
Constitucionalismo democrático e innovación constitucional en Ecuador: la Constitución de 2008*

Democratic Constitutionalism and Constitutional innovation
in Ecuador: The Constitution of 2008

Rubén Martínez Dalmau**

Universitat de València

ruben.martinez@uv.es

Resumen

Desde la activación del poder constituyente en la Constitución colombiana de 1991, diversas constituciones democráticas han supuesto cambios estructurales importantes en varios países latinoamericanos, tanto en la organización de los poderes públicos como en la legitimidad democrática del poder y la regeneración constitucional de los derechos. De entre estos nuevos textos constitucionales latinoamericanos destaca, por su originalidad y avances teóricos, la Constitución ecuatoriana de 2009: el primer caso de *constitucionalismo de transición* en el nuevo constitucionalismo latinoamericano. Estas constituciones, no obstante, se encuentran ante un problema de aplicación que dificulta su funcionamiento como instrumentos de transformación social.

El presente trabajo explora las condiciones en las que se activó en 2007 el poder constituyente ecuatoriano, así como los contextos en los que se produjo la redacción de la Constitución de 2008, así mismo explica las razones por las cuales se incluye el texto constitucional en el paradigma

Fecha de recepción: 24 de agosto de 2017

Fecha de aceptación: 28 de septiembre de 2017

* Para citar este artículo: Martínez, R. (julio-diciembre, 2017). Constitucionalismo democrático e innovación constitucional en Ecuador: la Constitución de 2008. *Revista Diálogos de Saberes*, (47)81-102. Universidad Libre (Bogotá). <https://doi.org/10.18041/0124-0021/dialogos.47.1589>

Investigación realizada en el marco de Democracia+, Grupo de investigación sobre poder constituyente y nuevo constitucionalismo, de la Universitat de València.

** Profesor Titular de Derecho Constitucional en la Universitat de València (España). PhD por la Universitat de València. Ha trabajado en varias líneas de investigación, dedicadas especialmente a la legitimidad democrática, y ha centrado su interés en los procesos constituyentes, principalmente los latinoamericanos. Fue asesor de la Asamblea Nacional Constituyente en Venezuela (1999), de la Asamblea Constituyente de Bolivia (2006-2007) y de la Asamblea Constituyente de Ecuador (2008). Participó en las comisiones técnicas de redacción de las tres asambleas constituyentes. E-mail: ruben.martinez@uv.es. iD ORCID 0000-0003-3853-0851

teórico del *nuevo constitucionalismo*. Centra el análisis, por un lado, en la relación entre soberanía y poder constituido, y por el otro, en el constructo de las innovaciones constitucionales, así como el *Buen Vivir* como fundamento axiológico de la Constitución. Asimismo, se hace referencia a los objetivos maximalistas de la nueva Constitución y a la posibilidad de creación de fracturas entre el formalismo constitucional y la realidad de su aplicación.

Palabras clave: Poder Constituyente, Constitucionalismo Democrático, Ecuador, Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, Buen Vivir (*Sumak Kawsay*).

Abstract

Since the reactivation of the Constitutional power with the Colombian Constitution of 1991, many democratic Constitutions have brought significant and structural changes in several Latin-American countries regarding the arrangement of the public authorities, the democratic legitimacy of the power and the Constitutional regeneration of the rights. Among the new Constitutional texts in Latin America stands out Ecuador's Constitution of 2009 for its originality and theoretical advances. This is the first case of transitional Constitutionalism in the new Latin-American Constitutionalism. However, these Constitutions face a problem of application that hinders its potential as instruments of social transformation.

This paper explores the conditions among which Ecuador activated its Constitutional powers in 2007, as well as the context in which the writing of the Constitution of 2008 was produced. Also, it explains the reasons for the inclusion of the Constitutional text in the theoretical paradigm of the new Constitutionalism. The document centers its analysis on one hand, on the nexus between sovereignty and established power, and on the other hand in the building of Constitutional innovations, as well as in the inclusion of the concept of "good living" as axiological fundament of the Constitution. The text refers also to the maximalist goals of the new constitution and its possibility to create fractures between the constitutional formality and the reality of its implementation.

Keywords: Constitutional Power, Democratic Constitutionalism, Ecuador, New Constitutionalism, Well Living (*Sumak Kawsay*).

Introducción

Existen procesos políticos que hacen historia, constituciones que pasan a la historia y momentos cruciales en la vida de un pueblo en los que se unen ambos hechos. El proceso constituyente ecuatoriano de 2007-2008 fue uno de ellos, tanto por los elementos revolucionarios democráticos que incorporó como proceso político, así como por la aprobación de la que en estos momentos

es una de las Constituciones más avanzadas a nuestro alcance: la Constitución ecuatoriana de 2008. Estamos ante un documento de regeneración democrática de importancia similar a los que surgieron en el constitucionalismo fundacional latinoamericano, documento que además plantea retos importantes respecto a sus posibilidades reales de aplicación. Se trata, en su voluntad, de una transformación de

carácter refundacional (Shifter & Joyce, 2008, pp. 55-66)¹.

Tanto en el pensamiento como en la práctica, constitucionalismo y soberanía democrática aparecen históricamente desde ámbitos cronológicamente diferentes y con finalidades distintas. El fundamento del constitucionalismo es una cualidad: el límite del poder del Estado, mientras que el objetivo de la soberanía democrática es la legitimidad del poder en la decisión del pueblo. Constitucionalismo como cualidad junto a democracia como legitimidad convergieron durante las revoluciones liberales democráticas en el constitucionalismo democrático, todo ello desde la creación (limitada) del poder constituido fundada en la decisión ilimitada del constituyente. Como afirma Salazar (2006),

“el hecho de que el liberalismo sea, teórica e (incluso) históricamente, compatible con formas de gobierno autocráticas y que la democracia haya adoptado formas absolutistas demuestra que ésta última no es necesariamente constitucional y que el constitucionalismo no es necesariamente democrático”.

¹ La doctrina al respecto aún no es muy extensa. Respecto a los antecedentes, cfr. Sánchez (2008). Una visión de primera mano sobre los preludios políticos que facilitaron el cambio constitucional puede verse en Larrea (2010). Dos interpretaciones diferentes del proceso constituyente pueden leerse en la recopilación de artículos del que fuera primer presidente de la Asamblea de Montecristi, Acosta (2008a) y, desde una perspectiva crítica –en especial sobre la asunción de poderes absolutos por parte de la Asamblea Constituyente–, Echeverría y Montúfar (2008). El primer intento sistematizador de los contenidos de la Constitución ecuatoriana, publicado cuando todavía se trataba de un proyecto, fue la recopilación de trabajos de Ávila, Grijalva & Martínez Dalmau (2008).

Ahora bien; la evolución del constitucionalismo no ha ido de la mano, históricamente, de los mismos avances en la democracia. Durante el siglo XIX europeo y latinoamericano, una vez perdida la fuerza de la revolución las constituciones se limitaron en su origen democrático y forzaron su función constitucional de límite al poder. Esta involución democrática llevó a algunos cuestionamientos, más eficaces en el caso europeo que en el latinoamericano. Si la mayor parte del siglo XX supuso cierto renacimiento de la necesidad legitimadora de la Constitución en Europa, en América Latina se mantuvo la existencia de un constitucionalismo formal, no democrático, al servicio de los intereses dominantes. Este *constitucionalismo criollo* (Martínez Dalmau, 2011), ideológicamente diferenciado del *fundacional* y, por lo tanto, *criollo* en sus valores más que en los grupos que lo hicieron valer, entró en crisis a partir de la década de los noventa, cuando ciertos movimientos democráticos como el colombiano de 1990-91 o el venezolano de 1998-99 apostaron decididamente a una reconfiguración de las fuerzas democráticas: la activación del poder constituyente y la redacción de unas nuevas Constituciones refundadoras (Viciano & Martínez Dalmau, 2010, pp. 16-21). Cuestión diferente es el análisis sobre cómo se han producido los desarrollos constitucionales después de la aprobación de las Constituciones democráticas, y cuáles han sido los retos que han debido afrontar buena parte de quienes han puesto en tela de juicio la normatividad constitucional y su plena capacidad para impulsar procesos de cambio arraigados en la voluntad del poder constituyente.

El presente trabajo tiene por objetivo, por un lado, enmarcar al proceso constitu-

yente ecuatoriano de 2007-2008 dentro de la corriente del *nuevo constitucionalismo latinoamericano*, caracterizada entre otros rasgos por establecer nuevas premisas en la relación entre soberanía y poder constituido así como en la búsqueda de las versiones propias del Estado constitucional en sentido material; y, por otro lado, determinar los elementos más significativos que calificarían a la Constitución ecuatoriana de 2008 como un texto de este *nuevo constitucionalismo*, con sus avances democráticos pero también con los retos que debe enfrentar su aplicación en el marco ya del poder constituido.

1. Constitucionalismo democrático en Ecuador: los fundamentos del cambio constituyente

Podemos definir al constitucionalismo democrático como la imbricación entre los dos conceptos, que, en su marco, se retroalimentan y determinan dialécticamente: democracia y constitucionalismo. Existe un fundamento legitimador y articulador esencial tanto del constitucionalismo como de la democracia en el Estado constitucional: el principio democrático (Martínez Dalmau, 2012, pp. 2 y ss.). La legitimidad del poder constituido y, en primer término, de la Constitución, deriva de la presencia no sólo formal –que puede en algunos casos estar presente de manera más o menos implícita–, sino, fundamentalmente, material, del principio democrático, y que impregna tanto el origen político –proceso constituyente– como el resultado jurídico –Constitución–. Un proceso constituyente popular y, por lo tanto, emancipador, sólo puede tener como resultado una Constitución emancipadora.

Este fue desde el principio el objetivo del proceso constituyente ecuatoriano iniciado formalmente en 2007, que sigue las pautas del *esquema constituyente* en el nuevo constitucionalismo: activación directa del poder constituyente sobre las cláusulas de intangibilidad de la anterior Constitución (generalmente a través de un referéndum constituyente); elección democrática de los miembros de la asamblea constituyente; redacción participativa, consultada y plural del proyecto de Constitución; y, en la mayor parte de las ocasiones, referéndum constitucional (aprobación por el pueblo del nuevo texto constitucional), esto es, un proceso constituyente democrático (Viciano & Martínez Dalmau 2011, pp. 3 y ss.). En el caso ecuatoriano, la activación de la dimensión directa de la soberanía tuvo lugar a través de referéndum constituyente, por vías que no constaban expresamente en la Constitución anterior, de 1998, y que fue seguido de la elección democrática de la Asamblea Nacional Constituyente; se inició un procedimiento de consulta y debate participativo que llevó a la Constitución redactada en Montecristi y aprobada posteriormente por el pueblo ecuatoriano en referéndum constitucional después de una campaña donde participaron ampliamente fuerzas tanto a favor del Sí como del No a la nueva Constitución (López & Cubillos, 2009, pp. 13-20)². Con sus problemas,

² El 81,72% de los votos se manifestó a favor en el referéndum de 15 abril de 2007, cuando se consultó sobre la pregunta: “¿Aprueba usted que se convoque e instale una Asamblea Constituyente con plenos poderes de conformidad con el Estatuto Electoral que se adjunta, para que transforme el marco institucional del Estado y elabore una nueva Constitución?”; el 12,43% de los votos fueron negativos, y el 5,85, blancos y nulos (Consejo Nacional Electoral). El 30 de septiembre tuvo

siempre presentes en un marco de ruptura, la legitimidad democrática del proceso constituyente fue explícita en la forma en que se desarrolló, por lo que no puede dejar de calificarse como ampliamente participativo. La Constitución de 2008 significó entonces la manifestación jurídico-política de la voluntad creadora y, por tanto, delimitadora, del poder constituyente ecuatoriano que, en términos de Ortiz (2011, p. 26), “afirmó la soberanía nacional y popular, fortaleció al Estado, realizó reformas en el régimen político e introdujo las orientaciones de un nuevo modelo de desarrollo bajo la noción del *sumak kawsay*”.

Ya desde su inicio, la Constitución ecuatoriana de 2008 expresa el principio extrajurídico, pero no por ello menos merecedor de constar en el texto constitucional, de la legitimidad del poder del pueblo: “La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del

poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución”³.

El anterior enunciado hace alusión, desde luego, al ejercicio indirecto –*constitucionalizado*– de la soberanía, y por lo tanto a la materialización del poder autocontrolado. Esta dimensión de ejercicio directo y absoluto de la soberanía forma parte del engranaje de la legitimidad política y, aunque no es necesaria su constancia textual, suele aparecer en las constituciones con fórmulas generales en lo que no puede entenderse democráticamente como una limitación jurídica del ejercicio directo de la soberanía. Ambas dimensiones de la soberanía aparecen claramente en el segundo párrafo del artículo 1 de la Constitución: “La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución”, y está presente en otros lugares en el texto constitucional.

Este primer artículo de la Constitución, analizado desde la perspectiva de la definición del Estado, determina la relación entre el principio de soberanía popular y la voluntad manifestada de la soberanía: la construcción del Estado constitucional. Su primer párrafo establece esta *definición-objetivo*: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna

lugar la elección de los constituyentes que debatirían desde la sede en Montecristi, Manabí. Según el estatuto electoral, la duración del foro constituyente debía ser de ciento ochenta días, prorrogables por un máximo de sesenta días. A pesar de que los “plenos poderes” a los que hacía referencia la pregunta pudiera haber legitimado a la Asamblea Constituyente para determinar otro periodo, lo cierto es que finalmente optó por terminar su labor dentro del plazo previsto. El 24 de julio de 2008, cuando se conmemoraba el natalicio de Simón Bolívar y un día antes de lo previsto, la asamblea aprobaba el proyecto de Constitución. En el referéndum constitucional de 28 de septiembre de 2008 participó más del 75% de los electores; ante la pregunta: “¿Aprueba usted el texto de la nueva Constitución Política de la República elaborado por la Asamblea Constituyente?”, el 63,93% de los votos fueron a favor de la Constitución, y el 28,10% en sentido negativo; los votos en blanco y nulos fueron el 7,98% (Consejo Nacional Electoral). De acuerdo con la disposición derogatoria del nuevo texto constitucional, quedaba abrogada la Constitución de 1998.

³ Artículo 1 de la Constitución de 2008. Nótese la diferencia con el artículo correspondiente de la Constitución ecuatoriana de 1998: “La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es la base de la autoridad, que ejerce a través de los órganos del poder público y de los medios democráticos previstos en esta Constitución”.

de manera descentralizada”. El concepto *Estado constitucional* no se puede concebir en la Constitución ecuatoriana en su cualidad exclusivamente formal o adjetiva –un Estado regido por una Constitución– sino principalmente en su dimensión material o sustantiva –un Estado regido por una Constitución propia del Estado constitucional– (Martínez Dalmau, 2008, p. 281).

La construcción material del Estado constitucional y, por lo tanto, su Constitución, responde a la superación del Estado Social y Democrático de Derecho con la solución de sus debilidades y la incorporación de nuevas soluciones en la relación entre legitimidad (desde el poder constituyente) y legalidad (del poder constituido). El constitucionalismo del Estado Social entra en su apogeo, después de una larga evolución, en la Europa posterior a la II Guerra Mundial, con la incorporación de los derechos sociales a los textos constitucionales, aunque en muchos casos con carácter exclusivamente nominal. El Estado constitucional, de la forma como se plantea en la Constitución ecuatoriana, desea ir más allá: busca el establecimiento de una relación directa, perdida desde el constitucionalismo liberal revolucionario, entre soberanía popular y Constitución; el último estadio de un texto normativo supremo, directamente vinculado a la voluntad constituyente. La decisión del pueblo ecuatoriano fue, sin duda, avanzar hacia ese nuevo estadio democrático que sólo es posible alcanzar con la versión más actualizada, sin perder su sustancia, del constitucionalismo democrático, pero, al mismo tiempo, creando un modelo propio que es crítico con las históricas adaptaciones del constitucionalismo “del norte” (Ávila, 2011, pp. 75-80).

El avance constitucional del proceso ecuatoriano ha seguido la estela constituyente iniciada en el continente latinoamericano durante las últimas décadas. En él se han dado antes que en otras latitudes las condiciones objetivas y subjetivas para activar procesos de cambio democráticos, y que han dado paso al denominado “nuevo constitucionalismo latinoamericano”, que puede definirse como la actuación soberana popular que, a partir de la década de los noventa del siglo XX, ha determinado en varias sociedades latinoamericanas el impulso de una iniciativa constituyente con el objetivo de avanzar hacia una Constitución democrática (Viciano & Martínez Dalmau, 2011, pp. 5 y ss.). Ha supuesto el empoderamiento de las clases populares y la creación de una conciencia colectiva sobre la necesidad de cambiar democráticamente la Constitución para avanzar hacia una sociedad más justa y equitativa.

En el nuevo constitucionalismo latinoamericano el cambio jurídico se ha generado a causa un cambio político previo. El poder constituyente originario, como afirma Nogueira (2009, p. 236), ha operado como un poder extrajurídico que no tiene como fundamento la Constitución que pretende reemplazar: es una institución de carácter *extra ordinem*, que se desenvuelve en un momento histórico determinado y, luego de concretar su obra, da paso a la nueva Constitución. Por lo tanto, no se trata de un concepto confinado a los expertos en Derecho. Tampoco es necesariamente exclusivo de gobiernos de *izquierda* –es dudoso que se pueda calificar así al gobierno liberal de Gaviria, en Colombia; y desde luego no lo era el de Zelaya, en Honduras, que fracasó frente a los poderes fácticos en su iniciativa constitu-

yente—, aunque la mayoría de los movimientos constituyentes han sido propuestos por éstos: es el caso de Chávez, en Venezuela; Morales, en Bolivia; y Correa, en Ecuador (Viciano & Martínez Dalmau, 2010, pp. 7-29). Las nuevas constituciones han producido una capacidad de cambio social incuestionable respecto a las situaciones anteriores: el cierre de las bases extranjeras en Ecuador, la creación de los consejos comunales en Venezuela, el avance en la protección de los derechos sociales en Colombia o la consagración del carácter plurinacional en Bolivia, con todas sus implicaciones, son ejemplos de la capacidad transformadora de las nuevas constituciones. Otros gobiernos de *izquierda*, como el brasileño o el nicaragüense, han obviado, por el momento, la posibilidad constituyente democrática.

Un denominador común a estos procesos ha sido la situación del constitucionalismo previo que, desde la desaparición de las Constituciones fundacionales, había reflejado debilidad, adaptación y retórica. Claro ejemplo de ello fue el uso indiscriminado de las Constituciones para justificar reelecciones y ampliaciones de mandatos y que, por lo demás, eran transgredidas permanentemente desde el consenso de élites o los golpes de Estado: el denominado *constitucionalismo criollo* (Martínez Dalmau, 2011, p. 846). A diferencia de éstas, las nuevas constituciones latinoamericanas son fruto de asambleas constituyentes comprometidas con procesos de regeneración social y política, y producen un nuevo paradigma de Constitución fuerte, original y vinculante.

Las condiciones objetivas hacen referencia a la presencia de un estado de crisis, de necesidad constituyente; las subjetivas, a la convicción social de que el cambio constitucional demo-

crático puede ser una vía expedita y exitosa de ruptura. Hay que tener en cuenta, como advierten Gargarella y Curtis (2009, pp. 10-11), que las constituciones nacen habitualmente en momentos de crisis, con el objeto de resolver algún drama político-social fundamental: en la Constitución no se encuentra la llave mágica, pero al mismo tiempo se considera que allí reside parte de lo más importante que se puede hacer, colectivamente, en pos de un cambio. Los mismos autores apuntan algunas posibles respuestas sobre los problemas-objetivo de las nuevas constituciones: “¿Tal vez el problema de la desigualdad, que viene afectando de modo decisivo el desarrollo constitucional de la región?”. Otro factor social a tener en cuenta ha sido la necesidad histórica de regeneración estatal e inclusión social, fruto del fracaso en la consolidación del Estado del bienestar (Viciano & Martínez Dalmau, 2005, p. 61).

La superación de la desigualdad y la búsqueda de elementos inclusivos de los grupos marginados han sido los pilares de la *necesidad* de un nuevo constitucionalismo. Una vez activada la fórmula democrática para el cambio social, los efectos no podían hacerse esperar. Ese nuevo constitucionalismo, afirma Santos (2007, pp. 34-35), empezó “cuando algunas constituciones del continente –como la de Colombia, donde este nuevo aspecto aparece muy fuerte– asumieron la confirmación constitucional de la plurinacionalidad, la pluriculturalidad, la pluriétnicidad y la interculturalidad”. Caracteres, el de la plurinacionalidad y la interculturalidad, que se reflejan en la Constitución ecuatoriana de 2008.

Ahora bien, ¿se han librado las nuevas constituciones del nominalismo, de la falta de

correlación entre realidad y realidad jurídica de la que adolecía el constitucionalismo criollo? Seguramente no, pero por razones diferentes a aquél. Las expectativas constituyentes sólo en parte se han traducido en procesos en el marco del poder constituido. Por un lado, los retos planteados por las nuevas Constituciones, principalmente los amplios catálogos de derechos, introducen objetivos maximalistas difíciles de cumplir, y pocas veces incorporan las garantías concretas o generales necesarias aunque se esfuerzan en ello, por ejemplo expresando de forma taxativa su normatividad y determinando sistemas concentrados de control de la constitucionalidad. Por otro lado, la tendencia del poder constituido, especialmente el Ejecutivo, a escapar de los mecanismos de control constitucionales y a apoyarse más en la legitimidad propia del apoyo electoral que la extraña de la voluntad constituyente expresada en la Constitución, junto con la tradición latinoamericana y algunas debilidades constitucionales, han tenido como resultado que muchos de los problemas que alimentaron el factor de *necesidad constituyente* se hayan mantenido. El problema de los personalismos políticos y, en particular, del *hiperpresidencialismo*, aunque no aparezcan ya sobre el papel, siguen siendo una realidad en los países del nuevo constitucionalismo. El liderazgo de la persona no ha podido ser sustituido por el liderazgo de la Constitución, tal y como parecía proponer la génesis de los procesos constituyentes.

Desde un análisis politológico, no cabe además olvidar que, como afirman Shifter & Joyce (2008, p. 66), elaborar una Constitución se ha convertido en la estrategia para satisfacer demandas y, al mismo tiempo, consolidar el

poder sobre las viejas élites. Por ello, “aunque esté diseñada para forjar un nuevo consenso nacional, una asamblea constituyente puede tener el efecto contrario y polarizar aún más una sociedad dividida. Aunque el proceso se desarrolle sin sobresaltos, hace perder de vista otras prioridades y tiene un impacto limitado sobre los principales puntos débiles, como la corrupción y la inseguridad”. Esta negación de la oposición a los procesos de cambio explicaría, en buena medida, los ensayos de recuperar el poder a través de intentos de golpe de Estado, tradicionales en la historia política latinoamericana (Venezuela, abril de 2002; Ecuador, septiembre de 2010. De forma más mitigada y aún por esclarecer, Bolivia, junio 2012; Colombia, julio 2012).

En el caso ecuatoriano, en particular, la diacrisis entre voluntad constituyente y ejercicio del poder constituido, y que ya contó con un antecedente alarmante durante el propio proceso constituyente con el fuerte papel (Machado, 2008, pp. 189-215) del Ejecutivo que posiblemente provocara la renuncia de Alberto Acosta, hasta entonces Presidente de la Asamblea Nacional Constituyente, se traduce en el mantenimiento de viejas prácticas partidistas, la asignación clientelar de recursos o espacios de poder, y el ancestral caudillismo político (Basabe-Serrano, 2009, pp. 381-405). La distancia entre la aplicación de la Constitución y su voluntad originaria se visualiza claramente en la oposición entre organizaciones indígenas y el presidente Rafael Correa a pesar, como sostiene León (2010), de las varias coincidencias políticas propias de aliados:

Las discrepancias parecen incrementarse por las diferencias de perspectiva, como

también por la postura política de algunos sectores indígenas que consideran indispensable la aprobación total del conjunto de sus propuestas. En tanto, la posición del Gobierno es completamente contrapuesta, como la relativa, por ejemplo, a la extracción de petróleo o la minería. La solución de estas discrepancias se vuelve aún más compleja al no disponer el Gobierno de una agenda indígena definida para el nuevo contexto y construir propuestas según las circunstancias (León, 2010, p. 21).

Sobre el terreno de la participación también se ciernen sombras que no cabe descuidar. Como afirma Gargarella (2011, p. 297),

la práctica inmediata que siguió a la aprobación de la Constitución reafirmó cada una de las sospechas señaladas. De manera nada sorprendente, fue el propio presidente de la República quien puso límites a la participación popular, desalentando la organización ciudadana que la Constitución alentaba, o directamente vetando las iniciativas legislativas destinadas a poner en marcha los institutos creados en los debates de Montecristi.

En definitiva, sin la conciencia desde el poder constituido del origen de su legitimidad en la voluntad constituyente y la necesidad de profundizar en los procesos constitucionales de cambio, el esfuerzo democrático podrá devenir en inútil o, lo que es peor, contraproducente.

No obstante, el hecho de que los procesos constitucionales continuaran su desarrollo en el marco de las nuevas Constituciones, y de que exista una fuerte conciencia de buena parte de la población de la posibilidad real de avanzar en el nuevo marco político-jurídico, está produciendo nuevas legitimidades de los grupos

opositores, que han pasado en buena medida de ser opositores *de la Constitución* a opositores *políticos* –y, por lo tanto, legítimos en el marco constitucional–. En el caso ecuatoriano, estas situaciones han dado paso a una recomposición de la relación entre las fuerzas políticas y los factores de poder (Ortiz, 2011, pp. 25-34), donde lo que está en juego finalmente no es una u otra opción política, sino la aplicación o no de la nueva Constitución, y no cabe olvidar las posiciones que defienden que la frecuencia e intensidad de la conflictividad indígena ha sido en gran medida una construcción mediática, donde se refleja la oposición de la prensa al gobierno (Sánchez Parga, 2012, p. 69).

2. La Constitución de 2008 en Ecuador: los fundamentos del cambio constituido

La aparición del nuevo constitucionalismo latinoamericano no sólo se ha traducido en la profundización de la *legitimidad constituyente* de los procedimientos democráticos con que se construyeron los recientes textos latinoamericanos, sino que también ha incidido en la forma y estructura de las nuevas Constituciones latinoamericanas que, sin romper con el concepto racional-normativo de Constitución –texto escrito, ordenado y articulado–, se adentran en algunas de las preocupaciones, e incluso algunas soluciones del constitucionalismo liberal revolucionario; en particular, el fortalecimiento de su dimensión política (Viciano & Martínez Dalmau, 2011, pp. 14 y ss.).

Las nuevas Constituciones, por su énfasis en el principio democrático, se enfrentan al muchas veces soslayado problema de la legitimidad de los poderes constituidos y su

relación con la soberanía del pueblo; es en este ámbito donde, sin duda, han innovado de la manera más amplia. En el campo del reforzamiento de la legitimidad, las nuevas Constituciones apuestan por las formas de control democrático sobre todos los poderes públicos, por mecanismos de democracia participativa, y por la marginación del poder constituyente derivado, es decir, la eliminación de la posibilidad de que el poder constituido modifique la Constitución. Este impedimento de que el poder constituido modifique el texto constitucional garantiza a la Constitución como la manifestación constante de la voluntad del poder constituyente, y no su transformación en la del poder constituido (Viciano & Martínez Dalmau, 2011, p. 19).

Respecto a este último aspecto, la Constitución ecuatoriana mantiene algunas sombras. Como puede observarse en la regulación de la enmienda constitucional en el texto ecuatoriano (artículo 441), el poder de reforma delegado en los órganos constituidos no ha quedado conjurado del todo, y una parte de la Constitución –aquella que no altere su estructura fundamental, o el carácter y elementos constitutivos del Estado, que no establezca restricciones a los derechos y garantías, o que no modifique el procedimiento de reforma de la Constitución– podrá ser modificada por el Parlamento, es decir, por el poder constituido. Se trata de un paso atrás respecto a los avances en el nuevo constitucionalismo latinoamericano.

La previsión es menos grave de lo que pudiera haber sido –y, en todo caso, una mejora sustancial respecto a la Constitución de 1998– porque, por una parte, sustrae del poder constituido la posibilidad de modificar aspectos

sustanciales del texto, y, por otra, incorpora la iniciativa popular tanto para la propuesta de enmiendas y reformas constitucionales, como para convocar al máximo exponente del cambio constitucional: la Asamblea Constituyente. Por otro lado, cualquier reforma por parte del poder constituido puede finalmente acabar bajo la decisión del constituyente en el caso en que éste proponga una consulta popular al respecto (Martínez Dalmau, 2008, pp. 287 y ss.). De hecho, la reforma constitucional de 2011 tuvo que ser sometida a la decisión del constituyente ecuatoriano, que fue finalmente quien decidió acerca de la propuesta de modificación de la Constitución y aprobó, con diferentes mayorías, las preguntas realizadas a iniciativa del presidente de la República (Freidenberg, 2012, pp. 139-141). Se trataba de cinco enmiendas a la Constitución y cinco preguntas sobre decisiones legislativas a nivel nacional o cantonal, y que habían pasado el filtro de la Corte Constitucional a través del Dictamen 001-DCP-CC-2011, de 15 de febrero. Las enmiendas constitucionales se referían a los plazos para la caducidad de la prisión preventiva (artículo 77.9, aprobada con el 50,46% de los votos, frente al 38,87%), las medidas sustitutivas a la privación de libertad (artículos 77.1 y 77.11, aprobada con el 48,27% frente al 40,84 %), la prohibición de que las empresas de comunicación o de medios de comunicación participen en compañías con actividades diferentes a las financieras o las comunicadoras (artículo 312 y disposición transitoria 29^a, aprobada con el 47,19% frente al 41,89%), la creación de un Consejo de la Judicatura de Transición para la reestructuración de la Función Judicial (artículo 20 del Régimen de Transición, aprobada con el 46,15% frente al 42,56%), y la reforma del

Consejo de la judicatura tal y como estaba incorporado en la Constitución (artículo 179, aprobada con el 46,67% frente al 41,96%).

El rediseño institucional es consustancial a la superación del viejo constitucionalismo, lo que se traduce, por ejemplo, en la limitación sobrevenida de los mandatos por voluntad expresa del pueblo –los denominados *referendos revocatorios*–, en la incorporación de elementos parlamentarios en las nuevas constituciones, o en la novedad en los parlamentos⁴. Y, por descontado, en la reasignación de funciones entre las ramas del poder público, que superan por fin su tradicional división tripartita para incorporarse en las necesidades de las sociedades sobre las que va a actuar el orden constitucional. De esta forma se relacionan los dos conceptos que explican esta redefinición de la estructura de poder de gobierno: la *posibilidad* del poder constituyente de decidir al respecto, y la *necesidad* de las sociedades que han activado su poder constituyente de superar la adaptación –en términos de Weyland (2011, p. 126) *importación constitucional*– que caracterizaba al constitucionalismo criollo por un nuevo constitucionalismo que sea útil en la ansiada y propia construcción del Estado constitucional.

La tarea propuesta por la Constitución ecuatoriana de 2008 en particular, y por las nuevas constituciones latinoamericanas en general, no es desde luego fácil, como no lo es ningún tipo de ingeniería constitucional de nuevo cuño cuando se enfrenta a su aplicación

⁴ En Venezuela (1999) y Ecuador (2008) el parlamento bicameral dio paso a un Legislativo de una sola cámara. En Bolivia (2007), la comisión correspondiente de la Asamblea Constituyente también lo decidió así, aunque finalmente la plenaria mantuvo la segunda cámara.

en el campo del ser. Algunos de estos elementos son inéditos, y deberán probar en la arena de la realidad su utilidad⁵. En el caso de que no funcionen, o de que se agote su utilidad, este *constitucionalismo de transición*, que está necesariamente expuesto a la posibilidad de no contar con todo el éxito esperado, prevé la evolución hacia nuevas fórmulas, siempre que así lo decida el pueblo. Es una de las justificaciones de la mencionada primera reforma constitucional ecuatoriana, de 2011, cuando la Constitución *de los cien años* sólo contaba con treinta meses de vigencia. Santos (2007, p. 39 y ss.) define este constitucionalismo de transición como *constitucionalismo experimental*, por cuanto no es posible resolver todas estas cuestiones en una Constitución, y algunas van a tener que quedar abiertas, probablemente para otra Constituyente.

La razón estriba en que determinadas cuestiones que podrían considerarse menos convenientes también se incorporaron al texto. Algunos debates, por ejemplo, no quisieron o no pudieron llevarse a sus últimas consecuencias durante el proceso constituyente. Se trata, por citar algunos aspectos, del desarrollo del concepto del Estado plurinacional que, aunque alegado por la doctrina –como es el caso de Llasag (2008, p. 314)– y mencionado en el primer artículo de la Constitución, no se traduce realmente en el resto del texto

⁵ Como, de hecho, se comprobó en 2004 con la celebración del primer referendo revocatorio de un Jefe de Estado en un marco democrático y un orden constitucional. Como ejemplo, otro elemento innovador importante es la elección directa por sufragio universal de los miembros del Tribunal Constitucional Plurinacional que prevé la Constitución boliviana en sus artículos 196 y ss., y que dio lugar a la primera elección de jueces constitucionales en octubre de 2011.

constitucional, y no se establece un cambio trascendental en la institucionalidad y el reconocimiento de derechos colectivos, lo que sin duda produce un alejamiento entre la realidad de la Constitución y las expectativas generadas en los movimientos indígenas; de la falta de una verdadera *ciudadanía universal*, planteada por los constituyentes en un principio pero abandonada en el transcurso de los debates; o del carácter progresivo del desarrollo de determinados derechos. Con todo, sobre lo que no existe ninguna duda es que, independientemente de las críticas desde diversas ópticas que pueden realizarse, es el poder constituyente el que decide finalmente cuál es su voluntad y la expresa, con toda su legitimidad, en el texto constitucional.

La Constitución está impregnada de la necesidad de *servicio* del poder público, comenzando por la propia nomenclatura constitucional, que comienza simbólicamente por decisiones como la denominación *Régimen de desarrollo* a la otrora llamada constitución económica, o la incorporación gramatical del lenguaje de género⁶, hasta cuestiones que penetran con profundidad en la institucionalidad del Estado y su papel en la economía y en la sociedad, y que se resumen en el conjunto de sistemas que desarrollan los derechos sociales, y que el texto denomina *Régimen del buen vivir* en su Título VII. En este sentido, el concepto propio de la cosmovisión indígena andina, el *sumak kawsay* (*buen vivir*), que ya se mencionaba en

el artículo 8.I del en aquel momento proyecto de Constitución de Bolivia –vivir bien o *suma qamaña*–, es la piedra angular de la acción del poder público, así como de buena parte de la actividad privada.

Tanto la *posibilidad* como la *necesidad* de introducir un nuevo diseño de gobierno incidieron en el debate de la Asamblea Constituyente ecuatoriana, que finalmente propuso seis funciones *constituidas* en el texto constitucional. Además de las tres ramas clásicas del Estado, que se mantienen en la distribución constitucional, el texto recoge a la Función de Transparencia y Control Social y a la Función Electoral en el Título IV –Participación y Organización del Poder–, y a la Corte Constitucional en el Título IX –Supremacía de la Constitución–, que se manifiesta tácitamente como una función más del Estado. De esta manera, como afirma Noguera (2008:151), la Constitución ecuatoriana de 2008 rompe –como, por otra parte, lo habían hecho nuevas constituciones latinoamericanas anteriores– la estructura tradicional del Estado liberal basada en la tripartición de poderes, continuando, por otro lado, el planteamiento hacia la originalidad y la utilidad de las instituciones manifestadas en las nuevas constituciones latinoamericanas⁷.

Respecto al nuevo diseño institucional, cabe destacar la incorporación de la Función de Transparencia y Control Social; un *nuevo poder* cuya existencia fue debatida también en asambleas constituyentes anteriores, pero

⁶ Denominación de los sujetos y de sus determinantes en masculino y femenino, que cuenta como precedentes la Constitución venezolana de 1999 y el proyecto de Constitución de Bolivia. En el caso ecuatoriano, para no obstaculizar en demasía la lectura, se optó por determinar los atributos sólo en masculino.

⁷ Ni la Constitución colombiana de 1991 ni la ecuatoriana de 1998 superaron la división tripartita; la primera fue la venezolana de 1999 que, a las tres funciones clásicas, añadió el Poder Electoral y el Poder Ciudadano.

que finalmente vio la luz de forma explícita en la Constitución ecuatoriana de 2008⁸. Esta Función está compuesta (artículos 207-210) por diferentes instituciones: la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General del Estado, las superintendencias, y un nuevo órgano que aparece con fuerza en el nuevo constitucionalismo latinoamericano: el *Consejo de Participación Ciudadana y Control Social*, que cuenta entre sus atribuciones la designación de varias de las principales autoridades del Estado, entre ellos el Procurador General, el Defensor del Pueblo, el Contralor General, o los miembros del Consejo Nacional Electoral, del Tribunal Contencioso Electoral, y del Consejo de la Magistratura. Cabe recordar que el nuevo diseño constitucional está en correspondencia con las necesidades que promovieron el proceso constituyente ecuatoriano, y respecto a las cuales el poder constituyente incorporó decisiones en el texto constitucional. El artículo 204 de la Constitución, que da comienzo al capítulo sobre esta Función, no puede ser más taxativo: “El pueblo es el mandante y primer fiscalizador del poder público, en ejercicio de su derecho a la participación”. Se trata de una Función destinada a promover el control democrático del sector público y del sector privado relacionado con aquél, y de fomentar la participación de la población. En términos de Noguera (2008, p. 136), esta Función “manifiesta la clara voluntad del constituyente de crear un nuevo modelo alternativo al democrático-liberal clásico de

organización política del Estado”. Es, por lo tanto, una respuesta al constante problema de la legitimidad del poder, y de la relación entre pueblo y gobierno⁹.

La construcción constitucional de la Función de Transparencia y Control Social no ha estado exenta de críticas desde una posición maximalista de la democracia representativa. Para Basabe-Serrano (2009, p. 388), la estructura de participación prevista en la Constitución es inconveniente por varias razones: en lo político, se propone una *sui generis* visión de democracia que coloca en el mismo nivel de participación tanto a las personas que han sido elegidas mediante sufragio universal como a aquellas que intervienen por voluntad propia o dependen del Ejecutivo. El hecho de que en todos los niveles de gobierno se conformen instancias de participación en las que intervendrán no sólo las autoridades electas sino también representantes del régimen dependiente y de la sociedad es otra muestra. Finalmente, los llamados consejos ciudadanos serían instancias paralelas a las entidades representativas, lo que significa establecer un tutelaje sobre la voluntad popular. En conclusión, el nuevo diseño constitucional conduciría a erosionar la voluntad ciudadana, sometiéndola a las decisiones de pequeños grupos. Desde otro punto de vista, Gargarella (2011, p. 296) hace énfasis en la crítica a esta Función “por contener o directamente diluir, antes que asegurar y promover, la participación

⁸ Entre las nuevas constituciones latinoamericanas, la única que se refiere al término *poderes* es la venezolana. La Constitución colombiana se refiere a “ramas del poder público”, mientras que la boliviana de 2009 diferencia entre órganos y funciones del Estado (art. 12).

⁹ Durante el proceso constituyente boliviano, finalmente se retiró la idea de crear una nueva función estatal, y a cambio se incorporó en la Constitución un Título denominado “Participación y Control Social” (arts. 241 y 242, Constitución de Bolivia de 2009).

ciudadana, que queda encorsetada en una serie de burocráticos mecanismos estatales”.

Con todo, lo cierto es que, con independencia de que la realidad pondrá a prueba el acierto o no de la decisión del constituyente y de que siempre existirá la posibilidad de que éste modifique el texto constitucional, muchas de estas críticas carecen en estos momentos de fundamento: no sólo plantean conjeturas, sino que, principalmente, no tienen en cuenta que la Constitución deja abierta la forma de elección de este Consejo, que bien puede realizarse a través de un procedimiento electoral dotado de plena legitimidad democrática, por cuanto el artículo 207 de la Constitución ecuatoriana no sólo determina que la selección de sus integrantes debe tener lugar de entre los postulantes que propongan las organizaciones sociales y la ciudadanía, sino que la organización del proceso para su selección, que debe contar con un concurso público de oposición y méritos, debe corresponder al Consejo Nacional Electoral. Hasta el momento, las funciones del Consejo se han especializado en combatir uno de los principales detonantes del proceso constituyente: la corrupción. El contexto político, no obstante, no facilita esta labor, como tampoco la de la aplicación de los avances en la reforma de la Justicia que propuso la Constitución, y que se han visto disueltos en buena parte en el desarrollo postconstituyente (PADH, 2012, pp. 38-40).

Otra crítica que parece difícil de sostener es aquella que quiere entender que el nuevo texto constitucional aumenta el poder del presidente en detrimento de otras funciones del Estado. Así, para Verdesoto (2009, p. 206), la viabilidad de la propuesta constitucional consiste en la centralización política (hiperpresidencialismo),

económica (planificación protagónica) y territorial (redefinición de competencias subnacionales); y, en el engrosamiento de la base material del Estado (captación de excedente). En un sentido similar, Basabe-Serrano (2009, pp. 389-390), afirma que la nueva Constitución intensifica la tendencia a fortalecer el poder del presidente a expensas del Legislativo y de la oposición, para lo cual el Ejecutivo tiene la capacidad de iniciar legislación urgente en materia económica (art. 142), vetar iniciativas de ley e incluso proponer un texto alterno que sólo podría ser modificado con el voto de una mayoría legislativa calificada (2/3 de los votos, art. 140), además de otras funciones presupuestarias. En el marco de la confrontación política, la oposición ha auspiciado la idea de que la Constitución de 2009 habría eliminado la Función Legislativa, y habría puesto bajo la orden del presidente a los órganos estatales (Hurtado, 2012).

Con independencia de que el análisis exhaustivo debería realizarse en otra sede, cabe avanzar que este planteamiento *hiperpresidencialista* deja de lado tres circunstancias que necesariamente deben tenerse en cuenta en un análisis ecuánime del texto constitucional: en primer lugar, que muchas de las funciones del Presidente a las que se alude forman parte del elenco de funciones comunes a los Ejecutivos en los diferentes sistemas comparados, y al mismo desempeño del gobierno, lo cual de por sí se refiere a la naturaleza de los poderes de ejecución, como una serie de características comunes en los diferentes sistemas constitucionales democráticos; en segundo lugar, que la Constitución ecuatoriana incorpora elementos de control, sobre todas las funciones en general y sobre el Ejecutivo en particular que, como ya

se ha hecho referencia, no estaban presentes a ese nivel en el texto anterior –v. gr., el referendo revocatorio al presidente de la República, que hace las veces de *moción de censura* en los sistemas parlamentarios–, cuya función es fortalecer la legitimidad democrática desde el propio poder constituido; y, en tercer lugar, que la creación de la Función de Transparencia y Control Social, y en concreto su objeto al designar varias de las autoridades estatales –algunas de las cuales en sistemas comparados forman parte del elenco de decisiones del Presidente de la República–, controlar la actividad del Estado y promover la participación, está trazada con el objetivo de establecer una mayor base de legitimidad social en la toma de decisiones públicas y mantener presente una supervisión ciudadana permanente sobre toda actividad de gobierno. Adicionalmente, la Constitución prevé una solución a problemas graves de falta de gobernabilidad a través de la conocida como *muerte cruzada*: la posibilidad del Parlamento de hacer caer al Ejecutivo y convocando elecciones para las dos instituciones; aunque, como señala Gargarella (2011, p. 296) la *muerte cruzada* puede darse una vez, es en extremo dramática; requiere de un altísimo porcentaje de votos (dos tercios de los asambleístas); e involucra la “muerte” en el cargo de sus propios promotores. Con todo, la tesis de la Constitución *hiperpresidencialista* no parece contar *de iure* con argumentos sólidos a su favor.

A todo ello hay que sumar una novedad en la Constitución de primera relevancia, a la que ya se ha hecho referencia: el cambio de un sistema de control difuso a un sistema de control concentrado de la constitucionalidad. A diferencia de la Constitución de 1998, que

en su artículo 274 habilitaba a cualquier juez a declarar inaplicable, por decisión propia, una norma que considerara contraria a la Constitución, el artículo 428 de la nueva Constitución introduce un cambio sustancial ante un suceso de estas características: el juez deberá remitir la norma sobre la cual existan dudas acerca de su constitucionalidad a la Corte Constitucional, que deberá resolver al respecto en un plazo máximo de cuarenta y cinco días. Ávila (2011, p. 65) afirma que se trata de un modelo mixto, por cuanto

“solo se suspenderá la tramitación de una causa cuando el juez o jueza tenga una duda razonable sobre la constitucionalidad de una norma, lo que quiere decir que cuando un juez o jueza, en la tramitación de un juicio, encuentre una norma que sea evidentemente inconstitucional, debe aplicar directamente la Constitución”.

Pero ese es justamente el mecanismo de los sistemas concentrados: el juez, que por lo general aplica la Constitución, no puede dejar de aplicar por su cuenta la norma que considere inconstitucional: la declaración de inconstitucionalidad es una función única de la Corte Constitucional. Se trata, a todas luces, de una de las innovaciones de primera magnitud introducidas por el constituyente, con el propósito de fortalecer la justicia constitucional por medio del control concentrado de la constitucionalidad (Martínez Dalmau, 2008, pp. 284). El hecho de que el Tribunal Constitucional decida en última instancia sobre la interpretación del texto es, en relación con la distribución de funciones en el Estado, una garantía de la constitucionalización del ordenamiento jurídico y, en definitiva, la pretensión de la Constitución de convertirse

en un texto hegemónico y superior al ejercicio del gobierno por parte del poder constituido. Se trata, por lo tanto, de un límite explícito al poder constituido, entre ellos el presidente, a favor de la constitucionalidad de sus actos.

A su vez, es importante remarcar la incorporación de elementos de legitimidad democrática de la Corte Constitucional, así como la definición de los principales criterios de interpretación de la Constitución (Martínez Dalmau, 2008, p. 286). La legitimidad de origen encuentra en la nueva Constitución su anclaje con el principio democrático a través de la elección de los magistrados por fórmulas democráticas indirectas, con la participación de las funciones Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social. La búsqueda de mecanismos de control de su actuación no se determina solo por las diferentes responsabilidades previstas en la Constitución –artículo 431–, sino en los criterios de interpretación que debe aplicar la Corte Constitucional en el ejercicio de sus funciones. De esta manera, el artículo 427, siguiendo algunos precedentes comparados¹⁰, introduce un elemento de control de la actividad interpretativa vinculante:

“Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los

principios generales de la interpretación constitucional”.

No se trata de un *numerus clausus* de criterios interpretativos, pero sí de determinadas guías de aplicación destinadas a que la interpretación constitucional no pueda desvirtuar los avances introducidos en el texto de la Constitución, como ha ocurrido en el pasado en diferentes contextos históricos.

El esfuerzo normativo de la Constitución, por último, se plantea con una fuerza inusual en la facultad que le otorga a la Corte Constitucional de actuar en caso de actividad inconstitucional del Estado, incluso normando o ejecutando el acto omitido. Así, el artículo 436.10 de la Constitución ecuatoriana, cuando determina que corresponde a la Corte Constitucional

“declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o las autoridades públicas que, por omisión, inobserven en forma total o parcial los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado como razonable por la Corte Constitucional. Si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley”.

Esta función, cuando ha sido planteada en los diferentes sistemas comparados, no ha quedado exenta de críticas, por cuanto muestra una faceta amplísima del poder de interpretación constitucional. Para Sagüés (2009, p. 74), por ejemplo, en la receta ecuatoriana prevalece la intención de afirmar la fuerza normativa de la Constitución cuando la inacción del legislador, que puede ser cualquier autoridad que debe pronunciar una norma, paraliza su eficacia.

¹⁰ El último caso es el de la Constitución boliviana de 2009, cuyo artículo 196.II determina los criterios de interpretación: “con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto”. No obstante, la primera Constitución en incorporar criterios de interpretación de esta índole fue la ecuatoriana de 2008.

Esa suerte de anestesia inconstitucional de la Constitución, por la renuencia del legislador moroso, es salvada así, de modo subsidiario y provisional, por la Corte Constitucional (...). Esta posibilidad supone la hipotética violación al principio de división de poderes, dado que la Corte Constitucional estaría cumpliendo aquí funciones nomogenéticas encargadas por la Constitución, inicialmente, a otros órganos, aunque el propio autor reconoce que no es una violación de la Constitución, puesto que es ella la que prevé tal posibilidad.

Además de que se trataría en todo caso de una transgresión conceptual y no normativa, el propio texto constitucional incorpora como condición el hecho de que *exista y persista* la omisión; esto es, de que, si no se produce la actuación de la Corte Constitucional, la Constitución quedará vulnerada por una actuación ilegítima de un órgano del Estado. Y, en efecto, el constituyente benefició a la normatividad constitucional en estos supuestos, y prefirió una violación *conceptual* del principio de división de poderes a una vulnerabilidad de la Constitución en su aplicación, puesto que nunca sería justificable un cuestionamiento de la Constitución como la norma suprema del ordenamiento jurídico. Lo que, desde luego, como demuestra Grijalva (2008, p. 261), no convierte al máximo órgano de interpretación constitucional en un *superpoder*, tanto por la legitimidad que le confiere la Constitución como por los mecanismos de control que ésta incorpora: hay factores jurídicos y políticos que limitan a la Corte, como la enunciación explícita de sus atribuciones, o la necesidad de consistencia de la propia jurisprudencia constitucional, etc.

Finalmente, cabe recordar que la innovación constitucional cuenta como consecuencia

inmediata el cambio en la cúspide del ordenamiento jurídico, propio del carácter superior y normativo de la norma fundamental. Su expreso anclaje se encuentra en la Disposición derogatoria de la Constitución, por la cual no sólo se abroga la Constitución de 1998, sino que también queda sin efecto toda la normativa preconstitucional inconstitucional, y “el resto del ordenamiento jurídico permanecerá vigente en cuanto no sea contrario a la Constitución”. Asimismo, se dan previsiones constitucionales sobre una serie de necesidades de innovación y adecuación legislativa, convenientes no tanto por el incuestionable carácter normativo y la aplicación directa de la Constitución del Estado constitucional, sino por la utilidad de una legislación específica que, en todo caso, cumpla con las necesidades de desarrollo normativo y aplicación de la Constitución. Esta previsión se refleja en particular en la Disposición transitoria primera de la Constitución, que incorpora un plazo máximo general de desarrollo constitucional –el primer mandato de la Asamblea Nacional–, junto con previsiones particulares de determinadas leyes. Entre éstas, con prioridad, la ley electoral, cuya aprobación debía tener lugar dentro del término máximo de ciento veinte días desde la entrada en vigor de la Constitución. La voluntad del constituyente, lógicamente, era complementar el Régimen de Transición con normas electorales específicas, lo que finalmente no tuvo lugar por cuanto el legislador realizó una interpretación diferente, e incorporó una Disposición final en la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas, *Código de la Democracia*, de 9 de abril de 2009, que aplazaba su entrada en vigencia, “no obstante su promulgación en el

Registro Oficial”, al momento posterior a la proclamación de los resultados oficiales de las elecciones generales previstas en el Régimen de Transición.

3. Innovación constitucional en Ecuador: el Buen Vivir para la realización de una democracia emancipada

Por último, es importante referirse a la fundamentación constitucional de la acción del gobierno en el objetivo filosófico-jurídico de alcanzar el *buen vivir* de la población.

El esquema del *buen vivir*, planteado como pilar axiológico y marco de derechos y obligaciones en una sociedad donde el proceso vital del ser humano cobra sentido integral tanto en su construcción como persona como en su contribución con el mundo, es seguramente una de las incorporaciones más relevantes del nuevo constitucionalismo latinoamericano. El concepto en sí no es único, pues existe una sincronización entre el *sumak kawsay* ecuatoriano y *suma qamaña* boliviano. Una Constitución que, si bien fue aprobada por los bolivianos algunos meses después del referéndum constitucional ecuatoriano, fue ampliamente conocida por los constituyentes ecuatorianos en su formato de proyecto de Constitución aprobada en grande por la Asamblea Constituyente boliviana¹¹. Además,

las bases doctrinales del avance fueron muy cercanas en uno y otro caso (Acosta, 2008a, pp. 207 y ss.).

El esquema del *buen vivir* en el caso ecuatoriano, por cuanto es un concepto integral de la persona *en* la naturaleza, sólo puede ser entendido en el contexto de la superación del planteamiento individualista, incluso social, en lo que Gudynas (2009, pp. 34-46) ha denominado *giro biocéntrico*, que cuenta con su columna vertebral en la mayor innovación constitucional del texto ecuatoriano: el reconocimiento de los derechos de la naturaleza. Como afirma este autor, cuando se afirma que la naturaleza posee derechos que le son propios, y que son independientes de las valoraciones humanas, se supera el planteamiento clásico, generalmente incorporado en los llamados *derechos de tercera generación*. La naturaleza pasa de ser *objeto* de derechos asignados por los humanos, a ser ella misma *sujeto* de derechos, y, por lo tanto, se admite que posee valores intrínsecos; por lo tanto, ya no puede ser concebida únicamente en función de su utilidad para el ser humano, como conjunto de bienes y servicios que pueden tener un valor de uso o de cambio, ni ser tratada como una extensión de los derechos de propiedad o posesiones humanas, individuales o colectivas. Se trata, en definitiva, de un reto a la teoría general de la personalidad en el disfrute de los derechos subjetivos, que, por la novedad del concepto, por sus limitaciones intrínsecas –principalmente, la imposibilidad de la naturaleza de accionar sus derechos– y por los intentos constitucionales de encontrar

¹¹ Cabe recordar que, entre la aprobación del proyecto de Constitución boliviana por parte de la Asamblea Constituyente, en diciembre de 2007, y el referéndum de aprobación, en enero de 2009, transcurrieron trece meses, durante los cuales el principal suceso fue la *negociación* del texto constitucional boliviano en los denominados *acuerdos de octubre*. Durante este periodo tuvo lugar el principal trabajo en comisiones y el

debate en la asamblea constituyente ecuatoriana, donde se difundió ampliamente el proyecto de Constitución boliviana (Martínez Dalmau, 2009).

soluciones a estas limitaciones, requerirán de un particular esfuerzo teórico y práctico que haga viable la previsión constitucional.

Las implicaciones del *buen vivir* –y, con ello, de la completa carta de derechos determinados en el texto constitucional– como objetivo del gobierno son, por lo tanto, sumamente relevantes, y condicionan la actividad de los poderes públicos: se plantea como un fundamento de la acción de gobierno porque es, en primer lugar, la decisión del poder constituyente sobre cuál es el proyecto de sociedad inmanente a la Constitución. La asamblea constituyente propuso un amplio debate al respecto tanto en el marco de sus comisiones como durante el plenario. Junto con algunas aportaciones doctrinales, la arquitectura axiológica del *buen vivir* como eje central de determinación tanto de los derechos sociales como de la Constitución económica fue una construcción consensuada en el ámbito de discusión constituyente, y uno de los pilares de la construcción de los derechos y deberes sociales.

El *buen vivir* es, por esta razón, no sólo un objetivo de los poderes públicos, sino un *límite* al ejercicio de gobierno que, en caso de actuar en contra de la previsión constitucional, estaría vulnerando la Constitución, y activaría todos los mecanismos constitucionales previstos para paliar esta situación. En este sentido, el *buen vivir*, como afirma Acosta (2008b, p. 43), se conforma como “una filosofía de vida abre la puerta para construir un proyecto liberador y tolerante, sin perjuicios ni dogmas. Un proyecto que, al haber sumado muchas historias de luchas de resistencia y de propuestas de cambio, se posiciona como punto de partida para construir una sociedad sustentable en todos los ámbitos”. El gran reto que tienen

delante suyo los ecuatorianos es construir las condiciones para una real aplicación del *buen vivir*, lo que puede colidir tanto con el empleo de políticas extractivistas, agotadoras de recursos naturales y contaminantes, como con el propio carácter diacrónico del proceso político (Varela, 2010, p. 145). En definitiva, el problema constitucional en Ecuador no es, una vez más, la voluntad constituyente, que está diáfananamente señalada, sino la determinación de políticas desde los gobiernos surgidos una vez ha entrado en vigor la Constitución.

Conclusiones

La Constitución ecuatoriana de 2009 forma parte de las nuevas Constituciones latinoamericanas de origen democrático, fruto de un proceso constituyente que trajo como consecuencia la modificación de la norma suprema del ordenamiento jurídico. Forma parte del impulso de regeneración democrática que han supuesto los procesos constituyentes latinoamericanos, a partir de 1991, y que se ha denominado doctrinalmente *nuevo constitucionalismo latinoamericano*.

El proceso constituyente ecuatoriano por un lado, formó parte de esta serie de procesos constituyentes, contruidos sobre la base de la activación de la soberanía popular y el carácter originario del poder del pueblo; *transitó* dentro del nuevo constitucionalismo, desde la Constitución de 1998, hacia un modelo mejorado de texto que sirva a los intereses y a los objetivos del pueblo ecuatoriano; y expresó su voluntad de forma plena en un nuevo texto constitucional, cuya legitimidad se encuentra en esencia en ser producto del poder constituyente, pero también en la capacidad de transformación jurídica que inicia.

La Constitución ecuatoriana crea una estructura constituida que va más allá de una amplia carta de derechos y una organización del poder. Incide en la democratización del poder constituido fundada en la participación ciudadana; la creación de la Función de Transparencia y Control Social expresa de la mejor manera posible esta necesidad utilizar el poder constituyente, y la Constitución democrática, como mecanismo regenerador del poder constituido. El texto constitucional, además, establece una serie de objetivos comunes para la sociedad articulados en torno a la incorporación de un sistema axiológico-constitucional (*sumak kawsay*, derechos de la naturaleza...) que da vida propia al mandato constitucional, y crea una institucionalidad novedosa destinada a consolidar un mejor gobierno y una aplicación directa de las normas constitucionales.

Muchas de las críticas que se han vertido sobre las nuevas Constituciones en general, y sobre la ecuatoriana en particular –violación del principio de poderes, hiperpresidencialismo, obediencia a un programa político partidista, entre otras– no tienen suficientemente en cuenta la necesidad contenida en los textos constitucionales de aumentar la legitimidad democrática de las decisiones públicas, pero en el marco constitucional: esto es, dentro de un entramado limitado de poderes y con un objetivo político determinado democráticamente por cada pueblo, en uso de la soberanía. Como ejemplo, el hecho de que se limite o desaparezca la capacidad del poder constituido de modificar la Constitución.

Todo ello sin soslayar el verdadero reto que tiene ante sí el nuevo sistema constitucional ecuatoriano: la aplicación de una Constitución

compleja, exhaustiva, generadora de dinámicas hasta el momento desconocidas, que puede por todo ello disgustar a una parte del poder constituido y confundir a la institucionalidad. Las pretensiones maximalistas de la Constitución, necesarias a la hora de dar respuesta a las motivaciones que fundaron el proceso constituyente, requieren de un contexto para su aplicación donde se involucran factores más allá de los jurídicos, difíciles de conjugar en la realidad ecuatoriana. En definitiva, se trata de una Constitución cuya aplicación está minada por una realidad con obstáculos y dificultades, que, si bien es cierto que dio origen al proceso constituyente, también lo es que incorpora los máximos riesgos para el fracaso, y la decepción que supondría, de lo que en estos momentos es ya un proceso de desarrollo constitucional. Por esa razón, lo que en un principio fue un desafío importante, el proceso constituyente, ha cobrado aún más dificultad en el marco del poder constituido y del desarrollo constitucional.

Referencias

Acosta, A. (2008^a). *Bitácora constituyente. ¡Todo para la patria, nada para nosotros!* Quito: Abya Yala.

Acosta, A. (2008b). El Buen Vivir, una oportunidad por construir. *Ecuador Debate* 75 (diciembre): pp. 33-47.

Ávila Santamaría, R. (2011). *El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el Derecho en la Constitución de 2008*. Quito: Abya Yala; UASB; Fundación Rosa Luxemburg.

Ávila Santamaría, R., Grijalva Jiménez, A., & Martínez Dalmau, R. (eds.) (2008). *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana*

del 2008 en perspectiva. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; Tribunal Constitucional.

Basabe-Serrano, S. (2009). Ecuador: reforma constitucional, nuevos actores políticos y viejas prácticas partidistas. *Revista de Ciencia Política* vol. 29, n°2, pp. 381-406.

Echeverría, J. & Montúfar, C. (eds.). (2008). *Plenos poderes y transformación constitucional*. Quito: Abya-Yala.

Freidenberg, F. (2012). Ecuador 2011: Revolución ciudadana, estabilidad presidencial y personalismo político. *Revista de Ciencia Política* vol. 32, n°1, pp. 129-150.

Gargarella, R. (2011). El constitucionalismo latinoamericano y la sala de máquinas de la Constitución (1980-2010). *Gaceta Constitucional* 4, pp. 89-306.

Gargarella, R. & Courtis, C. (2009). *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*. Santiago de Chile: Naciones Unidas.

Grijalva Jiménez, A. (2008). Perspectivas y desafíos de la Corte Constitucional. En: ÁVILA Santamaría, R., Grijalva Jiménez, A. & Martínez Dalmau, R. (eds.) (2008). *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; Tribunal Constitucional.

Gudynas, E. (2009). La ecología política del giro biocéntrico en la nueva Constitución de Ecuador. *Revista de Estudios Sociales* 32 (enero-abril), pp. 34-46.

Hurtado, O. (2012). *Dictaduras del siglo XXI. El caso ecuatoriano*. Quito: Paradiso.

Larrea, G. (2010). *Revolución ciudadana. Planeta, Quito, 2009; desde la perspectiva de la sociología política*. Quito: Planeta.

León Trujillo, J. (2010). Las organizaciones indígenas y el gobierno de Rafael Correa. *Íconos. Revista de Ciencias Sociales* 137, pp. 13-23.

Llasag Fernández, R. (2008). Plurinacionalidad: una propuesta constitucional emancipadora. En: Ávila Santamaría, R. (ed.), *Neoconstitucionalismo y sociedad*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

López A. & Cubillos Celis, P. (2009). Análisis del Referéndum constitucional 2008 en Ecuador. *Íconos. Revista de Ciencias Sociales* 33, pp. 13-20.

Machado Puertas, J.C. (2008). Ecuador... Hasta que se fueron todos. *Revista de Ciencia Política* vol. 28, n° 1, pp. 189-215.

Martínez Dalmau, R. (2008). Supremacía de la Constitución, control de la constitucionalidad y reforma constitucional. En: Ávila Santamaría, R., Grijalva Jiménez, A. & Martínez Dalmau, R. (eds.) (2008). *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; Tribunal Constitucional.

Martínez Dalmau, R. (2009). Heterodoxia y dificultades en el proceso constituyente boliviano (2006-2009). En: Ortiz Jiménez, W. & Oviedo Arévalo, R. *Refundación del Estado nacional, procesos constituyentes y populares en América Latina*. Medellín: Universidad Nacional de Colombia, Sede Medellín.

Martínez Dalmau, R. (2010^a). El nuevo diseño constitucional ecuatoriano. *Ágora Política* 2 (junio), pp. 19-33.

Martínez Dalmau, R. (2011). El constitucionalismo fundacional en América Latina y su evolución: entre el constitucionalismo criollo y el nuevo constitucionalismo. En: García

Trobat, P. & Sánchez Ferriz, R. *El legado de las Cortes de Cádiz*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Martínez Dalmau, R. (2012). El ejercicio del poder constituyente en el nuevo constitucionalismo. *Revista General de Derecho Público Comparado* n° 11, pp. 1-15.

Nogueira Alcalá, H. (2009). Consideraciones sobre poder constituyente y reforma de la constitución en la teoría y la práctica constitucional. *Ius et Praxis* año 15, n°1, pp. 229-262.

Noguera Fernández, A. (2008). Participación, Función Electoral y Función y Transparencia Social. En: Ávila Santamaría, R., Grijalva Jiménez, A. & Martínez Dalmau, R. (eds.) (2008). *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; Tribunal Constitucional.

Ortiz, S. 2011 “30-S: la vulnerabilidad del liderazgo de la Revolución Ciudadana y de la institucionalidad en Ecuador”. *Íconos. Revista de Ciencias Sociales* 39:25-34.

Padh (2012). *Informe sobre los derechos humanos. Ecuador 2011*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Programa Andino de Derechos Humanos.

Sagüés, N.P. (2009). Novedades sobre inconstitucionalidad por omisión: la Corte Constitucional de Ecuador como legislador suplente y precario. *Estudios Constitucionales* año 7, n°2, pp. 71-79.

Salazar Ugarte, P. (2006). *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*. México: Fondo de Cultura Económica.

Sánchez, F. (2008). *¿Democracia no lograda o democracia malograda? Un análisis del*

sistema político del Ecuador: 1979-2002. Quito: FLACSO Sede Ecuador.

Sánchez Parga, J. (2012), Conflicto indígena, oposición política y su construcción mediática: Ecuador 2009-2011. *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Políticas y Humanidades*, año 14, 28, pp. 41-70.

Santos, B. S. (2007). La reinención del Estado y el Estado plurinacional. *OSAL*, año VIII, 22, pp. 25-46.

Shifter, M. & Joyce, D. (2008). Bolivia, Ecuador y Venezuela, la refundación andina. *Política Exterior* 123, pp. 55-66.

Varela, M. (2010). El extractivismo en el Ecuador. *Ecuador Debate* 79, pp. 127-149.

Verdesoto Custode, L. (2009). Instituciones e intenciones de un diseño cuestionado. *Umbrales* n°19, pp. 199-228.

Viciano P. R. & Martínez Dalmau, R. (2005). El proceso constituyente venezolano en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Àgora-Revista de Ciencias Sociales* 13, pp. 55-68.

Viciano P. R. & Martínez Dalmau, R. (2010). Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional. *Ius. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 25 (verano): pp. 7-29.

Viciano P. R. & Martínez Dalmau, R. (2011). El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal. *Revista General de Derecho Público Comparado* 9, pp. 1-24.

Weyland, K. (2011). Cambio institucional en América Latina: modelos externos y consecuencias no previstas. *América Latina Hoy* 57, pp. 117-143.