clara de «homologación de derechos»; los llamados derechos fundamentales dejan de ser tales y asumen igual jerarquía normativa que los demás derechos, esto es, los derechos económicos y sociales⁸; se desarrollan garantías para los llamados «derechos colectivos de pueblos y nacionalidades» los cuales ya estaban definidos

⁷ Desde sus inicios la operación constituyente aparece como resultado de una Asamblea plenipotenciaria; en efecto, su convocatoria fue realizada mediante oscuros procedimientos de sustitución de diputados de la anterior Asamblea Nacional para alcanzar su convocatoria, esta característica define una configuración decisionista en su orientación fundamental. (J Echeverría: 2015).

⁸ Constitución del Ecuador, 2008, Art. 11.

en la constitución de 1998, a los cuales se los otorga una propia legitimidad, estableciéndose el reconocimiento de procedimientos propios que los sancionen y garanticen. Se reconoce estos alcances como introducción de un saludable efecto de pluralismo jurídico en el cuerpo de la misma Constitución⁹. La pregunta que emerge es la siguiente: ¿cuál es la estructura orgánica que hace posible que estas sustantivas modificaciones e innovaciones, puedan realizarse de manera efectiva? La Constitución define para ello un conjunto de instancias que los garanticen, pero en lo substancial, deja al criterio discrecional del juez su aplicación, al interpretar los principios constitucionales.

Estamos frente a un cambio sustantivo en lo que a desarrollo normativo se pueda hablar. En la forma del constitucionalismo clásico la Ley instrumenta el principio; supone un proceso de desarrollo en el cual el principio constitucional, que es una indicación genérica, se enriquece con la casuística de su misma aplicación; la ley está enfocada desde el legislador como desarrollo del principio constitucional, pero a su vez matizado por el interés o valoración que éste extrae de la realidad social a la cual representa; el resultado de la operación de construcción normativa será una línea de consenso producida por la operación deliberativa que acontece bajo la premisa de realización de la racionalidad parlamentaria. En el paradigma constitucional, esta línea es abandonada y sustituida por la capacidad interpretativa del juez y por la instrumentación de procedimientos que están definidos en el mismo cuerpo constitucional¹⁰.

Mientras para el constitucionalismo clásico la ley desarrolla la norma constitucional logrando una mayor especificación aplicativa, para los constituyentes de Montecristi la figura de la Ley aparece como obstáculo para la plena consecución de los derechos y al hacerlo instaura, a pesar del listado de indicaciones procedimentales para su aplicación, una condición de relativización jurídica y de incertidumbre creciente en los procesos de administración de justicia; las prerro-

⁹ Cabe resaltar también la inclusión de los llamados «derechos de la naturaleza», los cuales al asumir estatuto constitucional, aparecen como una innovación normativa al punto de llegar a afirmarse que la C ecuatoriana es la primera que los reconoce y los sanciona. (M. A. Wilhelmi: 2008).

¹⁰ La Constitución del 2008 define en su Título II Cap 1, los «Principios de aplicación de los derechos», donde se estipula que «...serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte... Los derechos serán plenamente justiciables... ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales» y se enlistan un conjunto de restricciones a la plena ejecución y realización de los mismos, así como se establecen medidas de acción afirmativa que promuevan igualdad real por encima de las condiciones efectivas que los posibiliten. Ello requiere necesariamente de definiciones vinculantes para el funcionamiento de la economía y de la política, sobre los cuales puedan soportarse sus condiciones de viabilidad. Esta característica abona a la configuración del modelo constitucional como un verdadero Programa Político.

gativas discrecionales del juez se amplían sobremanera, al tiempo que se congestiona la administración de la justicia constitucional al recibir una demanda cada vez más grande de sanciones y aclaraciones, convirtiéndose de una instancia especializada en el análisis de la constitucionalidad de los procedimientos de reforma, en una instancia superior de apelaciones, desvirtuando así su condición de alto tribunal constitucional.

Y es que no podría ser otra de otra manera, dado que la lógica garantista al enlistar una gama amplia de derechos que deben ser protegidos y asumir éstos estatuto constitucional, la canalización de demandas y de conflictos de interpretación necesariamente deberán confluir en la Corte Constitucional; la cual por tanto se constituye en eje decisorial inapelable del sistema¹¹. En el caso ecuatoriano, está en seria discusión la independencia y autonomía de este alto tribunal de justicia constitucional. Al no establecerse con claridad su legitimidad de origen ni los mecanismos de su control y fiscalización, sus actuaciones, así como la eficacia en el trámite de sus apelaciones, se ve fuertemente contestada «... Los miembros de la Corte no estarán sujetos a juicio político ni podrán ser removidos por quienes los designen... únicamente serán acusados por el Fiscal General de la Nación y juzgados por el pleno de la Corte Nacional de Justicia para cuyo efecto se requerirá el voto conforme de las dos terceras partes de sus integrantes.» Su legitimidad de origen se considera discutible al observar los mecanismos de su designación. Estos «... se designaran por una comisión calificadora que estará integrada por dos personas nombradas por cada una de las funciones, legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social. La selección de los miembros se realizará de entre las candidaturas presentadas por las funciones anteriores, a través de un proceso de concurso público, con veeduría y posibilidad de impugnación ciudadana»¹². Como se puede observar, son los órganos de poder, las funciones del Estado, aquellas que designan las ternas a ser escogidas para integrar este cuerpo colegiado; lo cual plantea justamente el problema de su legitimidad de

¹¹ La atribuciones de la Corte Constitucional sancionadas en el art. 436 de la Constitución, le confieren su cualidad de ser «la máxima instancia de interpretación de la Constitución»; a más de esta importante función, sus atribuciones se amplían al conocimiento de apelaciones y de acciones extraordinarias de protección, al conocimiento de recursos interpuestos a juicios de toda índole y naturaleza, lo que hace que se haya visto sistemáticamente desbordada en sus actuaciones. Según lo indica el portal investigativo Plan V, « Solo en su primer año, desde noviembre de 2012 hasta 2013, ingresaron a la Corte Constitucional 7.190 casos». Según lo afirma el constitucionalista R. Oyarte, « La Corte ha generado 12 mil causas representadas, (en estos diez años de su vigencia) tiene un actuar irregular, no resuelve en orden cronológico», lo cual podría indicar que esta se mueve por presiones políticas o de cualquier otra índole. En la actualidad se encuentra *ad portas* de su evaluación por parte del Consejo de Participación Ciudadana Transitorio.

¹² Constitución del Ecuador, 2008, cap 2, art. 431.

origen. Bien podría reclamarse la posibilidad de existencia de otras fuente de designación, que reposen en las organizaciones de la sociedad civil, de la academia, y del mercado, como expresiones legítimas de la realidad sociopolítica de la nación a la cual se debe el cuerpo constitucional. En el caso de la Constitución de Montecristi, su derivación es exclusiva de cuerpos institucionales del Estado y de sus estructuras de gobierno.

Dicha autonomía se vuelve materia ulterior de discusión si se observa la distribución de competencias entre los poderes públicos que debería reflejar el principio propio del Estado de derecho, de su autonomía e independencia, esto es, la actuación de la teoría de la separación y balance entre los poderes públicos, que combina, en su configuración, al decir de A. Panebianco «...dos distintas doctrinas, la una sociológica que confía al pluralismo de los poderes sociales la tarea de determinar las condiciones para el balance de poderes, la otra, político-institucional, que confía a la ingeniería política, a una estrategia de división del poder político, a ciertos modos de organizar los *interna corporis* del sistema político, la tarea de impedir la tiranía, de tutelar la libertad. Si bien distintas, las dos mantienen afinidades y conexiones» (A. Panebianco: 2004, p. 172). En el caso ecuatoriano parecería que estas dos dimensiones se vuelven problemáticas; en particular en materia de diseño constitucional se aprecia una clara tendencia de desbalance entre los poderes públicos y por tanto de subordinación de los mismos a una estrategia de concentración excluyente del poder en una sola dirección. En el diseño de Montecristi es factible observar una clara orientación hacia el debilitamiento de la legislatura y al fortalecimiento del poder ejecutivo y en él del Presidente de la República, lo que define a la Constitución de Montecristi como una constitución hiperpresidencialista¹³.

El hiperpresidencialismo se consolida al debilitar a la legislatura en su capacidad de construir política mediante la formulación de leyes; el mismo carácter de mandato que asume la Constitución, hace de la operación legislativa una mera elaboración de la letra pequeña sobre orientaciones ya definidas en el cuerpo constitucional; la legislatura reduce su autonomía decisional en esta materia al compartir con el ejecutivo una desmedida capacidad de veto de leyes, de planes y programas políticos; al reducir sus funciones de fiscalización y trasladar éstas a órganos de control derivados del llamado «poder ciudadano» configurado por la *Función de transparencia y control social*, nueva instancia orgánica configurada como el V poder del Estado.

El carácter preponderante del hiperpresidencialismo se concreta y manifiesta en la capacidad para controlar la integración de esta nueva institucionalidad, tanto la del *Consejo de Participación Ciudadana y Control Social*, encargado de la

¹³ La caracterización del Hiperpresidencialismo en la Constitución del 2008, es tratada con detenimiento en (J. Echeverría: 2009).

designación de los órganos de control (Fiscalía, Contraloría, Defensoría del Pueblo, Superintendencias), como de la *Corte Constitucional*.

Es en particular la instancia institucional del llamado quinto poder, encargada de la nominación de los órganos de control, de la transparencia de la gestión y de la lucha contra la corrupción, la que cobra relevancia en el diseño orgánico de la Constitución la cual tendrá particular incidencia en la construcción decisional, al sustituir a la legislatura en esta tarea. Si se evalúa su real funcionamiento en estos 10 años de vigencia del cuerpo constitucional, se podrá observar el montaje de una compleja correlación funcional entre fenómenos degenerativos del sistema político, como es la retroalimentación producida entre impunidad y corrupción.

El desempeño institucional en su parte orgánica termina no solo por contradecir la retórica avanzada del garantismo, sino por introducir una deriva de peligrosa entronización de un poder autoritario con clara vocación totalitaria; la articulación de la ecuación impunidad-corrupción establecida bajo este soporte de institucionalidad, define una caracterización sistémica al fenómeno de la corrupción que afecta sustantivamente tanto en el desempeño político, generando condiciones propicias para la antipolítica, como en el desempeño de la economía, promoviendo el rentismo, la escasa transparencia y disciplina en el manejo macrofiscal y, por esa vía, endeudamiento y escasa sostenibilidad del desarrollo.

EL DESMONTAJE DEL APARATO AUTORITARIO

La gestión de Alianza País bajo la conducción del presidente Correa (2007-2017), puso en marcha una agenda de reforma del Estado a instrumentarse de manera progresiva y sistemática mediante la introducción de ulteriores definiciones y apelando a instrumentos de democracia plebiscitaria, como consultas populares y reformas aprobadas por la Asamblea Nacional.

La aprobación de la Constitución en consulta popular en 2008, pareció insuficiente para desplegar el programa de reforma del Estado y de fortalecimiento del hiperpresidencialismo. En sus líneas maestras, se trató de una estrategia de fortalecimiento de las atribuciones del ejecutivo como rector y ejecutor de la política pública. En 2011, el régimen se propone fortalecer la capacidad del Presidente de conducir el proceso y convoca a consulta con una serie de preguntas entre las cuales dos aparecen como altamente significativas: la primera, legitimar la creación de un Consejo de la Judicatura Transitorio, conformado por delegados de los poderes del Estado (operación que fue descrita por el mismo presidente como «meter la mano en la justicia») dirigida a la transformación del poder judicial; la otra, ordenar la formulación de una Ley de Comunicación que contemple la creación de una Superintendencia de Comunicación, instrumento dotado de poderes para controlar a los medios de comunicación.

El Consejo de la Judicatura transitorio implementó un amplio programa de reformas que incluyó la inversión en infraestructura y equipamiento y la modernización de los procedimientos administrativos con el fin de mejorar la eficiencia de la función. Al mismo tiempo, se condujo hacia la conformación de las cortes con personal afin al gobierno, y la implementación de mecanismos para garantizar el control sobre la actuación de jueces y administradores de justicia, como la sanción por «error inexcusable»¹⁴ usada de forma discrecional.

En 2015, nuevamente los mecanismos a disposición del Presidente se consideraron insuficientes para garantizar la profundización del proceso; se trataba ahora de dar continuidad a la tendencia de control de las instituciones para blindar a grupos de poder sobre los que recaían fuertes indicios de corrupción. El método de recurrir a la voluntad popular ya no era seguro, debido a la reducción de los índices de popularidad del régimen; se acudió por tanto a tramitar reformas constitucionales en la Asamblea Nacional, otorgándoles el carácter de «enmiendas», violentando los procedimientos y candados establecidos para el efecto en la Constitución de Montecristi que exigían su tratamiento por la vía de una Asamblea Constituyente; la operación fue validada por la Corte Constitucional y aprobada mayoritariamente por la Asamblea Nacional. Mediante esta acción, entre otros temas de menor rango, se modifica la Constitución para incorporar la reelección indefinida de todos los cargos de elección popular, y se define a la comunicación como un servicio público sujeto al control del Estado; la operación consistía en radicalizar y profundizar las orientaciones presentes en la Constitución de Montecristi y las reformas introducidas en la consulta del 2011 y blindar el proceso en momentos en los cuales se evidenciaba una progresiva pérdida de legitimidad de AP frente a la inminencia del proceso electoral del 2017.

El declive de la popularidad del régimen seguramente incidió para que Correa descartara una nueva candidatura a la presidencia. Si bien tuvo que ceder ante la popularidad de Jorge Moreno como candidato a la presidencia, se aseguró de posicionar a su indiscutible sucesor Jorge Glas en la candidatura a la vicepresidencia. Además, se encargó de ubicar a actores de su absoluta confianza al frente de instituciones claves como el mismo Consejo de Participación Ciudadana, la Contraloría, la Fiscalía General del Estado, el Consejo de la Judicatura y el Consejo Nacional Electoral.

Las elecciones para Presidente, Vicepresidente y Asamblea Nacional efectuadas en mayo de 2017 plantearon a los ecuatorianos el dilema entre dar continuidad

¹⁴ «Desde el 2013 hasta Agosto del 2017, han sido destituidos 350 jueces, de este total 145 salieron bajo argumento de error inexcusable, 102 por manifiesta negligencia y 32 por ambas causas» (El Universo; 2017). Se acepta como error inexcusable «intervenir en las causas que debe actuar como juez, fiscal, o defensor público con dolo, o manifiesta negligencia (Código Orgánico de la Función Judicial, art 109).

a la tendencia política que había hegemonizado desde la elección de Correa en el 2007, o marcar un cambio de ciclo político. El candidato del partido de gobierno, Lenin Moreno, y el de la oposición, Guillermo Lasso, llegaron a la segunda vuelta en virtual empate, pero fue el candidato oficial el declarado victorioso, lo que parecía señalar la continuidad del gobierno de la revolución ciudadana.

Las diferencias entre Moreno y Correa, sin embargo, fueron evidenciándose cada vez con más nitidez. Apenas posesionado, Moreno toma distancia del estilo autoritario de su antecesor y de los actos de corrupción del gobierno saliente que venían siendo claramente evidenciados, en particular a partir del destape del fenómeno de corrupción regional impulsado por la empresa brasilera Odebrecht y que comprometía seriamente al gobierno de Correa. Contra toda predicción, el gobierno de Moreno emprende el desmontaje del aparato de control que Correa había perfeccionado durante los diez años de gobierno, y en el cual la Función de Transparencia y Control y su órgano institucional el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, se había constituido como eje institucional de la concentración de poder, configurada en la Constitución de 2008.

El desmontaje de este aparataje pasaba entonces por renovar la composición de estos entes, alterando los mecanismos y periodos para los cuales habían sido elegidos. Para lograrlo, el gobierno de Moreno acude también a un mecanismo plebiscitario, convoca en febrero de 2018 a una consulta popular, donde se plantea a la ciudadanía, entre otras cuestiones, el eliminar la reelección indefinida de los cargos de elección popular y la reestructuración del Consejo de Participación Ciudadana y control social vigente, dando por terminado el periodo de sus miembros en funciones y autorizando al Presidente a designar un Consejo Transitorio con la potestad de evaluar a las autoridades de los órganos de control (Fiscalía, Contraloría, Consejo de la Judicatura, Superintendencias) designadas por el anterior Consejo.

El triunfo del sí en la consulta descartó la posibilidad de que Correa vuelva a la Presidencia en una elección futura, y legitimó el mecanismo para reconfigurar la composición de los organismos de control. En aplicación de su mandato, el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social Transitorio (CPCCST) emprende en la evaluación de la gestión de 16 autoridades, mediante un procedimiento de solicitud de informe de labores, emisión de un informe técnico sobre el cumplimiento de funciones, y destitución de los funcionarios en caso de informe negativo¹⁵.

¹⁵ Las dignidades sujetas a la evaluación del Consejo transitorio son, entre otras, el Fiscal General de la Nación, el Contralor, el Superintendente de Bancos, el Consejo de la Judicatura, el Consejo Nacional Electoral y el Defensor del Pueblo. Mediante la aplicación de los procedimientos estipulados mediante consulta, el Consejo destituye de sus cargos al Contralor, al Fiscal, al Defensor del Pueblo y al Presidente del Consejo de la judicatura, y los sustituye por funcionarios encargados.

Los informes técnicos emitidos por el Consejo transitorio muestran en todos los casos falta de independencia de los funcionarios designados, debido a vínculos cercanos con el Presidente o con el partido de gobierno, afinidad que se vuelve evidente en la gestión desplegada. En el caso del comportamiento de la Corte Constitucional, pero también de la Contraloría y de la Fiscalía, se observa con claridad, cómo tramites y consultas cuya aprobación es de interés del poder Ejecutivo son resueltas con alta celeridad, mientras aquellas resoluciones que podrían afectar o comprometer intereses del Ejecutivo, o posicionamientos valorativos del Presidente de la República, han sufrido largas dilaciones, o en efecto no han sido siquiera consideradas¹⁶.

Es también el caso, como ya se indicó, del uso de la figura de «error inexcusable» al cual acudió recurrentemente el Consejo de la Judicatura para presionar a los jueces en sus decisiones, o la dilación en el tratamiento de denuncias contra figuras del gobierno por parte de la Fiscalía General del Estado.

El desmontaje del aparato construido por Correa rompió el dique que impedía a funcionarios que aún ocupaban puestos de poder emitir dictámenes o acciones que antes se mantenían ocultas, permitiendo que casos de corrupción o autoritarismo salgan finalmente a la luz. El caso más significativo es el que impulsó la misma Corte Constitucional que en su momento aprobó el procedimiento de enmiendas a la Constitución; ahora, frente al cambio de gobierno, sanciona la declaratoria de inconstitucionalidad de las mismas reformas que en su momento las aprobó y que fueron tramitadas por la Asamblea Nacional en 2015, las cuales incluían la aprobación de la reelección indefinida y la declaratoria de la comunicación como servicio público.

A pesar de la diligente operación realizada por el CPCCST para instrumentar lo decidido en la consulta de 2017, los desafíos de reforma siguen aún pendientes. Parecería no ser suficiente la evaluación del desempeño de los órganos de control y de sus funcionarios promovidos por el defenestrado Consejo de Participación Ci-

¹⁶ «Mientras que las demandas que llegaban del Palacio de Carondelet eran atendidas con rapidez, las de los ciudadanos comunes no eran tramitadas. Casos como el de la inconstitucionalidad del artículo 72 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, para que el Presidente pueda vetar normas interpretativas, o la acción extraordinaria de protección que anuló una sentencia a favor de la empresa OCP, por supuesta subcapitalización, serían claros ejemplos. Al mismo tiempo, temas que el presidente Correa rechazaba, como las demandas de inconstitucionalidad contra la Ley de Comunicación y contra el Decreto 16 que ponía obstáculos a las organizaciones de la sociedad civil, no recibían ninguna atención de los magistrados constitucionales. Tampoco motivaron ninguna atención del tribunal por lo menos cinco demandas presentadas por la Ecuarrunari, movimiento indígena que se mostró crítico del régimen, ni la acción de protección de Pamela Troya y Gabriela Correa, dos lesbianas que realizan activismo por el matrimonio igualitario, rechazado por Correa por motivos religiosos». Cf. «Los pecados capitales de la Corte Constitucional», (Plan V: 2018) *Redacción Plan V*, Quito, 21/05/2018.

dadana y Control Social; el problema recae sobre el estatuto de las instituciones que la Constitución de Montecristi diseñó para organizar la ingeniería institucional del garantismo. El desmontaje de lo que se denomina como correísmo no es otra cosa hasta el momento, que la sustitución de funcionarios llevada adelante por un Consejo transitorio dotado de una fuerte carga de legitimación. La tarea de la reforma constitucional permanece aún; ahora con mayor pertinencia y urgencia.

REFLEXIONES FINALES

El análisis de la aplicación del neoconstitucionalismo en la experiencia constitucional ecuatoriana nos arroja algunas conclusiones de trascendental importancia; por un lado, nos permite observar la configuración y funcionamiento de importantes instituciones que operacionalizan sus premisas epistémicas y de paradigma; en este sentido el neoconstitucionalismo y el garantismo suponen radicales transformaciones respecto de la forma clásica de los constitucionalismos anteriores.

En el caso ecuatoriano, es clara la definición constitucional a favor de la ampliación de derechos y sus garantías, como premisa que dota de centralidad al diseño del conjunto de su cuerpo normativo; una parte sustantiva de la Constitución se dedica a la descripción detallada de los mismos con un capítulo dedicado a definir los principios de su aplicación, lo cual hace de la Constitución un verdadero *mandato* que define los criterios para la administración de la justicia ordinaria y de la justicia constitucional. Define de igual forma nuevas instituciones garantistas de aplicación directa, con lo cual da concreción a la fórmula que ve al neoconstitucionalismo como operador de la *transición desde la concepción tradicional de Estado de derecho a la nueva de Estado constitucional de derechos*.

Esta modificación trascendental sin embargo deja planteados muchos interrogantes acerca del posicionamiento de principios e instituciones que eran piezas claves del diseño de la ingeniería constitucional en la forma del Estado de derecho, como son el de la división y autonomía de los poderes públicos y el de la primacía de la Ley, como reguladora de las interacciones sociales y políticas. Y es aquí donde aparecen los principales problemas; la traducción de la dimensión dogmática perfectamente ordenada en la declaración de derechos, instituciones garantistas y principios de aplicación, no encuentra una clara correspondencia con su dimensión orgánica, donde se diseña la ingeniería decisional del sistema.

Toda la lógica sistémica se soporta en una escasa claridad en la definición de la parte orgánica de la Constitución. Por su particular atención a la ampliación de derechos y de sus garantías, el neoconstitucionalismo descuida el tratamiento de esta dimensión, o en su defecto construye estructuras de procesamiento de politicidad de carácter decisionistas, justamente para lograr la univocidad que requiere el funcionamiento garantista.

En las definiciones del neoconstitucionalismo, se busca sustituir los obstáculos deliberativos de instituciones que terminan por detener o bloquear la plena realización de los derechos; se definen nuevas instituciones o se establecen lógicas procedimentales rígidas que al asumir estatuto constitucional se las presume inamovibles, operadoras de reducciones drásticas de complejidad, sin advertir que una escasa flexibilidad en la dinámica institucional, puede afectar el carácter deliberativo y dialogante de la democracia, al punto de provocar salidas disruptivas o entronizaciones autoritarias en la construcción del poder político.

Esta conexión entre principios y organización del sistema político que se deriva de la aplicación del neoconstitucionalismo y que devela una insuficiente conexión estructural podría obedecer a dos determinaciones que aquí quedan formuladas como dos hipótesis a validar con investigaciones ulteriores de derecho constitucional comparado: o desde la perspectiva del neoconstitucionalismo la atención al diseño orgánico no es asumido con la importancia y pertinencia que este requiere debido a que se supone suficiente la vigencia de las instituciones y los procedimientos garantistas, lo cual indicaría un enfoque de limitada abstracción institucional; o en su defecto, y esta la segunda hipótesis; el neoconstitucionalismo y el garantismo requiere para su efectiva concreción de diseños orgánicos que garanticen univocidad y decisionismo en la política pública, lo cual necesariamente puede conducir a la reducción de controles y de la misma capacidad de autoreferencia y autogobierno democrático del sistema institucional. La correlación funcional entre impunidad y corrupción es aquí patente; los órganos de control funcionaron con alta eficacia para permitir la entronización de la corrupción y configurarla, de esta manera, como una verdadera construcción sistémica.

El constitucionalismo clásico mantenía la posibilidad de generar política, de redefinir formas y condiciones de convivencia en contextos de complejidad incrementada, al permitir el funcionamiento de la representación y las legislaturas como verdaderos generadores de orientaciones de política, como instancias de control y fiscalización de la gestión de gobierno; el neoconstitucionalismo arriesga la despolitización al volver a estas instancias (parlamento y partidos) en cajas de resonancia de una voluntad ya predefinida en la constitución bajo la forma de programa político. El análisis del «caso ecuatoriano» y su deriva hacia formas autoritarias de articulación política en la concreta gestión del proyecto constitucional, plantea la necesidad de una más profunda reflexión: cómo definir y estabilizar dogmáticamente una gama amplia y avanzada de derechos y garantías, y cómo construir canales específicos de procesamiento y realización de los mismos que vayan más allá de su retórica vinculante hacia la preservación y profundización de la institucionalidad democrática.

BIBLIOGRAFÍA

- AGAMBEN, G. (2001). *Medios sin fin*, Pretextos.
- BOCKENFORDE, E. W. (2000). *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Trotta, Madrid.
- ECHEVERRÍA, J. (2009). «El Estado en la nueva Constitución» en *La Nueva Constitución del Ecuador*, Quito UASB.
- ECHEVERRÍA, J. (2015). *La Democracia Sometida*, Quito, Diagonal, pp. 117-122.
- KOSELLECK, R. (2007). *Crítica y crisis*, Trotta, Madrid.
- PANEBIANCO, A. (2004). *Il potere, lo stato, la libertà*, Il Mulino, Bologna.
- PASSARA, L. (2014). *Informe sobre la reforma a la independencia judicial ecuatoriana*, Quito.
- PLAN V. «Los pecados capitales de la Corte Constitucional», *Redacción Plan V*, Quito, 21/05/2018.
- WEBER, M. (1919). *Parlamento e Governo nel Nuovo Ordinamento della Germania*, E. Ruta, Laterza, Bari.