

SCIENTIA

REVISTA DE INVESTIGACIÓN

Scientia

ISSN: 0258-9702

viceipup@ancon.up.ac.pa

Universidad de Panamá

Panamá

Noguera Fernández, Albert

Los derechos de participación en Ecuador siete años después de la aprobación de la
constitución: de derechos constituyentes a derechos constitucionales

Scientia, núm. 159, enero-junio, 2015, pp. 161-193

Universidad de Panamá

Panamá, Panamá

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=651769459008>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto



Autora: Alba Cecilia Gutiérrez Gómez
Título: Dos en el inframundo
Técnica: Óleo sobre lienzo
Dimensiones: 1.10 x 1.30 m
Año: 1991

Los derechos de participación en Ecuador siete años después de la aprobación de la constitución: de derechos constituyentes a derechos constitucionales*

* Artículo de investigación, producto del proyecto “Los nuevos derechos de participación en la Constitución ecuatoriana de 2008”, realizada en la Universidad Andina Simón Bolívar (sede Quito) durante los meses de julio y agosto de 2014.

DOI: 10.17533/udea.esde.v72n159a08

Fecha de recepción: 13 de abril de 2015

Fecha de aprobación: 29 de julio de 2015

Los derechos de participación en Ecuador siete años después de la aprobación de la constitución: de derechos constituyentes a derechos constitucionales

Albert Noguera Fernández¹

Resumen

Con la voluntad de cambiar el modelo de democracia liberal representativa y dar mayor protagonismo a la participación popular, la nueva constitución ecuatoriana de 2008 reconoció todo un conjunto de nuevos derechos de participación.

El presente artículo parte de la idea de que estos derechos, igual que los demás, pueden adquirir la forma de lo que llamaremos “derechos constituyentes” o “derechos constitucionales”. A partir de aquí, el artículo plantea que si bien existió una voluntad constituyente, así como la base jurídica suficiente en el texto constitucional de 2008, para poder desarrollar un modelo donde la participación adquiriese un carácter constituyente y transformador, su desarrollo normativo, despliegue práctico y condicionantes político-culturales han acabado después de unos años, vaciando tales derechos de su carácter constituyente y convirtiéndolos en estrictos derechos constitucionales.

Palabras clave: Ecuador, constitución, derechos de participación, derechos constituyentes.

Rights of participation in Ecuador seven years after the adoption of the constitution: from constituent rights to constitutional rights

Abstract

With the aim of changing the model of liberal representative democracy and give greater prominence to popular participation, Ecuador's new 2008 constitution recognized a whole set of new rights of participation.

This article starts from the idea that these rights, like others, may take the form of what we call “constituent rights” or “constitutional rights”. From here, the article argues that although there was a constituent will and sufficient legal basis in the Constitution of 2008 to develop a model where participation acquired a constituent and transformed character, its regulatory development, practical deployment and political-cultural conditions have ended, after a few years, emptying such rights of their constituent character, and turning them into strict constitutional rights.

Keywords: Ecuador, Constitution, participation rights, constituent rights.

1 Profesor titular acreditado de Derecho Constitucional en la Universidad de Valencia (España). Doctor en Derecho. Jurista y politólogo. E-mail: albert.noguera@uv.es

Citación de este artículo con el sistema APA: Noguera Fernández, A. (2015). Los derechos de participación en Ecuador siete años después de la aprobación de la constitución: de derechos constituyentes a derechos constitucionales. *Estudios de Derecho*. 72 (159), 161-193. DOI: 10.17533/udea.esde.v72n159a08

Los derechos de participación en Ecuador siete años después de la aprobación de la constitución: de derechos constituyentes a derechos constitucionales

Introducción: la diferencia entre derechos constituyentes y derechos constitucionales

El estudio de los derechos puede hacerse desde un punto de vista cuantitativo, respondiendo a la pregunta: ¿existen hoy más o menos derechos que ayer y más o menos que mañana?; o puede hacerse también desde un punto de vista cualitativo intentando responder la pregunta: ¿Qué función juega este o aquel derecho en el seno de una formación económico-social histórico-concreta? ¿Puede este o aquel derecho jugar algún papel en la transformación estructural de las formas de organización y distribución del poder político y económico?

En este sentido y en función de cuál sea para el caso de cada derecho a las últimas preguntas, diferenciaremos entre los que llamaremos *derechos constituyentes* y *derechos constitucionales*.

Denominamos derechos constituyentes a aquellos o aquel derecho “fundante” a partir del cual se ordena una sociedad históricamente determinada y la vida de los individuos que viven en ella, en tanto se vuelve la clave constitutiva e interpretativa fundamental de la organización social, política y económica. Estos son “derechos-totalidad”. Se trata de derechos base alrededor de cuyo reconocimiento se construye y articula la totalidad interconectada de relaciones económico-sociales propias de la sociedad en cuestión. El derecho no solo regula lazos directos entre personas, sino que de él se desprende una regulación independiente que le sobrepasa y se constituye en criterio de ordenación de toda la sociedad. Dos de los principales ejemplos de este tipo de derechos son la propiedad en el siglo XIX² y el trabajo en el siglo XX³.

2 Durante el Estado liberal temprano, el elemento que determinaba el acceso a todos los demás derechos era la propiedad. La legislación regulaba las relaciones individuales y atribuía a cada cual sus derechos en relación con la propiedad. La estructuración de los dos ámbitos del espacio público (Sociedad Política y Sociedad Civil) se hace en él alrededor del concepto de propiedad. La Sociedad Política era un espacio donde solo tenían sufragio activo y pasivo los individuos propietarios y la sociedad civil se concebía como aquel espacio donde los individuos propietarios desarrollaban su actividad mercantil.

3 Durante el s. XX el trabajo productivo se conformó en el constitucionalismo social europeo de postguerra en el componente fundamental que constituía y estructuraba la ciudadanía política y social. Constituciones

Por el contrario, denominaremos derechos constitucionales al resto de derechos. Estos son “derechos-fragmento” que regulan relaciones simples de la realidad social constituidas por las vinculaciones de individuos a individuos o entre una pluralidad de ellos. Se trata de derechos cuyo reconocimiento es valioso en tanto implica una ampliación de libertad, pero no afecta estructuralmente a la base del sistema. Su reconocimiento despeina al sistema arrancándole paulatinamente reformas que amplían la “tolerancia” hacia los nuevos sujetos sociales, pero no lo transforman de manera estructural. Dos ejemplos de derechos conformados durante las últimas décadas como derechos constitucionales son: el derecho al aborto o el reconocimiento o equiparación jurídica con las demás de las parejas de un mismo sexo.

En consecuencia, derechos constituyentes y derechos constitucionales se diferencian en función de su interrelación con y afectación sobre el sistema político, económico y cultural de una sociedad.

Ahora bien, ¿qué derechos son constituyentes y cuáles constitucionales?

No hay de antemano derechos constituyentes o constitucionales, la naturaleza de cada derecho puede cambiar en función del papel que cada uno de ellos juega en el entramado de la realidad constitucional. Todos los derechos pueden ser constituyentes o constitucionales.

Al igual que los demás derechos, los nuevos derechos de participación recogidos en las nuevas constituciones latinoamericanas pueden desempeñar dentro del sistema constitucional una función de derechos constituyentes o de derechos constitucionales. Veremos a continuación, cuáles son aquellos elementos que hacen que los nuevos mecanismos de democracia participativa operen de una u otra forma, y cuál de estas dos formas pretendían darles los distintos constituyentes estatales en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano.

1. Los elementos que determinan la forma de los nuevos mecanismos de participación como derechos constituyentes o constitucionales

Me referiré a tres elementos: la motivación de los derechos de participación; las fases de las políticas públicas en que opera la participación; y sus consecuencias en la organización y conformación social. Si bien los presento aquí por separado con

como la de la República española de 1931 empieza su primer artículo señalando “*España es una República democrática de trabajadores de toda clase*”, o como la de la República italiana de 1947, establece también en el art. 1: “*Italia es una República democrática fundada en el trabajo*”. El trabajo era, en el Estado social, el elemento fundante y determinante de acceso a la ciudadanía y del sistema de relaciones políticas y económicas (Sobre ello, ver Alonso, 2007).

una única intención analítica, en la práctica los tres elementos aparecen mezclados de manera indisociable entre ellos, determinándose los unos a los otros.

1.1 La motivación de los nuevos derechos de participación: motivación ideológica y motivación técnica

En el caso de los derechos de participación como derechos constituyentes, se basan en una motivación ideológica. Toda ideología implica la suma de “conciencia” y “acción”, en correspondencia con estos dos elementos, respectivamente, la defensa de los mecanismos de democracia directa con motivación ideológica está estrechamente vinculada a dos aspectos:

Uno, a la crítica al orden estatal y económico liberal. Aquí los procesos participativos no son solamente la construcción de un sujeto colectivo participante como “cuerpo electoral” formal con la finalidad de “ser consultado en” o “formar parte de” los procesos decisorios del Estado, sino que son movimientos donde el sujeto colectivo se construye a partir del conflicto estructural con los propios principios de organización política de la sociedad y formas de distribución de la riqueza social.

Y otro, a la concepción de la participación como estrategia de transición. Ello implica entender la participación como “desbordamiento” de las estructuras estatales, las instituciones políticas y sus relaciones de distribución, para reorganizar formas alternativas de apropiación, gestión, organización y dirección de recursos y procesos sociales y políticos.

En resumen, la participación con motivación ideológica es la politización de los diferentes tipos de escasez o precarización social, de la que emana una acción colectiva participante que desborda los espacios institucionales estatales para crear nuevas realidades.

Por el contrario, los nuevos derechos de participación concebidos como derechos constitucionales tienen una motivación técnica. Aquí los mecanismos participativos se conciben, básicamente, como técnica de corrección frente a las desviaciones de la democracia representativa. Se trata de elementos técnicos correctores capaces de revitalizar los desgastados esquemas del modelo liberal-representativo (Garrorena, 1977, p. 88).

1.2 Las fases de las políticas públicas en que opera la participación: decisión e implementación

Los mecanismos de participación toman la forma de derechos constitucionales cuando sirven para “completar” o “perfeccionar” una decisión tramitada e imple-

mentada por el Estado. La participación abarca aquí, por tanto, la fase decisoria pero no la de implementación de políticas públicas que se considera algo despolitizado propio del ámbito técnico-administrativo. Aquí la creación de bienestar viene de arriba, el Estado es el sujeto emisor de políticas públicas y la estructura social el objeto de las mismas⁴.

Por el contrario, cuando la participación opera como derecho constituyente, la construcción social del Estado no se hace bajo la responsabilidad solitaria del aparato estatal, sino a partir de la generación de una estructura social activa, deliberativa y comunitaria que opera como espacio colectivo de construcción, implementación y autogestión de las políticas de bienestar (Palacios, 2008, p. 53).

1.3 Las consecuencias en la organización y conformación social

No cabe duda que cuando en la historia reciente de América Latina se ha producido una des-identificación de la política con las instituciones del Estado y su re-identificación con la acción colectiva de los movimientos sociales y la sociedad civil organizada, han resultado inevitablemente procesos de transformación. Ello es así puesto que las formas y los lugares de la política se han constituido siempre en estrecha relación a las formas de redistribución de los recursos económicos y materiales. Mientras que los lugares tradicionales de la política (instituciones del Estado) y sus sujetos (partidos políticos institucionalizados), han sido siempre la forma que articula la producción y reproducción del *statu quo*; los lugares “salvajes” de la política (espacios de autoorganización ciudadana) y sus sujetos (movimientos sociales y sociedad civil organizada) son, en cambio, la forma que problematiza la reproducción del *statu quo*, y la transforma (Tapia, 2008, pp. 53-69).

Cuando los mecanismos de democracia participativa tienen una motivación técnica y operan solo en la fase decisoria pero no en la de implementación de políticas, la consecuencia que se produce no es nunca una des-identificación de la política con las instituciones del Estado y su re-identificación con la acción colectiva sino más bien, una reproducción de lo contrario: la subsunción de los mecanismos participativos en la mecánica del Estado (De Vega, 1985, p. 11). Así pues, la consecuencia de esta concepción organicista de los instrumentos participativos no es la autonomización de la política del aparato de Estado sino su fortalecimiento, lo

4 Esta visión propia del constitucionalismo social europeo de posguerra parte, utilizando dos conceptos creados por Forsthoft (1938), de una concepción del Estado como servidor de la idea de *Daseinsvorsorge* y, por tanto, la configuración de la Administración pública como una *leistende Verwaltung*. Ambos conceptos sirven para hacer referencia a la función de procura existencial de los ciudadanos desde y por la Administración pública en una relación de arriba abajo (ver Martín-Retortillo, 1962, pp. 35-65).

que ratifica la condición de los derechos de participación como derechos constitucionales pero no constituyentes.

A la inversa, cuando los mecanismos participativos tienen una motivación ideológica y operan en la fase decisoria pero también en la fase de implementación desde la autonomía y la acción comunitaria autogestionada, las consecuencias que se producen son totalmente distintas, dándose aquí: a) una reordenación del espacio público participativo en el contexto de las nuevas formas de organización y participación social de las que emergen nuevas concepciones del sujeto de referencia en la vida pública; b) la construcción de una acción colectiva comunitaria que saca la implementación de políticas públicas del restringido ámbito de actuación de técnicos y profesionales y lo pasa a la deliberación y práctica popular; y c) la aceptación como fuente generadora de normatividad de nuevas prácticas sociales infra-estatales propias de los movimientos sociales que conlleva la redefinición de la ordenación práctico-procedimental de las relaciones entre unos y otros, sobre la base de una nueva acción política comunitaria y autogestionada.

Parece claro pues, que una participación colectiva energizada con motivaciones ideológicas, operativa en la fase decisoria e implementadora de las políticas públicas y programas sociales y transformadora de la organización y conformación social, no se configura como un simple derecho más, sino como la clave de bóveda de la que emana el ejercicio universal en plenas condiciones de igualdad de los demás derechos y la creación de nuevos patrones de interacción social y económica. En este sentido, los nuevos derechos de participación rompen la indistinción Estado-gobierno y se configurarían como auténticos *derechos constituyentes*.

2. La voluntad constituyente en los recientes procesos latinoamericanos: la constitución ecuatoriana y la participación como derecho constituyente

Como hemos explicado hasta aquí, la constitucionalización de la participación en los recientes textos constitucionales de la zona andina de América Latina podría haberse hecho de maneras distintas.

Sin duda, una forma hubiese podido ser un reconocimiento de mecanismos de democracia participativa que no rompieran con el sujeto universalizado de referencia en el constitucionalismo liberal: el individuo como unidad libre y autónoma; concibiendo la participación como la simple posibilidad de incorporar los intereses propios de los ciudadanos a la decisión de los poderes públicos estatales, sin la acción mediadora de los partidos políticos. No obstante, tanto por la experiencia

vivida en el propio desarrollo de las Asambleas Constituyentes, como de la lectura de las constituciones resultantes, se evidencia que la voluntad constituyente en estos países iba mucho más allá de esta concepción.

A lo largo del texto, las nuevas constituciones latinoamericanas, pero más en particular las recientes de Venezuela, Ecuador y Bolivia, subjetivizan y empoderan a una multitud y plural variedad de sujetos colectivos formales e informales⁵, descentralizando incluso en ellos distintas competencias de decisión e implementación que tradicionalmente han correspondido al Estado y adaptando la estructura económica y productiva a la organización de lo colectivo⁶.

En el caso ecuatoriano ello se evidencia mediante el reconocimiento genérico de la participación “en forma individual y colectiva” en el art. 95 de la Constitución, así como dentro del Título IV (Participación y organización del poder) capítulo primero (Participación en democracia), que incluye una sección segunda denominada “organización colectiva” donde se dice que: “se reconocen todas las

5 El art. 26. I de la Constitución boliviana de 2009 dice: “Todas las ciudadanas y los ciudadanos tienen derecho a participar libremente en la formación, ejercicio y control del poder político, directamente o por medio de sus representantes, y de manera individual o colectiva”. Este artículo es desarrollado por la Ley No. 341 de participación y control social, de 5 de febrero de 2013, que en su art. 6 señala como sujeto principal de la participación y el control social a la “sociedad civil organizada”, en el interior de la cual identifica, el art. 7, los siguientes tipos de actores: “1. Orgánicos. Son aquellos que corresponden a sectores sociales, juntas vecinales y/o sindicales organizados, reconocidos legalmente; 2. Comunitarios. Son aquellos que corresponden a las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos, las comunidades interculturales y afrobolivianas, y todas las reconocidas por la Constitución Política del Estado, que tienen su propia organización; y, 3. Circunstanciales. Son aquellos que se organizan para un fin determinado, y que cuando el objetivo ha sido alcanzado, dejan de existir”. El texto constitucional venezolano de 1999 articula también la participación en lo que en varios de sus artículos denomina “sociedad civil organizada” o “comunidad organizada” (arts. 84, 166, 182, 185, 293.6, etc.), refiriéndose a las organizaciones sindicales (art. 95), asociaciones de carácter social y participativo como las cooperativas, cajas de ahorro, mutuales y otras formas asociativas (art. 118), organizaciones vecinales (art. 182), organizaciones no gubernamentales (art. 184.2), organizaciones indígenas (art. 119) y un largo etcétera. Además, la Constitución de Venezuela (arts. 173 y 184.6) establece el mandato al legislador de crear nuevos sujetos de la descentralización a nivel de las juntas parroquiales, los barrios, las vecindades y las organizaciones inframunicipales que se creen en ejercicio de la libre autoorganización vecinal, así como la creación de organizaciones, cooperativas y empresas comunales (art. 184.5).

6 En el caso venezolano, por ejemplo, el art. 70 de la Constitución dice que “son medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, en lo social y económico: las instancias de atención ciudadana, la autogestión, la cogestión, las cooperativas en todas sus formas incluyendo las de carácter financiero, las cajas de ahorro, la empresa comunitaria y demás formas asociativas guiadas por los valores de la mutua cooperación y la solidaridad”. A la vez, el art. 184 prevé que la ley reguladora del nivel municipal deberá promover la transferencia a la sociedad civil organizada en sus múltiples y plurales formas de competencias en materias tan diversas como salud, educación, vivienda, deporte, cultura, programas sociales, ambiente, prevención y protección vecinal, construcción de obras y prestación de servicios públicos, así como su participación en la formulación de propuestas de inversión. En consecuencia, las competencias no se descentralizan a la estructura estatal descentralizada, sino directamente al pueblo para su autoorganización y autogestión. Se establece, por tanto, en el texto constitucional, las bases de un proceso mediante el cual las competencias estatales y el mercado son absorbidas por la organización colectiva comunitaria y autogestionaria.

formas de organización de la sociedad, como expresión de la soberanía popular para desarrollar procesos de autodeterminación e incidir en las decisiones y políticas públicas y en el control social de todos los niveles de gobierno”.

A la vez, esta subjetivación de la sociedad civil organizada va acompañada de una descentralización hacia ella de competencias políticas para su implementación y autogestión, lo que se plasma entre otros aspectos en la adaptación de la estructura económica y productiva a la organización de lo colectivo. Dentro de la sección primera (Formas de organización de la producción y su gestión), del capítulo sexto, del Título VI de la Constitución ecuatoriana, el art. 319 reconoce como formas de organización de la producción en la economía a las comunitarias, cooperativas, empresariales públicas o privadas, asociativas, familiares, domésticas, autónomas y mixtas, estableciendo el mandato de “promover” aquellas formas de producción que garanticen el “buen vivir” de la población y “desincentivar” las otras. Teniendo en cuenta que el “buen vivir” o “Sumak Kawsay” es un concepto de origen quichua que apela a cómo los seres humanos deben darse un sistema de convivencia basado en una relación de respeto y armonía con la naturaleza y en la gestión colectiva y comunitaria de los asuntos públicos, la Constitución fija el mandato al Estado de adaptar la estructura económica y productiva a las formas colectivas de organización (cooperativas, comunitarias, etc.). Ello viene reforzado por el siguiente artículo (art. 320) que dice que “en las diversas formas de organización de los procesos de producción se estimulará una gestión participativa, transparente y eficiente”.

En resumen, podemos concluir que siendo conscientes de la naturaleza claramente crítica y transformadora de los principales sujetos colectivos participantes de la región, el mandato constituyente de convertir a éstos en los agentes protagónicos de la participación, iniciando un proceso progresivo de sustitución de los poderes públicos y las formas de organización de lo económico-productivo tradicionales, basadas en la propiedad (pública o privada) por los sujetos colectivos participantes y sus formas comunitarias de organización en el desempeño de las competencias, pone de manifiesto una clara voluntad del constituyente de hacer de la participación, no un complemento de lo liberal-representativo, sino el principal instrumento de construcción de una nueva sociedad. De ahí que podamos afirmar que la voluntad de los constituyentes en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano, también del ecuatoriano de 2008, fuera conformar los nuevos derechos de participación como derechos constituyentes.

3. El vaciamiento del carácter constituyente de la participación en Ecuador

A pesar de este reconocimientos constitucional, pasados siete años desde la entrada en vigor de la nueva constitución, ha crecido el escepticismo respecto de estos nuevos derechos y mecanismos de participación, y se han levantado muchas críticas y dudas en torno a que tales derechos se hayan constituido realmente como “derechos constituyentes” como parece desprenderse de la voluntad del constituyente, pues por la forma en que han acabado siendo incluidos en el sistema, no han supuesto realmente una transformación del sistema representativo como eje de la democracia.

A continuación nos detendremos en la existencia de limitaciones políticas, culturales, jurisprudenciales, etc. aún no superadas, que prácticamente consolidan un vaciamiento del carácter constituyente de los nuevos derechos de participación y refuerzan su naturaleza de derechos constitucionales.

3.1 Un paradigma participativo de tendencia centralista

A grandes rasgos, podríamos decir que un modelo participativo es de tendencia centralista cuando se verifiquen en él algunos de los siguientes aspectos:

1. Cuando los temas de debate y participación son temas generados en el nivel central atendiendo a sus intereses, aunque operen en nombre de un interés general. Es decir, los asuntos de discusión y participación parten de los intereses y metas del Gobierno central. Esto en correlación con que se atiendan menos o se esquiven aquellos debates y procesos participativos acerca de temas o asuntos que tienen sentido y trascendencia para la experiencia colectiva diferente a la agenda convocada por el Gobierno.
2. Si se trata de un proceso orientado por el Gobierno central que pone todas sus instituciones y medios de difusión social, a todos los niveles, para asegurar una homogeneidad propagandística y comunicativa.
3. Cuando el proceso participativo se enfoca no como un proceso de reflexión, discusión y deliberación sobre el asunto de discusión, señalando los argumentos en contra y a favor de cada una de las opciones a elegir, sino como una prueba más para demostrar el apoyo popular masivo al proyecto de un régimen frente a los “enemigos externos”. Por ejemplo, si se produce una intensa personalización en el planteamiento de una consulta o debate, capaz de desvirtuar su sentido y aun su propia literalidad para transformarlo en una mera ratificación de confianza al Presidente o al Gobierno. El tema consultado queda en un

segundo plano mientras el “no” queda simplificado y convertido en un “no al régimen”.

No es imprescindible que todos estos elementos se den a la vez para que un proceso participativo pueda ser visto como uno que en cierta medida acusa una tendencia centralista, pero es obvio que cuantos más de ellos se den, más carácter centralista adquirirá la participación.

Un análisis de las experiencias de consultas populares celebradas en Ecuador desde 2008 en adelante, permite detectar la existencia de ciertos indicadores que otorgan a la participación en este ámbito una tendencia centralista.

Se han producido en los últimos años diversas consultas impulsadas desde arriba por el Gobierno, con una fuerte implicación personal del propio Presidente de la República en algunas de ellas, como la consulta a la reforma constitucional de 2011, a la vez que han sido rechazadas aquellas consultas impulsadas desde abajo por sectores y organizaciones sociales, en especial en el ámbito ambiental, las cuales producto de la polarización política, en caso de su ratificación popular, probablemente podrían haber impugnado el modelo de desarrollo elegido por el Gobierno, obligándole a cambiar de rumbo. Detengámonos en algunos casos relevantes de consultas activadas desde arriba y desde abajo.

Desde la entrada en vigor de la Constitución, se han impulsado distintas consultas populares desde el poder Ejecutivo o poderes públicos, algunas de alcance local⁷ y otras de alcance general.

La única gran consulta popular de alcance general que ha tenido lugar en el país desde 2008, fue impulsada por el Ejecutivo y tuvo que ver con la reforma constitucional de 2011, introduciendo, en función de su proyecto político, entre otras, importantes modificaciones destinadas a satisfacer determinados planteamientos con relación, sobre todo, a la reorganización del Poder Judicial⁸.

7 A nivel local podemos mencionar por ejemplo, al Decreto Ejecutivo No. 946, de 28 de noviembre de 2011, por el que el Presidente de la República dispone al Consejo Nacional Electoral que convoque a consulta popular en el Cantón de La Concordia. Esta consulta que se llevó a cabo el 5 de febrero de 2012, perseguía preguntar a los ciudadanos de este Cantón sobre su voluntad de continuar formando parte de la provincia de Esmeraldas o pasar a ser parte de la provincia de Santo Domingo de Tsáchilas. Otro ejemplo es la resolución de la Corte Constitucional, de 11 de diciembre de 2008, ordenando al municipio de Quito que solicitara al órgano electoral la convocatoria de consulta popular en la comunidad indígena de Caspigasi del Carmen para consultar a los miembros de la misma si querían pertenecer a la parroquia de Calacali o a la de San Antonio de Pichincha, consulta que se realizó casi 3 años más tarde, el 27 de noviembre de 2011.

8 El 17 de enero de 2011, de acuerdo con el art. 441 CRE y el art. 100 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, el Presidente de la República, mediante oficio No. 5715-SNJ-11-55, presentó ante la Corte Constitucional el pedido de dictamen para proceder a la convocatoria de un referéndum y una Consulta Popular a fin de enmendar la Constitución de la República. La Corte emitió los

Uno de los aspectos de la reforma que ciertamente causó mayor polémica fueron la cuarta y quinta pregunta del referéndum, donde se proponía sustituir el Pleno del Consejo de la Judicatura por un Consejo de la Judicatura de Transición, conformado por tres miembros designados, uno por el Ejecutivo, uno por el Legislativo (con mayoría del partido de gobierno) y uno por la Función de Transparencia y Control Social, para que en el plazo improrrogable de 18 meses, ejerza las competencias del Consejo de la Judicatura y “reestructure” la Función Judicial. Asimismo, la pregunta quinta planteó una reforma sobre la composición final del Consejo de Judicatura.

En este sentido, podría decirse que la activación desde el Ejecutivo de un referéndum que permitiría en el plazo 18 meses “reestructurar” la Función Judicial y en el proceso, ganar influencia en la composición de su órgano de gobierno, expresa más allá del importante pronunciamiento popular, la voluntad de un poder central para modificar un acto que fortalece su proyecto político y que no obstante, sin esa intervención ciudadana, no existiría como acto jurídico.

Por otro lado, otras iniciativas de consulta popular que han sido reivindicadas y activadas desde organizaciones sociales críticas con la gestión política del gobierno, en especial en el ámbito medioambiental, han experimentado obstáculos. Ejemplos de ellos son:

1. El proceso de consulta comunitaria en Tarqui y Victoria del Portete, el 2 de octubre de 2011, no reconocido por el Gobierno, en este caso, el 18 de abril de 2008, la Asamblea Constituyente ecuatoriana aprobó el Mandato Constituyente No. 6, conocido como el Mandato Minero, en cuyo art. 3 se declaraba la extinción sin compensación económica alguna de las concesiones mineras que afectasen nacimientos y fuentes de agua. Sin embargo, el 27 de enero de 2009, la Asamblea Nacional aprobó, sin consulta previa, la Ley de Minería la cual entraría en contradicción, en este aspecto, con el citado mandato (Pérez, 2012, pp. 148-151). A raíz de ello, se llevaron a cabo en provincias como el Azuay, movilizaciones contra esta ley y el entonces proyecto de Ley de Recursos hídricos, con base en dos reivindicaciones principales: la prohibición de la minería en nacimientos y fuentes de agua; y el derecho de consulta previa libre e informada de acuerdo con la normativa constitucional e internacional (pp. 156-158). Ante la actitud reactiva del gobierno, la organización de Usuarios del Sistema de Agua Comunitaria de Tarqui y Victoria del Portete de la provincia del Azuay, decidió convocar unilateralmente

dictámenes Nos. 001-11-DRC-CC y 001-DCP-CC-2011 de 15 de febrero de 2011, declarando la constitucionalidad formal condicionada a la modificación del redactado de algunas preguntas del referéndum y la consulta. A continuación y mediante Decreto Ejecutivo 669 con fecha 21 de febrero de 2011, el Presidente de la República dispuso al Consejo Nacional Electoral a que convocara a un referéndum de cinco preguntas y consulta popular de cinco preguntas más (Pueden verse las preguntas en: <file:///C:/Users/USER/Desktop/documentos%20bajados/convocatoria-pdf.pdf>).

a una consulta popular comunitaria para que los ciudadanos se pronunciaran sobre la explotación minera en el páramo de Quimsacocha. La consulta realizada el 2 de octubre de 2011 con una alta participación, no fue reconocida por el Gobierno (Carrión, 2012, p. 46).

2. La Sentencia 001-10-SIN-CC de la Corte Constitucional para el periodo de Transición sobre el caso de la consulta pre-legislativa en la Ley de Minería. En este caso, conocedores de la oposición a la citada Ley de Minerías de las organizaciones indígenas y de los potenciales resultados de una consulta pre-legislativa, el Gobierno rehuyó durante la tramitación y aprobación de la ley la realización de la misma. Frente a ello, la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE) y la Asociación de Sistemas Comunitarios de Aguas de las parroquias Tarqui y otras de la provincia del Azuay presentaron, el 17 y 31 de marzo de 2009 una acción de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional cuestionando, entre otros aspectos, la vulneración del derecho a la consulta pre-legislativa a pueblos y nacionalidades indígenas (derecho garantizado en el art. 6 del Convenio 169 de la OIT, el art. 19 de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas y el art. 57.17 de la Constitución), por cuanto las actividades mineras concesionadas o a concesionar se encontraban dentro de sus territorios. Mediante la Sentencia 001-10-SIN-CC, de 18 de marzo de 2010, la Corte Constitucional hace una “pirueta política” para no tener que declarar la inconstitucionalidad de la ley evitando así el enfrentamiento con el Ejecutivo. Algunos de los argumentos que la Corte usa son, por ejemplo que, en circunstancias de institucionalidad regular y ordinaria, la consulta pre-legislativa constituye un requisito previo *sine qua non* que condiciona la constitucionalidad de cualquier medida legislativa que pudiera afectar cualquiera de los derechos colectivos de las comunidades, pueblos y nacionalidades del Ecuador. No obstante, señala, el hecho de que la adopción de la Ley de Minería se produjera en una coyuntura excepcional como dice ser los meses siguientes a la entrada en vigor de la nueva Constitución, donde el país atravesaba un proceso de transición y cambios en la estructura institucional, y en el que la promulgación de una serie de leyes había de someterse a los plazos previstos en las disposiciones transitorias de la Constitución; hace que la no convocatoria de la consulta pre-legislativa quede excusada.

3. El episodio del no reconocimiento de firmas por parte de las instancias electorales, en relación con la incómoda solicitud para el gobierno de consulta sobre la explotación petrolera del Parque Nacional Yasuní. El art. 407 de la Constitución dice:

Se prohíbe la actividad extractiva de recursos no renovables en las áreas protegidas y en zonas declaradas como intangibles, incluida la explotación forestal. Excepcionalmente dichos recursos se podrán explotar a petición fundamentada de la Presidencia de la

República y previa declaratoria de interés nacional por parte de la Asamblea Nacional que, de estimarlo conveniente, podrá convocar a consulta popular.

Ante ello, en el 2013, el Presidente de la República solicitó que la Asamblea Nacional declarara de interés nacional conforme al citado artículo, un proyecto de ampliación de la explotación petrolera de los bloques 31 y 43, este último dentro del Parque Nacional Yasuní, ubicado en las provincias de Pastaza, y Orellana entre el río Napo y el río Curaray en plena cuenca amazónica, sin creer necesario convocar ninguna consulta popular. Frente a ello, el 18 de agosto de 2013, nació el Colectivo Yasunidos, integrado por una pluralidad de personas, colectivos y organizaciones, que promovió que la decisión del Gobierno fuera sometida a consulta popular.

De acuerdo con el inciso cuarto del art. 104 de la Constitución, cuando la consulta sea de carácter nacional, el petitorio debe contar con el respaldo de un número no inferior al 5% de personas inscritas en el registro electoral. El Colectivo Yasunidos presentó un número de firmas superior al exigido, aunque gran parte de las mismas no fueron reconocidas por el Consejo Nacional Electoral. A partir de aquí se inicia un conjunto de acusaciones, denuncias cruzadas y apelaciones entre el Colectivo y los organismos estatales sin resultados para el colectivo. Más allá del número concreto de firmas válidas y no válidas, resulta evidente que esta consulta impulsada desde los movimientos sociales resultaba incomoda al Gobierno y que desde los órganos estatales se han utilizado todos los resquicios legales posibles para evitarla, lo que pone de manifiesto una vez más lo que hemos denominado como tendencia centralista del paradigma de participación en el país.

3.2 Cultura jurídica positivista y burocratización de los procesos participativos

Otro de los elementos limitantes de algunos de los derechos de participación son la presencia de una cultura jurídica positivista en las instancias del poder político y las judiciales, así como la burocratización de los procesos participativos. Veremos en tal sentido, cómo el positivismo jurídico actúa claramente como un limitante de la acción colectiva participativa, por ejemplo, en el caso del derecho a la resistencia del Art. 98 de la Constitución; y los objetivos y consecuencias que hay detrás de la burocratización de los procesos participativos.

3.2.1 Positivismo jurídico y limitación de la acción colectiva participante mediante el derecho de resistencia del art. 98 de la Constitución.

La aceptación jurídica del derecho a la resistencia o del “derecho a desobedecer el derecho” se ha planteado históricamente, como irrealizable en el interior de la forma

“Estado de derecho” basada en el “imperio de la ley”; en este sentido, mientras el constitucionalismo se entendió como garantía jurídica de unos derechos naturales contra el absolutismo o como un medio de limitar el poder, el derecho a la resistencia fue aceptable en términos jurídicos. En el momento en que el constitucionalismo y, principalmente, la ley se convirtieron en la única y fundamental fuente del derecho, la doctrina de la resistencia empezó a perder importancia y aceptación en términos jurídicos. El imperio de la ley como nueva fuente jurídica por excelencia, elimina la separación entre lo legítimo y lo legal tan fundamental para el derecho a la resistencia, y da lugar a la idea de que todos aquellos comportamientos que se aparten de lo jurídicamente regulado y permitido, no solo no tienen la categoría de “legitimidad” ni de “juridicidad”, son no-legítimos y no-jurídicos, sino que además, pasan a ser delito, usurpaciones de funciones o sistemas normativos anti-jurídicos y por tanto, perseguibles mediante la violencia legítima del Estado (Bilbeny, 1989, pp. 23-31; Schwarz, 1964, pp. 126-134; Carpintero Benítez, 1990, pp. 404 y ss.).

Frente a ello, la Constitución ecuatoriana de 2008 reconoce el derecho a la resistencia e intenta salvar tal contradicción incorporándolo al interior de una nueva forma de Estado (el Estado Constitucional de derechos y justicia) que, partiendo de la teoría neoconstitucionalista, quiere superar el viejo Estado de derecho y el imperio de la ley, lo que abre, por primera vez en la historia, posibilidades de que la resistencia pueda ser eficaz y justiciable en forma repetida en el interior de un Estado políticamente estable, como cualquier otro derecho subjetivo. Sin embargo, la incapacidad de superar una fuerte cultura jurídica positivista por parte de los poderes públicos, ha terminado imposibilitado esta armonización y limitando el derecho a la resistencia a poco más que un mero reconocimiento simbólico. Desarrollemos este razonamiento.

Las formas de Estado han evolucionado en el constitucionalismo europeo desde su creación, pasando del inicial “Estado legislativo de derecho” al “Estado constitucional de derecho”. Con el paso del “Estado legislativo de derecho” al “Estado Constitucional de derecho” se dan transformaciones importantes en el campo de las fuentes del derecho y en la propia naturaleza de la Constitución. La Constitución reemplaza a la ley en la cúspide del ordenamiento y del sistema de fuentes.

Sin embargo, si bien este reemplazo de la ley por la Constitución como fuente principal de derecho opera indiscutiblemente para los poderes públicos, nos encontramos en la práctica, ya sea por el alto nivel de indeterminación de algunas reglas constitucionales o por la falta de aplicabilidad directa de algunas partes de la Constitución, que no opera en la relación de los ciudadanos con la justicia ordinaria

que continuará estando subordinada al imperio de la ley ordinaria. Un ejemplo claro de ello es la cuestión de la justiciabilidad de los derechos sociales en España⁹.

En consecuencia, la eficacia indirecta de partes importantes de la Constitución que afectan a materias en relación a las cuales se dan a menudo episodios de movilización y resistencia popular (como son los derechos sociales), implica que la Constitución, como fuente jurídica suprema, solo obliga en estas directamente al legislador que se verá obligado a acomodar el contenido de sus leyes a la Constitución, siendo estas objeto de control de constitucionalidad, de tal suerte que la Constitución solo estará presente en la vida jurídica por mediación del legislador y del órgano que lleve a cabo el control de constitucionalidad (Montaña, 2012, p. 26), pero no en la relación de los ciudadanos con la justicia ordinaria que continuará estando mediada por la ley ordinaria.

En la línea anotada, si bien algunos autores han afirmado que en el caso español, el reconocimiento, en determinados casos, de la eficacia directa del derecho a la libertad de conciencia podría servir para eximir a los ciudadanos del cumplimiento de determinadas obligaciones independientemente de lo que establezca la ley, esta afirmación queda cuestionada por la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 11 de febrero de 2009 (rec. 905/2008), en la que afirma que no existe un derecho constitucional general a la objeción de conciencia, ni siquiera como proyección del artículo 16 de la Constitución, porque este encuentra su límite en la Ley. A mayor abundamiento, el Tribunal Supremo opone a la objeción de conciencia el artículo 9.1 de la Constitución y afirma que lo contrario supondría hacer depender las normas de su conformidad a cada conciencia individual. Solo la objeción de conciencia a la prestación del servicio militar se reconoce en la

9 En materia de derechos sociales, la Constitución española (CE) de 1978 incorpora la mayoría de los derechos sociales clásicos, sin embargo parte de la idea de que éstos no son “derechos”, sino que son otro tipo de normas legales, concretamente, principios o directrices para guiar las políticas sociales, precisamente por ello los ubica (a excepción del derecho a la educación del art. 27 CE) dentro del capítulo “Principios rectores de la política social y económica” (arts. 39 al 52). Asimismo tampoco les otorga aplicabilidad directa, sino que de acuerdo con el art. 53.3 CE son principios de libre configuración legislativa, quedando su justiciabilidad condicionada a su desarrollo legislativo. Ello hace que las disposiciones referidas a los derechos sociales que la Constitución contiene, en tanto principios de políticas públicas de libre configuración legislativa, son mandatos normativos dirigidos al legislador, por tanto, solo afectará a los demás órganos del Estado y a los particulares en la medida en que sus preceptos hayan sido desarrollados mediante una ley. Prueba de ello es que en aquellas ocasiones en que se procede a la justiciabilidad directa de derechos sociales, que efectivamente también las hay, se hace indirectamente por la vía de relacionarlos o considerarlos parte de otros derechos fundamentales, pero no mediante su aplicación directa dada la dificultad de derivar *ex constitutione* una justiciabilidad absoluta e incondicional de todo el contenido de estos derechos. Valga como ejemplo, la protección en repetidas ocasiones del derecho a la salud del art. 43 CE por la vía de vincularlo o considerarlo parte del derecho a la vida y la integridad física del art. 15 CE (SSTC 119/2001, 5/2002, 62/2007, 160/2007 o 37/2011).

Constitución, de forma que, cualquier otro reconocimiento dependerá de la estricta voluntad del legislador.

Además, autores como Biondo (2012), han presentado recientemente una crítica frente a toda una tradición teórica jurídica que habría insistido en ubicar la resistencia o la desobediencia civil bajo el rótulo de derecho subjetivo de la libertad de conciencia. A diferencia de la libertad de conciencia, la resistencia, señalan estos autores, no puede entenderse como una opción íntima, privativa, específica del sujeto que en nombre de la conciencia individual que, en el marco de una visión atomista de la sociedad y del sujeto individual, esgrime un derecho (en el terreno jurídico) o deber (en el campo moral) a desobedecer esta, esa o aquella norma. La resistencia debe entenderse como una suerte de virtud del ciudadano comprometido, concernido al menos, con las normas que le rodean, así como una acción colectiva.

De acuerdo con el art. 53.3 CE un ciudadano no puede exigir directamente por vía judicial un derecho social, aunque aparezca en la Constitución, si no existe una ley ordinaria que lo desarrolle.

El hecho de que la relación ciudadanos-justicia ordinaria en materia de justiciabilidad de derechos sociales no esté regida por una aplicabilidad directa de la Constitución, sino mediada todavía por la ley ordinaria como fuente jurídica principal de aplicación, tiene como consecuencia que cualquier reconocimiento constitucional del derecho a la resistencia que pueda darse, solo tendrá en la práctica un significado retórico. La auto-ejecutabilidad de derechos sociales, por la vía de la resistencia y vulnerando la ley (el Código penal, por ejemplo), solo podría justificarse judicialmente por la vía de la aplicación directa de derechos sociales constitucionales, pero nunca en el marco de una relación donde la ley ordinaria continua siendo la fuente jurídica principal.

Consciente de ello, el constituyente ecuatoriano lleva a cabo una transformación de la forma de Estado que no solo se plasma en la propia denominación del mismo en el art. 1, en el que, a diferencia de la vieja fórmula “Estado social de derecho” utilizada en Europa, define el Estado con los adjetivos de “Estado Constitucional de derechos y justicia”, sino también, en la transformación de la naturaleza de los derechos sociales constitucionales y el tratamiento general de los derechos y sus garantías. Esta nueva forma de Estado persigue dos objetivos:

El primero es desplazar, también en materia de justiciabilidad de derechos sociales, a la ley como fuente del derecho por excelencia y convertir la Constitución en una norma suficientemente completa para poder valer como regla para casos concretos, debiendo ser utilizada directamente por todos los sujetos del ordenamiento jurídico, ya sean los jueces, la administración pública o los particulares. Como

señala Zagrebelsky (1995), la primera de las grandes tareas de las constituciones contemporáneas consiste en distinguir claramente entre ley, como regla establecida por el legislador, y los derechos como pretensiones subjetivas absolutas, válidas por sí mismas con independencia de la ley.

Y, el segundo, convertir a los derechos en el principal centro de atención del texto constitucional, debiéndose considerar como el centro axiológico de la Constitución, como una fuerza expansiva que inunda, impregna o irradia el conjunto del sistema. Ello significa que éstos deben leerse como el núcleo criteriológico de interpretación y aplicación de toda la Constitución. La parte referida a los derechos no debe ser solo vista como un listado de derechos y garantías que disciplinan únicamente determinadas esferas públicas de relación entre individuos o de éstos y el poder, sino que debe verse también, como el conjunto de criterios para interpretar y aplicar el resto del articulado constitucional y que se hacen operativos en todo tipo de relaciones jurídicas.

Para conseguir estos objetivos el texto constitucional ecuatoriano de 2008 incluye los siguientes aspectos: Uno, un desarrollo largo y casi reglamentario de los derechos. La Constitución ecuatoriana tiene 444 artículos, lo cual evita la indeterminación y permite una completud que hace del texto constitucional un instrumento didáctico y normativo mediante el cual los ciudadanos pueden resolver casi todos los asuntos; y dos, el reconocimiento del principio de aplicabilidad directa e inmediata por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte, de todos los derechos que aparecen en la Constitución y en los tratados internacionales de Derechos Humanos (art. 11.3). Así como la imposibilidad de ninguna norma jurídica de poder restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales (art. 11.4).

Todo ello tiene como consecuencia una desvalorización de la ley y un fortalecimiento del papel de la Constitución en el sistema de fuentes del derecho, lo que es de especial importancia en ámbitos en esencia conflictivos como el de los derechos sociales. La relación entre ciudadanos y justicia ordinaria ya no está mediada principalmente por la ley sino por la Constitución. Este carácter de la constitución como norma directamente aplicable por encima de la ley abre la posibilidad de que con base en la aplicación de la misma se pueda reconocer la legitimidad de la “desobediencia de leyes”, lo que resulta fundamental para la justiciabilidad del derecho a la resistencia. Con ello se rompe la concepción de la imposible justiciabilidad del derecho a la resistencia expresada por autores como Bobbio:

(...) jurídicamente el derecho de resistencia es un derecho secundario, del mismo modo que son normas secundarias las que procuran la protección de las primarias: es un derecho

secundario que interviene en un segundo momento, cuando se conculcan los derechos de libertad, de propiedad y de seguridad que son derechos primarios. (...) el derecho de resistencia interviene tutelando los otros derechos pero no puede a su vez ser tutelado y, por tanto, debe ejercerse por propia cuenta y riesgo (1991, p. 141).

En resumen, lo que hace la Constitución de 2008 es diseñar una nueva forma de Estado que permita la aceptación jurídica y eficacia del derecho a la resistencia, incluso cuando ello implique desobedecer leyes.

A pesar de ello, solo existe una sentencia en el país¹⁰ que haya reconocido el derecho a la resistencia y se trata de un caso de resistencia individual. Ahora, junto a la figura del derecho de resistencia colectiva, es también posible encontrar la expresión derecho de resistencia calificada con el adjetivo “individual” o como “derecho de resistencia del particular”. Con esta expresión “derecho de resistencia individual”, se suele hacer referencia a la existencia de una facultad de las personas para poder resistir legítimamente ciertas actuaciones del poder público (Barile, 1984, pp. 452-457). A su vez, dentro de estas resistencias individuales legítimas, puede distinguirse entre aquellas resistencias originadas en un contexto de “relaciones de subordinación jerárquica”, y aquellas otras que se generan en el contexto de unas “relaciones de mera subordinación”, o de subordinación política de un particular respecto a los representantes del poder público (Queralt, 1986, pp. 71 y ss.).

Los casos de resistencia o movilizaciones de oposición a leyes y políticas estatales sobre el uso de recursos naturales y otras cuestiones, son contestadas por el gobierno y los jueces en la mayoría de casos con detenciones e imputación de cargos penales por hechos de motivación política¹¹. Estos casos, y muchos otros, demuestran cómo a pesar del reconocimiento constitucional del derecho a la resistencia y del diseño de la nueva forma de Estado constitucional, continúa vigente en la cultura jurídica de los operadores generales del derecho (abogados, jueces, etc.) un positivismo legalista que impide la justiciabilidad del derecho a la resistencia.

Tanto desde el Estado como desde la judicatura, con frecuencia se olvida el potencial normativo garantista de los principios de aplicación e interpretación de los derechos establecidos en la Constitución y que establecen una clara separación entre derechos y ley. Frente a ello, al parecer se sigue considerando que justicia y ley son sinónimos, y se defiende una interpretación de las fuentes totalmente

10 Caso Luis Oswaldo Tamayo C. Rodrigo Ricaurte Marín, de 29 de septiembre de 2009, del juzgado vigésimo quinto de lo civil de Pichincha [Juicio No. 2009-1028 (Resp. Dr. Tapia Paul Andrés)].

11 Podemos referirnos aquí al informe de Amnistía Internacional, *Para que nadie reclame nada: ¿criminalización del derecho a la protesta en Ecuador?* donde se analizan siete casos, que afectaron a 24 dirigentes de comunidades y organizaciones indígenas, de manifestaciones que tuvieron lugar entre enero de 2009 y junio de 2010 contra los Proyectos de Ley de Minería y de Ley de Aguas.

dependiente de la voluntad del legislador (Montaña, 2012, pp. 96-99), que lleva a que los comportamientos de resistencia que desobedecen las normas penales o la Ley, deban considerarse anti-jurídicos y punibles.

Se produce por tanto en el país, un choque de culturas jurídicas, la nueva cultura del neoconstitucionalismo garantista establecido en la Constitución, frente a una vieja interpretación originalista y de omnipotencia de la ley, extendida todavía en el Poder político y judicial, que impide cualquier ejercicio de activismo jurisprudencial para la aceptación jurídica y justiciabilidad del derecho a la resistencia, pues no puede pasarse por alto que en última instancia, los encargados de aplicar y justiciabilizar los derechos son los jueces.

Resulta entonces evidente cómo la cultura jurídica positivista, viva entre los operadores de justicia y entre gran parte de la clase política del país, actúa como limitante del desarrollo de mecanismos constitucionales de participación como el derecho a la resistencia.

3.2.2 La burocratización de los procesos participativos

A la vez que se excluyen las formas comunitarias de participación como vías problematizadoras del *statu quo* mediante las cuales los individuos o grupos sociales se relacionen entre sí, autoejecuten y autogestionen derechos sin la mediación del Estado, ubicando esta participación dentro del ámbito del derecho penal y, por tanto, tornándola perseguible mediante la violencia organizada del aparato estatal; el Estado desarrolla y estructura, paralelamente, una amplia legislación, institucionalidad y procedimentalización, encargadas de normativizar e implementar la participación dentro de los cauces de la racionalidad estatal.

Puede observarse que durante los últimos años y a raíz de la Constitución de 2008, se han emitido una gran cantidad de legislación que regulariza la participación, como la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, de 9 de abril de 2009; la Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, de 3 de septiembre de 2009; la Ley Orgánica de Participación Ciudadana, de 12 de abril de 2010; o la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública (promulgada con anterioridad a la Constitución).

Adicionalmente, existen otras leyes que incluyen la participación, como por ejemplo, la Ley Orgánica de Educación Superior, de 6 de octubre de 2010, que integra la participación ciudadana, el control social y la generación de espacios de inclusión de la ciudadanía en la gestión de la educación superior. Además, se ha creado una nueva estructura institucional de la participación; a modo de ejemplo,

la Ley Orgánica del CPCCS establece como órgano superior de éste el Pleno del Consejo del que derivan diversas comisiones especializadas. Asimismo, crea la Secretaría Técnica de Participación y Control Social que se estructura a través de una Dirección Nacional de Promoción de la Participación, una Dirección Nacional de Control Social y una Dirección Nacional de Rendición de Cuentas; y la Secretaría Técnica de Transparencia y Lucha contra la Corrupción, que se estructura a través de una Dirección Nacional de Admisión y Orientación Jurídica, una Dirección Nacional de Transparencia, una Dirección Nacional de Investigación y una Dirección Nacional de Patrocinio. Estas instancias tienen también delegaciones provinciales.

Igualmente, se ha desarrollado un sinnúmero de reglamentaciones, guías, instructivos y formularios para implementar la participación. Entre otros aspectos, para la rendición de cuentas, el CPCCS emitió: la Resolución 007-259-CPCCS-2013 y la Resolución 08-271-2013; al año siguiente: la Resolución 004-293-CPCCS-2014 y la Resolución 005-320-CPCCS-2014; ha elaborado además, 11 guías especializadas para realizar la rendición de cuentas en las distintas instituciones del Estado, algunas de ellas con instructivo de aplicación complementario incluido, y existen 50 formularios distintos a rellenar para la rendición de cuentas, uno para cada uno del tipo de entidad.

En cuanto a las veedurías ciudadanas existe como referimos, el Reglamento General de Veedurías Ciudadanas, emitido mediante Resolución No. 014-015-2010-CPCCS de 1° de julio de 2010, decenas de resoluciones del CPCCS publicitando convocatorias a veedurías, formularios de inscripción para la conformación o para ser parte integrante de veedurías ciudadanas, etc.; existe también un Reglamento para el trámite de denuncias y pedidos sobre actos u omisiones que afecten la participación o generen corrupción (Resolución No. 005-242-CPCCS-2013 del CPCCS), un Reglamento de procedimientos para quejas o pedidos al CPCCS (Resolución No. 004-034-CPCCS-2010), un Reglamento de Comisiones Ciudadanas de Selección (Resolución 015-023-2010 CPCCS), etc.

El desarrollo específico de esta gran variedad de reglamentaciones e instrumentos administrativos para la implementación de la participación, está siendo el terreno propicio para la burocratización de los procesos participativos. La burocratización (Lefort, 1984; Lapassades, 1977; Oszlak, 1980, pp. 205-231), es el proceso mediante el cual se van depositando todos los mecanismos de participación en el poder de la norma, se tiende a una práctica participativa atada a disposiciones normativas y reglamentarias, plazos preestablecidos, formularios de inscripción o queja, criterios estandarizados de control, etc. La participación ciudadana se puede llevar a cabo aquí a partir de ciertas pautas preestablecidas. La institucionalidad estatal determina la modalidad de mecanismos de participación a través de reglamentos, formularios,

solicitudes, etc., asimismo fija los términos para dar curso a esa participación y su camino en la toma de decisiones.

De ello se deriva una importante consecuencia a la hora de determinar el carácter constituyente o constitucional de los derechos de participación. La participación se convierte en un mero procedimiento técnico desideologizado que pierde poder crítico frente al orden. Toda participación implica una interacción (problematizadora o no) entre sujetos y realidad. Con la burocratización de la participación se ejerce un control anticipado de esta interacción. Se constituye un sistema ideal de relaciones en el que sus distintos componentes se comportan según pautas y criterios previamente diseñados por el poder. A los actores se les asignan determinadas posiciones, recursos, roles, comportamientos y se les guía, a través del ejercicio del planificador estatal, hacia aquel destino antes especificado. Si la praxis participativa se mantiene dentro de estas pautas y criterios se presupone el éxito de la participación. Toda desviación, carencia u obstáculo, toda “anormalidad” ocurrida fuera de los márgenes de la “racionalidad” de los procesos participativos prefijados aparece, desde esta óptica, como un signo de patología que pretende sabotear la participación.

En consecuencia, la participación acaba siendo no la irrupción popular en el escenario político para la creación común de normas, sino la mera implementación del contenido de un conjunto de normas estatales. La burocratización de la participación proporciona un mecanismo de control social que permite regular en forma óptima la participación, fijando los límites de la misma e impidiendo que esta adquiera ningún carácter problematizador con el *statu quo*, en tanto que se produce un proceso de creciente expropiación, por parte de los organismos públicos especializados, de ámbitos de acción que deberían ser propios de la sociedad civil.

La burocratización de los procesos participativos es, en resumen, el medio de transformar la “acción comunitaria” participante y transformadora en una “acción societal” organizada racionalmente y de tendencia conservadora. De ahí que hablemos de la burocratización como uno de los elementos que vacía el carácter constituyente de los nuevos derechos de participación y los convierte en derechos constitucionales.

3.3 La interpretación restrictiva de los mecanismos participativos y su reforma constitucional por vía parlamentaria

De acuerdo con el art. 443 CRE y el art. 100 de la LOGJCC, que señalan que será la Corte Constitucional la que en cada caso determinará qué procedimiento de reforma constitucional de los tres establecidos en la Constitución (“Asamblea

Constituyente” –art. 444 CRE–, “reforma parcial” –art. 442 CRE– o enmiendas constitucionales” –art. 441 CRE–) debe seguirse; el 26 de junio de 2014, la Presidenta de la Asamblea Nacional remitió un proyecto de 17 “enmiendas constitucionales” a la Corte Constitucional para que ésta calificara cuál de los dos procedimientos del art. 441 CRE es el que corresponde (caso N. 001-14-RC). Sobre esto y en relación al tema que aquí nos interesa (la participación), debemos detenernos en dos aspectos: uno el contenido de las “enmiendas constitucionales”, y otro, el procedimiento de aprobación de la reforma que se propone.

En primer lugar, respecto al contenido, el art. 2 del texto “Enmiendas a la Constitución de la República de Ecuador 2008”, presentado por la Asamblea Nacional a la Corte, proponen dos modificaciones del art. 104 de la Constitución relativo a la consulta popular. En concreto, se plantea:

- “Al final del inciso tercero (del art. 104 CRE), suprimase el signo gramatical punto y a continuación añádase la siguiente frase: “que sean de competencia del correspondiente nivel de gobierno”. Con ello se limita la consulta popular de los gobiernos autónomos descentralizados. Con la Constitución vigente los gobiernos autónomos podrían proponer consulta popular sobre “cualquier asunto de interés”, salvo lo dispuesto en el inciso sexto del mismo artículo que excluye expresamente dos temas: asuntos relativos a tributos o a la organización política administrativa del país. No obstante, la propuesta de reforma amplía la limitación a “asuntos de su competencia”.
- En el inciso cuarto suprimase la frase “sobre cualquier asunto”. Este inciso es el que trata sobre la consulta popular por iniciativa ciudadana. En este caso, también el inciso sexto del Art. 104 ya restringía la consulta ciudadana a cualquier asunto salvo los mencionados de tributos y de organización política y administrativa del país. Sin embargo, al eliminar las palabras “sobre cualquier asunto” del texto constitucional y por tanto, la amplitud de temas que pueden ser consultados por la ciudadanía se abre la puerta a una posible restricción mediante ley¹² o mediante interpretación discrecional por parte de la Corte Constitucional de este derecho.

Este desmontaje o regresividad de los nuevos derechos de participación no parece ir en la dirección de conformarlos como derechos constituyentes, sino más bien todo lo contrario.

En segundo lugar y en cuanto a la forma, la Asamblea Nacional propone tramitar la reforma mediante “enmienda constitucional” y por vía parlamentaria, sin

12 Referimos también que ya la LOPC limita indebidamente la posibilidad de consulta también a asuntos relativos a gasto público, Art. 21 LOPC.

participación popular. Ello resulta discutible, en tanto que es al menos cuestionable que la reforma del art. 104, no implique restringir el alcance de los derechos y garantías constitucionales.

El art. 95 CRE dice: “la participación de la ciudadanía en todos los asuntos de interés público es un derecho, que se ejercerá a través de los mecanismos de la democracia representativa, directa y comunitaria”. Además, la participación a través de la consulta popular es un derecho, tan importante como cualquier otro, pues la Constitución reconoce que todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía (art. 11.6 CRE).

Teniendo claro que el derecho a la consulta es un derecho, ¿cuándo se produce una restricción del mismo? en la nota del art. 11 de las “Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el art. 19 del protocolo de San Salvador”, adoptadas por la Asamblea General de la OEA, el 7 de junio de 2005¹³, se define la regresividad de la siguiente manera: “por medidas regresivas se entiende todas aquellas disposiciones y políticas cuya aplicación signifique un retroceso en el nivel de goce o ejercicio de un derecho protegido”. Por tanto, para determinar que una norma es regresiva, es necesario compararla con la norma que esta ha modificado o sustituido, y evaluar si la norma posterior suprime, limita o restringe derechos o beneficios concedidos por la anterior (Courtis, 2006, p. 4). Ello abre el debate sobre si en este caso concreto hay o no restricción del derecho. Alineándose al lado de la posición oficialista la Corte Constitucional, en su dictamen, afirma que no, con lo cual ratifica y autoriza la opción de realizar la reforma constitucional sin necesidad de participación ciudadana.

Respecto a la primera propuesta de modificación, la del inciso 3° del art. 104 CRE, la Corte establece que el Capítulo IV (Régimen de competencias), del Título V de la Constitución, establece las competencias exclusivas para los diferentes niveles de gobiernos autónomos descentralizados (Regionales, provinciales, municipales, de los distritos municipales y parroquiales urbanos). Por ello, expresa la Corte, es lógico suponer que cuando el art. 104 inciso tercero se refiere a “temas de interés de su jurisdicción”, tiene relación con las competencias establecidas por la constitución, de modo que a su juicio, la modificación del texto constitucional, lo único que hace es precisar el sentido de dicha disposición normativa, pero sin que en realidad se esté produciendo ninguna modificación sustancial. De hecho, lo que se hace es “complementar” los principios establecidos por la Constitución sobre descentralización y “fortalecer” los gobiernos autónomos descentralizados. Dice la Corte:

13 Cf. Resolución AG/RES. 2074 (XXXV-0/05).

Entonces, modificar esta regla constitucional, añadiendo que estos temas de interés deben ser aquellos relacionados a su competencia de gobierno, complementa los principios establecidos por la Constitución sobre descentralización y fortalecimiento de los gobiernos autónomos descentralizados (previsto en el art. 1 CRE), dado que los asuntos sobre los cuales debe centrar su competencia son aquellos previstos en el régimen competencial dispuesto en la Constitución de la República, es decir, aquello que guarda relación con la eficiencia administrativa de los gobiernos autónomos descentralizados a enfocar su gestión en el régimen competencial, razón por la cual no se advierte en qué medida podría alterar ni la estructura fundamental, el carácter y elementos constitutivos del Estado; tampoco implica una afectación o restricción a los derechos y garantías establecidos en la Norma Suprema, pues esta pretensión se vincula de modo directo con aquella disposición constitucional que invoca el principio de legalidad en la actuación de las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúan en virtud de una potestad estatal, previsto en el art. 226 CRE (Corte Constitucional, Dictamen N°. 001-14-DCR-CC, Caso N° 0001-14-RC, 31 de octubre de 2014, p. 48).

Respecto a la segunda propuesta de modificación, la del inciso 4° del art. 104 CRE, la Corte establece que aunque la Constitución vigente reconozca en este inciso el derecho de la ciudadanía a convocar una consulta popular “sobre cualquier asunto”, en realidad, este no es un derecho ilimitado, sino limitado por el propio texto constitucional en otros artículos. Concretamente, el art. 135 CRE afirma: “Sólo la Presidenta o Presidente de la República podrá presentar proyectos de ley que creen, modifiquen o supriman impuestos, aumenten el gasto público o modifiquen la división político administrativa del país”. O, el ya referido inciso sexto del mismo art. 104 que dice: “Las consultas populares que soliciten (...) la ciudadanía no podrán referirse a asuntos relativos a tributos o a la organización político administrativa del país, salvo lo dispuesto en la Constitución”.

Así pues, dice la Corte, en tanto que ya existían estos límites y que el inciso 4° del art. 104 CRE, como cualquier otro, debe ser comprendido e interpretado a la luz de la integralidad del texto constitucional, la supresión de la frase “sobre cualquier asunto” del mismo no implica ninguna modificación ni restricción en el ejercicio del mismo que no estuviese ya contemplada. En consecuencia, señala la Corte, la propuesta de modificación del art. 104 CRE, procede que sea tramitada por enmienda constitucional, vía tramitación parlamentaria y sin participación popular, de conformidad con lo previsto en el art. 441.2 de la Constitución.

Como decíamos antes, y a pesar de la posición de la Corte ratificando la postura oficialista, es al menos discutible que tales reformas no impliquen una doble restricción del derecho de participación. Por un lado, puede argumentarse que la limitación de que las consultas populares que convoquen los gobiernos autónomos

descentralizados a asuntos de su competencia local, implica imponer restricciones a la participación amplia y diversa sobre los asuntos de interés social. Como señalan Acosta y Ávila en el Amicus Curiae presentado ante la Corte en el presente caso, con las normas vigentes, si se trata de la provincia de Orellana, el gobierno autónomo podría organizar una consulta sobre la explotación petrolera, con la propuesta, como el manejo de recursos naturales no es competencia del gobierno provincial, entonces no se podría organizar una consulta sobre el tema extractivo. Pero además, por otro lado, implica excluir del debate las muchas veces necesaria e inseparable interconexión entre las dificultades o problemas locales del territorio descentralizado con las políticas generales estatales. Ya que el tratamiento de un asunto local a partir de su relación directa con asuntos generales, es un tratamiento que queda fuera de competencia automáticamente. Todo ello lleva a que la participación queda circunscrita a asuntos de interés menor.

Pero incluso, independiente y al margen del debate sobre si con la reforma del Art. 104 CRE se da o no realmente una restricción de derecho a la consulta, lo cual es discutible, de la solicitud de la Asamblea Nacional y el dictamen de la Corte Constitucional podemos extraer dos conclusiones incuestionables:

La primera es que incluso llegando a aceptar la posición de la Corte de que con las enmiendas al art. 104 CRE no se modifica nada, sino que solo se concreta lo que ya existía en otros artículos del texto constitucional, podemos decir que lo que la Corte está haciendo aquí es cerrar la tensión o contradicción existente en la propia Constitución entre una interpretación ampliada de la participación (la del art. 104 incisos 3º y 4º) y una interpretación restringida de la misma [la de los arts. 135, 104 inciso 6º, o el Capítulo IV del Título V (Régimen de competencias)] en favor de la restrictiva, eliminando el margen de discrecionalidad de jueces que aprovechando los resquicios o potencialidades técnicas que ofrece el texto, pretendan hacer una interpretación expansiva y progresista del derecho de consulta.

La segunda, es que aunque la posibilidad de reforma constitucional sin participación ciudadana directa esté prevista en la Constitución, la decisión del gobierno y su ratificación por la Corte de optar por esta en lugar de las otras opciones participativas que también serían posibles de acuerdo el texto constitucional¹⁴, demuestra:

Uno, un doble estándar valorativo puesto que la argumentación de la Corte usada para justificar que la reforma del art. 104 inciso cuarto, no restringe derechos, y según la cual “todas” las disposiciones constitucionales (incluidas por tanto, las referidas a la reforma

14 La tramitación de la reforma constitucional por la vía del art. 441.2 no es incompatible con la opción de que el Presidente de la República pueda, en base al art. 104, convocar a consulta popular si lo estimara conveniente.

constitucional) deben ser comprendidas e interpretadas a la luz de la integralidad de un texto constitucional, donde la participación protagónica de la ciudadanía en la toma de decisiones tiene un papel fundamental; no parece serles aquí de aplicación.

Y, dos, ello denota una falta de voluntad clara de hacer efectivo un modelo democrático de “mandar obedeciendo” y de respeto permanente exhaustivo a la soberanía popular puesto que la decisión de reforma constitucional no participativa plantea problemas desde el punto de vista de la teoría constitucional democrática¹⁵.

De todo lo anterior se puede deducir que la voluntad del Estado no sería desarrollar una concepción constituyente de los derechos de participación, sino una formalista.

3.4 El desarrollo de una concepción restringida de la plurinacionalidad e individualista de la persona

En los países de la zona andina, la participación como derecho constituyente está íntimamente ligada a dos aspectos: una concepción ampliada del reconocimiento constitucional de la plurinacionalidad y una concepción de la persona como ser social.

Si bien ambos aspectos están previstos en la Constitución ecuatoriana, la concepción que de estos dos aspectos ha desarrollado el Estado ecuatoriano es inversa a la planteada. Esto es una concepción restringida de la plurinacionalidad y una concepción de persona de tendencia individualista.

Un ejemplo que muestra, de manera concentrada, el mantenimiento por parte del Estado ecuatoriano de esta visión restringida de la plurinacionalidad a la vez que la concepción aislada o individualista de la persona, sería la sentencia de la Corte Constitucional, de 30 de julio de 2014, sobre el caso La Cocha (Sentencia No. 113-14-SEP-CC).

Veamos las dos concepciones existentes sobre la plurinacionalidad y la persona y el por qué la concepción de ellos desarrollada por el Estado impide la conformación de los mecanismos de participación como derecho constituyente, reduciéndolos a derechos constitucionales.

¹⁵ La actuación del parlamento debe estar siempre limitada por el principio de la soberanía popular. La soberanía reside en el pueblo y no en el parlamento que es sólo su representante, por eso, en aquellos supuestos donde ya se ha pronunciado *directamente* la soberanía popular, como es el caso de una aprobación de la Constitución el 28 de septiembre de 2008 por vía de referéndum, los parlamentos no pueden actuar libremente, sino que necesitan de ratificación popular. Esto hace que la posibilidad de reforma de la Constitución, expresión directa de la voluntad popular, por parte del parlamento sin preguntarle a la ciudadanía, en el presente caso sea inaceptable, de lo contrario la diferencia entre poder constituyente y poderes constituidos desaparece.

3.4.1 La sentencia de la Corte Constitucional en el caso La Cocha: la apuesta del Estado ecuatoriano por la concepción restringida de la plurinacionalidad e individualista de la persona.

Un análisis de la reciente praxis política y judicial del Estado ecuatoriano nos permite ver que la opción de este: no ha sido el desarrollo de la concepción ampliada de plurinacionalidad, sino más bien la restringida. Y si bien en algunos momentos se ha privilegiado el desarrollo de la forma social de persona desde un punto de vista jurisprudencial, sobre todo se ha potenciado la individualista. En particular, la tensión entre formas comunitarias plurinacionales/forma estatal y sujeto social/sujeto individuo, ha sido resuelta en una buena parte de casos, desde 2008 en adelante, a favor de lo estatal y lo individual. Ello es otro de los elementos que contribuye a que los mecanismos constitucionales de participación instaurados por el texto del 2008, hayan acabado convertidos en derechos constitucionales y no en derechos constituyentes.

Un ejemplo de esta tensión entre lo estatal y lo comunitario por un lado, y lo individual y lo comunitario por el otro, lo encontramos en el debate político y la sentencia del caso La Cocha de 2010, resuelto por la Corte Constitucional en julio de 2014. Este caso hace referencia a la convivencia entre el derecho oficial y el indígena comunitario.

Los hechos del citado caso fueron los siguientes: El 9 de mayo de 2010, cinco jóvenes de la Comunidad Indígena de Guantopolo asesinaron a una persona de la Comunidad Indígena de La Cocha durante el desarrollo de una fiesta en el territorio de la Nacionalidad Kichwa de Panzaleo del Ecuador, específicamente en el centro urbano de la parroquia Zumbahua de la Provincia de Cotopaxi. Tanto la Comunidad de La Cocha como la Comunidad de Guantopolo forman parte de la Nacionalidad Kichwa de Panzaleo. Frente a la denuncia del caso y previo acuerdo de las autoridades de las dos comunidades indígenas involucradas, de la familia de la víctima y de los presuntos victimarios, la comunidad de La Cocha asumió la competencia del caso. Los cinco jóvenes denunciados se sometieron a la justicia indígena y aceptaron las decisiones que la Asamblea General Comunitaria de La Cocha les impuso. A los primeros 4 acusados se les impusieron las siguientes medidas de reparación, corrección y rehabilitación: una indemnización de cinco mil dólares a favor de la familia del fallecido (quienes deciden entregar dicha cantidad a la comunidad para la compra de equipos y materiales en su beneficio); prohibición del ingreso a las fiestas sociales y culturales de la parroquia Zumbahua por el lapso de cinco años; expulsión de la comunidad de los implicados por dos años y rehabilitación por parte de familiares; baño de agua y ortiga por treinta minutos; cargar un quintal de tierra. Al quinto acusado, autor material del asesinato: vuelta a la plaza y perdón

público, cargando un quintal de tierra desnudo; baño de agua y ortiga por cuarenta minutos; consejos por parte de los dirigentes indígenas; trabajo comunitario por cinco años, con seguimiento y evaluación; indemnización a la madre del difunto con mil setecientos cincuenta dólares (Llasag, 2010).

La Constitución y el derecho internacional reconocen la justicia indígena y la imposibilidad de la justicia ordinaria de volver a juzgar casos ya resueltos por la primera. No obstante, después de que en mayo de 2010 la Asamblea General Comunitaria de La Cocha hubiera enjuiciado y resuelto el caso, la Fiscalía, el Ministro de Gobierno, la Policía, entre otras instituciones del Estado, deciden, vulnerando el principio de prohibición de doble enjuiciamiento, no respetar la decisión de la justicia indígena e inician proceso penal, tanto contra los cinco acusados en el caso, como contra las autoridades de la justicia indígena que habían enjuiciado el caso, por delito de secuestro sobre los cinco jóvenes.

Ello abrió un debate sobre las competencias de la justicia indígena cuya manifestación más reciente ha sido la Sentencia de la Corte Constitucional de 30 de julio de 2014 (Sentencia No. 113-14-SEP-CC), resolviendo una acción extraordinaria de protección (signada con el código 0731-10-EP), presentada por el hermano de la víctima para realizar un control de constitucionalidad de las decisiones adoptadas por la Comunidad de La Cocha, y donde la Corte también opta por reducir el alcance de la justicia indígena comunitaria¹⁶ en favor del Estado¹⁷.

En su sentencia, la Corte determina que, en el enjuiciamiento del caso, la Asamblea General Comunitaria de la Cocha había respetado el principio de debido proceso, con participación de las mujeres indígenas y aplicando las sanciones previstas en su propio derecho, las que eran aceptadas y conocidas por toda la Comunidad. Sin embargo, en la página 34 de la sentencia, la Corte señala que cuando la justicia indígena conoce un caso que afecta al derecho a la vida, ésta

no juzga ni sanciona la afectación a la vida, en tanto bien jurídico protegido y derecho subjetivo de la persona, sino que lo asume, lo juzga y lo sanciona en tanto genera un

16 La Constitución reconoce la posibilidad de las autoridades de los pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas de ejercer “funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres” (art. 171 CRE). Además, el art. 76.7.i) añade que los casos resueltos por la jurisdicción indígena no podrán volver a juzgarse por la justicia ordinaria.

17 La Corte Constitucional agrupó las nueve pretensiones alegadas y procedió a responderlas en función de dos preguntas: 1. ¿Las autoridades indígenas adoptaron decisiones bajo competencias habilitadas, aplicando procedimientos propios, dentro de los parámetros constitucionales y de la protección de derechos humanos reconocidos por las convenciones internacionales?; 2. ¿Las instituciones y autoridades públicas respetaron a la comunidad indígena implicada en el proceso de juzgamiento en examen, en especial, las decisiones de la justicia indígena?

conflicto múltiple entre las familias y en la comunidad, que debe ser resuelto con el fin de restaurar la armonía de la comunidad; en este sentido, no se juzga el atentado contra la vida considerada individualmente [...] sino en función de las afectaciones que este hecho provoca en la vida de la comunidad (cursiva nuestra, SENTENCIA N.o 113-14-SEP-CC)

En resumen, lo que viene a decir la sentencia es que el objeto del juicio en la justicia indígena es el bien jurídico comunidad o dicho de otra forma, el sujeto entendido como ser social o en su dimensión excéntrica, pero no la vida como bien jurídico en sí mismo o el sujeto entendido como ser individual o en su dimensión concéntrica.

Así pues, y partiendo de una interpretación liberal individualista de la persona constitucionalizada como un cuerpo reconstruido en su unicidad, que tiene valor de manera aislada y por sí mismo, la sentencia avala que el caso deba volver a ser enjuiciado por la justicia ordinaria puesto que la justicia indígena, al entender el sujeto no de manera individual, sino como conjunto de relaciones sociales, no lo había hecho. La Corte Constitucional establece:

[...] en caso de que ocurra un delito contra la vida dentro de una comunidad o territorio indígena, el Estado garantizará, al igual que en el resto del territorio nacional, que el mismo sea juzgado y sancionado de conformidad con las leyes propias del Derecho Penal Ordinario.

De lo anterior se desprenden dos conclusiones:

En primer lugar, la sentencia pondría de manifiesto la posición del Estado de limitar el reconocimiento de lo plurinacional a lo cultural, pero no a lo social, jurídico, político y económico, ámbitos que continúan siendo concebidos como exclusivos del aparato estatal. El texto marca una diferencia entre las jurisdicciones ordinaria e indígena, encargando a la justicia ordinaria el tratamiento de ciertos delitos considerados graves y a la justicia indígena delitos y aspectos menores de la convivencia en la comunidad.

En segundo lugar, continúa predominando el desarrollo de una concepción de persona como realidad aislada e individual, no escindible, sobre esta como realidad compuesta, “individual”, construida sobre las relaciones con las que está conectada.

Este desarrollo de la concepción restringida de plurinacionalidad y con acento individualista de persona, acaba dando lugar a que la relación Estado-comunitarismo sea inversa a la que sería propia de la participación como derecho constituyente: es desde la incorporación de las prácticas comunitaristas de las asociaciones comunales, pueblos indígenas, movimientos sindicales, etc., en clave intercultural al seno del Estado, desde donde se abre la puerta a una nueva ciudadanía colectiva

participativa transformadora, no a la inversa. La incorporación de prácticas estatales y jurídicas tradicionales al seno de los movimientos comunitarios que históricamente han operado desde formas no estatales ni centrales, solo conduce a su desaparición y al de su potencial práctico de transformación.

Conclusión

En resumen, vistas algunas de las limitaciones políticas, culturales, jurisprudenciales, etc. que se están dando en el proceso de desarrollo normativo e implementación de los nuevos derechos de participación que estableció la Constitución ecuatoriana de 2008, llegamos a la conclusión manifestada al inicio de este trabajo, consistente en afirmar que si bien existió una voluntad constituyente clara y una base jurídica suficiente para poder desarrollar un modelo donde la participación adquiriese un carácter constituyente, su desarrollo normativo, despliegue práctico y condicionantes político-culturales han acabado vaciando tales derechos de su carácter constituyente, convirtiéndolos en estrictos derechos constitucionales.

Referencias

- Alonso, L.E. (2007). *La crisis de la ciudadanía laboral*, Barcelona: Anthropos.
- Barile, P. (1984). *Diritti dell 'uomo e liberta fondamentali*, Bolonia: Il Mulino.
- Bilbeny, N. (1989), "Kant y la Revolución Francesa. Refutación del derecho de resistencia civil", *Anuario de Filosofía del Derecho*, VI, 23-32.
- Biondo, F. (2012). *Disobbedienza civile e teoria del diritto. I conflitti presi sul serio*, Torino: Giappichelli Editore.
- Bobbio, N. (1991). *El tiempo de los derechos*. Madrid: Sistema.
- Carpintero Benitez, F. (1990). "Poder y derecho. La modernidad ante la resistencia a la injusticia", *AFD*, VII, 379-408.
- Carrión, P. (2012). *Consulta previa: legislación y aplicación*. Quito: Konrad Adenauer Stiftung.
- Courtis, C. (2006). "La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios". En Courtis, C. (comp.), *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales* (pp. 3-52). Buenos Aires: Editores del Puerto.
- De Vega, P. (1985). *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid: Tecnos.

- Fohsthoff, E. (1938). *Königsberger Rechtswissenschaftliche Forschungen*. Stuttgart: Kohlhammer.
- Garrorena, A. (1977). “Teoría y práctica española del referéndum”, *Anales de la Universidad de Murcia*, XXXI (3-4).
- Lapassades, G. (1977). *Grupos, organizaciones e instituciones. La transformación de la burocracia*. Barcelona: Granica.
- Lefort, C. (1984). *Teoría de la burocracia estatal*. Buenos Aires: Paidós.
- Llasag, R. (2010). “Avances, límites y retos de la administración de justicia indígena en el Ecuador, año 2010: El Caso La Cocha”. En *Develando el desencanto. Informe sobre derechos humanos Ecuador 2010*, Programa Andino de Derechos Humanos/ UASB, Quito.
- Martín-Retortillo, L. (1962). “La configuración jurídica de la administración pública y el concepto de “daseinsvorsorge””, *Revista de Administración Pública*, (38), 35-65.
- Montaña, J. (2012). *Teoría utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano*. Quito: Corte Constitucional/CEDEC.
- Oszlak, O. (1980). “Estado, planificación y burocracia: los procesos de implementación de políticas públicas en algunas experiencias latinoamericanas”, en *25 aniversario del INAP 1955-1980*, México.
- Palacios, F. (2008). “Constitucionalización de un sistema integral de derechos sociales. De la Daseinsvorsorge al Sumak Kawsay”. En Ávila, R., Grijalva, A. & Martínez, R. (eds.), *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva* (pp. 41-66) Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Pérez, C. (2012). *Agua u Oro: Kimsacocha la resistencia por el agua*. Quito: Facultad de Ciencias Médicas de la Universidad de Cuenca.
- Queralt, J.J. (1986). *La obediencia debida en el Código Penal*. Barcelona. Bosch.
- Schwarz, W. (1964). “The right of resistance”. *Ethics*, 74 (2), 126-134.
- Tapia, L. (2008). *Política Salvaje. Autodeterminación*. La Paz: CLACSO, Muela del Diablo.
- Zagrebelsky, G. (1995). *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta.

Legislación

- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de 20 de diciembre de 1999.
- Constitución de la República de Ecuador, de 20 de octubre de 2008.
- Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, de 7 de febrero de 2009.
- República de Ecuador, Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, de 18 de mayo de 2004.

República de Ecuador, Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, de 9 de abril de 2009.

República de Ecuador, Ley Orgánica de Participación Ciudadana, de 12 de abril de 2010.

República de Ecuador, Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, de 3 de septiembre de 2009.

República de Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, de 21 de septiembre de 2009.

República de Ecuador, Ley Orgánica de Educación Superior, de 6 de octubre de 2010.

República de Ecuador, Decreto Ejecutivo No. 669, de 21 de febrero de 2011, por el que el Presidente de la República dispuso al Consejo Nacional Electoral a que convocara a consulta popular.

República de Ecuador, Decreto Ejecutivo No. 946, de 28 de noviembre de 2011, por el que el Presidente de la República dispone al Consejo Nacional Electoral que convoque a consulta popular en el Cantón de La Concordia.

Estado Plurinacional de Bolivia, Ley No. 341 de Participación y control social, de 5 de febrero de 2013.

Jurisprudencia

Tribunal Supremo de España, Sala Tercera, de 11 de febrero de 2009, rec. 905/2008.

Corte Constitucional Ecuador, Sentencia No. 001-10-SIN-CC, de 18 de marzo de 2010.

Corte Constitucional Ecuador, Dictámenes No. 001-11-DRC-CC y 001-DCP-CC-2011, Casos No. 0001-11-RC y Caso No. 0001-11-CP, de 15 de febrero de 2011.

Corte Constitucional Ecuador, Sentencia No. 113-14-SEP-CC, de 30 de julio de 2014.

Corte Constitucional Ecuador, Dictamen No. 001-14-DCR-CC, Caso No. 0001-14-RC, 31 de octubre de 2014.