

Diego Zambrano Álvarez

**Derecho Electoral:
Pluralidad y Democracia**



República del Ecuador
Tribunal Contencioso Electoral

Dra. Catalina Castro Llerena
JUEZA - PRESIDENTA

Dr. Patricio Baca Mancheno
JUEZ - VICEPRESIDENTE

Dr. Guillermo González Orquera
JUEZ ELECTORAL

Dra. Patricia Zambrano Villacrés
JUEZ ELECTORAL

Dr. Miguel Pérez Astudillo
JUEZ ELECTORAL

Ab. Fabián Haro Aspiazu
SECRETARIO GENERAL

Dirección de Investigación Contencioso Electoral:

Ab. Francisco Terán Hidalgo
DIRECTOR

LOS CONTENIDOS DE ESTA OBRA SON RESPONSABILIDAD EXCLUSIVA DEL AUTOR Y
NO REPRESENTAN NINGUNA POSICIÓN INSTITUCIONAL

Paulina Torres Proaño
EDITORA

Ing. Fernando Rivera Yépez
DIAGRAMACIÓN

Lic. Francisco Tomalá Medina
COORDINADOR UNIDAD DE COMUNICACIÓN

© Derechos reservados TCE 2012
ISBN: 978-9942-07-337-2
Impreso en TECNOPRINT
Primera edición: Diciembre 2012
Quito, Ecuador

*Dedicado a aquella o a aquel que, por su juventud,
hubiese sido ignorado en foros intelectuales,
y aún así, ha insistido en caminar, de tal manera,
que cada paso contribuya a dar forma a la huella.*

*También está dedicado a ti, Carolita,
por los buenos tiempos que a tu lado
están por llegar.*

Presentación

En mi calidad de Presidenta del Tribunal Contencioso Electoral, es para mí una verdadera satisfacción poner en manos de la comunidad jurídica ecuatoriana un texto, que sin perjuicio de la heterogeneidad de los temas abordados por el autor, no deja de ser una de las pocas contribuciones nacidas de la academia ecuatoriana sobre asuntos específicamente de justicia electoral.

La presente contribución constituye el sexto volumen de la serie “Justicia Electoral y Democracia” la misma que inició hace tres años y que pretende, de forma progresiva, ir cubriendo el enorme vacío existente en el debate académico al respecto, debido a la corta tradición que, en nuestro país tiene el derecho contencioso electoral.

Quizá uno de los atractivos a resaltar del presente compendio de ensayos es la multiplicidad de enfoques y técnicas utilizadas por el autor.

Para la realización del primer aporte, el autor, a partir de una perspectiva histórico evolutiva, cuestiona la idea según la cual se considera novedosa y hasta contestataria, la tradición francesa de la división tripartita de poderes. Con este objetivo, el autor reconoce que en el pensamiento republicano del Libertador, la Función Electoral fue y sigue siendo uno de los pilares fundamentales de todo sistema democrático, no sólo porque es el medio institucional por el cual se manifiesta el pueblo soberano, sino también porque un sistema electoral sólido y confiable es la fuente formal de legitimación del ejercicio del poder político.

Seguidamente, por medio de un estudio evolutivo del sistema electoral ecuatoriano, el autor pretende demostrar cómo la ausencia de un sistema de justicia electoral permitió, durante casi dos siglos que la voluntad política de caudillos y grupos hegemónicos se impusieron por sobre cualquier razón jurídica que, en su calidad de *ultima ratio*, en la

actualidad representa un límite infranqueable para cualquier persona u organización política toda vez que un ejercicio abusivo del poder político, económico o privilegios derivados de posiciones sociales tradicionalmente preferentes puede constituirse en un óbice para el pleno ejercicio de los derechos de participación que se expresan a través del sufragio, derechos fundamentales cuya tutela efectiva corresponde, de manera exclusiva, aunque no excluyente a la Función Electoral.

En “Democracia Directa y Justicia Electoral”, Diego Zambrano aborda, desde una perspectiva jurídica, un asunto que prácticamente ha quedado en manos de la ciencia política. Este ensayo difiere de los demás componentes de este libro, en cuanto a su formato dialógico puesto que corresponde a una ponencia que fue presentada en un seminario internacional en el que participaron varias autoridades electorales de la región por lo que a la lectora o lector puede resultarle un texto de mayor facilidad para su comprensión para personas que no han profundizado en estudios en ciencias jurídicas, aunque no por ello, se puede decir que este ensayo no tenga la misma rigurosidad académica que los demás.

En “Garantías fundamentales y tutela efectiva de los derechos de participación” el autor plantea una alternativa, según la cual, vía jurisprudencia contencioso electoral, se le podría ir dando contenido electoral a la Acción Ciudadana incorporada en el texto constitucional, en el artículo 99 cuya naturaleza residual permitiría procesar dentro del sistema de justicia electoral conflictos que, no estando previstos por la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia podrían quedar excluidas de la tutela jurisdiccional efectiva de los derechos de participación.

Esta iniciativa ya cuenta con varios antecedentes en América Latina. La pionera, sin duda fue Costa Rica, en cuyo sistema electoral, vía precedentes jurisprudenciales se reconoció y a partir de ahí, fue desarrollándose la figura del Amparo Electoral, lo cual ha permitido que el sistema de justicia electoral pueda dar respuestas más efectivas a la conflictividad política, así como incurrir en formas de reparación más eficaces e integrales. En todo caso, el autor deja planteada la inquietud

como una invitación al debate multisectorial sobre el tema. No obstante, será la necesidad social e institucional la que dé o no la razón a quienes adopten esta posición.

El ensayo titulado “Democracia procedimental con enfoque intercultural: una asignatura pendiente para el Estado de derechos” es, desde mi punto de vista, el aporte más novedoso de la presente obra. Aquí, a partir de algunos fundamentos generales que sostienen al pluralismo cultural plantea que la democracia, como método basado en la regla de mayorías, al igual que los métodos de administración ancestral de justicia pueden ser menos rígidos y reconocer procedimientos tradicionales que cumplan con el objetivo del sistema, que no puede ser otro que el respeto a la voluntad del electorado y el respeto al derecho fundamental a participar, de forma determinante en los asuntos que afectan a toda la comunidad.

Al abordar el penúltimo ensayo, “El precedente constitucional-electoral ecuatoriano: redefinición del sistema tradicional de las fuentes del Derecho” el autor analiza el delicado tema relacionado con la ubicación del precedente jurisprudencial, en materia electoral, en su calidad de fuente inédita del derecho constitucional ecuatoriano, conforme lo establecido en el artículo 221, inciso final de la Constitución de la República.

La especificidad, no sólo en virtud de la materia, sino desde el punto de vista metodológico que diferencia al sistema de triple reiteración propio de la Corte Nacional de Justicia, corte de casación y control de legalidad; así como, de la Corte Constitucional, máximo órgano de interpretación y control constitucional plantea el problema, no atendido por la legislación sobre la naturaleza del precedente electoral, su valor jerárquico y su relación con las demás fuentes normativas nacionales e internacionales.

La dualidad del precedente electoral como precedente de rango constitucional y legal, de acuerdo con esa jerarquía móvil planteada por el principio *pro homine* de interpretación de los derechos humanos

y fundamentales, así como el principio de paralelismo de las formas jurídicas no deja de ser un primer, aunque importante acercamiento, por lo que este planteamiento, siendo uno entre muchos otros, constituye una más de las múltiples invitaciones al debate académico ampliado.

El último ensayo que integra el presente compendio, “Herramientas políticas e institucionales: la delgada línea entre el cambio y el caos”, constituye una de las más recientes aproximaciones del autor en la rama de la ciencia política, desde un enfoque teórico, con respaldo empírico y con respaldo de bibliografía poco común para una abogado.

En este ensayo, el autor aborda el siempre vigente problema sobre el diseño institucional que otorga competencias activas y reactivas a los diferentes actores dentro de un sistema constitucional y que cada vez se complejiza más por el mayor involucramiento de la ciudadanía en asuntos públicos, lo que plantea, lo que a mi criterio constituye una falsa disyuntiva entre la estabilidad del sistema y la participación ciudadana.

“Derecho Electoral: Pluralidad y Democracia” es una contribución académica que demuestra la voluntad política del Tribunal Contencioso Electoral de aportar al debate académico, bajo el entendido que sólo así se puede propender hacia una producción jurídica pensada desde una realidad social e institucional que nos es propia, así como a la formulación de propuestas de perfeccionamiento para nuestro sistema jurídico electoral, de ahí que, en mi calidad de Presidenta de esta alta corte, aprovecho esta oportunidad para convocar a todas y todos quienes sean capaces de dedicar su tiempo a pensar en un mejor sistema de justicia electoral y se atrevan a plantear sus ideas a la comunidad ecuatoriana someterlas a discusión ampliada y sostener sus puntos de vista en diferentes foros académicos.

Sabemos que el apoyo al trabajo académico es una obligación cívica de quienes han tenido la oportunidad de acceder a una formación jurídica suficiente para cuestionar las falencias que presenta nuestro sistema jurídico y plantear alternativas para ello; la posibilidad de difundir esas ideas, aún cuando no suscribamos las tesis desarrolladas es parte del respeto al pluralismo que enriquece a nuestras sociedades, es parte de un proceso de democratización del pensamiento; pero sobre todo, es nuestro compromiso institucional.

Catalina Castro Llerena
PRESIDENTA TCE

Índice

El pensamiento constitucionalista del Libertador sobre la Función Electoral y los Derechos de Participación Política.....1

El Bolívar de la Preindependencia.....	2
El modelo de Estado propuesto por Bolívar.....	6
Bolívar y los derechos de participación política.....	13
Análisis evolutivo del régimen jurídico electoral y de los derechos de participación política en el Ecuador.....	15

El régimen electoral en la época de la Independencia y durante la Gran Colombia.....19

El régimen electoral a partir de la conformación de la República del Ecuador.....	24
Sufragio directo.....	25
Sufragio universal.....	29
Modelo institucional electoral.....	33

La Función Electoral en Ecuador.....39

El Régimen Constitucional de 2008.....41
Partidos y movimientos políticos.....46
Métodos para la adjudicación de escaños.....50
Asambleístas y dignidades pluripersonales.....49
Nuevos principios del Derecho Electoral.....54

Democracia directa y justicia electoral.....61

Desarrollo histórico-conceptual de la democracia
como sistema de gobierno.....64
Nociones sobre democracia directa como mecanismo
complementario a la democracia representativa.....75
El rol de la justicia electoral y los mecanismos de
democracia directa.....81
Conclusiones.....91

**Garantías fundamentales y tutela efectiva de los
derechos de participación.....93**

Derechos de participación.....98
Los recursos contencioso electorales:
falencias procesales.....103
Actuaciones preprocesales.....106
Legitimación activa.....108
Medidas provisionales.....114

Aspectos probatorios.....	115
La pretensión jurídica.....	119
Falencias teórico prácticas de la falta de garantías constitucionales en materia electoral.....	122
Propuesta de solución a la falta de garantías jurisdiccionales en el sistema ecuatoriano.....	124
Propuesta de un modelo alternativo.....	135

**Democracia procedimental con enfoque intercultural:
una asignatura pendiente para el
Estado de derechos.....153**

La etnización jurídico-política en Ecuador: la plurinacionalidad en su contexto histórico.....	155
Democracia pluricultural.....	163
Los derechos colectivos desde una perspectiva política.....	167
La consulta previa vinculante: un derecho de participación política oculto en el sistema de Derecho Internacional.....	186

**El precedente constitucional-electoral ecuatoriano:
redefinición del sistema tradicional de las
fuentes del Derecho.....193**

Aspectos generales.....	193
-------------------------	-----

La jurisprudencia como principal fuente normativa.....	201
La experiencia colombiana.....	223
Elementos constitutivos de la sentencia: el precedente estático.....	227
El manejo metodológico de la subregla: el precedente dinámico.....	231
Análisis práctico y aplicación metodológica.....	239
La inserción del precedente constitucional-electoral, según los principios y valores de un nuevo modelo jurídico.....	247
El sistema de precedentes según el sistema constitucional ecuatoriano.....	256
Desafíos pendientes para el sistema ecuatoriano de precedentes jurisprudenciales.....	264

Herramientas políticas e institucionales: la delgada línea entre el cambio y el caos.....273

Las herramientas políticas y transformación institucional.....	278
Herramientas institucionales e interrelación de autores.....	288
La muerte cruzada.....	290
Referéndum y revocatoria del mandato.....	291
Mecanismos de democracia participativa.....	292
Estado de sitio o excepción.....	293
La reforma constitucional y convocatoria a Asamblea Nacional Constituyente.....	294
Conclusiones.....	296

Bibliografía.....297

El Pensamiento Constitucionalista del Libertador sobre la Función Electoral y los Derechos de Participación Política

La complejidad de la que están revestidas las imágenes de las grandes figuras históricas obliga a estudiosos y entendidos a analizar su vida y obra desde varios puntos de vista que puedan hacerles justicia, sin que por ello, se puedan olvidar que se trata de seres humanos que sin perjuicio de su excepcionalidad, no pueden ser elevados más allá del bien y del mal.

En el caso particular de Simón Bolívar, indiscutiblemente una de las personalidades más importantes en la historia moderna de nuestra región, su obra posee una especial significación para nuestros pueblos, no sólo por tratarse de un grandioso militar cuyo valor, estrategia y valentía condujeron a una buena parte de los pueblos de América del Sur a la independencia, sino que además, fue el gran ideólogo de las bases políticas e institucionales de nuestros países.

De ahí que el presente trabajo tiene como propósito el estudio del realista político y del constitucionalista, cuyo modelo no fue fácticamente probado, por razones históricas a las que nos referiremos enseguida, pero que puede constituir el punto de partida para quienes sostenemos que existe un constitucionalismo latinoamericano, nacido de nuestra propia visión de entender el Estado y las relaciones entre grupos sociales, culturalmente diversos.

Si hay un mérito mayor en Bolívar es la identificación de este “pequeño género humano”¹ latinoamericano, cuya historia debe ser construida desde sí misma y con atención a sus propios y legítimos

¹ Simón Bolívar, “Contestación de un americano meridional a un caballero de esta isla”, carta dirigida a Henry Cullen el 6 de septiembre de 1815.

intereses. En este sentido y aún a riesgo de utilizar categorías propias de nuestro tiempo, en este trabajo pretendo incursionar en el estudio de Bolívar, bajo la hipótesis por la cual él sería el precursor del constitucionalismo andino y del estado constitucional de derecho, en nuestras tierras.

El Bolívar de la Preindependencia

Fiel a su exquisita formación académica, culminada en Europa y como hijo de las élites criollas de la época, Bolívar es uno más de aquellos que buscan enrolarse en el poder, exclusivamente acaparado por la corona². La oportunidad para intentar ejercer el poder se da cuando España entró en una fuerte crisis política debido a que el ejército francés de Napoleón Bonaparte dominó el reino y, naturalmente, provocó la resistencia española. Este rechazo a Napoleón tuvo sus réplicas en América.

En este contexto, se conformaron las denominadas juntas de gobierno, en las que participó Bolívar. Este movimiento ciudadano en ningún momento tuvo como objetivo la independencia de España, sino desconocer la autoridad de José Bonaparte, usurpador del poder legítimo que descansaba en la corona española. Esto explica la razón por la cual, en el artículo 5 de la Constitución Quiteña de 1812, se manifiesta que “en prueba de su antiguo amor, y fidelidad constante a las personas de sus pasados Reyes; protesta este Estado que reconoce y reconocerá por su Monarca al señor don Fernando Séptimo, siempre que libre de la dominación francesa...”.

² “...no somos europeos, no somos indios, sino una especie media entre los aborígenes y los españoles. Americanos por nacimiento y europeos por derechos, nos hallamos en el conflicto de disputar a los naturales los títulos de posesión y de mantenernos en el país que nos vio nacer, contra la oposición de los invasores; así nuestro caso es el más extraordinario y complicado”. Simón Bolívar, *Discurso inaugural del Congreso de Angostura*, el 15 de febrero de 1819.

La afirmación expuesta puede ayudarnos a entender las justificaciones que el propio Bolívar realiza para rechazar el bloqueo de costas y puertos impuesto por el Consejo de Regencia, institución que gobernó España durante el cautiverio de Fernando VII. En esta ocasión, Bolívar se defiende al decir que en ningún momento el movimiento criollo pretendió cuestionar la autoridad española y que su organización no fue otra cosa que el apoyo a una causa común con los colonizadores que consistía en desconocer a Bonaparte y apoyar a la independencia de España³.

Sin perjuicio de ello, esta fugaz ilusión de acercarse al poder y la intransigencia de la corona que respondió con brutalidad a esta “rebeldía” va creando conciencia en las élites americanas, tornándose evidente que la única forma de ejercer o compartir el poder en estas tierras, requería de una revolución que permita la instalación de un gobierno independiente en la América meridional.

La conciencia emancipadora no sólo tendrá una arista política, sino otra, quizá más importante, la comercial. La propia corona con anterioridad había propuesto la implementación de un plan de desarrollo económico, basado en el intercambio comercial entre la metrópoli y las colonias. El plan industrializador de España, buscaba la implementación de un “nuevo pacto colonial” según el cual España obtenía de América las materias primas necesarias para elaborar manufacturas, las mismas que no sólo encontraban demanda en la propia España, sino también en sus colonias.

Naturalmente, esto no convenía a Inglaterra cuyo dominio comercial podía verse amenazado, no sólo porque podía producirse escasez de materia prima, indispensable para la producción, sino porque se le estaba cerrando un mercado bastante importante para la época.

³ Simón Bolívar, carta dirigida al Secretario de Estado y Relaciones Exteriores del Gobierno de Venezuela, el 8 de septiembre de 1810.

Ante tal situación, una vez producida la independencia de los Estados Unidos y considerando los peligros comerciales que representaba España por sus dominios en América, Inglaterra empezó a conspirar contra España, actitud bastante frecuente entre las grandes potencias de la época⁴ que se disputaban la hegemonía económica y política en el mundo.

“Con la revolución industrial no se produjo solamente un cambio radical en la producción manufacturera o agrícola, en la organización de los centros urbanos, en la estructura social y la política del Reino Unido, sino que significó también la definitiva consolidación de la Gran Bretaña como el eje del sistema económico mundial. Desde entonces la presión del comercio y el sistema financiero británico serían determinantes en todos los continentes. Y para la América española sería uno de los coadyuvantes de su proceso autonomista”⁵.

Apenas en este momento el pensamiento independentista empieza a calar en la clase criolla. Sin embargo, estos intereses de clase requerían de un caudillo, necesariamente criollo, ilustrado y militarmente apto para lograr el objetivo. Bolívar contaba con tales características pero su excluyente conciencia de clase, lo hace incurrir en un error militar que llevaría a la derrota de los independentistas. El ejército revolucionario no contó con el apoyo de las clases populares e indígenas que en un primer momento lucharon en el bando realista que logró controlar a los agitadores. Tiempo después, Bolívar consciente de este error, logra incorporar a estas clases a su ejército, quienes fueron determinantes en la victoria patriótica.

⁴ Recordemos que Francia influyó en importante medida en la independencia de Estados Unidos y de la parte de la Canadá inglesa, así como Inglaterra brindó sus oficios para la liberación de la Canadá francesa. Ver: Víctor Malpartida Astillo, *El pensamiento de Simón Bolívar*, Lima, Editorial San Marcos, primera edición, 2006, pp. 76-77.

⁵ Enrique Ayala Mora, *Simón Bolívar*, Colección: Pensamiento Fundamental Ecuatoriano, Quito, Corporación Editora Nacional, 2006, p. 24.

Una vez triunfante, la revolución americana tenía como necesidad, la instauración de un sistema de gobierno que sea capaz de dar paz a los territorios y aglutinarlos para crear condiciones de estabilidad y perspectivas de desarrollo. Las ambiciones particulares de los triunfadores imponen una tendencia separatista, conspiradora que sólo podía, según Bolívar, conllevar el debilitamiento y la ruina de los nacientes estados. Este escenario de disturbios políticos y lucha sangrienta por la conquista del poder influyó directamente en el modelo de Estado que Bolívar propuso como el conveniente para la región.

Para la creación de un Estado políticamente estable y próspero era indispensable crear las condiciones económicas que lo sostengan. Las reglas comerciales, como ha sucedido en todas las épocas, están dadas por la potencia hegemónica, en este caso, Inglaterra. En tal virtud y al no existir las condiciones de competir contra la potencia industrial de la época, a América no le quedaba otra opción que producir materias primas que sólo podían ser exportadas a Europa, porque el mercado interno resultaba insignificante. Por tanto, los lazos comerciales con Inglaterra debían fortalecerse.

En todo caso, si bien hubiese sido deseable, según Bolívar, que se iniciara un rápido proceso de industrialización que permita una cierta independencia económica, las exportaciones empezaron a aumentar y con ellas, las fortunas de las clases acomodadas que sostenían y diseñaban el sistema. Este sistema comercial nos acercaba a Inglaterra, vínculo que no sólo interesaba desde el punto de vista económico, sino también político ya que la necesidad de la potencia de obtener materias primas hacía que exista un respaldo a la emancipación política americana que comercialmente estaría sometida a los criterios y directrices del hegemón.

Bajo este contexto y esta lucha de intereses se desarrollaron las guerras independentistas y esta experiencia acumulada, dio las pautas para la propuesta bolivariana de un modelo de Estado.

El modelo de Estado propuesto por Bolívar

De los escritos del Libertador se puede identificar dos elementos que constituyen un punto de partida. El primer elemento es el criterio de identidad. En este ámbito, Bolívar sostuvo que América Latina debe pensarse a sí misma, bajo el entendido que no somos europeos, pero tampoco somos pueblos indígenas únicamente. La América de Bolívar, por sus antecedentes históricos, culturales y étnicos era algo diferente, algo único, producto de una mixtura entre dos civilizaciones y que aquel era el momento de construir su propio destino.

Bolívar era consciente que la clase criolla no estaba preparada para gobernar. El hecho de nunca haber ejercido la autoridad pública hacía necesario agotar un tiempo de aprendizaje o transición ya que este infantilismo político habría impedido el desarrollo de lo que, para Bolívar, constituían las más importantes virtudes patrias: las virtudes políticas, las costumbres severas y los talentos de carácter militar⁶.

El segundo principio responde a razones de carácter contextual. El vacío de poder dejado por España y las ambiciones de la clase criolla por ocuparlo, sometieron a las nuevas naciones a un permanente estado de inestabilidad, revueltas y luchas sangrientas por captar la autoridad pública. Esta clara tendencia al fraccionamiento y a la defensa de intereses particulares llevó a Bolívar a rechazar al federalismo, pese a que reconocía que en otros lugares, como los Estados Unidos de América era el mejor sistema.

El Libertador sostuvo: “el sistema federal, bien que sea el más perfecto y más capaz de proporcionar la felicidad humana en sociedad,

⁶ Simón Bolívar, discurso pronunciado en la Sociedad Patriótica, durante la noche del 3 al 4 de julio de 1811, disponible en: “Simón Bolívar, la vigencia de su pensamiento” *ob. cit.* p. 20.

es, no obstante, el más opuesto a los intereses de nuestros nacientes Estados...”⁷.

La unificación de territorios en una sola gran nación que pueda proyectarse a ser una potencia mundial era indispensable toda vez que Bolívar, con profética sensibilidad vio en la unificación de los estados del norte una amenaza para el desarrollo de la región; de la misma manera que los federalistas norteamericanos, vieron en el proyecto de la Gran Colombia una amenaza a sus intereses⁸.

Según Bolívar, esta amenaza sólo podía ser contrarrestada con la unificación de territorios bajo un gobierno que reconozca potestades a sus partes pero que centralice aquellos aspectos de interés común. Lamentablemente, la historia le daría la razón.

En definitiva, la receta bolivariana buscaba implementar un sistema que garantice el justo medio entre la anarquía y la tiranía, y que sea capaz de ser sensible a la opinión pública, en la que descansa la estabilidad del gobierno.

Ahora bien, rechazado de plano el sistema federal, Bolívar propuso un modelo centralista, concentrador de poder y capaz de ejercerlo con mano dura para que sea capaz de actuar con agilidad ante una emergencia política, militar y natural. De hecho, Bolívar atribuye al fracaso militar de la Venezuela de la primera década del siglo XIX, a la falta de coordinación entre el gobierno federal y el de las provincias. En palabras del Libertador: “Yo pienso que mejor sería para la América

⁷ Simón Bolívar, discurso pronunciado en la Sociedad Patriótica, 3 al 4 de julio de 1811, disponible en: “Simón Bolívar, la vigencia de su pensamiento” *ob. cit.* p. 18.

⁸ Alexander Hamilton, Santiago Madison y John Jay, *El Federalista*, No. 5, disponible en: http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/derecho/federalista/5.html.

adoptar el Corán que el gobierno de los Estados Unidos, aunque es el mejor del mundo”⁹.

Este estado unitario se presentó como un estado-nación; de ahí que, si bien la identidad de los americanos era diferente a las que le dieron su origen, dentro de estos territorios solamente podía existir una sola identidad y, a raíz de ella, proyectada desde el gobierno hasta que sea capaz de integrar el imaginario público.

Lógicamente, la construcción de una nación independiente en todos los órdenes de la vida social implica, en un primer momento, romper con los lazos que nos unían a los antiguos colonizadores, como por ejemplo, el hábito de obediencia, el comercio y la religión. “Para formar un gobierno estable se requiere de la base de un espíritu nacional, que tenga por objeto una inclinación uniforme hacia dos puntos capitales: moderar la voluntad general y limitar la autoridad pública”¹⁰.

El régimen institucional que debía implementarse en esta nación correspondía a la concepción del estado de derecho, o el gobierno de las leyes¹¹. Fiel a su formación ilustrada, Bolívar sigue las ideas expuestas por Montesquieu en el “Espíritu de las Leyes”, en cuanto, todo régimen normativo debe responder a una situación histórico-social concreta y no a un modelo abstracto, por más exitoso que pueda resultar bajo otras

⁹ Simón Bolívar, Carta dirigida a Daniel F. O’Leary, escrita, en Guayaquil, el 13 de septiembre de 1829, disponible en: <http://www.aporrea.org/actualidad/a57257.html> (Consultado 16-04-2011).

¹⁰ Simón Bolívar, *Discurso inaugural del Congreso de Angostura*, el 15 de febrero de 1819.

¹¹ “... he vivido desesperado, en tanto que he visto a mi patria sin constitución, sin leyes, sin tribunales, regida por el solo arbitrio de los madatarios, sin más guías que sus banderas, sin más principios que la destrucción de los tiranos y sin más sistema que el de la independencia y de la libertad”. Simón Bolívar, discurso pronunciado por el Libertador al declarar la instalación del Consejo de Estado en Angostura, el 10 de noviembre de 1817.

realidades. En este sentido, Bolívar se adscribe a la teoría realista al decir: "...deseo infinitamente saber la política de cada provincia, como también su población, si desean repúblicas o monarquías, si formarán una gran república o una gran monarquía"¹².

Esta forma de concebir al derecho lo llevó a plantear que, ante un posible envejecimiento de la norma suprema, debido a su rigidez y el dinamismo social que la condena a la obsolescencia, la Constitución debe ser reformada en periodos preestablecidos por ella.

Si bien Bolívar no ve con malos ojos la instauración de una monarquía en la región, descarta esta posibilidad por razones contextuales. El hecho de que en América no exista una nobleza hacía que no se cuente con las desigualdades necesarias para sostener un sistema de esta naturaleza. Sin embargo, siguiendo el ejemplo de los Estados Unidos, la figura del monarca fue sustituida por la del Presidente.

La concepción de Presidente de la República, en Bolívar, es ambigua, en el sentido que, en algunos escritos y discursos lo recomienda como vitalicio y en otros, como electivo y con autoridad limitada en facultades y tiempo. Esta autoridad central en un sistema centralista constituía la base de la estabilidad del régimen, por lo que tenía la facultad de nombrar a su vicepresidente, quien como hasta hoy ocurre, tiene la facultad constitucional de subrogarlo en caso de muerte.

"...El Presidente de la República nombra al Vice-Presidente, para que si el primer Magistrado no elige a un ciudadano muy recto, (...) se eviten las elecciones, que producen el gran azote de las repúblicas, la anarquía que es el lujo de la tiranía y el peligro más inmediato y más terrible de los gobiernos populares (...). Considerad

¹² Simón Bolívar, "Contestación de un americano meridional a un caballero de esta isla", carta dirigida a Henry Cullen el 6 de septiembre de 1815.

legisladores que estas grandes ventajas se reúnen en el Presidente vitalicio y Vicepresidente hereditario”¹³.

Tiempo después, Bolívar será partidario del origen electivo del Presidente que busca la alternabilidad en el ejercicio del poder y reduce los incentivos a la tendencia de todo gobernante hacia la tiranía¹⁴. El propio Bolívar, después de ejercer el gobierno por veinte años, ve en sí mismo, una tendencia hacia la tiranía. Así, en el discurso pronunciado en Cúcuta, ante el Congreso de Colombia, al encargarse de la Presidencia de la República, el 3 de octubre de 1821 expuso: “un hombre como yo, es un ciudadano peligroso en un gobierno popular; es una amenaza inmediata a la tiranía nacional. Yo quiero ser ciudadano, para ser libre y para que todos lo sean”¹⁵.

Pese a adoptar un sistema presidencialista, el temor a la tiranía y la defensa de la división de poderes hizo que Bolívar, en sus proyectos constitucionales, prohíba que el Presidente tenga la facultad de nombrar magistrados, jueces y autoridades eclesiásticas; sin embargo, a su cargo estaba la dirección y autoridad sobre el ejército, aspecto indispensable para conformación de un régimen firme, poderoso y justo. Además, los militares no podían gozar de ninguna forma de independencia porque el Libertador temía que en algún momento puedan usar las armas contra el pueblo, lo que constituye el peligro más importante para el régimen jurídico establecido y la vida de la sociedad civil.

¹³ Simón Bolívar, *Doctrinas del Libertador*, Caracas, Fundación Biblioteca Ayacucho, cuarta edición, 1994, p. 200.

¹⁴ “La continuación de la autoridad en un mismo individuo frecuentemente ha sido el término de los gobiernos democráticos. Las repetidas elecciones son esenciales en los sistemas populares, porque nada es tan peligroso como dejar permanecer largo tiempo en un mismo ciudadano el poder. El pueblo se acostumbra a obedecerle y él se acostumbra a mandarlo; de donde se origina la usurpación y la tiranía”. Simón Bolívar, *Discurso inaugural del Congreso de Angostura*, en el que Bolívar propuso un proyecto de Constitución Política. (15 de febrero de 1819).

¹⁵ Discurso disponible en: http://es.wikisource.org/wiki/Discurso_de_Bol%C3%ADvar_en_C%C3%ACcuta (Consultado: 12-04-2011).

Fiel al modelo republicano y al estado de derecho, Bolívar propuso un sistema de división de poderes, aunque separándose de la trilogía propuesta por los sistemas europeos al aumentar el poder electoral. Por una parte, el Poder Ejecutivo responsable de la administración de la hacienda pública, y un Poder Legislativo dividido en tres cámaras.

La estabilidad del sistema estaba garantizada por un senado, cuyos miembros ejercían sus funciones de manera vitalicia y hereditaria. El equilibrio entre las fuerzas políticas quedaba integrado en dos bandos, el primero con representación del pueblo y el segundo de las élites; por tanto, el senado era un freno indispensable para las masas tendientes a la anarquía y para el Presidente, cercano siempre a la tiranía.

“...el individuo pugna contra la masa, y la masa contra la autoridad. Por tanto, es preciso que en todos los gobiernos exista un cuerpo neutro que se ponga siempre de parte del ofendido y desarme al ofensor. Este cuerpo neutro para que pueda ser tal, no ha de deber su origen a la elección del gobierno, ni a la del pueblo; de modo que goce de una plenitud de independencia que ni tema ni espere nada de estas dos fuentes de autoridad”¹⁶.

La tercera cámara venía a jugar un rol de mediador entre las otras dos cuya máxima función es dirimir los conflictos que se suscitasen entre las otras dos cámaras.

La función judicial cumplió el rol de árbitro entre los diferentes poderes y la necesidad de hacer respetar el régimen constituido. Para ello, era indispensable dotarle de independencia y fuerza necesaria para imponerse ante el ejercicio abusivo del poder político. La independencia del poder judicial se alcanzaba con el ejercicio indefinido del cargo de juez y, por reconocércele el derecho de las personas a ser juzgadas por sus pares, mediante el establecimiento de jurados.

¹⁶ Simón Bolívar, Discurso inaugural del Congreso de Angostura, pronunciado el 15 de febrero de 1819.

Finalmente, el poder electoral es el llamado a cambiar la realidad política que se vivía en la época. Como se dijo, el poder estaba siendo captado por los más viles y sangrientos. La conspiración estaba a la orden del día, lo que hacía que bajo estas circunstancias sea imposible desarrollar un proyecto país.

Bolívar vio en el poder electoral la esperanza de garantizar la legitimidad social y legal de las autoridades, para el ejercicio del mando supremo; por lo que, la pureza de los resultados electorales y el mantenimiento de la democracia era un imperativo que no podía confiarse a un órgano subalterno o sometido al poder que pretendía legitimar; de ahí que, esta función del Estado tenía que estar en idéntico nivel jerárquico que las otras tres funciones tradicionales.

“...casi todos los magistrados son reemplazados por vencedores ensangrentados; llegando los primeros a sufrir tan desgraciada suerte, que eran desterrados y proscritos, y, aun asesinados. Raras eran las elecciones en que no interviniesen inconcinos [desmanes] espantosos; y todavía más raros los magistrados que dejan su puesto en el periodo señalado por la ley, y que fueran sucedidos por los electos constitucionalmente”¹⁷.

Este marco institucional buscaba otorgar vigencia real a las máximas de cualquier sistema republicano: soberanía del pueblo, división de poderes, libertad civil y proscripción de cualquier forma de esclavitud y la eliminación de privilegios. Para Bolívar, el mejor sistema de gobierno es aquel que es capaz de producir la mayor suma de felicidad posible, el máximo nivel de seguridad y la mayor estabilidad política.

¹⁷ Ver: Simón Bolívar, “Una mirada sobre la América española”. Este artículo estuvo destinado a publicarse en un periodo, no tiene fecha pero pudo haberse escrito entre abril y junio de 1829. Texto disponible en: http://resistencia-colombia.org/index.php?option=com_content&view=article&id=128:el-pensamiento-politico-del-libertador&catid=37&Itemid=69 (Consultado el 05-04-2011).

Bolívar y los derechos de participación política

De lo antes descrito, se puede colegir que la concepción del Estado bolivariano no tiene un fundamento de tipo personalista, es decir, prioriza la estabilidad y plenitud del Estado, aún si para lo cual, se debe sacrificar el beneficio de la persona, individualmente concebida.

Por otra parte, la desconfianza que Bolívar tenía en relación a las masas, a las que calificó de ingobernables, hace que se las vea como un riesgo para la estabilidad del sistema político. De ahí que, Bolívar fue partidario de una participación popular restringida y circunscrita a las élites. Para él, una ampliación del espectro de personas con capacidad para actuar en política constituía un camino directo hacia la anarquía; peor aún, si se trata de una sociedad que por haber permanecido largo tiempo bajo la tutela y restricciones de un sistema absolutista que, por el hecho de ser tal, no había permitido desarrollar las virtudes políticas, como era el caso de la América meridional.

En palabras de Bolívar: “Generalmente hablando, nuestros conciudadanos no se hallan en aptitud para ejercer por sí mismos y ampliamente sus derechos, porque carecen de las virtudes políticas que caracterizan al verdadero republicano, virtudes que no se adquieren en los gobiernos absolutos, en donde se desconocen los derechos y los deberes del ciudadano...”¹⁸.

Bajo esta línea de pensamiento, la idea de la soberanía popular, en Bolívar, debe ser entendida desde dos puntos de vista: uno sociológico y otro político. Desde el punto de vista sociológico, el pueblo se conforma por todas las personas y grupos que interactúan dentro de un territorio determinado. Desde la perspectiva política, es decir, desde la esfera del ejercicio de la potestad soberana, el pueblo es entendido como el conjunto

¹⁸ Enrique Ayala Mora, *Simón Bolívar*, Colección: Pensamiento Fundamental Ecuatoriano, *ob. cit.*, p. 46.

de personas a las que la constitución les reconoce el derecho a participar en la elección de representantes. Estas son: aquellas personas que saben leer y escribir, y que practican un arte o profesión que les permite una vida decorosa. Adicionalmente, se establecía que esa persona no haya cometido delito alguno. En su discurso ante la Asamblea Constituyente de Bolivia, el Libertador expuso: “no se le ponen otras exclusiones que las del crimen, de la ociosidad y de la ignorancia absoluta. Saber y honradez, no dinero, es lo que requiere el ejercicio del poder público”.

Para Bolívar, el conocimiento y la honradez eran los únicos requisitos legítimamente exigibles para ser parte de los colegios electorales encargados de elegir a quienes ejercerán las potestades soberanas, en representación del pueblo¹⁹. Bajo este esquema, la democracia directa quedaba totalmente excluida.

El no proponer el sufragio directo, como forma de elección de dignidades, tenía relación con su forma de concebir a los diferentes grupos de estas tierras.

Así, Bolívar sostuvo que si se consagra una democracia de tipo plebiscitario, los ignorantes que son más en cantidad, someterán a toda la comunidad a sus barbaridades. No obstante, entendía que la sociedad no dejaba de ser equilibrada ya que, “los blancos pese a ser minoría, poseen una igualdad relativa y una gran influencia, gracias a su cualidades intelectuales”²⁰.

De todas maneras, más allá del rotundo fracaso político que sufrió Bolívar y de la idolatría que se ha creado alrededor de su figura,

¹⁹ “Ningún objeto es más importante a un ciudadano que la elección de sus legisladores, magistrados, jueces y pastores. Los colegios electorales de cada provincia representan las necesidades y los intereses de ellas y sirven para quejarse de las infracciones de las leyes, y de los abusos de los magistrados.” Ver: Simón Bolívar, *Discurso a la Constituyente de Bolivia de 1825*.

²⁰ John Lynch, *Simón Bolívar*, Barcelona, Yale University Press, Editorial Crítica, traducción Editorial Crítica, 2006, p.129.

Bolívar debe ser entendido como un ser humano magnífico, cuyo rol determinante en nuestra historia ha marcado un antes y un después.

No obstante, este gran hombre debe ser interpretado en su justa medida y como hijo de su tiempo y víctima de sus pasiones, ambiciones, intereses, experiencias y reflexiones personales, claramente influenciados por su identidad de clase. En tal virtud, me parece aventurado tomar a Bolívar como un profeta que comprendió nuestros tiempos ya que, con ello, lo único que se logra es tergiversar su verdadero mensaje, corriendo el riesgo de adecuar su pensamiento al de hoy, pero de una manera antojadiza; de ahí que, como bien lo señala Enrique Ayala Mora todos o casi todos los sectores políticos, ideológicos y hasta religiosos de Latinoamérica, de alguna forma se disputan el honor de ser legatarios del pensamiento de Bolívar,²¹ lo que podría seducirnos a pensar que el Libertador fue un indefinido político, incoherente y tibio, cosa que tampoco es cierto.

Análisis evolutivo del régimen jurídico electoral y de los derechos de participación política en el Ecuador

El régimen constitucional ecuatoriano prevé como características inherentes al derecho al sufragio activo el hecho de ser: obligatorio, universal, igual, directo, secreto, libre, informado, periódico y escrutado públicamente²². Dichas características representan obligaciones definidas para los organismos de Estado y, particularmente, para los organismos que integran la Función Electoral.

²¹ Enrique Ayala Mora, *Simón Bolívar, Pensamiento Político*, Quito, Editorial Indoamérica, Serie Ensayo Político, Volumen 5, 1983, pp. 6-7.

²² Las dos últimas características, si bien no constan en la Constitución, fueron introducidas por el artículo 10 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia.

Las características inherentes al derecho al sufragio no han sido incorporadas a la Constitución de forma espontánea, cada una responde a una evolución histórica que se ha desarrollado paulatinamente, aunque no de forma lineal, en el caso de Ecuador. Así, los que se pueden considerar avances para favorecer a la universalidad del ejercicio del derecho al sufragio, si bien constituyen la regla, existen también retrocesos en igual dirección.

En este capítulo se sistematiza el desarrollo de la normativa electoral en el Ecuador. A partir de un análisis histórico-descriptivo, basado en cinco de los pilares básicos de la participación ciudadana en la vida política del Estado; estos son (1) la forma directa de sufragio; su (2) universalidad; (3) el modelo institucional que garantiza su pureza; (4) los partidos y organizaciones políticas con capacidad de participar en la contienda electoral; y, (5) los métodos para convertir votos en escaños.

Se revisarán los pasos que se han dado desde un sistema de votación indirecta para la elección de dignidades, hacia uno de tipo directo, se analizará la progresiva universalización del derecho al sufragio, desde su concepción de función pública, elitista y excluyente, hasta llegar a constituirse en un derecho subjetivo público²³ y, luego, en un derecho fundamental, con las correlativas consecuencias jurídicas que esto conlleva.

Entre las especies de derechos fundamentales que Luigi Ferrajoli incluye en su clasificación encontramos a los derechos denominados *públicos*.

De acuerdo con el autor, los derechos públicos son

“...derechos primarios reconocidos sólo a los ciudadanos, como (siempre conforme a la Constitución italiana) el derecho

²³ Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los Derechos Fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001, pp. 22-23.

de resistencia y circulación en el territorio nacional, los de reunión (...) los *derechos políticos*, que son, en fin, los derechos secundarios reservados únicamente a los ciudadanos con capacidad de obrar, como el derecho de voto, el de sufragio pasivo, el derecho a acceder a cargos públicos y, en general, todos los derechos potestativos en los que se manifiesta la autonomía política y sobre los que se fundan la representación y la democracia política”.

Otro de los ámbitos de análisis comprende la consolidación institucional de la Función Electoral, desde la conformación de organismos ocasionales hasta una institucionalidad especializada y permanente; el rol histórico de los partidos y organizaciones políticas dentro del sistema, desde el monopolio de los partidos hasta la participación en igualdad de condiciones de los movimientos y alianzas políticas; así como, los diferentes sistemas de repartición de escaños, desde la simple mayoría hasta complejos sistemas de representación proporcional de minorías.

Este recuento histórico debe servir para comprender el desarrollo que ha alcanzado el derecho electoral en nuestro país, para basarnos en esa evolución a fin de comprender nuestra realidad actual y proyectarnos hacia el futuro, en cuanto a proponer mejores prácticas en los asuntos específicos de la actividad electoral, fundamentalmente, en atención al sistema vigente de justicia electoral, en su calidad de garantía normativa, institucional y jurisdiccional.

El régimen electoral en la época de la Independencia y durante la Gran Colombia

El pacto solemne, de sociedad y unión, entre las ocho provincias que con- formaron el Estado de Quito o Constitución Quiteña fue suscrito el 15 de febrero de 1812. Este pacto estableció, en su artículo tercero, una forma de gobierno popular, representativo, libre y soberano. Por su vocación de-mocrática, de corte liberal, sorprende ver que los criollos revolucionarios reconocieron en “...prueba de su antiguo amor y fidelidad...”, a Fernando Séptimo como su monarca.

La casta sublevada había experimentado una primera frustración en sus anhelos revolucionarios, durante el proceso que tendría como punto de referencia al denominado Primer Grito de la Independencia, suscitado el 10 de agosto de 1809. Esta experiencia hacía temer el regreso de la brutal represión vivida, especialmente, en la matanza del 2 de agosto de 1810, en caso de que el genuino gobierno español recuperare las riendas del poder en esta tierras.

Las lideresas y los líderes de la revolución quiteña, hijos de españoles aunque con escasas posibilidades de acceder al poder político, eran herederos de una formación académica liberal, profundamente religiosa; de ahí que, los mentalizadores del embrionario Estado pretendían implementar en tierras americanas una réplica del sistema jacobino francés.

El sistema jacobino era extrañado en ese país a partir de la instauración del imperio tiránico de Napoleón Bonaparte, odiado por los españoles debido a la imposición de José, su hermano, como gobernante del Reino de España, quien se mantendría en el poder entre los años 1808 y 1813. La voluntad de Napoleón III obligó a las renunciaciones sucesivas de Carlos IV y Fernando VII, en lo que la historia

conoce como las “abdicaciones de Bayona”.

En la Carta Política de 1812 se instauran los principios básicos del sistema liberal, como la división tripartita del poder, el diseño representativo del sistema de gobierno, la concepción de Estado-nación, la delegación normativa a la ley.

La profunda religiosidad está dada por la constante invocación a Dios, así como la representación del alto clero en la Asamblea Nacional, instaurada el 1 de enero de 1812.

La proclama constitucional de 1812 estableció un sistema de elección democrática para que cada provincia designare a sus representantes en el Consejo o Senado. El procedimiento que se seguiría para el efecto no estaba previsto ya que esto correspondía a los gobiernos locales; además, la Constitución no era sino un texto esencialmente político,²⁴ por lo que las prescripciones sustantivas y adjetivas debían ser dictadas mediante la expedición de una ley²⁵.

La capacidad de elección quedó restringida al estatus de ciudadano que, como veremos, no constituía un derecho atribuible a la generalidad de ecuatorianos —entiéndase varones— sino a una élite muy reducida, por los requisitos previstos para adquirir este estatus. De tal manera que el sufragio activo y con mayor rigurosidad el sufragio pasivo, constituyeron, por aproximadamente un siglo, una función pública y no un derecho, menos aún un derecho fundamental, como hoy lo conocemos²⁶.

²⁴ El debate sobre la naturaleza política/jurídica de la Constitución, que sostuvieron Carl Schmitt y Hans Kelsen, es analizada en García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1985, pp. 39-61.

²⁵ *Ibid.*, p.60

²⁶ El carácter meramente político de la Constitución hacía que esta necesite de la ley para determinar los requisitos para ser ciudadano y regule las formas de ejercer toda clase de derechos, entre ellos, los de participación política.

Las leyes monárquicas que, a criterio del gobierno independentista, no se oponían a la libertad y a los derechos del pueblo se mantendrían en vigencia en virtud de lo expuesto por el artículo 6 de la Carta. Las leyes que se anunciaron reformar para armonizar al régimen con los principios liberales que los inspiraron, no llegaron a dictarse.

Este movimiento fue sofocado, por segunda vez, por las armas y la estrategia del ejército español, ante la disgregación y luchas internas por acaparar el poder por parte de los representantes de las provincias que conformaban la nueva nación.

La independencia de los territorios que, en la actualidad, integran la República del Ecuador se produce con el triunfo de los autodenominados “patriotas”, en la Batalla de Pichincha, el 24 de mayo de 1822. El nuevo gobierno revolucionario se adhirió a la Gran Colombia, que hasta el momento estaba conformada por el Virreinato de Nueva Granada (Panamá y Colombia), y Venezuela.

La gesta liderada por el ejército de Bolívar, presidente de la Gran Colombia -aunque con participación de guerrilleros locales- no podía tener otro resultado que la adhesión de estos territorios al Estado libre del norte. En este sentido, el *Distrito del Sur* pasa a estar regido por la Constitución de Cúcuta de 1821²⁷.

El 24 de julio de 1821 se produjo la Batalla de Carabobo, en la que el Virreinato de Nueva Granada alcanzaría la libertad. De inmediato, se conformó una Asamblea Constituyente que sería la encargada de expedir la Constitución Colombiana de Cúcuta o Constitución de la Gran Colombia, el 30 de agosto de 1821²⁸. Esta Carta Política plantea,

²⁷ Esta constitución debe ser considerada como parte integrante de la evolución constitucional de nuestro país, no sólo porque tuvo vigencia material, territorialmente hablando, sino porque su influencia marca toda la primera etapa de la vida republicana de nuestro país. Por tal razón y de forma sucinta, nos referiremos a ella.

²⁸ Constitución Política de la República de Colombia (1821). Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2212/6.pdf>

por primera vez, un modelo cuatripartito de división de poderes²⁹.

La versión cuatripartita de la división de las funciones del Estado fue una constante en el pensamiento de Bolívar. Es así que, el artículo 8 del proyecto de Constitución que el Libertador propondría al Congreso Boliviano, en 1826, y que sería aprobado en 1830 decía: “El poder supremo se divide para su ejercicio en cuatro secciones: Electoral, Legislativa, Ejecutiva y Judicial”.

De igual manera, la primera Constitución de la República de Bolivia no establecía un sistema de sufragio directo, sino que éste se ejecutaba mediante la intervención de electores. Su artículo 19 expone: “El Poder Electoral lo ejercen inmediatamente los ciudadanos en ejercicio, nombrando por cada ciento un elector...”. Por tanto, la sección electoral pese a ejercer funciones esencialmente estatales, se conformaba con personas provenientes de la sociedad civil.

Las asambleas parroquiales, previstas en la sección primera del título tercero de la Constitución Colombiana de Cúcuta, eran organismos que se conformaban en cada parroquia, sin importar el número de población de éstas, el último domingo de julio de cada cuatro años, se conformaban por el juez o jueces que existiesen en la parroquia y cuatro testigos, de “buen nombre”, elegidos por los sufragantes que acudieren a la instalación de la Asamblea³⁰.

La función de las asambleas parroquiales consistía en escoger al elector o electores que representarán a la parroquia en la elección de autoridades (sufragio indirecto). El número de electores era proporcional al de la población a la que representaban.

²⁹ En su Título III hace referencia a las Asambleas Parroquiales y Electorales; de la misma forma que dedica su Título IV al Poder Legislativo, el V al Poder Ejecutivo y el VI al Poder Judicial. Este orden no guardaba relación con la importancia que se le atribuía a cada uno de estos poderes; no obstante, evidencia la trascendencia de los organismos electorales para la conformación material de los poderes constituidos.

³⁰ Pese a que no existe disposición expresa, de la manera de llevar a cabo los comicios, se desprende la naturaleza facultativa del sufragio activo.

El estatus de sufragante mantuvo la calidad de función pública. A diferencia de la Carta Quiteña de 1812, se hace constar los requisitos indispensables para ejercer el privilegio de elegir. Así, el artículo 15 de la Constitución en referencia, prevé que para ser sufragante parroquial se necesita: 1) ser colombiano —entiéndase varón—; 2) ser casado o mayor de veintiún años; 3) saber leer y escribir; y, 4) ser propietario de un bien raíz valorado en más de cien pesos, o ejercer cualquier oficio, profesión, comercio o industria, sin encontrarse en relación de dependencia.

Para ser elector se debían tener esencialmente las mismas características que cualquier sufragante, aunque con condiciones más estrictas. Por ejemplo, ser mayor de veinticinco años y tener una propiedad valorada en más de quinientos pesos, profesar una ciencia o justificar una renta anual de trescientos pesos.

Por su parte, las asambleas electorales o de provincia estaban conformadas por los electores representantes de los diferentes cantones, escogidos entre los electores designados en sus respectivas parroquias. El cargo de elector provincial duraba cuatro años. Este cuerpo electoral era el llamado a elegir al Presidente y al Vicepresidente de la República, a Senadores de Departamento y a Diputados de Provincia.

No existió ninguna forma de representación proporcional de minorías. La adjudicación de escaños se la realizaba en aplicación del método de mayoría simple. En tal virtud, al candidato o a los candidatos que hubiesen alcanzado la mayor o las mayores votaciones se asignaba el cargo o escaño —materia de la elección—, con excepción del Presidente y Vicepresidente de la República, quienes requerían de las dos terceras partes de la votación de los electores provinciales para ser declarados ganadores.

Si ningún candidato hubiese alcanzado la votación indicada, el Congreso procedía a elegirlo de entre las tres candidaturas más votadas. Esta suerte de *ballotage* o segunda vuelta electoral, reservada para la Cámara Legislativa, confería a ésta un poder sumamente importante,

toda vez que al existir un sistema abierto de partidos, la proliferación de candidaturas fraccionaba a la voluntad de los electores, esto repercutió en que, por lo general, sea el Congreso quien elija a las primeras magistraturas del Estado³¹.

El 12 de mayo de 1830 se desintegró la Gran Colombia³², dando paso a la conformación de los estados de Panamá, Venezuela, Colombia y Ecuador. Bolivia y Perú, pese a haber sido liberadas por las tropas de Bolívar nunca llegaron a ser parte de la Gran Colombia. Estos cuatro nuevos estados se mantendrían confederados durante cinco años, luego de lo cual quedarían conformadas como naciones independientes. Prueba de ello es el artículo 2 de la Constitución de 1830 que señaló: “El Estado del Ecuador se une y confedera con los demás Estados de Colombia, para formar una sola Nación con el nombre República de Colombia”.

El régimen electoral a partir de la conformación de la República del Ecuador

El General Juan José Flores fue nombrado “Encargado del Mando Civil y Militar” a la desintegración de la Gran Colombia. A su cargo estuvo la conformación del nuevo Estado, que sustituyó al Distrito del Sur. En atención a su mandato, el 31 de mayo de 1830, el General Flores convocó, por medio de la expedición del Decreto Reglamentario de Elecciones, a la instalación de una Asamblea Constituyente, el 10 de Agosto del mismo año, en la ciudad de Riobamba.

³¹ Esta forma de elección es una de las expresiones más propias del sistema parlamentario, del que nuestro país pretendió alejarse desde los primeros años de su conformación como república.

³² La historia ha visto en la rivalidad que existió entre Simón Bolívar y su Vicepresidente Francisco de Paula Santander, uno de los puntos que explican la ruptura de la gran república y su escisión.

Este texto constitucional quedó aprobado el 11 de septiembre de 1830, al igual que varias leyes, con carácter de orgánicas, entre las que se encuentra la Ley sobre Elecciones, promulgada el 28 de septiembre de 1830; posteriormente, se dictó su ley adicional, en 1832. Este texto mantendría el marcado fervor independentista que caracterizaron a sus predecesoras, así como la heredera tradición liberal francesa, en cuanto a la forma de concebir el poder y los medios “democráticos” para ejercerlo.

Las líneas de análisis sobre la evolución del sistema electoral, a lo largo de nuestra vida republicana, son los principios básicos consagrados en el artículo 62 de la Constitución de 2008. Estos principios son las guías metodológicas para comprender, desde sus diversas manifestaciones, el desarrollo del ejercicio del derecho al sufragio activo (universal, igual, directo, secreto y escrutado públicamente) de aquel que debe ser incorporado, sea por la ley, la jurisprudencia, o mediante el diseño e implementación de políticas públicas tendientes a ello (sufragio debidamente informado).

Sufragio directo

Durante el período en el que tuvieron vigencia las constituciones de 1830, 1835, 1843, 1845, 1851 y 1852, predominó el sistema de voto indirecto o por medio de electores. Así, quien ostentaba la calidad de ciudadano, en la celebración de elecciones primarias, designaba a la persona o personas que, en un segundo momento, elegiría a los diferentes dignatarios. La elección del Presidente y del Vicepresidente de la República pasaba a ser una competencia exclusiva del Congreso, entendido como el representante legítimo del pueblo, quien lo designaba con una votación igual o mayor a las dos terceras partes de sus integrantes (Art. 26 Constitución 1830).

Cada dos años, en el día designado por la ley, se conformaban las denominadas asambleas parroquiales, con al menos dos tercios de

las personas con capacidad de ejercicio de derechos políticos, de la circunscripción territorial correspondiente. Las asambleas parroquiales elegían a los electores que conformaban las asambleas electorales, que tenían facultad para elegir a diputados principales y suplentes.

En la Constitución de 1830, el Poder Legislativo era unicameral. Con la vigencia de la Constitución de 1843 el Poder Legislativo pasa a ser bicameral junto al sistema de primarias, para la elección de diputados. Se estableció el sistema de sufragio directo, únicamente para la elección de senadores. La calidad del elector constituía una función pública que duraba cuatro años, aunque no eran organismos permanentes, toda vez que su única función era elegir, cada dos años, a las dignidades previstas en la Constitución y la ley.

Las asambleas parroquiales eran presididas por el juez de la circunscripción, quien contaba con la asistencia del cura y de tres vecinos honrados, que los designaba el mismo juez. Este esquema cambió con la expedición de la Ley de Elecciones, el 26 de agosto de 1835, en la ciudad de Ambato, en la que se prescindió de la participación del cura. En tal virtud, se establecían tres niveles de elección indirecta: primero estaban las asambleas parroquiales, de donde salían los delegados para conformar la asamblea cantonal, donde ya se elegían autoridades provinciales. Las autoridades provinciales que conformaban la Cámara de Diputados, a 1843, seguían siendo los encargados de la designación de presidente y vicepresidente de la República.

La Constitución de 1861 eliminó las asambleas parroquiales, llegándose a establecer el sufragio directo, al que se le añadió la característica de secreto, a fin de evitar presiones coactivas sobre los sufragantes, toda vez que la masa de electores se había incrementado considerablemente, puesto que se eliminaron los requisitos relativos a la profesión u oficio y a la propiedad; así, para ser considerado ciudadano, sólo se requería ser casado o mayor de veintiún años, y saber leer y escribir. La eliminación de requisitos económicos favorecía a la denominada compra del voto, de ahí que se estableció el voto secreto, como una garantía de independencia para el elector. La Ley

de Elecciones de 1869, dictada por la Octava Convención Nacional, estableció elecciones populares directas para los cargos de presidente y vicepresidente de la República y de senadores y diputados.

La Ley de Elecciones de 1968 estableció la votación indirecta para elegir a *senadores funcionales*. Estos senadores que eran representantes de los diferentes gremios y alcanzarían el reconocimiento constitucional en la Carta Política de 1969 en número de quince representantes. Estos dignatarios representaron a grupos de presión política e interés social dado su rol en el proceso de retorno al régimen democrático.

Los quince senadores funcionales previstos por el artículo 119 de la Constitución de 1969 eran: uno por la educación pública, uno por la educación particular, uno por los medios de comunicación colectiva, academias y sociedades científico-culturales, dos por la agricultura, dos por el comercio, dos por la industria, cuatro por los trabajadores (empleados, obreros y artesanos), uno por las Fuerzas Armadas y uno por la Policía Civil Nacional.

Sin perjuicio de lo indicado, con la entrada en vigencia de la Constitución de 1979, se excluyó todo mecanismo de elección popular indirecta, criterio que se mantuvo, en la codificación constitucional de 1998 y continúa vigente en nuestros días.

La Constitución de la República de 2008, aunque no es la pionera en ello, no sólo consagra, sin excepción alguna, la naturaleza directa del sufragio, sino que amplía el marco de decisión atribuible a la expresión del pueblo, mediante la consagración de mecanismos de democracia directa como el referéndum, el plebiscito, la revocatoria del mandato y la iniciativa normativa popular.

Con esta determinación, la necesidad de que existan instancias de representación política ha sido atenuada por la nueva Constitución, en relación a la de 1998, aunque se mantiene, en el artículo primero, la frase que hace depender el ejercicio del poder soberano del pueblo de la intervención de los órganos del poder público y de las formas de participación directa, previstas en la Constitución, lo que no constituye

ningún avance, en relación a la Constitución Política de 1998.

Pese a la aparición de nuevos mecanismos de democracia directa, el sistema procesal electoral no permite garantizar la tutela efectiva de los derechos y con ello, de casi ningún derecho de participación, excepto el sufragio que, en virtud de un sistema tradicionalmente representativo ha adquirido mayor evolución normativa, procesal e institucional.

Por citar un ejemplo, siendo la iniciativa popular normativa uno de los mecanismos de democracia directa, la jurisdicción especializada en materia electoral, no ofrece ningún mecanismo de respuesta, lo que remitiría el conflicto a la justicia constitucional general, lo cual; dada la especificidad de la materia electoral, podría ser un límite al desarrollo de esta rama jurídica, pero quizá lo más riesgoso, es que este esquema ambiguo de competencias podría llegar a ser una fuente de inseguridad jurídica, dada la dispersión de los precedentes jurisprudenciales y la posible confusión entre los ámbitos de competencia entre el Tribunal Contencioso Electoral y la Corte Constitucional.

Otro de los derechos fundamentales de participación política previsto por la Constitución de la República es el derecho colectivo de comunidades, pueblos y nacionalidades ancestrales a ser consultados previo a la implementación de políticas y programas que pudiere afectarles culturalmente. Este mecanismo, siendo una forma de ejercicio de derecho políticos, no tiene ninguna respuesta por parte del sistema electoral; pese a que, de acuerdo con la Declaración sobre Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas, estas consultas son vinculantes y como tal, merecen contar con un procedimiento democrático que garantice la fidelidad de la voluntad popular, aspecto que, necesariamente incumbe al régimen electoral general.

Este problema y dos de sus posibles soluciones serán tratadas en el próximo capítulo de este trabajo.

Sufragio universal

Durante la vigencia de las constituciones de 1830; 1835; 1843; 1845; 1851; y, 1852, la universalidad del sufragio constituye la excepción a una regla de exclusión generalizada. El ejercicio del sufragio activo y, con mayor razón del sufragio pasivo, eran un privilegio que se otorgaba exclusivamente a las élites sociales, políticas y económicas.

La figura del *optimu iure* político estaba representada por el varón, alfabeto, mayor de 25 años, para el caso de la Constitución de 1830 y 1835; la Constitución de 1843, establecía como edad mínima dieciocho años; y, las de 1845, 1851 y 1852, exigían veintiún años, o haber contraído matrimonio, en todos los casos; gozar de la propiedad de bienes raíces o justificar una renta anual de doscientos pesos, provenientes de alguna profesión, arte, ciencia o industria útil, sin encontrarse en relación de dependencia; como sirviente, doméstico o jornalero³³.

La justificación que se daba a este tipo de reconocimiento del estatus de ciudadanía era que, únicamente o en mayor medida, las personas que poseían propiedades o se encontraban al frente del sustento de una familia tenían especial interés por las decisiones políticas que podían afectarles.

Además, se entendía que la decisión de elegir a un gobernante debía recaer en personas con criterio formado (requisito de edad), con cierto grado de cultura y formación política (alfabetismo) a lo que únicamente podían acceder los varones, la mujer no intervendría en la esfera política sino hasta la consolidación definitiva de la revolución liberal. La exclusión étnica se desprende de los requisitos de propiedad y alfabetización. Naturalmente, las élites gobernarían en respuesta a

³³ El antecedente del *optimu iure* político podría ser el *civis optimo iure del Derecho Romano*. El ciudadano dotado de plenos derechos civiles y políticos adquiría este estatus jurídico privilegiado, a través el desarrollo de los *iura* (*ius suffragii*, *el ius conubii*, *ius commercii*, *ius honorum*). Estas personas eran ciudadanos, en sentido estricto y tenían competencias para regular sus relaciones personales, familiares, patrimoniales, políticas, etc. Disponible en: http://antiqua.gipuzkoakultura.net/ciudadania_eu.php

sus intereses corporativistas, los que eran asumidos como “los grandes intereses nacionales”.

En tal contexto, y concebido el Estado ecuatoriano como un Estado-Nación, no tenía mayor sentido identificar, peor aún, considerar los criterios y necesidades de grupos vulnerables y diversos. Era un absurdo tener en cuenta los criterios de una “...clase inocente, abyecta y miserable...” como el sector indígena que, por prejuicios, el Congreso Nacional procedió a nombrar a “...los venerables curas párrocos por tutores y padres naturales de los indígenas...” (Artículo 68 Constitución de 1830).

A partir del año 1861 los requisitos empezaron a flexibilizarse. La Séptima Convención Nacional aprobó una nueva Constitución, conjuntamente con una nueva Ley de Elecciones, que sustituiría a la de 1830. Desde esta Carta Política se procede a eliminar el requisito de propiedad o renta, manteniéndose el de saber leer y escribir, y aquel que alude a la edad mínima de veintiún años, o ser casado. Esto incrementó, naturalmente, la masa de electores y en, alguna medida, democratizó al sistema.

Durante las constituciones de 1869, 1878, 1884, 1897, 1906, 1945, 1946 y 1947, el requisito de edad oscilaría entre los 18 y 21 años. No obstante, la Carta de 1869, promulgada durante el período presidencial de Gabriel García Moreno, estableció como requisito, a más de la edad de 21 años, o ser casado y saber leer y escribir, el de profesar la religión católica.

La ideología conservadora alcanzó niveles importantes en el país y, con ello, un amplio poder político para el clero. Esta situación se consolidó con la expedición de la Ley de Elecciones de 1869. La Constitución que sería conocida como la *Carta Negra* dedicó su capítulo tercero a la religión católica, apostólica y romana como única religión del Estado, obligando a los poderes políticos a protegerla y hacerla respetar. Con el asesinato de Gabriel García Moreno, en 1875, nuevos aires políticos se tomaron la escena política nacional.

La Constitución adoptada el 6 de abril de 1878 elimina el requisito de ser católico: “Para ser ciudadano se requiere ser casado o mayor de veintiún años, y saber leer y escribir” (la Constitución de 1884 la retomaría casi textualmente). En aquel año se dictó una nueva Ley de Elecciones que vino acompañada de reformas al Código Penal, cuyo efecto fue criminalizar toda actuación atentatoria del pleno ejercicio del derecho al sufragio y del normal desarrollo de las jornadas electorales.

Seguidamente, la Revolución Liberal, de 1895, introdujo cambios trascendentales en la vida de la República, que se evidenciaron en la Ley de Elecciones de 1900. Esta normativa es históricamente relevante, no sólo por consagrar el sufragio popular directo sino porque logró que cada municipalidad cree y administre el Registro Electoral. Con estas reformas se adoptó la clásica fórmula acuñada por los estados democráticos modernos, en los que el derecho al sufragio se lo ejerce de forma secreta, directa, igual, libre y universal.

La Constitución de 1897 reduce la edad mínima para sufragar a dieciocho años y elimina la alternativa de ser casado. La Constitución liberal de 1906 aumentaría nuevamente la edad mínima a veintiún años.

La evolución hacia la universalidad del sufragio no se detuvo. La nueva Ley de Elecciones de 1906 denominó “elector” a toda persona mayor de 21 años de edad, con capacidad legal para participar en las decisiones políticas del país. La ambigüedad de esta norma no excluía la participación de la mujer, pero tampoco la fomentaba. La Constitución de 1929 corrigió esta ambivalencia y señaló que el término “elector” era aplicable a toda mujer u hombre, mayor de 21 años, que supiere leer y escribir.

En este sentido, el artículo segundo de la Ley de Elecciones de 1947 estableció la obligatoriedad del voto para varones, no así para mujeres, para quienes continuaba siendo facultativo, hasta que en enero de 1968, la Ley de Elecciones estableció, de forma expresa, que el sufragio era obligatorio para hombres y mujeres, quedando el voto facultativo para ecuatorianas y ecuatorianos residentes en el exterior.

Avanzaríamos en este esquema hasta la Constitución de 1978 en la que se prevé el voto facultativo para las personas analfabetas. Se reguló, además, el proceso de consulta popular y la segunda vuelta electoral o *ballotage*, para la elección de Presidente y Vicepresidente de la República, quienes al igual que todas las demás autoridades de elección popular no podían ser reelegidos. La edad mínima para poder sufragar quedaría fijada en dieciocho años.

La codificación constitucional de 1998 mantendría la exclusión a extranjeros residentes en el país, en cuanto al ejercicio de los denominados derechos políticos, entre otras limitaciones. Se concedía voto facultativo a personas analfabetas y a ancianos mayores de sesenta y cinco años. Asimismo, se prohibió expresamente la participación de los miembros de la fuerza pública que se encontraran en servicio activo -Fuerzas Armadas y Policía Nacional- (Art. 27).

La Constitución de 2008 amplía el espectro del ejercicio del derecho al sufragio activo. Por primera vez se concede el ejercicio facultativo de este derecho a adolescentes comprendidos entre los dieciséis y dieciocho años de edad, a los miembros de las Fuerzas Armadas, de la Policía Nacional y a las personas con discapacidad. El voto facultativo para ancianos y para residentes en el exterior se mantiene inalterable. Finalmente, se obliga al Estado a tomar todas las medidas necesarias para permitir que las personas privadas de su libertad, que no hubiesen recibido sentencia condenatoria, que suspenda el ejercicio de sus derechos de participación, debidamente ejecutoriada, puedan sufragar.

La incorporación de importantes sectores de la sociedad al registro electoral plantea retos que deberán ser, oportunamente, debatidos a profundidad. Por citar un par de ejemplos, en el entendido de que todo ejercicio de derechos implica asumir un grado proporcional de responsabilidades, debemos empezar a reflexionar sobre el grado de culpabilidad, el tipo de proceso que debe seguirse, la autoridad competente para proceder al juzgamiento y el tipo de sanción que se debería imponer a adolescentes y a miembros de la fuerza pública, en

relación a la posibilidad de concurrencia de fueros ante un eventual cometimiento de infracciones electorales.

En el caso de adolescentes, debe ser el juez previsto por la ley, para el juzgamiento de adolescentes infractores, a los que se les deberá aplicar las medidas socio-educativas previstas en el Código de la Niñez y Adolescencia.

En el caso de los miembros de la fuerza pública, debido a que una infracción electoral no puede ser cometida dentro del ámbito de sus funciones oficiales, no tendrían derecho a acogerse al fuero militar o policial y, en tal virtud, deberían ser juzgados por el Tribunal Contencioso Electoral. Otra situación interesante, se plantearía en circunscripciones territoriales en las que las nacionalidades, pueblos y comunidades ancestrales ejercen funciones jurisdiccionales, por autoridad de la propia Constitución. En este sentido, el Tribunal Contencioso Electoral deberá adentrarse más en el caso concreto a fin de ir creando directrices para ejercer su potestad sancionadora, evitar la impunidad ante la violación de la ley electoral, pero teniendo en cuenta mecanismos de interrelación intercultural y, bajo determinadas circunstancias, inclusive ceder ante la jurisdicción indígena.

Modelo institucional electoral

La Constitución ecuatoriana de 1830 confió la organización de las elecciones primarias a las comisiones parroquiales, en un primer momento, y a las Asambleas Electorales que se conformaban con delegados electos en las primeras. Las comisiones parroquiales eran convocadas cada cuatro años, estaban presididas por el juez de la parroquia a quien asistía un sacerdote y tres ciudadanos “honrados” escogidos por el propio juez entre los empadronados que asistiesen a la convocatoria. La única misión asignada para las asambleas parroquiales era elegir a quienes representarían a la parroquia en las asambleas electorales, las que se reunirían cada dos años y tendrían la facultad de elegir y designar a diputados principales y suplentes.

Los diputados eran los únicos facultados para la designación de presidente y vicepresidente de la República, con el voto favorable de las dos terceras partes de los diputados presentes en una sesión exclusivamente convocada para el efecto. Estos primeros mandatarios no podían reelegirse, a diferencia de los diputados que podrían hacerlo indistinta e indefinidamente.

La Constitución de 1845 mantuvo esencialmente el sistema anterior, salvo en relación a las autoridades que designaban las asambleas electorales. De acuerdo con esta Carta, corresponde a las asambleas electorales designar, no sólo a los representantes a la cámara de diputados, sino también a la cámara de senadores y a los integrantes de los consejos municipales. Ambas cámaras tenían la facultad de elegir al presidente y vicepresidente de la República y a los ministros de la Corte Suprema de Justicia, de conformidad con el Art. 31 de dicha Constitución.

Una vez que la Constitución de 1869 consagró el sufragio directo como principio básico del derecho al voto, para todas las dignidades de elección popular, se procede a la eliminación de las asambleas parroquiales y electorales. La Carta fundamental transfirió al Congreso Nacional la obligación de realizar el escrutinio, con los resultados que arrojaran las urnas. La organización del Registro Electoral estaba a cargo de las diferentes municipalidades que estaban presididas por el jefe político. De lo anterior se desprende que en aquel tiempo, el Estado carecía de una estructura institucional independiente y especializada para asuntos electorales. Este esquema permaneció inalterable durante la vigencia de las constituciones de 1878, 1884, 1897, 1906 y 1929³⁴.

No sería sino hasta 1945 que se procedió a la creación del Tribunal Superior Electoral. En su calidad de organismo independiente, de las tres funciones del Estado; este organismo tenía como obligaciones

³⁴ Mena, Camilo, “Legislación Electoral Ecuatoriana” en, *Sistemas Electorales y Representación Política en Latinoamérica*, Tomo I, Fundación Friedrich Ebert, Madrid, 1986, pp. 77-99.

primordiales “...dirigir el proceso electoral y garantizar su pureza” (Art. 21).

La autonomía institucional no se reflejó en la integración del organismo, toda vez que estuvo conformada por representantes de la Corte Suprema, del Tribunal de Garantías Constitucionales³⁵, del Congreso Nacional y de un ciudadano por cada tendencia política.

Cabe destacar que esta Constitución estableció elecciones directas para unas dignidades; tal sería el caso de diputados y de presidente y vicepresidente de la República e, indirectas, para otras como superintendentes y Procurador General de la Nación.

El golpe militar de 1946 daría paso a una nueva convocatoria a Asamblea Constituyente. La Carta dictada ese año estableció que la obligación de precautelar la pureza del ejercicio de la función electoral descansaba en las Fuerzas Armadas, que eran concebidas como garantes del sistema democrático³⁶. Adicionalmente, la incapacidad jurídica de sus miembros, para sufragar les daba cierta imagen de imparcialidad política.

El Tribunal Superior Electoral quedó sustituido por el Tribunal Supremo Electoral. Este organismo se encargó de regular, vigilar, absolver consultar y ejercer potestades jurisdiccionales, atinentes a la materia.

Además de ser mucho más sólido que su antecesor, gozaba de autonomía según lo establecido en el texto constitucional. No obstante, esta autonomía quedaba reducida porque se podía recurrir de sus decisiones ante la Cámara de Diputados.

³⁵ El Tribunal de Garantías Constitucionales fue reemplazado por el Tribunal Constitucional y este a su vez, por la Corte Constitucional, creada por la Constitución de 2008.

³⁶ En la misma línea, el artículo 183 de la Constitución de 1998 estableció que las “Fuerzas Armadas tendrán como misión fundamental la conservación de la soberanía nacional, (...) y la garantías de su ordenamiento jurídico”.

El Tribunal Supremo Electoral quedó integrado por representantes del Congreso Nacional, de la Corte Suprema de Justicia y de la Función Ejecutiva. Este cambio se constató en la nueva Ley de Elecciones, dictada por la misma Asamblea Constituyente.

La elaboración del escrutinio pasó a ser responsabilidad del Tribunal Supremo Electoral, no obstante, en el caso de la elección de presidente y vicepresidente de la República, los resultados eran proclamados por la Cámara de Diputados. Si el Tribunal Supremo Electoral no era capaz de realizar el escrutinio, dentro de los términos previstos en la ley, era sustituido, en esa labor, por el Congreso.

La estructura institucional electoral desapareció una vez instaurada la dictadura militar, liderada por el General Guillermo Rodríguez Lara, Comandante en Jefe del Ejército, la noche del 16 de febrero de 1972, sublevación que encontró su punto máximo de efervescencia cuando derrocó al presidente José María Velasco Ibarra.

No obstante, ante la presión política y la aguda crisis económica, el gobierno de facto, conformado desde 1976 por un triunvirato, integrado por los altos mandos de las tres ramas de las Fuerzas Armadas, se vio en la obligación de diseñar un Plan de Restauración Jurídico-Política del Estado, con miras a retornar al sistema democrático.

Así, en 1978 se conformó el denominado Tribunal del Referéndum, organismo *ad hoc*, encargado de viabilizar y organizar el normal desarrollo del proceso de consulta popular aprobatorio de la constitución, que marcó el restablecimiento de la democracia.

El único objetivo de esta comisión de notables consistió en garantizar el sometimiento de los organismos de Estado a la decisión que adoptare el pueblo, entre la aprobación de un nuevo texto constitucional, elaborado por una comisión designada directamente por el gobierno militar; o, por el contrario, dar continuidad a la vigencia de la Constitución de 1945, que fue reformada por otra comisión, conformada de idéntica manera.

Una vez aprobada la Constitución de 1978 se restituyó la institucionalidad del organismo encargado de las funciones concernientes al quehacer electoral. El ordenamiento jurídico le otorgaría al Tribunal Supremo Electoral la calidad de máximo garante del sistema democrático, sustituyendo a las Fuerzas Armadas en dicho rol.

Sin embargo, subsistió el debate en torno a su independencia material ya que el organismo, en cuestión, siguió presentando una integración que la imposibilitaba una independencia funcional.

El Tribunal Supremo Electoral estuvo conformado por siete vocales designados por el Congreso Nacional de la siguiente manera: tres por el propio Congreso, dos de ternas enviadas por el Presidente de la República y dos de las ternas enviadas por la Corte Suprema de Justicia, siempre que los integrantes de las ternas no ejercieren funciones jurisdiccionales. Los suplentes serían elegidos de idéntica forma.

Actualmente los miembros del Consejo Nacional Electoral, como el Tribunal Contencioso Electoral son designadas y designados mediante concurso público de méritos, oposición e impugnación ciudadana. Este proceso es desarrollado por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, por mandato expreso de la Constitución de la República. Con esto, el sistema tiende hacia la independencia política de esta Función del Estado, garantiza la formación técnica de sus máximas autoridades y propugna la especialización del Derecho Electoral como una rama jurídica autónoma, con reglas y principios específicos que se irán desarrollando jurisprudencialmente, dado el carácter vinculante que tienen de los criterios adoptados por el Tribunal Contencioso Electoral, como órgano de última y definitiva instancia en la materia y responsable del desarrollo de un sistema coherente de precedentes decisionales.

La Función Electoral en Ecuador

La Constitución de 1998 dotó al Tribunal Supremo Electoral de autonomía administrativa y económica (Art. 209). El órgano electoral estuvo conformado por siete vocales, con sus respectivos suplentes, que representaban a las organizaciones políticas que hubiesen alcanzado las más altas votaciones dentro de las últimas elecciones pluripersonales realizadas, en el ámbito nacional.

El Tribunal Supremo Electoral, según la Constitución de 1998 tuvo la competencia para organizar, dirigir, vigilar y garantizar el desarrollo de los procesos electorales y juzgar sobre posibles excesos en el gasto o la determinación de aportes ilícitos que se reflejaren de las cuentas de campaña que los tesoreros designados, por cada sujeto político, debía presentar.

Los partidos y movimientos políticos, con derecho a ocupar una vocalía presentaban una terna ante el Congreso Nacional, quien fungía de autoridad nominadora. Su conformación política permitió que las fuerzas mayoritarias puedan entablar negociaciones y llegar a acuerdos, lo que es deseable dentro de la esfera política que engloba a la actividad electoral; no obstante, su misma conformación resultaba incompatible con las competencias jurisdiccionales que se le asignaron.

La imparcialidad que debe caracterizar a todo juez electoral estuvo ausente del sistema electoral ecuatoriano durante esta época. Esta circunstancia provocó un alto grado de politización de la justicia electoral y en consecuencia, un escaso desarrollo doctrinario y jurisprudencial del Derecho Electoral.

Asimismo, el cobro de multas para aquellos sujetos políticos que excedieron el monto máximo para la promoción de candidaturas quedaba en manos de delegados de esas mismas tiendas políticas, lo que

dio origen a un sistema de deudas de favores políticos y una suerte de complicidad entre los partidos políticos de mayor magnitud.

El control político y jurídico en materia electoral fue ineficaz cuando se trató de partidos o movimientos que ostentaban una vocalía. Por ejemplo, el cinco veces candidato presidencial, Álvaro Noboa Pontón fue condenado al pago de 6,3 millones de dólares por excesos en el gasto de promoción de su campaña durante la primera vuelta de las elecciones de 2006. Sin embargo, pese a estar impago, se le permitió participar como candidato a Presidente de la República en las elecciones generales de abril de 2009.

En suma, la nueva conformación del Tribunal Supremo Electoral cambió de forma pero no solucionaría su problema de falta o ausencia de independencia que venía acarreado desde los inicios del período republicano.

El Tribunal Supremo Electoral no sólo fue competente para juzgar a sujetos políticos, sino que estaba facultado dentro de un período electoral, para destituir a cualquier funcionaria o funcionario que interfiriere en el normal desenvolvimiento del mismo.

La estructura electoral, hasta el año 2008, quedaría establecida en tres niveles: Tribunal Supremo Electoral; Tribunales Provinciales Electorales; y, Juntas Receptoras del Voto.

A manera de resumen, dentro de nuestra evolución histórica del sistema electoral ecuatoriano existen varios organismos que de forma permanente, ocasional e incluso *ad hoc* se han encargado del ejercicio de esta función. Podríamos citar a las Asambleas Electorales, Asambleas Parroquiales, Juntas Electoras, Juntas de Recepción del Voto, Comisiones de Escrutinios, entre otros.

Cada uno de estos organismos estaba integrado de formas muy variadas. Así, en algunas existió representación de la Iglesia Católica, de la Función Judicial, de los Cabildos o Consejos Municipales, entre

otros; hoy hablamos de una Función del Estado independiente, integrada bajo criterios técnicos de selección y designación de autoridades, según procederé a caracterizar.

El Régimen Constitucional de 2008

La Constitución de la República del Ecuador aprobada, mediante referéndum, el 28 de septiembre de 2008, en su Art. 217 divide el ejercicio de la Función Electoral en dos organismos de la más alta jerarquía: el Consejo Nacional Electoral y el Tribunal Contencioso Electoral.

El Consejo Nacional Electoral es el órgano encargado de la organización, dirección y vigilancia del proceso electoral, este proceso comprende la elaboración del registro electoral, hasta la entrega de credenciales a las personas que resultaren favorecidas por la voluntad popular.

El Tribunal Contencioso Electoral es el otro órgano que adquiere el rol de juez; es llamado a garantizar el pleno ejercicio de los derechos de participación política y por tal, el encargado de resolver, en sede jurisdiccional, los conflictos que pudiesen suscitarse al interior de las organizaciones políticas y de estas con los organismos de la administración electoral. Con ello, al TCE no sólo le compete garantizar el pleno ejercicio de los derechos de participación política y derechos conexos, sino también, la vigencia material de la Constitución, en lo que a su ámbito de competencia se refiere.

La escisión de la actividad electoral está justificada por dos razones: (1) la necesidad de dotar al organismo jurisdiccional de independencia e imparcialidad; y, (2) la necesidad de profesionalizar la actividad jurídico-electoral.

En la actualidad, la independencia del desarrollo de la actividad electoral está dada por su calidad de Función del Estado y la conformación

despartidizada de sus juezas, jueces y vocales, respectivamente³⁷. Estas autoridades son elegidas por comisiones ciudadanas conformadas por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, mediante mecanismos meritocráticos. No obstante, se mantiene el sometimiento de estas autoridades a juicio político, el mismo que es sustanciado y resuelto por la Asamblea Nacional; esto, de alguna manera, puede repercutir en la independencia partidista de sus miembros.

La profesionalización del sistema de justicia electoral se garantiza por la exigencia de los requisitos previstos en el Art. 220 de la Constitución para quien aspira a tal investidura. Estos requisitos se basan en criterios de formación técnico-jurídica y en la experiencia obtenida en el ejercicio profesional de la abogacía y/o el ejercicio de la cátedra universitaria. Su modo de conformación favorece a la indispensable profesionalización de este órgano, de única y definitiva instancia, no sólo por tratarse de un tribunal jurisdiccional, en sentido estricto, sino porque posee la especial facultad de emitir *subreglas jurisprudenciales* con alcance vinculante, general y abstracto.

La característica que poseen los fallos del Tribunal Contencioso Electoral es provocar la alteración del sistema de fuentes jurídico-electorales toda vez que, en atención al principio de *paralelismo de las formas jurídicas*³⁸, dependa de la materia sobre la cual se pronunciare para determinar si sus tesis se mantienen en el ámbito de la mera legalidad o si por el contrario, pasan a ser parte del denominado *bloque de constitucionalidad*³⁹.

³⁷ Las autoridades que tuvieron a su cargo el desarrollo del proceso electoral de abril y junio de 2009 fueron elegidas directamente por la Asamblea Constituyente por medio del Mandato Constituyente No. 22.

³⁸ Pérez Royo, Javier. *Curso de Derechos Constitucional*, séptima edición, Marcial Pons, Editores Jurídicos y Sociales, Madrid, pp. 171-187.

³⁹ Dulitzky, Ariel. “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: estudio comparado” en: Martín Abregú y Christian Courtis (comp.), *La Aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales*, Editores del Puerto S.R.L., segunda edición, Buenos Aires, 1998, pp. 33-74.

La jerarquía móvil del precedente electoral propone la adopción de un sistema mediante el cual, los criterios axiológicos prevalecerán sobre los meramente formales, aun si llegase a presentarse controversias entre fuentes legislativas y jurisprudenciales.

Si bien, la Constitución separó las competencias administrativas de las jurisdiccionales para evitar, conforme a la experiencia vivida con el Tribunal Supremo Electoral, que un mismo órgano actúe en calidad de juez y parte, en relación a la legitimidad de sus propias actuaciones y al cometimiento de infracciones de sus organizaciones representadas en las diferentes vocalías, no existe aún una cabal diferenciación entre las competencias atribuibles al Consejo Nacional Electoral (CNE) y al Tribunal Contencioso Electoral (TCE).

Por ejemplo, la jurisprudencia electoral, durante la vigencia de la normativa de transición para las elecciones de 2009, expedida por los organismos electorales, se mantuvo el criterio, según el cual el Tribunal Contencioso Electoral es el órgano competente para conocer únicamente sobre impugnaciones que se realizaren respecto de los resultados que proclamare el CNE, es decir, de aquellas dignidades correspondientes a la jurisdicción nacional e internacional. Este criterio cambió con la expedición del Código de la Democracia, permitiendo que se impugnen los resultados numéricos del Consejo Nacional Electoral así como de sus organismos desconcentrados, sin embargo con la última reforma a este cuerpo normativo se estableció el agotamiento previo de la vía administrativa, es decir ante el TCE sólo se podrán impugnar las resoluciones emitidas por el CNE.

Esto implica que, en materia contencioso electoral, a diferencia de la jurisdicción contencioso administrativa, esta es quizá la única materia en la que, para acceder a la vía jurisdiccional, es un requisito ineludible, agotar la vía administrativa, lo que puede resultar paradójico, en atención a los plazos cortos y fatales que le son connaturales al derecho electoral.

La Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas, Código de la Democracia establece competencias concretas para las Juntas Provinciales Electorales (organismo creado especialmente para los procesos electorales), mas no para las Delegaciones Provinciales Electorales (organismo permanente) a quienes se les atribuye la organización y gestión del CNE, la administración de bienes, prestación de facilidades a las Juntas. Si bien, tales atribuciones son importantes para la gestión electoral, se duda de la utilidad de mantener dos organismos locales desconcentrados, cuando uno solo, siendo permanente podría cubrir las demandas del sistema.

Del estudio realizado, se observa que el sistema electoral ecuatoriano no ha previsto la existencia de una garantía fundamental de carácter subsidiario. Los recursos contencioso-electorales están previstos de tal manera que las causales para interponerlos son taxativas, así como lo son, los modos de reparación. En tal virtud, cualquier actuación de autoridad electoral u organización de derecho privado que sea violatoria de derechos de participación quedaría excluida de tutela efectiva, si no hubiese sido prevista por el legislador.

Si bien, la garantía fundamental subsidiaria por excelencia, dentro del sistema ecuatoriano es la acción de protección, prevista en el Art. 88 de la Constitución, el Tribunal Contencioso Electoral dejó cerrada esta vía, en virtud de la sentencia por la que resolvió el caso signado con el número 080-2009-TCE. En esta oportunidad se resolvió destituir del cargo a un juez de la función judicial, de primer nivel, que mediante una acción de protección ordenó la inscripción de una candidatura que, en primer momento fue negada por el órgano electoral desconcentrado correspondiente, por razones de inhabilidad. La sentencia del TCE consideró que aquella forma de proceder constituía una interferencia en perjuicio del normal desarrollo del proceso electoral.

No obstante, el TCE diseñó y reguló, por vía jurisprudencial, una acción de protección especial, en materia de derechos de participación política, que en un futuro servirá de fundamento para

sustanciar y resolver este tipo de acciones por parte del propio TCE, con observancia a los principios generales de toda garantía jurisdiccional de derechos⁴⁰. De esta manera se lograba, adicionalmente conservar la unidad de criterios jurisprudenciales en cuanto al ejercicio de derechos de participación política⁴¹; el Código de la Democracia no recogió dicha garantía en su articulado.

La restricción del acceso al órgano jurisdiccional de la Función Electoral se ahonda cuando la ley establece que sólo los denominados sujetos políticos y personas capaces de acreditar la vulneración de un derecho subjetivo poseen legitimación activa para presentar las acciones y recursos previstos en sede contencioso-electoral.

De acuerdo con el Art. 244 del Código de la Democracia, debemos entender por sujetos políticos a los partidos, movimientos, alianzas y candidatos que participen en el proceso electoral. En tal virtud, personas jurídicas o grupos humanos no podrían exigir la tutela de sus derechos, peor aún de derechos colectivos y difusos.

La esfera propia del consenso y la negociación política, entre los agentes que interactúan en el sistema electoral ha quedado reducida a su mínima expresión, lo que podría producir un desequilibrio en el sistema por la radical judicialización de la política, que sería el extremo opuesto al sistema electoral precedente, en el que, como ya se dijo, se politizó la justicia electoral, bloqueando su desarrollo técnico y jurisprudencial.

De esta manera, Ecuador ha pasado de un sistema electoral estrictamente político a otro en el que convergen órganos que ofrecen garantías cuasi-jurisdiccionales⁴², en el caso del CNE y sus organismos

⁴⁰ Sentencia No. 361-2009-TCE.

⁴¹ El procedimiento, que en un primer momento quedaría establecido vía auto de admisión, sería ratificado por la Resolución No. PLE-TCE-33-15-05-2009, publicada en el Registro Oficial No. 607, de 8 de junio de 2009.

⁴² Pisarello, Gerardo, “Los Derechos Sociales y sus Garantías: por una reconstrucción democrática, participativa y multinivel”, en: *Los Derechos Sociales y sus Garantías, elementos para una construcción*, Trotta, Madrid, 2007, pp. 111-138.

desconcentrados; y otro, que ofrece garantías jurisdiccionales, tal es el caso del TCE.

Los órganos que integran la Función Electoral, cada uno dentro del marco de sus competencias deberán legitimar progresivamente su posición dentro del sistema constitucional ecuatoriano. Esto se logrará con un ejercicio profesional, ético y responsable de las atribuciones previstas en la Constitución de la República y en la ley. Corresponderá a las juezas y jueces del Tribunal Contencioso Electoral defender, en cada una de las causas sometidas a su conocimiento, la conquista formal alcanzada en cuanto a su independencia, todo ello, en beneficio de la consolidación del sistema de representación democrática capaz de garantizar a la ciudadanía la realización de elecciones libres, justas y con estricto respeto a la voluntad soberana del pueblo.

Partidos y movimientos políticos

El derecho a agruparse, con fines políticos, respondía a la misma dinámica que a la de asociación privada, motivo por el cual quedaba exenta de toda intervención estatal. Las organizaciones políticas no estaban contempladas como un asunto atinente a la materia constitucional.

La Constitución de 1929 hace referencia a los partidos políticos, únicamente para prohibir a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de participar en estas organizaciones durante el tiempo que dure el desempeño de sus funciones oficiales. La Carta de 1945, extiende esta prohibición a los miembros activos de las Fuerzas Armadas.

La primera Constitución que reconoce como derecho fundamental a la participación de la ciudadanía en partidos políticos, es la Carta de 1946; sin embargo, no regula a las organizaciones por mantener el criterio de que constituyen un modo de asociación entre particulares, sobre las que resultaba perniciosa la intervención del Estado.

La Ley de Elecciones de 1947 destina su título cuarto a la regulación de la actividad de los partidos políticos, específicamente, en lo relacionado a inscripción de candidaturas y propaganda electoral. Este sistema permitía la presentación de candidaturas de quienes, pese a no ser militantes de ningún partido, formalmente reconocido por la autoridad electoral, tenían interés en participar en calidad de candidato.

Esta situación cambiaría con la Constitución de 1967 en la que se establecía un sistema de partidos, en virtud del cual las organizaciones políticas, legalmente reconocidas por el Tribunal Supremo Electoral, tenían facultades exclusivas para presentar candidaturas a cargos de elección pluripersonal. Se establece, además, la obligación estatal de adoptar medidas tendientes a fortalecer a los partidos políticos. De esta forma, se empieza a reconocer el valor social de la actividad de los partidos, dentro del contexto democrático.

La Carta de 1967 establece un sistema monopólico de partidos para la presentación de candidaturas. Es importante señalar que esta Constitución garantizaba la participación política, bajo condiciones de igualdad; para el efecto, se garantizaba el acceso de los partidos a los medios de comunicación social, para la promoción de sus propuestas políticas. De ahí, la necesidad de adoptar mecanismos tendientes a controlar la propaganda y el gasto electoral.

El gobierno dictatorial de 1978 se debilitó y, consecuentemente, cedió espacios ante las presiones populares agitadas por un poder político emergente. El gobierno militar elaboró el Plan de Reestructuración Jurídica del Estado para el regreso a la democracia, designó a las personas que conformarían tres comisiones: una para la elaboración de una nueva Ley de Elecciones y de Partidos Políticos; otra, para la redacción de un proyecto de reformas a la Constitución de 1945; y, la última para la presentación de un nuevo proyecto de Constitución. El producto de las dos últimas comisiones serían sometidas a referéndum, quedando aprobado el proyecto inédito.

La Ley de Elecciones, junto con otras leyes, fue aprobada directamente y promulgada, aún antes que la propia Constitución, en agosto de 1979. La nueva Constitución consolidó el régimen monopólico de partidos políticos. Estas organizaciones gozaban de la protección, el financiamiento y otros privilegios del Estado, bajo el fundamento de promover la participación política, en democracia.

El sistema fue calificado como partidocrático por sus detractores y criticado, con hermetismo, por las élites partidistas; esto impidió el acceso de las bases a participar como candidatas o candidatos. Los requisitos para la inscripción de un partido político eran exigentes y el sistema no admitía la participación política en alianzas, lo que obligaba a que cada partido presente listas completas para todas las dignidades, las mismas que debían estar integradas únicamente por sus militantes.

Estas formalidades desincentivaron el ejercicio del derecho al sufragio pasivo y favorecía a la consolidación de un poder político excluyente y concentrado, casi exclusivamente en las élites partidistas.

La exclusividad de la que gozaban los partidos para la presentación de candidaturas, y la exclusión que producía movilizó a la opinión pública y a ciertos sectores de presión social. La propuesta de abrir el sistema a favor de la participación de candidaturas independientes fue sometida a decisión directa de la ciudadanía en 1986, durante el período presidencial del ingeniero León Febres Cordero.

En la consulta popular, la propuesta obtendría un resultado desfavorable. Esto sería interpretado como un rechazo, no a la propuesta en sí misma, sino al gobierno de turno; tanto es así que, con posterioridad, en el gobierno del arquitecto Sixto Durán Ballén -ocho años más tarde- se procedió a consultar al pueblo sobre el mismo asunto, quedando aprobada tal iniciativa.

La Constitución Política de 1998, para muchos una codificación de la de 1979, equiparó las responsabilidades y privilegios reconocidos, tanto a partidos como a movimientos políticos. Se elevó

a rango constitucional el derecho de participación de candidaturas independientes y la conformación de alianzas políticas.

Uno de los aportes más novedosos de esta carta es el reconocimiento del derecho atribuido a las organizaciones políticas que no participaren de las decisiones adoptadas por el gobierno, a expresar sus críticas y a proponer la adopción de decisiones alternativas. A esta suerte de *derecho a la resistencia política*, pacífica, se la denominó el *estatuto de la oposición*, y ocupó el capítulo cuarto, de la sección segunda, del capítulo segundo, de la Carta Constitucional.

La Constitución de la República de 2008 es mucho más rigurosa que las anteriores, en cuanto a la regulación interna y externa de los partidos y movimientos políticos. La Carta Fundamental enfatiza en la necesidad social de democratizar internamente a estas organizaciones.

Bajo esta línea de pensamiento se obliga a los partidos y movimientos a mantener la paridad y alternabilidad de género, en sus directivas y en las listas presentadas en elecciones pluripersonales (Art. 108). Se mantienen las asignaciones presupuestarias, por parte del Estado, así como el control de los recursos públicos y privados que recibieren de sus militantes o simpatizantes. Finalmente, se reconoce el derecho a la oposición política, en similares términos que su antecesora.

Los derechos de participación que se ejercen dentro de una organización política o por ocasión de pertenecer a ella, han ingresado a la esfera garantista de la justicia electoral, toda vez que los conflictos internos tendrán la posibilidad de ser presentados ante el Tribunal Contencioso Electoral, una vez agotados los medios internos de solución de conflictos, previstos en el estatuto de la organización, aprobado por el Consejo Nacional Electoral, con anterioridad a la inscripción de la organización correspondiente. En este sentido, el Tribunal Contencioso Electoral ha dictado jurisprudencia:

“Para que se active este medio de impugnación -recurso contencioso electoral de impugnación- es necesario que los partidos políticos hayan agotado las instancias internas de resolución antes de concurrir a la jurisdicción del Estado, a fin de garantizar su capacidad auto – organizativa en ejercicio de la más amplia libertad, garantizando, claro está, al mismo tiempo los derechos individuales de sus miembros y dejando a salvo la garantía que representa la jurisdicción...”⁴³.

La tendencia constitucional generalizada de judicializar los asuntos tradicionalmente atribuibles al ámbito de lo privado, encuentra consonancia con la evolución del sistema electoral. En este sentido, corresponde a toda autoridad jurisdiccional garantizar los derechos fundamentales.

En el caso particular de las organizaciones políticas, existiría en tanto se suscite algún tipo de relación desigual entre un posible caudillo y la directiva, respecto de sus militantes. No obstante, la normativa fomenta el diálogo interno y la posibilidad de llegar a soluciones consensuadas, dentro de las propias organizaciones, antes que el asunto trascienda al ámbito de lo jurisdiccional.

Métodos para la adjudicación de escaños

Desde la creación de la República hasta la Carta Constitucional de 1906 los escaños a ser repartidos en elecciones pluripersonales fueron adjudicados bajo criterios de mayoría simple.

A los candidatos más votados, sin importar la lista u organización política de la que provinieren, se les adjudicaba el escaño en disputa. Este sistema eliminó, casi por completo, la posibilidad de obtener representación política para grupos tradicionalmente excluidos, como el sector indígena, afroecuatoriano y montubio; peor aún, de la mujer, cuyo derecho al sufragio aún seguía sujeto a debate.

⁴³ Sentencia No. 001-002-2009AC.

La Constitución de 1929 sería pionera en establecer un régimen de representación de minorías, en lo que se denominó *sistema de representación funcional*, en cuanto a la elección de diputados. Este modelo posibilitaba la representación directa sin que existiese pronunciamiento popular de ciertos grupos en la cámara de representantes. Estos dignatarios serían elegidos al interior de los respectivos gremios, facultados para el efecto.

Según la Constitución de 1929, existía un representante de las universidades, uno proveniente del profesorado secundario y especial; dos del profesorado primario y normal; uno del periodismo, uno de las academias científicas; dos de la agricultura, dos del comercio, dos de la industria, dos del sector obrero, dos de los campesinos; y, uno de la institución militar⁴⁴.

La Ley de Elecciones aprobada en 1947, prevé un complejo sistema de repartición proporcional de escaños. Así, el total de votos válidos era dividido para el total de escaños a ser repartidos. Las listas que no alcanzaban la mitad del cociente obtenido -en este primer ejercicio matemático- quedaban directamente eliminadas (*cociente eliminador*).

En un segundo momento, se procedía a dividir la mitad de este cociente por el número de escaños a ser adjudicados. Este resultado permitía la obtención de un segundo cociente, que servía para la repartición (*cociente repartidor*).

Una vez concluido dicho proceso, se procedía a dividir el número total de votos obtenidos por cada lista que hubiese superado la barrera del cociente eliminador para el cociente repartidor, de tal suerte que cada lista obtenía el número de escaños determinados en el resultado.

⁴⁴ Este sistema fue ratificado, aunque con ligeras variaciones, por las constituciones de 1945, 1946 y 1967.

En caso de que sobrasen escaños disponibles, se adjudicaba a aquellos partidos con mayor votación⁴⁵. No se trata, precisamente, de un sistema de representación de minorías; pero, contribuyó a ampliar las expectativas de acceso al poder para grupos de menor fuerza política y/o económica.

La Ley de Elecciones de 1968 cambió, aunque no sustancialmente, el sistema de cocientes electorales para la repartición proporcional de escaños.

Se mantuvo el sistema que obliga a la obtención de dos cocientes; sin embargo, el cociente eliminador pasó a ser del 60%. Adicionalmente, los escaños sobrantes no serían adjudicados a las listas más votadas, sino a aquellas que contasen con el mayor residuo (*sistema de cocientes y residuos*).

Esta segunda operación aritmética hubiese favorecido a la representación de las fuerzas minoritarias si la primera no hubiese incrementado el cociente eliminador. De esta forma, los partidos que llegaban a la segunda fase de la fórmula, esta es a la de repartición de escaños, constituían las grandes mayorías. La representación de minorías seguiría siendo apariencia.

El 25 de octubre de 1985 la Cámara Nacional de Representantes (Congreso) aprobaría la Ley No. 09 que ratificó al sistema de cocientes y residuos -según lo detallado anteriormente-.

La codificación constitucional de 1984 no hizo referencia a este tema, por lo que fue sobrentendido que la ley contaba con la autoridad suficiente para regular el método de asignación de escaños, gozando además del consentimiento tácito de la Asamblea Constitucional.

⁴⁵ Mena, Camilo, “Legislación Electoral Ecuatoriana” en: *Sistemas Electorales y Representación Política en Latinoamérica*, Tomo II, Fundación Friedrich Ebert, Madrid, 1986, pp. 75-117.

Es lógico pensar que el Congreso Nacional, conformado por diputados, elegidos en virtud de la aplicación de un sistema que abiertamente favorecía a las mayorías, con mucha dificultad tendría la apertura para ceder espacios a favor de nuevos actores que, al final de cuentas, eran sus rivales políticos.

La Constitución de 1998, en su artículo 99, consagra un sistema de elección entre listas, delegando a la ley a que proceda a armonizar el principio de libre elección entre candidatos de entre listas, con el principio de representación proporcional de minorías. La Ley Orgánica de Elecciones vio, en el método D'Hont, el mecanismo idóneo para alcanzar la cristalización y armonización de estos principios⁴⁶.

La reforma a la Ley de Elecciones de mayo de 2006 cambió el procedimiento de adjudicación de escaños, para elecciones pluripersonales. El nuevo sistema consistía en lo siguiente: a) Se suman todos los votos que hubiese obtenido cada organización, sea por votación en lista cerrada o por candidatos de entre listas, separando los votos nulos y blancos; b) Se suman los votos obtenidos por cada organización, como lista abierta o votos nominales, como los efectuados por lista o en plancha; c) Se procede a calcular el factor ponderador.

Este valor es obtenido de la división del número total de ciudadanos que votaron entre listas, para la votación total producida en plancha⁴⁷; d) La votación nominal obtenida por cada organización es multiplicada por el ponderador exacto; e) Se procede a sumar la votación obtenida en lista cerrada con el valor de los votos entre listas, ponderados; f) Se aplica el método de divisores continuos; es

⁴⁶ Este sistema retomó fuerza en las elecciones ordenadas por el Régimen de Transición de 2008.

⁴⁷ Recordemos que un elector puede hacer uso, o no, del total de posibilidades de voto que a cada elector se le asigna, cual si se tratase de fracciones de voto; por tanto, el número total de opciones de voto correspondería a la unidad, que es equivalente al número de escaños a ser adjudicados.

decir, la votación total es dividida secuencialmente para 1, 2, 3, 4 y así sucesivamente, hasta obtener un número de divisores igual al de los escaños a ser repartidos; g) Los cocientes obtenidos son ordenados de mayor a menor y los escaños son obtenidos por los primeros de tales listas. Los empates serían resueltos mediante sorteo público.

Este sistema fue declarado inconstitucional por parte del Tribunal Constitucional, mediante resolución 25-2003TC. En aquella oportunidad el Tribunal Constitucional, entre otros argumentos, indicó:

“...el método D’Hont establecido en los artículos 105 y 106 de la Ley de Elecciones y artículo 111 de su Reglamento General resulta no ser el sistema adecuado para conciliar el espíritu que consagró constitucionalmente el principio de listas abiertas con el de representación proporcional de las minorías...”⁴⁸.

Asambleístas y dignidades pluripersonales

El Régimen de Transición, aprobado conjuntamente con la Constitución de 2008, retoma el método D’Hont o fórmula de divisores continuos para la elección de dignidades pluripersonales. El sistema establecido en el Régimen de Transición, para elecciones pluripersonales fue el siguiente:

- a) Se suman todas las opciones de voto alcanzadas por cada lista;
- b) Este número es dividido secuencialmente para uno, tres, cinco, siete y así sucesivamente, hasta obtener tantos cocientes como escaños a ser adjudicados;

⁴⁸ Riofrío Martínez-Villalba, Juan. “Inconstitucionalidad del Sistema Electoral” en *Revista Novedades Jurídicas*, Ediciones Legales, Año 3, N° 15, Quito, 2006.

c) Los resultados son ordenados de mayor a menor, los cocientes más elevados serán los adjudicatarios de los escaños. Si una sola lista hubiese alcanzado todos los escaños posibles, el último sería adjudicado a la lista que le siga en votación. En caso de empate, la adjudicación se la realizará por sorteo.

El orden fijado por la organización política, al momento de inscribir las candidaturas, será respetado para efectos de adjudicación; es decir, si una lista alcanzare tres escaños, alcanzarían la curul el primero, segundo y tercer candidato que apareciera en la lista.

Este sistema es aplicable a toda elección pluripersonal, con excepción de las circunscripciones electorales que sólo elijan dos assembleístas, en cuyo caso estos corresponderán a la primera y segunda lista que hubiese alcanzado mayor votación, siempre que la segunda tuviese al menos el 35% de la primera; caso contrario, ambos escaños corresponderán a la primera (Ver Tabla 1).

Tabla 1. Ejercicio práctico: Distribución de escaños

Lista	Votos Válidos	División para 1	División para 3	División para 5	División para 7	División para 9
Lista 1	25219	25219	8406,33	5043,8	3602,71	2802,11
Lista 2	16879	16879	5626,33	3375,8	2411,28	1875,44
lista 3	34856	34856	11618,66	6971,2	4979,42	3872,88
lista 4	45816	45816	15272	9163,2	6545,14	5090,66
Lista 5	1459	1459	486,33	291,8	208,42	162,11
Lista 6	4875	4875	1625	975	696,42	541,66
Lista 7	95222	95222	31740,66	19044,4	13603,14	10580,22
Escaños por adjudicar	5					

Nota: Si se tratase de la elección de parlamentarios andinos, el escaño correspondería a la primera persona que ocupase la lista uno, tres, cuatro y siete; y, a la segunda de la lista siete. Si se tratase de otra dignidad de elección popular, tendríamos que identificar a la persona más votada de la lista uno, tres y cuatro; así como, las dos más votadas de la lista siete.

El mayor o menor grado de favorecimiento a las minorías está determinado por el valor asignado al divisor, así como a la diferencia secuencial que existe entre la primera, segunda y demás divisiones sucesivas. En este sentido, si la diferencia entre divisores es uno o fracción de uno, se tendería a que las mayorías electorales acumulen la mayor cantidad de escaños disponibles (divisores: 1, 1.5, 2, 2.5...).

Por el contrario, cuanto mayor es la diferencia establecida entre los divisores que integran la secuencia, en mayor medida se posibilita también la representación de minorías, puesto que el partido o movimiento que hubiese alcanzado la mayor votación está obligada a duplicar, triplicar o cuadruplicar, según sea el caso, la votación de sus oponentes para convertirse en adjudicatario de otro u otros escaños (divisor: 1, 3, 5, 7...).

El Código de la Democracia adopta el método de divisores continuos con la particularidad de que la diferencia entre los números de la secuencia es uno (1,2,3,4,5,...).

Por otro lado, para la asignación de escaños para los assembleístas se prevé el *cociente distribuidor*. El procedimiento es el siguiente:

a) Se suma la totalidad de los votos válidos y se los divide para el número de escaños a ser adjudicados, este resultado constituye el cociente distribuidor;

b) La votación alcanzada por cada candidato es sumada a la de sus compañeros de fórmula, a fin de identificar la sumatoria total de votos obtenidos por cada una de las listas;

c) El resultado de la totalidad de los votos válidos, alcanzado por cada lista es dividido para el cociente distribuidor;

d) A cada lista le corresponderá un escaño, por cada vez que repitiese el cociente distribuidor.

Por tanto, de la división realizada se obtiene el cociente que

determina el número de escaños que alcanza cada lista. Si faltasen escaños por repartir, se tomará en cuenta las aproximaciones decimales más elevadas; esto es, los residuos más altos. Los escaños serán adjudicados a los candidatos más votados de cada lista.

Por simple lógica matemática, la representación de las minorías, en aplicación de los métodos establecidos por el Código de la Democracia será inferior a la que se verificó en las elecciones ordenadas por el Régimen de Transición toda vez que la diferencia entre los números que conforman la secuencia de divisores es considerablemente más estrecha. Sin embargo, el método del cociente distribuidor sí permite una mayor participación de minorías en la conformación de los cuerpos colegiados.

Cabe indicar que la asignación de escaños en elecciones pluripersonales fue reformado mediante ley publicada en el Registro Oficial publicada en Registro Oficial Suplemento 634 de 6 de febrero de 2012. Conforme esta reforma se estableció un método común para todas las elecciones pluripersonales con excepción de los assembleístas nacionales, en cuyo caso se estableció el método de divisores continuos con intervalos de dos números (1, 3, 5, 7...).

De esta manera en la elección de la mayoría de cargos pluripersonales se tendrá una menor participación de las minorías políticas que en el caso de los assembleístas nacionales.

Nuevos principios del Derecho Electoral

En la actualidad, se han incorporado nuevos principios que han pasado a ser parte integrante del derecho electoral como su carácter plural y el sufragio informado. Persiste el debate sobre la calidad

obligatoria o facultativa del sufragio para la generalidad de ciudadanas y ciudadanos⁴⁹.

De la naturaleza obligatoria del sufragio activo se desprende su carácter de derecho indisponible; esto se constituye como una contradicción con la esencia subjetiva del mismo, dado que la característica esencial de un derecho subjetivo que radica precisamente en que adquiere vigencia real cuando el titular lo ejerce de manera voluntaria, de lo que se desprende su posibilidad de abstención.

Los sistemas electorales de países como México, Chile, Venezuela, Nicaragua, República Dominicana, entre otros han establecido un sistema de voto facultativo bajo fundamentos similares⁵⁰. Al respecto, se argumenta en sentido de una eventual falta de representatividad de las dignidades elegidas ante un posible alto porcentaje de ausentismo, situación que, bajo mi punto de vista puede ser resuelta desde la propia teoría de los derechos subjetivos.

En esta línea de pensamiento cabe discutir sobre la legitimidad de la obligatoriedad para las personas de elegir cuando estas no tienen interés o deseo de activar el ejercicio de su derecho a sufragar; sería la imposición de una carga jurídica injusta o se estaría utilizando al ciudadano como medio para el cumplimiento de fines netamente estatales, lo cual entraría en fricción con la naturaleza kantiana de dignidad humana, concepto fundamental para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

⁴⁹ El lector debe estar consciente de que las líneas de análisis escogidas para el desarrollo de este capítulo responde a un esquema y a un interés netamente académico, por lo que no agota, de ninguna manera, las aristas derivadas del desarrollo evolutivo del sistema electoral.

⁵⁰ Fernández, Mario y Thompson, José, “El Voto Obligatorio”, en: *Tratado de Derecho Electoral Comparado*, Instituto Internacional sobre Democracia y Asistencia Electoral 2007. Disponible en: http://www.idea.int/publications/electoral_law_la/upload/XIII.pdf

Por otra parte, la desidia que produce en buena parte de la ciudadanía y el hecho de participar de forma obligada podría alterar la decisión global, en perjuicio de la parte del cuerpo electoral comprometida con la construcción de democracia, ya que este mismo interés fomenta a la persona a acceder a fuentes información y a enrolarse en actividades con la finalidad de llegar a comprender e incidir en la vida política lo que, además, empataría con la idea de un sufragio debida y oportunamente informado y la obligación del Estado de ir construyendo ciudadanía a partir de una educación cívica, basada en cultura de derechos y en la necesidad de preservar al sistema democrático.

La eficacia de la propuesta expuesta depende de que vaya acompañada por una agresiva campaña de concienciación y educación política para el pueblo. En este sentido, se lograrían dos objetivos: por una parte, el ciudadano no sentirá la presión de participar, ante la amenaza de una sanción que lo podría llevar a tomar esa decisión sin la seriedad que esta amerita; y, por otra, las personas intervendrían por su propia voluntad y dotadas de los elementos de juicio necesarios para que su consentimiento no llegue a ser viciado por políticos inescrupulosos para obtener réditos electorales y acceder a cargos públicos.

Decir que el derecho al sufragio debe ser oportuno, objetivo y debidamente *informado* trasciende a la difusión que, de acuerdo con la ley, deben impartir los partidos y movimientos políticos a sus afiliados y simpatizantes.

Esta forma de adoctrinamiento ejecutada de manera eficiente, es valiosa pero resulta insuficiente. La ciudadanía tiene el derecho de conocer las diferentes doctrinas y propuestas políticas por parte de quienes las defienden; pero, también por parte de sectores opuestos a tales tendencias y básicamente por entes imparciales y objetivos, que en el caso ecuatoriano, recaería sobre los organismos que integran la Función Electoral.

Con lo mencionado se desprende la necesidad de incorporar, dentro de los presupuestos anuales del Consejo Nacional Electoral y del

Tribunal Contencioso Electoral partidas presupuestarias específicas para difundir los principios esenciales que sustentan al sistema democrático. El Código de la Democracia busca llenar el actual vacío con la creación del Instituto de Investigación y Análisis Político Electoral, creado por la sección única del capítulo sexto de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador.

El sistema de educación política, dirigido a la ciudadanía, debe empatar con otro de los principios previstos en el Código de la Democracia, el principio de *pluralidad* que deberá estar enfocado a la todos los ciudadanas y ciudadanos; no obstante, debe existir programas específicos, focalizados a grupos minoritarios. Entre los sectores específicos tenemos a las organizaciones de mujeres, a estudiantes de educación básica, bachillerato y universitarios, a personas con algún tipo de deficiencia física que le impidiese participar de los mismos métodos de enseñanza, pueblos y nacionalidades indígenas, entre tantos otros.

La incorporación de principios, mediante la creación de subreglas, emanadas de los pronunciamientos jurisdiccionales del Tribunal Contencioso Electoral y de la Corte Constitucional, obligará al investigador a cambiar sus métodos analíticos de estudio. Así, ya no sería suficiente revisar las cartas constitucionales o las diferentes leyes sobre el tema, como lo hemos hecho en este trabajo, sino que a este método habrá que añadirle el manejo estático y dinámico de los precedentes jurisdiccionales que, poco a poco, se irán incorporando a nuestra racionalidad jurídica y a la de todos los operadores de justicia.

En todo caso, nos encontramos en un punto, como cualquier otro, de la evolución del sistema jurídico-electoral; no obstante, podemos evidenciar que existe un valioso camino recorrido. Pese a haberse logrado cosas importantes, falta mucho por adecuar y ajustar, por reflexionar y proponer, a fin de contribuir al dinámico perfeccionamiento del sistema político en nuestra sociedad.

Democracia directa y justicia electoral

El término “democracia” fue acuñado por Heródoto en el siglo V A.C, en atención al significado etimológico que aglutina: “poder” (*kratos*) del “pueblo” (*demos*). Desde aquel momento, han pasado más de dos mil quinientos años, de ahí que, para nadie es sorpresa que con el transcurrir del tiempo, este concepto haya tenido que evolucionar y adaptarse a los diferentes contextos históricos y a una infinidad de construcciones teóricas que han tratado de desentrañar su esencia. El bagaje intelectual, respecto a la democracia ha conllevado, entre otras cosas, a que se le haya adjuntando diversos adjetivos, con los que se ha querido caracterizar sus múltiples facetas.

En la actualidad, cuando hablamos de democracia, no sólo nos referimos a un sistema o modelo de gobierno, tal y como lo hace el artículo primero de la constitución al autodefinir al Estado ecuatoriano; también aludimos a un procedimiento para la adopción de decisiones colectivas; o a un modo de distribución del poder político, e inclusive a un derecho humano de naturaleza difusa, que a su vez, emerge como prerequisite indispensable para el ejercicio de los demás principios y valores jurídico-políticos, que al ser consagrados en la Constitución de la República, definen a una forma de organización social.

La democracia, como derecho humano, es reconocido en el artículo 1 de la Carta Democrática Interamericana, al consagrar: “Los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla”. Esta disposición incorporada a nuestro ordenamiento jurídico, por mandato del artículo 11, numeral 3 de la Constitución, en concordancia con el artículo 417 y siguientes del mismo cuerpo normativo exige, para su real vigencia de la adopción de garantías primarias y secundarias que permitan su existencia práctica.

En atención a las primeras, es decir, a las garantías normativas o primarias, podemos afirmar que el reenvío que realiza el derecho internacional al interno ha sido atendido tanto por la propia Constitución así como por la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas, Código de la Democracia, la Ley Orgánica de Participación Ciudadana y la normativa secundaria expedida por el Consejo Nacional Electoral, en cuanto establecen y regulan las diferentes formas de participación política, incluidas, por supuesto, los mecanismos de democracia directa.

En cuanto a la obligación de adoptar medidas procedimentales, también llamadas garantías secundarias, que permitan la plena exigibilidad de las garantías primarias, el Estado ecuatoriano ha establecido un sistema especializado, autónomo, profesional e independiente de justicia electoral; con lo que, se confiere a los actores políticos las herramientas jurídicas necesarias, aunque no suficientes para promover y defender el derecho de participación política de las ciudadanas y ciudadanos.

A la democracia, como principio base de nuestra vida en común y derecho humano, en sentido estricto, le son aplicables los principios comunes a todos los demás derechos fundamentales. Entre estos, por citar algunos ejemplos, tenemos: la participación política en condiciones de igualdad y no discriminación; su carácter progresivo, aplicación directa e inmediata y lo que es más importante para la cotidiana labor del Tribunal Contencioso Electoral, su plena justicialidad, bajo el marco de las garantías esenciales al debido proceso y su interpretación, de la forma que más beneficie su efectiva vigencia.

Este último principio implica que el órgano de justicia electoral está en la obligación de superar cualquier barrera material o jurídica que fuese necesario, a fin de asegurar el respeto, protección y promoción de los derechos de participación política y demás derechos conexos, derivados de la actividad electoral.

Puesto que hablamos de un derecho fundamental y a la vez de un principio transversal y consustancial a todo régimen personalista, el sistema democrático no puede ser derogado por resolución de la mayoría, ni siquiera por el propio constituyente, ya que esto significaría el abandono del sistema constitucional ya que sus principios básicos (libertad, igualdad, solidaridad, dignidad, etc.) son absolutamente contrarios a cualquier forma de autoritarismo o ejercicio despótico del poder.

Por tanto, la democracia requiere de un sistema constitucional, altamente materializado para su existencia y desarrollo, tanto como el constitucionalismo, necesita de formas democráticas del ejercicio del poder para mantener su propia estructura.

Como contraparte a su naturaleza como derecho, el mantenimiento y profundización del sistema democrático, se convierte en uno de los deberes primordiales del Estado y por ende, en un compromiso permanente para cada una de sus instituciones y de la ciudadanía, en general. En tal virtud, los mecanismos indispensables para la tutela efectiva de los derechos de participación política, como requisito imprescindible para la existencia de un régimen democrático, han sido incorporados en el sistema normativo electoral, aunque de ello y de sus implicaciones nos ocuparemos en adelante.

Entre las facetas más destacables de la democracia, para nuestros tiempos, está aquella de carácter sustancial y su apoyo indiscutible, en la esfera procedimental. El primero de estos enfoques, guarda íntima relación con la garantía de los derechos de cada individuo, en su calidad de tal o como parte de una organización política; y la segunda, con los canales instrumentales que hacen posible el éxito de la primera.

Desde esta perspectiva, la justicia electoral puede ser concebida desde una visión tridimensional. La tesis que recorre transversalmente la presente ponencia puede ser sintetizada en las palabras de Francisco Esquiaga Ganuzas:

“La justicia electoral posee una innegable dimensión política, ya que forma parte del vínculo a través del que se expresa la soberanía popular: los procesos electorales; una dimensión institucional, en la medida que actúa directamente en la conformación de los poderes legislativo y ejecutivo, asumiendo, y paralelamente reduciendo, competencias de control de los procesos electorales que tradicionalmente habían correspondido a estos dos últimos; y, finalmente, una dimensión garantista puesto que su función principal es asegurar el sometimiento al derecho (tanto a la ley como a la constitución) de los poderes públicos y, muy especialmente velar por la igualdad en los procesos electorales”⁵¹.

Mediante la presente exposición, me propongo describir, aunque de forma breve y por ende superficial, lo que “los antiguos” (para utilizar la terminología de Bobbio) entendieron por democracia, como preámbulo para comprender el cambio de concepción que se ha producido con el devenir del tiempo y las implicaciones teóricas, materiales y finalmente, las jurisdiccionales, que en rigor, es la temática que en esta oportunidad nos convoca.

2.- Desarrollo histórico-conceptual de la democracia como sistema de gobierno

Vale la pena puntualizar que desde los tiempos de la Grecia clásica, la democracia ha tenido varios enfoques que por razones ideológicas y prácticas han tenido que converger con el fin de dar operatividad y eficiencia a este modelo político.

Empecemos por algunas consideraciones de carácter sustancial. Para el efecto, quizá la referencia obvia sea el pensamiento de Aristóteles,

⁵¹ Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *Justicia, Justicia Electoral y Democracia*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2006, p. 13.

quien, en su teoría clásica de las formas de gobierno⁵², según lo expuso en su *Política* y aunque, en menor medida también en su *Ética para Nicómaco*, establece una tipología, según la cual, la democracia ocupa la categoría de mejor entre las formas desviadas de gobierno. Para Aristóteles, la democracia era el gobierno de la muchedumbre, en su propio beneficio; es decir, en defensa de intereses particulares, aunque se tratase del sector más populoso. Su desconfianza respecto a la ignorancia generalizada del pueblo, le hacía pensar que este sector busca satisfacer sus deseos reprimidos, en perjuicio del bien general y del esplendor de la polis.

El sabio macedonio propone como la mejor forma de gobierno a la república que no era otra cosa que el gobierno de la mayoría en beneficio de todos; se trataba pues, de una síntesis entre la democracia y la oligarquía. No deja de ser curioso que la república o mejor forma de gobierno, para Aristóteles, sea el resultado de mezclar dos formas corruptas⁵³. El sistema republicano aristotélico se caracteriza por proponer un límite al poder decisonal de las mayorías fundamentado en el interés general, cuya manifestación objetiva se la encuentra en la ley.

A mi parecer, las democracias contemporáneas se asemejan mucho más a la república que a la propia democracia de los antiguos, en cuanto el poder de las mayorías no puede desatender el derecho de las minorías⁵⁴, que en mayor o menor medida se benefician de la importancia que se le daba al interés de todos; hoy diríamos que no se puede restringir el contenido de los valores, principios y normas, que al estar consagradas en la constitución, se presentan como referentes para lo que reconocemos como bien común.

⁵² Bobbio, Norberto. *La Teoría de las formas de Gobierno en la Historia del pensamiento político*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1987, pp. 33-43.

⁵³ Bobbio, Norberto. *La Teoría de las formas de Gobierno en la Historia del pensamiento político*, ob.cit p. 40.

⁵⁴ El término “minorías” no está utilizado en sentido cuantitativo sino para referirme a grupos que se encuentran en situación de vulnerabilidad política o social.

En este sentido, la semejanza entre la *politeia* o república de los antiguos y la democracia de los modernos, constituyen el régimen ideal para Aristóteles. De ahí que, a mi parecer, es relativa la mala reputación que en la antigüedad tuvo la democracia, dado que conceptualmente, el mismo término, en la antigüedad y en la actualidad, alude a significados bastante diferentes.

Sin embargo, esta teoría planteaba un problema que no fue resuelto por el citado autor, me refiero a la fuente primigenia del poder y la legitimación política para su ejercicio, lo que guardará relación con los objetivos que le son atribuibles al régimen político, premisa que en gran medida predetermina el modelo institucional a ser adoptado y los efectos que con esto se espera.

Uno de los autores que atendió al problema de la fuente y titularidad del poder fue Thomas Hobbes, en su obra capital, *El Leviatán*. Hobbes propone como la mejor forma de gobierno a una monarquía absolutista capaz de agrupar, en la persona del rey o en una asamblea, todo el poder político, jurídico, militar, financiero y doctrinario.

Para llegar a tal conclusión, Hobbes parte del análisis del ser humano en lo que él denomina su estado natural; es decir, en momentos anteriores a lo que hoy llamaríamos civilización. Para Hobbes, el ser humano, en estado natural, es esencialmente perverso, cegado por una instintiva ambición por el poder que le permita someter a los demás en su propio beneficio, por los medios que fuesen necesarios. El filósofo inglés sostenía que, en estado salvaje, todos tienen derecho a todo y por tal, tienen la prerrogativa a elegir los medios más apropiados para su causa al afirmar que quien tiene derecho a los fines, tiene también derecho a los medios.

De esta forma de concebir la conducta humana se desprende una manera hostil de relacionarse con los demás y por tal, la permanencia de un estado de guerra y desconfianza que hace que la vida del ser

humano sea corta, precaria y miserable⁵⁵.

Para terminar con esta guerra de todos contra todos, Hobbes plantea que la única salida radica en renunciar a la libertad natural para ceder toda fuerza y derecho individual, para que fuesen concentradas en el monarca o en una asamblea, quien o quienes actuarán, sin ningún tipo de restricción. El otorgamiento de este poder incondicional, ilimitado e irrevocable era necesario para que el gobernante sea capaz de asegurar la vida y la seguridad física de sus súbditos.

Sobre esta teoría cabe resaltar algunos puntos que considero relevantes y que se refieren a los que en Aristóteles no encontramos muchas luces. En primer lugar, existe una concepción de una soberanía, que si bien se origina en el pueblo, éste expresamente renuncia a ella para salvaguardar su propia integridad.

Otra consideración destacable tiene que ver con la teoría de la representación que Hobbes propone para justificar la legitimidad del ejercicio del poder absoluto. Bajo esta concepción contractualista, el monarca actúa en representación del pueblo, por tanto, es el propio pueblo el que actúa por medio del soberano, y por su condición de mandatario, éste no podía ser responsable de ninguno de estos actos porque a fin de cuentas, no es el autor de ellos, sino un mero actor de los mismos.

Bajo estas circunstancias, los individuos no tienen derecho alguno de queja, por el contrario, su deber primordial está en acatar todos y cada uno de los designios del Estado ya que al sujetarse al mandato estatal, se está sometiendo a sus propias reglas. Además actuar en contra del pacto social, causaba su ruptura y devuelve a la persona al estado de naturaleza, con lo cual se pierde todo derecho al respeto de su persona y bienes. La necesidad de mantener vigente el pacto entre gobernante y gobernados confiere al rey poder sobre vida y muerte sobre los súbditos.

⁵⁵ Hobbes, Thomas. *Leviatán*, México, Fondo de cultura económica, cuarta reimpresión, 2006, p. 137.

Es llamativo que Rousseau haya partido de la orilla opuesta a Hobbes y; no obstante, haya llegado a conclusiones, si no exactas, bastante similares, especialmente en razón de sus efectos.

Para el ginebrino, el ser humano, en estado natural es esencialmente bueno, sin embargo llega a corromperse en su contacto con la sociedad. Esta degeneración de su persona, lo hace actuar de una forma egoísta e incompatible con la vida en comunidad. De ahí, la necesidad de suscribir un nuevo pacto social, que elimine las desigualdades de un primero, fundamentado en la ley del más fuerte. Para ello, era necesario ceder parte de las libertades a un órgano colegiado que sea capaz de interpretar lo que conviene al pueblo y actuar en consecuencia.

De esta forma, el poder supremo no descansaba en un Rey, como ocurría en el pensamiento de Hobbes, ahora, el poder supremo se expresa por medio de la “voluntad general”, caracterizada por ser infalible e indiscutible, por definición. La voluntad general que no era otra cosa que la voluntad política de la mayoría de los integrantes de la Asamblea, que se expresaba por medio de la ley. Con tal concepción, todo poder, toda fuente de obligación, estaba sometida a la voluntad de la mayoría parlamentaria, con lo cual, se instauró una tiranía de las mayorías capaz de someter a cualquier grupo minoritario.

Los excesos relativos a la potestad de decisión de las mayorías parlamentarias, conlleva el peligro real o potencial de eliminar los derechos de las minorías, excluyendo su efectiva participación y voz en la esfera pública. La experiencia histórica y el surgimiento de regímenes fascistas, nos deja como lección que la sola regla de la mayoría, aunque constituya una condición necesaria, no es condición suficiente para considerar democrático o republicano a un régimen político en concreto, ni es garantía de decisiones acertadas.

Sin perjuicio de lo señalado, la idea del republicanismo, tampoco se ha mantenido estable en el tiempo. La esencia de la monarquía, entendida como la concentración del poder soberano en una sola persona que gobierne en beneficio de todos, se reproduce en el diseño del sistema presidencialista de los nacientes Estados Unidos de

América, aunque con las debidas atenuaciones.

Ya no se entiende al ejercicio del poder soberano como indivisible, de hecho, la separación de poderes viene a constituir uno de los pilares fundamentales de un modelo constitucional que se extendería por el mundo. En tal virtud, los federalistas reemplazaron la autoridad del Rey de Inglaterra por la del Presidente de la República, como una forma de hacer frente a la anarquía que vivía el pueblo norteamericano debido a atravesar por tiempos post revolucionarios de independencia, en los que el debate político se consumía en dotar de estabilizar al naciente Estado, pero junto a esta autoridad, se encontraba el poder legislativo y judicial, tanto a nivel estatal como federal.

Pese a la indiscutible influencia del liberalismo de John Locke, el pensamiento federalista, no ve en su diseño institucional a un régimen democrático sino de carácter republicano, aunque posteriormente, estos términos se llegarán a confundirse o por lo menos a asimilarse.

Con esta referencia y atendiendo al pensamiento de Locke, reconocido como el padre del liberalismo, vemos que con la irrupción su teoría política, se empieza a repensar al sistema político, bajo el entendido que existen seres humanos, dotados de derechos innatos, que le son inherentes a su naturaleza y como tal, constituían un límite infranqueable para el poder tanto del gobernante, como el de las mayorías.

Los derechos fundamentales, como máxima fuente normativa empieza a despuntar desde este preciso momento, aunque con un alcance restringido ya que se circunscribía a la defensa, casi exclusiva de la vida, la propiedad y la seguridad. Lo dicho, no fue un impedimento para diseñar un Estado en el cual, la participación ciudadana, en la toma de decisiones y en la elección de representantes haya alcanzado un nivel preponderante ya que constituía uno de los puntos de quiebre con el sistema monárquico inglés que se impuso en las colonias⁵⁶.

⁵⁶ Gargarella, Roberto. “En nombre de la Constitución el legado federalista dos siglos después”: disponible en: <http://168.96.200.17/ar/libros/moderna/cap6.pdf> (15-11-2010).

Pero así como el modelo absolutista extendido por Europa, y los modelos propuestos por la revolución norteamericana y francesa, llevaron al extremo la omnipotencia de las mayorías, pensadores de corte conservador como Edmund Burke, para quien el proceso revolucionario francés era un total, un proceso cercano a la barbarie.

Para Burke los cambios políticos deben ser paulatinos y pacíficos; sin embargo llegó a proponer un sistema de gobierno curiosamente compatible con el de la ilustración, al que tanto criticaba. Para Burke existen tres derechos básicos, comunes a toda sociedad libre: a) instaurar un autogobierno; b) elegir libremente a los gobernantes; y, c) destituirlos por su mala conducta.

Burke propone un sistema en el que convergen criterios de democracia representativa, con democracia directa, lo que además, cambia la forma de entender la titularidad de la soberanía y su modo de ejercerla. A diferencia de Hobbes, Burke entiende al mandato político, no como una carta en blanco en la que el gobernante no rinde cuentas ante nadie ya que actúa en representación perpetua del pueblo.

Según el pensamiento de Burke, la soberanía no se cede, lo que se transfiere, al elegir representantes es designar mandatarios para que cumplan con funciones específicamente encomendadas por el titular del poder soberano.

Como actúa como mandatario, el representante es responsable ante sus mandantes, quienes conservan el poder para ratificar su confianza en él o revocar el mandato de forma incondicional⁵⁷. La incondicionalidad de la revocatoria del mandato es uno de los principios recogidos por nuestro ordenamiento jurídico, pero cuyo origen lo podemos encontrar con algunos siglos de antelación.

⁵⁷ Burke, Edmund. *Reflexiones sobre la revolución francesa*.

La evolución de los conceptos de soberanía, democracia y ejercicio del poder, desde la teoría política, no se agota con el brevísimo análisis presentado hasta aquí; sin embargo, nos será útil tenerlo en cuenta para cuando retomemos este tema, pero ya a partir de la visión de nuestros regímenes contemporáneos.

Una vez que hemos analizado la evolución sustancial de los conceptos antedichos, pasemos ahora a contextualizarlos, a partir de la misma perspectiva histórica, pero desde su faceta procedimental. Para lo cual, daremos un brevísimo vistazo a la antigua Atenas, a fin de demostrar que la democracia directa y la democracia representativa, desde sus orígenes más remotos, mantuvieron una relación de complementariedad en su papel protagónico dentro de la polis, con lo que llegaremos a la conclusión de que aún en las formas más puras de democracia, la intervención directa de los ciudadanos libres, fue complementada con sistemas de representación política, dadas ciertas imposibilidades técnicas y de conveniencia para la viabilidad del sistema.

A diferencia de lo que muchos aseveran, en Atenas, rigió un sistema mixto de ejercicio del poder. Por una parte, es cierto que muchas de las decisiones fueron tomadas por el pueblo reunido en asamblea⁵⁸. Sin embargo, ésta no fue la única forma de ejercer el poder, existieron algunas magistraturas que fueron desempeñadas por representantes o magistrados electos.

Según lo ilustra Bernard Manin, "...la mayor parte de cometidos que no realizaba la asamblea, eran asignados a ciudadanos seleccionados por sorteo"⁵⁹.

⁵⁸ Desde la perspectiva griega, debe entenderse "pueblo", desde una concepción restrictiva en la que únicamente se contaba con la participación de el conjunto de hombres libres.

⁵⁹ Manin, Bernard. *Los principios del gobierno representativo*, Madrid, Alianza, 1998, pp. 19-43.

El sorteo realizado entre hombres libres era una de las manifestaciones más claras de la idea de igualdad política que existía entre los ciudadanos griegos y del gran temor a permitir que el poder se concentre en pocas manos, por mucho tiempo⁶⁰.

Con posterioridad, esta forma de designación fue siendo reemplazada por otro modo de elección. Este cambio no obedece a razones prácticas ya que incluso en la actualidad, este sistema es utilizado, por ejemplo, para la conformación de jurados dentro del sistema judicial de los Estados Unidos de América, bajo el fundamento básico que toda persona tiene derecho a ser juzgado por sus iguales. Sin embargo, las magistraturas designadas por sorteo incorporaron otro de los pilares básicos que conservamos en las democracias de hoy.

Me refiero al carácter periódico del ejercicio del mandato político, cuyo fundamento descansa en impedir que una persona o un grupo de personas monopolicen el ejercicio del poder y peor aún que se perpetúen en éste.

En tal sentido, Grecia aseguró la descentralización del poder al imponer plazos de un año para el ejercicio de las magistraturas. Además, en atención a la multitud de personas aptas para presentarse al sorteo, se redujo, al mínimo la posibilidad de reelección. Por otra parte, se mantenía el criterio que difícilmente una persona se vea motivada a actuar de forma despótica, a sabiendas que, en poco tiempo, pasará a ser parte del sector gobernado y tampoco resultaba prudente dar un trato peyorativo a quien poseía iguales oportunidades probabilísticas de ser próximo gobernante.

⁶⁰ Para Aristóteles, la virtud o excelencia del ciudadano consistía en obedecerse a sí mismo, lo cual se conseguía con la obediencia a quien ejerce un puesto al que eventualmente, uno mismo podrá llegar a ocupar.

El riesgo que se corría con la adopción de este método de designación de autoridades aludía, básicamente a la eventual incompetencia de la persona seleccionada.

De conformidad con las crónicas de Jenofonte, Sócrates criticó fuertemente la designación de autoridades por sorteo, bajo el argumento que a nadie se le podía ocurrir nombrar aleatoriamente a quienes requerían conocimientos específicos para desempeñar funciones técnicas, lo cual ejemplificó al referirse a los pilotos de barco, arquitectos o flautistas.

Según Platón, la política es un arte, y a la vez, la ciencia práctica más elevada entre todas, toda vez que se sirve de los avances obtenidos por todas las demás ciencias para poder guiar, con sabiduría, el destino de la polis. En concordancia con esta concepción técnica del ejercicio de la política, Platón propuso como mejor forma de gobierno a aquella dirigida por el “filósofo rey”, quien debe contar con una estricta formación en varias áreas del conocimiento, previo al ejercicio del poder real.

Sin embargo, dadas las dificultades logísticas para mantener a la asamblea reunida todo el tiempo, con el objeto de adoptar todas o al menos la mayoría de las decisiones que importan a la colectividad y dado que la participación política debía ser libre; se incorporó un mecanismo por el cual, todos los ciudadanos, mayores de treinta años de edad, que no se encontrasen bajo pena de privación de los derechos civiles (*atimia*), podían acceder a una magistratura, previo sorteo y haberse sometido a investigación sobre sus aptitudes personales y morales, tenidas como indispensables para el adecuado ejercicio del cargo.

La probidad del aspirante a la magistratura se comprobaba con su buen comportamiento como padre, haber pagado sus impuestos y haber realizado el servicio militar; es decir, de forma cercana en que lo hace el artículo 113 de la Constitución vigente, establece cuando determina las inhabilidades generales que impiden llegar a ser candidata o candidato a cualquier dignidad de elección popular.

Al parecer, el pueblo griego quiso encontrar el punto medio entre el valor de la igualdad política entre ciudadanos y la garantía para la ciudadanía y el régimen político de que la *res publica* está siendo administrada por personas dotadas de las capacidades físicas, intelectuales y morales suficiente para representar a la comunidad en cargos públicos; todo esto, con el fin de generar un razonable grado de confianza ciudadana al sistema.

Este modelo de sistema representativo; no obstante, fue complementado con lo que podríamos citar como el génesis de la institución de la revocatoria del mandato, es decir, de uno de los mecanismos de democracia directa reproducida en nuestro marco constitucional. Bajo el régimen ateniense, el magistrado era responsable ante el pueblo, prueba de ello era su obligación de rendir cuentas ante la asamblea así como la posibilidad real o potencial de que cualquier ciudadano, en cualquier momento del ejercicio del cargo, pueda presentar acusaciones en su contra y producir su suspensión provisional.

El procedimiento para hacer efectiva la suspensión del magistrado constaba de dos etapas; por una parte, correspondía a la Asamblea, por mayoría de votos, decidir si cabía o no el inicio de un proceso de revocatoria del mandato; es decir, se trataba de una suerte de levantamiento de inmunidad de la que gozaban las autoridades del más alto nivel jerárquico. Una vez que se contaba con la aquiescencia de la Asamblea, el caso era sometido a conocimiento y resolución de los tribunales, de cuya decisión se procedía a suspender al dignatario o a reintegrarlo a sus funciones.

Este recuento histórico, no sólo nos ayuda a entender la indispensable necesidad de combinar procedimientos de democracia directa con la representativa para equilibrar el sistema político, sino que además, nos revela la importancia que desde aquellos tiempos tuvo el sistema jurisdiccional para garantizar un debido proceso imparcial y apegado a derecho, sin que ello pueda incidir, de manera desfavorable, en el pleno ejercicio de uno de los derechos de participación política, como es el caso de la denuncia por la mala actuación de la autoridad.

Una vez que hemos comprendido que desde sus orígenes, tanto la democracia directa como la representativa han tenido que complementarse entre sí para subsistir y atender a los requerimientos del ciudadano y del sistema, paso a analizar algunos puntos sobre la naturaleza de la democracia directa a fin de problematizar sobre ella, y en su rol dentro del sistema constitucional en el que vivimos.

3.- Nociones sobre democracia directa como mecanismo complementario a la democracia representativa

Entre los principios característicos de la democracia, en su sentido más amplio, está el de tener como metodología central, en la toma de decisiones, a la “regla de la mayoría”. Ella busca, entre otras cosas, dar efectividad a la soberanía radicada en el pueblo y profundizar en la concepción de un ejercicio descentralizado del poder, pero básicamente, se presenta como una forma de legitimar las decisiones adoptadas y sus efectos respectivos.

Si vamos más allá, según lo afirma Sartori: “En primer lugar, la democracia es un principio de legitimidad. En segundo lugar, la democracia es un sistema político llamado a resolver problemas de ejercicio (no únicamente de titularidad) del poder. En tercer lugar, la democracia es un ideal”⁶¹.

Podemos partir de este enunciado para destacar que en un sistema democrático, la titularidad del poder soberano no presenta mayores dificultades ya que existe el consenso generalizado de que la soberanía radica en el pueblo y que este poder es intransferible, imprescriptible y únicamente limitado por el respeto a los derechos de las personas y a los principios básicos del sistema constitucional e internacional. Sin

⁶¹ Sartori Giovanni. *Elementos de Teoría Política*, Madrid, Alianza, 2007, p. 29.

embargo, como la soberanía no puede ser cedida, se entendería que las decisiones públicas, todas y cada una, deberían ser tomadas por la totalidad de ciudadanos y ciudadanas, en todo momento.

Si entendemos este precepto en sentido absoluto, este magnánimo trabajo, consumiría la vida de la gran mayoría de la población, excluiría toda posibilidad de atender los asuntos privados y materialmente, reduciría la cantidad de decisiones que la vida contemporánea exige adoptar de manera simultánea, lo que nos lleva a la comprensión de que dicha forma de participación política se vuelve inviable. De allí la necesidad de elegir representantes que asuman esta alta carga de trabajo.

Sin embargo, las personas que reciben este voto de confianza popular son responsables ante sus mandantes toda vez que no han adquirido el poder soberano, apenas han recibido la facultad de asumir únicamente las atribuciones y obligaciones determinadas en el pacto social materializado en la constitución y en la normativa secundaria que la desarrolla.

La titularidad de la soberanía, a su vez, guarda correspondencia con el derecho a la autodeterminación de los pueblos, que por tratarse de un derecho colectivo irrenunciable, no está en la obligación de soportar el uso abusivo de la potestad pública atribuible, en base a la decisión general, de ahí que la revocatoria del mandato no se presenta como una contradicción con los principios de *periodo fijo* que caracteriza a la actividad electoral, sino que es un complemento indispensable y obvio a la institucionalización del mandato político. Resultaría ilógico que el mandatario someta al mandante y que éste no conserve para sí, la potestad suficiente para revocar el mandato, sin la necesidad de invocar causales específicas ya que su potestad delegativa se desnaturalizaría si sólo fuere admisible su ejercicio en sentido positivo.

La incondicionalidad de la revocatoria del mandato o potestad delegativa negativa, se basa precisamente en la incondicionalidad que caracteriza a su ejercicio positivo en el momento de la elección, es

decir, cuando la ciudadanía otorga el voto de confianza que permite el acceso a una dignidad pública, no expresa sino su sola voluntad, que al mezclarse con la de los demás produce el acto de autoridad que legitima tal designación. Asimismo, y aplicando en viejo adagio jurídico, según el cual, en derecho las cosas se deshacen como se hacen, es el propio soberano quien, con la misma manifestación de voluntad, es capaz de retirar el voto de confianza, produciendo, *ipso iure*, la remoción del cargo.

Otras manifestaciones del poder soberano que se ejerce por intermedio de representantes son las de dictar leyes, diseñar y ejecutar políticas públicas y aquellas que tienen que ver con funciones jurisdiccionales.

En cuanto a la primera, si bien la potestad legislativa está confiada principalmente a la Asamblea Nacional y a organismos seccionales, democráticamente conformados, esta delegación no excluye la posibilidad ciudadana de acceder directamente a cualquiera de estos órganos, para exigir la tramitación de un texto normativo. Muchos teóricos sostienen que la iniciativa popular normativa no constituye un verdadero mecanismo de democracia directa, toda vez que, si bien la iniciativa, ordinariamente confiada a las y los integrantes de estos cuerpos colegiados, es activada por la ciudadanía, no es ésta a final de cuentas, quien posee el poder de decisión final, sino que queda supeditada a un trámite que, en definitiva podría aprobar, rechazar o aprobar con modificaciones el proyecto determinado.

Mi criterio, al respecto, es que la sola posibilidad de acceder a la autoridad competente para exigir el trámite de un proyecto normativo, constituye en sí mismo una forma de participación política directa ya que no se requiere contar con intermediarios para exigir la tramitación del proyecto e inclusive para participar de los debates con voz, aunque sin voto.

Desde otra óptica, el poder de decisión sobre iniciativas normativas, puede recaer sobre el pueblo en cuanto fuere convocado a

expresar su voluntad, vía referéndum, cuando se trate de la aprobación o rechazo a un texto normativo, debidamente codificado o plebiscito, si se tratase de cuestiones de conveniencia política, no estructuradas en normas jurídicas. Por medio de la consulta popular plebiscitaria, la ciudadanía puede decidir, entre otras cosas, sobre propuestas relativas al manejo de la política pública, ordinariamente confiada a quien ejerce funciones ejecutivas, a nivel nacional o local.

De lo expuesto, se puede apreciar que la democracia representativa o indirecta, no viene a oponerse al ejercicio directo del poder soberano, por el contrario, lo complementa, lo corrige y lo dota de viabilidad pragmática, son por tanto complementarios y conforme lo indicamos, muchas de las decisiones que importan a la colectividad tienen iniciativa popular, aunque son resueltas por órganos representativos o viceversa, pueden ser propuestas por los poderes constituidos y aprobadas o rechazadas por el soberano. De todo esto, se desprende que los regímenes actuales, casi con criterio unánime, son sistemas mixtos, consagrados en las diversas constituciones, aunque difieran en su forma y alcance.

Los mecanismos de democracia directa, conjuntamente con los de democracia representativa, son meros instrumentos que por sí solos no son capaces de mejorar ni empeorar la calidad de nuestros sistemas democráticos. De ahí que la democracia como ideal, retomando a Sartori, no se agota con la consagración de estructuras procedimentales, sino que su éxito depende del uso que los actores sepan darle al sistema; no obstante, el régimen normativo otorga las herramientas que favorecen al funcionamiento del mismo y a la participación de los diversos actores. Las metodologías aplicables, si bien no determinan el resultado de las decisiones a ser adoptadas, influyen directamente en ellas por fijar el quién y el cómo.

Algunos autores ven en la democracia directa una amenaza contra la estabilidad política y la gobernabilidad ya que fracciona la voluntad ciudadana; sin embargo, la experiencia empírica relativiza este argumento. Por ejemplo, Colombia que es un país que se encuentra en una profunda crisis política, por razones que no nos compete entrar a

analizar por ser ajenas a los objetivos de esta intervención, y pese a tener una de las legislaciones más amplias sobre el tema, la ha mantenido sin uso, sin que ello haya contribuido a la estabilidad política. Por el contrario, Costa Rica, uno de los países más sólidos políticamente hablando, si bien no ha previsto estos mecanismos a nivel nacional, los ha utilizado con alguna frecuencia en el ámbito local, sin haber experimentado fracturas en su sistema⁶².

Ecuador, por su parte es uno de los países de la región que con mayor frecuencia ha acudido a estos mecanismos de decisión (cinco ocasiones a nivel nacional y cinco en el ámbito provincial). Los resultados obtenidos confirman la marcada volatilidad del país. La primera oportunidad en la que se utilizó uno de estos mecanismos fue en el año 1978 para escoger la constitución que marcaría el regreso a la democracia. De hecho, Ecuador es uno de los primeros países en la región a unirse a lo que Samuel Huntington llamaría la tercera ola democrática⁶³.

Un ejemplo de la enorme volatilidad ecuatoriana se remonta a junio de 1986 cuando, el entonces Presidente de la República, León Febres Cordero convocó a un plebiscito para consultar sobre la posibilidad de que independientes puedan presentarse como candidatos a cargos de elección popular, con lo que se hubiese terminado el monopolio de los partidos políticos. En esta ocasión, el resultado fue negativo. Hay quienes explican este rechazo a la propuesta como una forma de expresar el descontento ciudadano con la gestión gubernamental;⁶⁴ tesis que podría confirmarse con la respuesta positiva que el cuerpo electoral

⁶² Rial, Juan. “Instituciones de Democracia Directa en América Latina”, disponible en: <http://ndipartidos.org/files/active/0/democraciadirecta.pdf>

⁶³ García Jurado, Roberto. “La Teoría Democrática de Huntington” en: *Revista Política y Cultura*, No. 19, México, Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Xochimilco, 2003, pp. 7-24.

⁶⁴ Pachano, Simón. “Democracia directa en Ecuador”, Ponencia presentada en el Seminario Internacional “Democracia directa en América Latina”, marzo, 2007, Buenos Aires, pp. 8-9 disponible en: <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/267/26701902.pdf>

dio a la misma pregunta, cuando fue formulada por el presidente Sixto Durán Ballén en 1994.

Cabe destacar que desde la entrada en vigencia de la constitución de 1978, el ordenamiento jurídico ecuatoriano contó con mecanismos de democracia directa. Quizá una de las características comunes a su utilización es que, pese a consagrarse tres tipos de ellos, (revocatoria del mandato, iniciativa popular normativa y consulta popular) el único que ha sido activado ha sido el último en mencionar y en todas las oportunidades, por convocatoria del poder político. Esto se puede explicar por el carácter no vinculante que poseía el mandato expresado, vía consulta popular, cuando es convocada por la ciudadanía, lo que podía hacer en vano el esfuerzo que promotoras y promotores hagan en cumplir con los requisitos y persuadir a la ciudadanía el apoyo a su tesis; otra razón es, lo exigente de los requisitos que facultaban para la activación de esta institución y de la revocatoria del mandato. Si n embargo, estas limitaciones no impidieron que el pueblo se expresara por medios no institucionalizados y antidemocráticos; no sólo por el hecho de haber provocado destituciones presidenciales *de facto*, sino porque precisamente, la democracia es ajena a cualquier forma de imposición por la fuerza. Así, las lecciones de la historia, obligaron al constituyente de Montecristia a flexibilizar los requisitos para la activación de los mecanismos de democracia directa, así como a incorporar otras instituciones, más cercanas al parlamentarismo como la muerte cruzada con lo que se espera superar eventuales crisis políticas, acudiendo a vías pacíficas e institucionales.

Una vez que se ha puntualizado sobre el alcance de los mecanismos de democracia directa, paso a analizar, lo que constituye el rol de los órganos de justicia, en relación a los mecanismos de democracia directa y más específicamente, el rol del sistema de justicia electoral.

4.- El rol de la justicia electoral y los mecanismos de democracia directa

Como lo he venido sosteniendo, la regla de la mayoría parece ser el común denominador de casi todas las expresiones democráticas y como tal, junto a la igualdad de oportunidades, constituye uno de los principios fundamentales a ser tutelados por el órgano jurisdiccional correspondiente.

Como todo principio general, la regla de la mayoría no puede ser entendida en términos absolutos porque un abuso del poder mayoritario puede implicar el desconocimiento de los derechos de minorías y como acto restrictivo al ejercicio de derechos, una violación a la constitución y a los postulados mínimos de la propia democracia. El peligro de la tiranía de la mayoría ya fue advertida por John Stuart Mill⁶⁵ en el siglo XIX.

Además, la acción jurisdiccional en los asuntos políticos no sólo está para garantizar un procedimiento transparente, sino también para impedir que personas y grupos adquieran ventajas ilegítimas, mediante el ejercicio abusivo de sus derechos fundamentales, en perjuicio de los demás actores que intervienen en el proceso y en desmedro de la imparcialidad que inspira al sistema, en su conjunto. Uno de los modos de tutelar el derecho a la igualdad de oportunidades, en la participación política es la de limitar, regular y controlar el gasto y la propaganda de las campañas electorales.

En palabras de Luigi Ferrajoli: “[la] concepción de la democracia como omnipresencia de la mayoría es abiertamente inconstitucional, ya que la constitución es justamente un sistema de límites y de vínculos a todo poder”⁶⁶.

⁶⁵ Mill, John Stuart, *Sobre la Libertad*, Madrid, Edaf, 2004, pp.37-43.

⁶⁶ Ferrajoli, Luigi. *Democracia y Garantismo*, Madrid, Trotta, 2008, p. 26.

El respeto a los derechos fundamentales de todas y todos, como más alto deber del Estado⁶⁷, constituye el límite más importante a toda forma de poder, por más legítimo que éste sea, inclusive se presenta como un límite al propio poder soberano del pueblo. Esto puede explicarse porque en ciertas decisiones, la comunidad se polariza creando una relación hostil de tipo nosotros-ellos o amigo-enemigo, según la concepción de lo político de Carl Schmitt⁶⁸.

Si no existiese un poder de contención y de canalización de las pasiones, tendríamos que resignar posiciones ante la tiranía de un poder mayoritario, demoledor e indolente; o aceptar brotes incontrolados de violencia, en desmedro de la institucionalización del Estado. Con esta argumentación, entre otras más profundas y mejor formuladas, el pensamiento político occidental ha logrado superar la teoría de la *voluntad general* de Rousseau.

En medio de esta relación conflictiva nosotros-ellos y como garantía indispensable para la tutela jurisdiccional efectiva de los derechos fundamentales de todas y todos, es indispensable contar con la actuación de un órgano jurisdiccional, de corte garantista, independiente e imparcial que sea capaz de alcanzar un equilibrio entre la obligación de proteger la eficacia de las decisiones que son susceptibles de ser adoptadas según la regla de la mayoría, y que al mismo tiempo, sea capaz de garantizar la participación de todas y todos, en condiciones de igualdad. Todo esto, en el marco del principio de proporcionalidad que permita favorecer, en determinadas circunstancias a uno de ellos, sin necesidad de atentar contra el núcleo esencial de los demás derechos y prerrogativas ciudadanas concurrentes. Ese órgano jurisdiccional, en cuanto se refiere a los derechos de participación política, según nuestro régimen constitucional, se denomina Tribunal Contencioso Electoral.

⁶⁷ Constitución de la República, Art. 11, numeral 9.

⁶⁸ Schmitt, Carl. *El concepto de lo político*, 1963, Martos Dénes, trad. 14-15, disponible en: <http://obinfonet.ro/docs/tpnt/tpntres/cschmitt-el-concepto-de-lo-politico.pdf>

En esta línea de pensamiento, distinguiremos entre dos enfoques democráticos: la democracia plebiscitaria y la democracia constitucional y el rol garantista de la justicia electoral en estos dos ámbitos de acción.

La democracia plebiscitaria, se relaciona con la esfera de “lo decidible” siguiendo la terminología de Ferrajoli. Por tal, debemos entender que las mayorías, sean estas, fruto de la elección de representantes o del ejercicio de los mecanismos de democracia directa, pueden decidir mayoritariamente sobre cualquier asunto que no implique desconocimiento o restricción de derechos fundamentales y que tampoco vaya en contra de los pilares fundamentales del sistema constitucional de derechos y justicia. Autores como Bovero niegan la procedencia de la distinción sustancial-formal al decir: “la democracia como forma de gobierno no es otra cosa que un método (o lo que es lo mismo) un conjunto complejo de reglas para alcanzar decisiones colectivas...”⁶⁹.

Bajo este sentido, la democracia no admite adjetivos. Por ejemplo, decir que la democracia es procedimental, es en sí mismo una tautología ya que todo método, por definición es procedimental; por el contrario, decir que la democracia es sustancial, implicaría sostener que a un método se le puede atribuir la decisión en sí, cosa absolutamente ajena a su naturaleza. Sin querer profundizar en el amplio y rico debate que han mantenido Bovero y Ferrajoli sobre este tema por más de quince años, lo que me resulta importante, para los fines de esta disertación es determinar qué materias pueden ser reguladas mediante la utilización de la regla de la mayoría y cuáles no.

Los artículos 441 y 442 de la Constitución de la República, relativos a la enmienda y reforma constitucional, respectivamente, ponen como límites al poder de las mayorías la no restricción de los derechos y garantías fundamentales y la modificación de los procesos de reforma constitucional. Estas materias entrarían en el ámbito de lo que Ferrajoli

⁶⁹ Bovero, Michelangelo, *Una gramática de la democracia*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 44-46.

llamaría “lo indecible” y por tanto, no puede existir poder público o privado que pueda desconocerlo, ni siquiera por unanimidad. Por tanto, cualquier intención en contrario, resulta inconstitucional y por sus consecuencias normativas, exige que los órganos a cuyo cargo se encuentra la garantía de la constitución, ponga límite a los excesos de las mayorías, elemento que caracteriza a lo que aquí entendemos por democracia constitucional.

En cuanto a los mecanismos de democracia directa, los que efectivamente entran dentro de la esfera de lo decidible, corresponde a los órganos de la Función Electoral garantizar que la decisión adoptada en las urnas sea la representación más fiel de la voluntad soberana del pueblo, para ello, el Consejo Nacional Electoral y sus organismos desconcentrados, dentro de sus potestades de organización y control, puede tomar los correctivos que fuesen del caso para garantizar un debate político amplio, en igualdad de condiciones, así como la transparencia en los resultados. A su vez, corresponde al Tribunal Contencioso Electoral, dentro de la esfera de lo jurisdiccional, garantizar que durante el proceso electoral, no se vulneren derechos fundamentales de participación, sea de parte de las organizaciones participantes, de los candidatos e inclusive de la propia administración electoral.

En los principios de imparcialidad e independencia se fundamenta la escisión entre las competencias administrativas y jurisdiccionales, atribuidas al Consejo Nacional Electoral y al Tribunal Contencioso Electoral, respectivamente. Podemos decir entonces que el régimen electoral garantiza el respeto a la voluntad de las mayorías, sobre temas en los que fuese admisible, salvaguardando, al unísono, el pleno ejercicio de los derechos de participación y derechos conexos como el de igualdad, libertad de expresión, libertad de asociación, debido proceso, entre otros.

En suma, los mecanismos de democracia directa, al igual que los de democracia participativa, garantizan no sólo que el procedimiento de elección sea legítimo, sino que la materia sobre la que versa sea igualmente admisible y que en el proceso no se vulneren derechos

fundamentales; es decir, corresponde a la justicia electoral garantizar la constitucionalidad y legalidad tanto del cómo, cuanto del qué se decide. Un ejemplo de la importancia que el constituyente dio al control constitucional en la activación de los mecanismos de democracia directa, consta en el artículo 104, inciso final de la norma suprema: “se requerirá del dictamen previo de la Corte Constitucional sobre la constitucionalidad de las preguntas propuesta”.

En sentido complementario, la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 21 textualmente expresa que: “toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos...”. De esta declaración se puede desprender la complementariedad que existe entre los mecanismos de democracia directa y representativa, como las dos caras de un mismo sistema de democracia constitucional.

Por otra parte, se “evidencia la trascendencia de las elecciones libres y periódicas, del reconocimiento del sufragio universal y de la votación secreta, de modo que su existencia es condición sine qua non para la administración de los Estados”, conforme lo expone María Vicenta García Soriano en su obra “Jueces y magistrados en el proceso electoral”⁷⁰. Por otra parte, utiliza la expresión “participación” en sentido amplio, es decir, en sus dos dimensiones: directamente y por medio de representantes o delegados.

En otro orden de cosas, hay quienes argumentarían en contra de la posibilidad de que juezas y jueces, que no poseen representación directa del pueblo, sean capaces de detener o limitar el ejercicio del poder soberano del mismo.

En respuesta diríamos que la actuación de juezas y jueces, no electos por votación popular, encuentra su fuente principal de legitimación para el ejercicio de la potestad jurisdiccional en dos argumentos principales. Por una parte, la potestad jurisdiccional

⁷⁰ García Soriano, María Vicenta. *Jueces y magistrados en el proceso electoral*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 359.

constituye una de las expresiones más genuinas del poder soberano del pueblo que por disposición constitucional recae sobre personas técnica y moralmente aptas para hacer prevalecer la lógica del derecho por sobre cualquier interés particular o gremial, por más mayoritario que éste fuere.

Justamente, la función garantista del control jurisdiccional, en materia electoral consiste en velar por la plena vigencia del régimen normativo, excluyendo de sus ámbitos de injerencia la posibilidad de negociaciones o transacciones políticas, que muchas veces pudiere servir como una vía para eludir el imperio del derecho, con lo que el sistema jurisdiccional podría verse politizado, cuando no, partidizado.

Si coincidimos en que la Constitución es un instrumento jurídico esencialmente democrático, no sólo por su forma de aprobación, sino también porque es la expresión del ejercicio del poder constituyente y porque consagra los valores, principios y reglas sobre los que descansa la totalidad del sistema político.

En términos de John Rawls la constitución “consenso traslapado” según el cual, se fijan los pactos mínimos que posibilitan la convivencia pacífica entre todas y todos⁷¹, y establece los mecanismos activos y reactivos que marcarán las reglas de obligaciones y competencias que deberán ser respetadas por individuos o grupos que persiguen estratégicamente sus propios intereses, los mismos que de ser legítimos serán protegidos por el ordenamiento jurídico o reprimidos, en caso contrario. Es justamente esta constitución legitimadora del poder la que otorga autoridad suficiente a juezas y a jueces, en su calidad de poder constituido, para defender estos principios y derechos de la más alta jerarquía, como mecanismo de contención a contiendas políticas que amenacen con desbordarse.

⁷¹ Rawls, John, *Liberalismo Político*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 255.

En palabras de Richard Bellamy: “no existe ninguna contradicción entre la democracia y el constitucionalismo, puesto que el uno tan sólo codifica las normas y procedimientos que subyacen en la otra. Ni siquiera un gobierno democrático podría abolir o infringir tal constitución sin renegar de la democracia misma. Por eso es más bien una democracia inconstitucional, y no una constitucional, la que viene a ser una contradicción en los términos”⁷².

La segunda fuente de legitimación de la potestad jurisdiccional, en democracia, es la denominada legitimación funcional, que atiende al ejercicio mismo de las facultades conferidas. En el caso de las cortes de cierre, como es el caso del Tribunal Contencioso Electoral, la legitimación funcional se justifica de forma dinámica y continua por medio de su jurisprudencia. Un sistema de precedentes jurisdiccionales que, motivadamente sea capaz de desarrollar los principios básicos del ordenamiento jurídico, de dar vigencia efectiva a los derechos fundamentales y que pueda marcar las coordenadas que guiarán sus actuaciones y las de la administración electoral. Se trata pues, de una de las mayores garantías, en relación con el principio de igualdad y de seguridad jurídica.

La tutela de estos principios y el afianzamiento del sistema de precedentes tiene la capacidad de fomentar la confianza en la ciudadanía, lo que favorece a vigorizar la presencia del juez dentro del sistema, lo que finalmente sienta las condiciones necesarias para actuaciones jurisdiccionales adoptadas con mayor grado de independencia.

Para Giancarlo Rolla, los tribunales constitucionales “cumplen una función cívica de educación para la democracia” (...) continúa diciendo: “más allá de su papel educativo, los tribunales constitucionales cumplen una función de tipo informativo, considerando que su jurisprudencia en materia de derechos fundamentales constituye un espejo emblemático de la realidad social, de sus contradicciones y de

⁷² Bellamy, Richard. *Constitucionalismo Político*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 107.

sus transformaciones”⁷³.

Si bien la referencia dedica su enfoque a los tribunales o cortes constitucionales, la misma reflexión es aplicable al Tribunal Contencioso Electoral. En primer lugar, porque comparten la característica de ser órganos, cuya principal misión radica en la tutela efectiva de derechos fundamentales, en segundo, porque ambas constituyen cortes de cierre, cada quien dentro del ámbito de su competencia y finalmente, porque estos dos regímenes de justicia tienen la potestad constitucional de dictar precedentes jurisprudenciales con carácter vinculante y efecto *erga omnes*, es decir, comparten los elementos de la denominada *macrojusticia*, que se diferencia de la *microjusticia* que corresponde a las judicaturas de nivel inferior, cuyas resoluciones producen efectos interpartes. La distinción entre microjusticia y macrojusticia, la debemos a Sergio García Ramírez⁷⁴.

Con lo dicho, no resulta sorprendente que el propio Kelsen haya propuesto el control constitucional de los actos electorales ni que en países como España y Costa Rica existan garantías fundamentales específicas como el recurso de amparo electoral cuyas causas se ventilan ante la jurisdicción especializada⁷⁵.

Por otro lado, en su carácter de juez constitucional, en una materia específica, al Tribunal Contencioso Electoral le compete ejercer un control concreto de constitucionalidad y legalidad; así como aplicar, cuando fuese pertinente, la normativa y jurisprudencia internacional si éstas previeren estándares más elevados en cuanto al espectro de

⁷³ Rolla, Giancarlo. *Garantía de los derechos fundamentales y justicia constitucional*, México, Porrúa/ Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2006, pp. 120-121.

⁷⁴ García Ramírez, Sergio. *Temas de derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, pp. 66-67.

⁷⁵ Ver: Figueruelo Burrieza, Ángela, “Notas acerca del recurso de amparo electoral” en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 9, Número 25, enero-abril 1989.

protección de derechos fundamentales, en relación a los fijados por las reglas de derecho interno; con lo cual, al mismo tiempo que se resuelven las causas sometidas a su conocimiento, se alimenta al bloque de constitucionalidad y en consecuencia, se profundiza en el carácter garantista de nuestro sistema jurídico con la ampliación del radio de protección de los órganos de justicia.

Para el profesor Rolla, los principios característicos del control constitucionalidad son: a) que el control sea realizado por un órgano externo al procedimiento; b) que exista un irrestricto respeto por las garantías del debido proceso; y, c) que a la conclusión a la que se llegue se la haya adoptado utilizando las técnicas propias del método jurídico⁷⁶.

Por las características comunes a la justicia constitucional y electoral, cabe extender una analogía entre estos dos sistemas de justicia para llegar a la conclusión que estos principios son perfectamente aplicables al ámbito electoral y que el sistema ecuatoriano ha diseñado su modelo institucional de tal manera que sea capaz de atenderlos de manera satisfactoria.

En otro orden de cosas, el hecho que el ejercicio de la potestad jurisdiccional, en materia electoral, sea encomendado a un tribunal especializado, puede ser sustentado por alguna de estas causas:

a) La dimensión política de la materia, aconseja separarla de la justicia ordinaria. Esto, porque la naturaleza de la conflictividad electoral requiere de una prudencia especial, toda vez que no sólo resuelve el caso en concreto, sino que el mismo caso, puede alcanzar una trascendencia tal que puede llegar a repercutir desfavorablemente, en cuanto a la vigencia real de otros principios y derechos de mayor alcance. Tal sería el caso del principio de calendarización de los procesos electorales, por el cual, se fijan plazos fatales que de no ser cumplidos, diferirían indefinidamente los procesos electorales y con ello se imposibilitaría

⁷⁶ Rolla, Giancarlo, *op. cit.* p. 93.

la proclamación oportuna de resultados, con las graves consecuencias políticas y sociales que esto produciría; igual reflexión cabe respecto a otros principios como el de respeto a la voluntad popular, efectivamente expresada en las urnas, la conservación del acto electoral, principio de determinancia, entre tantos otros.

b) Derivada de la causa anterior, las juezas y los jueces electorales requieren de una formación jurídico-política especializada que le permita irradiar con la razón del derecho, problemas esencialmente políticos, sin llegar al extremo de judicializar la conflictividad que, enmarcada dentro de los límites de la normativa vigente, corresponden al ámbito de la política, donde el acuerdo y la concesión no son sólo permisibles, sino deseables.

c) Los criterios de interpretación, en materia electoral son diferentes, por lo que se requiere un manejo técnico altamente especializado. No es menos cierto que los principios generales del derecho como aquellos relativos al debido proceso, son comunes a todo órgano con competencias jurisdiccionales; sin embargo, el proceso electoral, como rama jurídica autónoma, consagra principios específicos que requieren una preparación especial.

El órgano de justicia electoral, en relación a los mecanismos de democracia directa, actúa como un observador imparcial, independiente y responsable, separado de la actividad organizativa y administrativa, cuya función esencial radica en vigilar la rectitud del proceso electoral, garantizar la tutela efectiva de los derechos de participación política, y actuar en consecuencia. En esta línea, el Tribunal Contencioso Electoral, por medio de actuación con irrestricto apego a la constitución y la ley, garantiza resultados apegados a justicia.

En suma y recogiendo las palabras de Jesús Orozco Henríquez:

“La democracia no es simplemente una cuestión de reglas y procedimientos (‘el cómo’ tomar ciertas decisiones), sino centralmente tiene que ver con ‘el qué’ de las decisiones, lo que supone no sólo un respecto irrestricto y una expansión de los derechos fundamentales, sino también una cabal observancia de los otros principios básicos del modelo de Estado constitucional de derecho, como el principio de legalidad (que abarca también el principio de constitucionalidad), la separación de poderes, la independencia de la jurisdicción y un sistema de pesos y contrapesos”⁷⁷.

4.- Conclusiones

Recapitulando lo dicho y a manera de conclusiones, podemos proponer las siguientes:

1. El concepto de democracia ha tenido una radical evolución en el tiempo. De haber sido vista como una forma desviada de gobierno por Aristóteles, ha pasado a constituirse en uno de los pilares básicos y definitorios del pensamiento constitucionalista contemporáneo. La evolución del concepto de democracia ha sido influenciado por el pensamiento republicano y liberal cuyo principal aporte radica en poner a los derechos fundamentales como límites infranqueables para el poder político, como una suerte de protección a grupos minoritarios.

2. La democracia directa, no se contrapone a la democracia representativa, por el contrario viabiliza la toma de decisiones, creando canales institucionales de diálogo entre el soberano y sus representantes.

⁷⁷ Orozco Henríquez, José. “Democracia, imperio del derecho y función jurisdiccional, en: Malem J., Orozco J., y Vásquez (Comp.) *La función judicial. Ética y Democracia*, Barcelona, Gedisa-TEPJF-ITAM, 2003, p. 297.

3. La democracia directa, favorece al pleno ejercicio del derecho a la autodeterminación de los pueblos. El mandato político, por estar basado en la confianza que el pueblo otorga a sus gobernantes, puede ser revocado de forma incondicional al mediar la pérdida de este vínculo.

4. La regla de la mayoría constituye la metodología esencial de la democracia. Sin embargo, encuentra sus límites en los derechos fundamentales y en los principios esenciales al propio sistema democrático; de ahí que, existen materias que no pueden quedar al vaivén de las mayorías coyunturales como una garantía básica para tutelar los derechos de todas y todos.

5. Al Tribunal Contencioso Electoral, por medio del efectivo ejercicio de las competencias constitucionales, le compete garantizar el equilibrio entre el respeto a la voluntad de la mayoría, en la esfera de “lo decidible” y la tutela jurisdiccional efectiva de los derechos de participación política de ciudadanas y ciudadanos, ya que sólo de esta forma se puede concebir a un sistema constitucional, en sentido material.

6. Finalmente, los mecanismos de participación directa y representativa no son más que herramientas puestas al servicio de los actores que interactúan en el sistema político, por lo que, la mayor y mejor profundización de los ideales que inspiran al sistema democrático, no depende de ellos sino del uso prudente que se haga de los mismos y de la voluntad de todas y todos para dirigir sus actuaciones con un sentido de responsabilidad social y a favor de un proyecto país en constante construcción.

Garantías fundamentales y tutela efectiva de los derechos de participación

De conformidad con el artículo primero de la Constitución, forman parte de los principios constitutivos del Estado: la justicia como fin de toda actuación estatal⁷⁸, la soberanía como manifestación del poder popular superior al marco de acción del ciudadano como su portador individual, su independencia, entre otros principios que atañen a su organización administrativa, social, cultural y religiosa.

Para Aristóteles, la democracia se encuentra entre las formas desviadas de gobierno por ser el gobierno de la plebe, en oposición al gobierno de los mejores que son pocos, por definición o aristocracia⁷⁹.

Polibio, en el libro VI de *Las Historias* llama *politia* a la democracia con una connotación positiva al considerarla una buena forma de gobierno popular. Polibio considera que existen seis formas de gobierno que se suceden de forma cíclica.

El primero que se forma por un proceso espontáneo y natural es el gobierno de uno solo, y de él deriva, por una preparación y una enmienda el reino. Pero se deteriora y cae en un mal que le es congénito, me refiero a la tiranía, de cuya disolución nace la aristocracia.

Cuando ésta, por su naturaleza, vira hacia la oligarquía, si las turbas se indignan por las injusticias de sus jefes, nace la democracia.

⁷⁸ Ávila Santamaría, Ramiro, “Ecuador: Estado Constitucional de Derechos y Justicia” en: *Constitución del 2008 en el Contexto Andino*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos, libro No. 3, Quito, 2008, pp. 19-38.

⁷⁹ Aristóteles, *Política*, México, Editora Nacional México, 1967.

A su vez, la soberbia y el desprecio de las leyes desembocan, con el tiempo, en una oclocracia⁸⁰.

Como *sistema de gobierno*⁸¹, la democracia se opone a cualquier expresión de absolutismo, autoritarismo y concentración del poder. Para Daniel Webster la democracia constituye “...un gobierno del pueblo, hecho para el pueblo, por el pueblo y responsable ante el pueblo”⁸². Entre otros aspectos, la democracia se caracteriza por el diseño institucional que garantice los pesos y contrapesos (*checks and balances*) de los que nos habla Montesquieu, adaptados a nuestro contexto, no se restringe a la separación institucional de las funciones del Estado.

Un sistema de no injerencia no excluye la posibilidad de cooperación armónica entre éstas, sobre todo si partimos de su origen democrático-constitucional común y de su fin más alto, que consiste en respetar y hacer respetar derechos fundamentales⁸³. En este sentido, la tutela efectiva de la democracia es indispensable para el pleno ejercicio de otros derechos, que por ser esenciales, imprescriptibles, irrenunciables e inalienables se constituyen en la fuente primigenia y legitimadora del poder público.

Podría decirse entonces que la democracia, como sistema de gobierno es aquel régimen por el cual, el fundamento del ejercicio de la autoridad política recae en el pueblo, quien, legitima el ejercicio del poder y que conserva la facultad de activar mecanismos formales y/o informales de control (*accountability*) sobre el ejercicio de las potestades públicas conferidas a un miembro o a un grupo de miembros de la comunidad.

⁸⁰ Bobbio, Norberto, *La Teoría de las Formas de Gobierno en la historia del pensamiento político*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1987, p. 47.

⁸¹ Ver: Carpizo, Jorge, *Concepto de Democracia y sistema de gobierno en América Latina*, Bogotá, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México / Universidad Externado de Colombia, 2009, pp. 95-111.

⁸² Webster, Daniel, “Modelos de Democracia” en *Formas de Gobierno y resultados en treinta y seis países*, Barcelona, Ariel Ciencia Política, 2000, p. 13.

⁸³ Constitución de la República Art. 11, num. 9.

Como *mecanismo* para la vigencia de otros derechos, la democracia puede presentar diferentes facetas. La propia Constitución reconoce la existencia de mecanismos de democracia representativa, directa y participativa⁸⁴. Este modelo no se basta a sí mismo; para su eficacia requiere de vías procesales idóneas para que la ciudadanía sea capaz de incidir en las decisiones del poder político y, en ese sentido, posibilitar el efectivo autogobierno.

Otfried Hôffe expresa que la democracia por sí sola no constituye razón suficiente para la implementación y garantía de los derechos humanos, la naturaleza transversal de los derechos los hace interdependientes entre sí; sin embargo, me separo de su pensamiento en cuanto este autor tampoco ve a la democracia como condición necesaria para idéntico acometido. Hôff, fundamenta tal afirmación con sucesos históricos como el holocausto nazi.

Podría añadirse que desde un sentido de democracia como medio hacia un fin determinado; es decir, el ejercicio de otros derechos fundamentales, no hubiese legitimado jurídicamente el desconocimiento de la dignidad del pueblo judío, argumento válido para el caso de la esclavitud en el sistema norteamericano que también es citado por este autor⁸⁵.

⁸⁴ Discrepamos con Dieter Nohlen cuando ve a la democracia participativa en América Latina como “un proyecto populista autoritario. [que] Se presenta en países en los que los sistemas de partidos están sufriendo una profunda crisis, generando exigencias de participación que sobrepasan límites concordantes con la permanencia del Estado Constitucional.”. Ver: Nohlen, Dieter, *Justicia Electoral y sus Desafíos Actuales en América Latina*, Tribunal Contencioso Electoral, Serie Estudios de Justicia Electoral, Quito, 2009. En este sentido considero que el profesor alemán no acepta otro tipo de participación política que aquella que se canaliza por intermedio de partidos y movimientos, desconociendo el estatus de ciudadanía como único prerrequisito para el ejercicio de derechos fundamentales de participación. En este sentido no se puede hablar de un desbordamiento del sistema democrático sino de nuevas herramientas destinadas a efectivizarlo.

⁸⁵ Hôff, Otfried, *Justicia Política*, Ediciones Paidós del I.C.E de la Universidad Autónoma de Barcelona, Colección pensamiento Contemporáneo, No. 69, Barcelona, 2003, pp. 177 – 195.

Por estas razones, Ferrajoli ve en los derechos políticos un área de los derechos fundamentales que requieren de regulación por parte del parlamento. Por estar ligados a criterios de capacidad de ejercicio atribuible o no, en virtud del estatus de ciudadano, lo que lo diferencia de los derechos de la personalidad atribuibles, según el autor, a todas las personas por el solo hecho de serlo. En este sentido reconoce a los derechos políticos como derechos secundarios por ser disponibles, renunciables, divisibles, etc. Esta calidad de secundarios no quiere decir que dejan de ser fundamentales ya que en la definición de derechos fundamentales el autor los define como "...aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de persona, de ciudadano o personas con capacidad de obrar...".

Si estos mecanismos no son capaces de canalizar adecuadamente las presiones políticas con la adecuación de sistemas procesales flexibles, antiformalistas, que permitan atender el problema de fondo, no tardará la irrupción de los poderes *de facto*; dicho esto no sólo se pone en peligro el normal desarrollo del sistema constitucionalmente adoptado sino que lesiona la relación indispensable de confianza que debe existir entre la ciudadanía y los organismos jurisdiccionales.

La Carta Democrática Interamericana, Art. 1, es quizá el único instrumento supranacional que ve a la democracia como un derecho humano que no se confunde con los demás derechos de participación política, por su estructura *sui generis*.

Por estas características especiales me atrevo a pensar que se trata de un metaderecho, no sólo por nutrirse de los demás derechos para subsistir, sino que su existencia es el escenario indispensable para que todos ellos confluyan y puedan interrelacionarse. De ahí que, la democracia sustancial es un fin en sí mismo pero, a su vez, una condición necesaria para la construcción del sistema constitucional de derechos y justicia. Ramiro Ávila concluye "...en el constitucionalismo

se conjugan estado como estructura, derechos como fin y democracia como medio⁸⁶.

Este escenario apto para la interrelación de derechos de resonancia política, en términos de respeto y equidad, tiene que ser expandido progresivamente hasta ser capaz de posibilitar un diálogo ampliado en el que todas las concepciones jurídicas, políticas, religiosas y culturales puedan llegar a acuerdos mínimos pero que, por ser tan generales, permitan centrar las bases de la vida pacífica en sociedad, dentro de un marco de respeto a los derechos de las minorías y basado en la crítica para su constante perfeccionamiento.

Finalmente, se trata de un derecho difuso porque no descansa en un grupo o sección poblacional determinada sino que es de titularidad de todos quienes integran una sociedad determinada y por tal es exigible por cualquier individuo de forma individual o colectiva.

La democracia es actualmente un valor casi universal. Su sola estructura de derecho hace que ella, así como los derechos que la sostienen, no puedan estar condicionados más allá de lo estrictamente razonable para que pueda ser ejercida.

En este sentido, se justifica la previsión de una edad mínima para sufragar, más no imposiciones normativas, como el de pertenecer a un partido, movimiento o cualquier otra clase de organización política. Así, por el hecho de ser ciudadana o ciudadano, toda persona está facultada para ejercerlos, así como exigir tutela del Estado. Lo contrario nos llevaría al absurdo de admitir que la ficción jurídica, que constituye una organización política, es un sujeto pleno de derechos, capaz de condicionar el ejercicio de estas prerrogativas por parte de la ciudadanía. En este sentido, el ser humano, en materia de derechos de participación, sería un sujeto de derecho de segundo plano⁸⁷.

⁸⁶ Ávila Santamaría, Ramiro, “Los Principios de Aplicación de los Derechos” en: *Constitución del 2008 en el Contexto Andino*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos No. 3, Quito, 2008, p. 26.

⁸⁷ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías. La Ley del más Débil*, Editorial Trotta, Segunda Edición, Madrid, 2001, pp. 37-58.

Derechos de participación

En sentido restringido, el artículo 61 de la Constitución enumera a los que considera derechos de participación. Así, pueden ser citados: el derecho a elegir y ser elegido, a participar en asuntos de interés público, a ser consultados, a desempeñar empleos y funciones públicas, estos pueden considerarse como derechos de estructura individual. El derecho a presentar proyectos de ley y conformar partidos políticos constituye una prerrogativa que sólo puede ejercerse de forma colectiva. Varios de los derechos, —que he considerado primordialmente individuales— adquieren mayor fuerza y posibilidad de satisfacción al ser parte de una organización política⁸⁸.

El Tribunal Contencioso Electoral se ha pronunciado en el siguiente sentido:

“Los ciudadanos al ingresar a un partido político y a ser titulares de una serie de derechos fundamentales consignados en la Constitución y estos se incrementan con los que adquieren dentro de la organización política, pues el derecho de asociación política para formar parte de un partido, tiene por objeto que los ciudadanos al unirse con otros potencien sus derechos políticos electorales, en esta interacción puede ocurrir -al interior del partido- violación de tales derechos, entonces es necesario el establecimiento de medios de impugnación a favor de sus militantes...”.

En materia de derechos de participación existe una interdependencia del individuo respecto al grupo, en cuanto a la posibilidad de vigorizar sus derechos; y, del grupo respecto al individuo del cual depende su propia existencia. Por la amplitud de sujetos políticamente activos o potencialmente activos, en colectivo y/o de forma individual, esta clase de derechos adquieren un alcance indeterminado porque si bien pertenecen a todas y todos, no podríamos

⁸⁸ (Sentencia No. 002-2009-TCE).

hablar de titulares determinados o determinables, al menos no con relativa facilidad. El grado de participación en asuntos públicos quedaría delegado a la mayor o menor motivación de los individuos.

En sentido amplio, llamaremos derechos de participación a todos aquellos derechos humanos que, mediante su efectivo ejercicio o libre abstención, influyen en las decisiones que engendran un interés político directo. Podemos decir que participación e incidencia, para efectos políticos, son sinónimos y como tal, medios idóneos para alcanzar el fin democrático en sentido integral, del que nos hemos encargado en el apartado anterior.

El poder ciudadano de incidencia desborda a los ocho derechos previstos en el artículo 61. El derecho de resistencia, el derecho a divulgar ideas y formular políticas, el derecho de expresión, opinión y réplica, cuando existe un trasfondo político y cualquier otro derecho, sea de libertad, de protección, colectivo o difuso que intrínsecamente sea ejercido como un medio para incidir en el funcionamiento de un sistema político determinado, se transforma en derecho de participación por su motivación o efecto.

A esa ductilidad que presentan los derechos humanos denominaremos la capacidad de mutación -ocurre por su fin o por su efecto-. Así, dentro de la dinámica social existirá un constante traslado desde cualquier esfera jurídica hacia aquella tradicionalmente reservada para la ciencia política.

Parece obvio anotar que todas estas manifestaciones sociales exigirán una respuesta, a la altura de tales requerimientos, por parte del Estado. La respuesta jurídica, por sí sola, es insuficiente. En materia de derechos de participación a más de conocimientos técnico-jurídicos, se requiere de un alto grado de sensibilidad e intuición política a fin de evitar el desquicio del sistema y la reacción social por las vías de hecho.

Cada derecho, desde su estructura original o como fruto de una mutación, está o tendría que estar dotado de una garantía fundamental que permita su tutela efectiva, no sólo por la coherencia jerárquica entre derecho y garantía sino por la celeridad, inmediatez, preferencia e interculturalidad que caracteriza a estos procesos. Aquellos derechos “potencialmente políticos” en su estado natural y siempre que no encuentren garantía fundamental específica, serían acogidos por la Acción de Protección, prevista en el artículo 88 de la Carta.

Esta garantía se caracteriza por su naturaleza residual⁸⁹; sin embargo, al trasladarse un derecho hacia una esfera política dejarían de tener su garantía específica indispensable; no obstante, no quedaría otra opción que tutelarlos por la vía genérica.

Entramos al dilema entre la denegación de justicia y la tutela efectiva. A su vez, la Acción de Protección tiene como fin la reparación integral de los derechos violados. El tipo de reparación, en materia de derechos políticos, adquiere una especificidad que en cuanto a la reparación del derecho violado de un individuo que, por ejemplo, se postuló como candidato y su candidatura fue rechazada, podría repercutir desfavorablemente en el sistema electoral y democrático en caso que la autoridad jurisdiccional se le ocurriese desconocer el proceso electoral para permitir la participación del justiciable.

⁸⁹ La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su artículo 42, numeral estableció que la Acción de Protección no procede cuando “... el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz”. Así, la existencia de la Acción Ciudadana como garantía constitucional específica de derechos de participación desplazaría a la Acción de Protección en la sustanciación de estas causas, tal como lo hace, por ejemplo el habeas corpus respecto del derecho a la libertad personal.

De ahí que el Derecho Electoral ha desarrollado múltiples principios autónomos para armonizar la coexistencia de intereses individuales y sociales que responden a una lógica específica⁹⁰.

Al habilitar la Acción de Protección a los derechos políticos se corre el riesgo no sólo de judicializar la política sino de romper la unidad que la Constitución pretende otorgar al Tribunal Contencioso Electoral a la creación de un sistema de precedentes vinculantes. Si existiesen dos o más tribunales con la misma potestad de crear precedentes jurisprudenciales, en una misma materia, sería muy probable encontrar incoherencias entre sí; pero al ser vinculantes ambos criterios, se estaría creando una amenaza latente a los ideales de seguridad jurídica. La eventual existencia de pronunciamientos contradictorios entre ambos sistemas de precedentes podría confrontar al Tribunal Contencioso Electoral con la Corte Constitucional.

El lugar que ocupa la Corte dentro del sistema constitucional ecuatoriano, hará prevalecer a su jurisprudencia y con ello vaciará el contenido de la norma que consagra el precedente electoral. En cualquier caso, de esta lucha sólo podrá desprenderse la politización de la justicia, con obvios perjuicios al funcionamiento del sistema democrático-electoral.

Si la Acción de Protección no es la vía rápida y efectiva, dentro de la esfera de los derechos de participación, podría decirse que lo serían las acciones y recursos en sede contencioso-electoral. Sin embargo, y como se verá más adelante, razones filosóficas, históricas y prácticas demuestran que las que podrían alcanzar el estatus de garantías específicas en la materia, lo son únicamente respecto del derecho al

⁹⁰ El Tribunal Contencioso Electoral, por medio de su jurisprudencia ha incorporado al sistema normativo principios como el de “certeza electoral” (Causa No. 404); “definitividad de los actos electorales” (Causa No. 15Q-2009); “unidad del acto electoral” (Causa No. 128-2009); “determinancia de las inconsistencias numéricas” (Causa No. 394-2009). Por escapar al ámbito de este trabajo no nos adentraremos en el análisis individualizado de tales principios.

sufragio, con todos los formalismos y trabas propios del sistema judicial ordinario. Además, mantienen una jerarquía de legalidad que no se compadece con la necesidad de contar con una garantía fundamental eficiente, en este sentido.

El sufragio, aunque con ciertas deficiencias, es el único derecho de participación tutelado en nuestro sistema. Esto se explica en atención a razones históricas, como herencia del imperante criterio liberal de democracia representativa, según el cual la capacidad de autodeterminación del pueblo queda reducida a la función periódica de elector.

En el mismo sentido histórico, la teoría de los derechos humanos encuentra su desarrollo principal en la reacción global en contra de las consecuencias de la segunda gran guerra, esto hace que los derechos políticos nazcan a la sombra de los civiles (vida, seguridad, integridad, etc.) y que el contexto histórico determine que sean precisamente estos los que acaparen la atención de la producción académica, política, legislativa jurisprudencial.

Hoy que el contexto teórico e histórico ha cambiado y que el principio democrático ha alcanzado dimensiones distintas (democracia representativa, directa⁹¹, a más de la participativa) me parece una consecuencia predecible, el apareamiento de nuevas expresiones políticas elevadas al estatus de derechos humanos. De ahí, la correlativa necesidad de crear mecanismos procesales adecuados para su tutela. Así, los mecanismos tradicionales que mantiene el Código de la Democracia

⁹¹ Pese a que la democracia directa, desde su aparición en la cultura griega es la primera expresión de la misma, la hemos citado como una novedad toda vez que la etapa liberal prácticamente la eliminó al consolidar un sistema representativo de expresión democrática.

son obsoletos para los derechos reconocidos e impermeables para los derechos mutados⁹².

En suma, los recursos contencioso-electorales constituyen garantías jurisdiccionales diseñadas exclusivamente para la tutela del derecho al sufragio. El recurso contencioso electoral de queja, por su vocación disciplinaria, debió mantenerse en la esfera administrativa, sin perjuicio del derecho a recurrir ante un organismo jurisdiccional a fin de proteger, especialmente, el derecho al debido proceso.

Pese a todas las falencias y necesidad de adaptación al nuevo modelo constitucional, el sufragio es el único derecho de participación tutelado por el ordenamiento, y consecuentemente, por el Tribunal Contencioso Electoral, afirmación que se extiende a los conflictos derivados de la interrelación de miembros y personas afiliadas a organizaciones políticas.

Si bien es cierto que las decisiones adoptadas por el Consejo Nacional Electoral pueden ser revisadas, en sede jurisdiccional, no lo es menos que, el órgano administrativo electoral sólo interviene cuando las organizaciones políticas tienen elecciones internas, lo que ratifica la afirmación que el único derecho que está, en importante medida tutelado, es el derecho al sufragio activo y pasivo y otros derechos, solamente cuando le son conexos.

Los recursos contencioso electorales: falencias procesales

El Código de la Democracia prevé un complejo sistema de recursos en sede administrativa y jurisdiccional. En este apartado se pretende

⁹² La restricción procesal subutiliza el sistema electoral, reduciéndolo al Tribunal Contencioso a un organismo de justicia para elecciones, lo cual es absurdo con su existencia permanente dentro del sistema.

demostrar que la estructura procesal, en materia de derechos de participación, no posee un modelo garantista capaz de cubrir el estándar mínimo previsto por el ordenamiento regional de protección de derechos humanos⁹³.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos a lo largo de su jurisprudencia, en interpretación del artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos expresa que: “El artículo 25.1 de la Convención ha establecido, en términos amplios, la obligación a cargo de los Estados de ofrecer, a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. (...) la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley”.

En resumen, para poder decir que un derecho, cualquiera que sea, está debidamente tutelado por el Estado tiene que contar con una

⁹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso YATAMA*, *supra* nota 86, párr. 167; *Caso Cantos*. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C No. 97, párr. 52; *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 111; y *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 23.). Asimismo, el estándar se complementa al decir: “Para que el Estado cumpla lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención no basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener efectividad...” (Cfr. *Caso Ximenes Lopes*, *supra* nota 2, párr. 192; *Caso Baldeón García*, *supra* nota 2, párr. 144; y *Caso Acevedo Jaramillo y otros*, *supra* nota 93, párr. 213.) en los términos de aquel precepto. La existencia de esta garantía “constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención” (Cfr. *Caso Ximenes Lopes*, *supra* nota 2, párr. 192; *Caso Baldeón García*, *supra* nota 2, párr. 144; y *Caso López Álvarez*, *supra* nota 72, párr. 138.) “Esta Corte ha reiterado que dicha obligación implica que el recurso sea idóneo para combatir la violación, y que sea efectiva su aplicación por la autoridad competente...” (Cfr. *Caso López Álvarez*, *supra* nota 72, párr. 139; *Caso Palamara Iribarne*, *supra* nota 72, párr. 184; y *Caso Acosta Calderón*, *supra* nota 102, párr. 93).

garantía procesal que reúna las siguientes características: (1) naturaleza jurisdiccional; (2) efectividad; (3) idoneidad; y, (4) capacidad de reparar o impedir la consumación de violaciones a los derechos humanos.

Pérez Luño advierte, “...en la garantía procesal un elemento decisivo para llevar al terreno de la experiencia práctica el contenido de los derechos fundamentales...”⁹⁴.

Es compartido con este autor la relevancia de una existencia material de procedimientos jurisdiccionales cuya perfectibilidad debe dirigirse a fortalecer la capacidad tutelar de tales garantías.

La Corte Interamericana, al referirse a las garantías fundamentales expone “...que no basta con la existencia formal del recurso sino que además debe ser efectivo, esto es, debe dar resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados en la Convención de lo contrario, la actividad judicial no significaría un verdadero control, sino un simple trámite formal, o incluso simbólico, que generaría un menoscabo de la libertad del individuo”⁹⁵.

Siguiendo la estructura de la Ley Orgánica Electoral encontramos que las reclamaciones, impugnación a la adjudicación de escaños, petición de corrección, derecho de objeción, e impugnación de las resoluciones de la Junta Provincial Electoral, por tratarse de procedimientos en sede administrativa, serán descartadas del presente análisis.

⁹⁴ Pérez Luño, Antonio, *Los Derechos Fundamentales*, Editorial Tecnos, novena edición, colección Temas Clave de la Constitución Española, Madrid, 2007, p. 80.

⁹⁵ *Cfr.* Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 77; Caso Juan Humberto Sánchez, supra nota 40, párr. 121, y Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 126.

Nuestra reflexión excluirá también a los procedimientos de juzgamiento por infracciones electorales, así como la acción de queja ya que, en esencia, pese a su naturaleza jurisdiccional, no buscan reparar o evitar la vulneración de derechos, sino sancionar a las personas u organizaciones que inobservaren la normativa vigente. En el primer caso, la legitimación pasiva recae sobre personas o grupos ajenos al sistema electoral institucional; en el segundo, a quienes son parte del mismo. Por tal, nuestro análisis se detendrá exclusivamente en el recurso ordinario de apelación, extraordinario de nulidad, y excepcional de revisión.

Actuaciones preprocesales

El recurso ordinario de apelación el único dentro del sistema jurídico ecuatoriano que exige el agotamiento de la vía administrativa como prerequisite indispensable para acceder a la vía jurisdiccional, en contraposición con la regla general prevista en la Ley de modernización. Así, los procedimientos administrativos deben agotar las dos instancias previstas para esta esfera y solamente cumplido tal requisito, activar la vía jurisdiccional. A favor de esta posición podría argumentarse que el organismo administrativo superior tendría la opción de corregir actuaciones antijurídicas de sus organismos desconcentrados.

Podríamos refutar aduciendo que la posibilidad de corregir o revisar actuaciones contrarias a derecho, por parte de los organismos administrativos superiores, no es propia; menos aún, exclusiva de la Función Electoral. Por el contrario, es una constante en todos los organismos administrativos, especialmente en aquellos que integran la Función Ejecutiva.

Sin perjuicio de ello, el Derecho Administrativo común permite acceder ante el órgano jurisdiccional de forma directa, ya que el agotamiento de la vía administrativa podría tornarse en una mera formalidad que retardaría de manera inoficiosa la acción de la

justicia. Con ello no es pretensión afirmar que la vía administrativa sea inservible *per se*, por el contrario, podría ser un medio efectivo para redireccionar la actividad estatal en sus diferentes esferas; sin embargo, podría en determinadas situaciones, resultar inoperante en cuanto a la obligación de tutela efectiva. Es por ello que la posibilidad de acceder directamente a los estamentos jurisdiccionales debe quedar a voluntad y estrategia del recurrente.

La celeridad se ve afectada en cuanto se establecen cinco niveles, a los que se puede recurrir. Dentro de la vía administrativa se cuenta con dos instancias; el proceso jurisdiccional cuenta con una más; y, una eventual revisión final, por parte de la Corte Constitucional, por ocasión de la Acción Extraordinaria de Protección, aunque el artículo 62, numeral 7 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, expresamente exceptúa esta acción en contra de las decisiones del Tribunal Contencioso Electoral cuando hayan sido adoptadas en periodo electoral⁹⁶.

La Corte Constitucional, para el período de transición se reconoce a sí misma como competente para revisar, vía de Acción Extraordinaria de Protección las sentencias y autos definitivos del Tribunal Contencioso Electoral. La jurisprudencia citada, al asumir dicha competencia expone:

“La posibilidad de la apertura de la cosa juzgada de los autos y sentencias, debe tener sentido y buscar criterios de coherencia en las decisiones del ordenamiento jurídico, que a más de legales sean justas y generen certidumbre de la sociedad en el sistema; es la voluntad del constituyente, que busca una coherencia en el ordenamiento jurídico así como preservar la condición indiscutible de los derechos fundamentales y el debido proceso que justifica la existencia constitucional de esta acción, misma que no puede llegar a ser deformada o desconfigurada”.

⁹⁶ Sentencia No. 001-09- SEP-CC.

Cabe precisar que el recurso ordinario de apelación puede ser interpuesto en contra de las resoluciones que emanan de las juntas provinciales electorales, conforme lo dispone el artículo 269, numeral 12 del Código de la Democracia; no obstante, cuando la ley condiciona su interposición directa a la inexistencia de un procedimiento previsto en el Código de la Democracia, lo reduce a su más mínima expresión⁹⁷.

Legitimación activa

El artículo 244 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas determina, de forma taxativa y general, las personas o colectivos con legitimación activamente suficiente para proponer recursos electorales, tanto en sede administrativa como jurisdiccional.

Por las razones señaladas, daremos un vistazo a la legitimación activa, en términos generales; luego la revisaremos específicamente en relación al recurso ordinario de apelación, extraordinario de nulidad y excepcional de revisión.

Como norma general, únicamente los sujetos políticos están legitimados para interponer estos recursos. Se entiende por sujetos políticos: a) partidos, movimientos y alianzas políticas, b) candidatas y candidatos, c) personas naturales con capacidad de sufragio y ejercicio de derechos de participación, cuando sus derechos subjetivos hayan sido violados; y, d) personas jurídicas cuyos derechos subjetivos resulten vulnerados.

⁹⁷ Sin duda, pasará mucho tiempo y mucha jurisprudencia para llegar a conocer algún caso en el que la actuación de un organismo electoral desconcentrado, por no adecuarse a los requisitos de los cinco recursos en sede administrativa ni a los cuatro en sede jurisdiccional, recaiga en la excepcionalísima causal, prevista en el numeral 12 del artículo 269 del Código de la Democracia. En tal sentido, el Estado debe dotar a la ciudadanía de un recurso jurisdiccional, directo, rápido, de jerarquía constitucional, cuya estructura posibilite la tutela cautelar y reparatoria de derechos fundamentales.

“El derecho público subjetivo es una teorización jurídica debida a los iuspublicistas alemanes de finales del siglo XIX, que intentarán inscribir los derechos humanos en un sistema de relaciones entre los particulares y el Estado persona-jurídica. La constatación de que existían derechos subjetivos que tutelaban intereses predominantemente públicos así como el intento de eludir los riesgos de la arbitrariedad estatal mediante la construcción de las relaciones Estado-individuo. (...) el derecho público subjetivo se configura como una auto-obligación del Estado respecto del individuo (...). En definitiva, la superación del modelo liberal y legislativo de Estado es también la superación de la figura del derecho público subjetivo que ha determinado el progresivo abandono de esta teoría para explicar el sentido y funciones de los derechos fundamentales en el Estado constitucional de derecho⁹⁸”.

En cuanto a la participación mediante mecanismos de democracia directa, estarían legitimadas las organizaciones políticas y las personas que intervinieron directamente en la activación del proceso de consulta popular o referéndum, así como aquellas organizaciones sociales que con su inscripción, obtuvieron el reconocimiento del Consejo Nacional Electoral para participar activamente en la campaña.

Parecería que el legislador, con una visión inmediateista y coyuntural, confunde entre la asociación con fines políticos y aquella que se realiza con fines eleccionarios, siendo este la especie que se deriva del primero. A mi modo de ver, la principal falencia del sistema radica en asumir que el único derecho de participación justiciable, por vía especializada, es el sufragio -si atendemos a las vías jurisdiccionales para tutelarlo-.

Esta posición es incompatible con el principio de igualdad jerárquica entre derechos, según lo prescrito por el artículo 11, numeral 6 de la Constitución.

⁹⁸ Peña Freire, Antonio, *La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho*, Trotta, Madrid, 1997, pp. 132-135.

Aunque resulte obvio, recordemos que la Constitución no distingue entre aquellos ciudadanos que pueden acceder a la justicia electoral y quiénes no.

Cuando la Constitución, en su artículo 61 se refiere a los derechos de participación, no condiciona su ejercicio a la militancia partidista porque significaría hacer depender el ejercicio de un derecho individual a la conveniencia del grupo; tampoco se refiere a la vulneración de un derecho subjetivo, porque los derechos pilares de la democracia poseen una estructura colectiva y, con ello, se subordinaría el interés colectivo al ejercicio o renuncia de un derecho individual que por su estructura subjetiva sería esencialmente potestativo.

En derechos de participación no tendría sentido desconocer ni la estructura individual a favor de la colectiva; ni viceversa, lo que se tiene que hacer es armonizar ambos intereses porque sólo así es posible la construcción de una democracia sustancial. La justicia electoral está precisamente para esto. En el primer caso, la restricción no sólo incumbe a las personas que no son parte de un movimiento, partido o alianza política sino también de aquellos que lo son, pero que no ostentan su representación nacional o provincial.

En este caso, un militante tendrá que contar con el aval de su representante o caudillo, condicionándose más allá de lo constitucionalmente establecido, el ejercicio de un derecho. El mismo razonamiento es aplicable para las candidatas y candidatos en cuanto, para llegar a serlo, deben recibir el patrocinio de una organización. En materia de derechos, la Constitución del 2008 superó la teoría del derecho subjetivo según la cual, solamente la persona o personas afectadas por un acto público tenía la potestad de exigir, a la entidad, la reparación correspondiente.

Hoy comprendemos que todo derecho posee una estructura no sólo individual sino también colectiva, que debe ser tutelada por constituir las dos caras de una misma moneda. Si los derechos de

participación, cuyo punto de encuentro es el principio democrático, que a su vez es un derecho de estructura difusa, no puede quedar limitado su ejercicio a la afectación o interés personal directo. Si fuese así, la tutela efectiva se reduciría a la esfera individual, desconociéndose la necesidad de precautelar intereses sociales de aquellos que sin haber recibido un daño en sus derechos subjetivos individuales conservan todos los demás derechos de participación, especialmente, el relativo a participar en asuntos de interés público (Constitución Art. 61, num. 2).

La Constitución, es la única condición exigible para ejercer derechos de participación y consecuentemente acceder a la tutela jurisdiccional efectiva de estos, consiste en encontrarse en pleno ejercicio de los derechos de ciudadanía.

Nótese que no me refiero a cumplir con las condiciones personales para sufragar, ya que estas sólo serían aplicables a este derecho, no así a los demás, para los que bastaría ser ciudadano; es decir, ser ecuatoriano o ecuatoriana, de conformidad con el Art. 6 del texto constitucional. En suma, el artículo 244 del Código de la Democracia vulnera la prohibición de restricción del contenido de los derechos por exigir condiciones o requisitos para acceder a la justicia, más allá de lo prescrito por la Constitución.

En lo que respecta a la legitimación activa en recursos contencioso-electorales, en el caso del recurso de apelación, ya no se reconoce ni siquiera la posibilidad de que ciudadanos y ciudadanas, que fuesen vulnerados en sus derechos subjetivos, puedan interponerlo. Comprendemos que limitar esta capacidad de acción a las organizaciones políticas, por medio de sus representantes y a los candidatos, guarda concordancia con las causales previstas, para el efecto, ya que estas sólo se refieren a inscripciones de candidaturas y de organizaciones políticas, resultados numéricos, adjudicación de cargos, nulidad y validez de elecciones y votaciones y escrutinios.

Así, de todos los derechos de participación, el recurso ordinario de apelación tutela únicamente al sufragio y lo hace con importantes

restricciones. En cuanto al recurso extraordinario de nulidad, la restricción es mayor ya que no sólo la torna exclusiva de los sujetos políticos en general, sino únicamente a las organizaciones que participan en el proceso electoral en curso. De igual forma, por ser este un recurso que únicamente permite declarar la nulidad de las votaciones, de los escrutinios, de una junta receptora del voto o del proceso electoral, nuevamente nos encontramos ante una figura que se centra únicamente en el derecho al sufragio, aunque de forma aún más restrictiva que en el caso del recurso de apelación.

Resulta impertinente analizar la legitimación activa prevista para el recurso excepcional de revisión toda vez que este se refiere exclusivamente al juzgamiento de cuentas de campaña y gasto electoral; por tanto, no alude a la tutela de derechos de participación, aunque dicho sea de paso, reserva la legitimación activa a las organizaciones políticas, con lo que las candidatas y candidatos quedan excluidos. Esta prohibición es extensiva al tesorero único de campaña, que puede ser el más interesado en justificar el manejo de recurso; no obstante, si no recibe el apoyo de su partido o movimiento no tendría manera de acceder a tal recurso.

En suma, la legitimación activa en el sistema ecuatoriano tutela únicamente intereses inmediatos de los elegibles y, consecuentemente, aspiraciones coyunturales de una organización política. El legislador hace del sistema de justicia electoral una esfera jurídica cerrada, elitista, en términos políticos, favorece a la especulación electoral y se desentiende de las aspiraciones democráticas que desbordan a la elección de representantes.

El interés público de elegir autoridades idóneas para la administración de la cosa pública sucumbe ante intereses inmediatistas de candidatos y clientelares de partidos, excluyendo de toda forma de participación a las personas, que aún teniendo la razón e intereses socialmente valiosos, no pueden activar los mecanismos procesales previstos para el efecto. Esto constituye una barrera de carácter normativo y procedimental que impide la tutela judicial efectiva de los derechos de participación y posterga la consolidación de un sistema

democrático de derechos y justicia que propugne la implementación de una democracia de tipo material.

Se hace necesaria una garantía no sustitutiva de las existentes sino residual⁹⁹, capaz de tutelar aquellos derechos de participación que no poseen vía procesal específica y capaz de permitir la participación activa de la ciudadanía y su consecuente involucramiento en la diaria construcción de ciudadanía.

Cabe señalar que, mediante sentencia No. 001-SDC-CC-2011 de la Corte Constitucional, en virtud de la cual resolvió el conflicto de competencias que interpuso en Consejo Nacional Electoral, en contra del Tribunal Contencioso Electoral sobre la admisibilidad o no del recurso ordinario de apelación, respecto de las decisiones del órgano de administración electoral respecto del concurso público de méritos y oposición para designar a las consejeras y a los consejeros del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.

En esta sentencia, la Corte Constitucional funda una línea jurisprudencial que aspira ir marcando tendencia, conforme al principio de progresividad de los derechos de participación, así como de la expansión de la jurisdicción contencioso electoral hacia una tutela judicial efectiva e integral de esta división de los derechos fundamentales.

⁹⁹ El artículo 100 del Reglamento de Trámites en el Tribunal Contencioso Electoral, vigente únicamente para el proceso electoral 2008-2009 (Régimen de Transición) se refiere a “otras acciones” es decir aquellas no previstas en la Constitución; Régimen de Transición; Ley Orgánica de Elecciones, Control y Gasto Electoral pero que la pretensión del accionante ingrese a la esfera de tutela del organismo de justicia electoral. Con esto quiero señalar que la existencia de una garantía residual ya fue experimentada por el primer Tribunal Contencioso Electoral, vacío que es llenado por una interpretación garantista del artículo 269, numeral 12 del Código de la Democracia y de la sentencia No. 001-SDC-CC-2011 de la Corte Constitucional.

Medidas provisionales

Las garantías fundamentales son efectivas cuando son capaces de evitar, suspender o reparar la violación de derechos. El sistema planteado por la Ley Orgánica Electoral autorizaba al TCE la posibilidad de dictar medidas cautelares solo dentro de los procesos de juzgamiento de infracciones electorales, sin embargo, a diferencia de lo que ocurre a nivel de garantías jurisdiccionales, el Código limita su utilización a aquellas contempladas en el Código de Procedimiento Civil y a la suspensión de la publicidad prohibida.

Con excepción de la suspensión de la publicidad prohibida, las medidas cautelares del Código de Procedimiento no buscan evitar que la violación de un derecho llegue a efectivizarse, sino que la sentencia adoptada por el juez pueda cumplirse, pues la naturaleza del procedimiento civil, es ante todo, reparatoria, pero casi exclusivamente en términos patrimoniales y no preventiva. Sin embargo, podríamos apelar a una interpretación extensiva del artículo 87 de la Constitución, que permite al juez adoptar medidas preventivas de forma independiente o dentro de una acción de protección.

El organismo jurisdiccional de la Función Electoral ha adoptado este tipo de medidas amparándose en la relativización del principio dispositivo para todo tipo de proceso jurisdiccional¹⁰⁰. Creo que los derechos exigen de los organismos estatales tutela efectiva, independientemente de ser no invocados por los justiciables ya que en el segundo escenario operaría el principio *iura novit curiae*, según el cual las partes procesales están obligadas únicamente a proporcionar al juez los hechos, ya que él conoce el derecho (de ahí su nombre) por lo que está obligado a aplicar

¹⁰⁰ En la Acción Contencioso Electoral de Queja No. 08Q-2009, dentro de la providencia en la que el Tribunal Contencioso Electoral avocó conocimiento, dispuso la suspensión inmediata de la difusión de una propaganda radial que agraviaba la dignidad de los pueblos afroecuatorianos. Para hacerlo se fundamentó en su obligación de tutela, no sólo de derechos de participación sino también de derechos conexos, actuación que considero correcta.

al caso la normativa que corresponda de acuerdo con la naturaleza del litigio.

Así, el juzgador está obligado a suplir las falencias jurídicas en las que pudiesen incurrir las partes.

Marcela Ruggieri sostiene que la regla *iura novit curiae* posee tres matices; a saber: “1- aplicar el derecho no invocado por las partes; 2- aplicar el derecho correcto, cuando fue erróneamente invocado por las partes; y, 3- contrariar la calificación jurídica de los hechos efectuada por los propios interesados, no rige cuando de la relación fáctica presentada en la demanda no surge con claridad el tipo de pretensión que se sustenta¹⁰¹”.

Aspectos probatorios

El silencio que guarda el Código de la Democracia respecto a la forma de introducir pruebas, dentro de los recursos contencioso electorales, podría interpretarse como si dejase la puerta abierta a la solicitud de la práctica de diligencias probatorias por las partes, e incluso, la posibilidad de practicar prueba de oficio. Las normas internas que dictó el Tribunal Contencioso Electoral, dentro del período de transición, determinaban que ese organismo es el único que puede solicitar la práctica de una prueba; en caso de no estimarlo pertinente, resolvería por el mérito de los autos (Art. 14, inc. 2 de las Normas Indispensables para viabilizar el ejercicio de las competencias del Tribunal Contencioso Electoral, conforme a la Constitución).

En la práctica, se encontró la forma de flexibilizar las vías procesales a fin de llegar a conocer la verdad histórica de los hechos.

¹⁰¹ Ver: Ruggieri, Marcela, “La Congruencia Procesal”, Ponencia para el IX Congreso Nacional De Derecho Procesal Garantista. Disponible en: www.e-derecho.org.ar.

Así, por ejemplo, en el caso No. 421-2009, con fundamento en el principio de transparencia electoral y sobre todo en el principio de *determinancia*¹⁰², el Tribunal Contencioso Electoral, después de un intenso debate interno, procedió a disponer la apertura de las urnas correspondientes a la dignidad de Alcalde del cantón San Miguel de los Bancos y la realización de un nuevo escrutinio, con lo que se llegó a verificar el fraude denunciado por el recurrente.

Este proceder guarda cierta similitud con el juicio de revisión mexicano, y como tal puede alimentarse de sus desarrollos teóricos. Al respecto, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación sostuvo, “El juicio de revisión constitucional electoral es procedente, cuando la violación reclamada pueda resultar determinante para el desarrollo del proceso electoral respectivo o el resultado final de las elecciones...”.

Si incurrimos en una interpretación sistemática del Código de la Democracia se podría concluir que, si en el trámite previsto para el juzgamiento de infracciones se establece la instalación de una audiencia de prueba y juzgamiento, y la acción de queja obliga al accionante a presentar, junto a su escrito inicial, las pruebas con las que en ese momento contase el actor y a enunciar las que serían aportadas al proceso; se podría sostener que, en materia de nulidades y apelaciones, al no haber referencia expresa a la prueba y por tratarse de derecho procesal, es decir, derecho público, el juzgador electoral no podría ir más allá de lo que expresamente permite la norma. Así, si el legislador hubiese querido que dentro de los recursos de apelación, nulidad y revisión se practique prueba, lo hubiese expresado, como en efecto lo hace en lo referente al juzgamiento de infracciones y acciones de queja.

¹⁰² Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Caso: Alianza por Yucatán, Partido Político Estatal vs. Pleno del Tribunal Electoral del Estado de Yucatán, Jurisprudencia No. 7/2008, Gaceta Jurisprudencia y Tesis en Materia Electoral, año 1, Número 2, 2008, p. 37.

Esta interpretación nos llevaría a la conclusión de que el único medioplenodeprueba, para este tipo de casos, es el expediente cuestionado que, a su vez, es remitido por el organismo de la administración electoral que emitió la resolución atacada o que la confirmó, después de haber agotado dos instancias, en sede administrativa.

En este sentido, las limitaciones que todo juzgador, en cuanto a su posibilidad de conocer la verdad fáctica tal como ocurrió y no conforme se le presenta, se fortalece, no sólo por la manipulación que se puede hacer de ella en la sustanciación de la doble instancia administrativa sino también por la eventual imposibilidad de recabar, mediante diligencias respetuosas de los principios básicos del debido proceso, elementos que le puedan acercar a la verdad histórica y con ello tutelar efectivamente los derechos o intereses en pugna, amén de la absoluta inobservancia de los principios de inmediación y de oralidad que efectivamente se está dando.

“...resulta que el juez se entiende no directamente con los hechos como tales, sino con proposiciones relativa a hechos, con ‘representaciones cognoscitivas’ que denotan algo acontecido en el mundo real. Lo que bajo su apariencia de obviedad, tiene implicaciones prácticas de extraordinaria relevancia que no puede pasar desapercibidas¹⁰³”.

No permitir al juez electoral recabar toda la prueba que fuere del caso para colmar su convicción sería atarlo de pies y manos a una verdad formal, a una certeza abstracta que por tal, es incapaz de resolver los verdaderos conflictos de fondo. Esta verdad documental, podría hacer de éste, no un organismo dealzada sino de mera confirmación o legitimación de lo actuado por los organismos administrativo-electorales con la inversamente proporcional deslegitimación propia que esto

¹⁰³ Van Dijk, T.A., “Estructuras y funciones del discurso”, Siglo XXI Editores, séptima edición, México D.F., traducido: M. Gann y M. Mur, 1991, p. 81; citado por: Ibáñez Perfecto, Andrés, “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, en: Revista DOXA No. 12, 1992, p. 264. Disponible en www.cervantesvirtual.com/porta/DOXA.

conllea. Por otro lado, las posibilidades de error judicial aumentan.

Como cualquier organismo jurisdiccional, sobre todo aquellos de última y definitiva instancia, se debe advertir sobre la necesaria cautela que el TCE debe tener en el ejercicio de ciertas facultades oficiosas, en relación al principio de igualdad e imparcialidad procesal.

Sin duda, bajo el supuesto de que exista la capacidad de escoger los medios probatorios con los que el juez pretende acercarse a la verdad histórica, tal facultad podría ser utilizada como un instrumento que únicamente busca hacer compatible una cierta interpretación de los hechos, con una normativa previamente escogida, para conducir la resolución a consecuencias preconcebidas¹⁰⁴, por no decir negociadas.

En este sentido, a fin de garantizar la imparcialidad del juzgador, es necesario que la conformación del acervo probatorio quede a disposición de todos los actores procesales, incluyendo a terceros interesados y, sólo excepcionalmente, en manos de juez, cuando este no llegase a una certeza razonable sobre lo afirmado y probado por las partes.

En todos los casos, y muy especialmente en cuanto a la prueba de oficio, se tendrían que dar todas las facilidades para que cualquier persona interesada, no sólo las partes, tenga oportunidad de contradecirla, desmentirla, producir prueba en contra y/o alegar sobre el aporte efectivo o no con el que dicho elemento pretende aportar a la reconstrucción de los hechos. De lo

¹⁰⁴ La escuela del realismo jurídico, entre sus mayores exponentes encontramos a Alf Niels Christian Ross, quien presenta una figura escéptica sobre la posibilidad del sistema jurídico para limitar el ámbito discrecional del juez. En este sentido Ross ve en las decisiones jurisdiccionales la genuina expresión de arbitrariedad del juzgador, escondida tras telones argumentativos que no hacen sino justificar o persuadir sobre una decisión tomada sobre reflexiones extra normativas. Ver: García Amado, Juan, "Interpretar, Argumentar, Decidir" en *Anuario de Derecho Penal*, Lima, Estudio monográfico sobre interpretación y aplicación de la ley penal, Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Friburgo, 2005, p. 32-73.

contrario, la desconfianza popular irá creciendo y alimentándose de las especulaciones de la opinión pública y de las suspicacias de las personas y grupos no favorecidos con la voluntad popular.

En suma, las acciones y recursos electorales, en sede jurisdiccional, no constituyen medios efectivos para la tutela de los derechos fundamentales de participación, por lo que se hace necesario reformar los procedimientos o adoptar nuevas figuras que puedan ser capaces de dotar al juzgador de todas los instrumentos necesarios para acercarse, en la mayor medida de sus posibilidades, a la verdad material de los hechos sometidos a su conocimiento, como garantía de certeza democrática y electoral; pero, también, como una forma necesaria de autolegitimación por parte del organismo jurisdiccional.

La pretensión jurídica

Una vez analizado el Código de la Democracia notamos que, dentro de los recursos contencioso electorales, no cabe otra pretensión que las taxativamente señaladas por la ley. Así, en el caso del recurso extraordinario de nulidad únicamente cabe la anulación de votaciones, de escrutinios, de juntas receptoras del voto, anulación parcial de la elección o del total del proceso electoral (Art. 271 Código de la Democracia).

En el caso del recurso ordinario de apelación, al encontrarse enumeradas de forma excluyente las causales por las que dicho recurso procede, la pretensión del recurrente no podría sino quedar condicionada a ellas así como la capacidad de reparación atribuible al juzgador. La restricción señalada se extiende al recurso excepcional de revisión, cuya única fuente de análisis son las resoluciones del Consejo Nacional Electoral o las propias sentencias del Tribunal Contencioso Electoral.

En primer lugar, queda claro que todas las vías jurisdiccionales y consecuentemente las únicas pretensiones posibles, dentro de ellas,

se refieren única y exclusivamente a la tutela jurisdiccional del derecho al sufragio. El acceso a la tutela efectiva no se encuentra garantizado si existen derechos que no cuentan con una garantía constitucional o legal efectiva para hacerlo; por otro lado, este principio debe dirigirse a alcanzar la *restitutio in integrum* del ejercicio de los derechos que resultaren vulnerados o en peligro de serlo, inclusive si estas violaciones se producen dentro de las organizaciones políticas y son capaces de producir daños materiales e inmateriales.

La normativa electoral posibilita el recuento de votos, declaraciones de nulidad y validez de elecciones y escrutinios, calificación o descalificación de candidaturas, entre otras; mas, no prevé restituciones a ninguno de los otros siete derechos de participación del artículo 61 y, mucho menos, a reparaciones de otros derechos que se politizan por su motivación o efecto. En suma, porque las violaciones de derechos fundamentales no son taxativas, tampoco pueden ser las formas de reparación.

Las causales y consecuentemente, los modos de restitución del ejercicio de un derecho no pueden ser fijados en abstracto porque la realidad desborda a la mente más previsible y clarividente; por el contrario, cada denuncia de vulneración de derechos, no sólo en el contexto electoral, debe ser analizada en concreto, investigada e igualmente, reparada *ex profeso*. Para ello, se debe contar con la activa participación de la víctima que es la que debe sentirse reparada y protegida por el sistema.

Nótese que en materia electoral la reparación integral es aún más complicada que en otras ramas del derecho; en este caso, la reparación, por lo general, sucumbe ante el *principio de preclusión* del proceso electoral según el cual “...se da a todo proceso electoral la característica de firmeza que implica de definitividad del acto que puede adquirir por disposición legal o transcurso de la etapa procesal, al tratarse de actos que de no ser impugnados en otra etapa (...) resulta jurídicamente imposible llevar a cabo una impugnación posterior”¹⁰⁵.

¹⁰⁵ Caso No. 15Q-2009-TCE.

Este principio se conecta con el *principio de certeza democrática*.

En este sentido, la normatividad ve en la certeza de los resultados electorales un medio para garantizar la paz social y la seguridad interna del Estado, pese al sacrificio de una verdadera restitución del ejercicio de un derecho. Ante tal situación, no quedaría sino buscar medidas de reparación alternativas que, aunque en menor medida, resulten eficaces.

“Poner en peligro la certeza electoral despierta la alerta social y suspicacias de sectores que podrían verse ilegítimamente beneficiados por eventuales defraudaciones a la pureza de la voluntad popular, todo lo cual se opone a los objetivos propios de los mecanismos de democracia representativa, previstos en la Constitución y al rol garantista de la Función Electoral”¹⁰⁶.

Adicionalmente, el sistema de causales tasadas y respuestas jurisdiccionales preestablecidas circunscriben a la acción del organismo de justicia electoral a la figura del silogismo judicial, tendencia que sin duda empieza a ser superada por nuestro sistema. Este modo silogístico de concebir a la función jurisdiccional no es aplicable a este ámbito del derecho por no ser capaz de reparar los daños materiales e inmateriales sufridos por la persona o personas agraviadas.

En consecuencia, existe la necesidad de prever causas específicas para ciertas circunstancias de la Ley Orgánica Electoral, tal sería el caso de las infracciones y causales de nulidad pero siempre que existan otros medios para garantizar aquellos derechos que no tienen que ver con nulidades, infracciones y con el derecho al sufragio.

En definitiva, el sistema jurídico ecuatoriano no cuenta con una garantía fundamental o legal capaz de tutelar a todos los derechos de participación nominal; menos aún a derechos políticos por mutación, en tal virtud, se hace indispensable adaptar las figuras existentes o

¹⁰⁶ (Causa No. 404-2009-TCE).

adoptar una nueva que deje abierta la posibilidad de adoptar medidas reparatorias reales y efectivas, más allá de lo que diga el legislador pero más cerca de las necesidades de la víctima y del deber de tutelar derechos fundamentales.

Falencias teórico-prácticas de la falta de garantías jurisdiccionales en materia electoral

En el caso de los derechos de participación política, que se expresan a través del sufragio, no existe una garantía jurisdiccional contemplada claramente en la Constitución, lo que podría limitar su efectivo goce, en especial si se tiene en cuenta que este tipo de acciones poseen ciertas características que las diferencian de otras de la justicia ordinaria o electoral.

Así tenemos que la Constitución, en su artículo 86 consagra principios comunes a las garantías fundamentales de naturaleza jurisdiccional, entre otras, excluye la obligatoriedad de contar con el patrocinio de un abogado o abogada. La razón parece simple, por una parte, la contratación de los servicios profesionales de una persona con licencia para ejercer la abogacía puede ser una barrera infranqueable para una persona sin los medios económicos suficientes.

Por otra parte, la situación económica de una persona, grupo o colectividad no puede ser un óbice para que los organismos del Estado se abstengan de atender sus obligaciones generales de respeto, protección y promoción de derechos fundamentales.

Los recursos y acciones contemplados en el Código de la Democracia no garantizan los mismos estándares que las garantías constitucionales, ya que su artículo 245 prevé, como requisito de admisibilidad, que el escrito que da inicio al recurso o acción presentada cuente con el patrocinio de un profesional del derecho.

La norma citada es concordante con el sistema diseñado por la Ley Orgánica Electoral, puesto que si se reconoce legitimación activa únicamente a los partidos, movimientos, alianzas, candidatos, etc. De no eliminarse este, entre otros requerimientos que impliquen gastos para la ciudadanía el acceso al sistema de justicia en Ecuador se mantendría como un círculo elitista a favor de sectores privilegiados, siendo además un requisito formal no determinante al momento de tutelar derechos fundamentales¹⁰⁷.

Otro de los requisitos, que a mi modo de ver, resulta innecesario para la correcta administración de justicia pero indispensable, a decir del artículo 246 del Código de la Democracia es aquel que indica que para activar la vía contencioso-electoral, se debe realizar la petición expresa de asignación de una casilla contencioso-electoral. Este debería ser un simple requisito de forma, por lo que, la falta de petición expresa, constituye una omisión que puede ser subsanada por parte del organismo obligado a permitir el acceso a la justicia por parte de la ciudadanía.

Cabe reconocer que el TCE, nombrado para el período de transición, no previó entre sus normas esta formalidad, tampoco dejó de notificar por medios electrónicos y públicos las providencias o actuaciones producidas en todos los casos. Supongamos que una persona omite realizar la solicitud bajo análisis; ante tal escenario, el juez está obligado a ordenar, mediante providencia que el accionante o recurrente complete su escrito inicial; para ello, tiene que encontrar la

¹⁰⁷ En su Teoría de la Justicia John Rawls, nos habla de un Pacto Inicial, en sentido hipotético que fundamentan y guían a la institucionalidad de los Estados hacia la implementación de justicia, en términos de imparcialidad. Esta idea es retomada y profundizada en su obra denominada *Liberalismo Político* en la que el filósofo norteamericano expone: “Los dos principios más importantes, a este respecto, son los siguientes: a) toda persona tiene el mismo derecho que las demás al más amplio esquema de las mismas libertades básicas, compatible con un similar esquema de libertades para todos; b) las desigualdades sociales y económicas son permisibles siempre y cuando se regule que i) los mayores beneficios se otorguen a los menos privilegiados, y ii) las posiciones, los cargos y los puestos estén abiertos para todos, en condiciones de justa igualdad de oportunidades. Rawls, John, *Liberalismo Político*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 255.

manera de contactar a la persona o grupo.

En este orden de cosas, no tendría mucho sentido priorizar una mera formalidad, en detrimento del principio de celeridad, sin que exista justificación suficiente de por medio y, peor aún, cuando la sola buena voluntad del juzgador puede cubrir tal vacío.

En suma, el sistema de derechos de participación en Ecuador no cuenta con una garantía fundamental o legal que permita reducir los aspectos formales a sus niveles de estricta necesidad. Esta situación repercute desfavorablemente en la necesidad de tutelar efectivamente los derechos. Bajo este esquema, la justicia formal sigue ocupando un plano primordial dentro del esquema normativo de los derechos de participación.

Propuesta de solución a la falta de garantías jurisdiccionales en el sistema ecuatoriano

Modelos de justicia electoral en el derecho comparado

A fin de contar con más elementos de juicio, en esta parte del trabajo nos remitimos al derecho comparado. Los sistemas electorales, especialmente en Latinoamérica, presentan fisonomías bastante diversas entre sí, por lo que todo intento o criterio de clasificación no puede ser tomado como definitivo sino como pautas que únicamente nos ayudarán a visualizar características relevantes de cada uno, de tal forma que puedan ser comparados con el sistema ecuatoriano y, por tanto, aportar a nuestro estudio.

En un primer nivel, Jesús Orozco¹⁰⁸ identifica cuatro. El sistema

¹⁰⁸ Orozco Enríquez, Jesús, “El Contencioso Electoral, la Calificación Electoral”, en: *Tratado de Derecho Electoral Comparado de América Latina*, Fondo de Cultura Económica, segunda edición, 2007, México, pp. 1152 - 1289.

tradicional o clásico, el sistema austríaco, el sistema norteamericano y el sistema latinoamericano. Sus características esenciales son:

Sistema tradicional o clásico

Se caracteriza por la naturaleza política del organismo administrativo, jurisdiccional y contralor del proceso electoral. El parámetro de conformación de este tipo de sistemas guarda relación con criterios de representación proporcional determinada por la composición parlamentaria.

Tal sería el caso de Alemania o de otros parámetros como mayorías obtenidas en elecciones pluripersonales, como sería el caso del Ecuador en la Constitución de 1998. Podríamos decir que, siguiendo con la tendencia latinoamericana, iniciada en el segundo decenio del siglo pasado y heredera de la tradición liberal-europea, en 1945 se creó el Tribunal Supremo Electoral, cuya conformación política perduró hasta el año 2008, en el que la Constitución separó las competencias administrativas y jurisdiccionales en materia electoral.

Este sistema ha sido abandonado por la gran mayoría de estados para adoptar una de las modalidades a las que en adelante nos referiremos. En este sentido, poco o nada aporta el estudio y análisis de nuestra tradición electoral al problema materia de este trabajo.

Sistema austríaco

Se caracteriza porque las funciones jurisdiccionales, en materia electoral, están confiadas al organismo que ejerce, de manera concentrada, el control abstracto y concentrado de constitucionalidad. Este sistema fue adoptado por países como Italia y Portugal, a más de aquel del cual recibe su nombre.

Italia posee un sistema electoral mixto, según el cual existen recursos contenciosos que son conocidos por el Tribunal Constitucional

y otros por el Parlamento, a manera de tribunal de alzada. En el caso portugués, las funciones de juez *a quem* son ejercidas exclusivamente por el Tribunal Constitucional¹⁰⁹.

De alguna manera, nuestro país tuvo un acercamiento al modelo *kelseniano* toda vez que los recursos contencioso electorales conocidos y resueltos por el ex Tribunal Supremo Electoral eran susceptibles de apelación para ante el ex Tribunal Constitucional. Hoy el ejercicio de la jurisdicción, en materia electoral, corresponde en única y definitiva instancia, al Tribunal Contencioso Electoral.

Sistema norteamericano

Fiel a la tradición de control difuso de constitucionalidad, el régimen contencioso electoral en los Estados Unidos de América es atribuible a todo organismo jurisdiccional, por lo que no existe un organismo específico para tales fines. No nos detendremos en el análisis de este sistema por ser absolutamente ajeno a nuestro contexto institucional, tanto actual como tradicional.

Sistema latinoamericano

Los países de Sudamérica y el Caribe han diseñado, indistintamente, modelos según los cuales la justicia electoral es ejercida por organismos especializados y permanentes, del más alto nivel institucional.

De este tronco común se pueden separar a aquellos sistemas en los que estos organismos especiales han sido incorporados al poder judicial, tal sería el caso argentino, brasileño, paraguayo y mexicano, aquellos en los que se trata de organismos autónomos respecto de otros poderes del Estado, lo que de manera expresa o tácita les confiere igual jerarquía que las demás funciones o poderes del Estado.

¹⁰⁹ Ver: *El Contencioso y la Jurisprudencia Electorales en Derecho Comparado*, México D.F., Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, disponible en: <http://www.trife.gob.mx/todo2.asp?menu=15>.

Entre los países que reconocen este estatus a los organismos electorales podemos citar a Venezuela (Constitución Art. 292-298); Nicaragua (Constitución Art. 7); Ecuador (Constitución Art. 217-221). De manera tácitamente lo reconoce Costa Rica, al consagrar en el artículo 9 de su Constitución la independencia del Tribunal Supremo de Elecciones, Chile y Perú¹¹⁰.

Con este breve resumen se identifica una muestra válida para este estudio comparativo, puesto que los modelos que hemos clasificado dentro de los tres primeros grupos poseen dinámicas y lógicas diferentes, por lo que muchos de los aspectos que de ellos podríamos entender como positivos, podrían resultar incompatibles con el actualmente vigente en Ecuador. Por esta razón, el estudio que a continuación realizaré, se centrará exclusivamente en los modelos identificados en el cuarto grupo.

Es necesario identificar los mecanismos utilizados por los sistemas electorales-jurisdiccionales análogos al ecuatoriano, para determinar la forma en la que estos ordenamientos satisfacen, si es que así lo hicieren, la tutela efectiva, rápida, sencilla y expedita de los derechos de participación política.

El Capítulo V de la *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela* consagra al Poder Electoral (Art. 292- 298). Este cuarto poder, equivalente en jerarquía e independencia funcional, a los tres tradicionales heredados del liberalismo francés.

El Poder Electoral tiene como función primordial, de acuerdo con el texto constitucional, garantizar la igualdad, confiabilidad, imparcialidad, transparencia y eficiencia de los procesos electorales. Para ello, la propia Constitución le confiere al Consejo Nacional Electoral facultades normativas, consultivas, interpretativas y aquellas connaturales a la actividad administrativo-electoral. Las facultades jurisdiccionales, en la materia, se encuentran a cargo de la Sala

¹¹⁰ Sobre el tema ver: Jaramillo, Juan, “Los Órganos Electorales Supremos”, en: *Tratado de Derecho Electoral Comparado de América Latina*, ibíd.

Electoral del Tribunal Supremo de Justicia y de Tribunales inferiores de instancia que, en atención a la ley, pudiesen crearse según lo exigiesen las necesidades del sistema.

La acción de amparo constitucional en Venezuela, al igual que en Ecuador, es conocida en primera instancia por las juezas y los jueces de primer nivel, sin importar su materia de especialización, en razón de la materia. Por medio del recurso de apelación, la acción de amparo constitucional puede ser revisada por las diferentes salas superiores del Poder Judicial. La regla general encuentra su excepción en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales según la cual “la Corte Suprema de Justicia de Venezuela conoce en única instancia, las acciones de amparo constitucional propuestas en contra de actos u omisiones de Presidente de la República, de los Ministros, del Consejo Supremo Electoral y demás organismos electorales del país, del Fiscal General de la República, del Procurador General de la República o del Contralor General de la República”.

Bajo este marco constitucional y legal, la Sala Electoral ha incorporado, mediante interpretación jurisprudencial, lo que denomina el “amparo autónomo” según el cual las acciones de amparo constitucional que contasen con los siguientes elementos: “a) la naturaleza evidentemente electoral de la acción propuesta, y b) que el agravio emana de un órgano secundario distinto de los enumerados en el artículo 8...”¹¹¹, es conocida exclusivamente por ella, sea por apelación, en el caso de cuestionarse actos de autoridad de aquellos no enunciados en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, o en única instancia, si se tratase de organismos públicos.

En este sentido, podemos concluir que el sistema venezolano reivindica la especialización de la jurisdicción electoral sin desconocer, por otro lado, el carácter difuso que caracteriza a las acciones

¹¹¹ *Vid.* Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, Expediente No. AA70-E-2009-000008.

fundamentales, cuyo objeto radica en la tutela efectiva de derechos fundamentales en general.

El Poder Electoral en Nicaragua se encuentra previsto y regulado en el capítulo VI, del Título VIII de la Constitución Política (Art. 168-174). El Poder Electoral está conformado por el Consejo Supremo Electoral y los organismos electorales de rango inferior. Podemos apreciar que este sistema difiere del ecuatoriano y venezolano en cuanto el Consejo Supremo Electoral está revestido de una facultad dual; es decir, posee competencias tanto administrativas como jurisdiccionales.

El intenso debate que se mantuvo sobre la procedencia o improcedencia de la acción de amparo, en contra de las resoluciones de última instancia emanadas del Consejo Supremo Electoral, tuvo como fuente primordial al texto constitucional que, en principio, planteaba una posible contradicción. Por una parte, la Constitución, en la parte final de su artículo 173 expone "...de las resoluciones del Consejo Supremo en materia electoral no habrá recurso alguno...".

La Constitución, cuando regula la acción de amparo, no discrimina de su marco de acción a ningún acto de autoridad pública, por lo que se entendería que los actos de autoridad electoral no tendrían razón de estar excluidos de este tipo de control de constitucionalidad; lo contrario, sería atentatorio de la función unificadora y legitimadora de la Constitución, como norma jurídica suprema.

La disyuntiva que planteamos empezó a dilucidarse en virtud de los diversos y, en principio, contradictorios precedentes jurisprudenciales que se iban presentando. Así, la Corte Suprema de Justicia, mediante Sentencias No. 21, 22 y 23 del año 1996 sentó como precedente que:

"Toda la materia eleccionaria en Nicaragua está adjudicada a otro Poder independiente del Estado, que lo es el Electoral y que constituye el organismo autónomo de naturaleza dual administrativa-jurisdiccional de competencia privativa para lo electoral y de decisiones

finales que no admiten recurso alguno ... el legislador de la Ley Suprema no ha querido convertir los recursos en un proceso con fines políticos y que tenga el efecto de suspender o hacer ineficaz un acto tan importante como el electoral, no siendo pues procedentes por razones de la materia el examinar estas alegaciones ...”.

Por su parte, en materia de garantías fundamentales, la Ley de Amparo no hace referencia alguna a los asuntos relativos a la tutela efectiva de derechos político-electorales. La Ley Electoral, a su vez, prevé que los actos definitivos emanados del Consejo Supremo Electoral son susceptibles de acción de amparo constitucional, ante los Tribunales del Poder Judicial¹¹².

Sin perjuicio de lo indicado, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua interpretó que:

“...todas estas decisiones administrativas tienen que estar sometidas como todas, al control por parte de los tribunales de justicia. El contencioso electoral, es por tanto, una garantía adicional del proceso electoral. Por ello tienen establecido tanto el Contencioso Electoral contra la proclamación de candidaturas y ante la proclamación de candidatos electos, los que se tramitan ante los Tribunales Superiores de Justicia, siendo la sentencia que ellos dicten firme e inapelable, sin perjuicio del amparo ante el Tribunal Constitucional, que no es Poder Judicial y que sus resoluciones en los casos excepcionales que procede, sólo son para confirmar o anular la sentencia de los Tribunales Superiores de Justicia. Este modelo no es el que adoptó el legislador constitucional nicaragüense, pues depositó en la Corte Suprema de Justicia, que es el organismo superior del Poder Judicial, la atribución de conocer y resolver los recursos de amparo por inconstitucionalidad y de amparo propiamente dicho”¹¹³.

¹¹² Ley Electoral de Nicaragua Art. 76.

¹¹³ Sentencia No. 1, Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Constitucional, Boletín Oficial de la Gaceta del Departamento de Justicia AÑO MCMXCVII – enero 1 a diciembre 31 de 1997 - NUM.19.

En conclusión, el máximo organismo de justicia ordinaria de Nicaragua¹¹⁴, por medio de su desarrollo interpretativo-jurisprudencial, incorporó en su sistema a la Acción de Amparo Electoral para cubrir la laguna que dejaba el silencio legislativo y la aparente contradicción constitucional. En este sentido, la Sala de lo Constitucional apeló a la interpretación más favorable a la plena tutela de derechos fundamentales, lo que constituye un principio rector y transversal de todo sistema jurídico de corte garantista.

En consecuencia, Nicaragua, por medio de su jurisprudencia, logra armonizar la unidad del sistema de precedentes electorales y la obligación de tutela de derechos políticos¹¹⁵.

El caso costarricense resulta el más útil y depurado para sostener la hipótesis planteada al principio de este trabajo. Por tratarse de un caso especial, el sistema costarricense será analizado con mayor detenimiento en el acápite siguiente.

Con esta advertencia, procedemos a analizar someramente al sistema electoral peruano, en cuanto a garantías fundamentales y específicas de derechos políticos.

Entre los artículos 176 y 187 de la Constitución Política del Perú se establece y regula al Sistema Electoral que se encuentra conformado por el Jurado Nacional de Elecciones, la Oficina Nacional de Procesos

¹¹⁴ Recordemos que en el caso Yatama, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ordenó a Nicaragua adaptar la acción de amparo a fin de garantizar el pleno ejercicio de los derechos de participación política aún cuando el ordenamiento jurídico interno desconocía esta posibilidad respecto de las decisiones del Consejo Supremo Electoral.

¹¹⁵ Cabe precisar que la Constitución de Nicaragua, por el carácter dual del Consejo Supremo Electoral, no confiere, a este organismo, la conformación de un sistema de precedentes obligatorios como sería el caso del Tribunal Contencioso Electoral ecuatoriano. El sistema de precedentes queda confiado exclusivamente a la Corte Suprema de Justicia, que al integrar facultades para revisar resoluciones del Consejo evita que los criterios acuñados, en materia de derechos de participación, se dispersen; lo cual, es contrario al sistema piramidal de unidad y coherencia de los sistemas constitucionales contemporáneos.

Electorales y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil. El primero de ellos, con competencias jurisdiccionales de última instancia; el segundo, administrativas; y, el tercero, registrales. Cabe destacar que la Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones (Art. 5-7), cuando se refiere a la actividad jurisdiccional, omite hacer referencia a la acción de amparo electoral, de ahí que su construcción y desarrollo tiene que ser analizado a la luz de la jurisprudencia puesto que su origen se encuentra en esta fuente del derecho.

En este sentido y siguiendo la tendencia regional, la controversia relativa a si las actuaciones del Jurado Nacional de Elecciones podían ser susceptibles de control concentrado de constitucionalidad se presentó en Perú durante el año 2005, en plena preparación de las elecciones generales del 2006. La disyuntiva fue resuelta por la legislatura, a recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹¹⁶, al incorporar, en el Código de Procedimiento Constitucional, una disposición en virtud de la cual se permitía, de manera excepcional, la posibilidad de activar un proceso de amparo ante el Tribunal Constitucional, por asuntos propios de la actividad electoral. No obstante, el organismo de justicia constitucional únicamente podía revisar eventuales violaciones al debido proceso, por parte del Jurado Nacional de Elecciones, más no los criterios sustantivos, adoptados al resolver el fondo del asunto.

Ante este panorama, el Tribunal Constitucional de la República del Perú dejó sentado, como precedente¹¹⁷ que, pese a no existir norma legislativa expresa a la luz de los principios de seguridad jurídica,

¹¹⁶ Sobre el tema consultar: Informe No. 119/99 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso 11.428 "Susana Higuchi"; en virtud del cual, se sugirió al Estado Peruano "Adoptar las medidas tendientes a modificar las disposiciones de los artículos 181 de la Constitución de 1993, y 13 de la Ley Orgánica Electoral, posibilitando un recurso efectivo y sencillo, en los términos del artículo 25(1) de la Convención, contra las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones que vulneren la garantía a la participación política por parte de los ciudadanos". Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/99span/De%20Fondo/Peru11.428.htm>.

¹¹⁷ Tribunal Constitucional de la República del Perú, Expediente No. 5854-2005-Pa/TC. Disponible en: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/05854-2005-AA.html#_ftnref1.

aplicación directa de la Constitución, como norma jurídica en estricto sentido y sometimiento de toda expresión de autoridad a sus designios, entre tantos otros, queda claro que las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones son susceptibles de revisión y control de constitucionalidad, por tratarse de actos de autoridad con capacidad real o potencial de violar derechos fundamentales, en este caso, políticos o de participación.

El sistema peruano, si bien logra mantener la estructura piramidal del sistema constitucional, no atiende suficientemente la vocación difusa de las garantías fundamentales; así, el amparo electoral en Perú, por ser excepcional y por limitarse a asuntos relacionados con los derechos al debido proceso, no alcanza la calidad de garantía rápida y efectiva para la tutela de derechos de participación, por lo que esta experiencia, si bien resolvería la actual discusión en cuanto a la susceptibilidad o no de la acción extraordinaria de protección, respecto de sentencias y autos definitivos del Tribunal Contencioso Electoral, no nos serviría para ampliar la eficacia del sistema de protección de derechos de participación, desde la base misma del sistema.

Finalmente, el caso español, pese a tratarse de un sistema de corte austríaco, por cuanto las atribuciones relacionadas con la administración de justicia electoral quedan bajo el marco de competencia del mismo organismo que ejerce el control concentrado de constitucionalidad. En esta línea, el artículo 161 de la Constitución española de 1978, reconoce al Tribunal Constitucional como el órgano estatal competente para conocer y resolver el “recurso de amparo por violación de los derechos y libertades”.

Entre los derechos y libertades, mencionados por la disposición citada, se encuentran naturalmente, los derechos de participación política, según quedó sentado en virtud de la Sentencia No. STC113/1991¹¹⁸

¹¹⁸ Este precedente fue ratificado por las sentencias: STC-74/1996; STC-67/1998; STC-149/1998; STC-168-1989; STC-105/1991; STC-106/1991. La sistematización de los precedentes electorales del sistema español puede ser consultada en: Duque Villanueva, Juan, *Elecciones Políticas y Tribunal Constitucional, jurisprudencia constitucional en materia electoral 1980-2005*, Navarra, Thomson Arizandi, 2006.

del Tribunal en mención. El amparo electoral, concretamente, posee en consecuencia, regulación legislativa, por parte de la Ley Electoral y desarrollo jurisprudencial.

El Tribunal Constitucional español justifica la procedencia del amparo electoral, sin perjuicio de la existencia de acciones y recursos ordinarios, fundamentándose principalmente en el derecho de la ciudadanía a participar en asuntos públicos, así como al derecho de acceder, en igualdad de condiciones, al ejercicio de funciones y cargos públicos (STC-81-1987).

En este sentido, el sistema español amplía la posibilidad de tutela efectiva de derechos de participación y de derechos conexos, lo que en atención a la primera parte de este trabajo denominados derechos políticos, por mutación, en atención a su motivación y/o efecto. No obstante, la amplitud a la que nos hemos referido, no deja de ser relativa, por la naturaleza subsidiaria que el recurso de amparo¹¹⁹ tiene en España.

No tiene mucho sentido ahondar en otros sistemas puesto que, como se desprende de la muestra tomada, cada Estado ha diseñado su propio régimen electoral con similitudes y especificidades, en relación con sus equivalentes regionales y mundiales.

En todo caso, lo que se pretende con este estudio comparativo es evidenciar que las garantías fundamentales, sin importar el modelo que cada uno ha adoptado, deben abarcar y tutelar a todos y cada uno de los derechos, entre los que se encuentran los derechos de participación política, tradicionalmente relegados del desarrollo normativo y doctrinario, y reducido al derecho a elegir y a ser elegido. Con este

¹¹⁹ En el sistema español se habla con propiedad del “recurso de amparo” puesto que únicamente se puede acceder a esta vía, una vez que se hubiesen agotado todas las vías ordinarias previstas para cada conflicto. Esta concepción de la figura difiere sustancialmente de la acción de protección ecuatoriana que, por ser una vía procesal principal, no requiere de agotamiento previo de ninguna vía como prerequisite para “recurrir” ante la jurisdicción constitucional.

preámbulo, procedo a plantear dos de las múltiples alternativas que se pudiesen adoptar para cubrir lo que constituye una falencia estructural del sistema constitucional y electoral ecuatoriano.

Propuesta de un modelo alternativo

Adecuación de la acción de protección al contexto electoral

Los aspectos mencionados demuestran que el ámbito de tutela efectiva que los derechos de participación tienen, en Ecuador, un modelo con restricciones importantes. Pese al cambio ideológico e institucional que instauró la Constitución del 2008, la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, mantiene de forma casi inalterable un modelo procesal preconstitucional que no es capaz de responder a las múltiples exigencias sociales, ni a la ductilidad que caracteriza a ésta, como a cualquier otra clase de derechos fundamentales, ni a las diferentes manifestaciones democráticas.

Manteniendo la tendencia, la Ley Orgánica de Garantías y Control Constitucional tampoco prevé mecanismos que subsanen el vacío en cuestión; por el contrario elimina el control constitucional de las sentencias emitidas por el Tribunal Contencioso Electoral, al excluirlas del marco de la Acción Extraordinaria de Protección, cuando éstas se dicten dentro del periodo electoral, con lo que tales decisiones quedarían fuera del sistema de control concentrado de constitucionalidad, sistema adoptado en contraposición, que busca someter a toda actuación del poder público y, excepcionalmente, del poder privado al poder supremo de la Constitución; de ahí que, tal control debe descansar en la

Corte Constitucional, por ser su guardiana natural y máxima intérprete de su voluntad¹²⁰.

El sistema procesal electoral sigue siendo formalista, ritualista, dispositivo, basado en la idea liberal de litigio. Comparto con Dieter Nohlen cuando indica que “...una democracia que se reduce a lo procesal y desatiende el contenido —los objetivos de la políticas (sic) públicas— le será muy difícil consolidarse...”.¹²¹ Por lo expuesto, es importante proponer posibles medios de solución.

La experiencia costarricense nos habla de una acción de amparo electoral, incorporada al sistema mediante decisiones jurisprudenciales que serían, en lo posterior, ratificadas por el órgano de control constitucional¹²², luego reguladas legislativamente, en virtud de las reformas al Código Electoral de 1996 y 1997.

Esta figura, en primer momento atendió exclusivamente a los asuntos litigiosos internos de los partidos y movimientos políticos, como una forma de garantizar el pleno ejercicio de los derechos políticos de sus militantes. Hoy, la acción de amparo electoral, en Costa Rica, es una garantía jurisdiccional de protección de derechos de participación, cuya tutela no se encuentra confiada a ninguna otra vía procesal o si, estándolo, ésta no fuere efectiva. Se trata, pues, de una figura de carácter residual que aplica analógicamente las reglas vigentes de la acción

¹²⁰ Sobre este tema, no existe unanimidad en el derecho comparado. Notamos que en países como Guatemala, Honduras, El Salvador, Panamá, Paraguay, Brasil, Argentina; entre otros, han establecido la posibilidad de control constitucional de los fallos de última instancia emitidos por las autoridades electorales; no así, Costa Rica, República Dominicana, Uruguay, Nicaragua, entre otros que han excluido dicha posibilidad.

¹²¹ Nohlen, Dieter, Justicia Electoral y sus desafíos actuales en América Latina; *Ibid.*

¹²² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 2150-92.

ordinaria de amparo; pero, que es conocida y resuelta, exclusivamente por el Tribunal Supremo de Elecciones¹²³.

Tomando como base la exitosa experiencia costarricense, propondría la adopción alternativa de dos modelos que, en esencia, son lo mismo; pero, que por su contexto, valdría la pena separarlos.

La primera consistiría en una paulatina adecuación de la Acción Ciudadana, prevista en el artículo 99 de la Constitución, como una suerte de amparo electoral, semejante a la figura costarricense, según lo ya analizado. El recurso de amparo electoral en Costa Rica fue incorporado, mediante jurisprudencia por el Tribunal Supremo de Elecciones de dicho país; luego, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, a partir de su resolución No. 2150-92 ratificó que los asuntos relativos a los derechos de participación debían ser conocidos y resueltos por el TSE, salvo que, por el tipo de conflicto sometido a su análisis, este decline la competencia a favor de la justicia ordinaria. Este criterio sería incorporado al Código Electoral de Costa Rica en virtud de las reformas de 1996 y 1997¹²⁴.

Esta figura, en su calidad de garantía fundamental, rápida y efectiva sería capaz de ampliar el ámbito de tutela de este tipo de derechos, permitiría la evolución paralela del derecho, con los escenarios que se presentaren en la vida en democracia. Posibilitaría incorporar al sistema los desarrollos jurisprudenciales internacionales, académicos y del debate político ampliado.

¹²³ El proceso del Amparo Electoral en Costa Rica puede ser consultado en Sobrado González, Luis, *La Justicia Electoral en Costa Rica*, San José, IJSA, 2005.

¹²⁴ Ver: Sobrado, Antonio Luis, ponencia presentada en el Auditorio del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, D.F., 27 de abril de 2006, “Democracia y Justicia Electoral” en, Memoria del XII Curso Interamericano de Elecciones y Democracia, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Centro de Asesoría y Promoción Electoral, San José, 2006, p. 203, disponible en www.iidh.ed.cr.

“La garantía de ciertas formas de inviolabilidad es una condición manifiesta de la legitimidad de un sistema político, porque cualquiera que no disfrute de esas garantías podrá rechazar razonablemente su autoridad”¹²⁵.

La acción ciudadana devela una falta de técnica legislativa, toda vez que su estructura es inexplicablemente amplia,¹²⁶ por tanto, su regulación queda completamente delegada a la ley; por otra parte, no se encuentra ubicada en la sección dedicada a las demás garantías jurisdiccionales. Finalmente se confunde con la acción de protección, por no prever un ámbito específico de acción.

No obstante, este error del asambleísta podría ser aprovechado para cubrir el vacío que existe en materia de derechos de participación; cierto es que, de la lectura del artículo 99 no se desprende que fuese exclusiva de los derechos de participación, tampoco los excluye, pero atendiendo a su vocación de garantía de derechos, a su ubicación en el capítulo de los derechos de participación y a una interpretación extensiva que devenga en su regulación legislativa, podría dársele razón de existir a esta figura.

Este es precisamente el criterio adoptado en la Ley Orgánica de Participación Ciudadana cuando establece que esta acción procesal servirá para defender los derechos de participación ciudadana (Art. 44).

Con lo indicado, y atendiendo a la necesidad de adaptar al sistema procesal-electoral una garantía jurisdiccional rápida, efectiva, reparadora y cautelar que atienda a su campo específico de acción,

¹²⁵ Nagel, Thomas, *Igualdad y Proporcionalidad*, Paidós, Colección Surcos No. 27, traducción: José Francisco Álvarez, Barcelona, 2006, p. 155.

¹²⁶ Art. 99.- La acción ciudadana se ejercerá en forma individual o en representación de la colectividad, cuando se presente la violación de un derecho o la amenaza de su afectación; será presentada ante la autoridad competente de acuerdo con la ley. El ejercicio de esta acción no impedirá las demás acciones garantizadas en la Constitución y la ley.

evitando los conflictos que pudieren suscitarse si la tutela de derechos de participación queda confiada a la vía de acción de protección; esto, en cuanto a las posibles injerencias de la justicia ordinaria, en la actividad jurisdiccional en materia electoral, lo cual podría repercutir desfavorablemente en principios como el de preclusividad del proceso electoral o el de certeza democrática, así como, desembocar en un juego de mutuas desautorizaciones entre sistemas procesales, luego, será el ciudadano el que elija a qué tipo de precedentes le conviene someterse. Todo, se complicaría aún más si consideramos el carácter vinculante que poseen los fallos del TCE, según el artículo 221 de la Constitución.

Por otra parte, si se pudiese acudir directamente ante el TCE con este tipo de acciones, este organismo, tarde o temprano, se verá desbordado por un cúmulo de causas, lo que le restaría la efectividad deseada para esta figura; además, cuando la Constitución confió a jueces de primer nivel la sustanciación, en primera instancia de las demás garantías fundamentales, buscó darles a éstas una dimensión difusa no solo en favor de una justicia expedita sino, también, a fin de sortear barreras fácticas a la tutela de derechos. Tal sería aquella de trasladarse a la ciudad de Quito para presentar una acción cuando se tiene residencia en Galápagos y no se cuenta con los recursos económicos suficientes.

En este sentido, propondría que la acción ciudadana fuese conocida, en primera instancia, por jueces y juezas de primer nivel, al igual que cualquier otra garantía fundamental prevista en la Constitución, dentro de sus términos específicos, los que se reducirían dentro de un período electoral; no obstante, que el juez *a quem* sea el Tribunal Contencioso Electoral ya que sólo así se armonizaría el carácter difuso que desde la Constituyente se quiso dar al control concreto de tutela de derechos, con el sistema de precedentes obligatorios que descansa en el Tribunal Contencioso Electoral. En este sentido, se fomentaría la coordinación entre organismos de distintas funciones del Estado, se protege al sistema electoral como prerrequisito indispensable para la consolidación del sistema democrático; pero, lo más importante, se garantiza la tutela efectiva de derechos de participación de acuerdo con los estándares internacionalmente aceptados.

La segunda opción radica en incorporar en la Ley Orgánica de Garantías y Control Constitucional un procedimiento específico de acción de protección para derechos de participación política. No obstante, las circunstancias de los períodos electorales obligarían a que existan procedimientos sumarísimos, con términos reducidos; no así, fuera de tales procesos, en los que bastaría mantener los requisitos y términos previstos en la Constitución, para acciones ordinarias de protección. En este sentido, se haría indispensable realizar enmiendas a la Ley Orgánica Electoral e incorporar una remisión expresa hacia la Ley Orgánica de Garantías, en ese sentido.

Ante estos dos posibles escenarios, me inclinaría por la opción primera para evitar incurrir en excepciones, que a su vez requerirán otro tipo de excepciones a la regla, que en sí misma ya es excepcional. Por otro lado, es necesario defender la independencia del sistema electoral, en general y de la jurisdicción contencioso-electoral en particular, puesto que, su novísimo apareamiento en el sistema constitucional hace necesario que se lo dote de una esfera propia de autolegitimación social y política. Esto no quiere decir que las decisiones del TCE queden excluidas del control de constitucionalidad de la Acción Extraordinaria de Protección. En todo caso, el tema queda planteado y en busca de más profundos y detallados estudios que puedan aportar a un debate constructivo, sin pasiones, y sin que existan intereses corporativistas de por medio.

Cuando las vías de derecho son insuficientes para atender a los requerimientos sociales, en contraposición a la idea que motiva su existencia, se convierten en razones suficientes para fundamentar la activación de vías de hecho, todo lo cual es legítimo, si esta lucha persigue tutelar derechos fundamentales desatendidos.

Constituye una obligación, que no admite postergaciones, que los organismos que integran la Función Electoral empiecen a identificar los problemas derivados de las experiencias electorales recientes, debatirlos, coordinar acciones con otras funciones y organismos del Estado y, así, presentar soluciones al respecto.

La Acción ciudadana como garantía “específica” de los derechos de participación

La acción ciudadana se encuentra consagrada en el artículo 99 de la Constitución y forma parte del Título IV, relativo a la “Participación y Organización del Poder”. La acción ciudadana está vinculada con los derechos de participación; no solo en lo que respecta al derecho al sufragio o democracia representativa, sino a la organización colectiva, participación en los diferentes niveles de gobierno, mecanismos de democracia directa -según se desprende de las secciones que configuran el título en referencia-. En este sentido, la acción ciudadana es una garantía fundamental, tiene rango constitucional y se encamina en la tutela de los derechos de participación.

La acción ciudadana está llena de indeterminaciones con lo cual, no se quiere decir que este sea uno de sus aspectos negativos; por el contrario, crea una propia estructura abierta que permite corregir las falencias a las que nos hemos referido en líneas anteriores. Así, cuando se refiere a la legitimación activa que puede ejercerse en forma individual o colectiva, deja abierta la puerta para que personas que no ostentan el estatus de “sujetos políticos” puedan exigir la tutela de sus derechos de participación.

Asimismo, cuando se refiere a que puede interponerse ante “la violación de un derecho o la amenaza de su afectación” da la potestad al juzgador de adoptar medidas, tanto cautelares como reparativas, cosa que tampoco acontece en nuestro sistema contencioso-electoral vigente.

La acción ciudadana, según la Constitución será “presentada ante la autoridad competente de acuerdo con la ley”. Sin embargo, el artículo 44 de la Ley de Participación Ciudadana que desarrolla esta garantía jurisdiccional no establece la autoridad competente para su conocimiento. Es más en ejercicio de esta acción se podría utilizar cualquier acción legal o constitucional existente.

Lo anterior significa que en ejercicio de esta acción las ciudadanas y ciudadanos en forma individual o en representación de la colectividad, podrían utilizar los recursos y acciones establecidos en el Código de la Democracia para reclamar la tutela de un derecho de participación, siendo el TCE el competente para su sustanciación.

Así, se pretende dar a esta figura un marco propio de acción que es indispensable para adaptarse a las falencias procesales que afectan a los derechos de participación, ya que muchos de ellos ni siquiera se encuentran tutelados y, los que sí lo están, poseen tales carencias que no son capaces de alcanzar el estatus de recurso rápido y efectivo, según lo previsto y exigido por el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos.

Por su naturaleza específica, en atención a la tutela de derechos de participación, la acción ciudadana extraería a esta materia de las competencias de la acción de protección ya que su naturaleza residual resulta inaplicable cuando el derecho en cuestión cuenta con una garantía específica. Tal sería el caso del *habeas corpus*, respecto al derecho a la igualdad o, el *habeas data*, sobre información personal, etc.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en el sentido según el cual, “no es en sí mismo incompatible con la Convención que un Estado limite el recurso de amparo a algunas materias, siempre y cuando provea otro recurso de similar naturaleza e igual alcance para aquellos derechos humanos que no sean de conocimiento de la autoridad judicial por medio del amparo. Ello es particularmente relevante en relación con los derechos políticos, derechos humanos de tal importancia que la Convención Americana prohíbe su suspensión así como la de las garantías judiciales indispensables para su protección...”¹²⁷.

¹²⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

El sentido de todo sistema de precedentes consiste en alcanzar unidad y coherencia en las decisiones jurisdiccionales, mediante la creación de reglas vinculantes que deben ser aplicadas o suficientemente rebatidas en casos análogos y ulteriores, por así corresponder a los principios de igualdad formal y material, y a los anhelos de certeza y seguridad jurídica, sin perjuicio de la función autolegitimadora que la aplicación motivada de la propia jurisprudencia produce en todo organismo de justicia.

En este aspecto, la acción de protección encuentra su vértice en la Corte Constitucional; la acción ciudadana poseería como organismo destinatario al Tribunal Contencioso Electoral, sin perjuicio de la capacidad de revisión que tiene la primera, respecto de los fallos y sentencias del segundo, mediante la acción extraordinaria de protección.

La Corte Constitucional colombiana “...repetidamente ha señalado que se vulnera el principio de igualdad si se otorga un trato desigual a quienes se hallan en la misma situación, sin que medie una justificación objetiva y razonable (...). Sin embargo, un caso especial se presenta cuando el término de la comparación está constituido por una sentencia judicial colocada en el vértice de la administración de justicia cuya función sea unificar, en su campo, la jurisprudencia nacional”¹²⁸.

Si los derechos de participación son promovidos por la acción de protección y, en tal virtud, crea un sistema de precedentes vinculantes y, por su parte, el Tribunal Contencioso Electoral desarrolla su propio sistema jurisprudencial, siguiendo el mandato constitucional, llegaríamos al absurdo de contar con dos sistemas paralelos de precedentes, lo que resultaría perjudicial no sólo en atención a la unificación de criterios

¹²⁸ Corte Constitucional de la República de Colombia (Sentencia: T-123-95). “El principio de independencia judicial, tiene que armonizarse con el principio de igualdad en la aplicación del derecho, pues, de lo contrario, se corre el riesgo de incurrir en arbitrariedad.” (Sentencia: C-037/96).

-que en este escenario- resultaría imposible sino que, también, se atentaría a los principios de igualdad, certeza y seguridad jurídica.

La ciudadanía podría activar la vía que hubiese consagrado el principio jurisprudencial más beneficioso para sus intereses, lo que degeneraría en un sistema de derechos a la carta¹²⁹.

En este orden de cosas, resulta conveniente prevenir sobre dos tipos de efectos, (1) de carácter técnico-jurídicos y otro (2) de derivaciones políticas. Entre los efectos técnicos-jurídicos se han identificado tres: el primero se refiere a la oxigenación del sistema ordinario de garantías, lo que permitirá actuar con la agilidad necesaria para este tipo de causas; el segundo, al dotar al sistema electoral de una herramienta con jerarquía constitucional, específica para derechos políticos y susceptible de modulación jurisprudencial, permite que por medio de la jurisprudencia se logre afinarla de conformidad con los requerimientos fácticos y evolutivos doctrinarios y normativos que sobre el tema pudiesen generarse; el tercero, hace referencia a la construcción de un sistema de precedentes unificador y legitimador del sistema como tal.

Desde la perspectiva política, la Función Electoral iría forjando su propia independencia, no sólo en sentido institucional -lo cual se desprende del texto constitucional- sino también, de carácter dentro de un marco jurídico-político propio e incluso tendiente a desarrollar una hermenéutica específica, en cuanto los conflictos sometidos a su

¹²⁹ En la causa No. 80-2009-TCE se presentó el problema cuando el juez suplente, encargado del juzgado decimotercero de lo civil de Los Ríos, con sede en Montalvo por medio de la resolución de una acción de protección procede a ordenar a la Junta Provincial Electoral de dicha circunscripción la inscripción de una candidatura que hubiese sido rechazada por el organismo electoral desconcentrado por no contar con los requisitos preestablecidos para el efecto. En esta ocasión la jueza *a quo* resolvió destituir al procesado por haber interferido en el proceso electoral en curso y en tal virtud, encontrarse incurso en lo determinado en el artículo 155, literal e) de la Ley Orgánica de Elecciones. Este fallo fue ratificado, en todas sus partes, por el juez *a quem* integrado por tres jueces del Tribunal Contencioso Electoral, escogidos por sorteo.

conocimiento, puesto que si bien tales asuntos tienen que resolverse mediante técnicas jurídicas, no se puede desconocer la necesidad de una mínima sensibilidad política, no partidista, que tiene que tener el sistema jurisdiccional, en esta materia específica.

En suma, la acción ciudadana podría convertirse en el gran catalizador del ejercicio y tutela de todos los derechos de participación en el país; por otro lado, sería una forma legítima de fortalecer social y democráticamente a la institución jurisdiccional de la materia.

Finalmente, al incorporarse la acción ciudadana al régimen electoral se estaría ampliando el sistema de protección de derechos, no sólo en visión de aquellos que se expresan a través del sufragio, -según lo expresa el artículo 217 de la Constitución, en una concepción reduccionista del ámbito de tutela-.

La acción ciudadana, por tener jerarquía constitucional, puede complementar e incluso corregir la concepción minimalista del sistema de protección de derechos políticos, no únicamente al obligar a una interpretación que más se ajusta a la integralidad del sentido garantista de la carta fundamental, en plena aplicación de su artículo 427 sino, también, por ser una interpretación que favorece a efectivizar la vigencia sustancial de los derechos y garantías fundamentales, en materia de derechos políticos, en aplicación del principio *pro homine* previsto en el artículo 11, numeral 5.

En tal sentido, una interpretación extensiva del ámbito de competencias del Tribunal Contencioso Electoral se justifica, no sólo por su vocación garantista y demás consideraciones de tipo pragmáticas sino, también, por tratarse de una forma de potencializar el efectivo ejercicio de los derechos en cuestión.

Disposiciones comunes a la acción de protección y a la acción ciudadana

El diseño normativo de la acción ciudadana coincide con las

disposiciones comunes a todas las demás garantías fundamentales, de naturaleza jurisdiccional. Por su vocación específica, tiene aspectos que deben ajustarse, vía jurisprudencia, para darle verdadera efectividad. En este sentido, enuncio algunos aspectos comunes que posee la acción ciudadana, en relación a las demás garantías análogas, así como algunos aspectos que la distinguirían de las otras.

Entre las disposiciones comunes, aplicables a la acción ciudadana tenemos:

En cuanto a los requisitos preprocesales, la acción ciudadana permitiría acceder directamente a la autoridad jurisdiccional; es decir, eximiría de la vía administrativa a las personas y colectivo, según lo exigen todas las demás acciones y recursos en el ámbito de lo contencioso-electoral. De esta forma, el sistema garantizaría celeridad, oportunidad y eficacia. Cabe aclarar que la acción ciudadana, por su naturaleza residual, sólo podría activarse cuando la materia litigiosa no contase con una vía contencioso-electoral ordinaria o específica, para el efecto. Ante tal situación, el Tribunal, en aplicación del *principio de informalidad*, que actúa a favor del administrado, tendrá la obligación de reencausar la pretensión a fin de darle el trámite correspondiente¹³⁰. Así, le correspondería remitir a la justicia ordinaria con competencia en el que se origina el acto u omisión, o donde se produjeran sus efectos. Asimismo, los jueces de primer nivel serán competentes para sustanciar y resolver, en primera instancia este tipo de causas; luego, por medio del recurso de apelación, llegaría al Tribunal Contencioso Electoral en su calidad de corte de alzada y última instancia.

¹³⁰ Tribunal Contencioso Electoral: “...si bien el recurrente hace referencia al recurso de apelación, no es menos cierto que el mismo se le denomina en la normativa jurídica de este Tribunal como ‘recurso de impugnación’; situación que en todo caso no genera consecuencia jurídica alguna, por el principio de informalidad a favor del administrado” (Sentencia No. 003-2009-TCE).

- En lo relativo a la legitimación activa, la acción ciudadana permitiría que cualquier persona, grupo, comunidad, pueblo o nacionalidad pueda acceder a un verdadero sistema de justicia política. De esta manera, el Tribunal Contencioso Electoral ampliaría, en razón de las personas, su espectro actual de tutela. Decíamos que la restrictiva legitimación activa prevista para las demás acciones y recursos contencioso-electorales hacía del sistema electoral un círculo cerrado y elitista, enfocado únicamente al servicio de personas y grupos dotados de cierto poder político y económico. La acción ciudadana buscaría la democratización del sistema. En esta misma línea, al romper la concepción subjetivista del derecho al sufragio, ya sea positivo o negativo, la ampliación de la legitimación activa posibilitaría que, progresivamente, se vaya diseñando por medio de precisiones y continuos ajustes jurisprudenciales, un sistema versátil, capaz de servir a la democracia desde su perspectiva, no sólo individual, sino colectiva.
- La concepción de la democracia, desde una perspectiva colectiva, posibilitaría adecuar, progresivamente, mecanismos procesales con un enfoque intercultural, respetuoso y fomentador de sistemas políticos tradicionales que hasta hoy se encuentran ocultos al interior de pueblos y nacionalidades ancestrales, como aquella relacionada con la designación oral y presencial de las autoridades¹³¹.

¹³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos: “La restricción de participar a través de un partido político impuso a los candidatos propuestos por YATAMA una forma de organización ajena a sus usos, costumbres y tradiciones, como requisito para ejercer el derecho a la participación política, en contravención de las normas internas (supra párr. 205) que obligan al Estado a respetar las formas de organización de las comunidades de la Costa Atlántica, y afectó en forma negativa la participación electoral de dichos candidatos en las elecciones municipales de 2000. El Estado no ha justificado que dicha restricción atienda a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo. Por el contrario, dicha restricción implica un impedimento para el ejercicio pleno del derecho a ser elegido de los miembros de las comunidades indígenas y étnicas que integran YATAMA. Caso YATAMA vs. Nicaragua (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 218.

Sin embargo, la designación y ejercicio de estas formas ancestrales de elección de la autoridad pública por los miembros de un mismo colectivo hace de esta participación política un terreno pendiente de investigación politológica y antropológica.

En tal sentido, la acción ciudadana podría adecuarse a la posibilidad de hacer de la Función Electoral un espacio que permita canalizar la lucha por el acceso al poder político sin más límites que los determinados en la Constitución. Con ello, se dotaría al sistema de flexibilidad y de capacidad para adecuarse, construirse y reconstruirse en pro de un sistema equitativo y profundamente garantista. El diálogo intercultural -no *homogeneizador*-, posibilitará la genuina participación política de todos los sectores sociales, en condiciones de igualdad sustancial y mutuo reconocimiento.

- Siguiendo con lo determinado en la sección primera, del capítulo tercero, del título tercero de la Constitución de la República, el procedimiento que se diseñe para la acción ciudadana deberá cumplir con los estándares de sencillez, rapidez e informalidad. Podría ser presentada de forma verbal o escrita, no se requeriría patrocinio de abogado, tampoco solicitud expresa de designación de casilla electoral, omisión que necesariamente debe ser suplida por el juez sustanciador.

Así, en virtud del principio *iura novit curiae*, el juez está obligado a cubrir toda falencia de derecho que pueda existir, con o sin patrocinio de abogado. A la ciudadanía y al Tribunal Contencioso Electoral le interesa tutelar derechos de participación; por tanto, están en la obligación de superar cualquier barrera fáctica, normativa o procedimental que entorpeciere a la vocación principal de este organismo. En tal sentido, la acción ciudadana reduciría los requerimientos formales al mínimo indispensable para armonizarlos con los principios básicos del debido proceso. Cualquier formalidad que no se compadezca con este fin, será ilegítima y podría ser observada por la Corte Constitucional, por medio de la acción extraordinaria de protección.

- La acción ciudadana contemplaría la posibilidad de disponer la

adopción de las medidas cautelares que el juzgador considere necesarias para evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho de participación; es decir, el juez de instancia tendría la posibilidad de actuar oportunamente ante la presencia de casos concretos, superándose así la camisa de fuerza que supone la tasación legal de las consecuencias jurídicas, determinadas por el silogismo legal.

Por tratarse de medidas provisionales; es decir, revocables en la medida en que se comprobare la falsedad del peligro contra del ejercicio de un derecho, el Tribunal podrá revocarlas en cualquier momento, dentro o fuera de un proceso, sin que cualquiera de estas actuaciones pueda ser considerada una forma de prejuzgamiento o el eventual cometimiento del delito de prevaricato. De ahí que cualquier persona interesada en la revocatoria de dichas medidas tendrá la oportunidad de alegar y probar suficientemente, ante el Tribunal Contencioso Electoral, lo innecesario que podría resultar su mantenimiento; también, se podría alegar sobre la desproporcionalidad de la medida y hasta solicitar la sustitución de ella por una menos gravosa.

Esta forma de actuar fomentaría la confianza desde la ciudadanía hacia la institución, con lo que ambas ganan; la primera porque cuenta con un medio efectivo para la tutela de sus derechos fundamentales de participación; y, la otra, porque la confianza la legítima y fortalece dentro del sistema democrático¹³².

¹³² En este sentido, el TCE deberá ser muy cauto de no convertirse en un actor político más. No es saludable para un sistema democrático la judicialización de la política y mucho menos la politización de la justicia. La política y el derecho se necesitan mutuamente para existir, es indispensable que cada una alcance su propio desarrollo con sus métodos, técnicas y espacios específicos de injerencia. Algunos instrumentos relativos a la ética profesional de juezas y jueces como el Estatuto del Juez Iberoamericano u otros códigos deontológicos relativos a las actividad jurisdiccional como el de Honduras, Costa Rica, México, Panamá entre otros de Latinoamérica coinciden en establecer como principios éticos de toda actividad jurisdiccional al compromiso con los Derechos Humanos y la dignidad de la persona, la diligencia o el profesionalismo, la honestidad, la honradez, la imparcialidad, la independencia, la lealtad institucional, el respeto y la responsabilidad. Ver: Jesús Orozco, José Woldenberg, “Ética y Responsabilidad en el Proceso Electoral”, en: International Idea, Supporting Democracy Worldwide. Disponible en: http://www.idea.int/publications/electoral_law_la/upload/IV.pdf (7-V-2009).

- A favor del principio de celeridad, el juez *a quo* está en la obligación de evitar cualquier tipo de incidente que tienda a demorar el normal desarrollo de la causa.
- La producción, incorporación y contradicción de la prueba tendría la mayor amplitud posible. El Tribunal Contencioso Electoral estaría obligado a buscar, por todos los medios que estuviesen a su alcance, la verdad histórico-material. Para ello, no sólo compete a las partes o a terceros interesados la producción, solicitud y contradicción de la prueba; compete al propio Tribunal, dentro de un marco de imparcialidad e igualdad procesal disponer la práctica de las diligencias probatorias que creyere pertinentes para alcanzar una convicción razonable sobre los hechos.

Podrá desplazarse físicamente, si lo considerare necesario, a fin de conocer los hechos en la versión más fiel posible, en relación a cómo efectivamente acontecieron, para lo cual requiere que la información indispensable para conocer los hechos sea lo menos procesada posible; en tal sentido, por cada intermediario que existe en la cadena de prueba, hasta que este llegue al juzgador, existe el peligro real o potencial de manipulación y desaparición.

- La resolución de este tipo de causas buscará la reparación integral del derecho violado. El juez tendrá que ponderar, de conformidad con las exigencias del caso en concreto, los derechos de las ciudadanas y los ciudadanos que contrastasen con los principios que tutelan a la democracia y al proceso electoral como tal. Así, la reparación integral de los derechos de participación tendrían como contendores naturales al principio de certeza electoral, de preclusividad, la presunción de validez de los actos realizados por los organismos electorales y todos aquellos que eventualmente entrasen en pugna. Para ello, es importante que las personas que integran los organismos electorales y judiciales posean cierta formación en ciencias políticas, sociológicas, antropológicas para que puedan adquirir

la sensibilidad necesaria para prever las consecuencias jurídicas, políticas y sociales que este tipo de decisiones pudiesen acarrear. Sin el apoyo de un equipo institucional sólidamente formado y sin la adopción de decisiones profundamente debatidas y consensuadas, el remedio podría resultar peor que la enfermedad.

Entre las disposiciones específicas, entre muchas otras que sobre la marcha podrían presentarse tenemos:

- Los derechos tutelados por esta acción no serían únicamente los consagrados en el artículo 61, sino todo derecho que por su motivación y/o efecto político que produce su ejercicio tuviese la capacidad de ingresar a la esfera garantista del Tribunal Contencioso Electoral. En este sentido, el precedente jurisprudencial deberá atender a la transversalidad, ductilidad y capacidad de desdoblamiento que caracteriza a todos los derechos fundamentales. La justicia ordinaria o constitucional de primer nivel, ante la presencia de una causa que deba ser tramitada, vía acción ciudadana, la deberán resolver en primera instancia; no obstante, la apelación no podría llegar a la Corte Provincial. Necesariamente pasará al Tribunal Contencioso Electoral quien actuaría como juez *a quem*. Luego de lo cual cabría la acción extraordinaria de protección, ante la Corte Constitucional. Este modelo ratifica a los jueces de instancia como garantes del régimen constitucional, es respetuoso del ámbito de acción del Tribunal Contencioso Electoral y de su sistema de precedentes obligatorios, dentro del control de unidad y coherencia que descansaría en la Corte Constitucional.
- La Acción Ciudadana sería presentada ante cualquier juez de primer nivel. El Tribunal Contencioso Electoral no podría actuar de oficio, por no ser juez de instrucción; no obstante, la legitimación activa es tan amplia que no se hace necesaria una intervención inquisitiva del juzgador. De esta forma, se tutela el interés particular; el de ciudadanas y ciudadanos;

el de los partidos o movimientos políticos; y, los del sistema democrático, en general. Al actuar el juez de primer nivel, se superaría además cualquier barrera de tipo geográfica ya que generalmente, estos funcionarios judiciales poseen competencia cantonal.

- Los elementos probatorios serán los más amplios posibles, sin perjuicio de la facultad del juez de instancia, así como del de apelación, de disponer la práctica de cualquier diligencia o de la remisión de cualquier documento que considerare pertinente para mejor resolver, en cualquier estado, dentro de la causa o fuera de ella si se tratase de medidas provisionales. La amplitud de los sujetos facultados para la presentación de prueba y la diversificación de la misma lograría un mayor nivel de certeza razonable en las juezas y jueces, lo que reduciría, al máximo la posibilidad de error judicial.
- El Tribunal Contencioso Electoral, al resolver en su calidad de juez de segunda y definitiva instancia las acciones ciudadanas, provenientes de la justicia ordinaria, está en la obligación de remitir toda sentencia, incluso las provenientes de una acción ciudadana, a la Corte Constitucional. En este sentido, no se correría el riesgo de pugna entre precedentes vinculantes, toda vez que la Corte Constitucional se pronunciaría sobre lo sentenciado por el Tribunal Contencioso Electoral, ratificando o revocando el precedente. En cualquiera de los dos eventos, existiría un solo precedente por cada punto resuelto. En consecuencia, la Acción Ciudadana constituye una de las posibilidades que, sin requerir un mayor despliegue legislativo, jurisprudencial o administrativo puede darle vida a una garantía fundamental consagrada en la Constitución, a fin de complementar al sistema procesal, en materia de derechos de participación, cubriendo las falencias que la propia experiencia ha develado.

Democracia procedimental¹³³ con enfoque intercultural: una asignatura pendiente para el Estado de derechos

De acuerdo con el artículo primero de la Constitución de la República, el Ecuador se autodefine como un Estado plurinacional e intercultural. La nacionalidad, como concepto derivado del de nación es entendida como “una comunidad humana de la misma procedencia étnica, dotada de unidad cultural, religiosa, idiomática y de costumbres...”¹³⁴.

En esta línea, la plurinacionalidad alude a grupos humanos diversos que coexisten y se interrelacionan bajo estrictas condiciones de igualdad y mutuo respeto. La identidad de estos grupos se manifiesta en su particular modo de entender su propia existencia, las relaciones entre sus miembros y de estos con la sociedad.

La concepción sobre su propia existencia y la necesidad de conservar su identidad, como medio para perennizar la cultura, va creando y desarrollando sistemas sociales, jurídicos y políticos armónicos con la propia significación que se le atribuye a la existencia. De ahí que la plurinacionalidad presenta un sinnúmero de aristas en lo

¹³³ “Las definiciones procedimentales de la democracia descansan en una concepción liberal y pluralista de la política y del proceso político. La democracia es vista como un sistema de representación, con participación libre y universal de la población adulta en un marco de igualdad de derechos y reglas del juego también iguales. Al adoptar esta visión de la democracia, nuestro análisis se enfoca en los procedimientos y en los derechos necesarios para que ellos funcionen, lo que implica concentrar la atención en las condiciones y procedimientos para decidir quién gobierna, así como en la forma en que las asociaciones e individuos pueden operar para influir en las decisiones políticas y exigir responsabilidad a los gobernantes...” Levine, Daniel y Molina, José Enrique, “La calidad de la democracia en América Latina: una visión comparada” en: *América Latina Hoy*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2007, p. 19.

¹³⁴ Rodrigo Borja, *Sociedad, Cultura y Derecho*, Planeta, Quito, 2007, p. 36.

jurídico, en lo político, artístico, espiritual, relaciones interfamiliares, entre tantas otras manifestaciones.

El reconocimiento del Estado plurinacional constituye una conquista alcanzada por grupos étnicos minoritarios, a nivel mundial. En el caso ecuatoriano, podemos identificar como principales protagonistas de esta lucha social a los pueblos indígenas, pese a que en la actualidad, todos y cada uno de los derechos colectivos le son atribuibles a otros grupos como los afroecuatorianos y los pueblos montubios.

El reconocimiento de la diversidad social de los pueblos latinoamericanos es el fruto de un largo proceso histórico marcado por la resistencia y la lucha social ante intentos de homologación cultural, planteado en la implementación de un modelo de Estado-Nación que sirvió de fundamento teórico para el movimiento revolucionario francés y que sería importado por Latinoamérica.

Para entender mejor la situación indígena, en la que se centrará el presente ensayo, es indispensable introducirnos en un breve recuento histórico que nos permita evidenciar la razón por la que aun existiendo garantías primarias¹³⁵ dentro de nuestro ordenamiento constitucional, los pueblos originarios y/o minoritarios se encuentran en situación de desventaja, en cuanto al ejercicio de sus derechos de participación política de ahí la necesidad de buscar alternativas sustanciales y procedimentales para reducir una discriminación *de facto*.

Analizaré desde una perspectiva crítica y pluricultural, el sistema electoral vigente para finalmente, presentar un sistema de democracia procedimental especial o alternativa para pueblos y nacionalidades

¹³⁵ Se entiende por garantías primarias aquellas normas sustantivas que reconocen derechos a personas y grupos. En el caso ecuatoriano los derechos de comunidades, pueblos y nacionalidades se encuentran consagrados entre los artículos 56 y 60 de la Constitución de la República. Sobre garantías primarias y secundarias ver: Pisarello, Gerardo. “Los derechos sociales y sus garantías: por una reconstrucción democrática, participativa y multinivel”, en *Los Derechos Sociales y sus garantías, elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007, pp. 111-138.

diversas, que sea capaz de promover su igualdad material, el respeto a sus usos y costumbres y, en consecuencia, potenciar la consolidación del sistema democrático.

La etnización jurídico-política en Ecuador: la plurinacionalidad en su contexto histórico

Las etapas históricas, según la visión mestiza, difieren sustancialmente de la realidad indígena. Así, la ocupación española del territorio incaico, la independencia criolla y el inicio de la etapa republicana no tienen igual relevancia para estos dos mundos paralelos que compartirían un mismo territorio, no siempre de forma pacífica.

Para fines académicos, la historia del pueblo indígena podría segmentarse de la siguiente manera:¹³⁶

a) Desde 1810 a 1895: Separación de los pueblos en casi todos los aspectos de la vida, dadas las diferencias idiomáticas, religiosas, jurídicas y de organización política;

b) Desde 1895 a 1960: La cultura dominante rechaza la diversidad y utiliza su posición de privilegio y poder para pretender homologar la forma de ser de los pueblos originarios a su imagen y semejanza. La sociedad “justa” y democrática sería concebida bajo criterios de igualdad formal o ante la ley, como instrumento para incorporar a estos pueblos a modos “civilizados” de vida comunitaria.

c) Desde 1960 hasta nuestros días: Los pueblos indígenas pasan a constituirse en verdaderos actores políticos y sociales, con poder de iniciativa e incidencia, sin que por ello tengan que renunciar a su propia identidad.

¹³⁶ En este punto me basaré en el estudio de Juan Maiguashca, titulado “La Dialéctica de la Igualdad” en: *Etnicidad y Poder en los Países Andinos*, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, Universidad de Bielefeld y Corporación Editora Nacional, Quito, 1997, pp. 61- 79.

El proceso de asimilación cultural parte de la *igualdad formal*, derivada de una ley y de una justicia cubierta los ojos para no considerar las circunstancias específicas de los justiciables. Fiel a la herencia ideológica francesa, José María Urbina propuso en su discurso prepresidencial la abolición de la esclavitud. Una vez en el poder, impulsó la promulgación de la Ley de Manumisión de Esclavos y la Ley de Indígenas.

Este proceso continuaría con García Moreno, aunque para éste, el elemento unificador sería la religión católica. La fe vendría a situarse como el único vínculo de cohesión social, política y jurídica. Recordemos que la Constitución de 1869 (Art. 10, lit. a) prevé entre los requisitos para ser considerado ciudadano (entiéndase varón) el hecho de ser católico. Pasamos así de la igualdad ante la ley a una igualdad cohesionada por obra del clero.

La revolución alfarista tampoco cambió la situación del pueblo indígena, retornaría al modelo urbinista, monocultural, razón por la cual no ahondaremos en mayores detalles.

Si se atiende a tres de los cuatro modelos de configuración jurídica de la diferencia, propuestos por Luigi Ferrajoli¹³⁷, podemos establecer que la etapa que va desde 1810 a 1895 podría ubicarse en lo que el profesor italiano denomina “la diferenciación jurídica de la diferencia”, caracterizada por una sobrevalorización de lo europeo y su consecuente desvalorización o subvaloración de lo indígena.

El mestizo pretende asimilarse a su padre español, renegando de su madre indígena, constituyéndose en una casta social intermedia con dificultades para acceder al poder. La casta criolla revolucionaria, fiel a su influencia doctrinaria, pugnaría por la conformación de un Estado diseñado según los cánones establecidos por la Europa continental. Sin embargo, este hito histórico no alteró, en esencia, la situación indígena ya que este sector poblacional poco o nada participaría del

¹³⁷ Luigi Ferrajoli, *Derechos y Garantías, La ley del más Débil*, Trotta, cuarta edición. Madrid, 1994.

poder político y económico estatal, que había sido arrebatado de manos españolas, además, no constituía un peligro para la clase dominante por su desinterés en la escena política nacional y por asentarse en zonas periféricas.

La segunda etapa en referencia se encasillaría en el modelo que el autor denomina “homologación jurídica de la diferencia”, en la cual la clase dominante desconoce la existencia de toda diferencia de hecho, en función de una “igualdad ante la ley” en la que todas y todos serían tratados por igual, pese a las evidentes diferencias entre necesidades, intereses y ante relaciones asimétricas de poder.

El desconocimiento sistemático e institucionalizado de la diferencia, la adecuación del sistema político y electoral a los usos de la casta que ostenta el poder, irradiaría desde el parlamento todas las reglas del juego político que, por su declarativa imparcialidad, generalidad y abstracción, en principio, permitía que quienes ocupasen una posición socialmente privilegiada aprovechen las oportunidades creadas por un modelo elitista y excluyente. Así, el mestizo impone una estructura social, la institucionaliza y la *juridifica* con base en leyes conscientemente puestas al servicio de las elites mestizas.

Sin embargo, el primer error del modelo consistiría en concebir al Ecuador como un Estado-nación, según el modelo primigenio francés, en virtud del cual, se podría definir a toda sociedad políticamente organizada como “una comunidad humana de la misma procedencia étnica, dotada de unidad cultural, religiosa, idiomática y de costumbres... ”¹³⁸ lo cual dista mucho de nuestra realidad. Como veremos en adelante, los rezagos de un sistema formalista y excluyente aún es parte de los cimientos de nuestro sistema político y electoral.

La confrontación entre una cultura que presiona por la homologación frente a otra que se resiste a la inminencia de la enajenación

¹³⁸ Borja Cevallos, R. *Sociedad, Cultura y Derecho*, p. 36.

de sus cosmovisiones, produjo un enfrentamiento intercultural continuo, en ocasiones violento. Existía una contienda en diametral desigualdad entre los pueblos jurídicamente entendidos como “civilizados” y otros pueblos constitucionalmente descalificados como “... una clase inocente, abyecto y miserable”¹³⁹. Bajo este esquema, el diálogo étnico fue imposible y las decisiones políticas y sociales quedaron reservadas exclusivamente para los representantes de la cultura dominante, que a nombre del pueblo, veló por sus intereses de clase y condenó como bárbarico cualquier forma diferente de entender el mundo.

Hoy, la Constitución reconoce la pluralidad de comunidades cohesionadas por su historia, costumbres, cosmovisiones, formas de espiritualidad y demás manifestaciones sociales; el Ecuador, a partir de la vigencia de la Constitución de 2008 se ve a sí mismo como un Estado forjado por “mujeres y hombres de distintos pueblos”¹⁴⁰ en los que no cabe jerarquización social de ninguna naturaleza, aunque se reconozcan la diversidad para valorarla, protegerla y promoverla. La Constitución reivindica también la visión filosófica del *sumak kawsay* y la existencia de diversos idiomas oficiales de relación intercultural, como el kichwa y el shuar (Art. 2).

Esta visibilización de las lenguas indígenas, aunque para muchos siga siendo una novelería folklórica, es avalada por el criterio adoptado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ha venido sosteniendo que “la lengua es uno de los más importantes elementos de identidad de un pueblo, precisamente porque garantiza la expresión, difusión y transmisión de su cultura”¹⁴¹.

¹³⁹ Constitución ecuatoriana de 1830, Art. 68.- “Este Congreso constituyente nombra a los venerables curas párrocos por tutores y padres naturales de los indígenas, excitando su ministerio de caridad en favor de esta clase inocente, abyecta y miserable”.

¹⁴⁰ Preámbulo de la Constitución de la República del Ecuador (2008).

¹⁴¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso López Álvarez, Sentencia de Fondo, párr. 171.

Podríamos decir que con los avances incorporados en nuestro sistema jurídico fundamental, desde la perspectiva étnica, pretende situarnos en el cuarto modelo propuesto por Ferrajoli, el mismo que identifica como “igual valoración jurídica de las diferencias”, según este esquema, los estados contemporáneos estaríamos migrando desde una concepción meramente formal o legal de la igualdad, hacia una igualdad sustancial o basada en igual titularidad e igualdad de oportunidades para ejercer, a plenitud los derechos fundamentales.

Con ello, “se intentará justificar un trato diferenciado, mas no discriminatorio, constituido como protección a sectores sociales tradicionalmente relegados o dotados de menores medios efectivos para la defensa de sus derechos”¹⁴².

La interrogante que salta a la vista tiene que ver con la efectividad o no de las herramientas que nos ofrece el ordenamiento constitucional e internacional para alcanzar aquella igualdad sustancial, en derechos y justicia, no sólo desde la perspectiva del ejercicio de derechos colectivos sino en el pleno ejercicio de los derechos de participación política.

Han pasado más de sesenta años de evolución para los sistemas de protección de Derechos Humanos. Actualmente, muy pocos autores mantienen la tesis sobre el carácter universal de la Declaración adoptada por la Organización de la Naciones Unidas. Tres de los posibles argumentos para sostener, lo que a primera vista resultaría un contrasentido, se basan en el contexto histórico en el que fue adoptada, sus autores y su concepción individualista de la realidad humana.

El carácter reaccionario de este instrumento contra los horrores del holocausto nazi da cuenta de la consolidación de un nuevo orden mundial, dominado por las naciones aliadas cuya imposición, en principio militar y luego ideológica, sería *juridificada* mediante la adopción de la Carta de las Naciones

¹⁴² Garrorena, Ángel, *El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 70.

Unidas, que reservaría el uso exclusivo de la fuerza, mediante un poder de veto, al Consejo de Seguridad integrado por las cinco grandes potencias triunfadoras de la Segunda Guerra Mundial (Estados Unidos, Rusia, Francia, Inglaterra y China)¹⁴³.

La imposición ideológico-jurídica, fortalecida con una declaración pretenciosamente denominada universal, trae implícita la concepción individualista del humanismo europeo. Desde una doctrina liberal, que poco o nada tenía que ver con las cosmovisiones de los pueblos africanos, americano-originarios¹⁴⁴ o de tradiciones como la islámica, hindú, árabe, entre otras.

La concepción de igualdad “en dignidad y derechos” quedaría viciada por argumentos fácticos y filosóficos. Los primeros, porque la gran cantidad de pueblos, especialmente africanos, seguían siendo explotados y esclavizados por quienes propagaban la igualdad entre las naciones. Los segundos porque este reconocimiento de derechos inherentes e innatos a la persona no es conciliable con concepciones culturales, como la hindú, para la cual “...los derechos sólo pueden derivarse de los deberes que rigen la acción meritoria. La idea de reivindicar derechos antes de haber llevado a cabo actos merecedores de los mismos es profundamente ajena a la filosofía tradicional de la India”¹⁴⁵.

En esta línea, Jesús González ve en la Declaración del Cairo sobre los Derechos del Hombre en el Islam “...el principal obstáculo en la tarea de reafirmar la universalidad de los derechos humanos.”¹⁴⁶.

¹⁴³ Vid. Rodrigo Borja Cevallos, *Sociedad Cultura y Derecho*, ob.cit, pp. 357-362.

¹⁴⁴ Recordemos que la imposición ideológico-jurídica iniciaría en América con la colonización y el establecimiento de un régimen político que sería ratificado una vez consumado el triunfo criollo.

¹⁴⁵ Ricoeur, Paul. “Fundamentos filosóficos de los Derechos Humanos: Una síntesis”, en: *Los Fundamentos Filosóficos de los Derechos Humanos*, Ediciones Serbal, Barcelona, 1985, p.26.

¹⁴⁶ Amuchastegui, Jesús González. “Derechos Humanos: Universalidad y Relativismo Jurídico”, en: *La Corte y el Sistema Interamericanos de Derechos Humanos*, Rafael Nieto Navia Editor, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 1994, p. 215.

Esta declaración demuestra la inconformidad con el carácter universal de la carta.

Así, los derechos humanos nacerían como derivación de la teoría jurídica del derecho público subjetivo. Según Antonio Peña Freire “El derecho público subjetivo es una teorización jurídica debida a los iuspublicistas alemanes de finales del siglo XIX que intentarán inscribir los derechos humanos en un sistema de relaciones entre los particulares y el Estado-persona jurídica”¹⁴⁷.

Este tipo de derechos complementaría la idea del derecho subjetivo, propio de las relaciones entre individuos, reguladas por el Derecho Civil. La consecuencia lógica de esta concepción es que el Estado puede relacionarse con individuos como si fuera uno de ellos, aunque reservándose para sí ciertos privilegios.

Por tanto, solo la persona directamente, o como representante de una persona jurídica afectada por un acto u omisión estatal, podía exigir de él una reparación casi exclusivamente pecuniaria. Encontramos, así, el pilar fundamental del Derecho Administrativo moderno y la creación de garantías jurisdiccionales, como el derecho subjetivo o de plena jurisdicción.

La hegemonía europeo-liberal “universalizada” cerraría el círculo abierto en la etapa de la colonización. Se importará, en consecuencia, modelos sociales y de gobierno, basados en la premisa del Estado-nación, al puro estilo revolucionario francés de 1789. El proceso homogeneizador, arrogante e irrespetuoso de toda identidad diferente siguió abriéndose paso pero no llegó a engranarse del todo, debido a la resistencia que encontró en los pueblos americanos que no permitieron su enajenación.

El Sistema Interamericano de Protección de Derechos, por medio de la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre,

¹⁴⁷ Peña Freire, Antonio. *La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho*, Trotta, Madrid, 1997, p. 132.

compartirá esta tendencia individualista observada en la Declaración Universal, idea que se plasmaría en la Convención Americana con frases típicas como “toda persona tiene derecho a” o “nadie puede ser sometido a”. El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” tampoco resuelve el problema. No obstante, reconocerá por medio de la sindicalización a un modo asociativo de ejercer derechos. Hasta la fecha, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos no ha emitido un instrumento relativo a los derechos específicos de los pueblos indígenas¹⁴⁸, no así el sistema de Naciones Unidas.

La Organización Internacional del Trabajo, en 1957, emitió el Convenio No. 107 sobre Poblaciones Indígenas y Tribales, el mismo que en esencia buscaba la incorporación de los pueblos indígenas a la sociedad mayor, sin ningún tipo de beneficio de inventario¹⁴⁹. Por este motivo tuvo que ser revisado por el Convenio No. 169 del mismo organismo. Ahora sí, desde una visión ideológica pluralista y respetuosa de la diversidad entre los pueblos, se iniciaría la evolución del Derecho internacional sobre la materia. Ya no será un imperativo para los Estados proteger e integrar a los pueblos indígenas a la sociedad dominante, sino “desarrollar, con la participación de los pueblos interesados una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad”¹⁵⁰.

Las nacionalidades y pueblos indígenas se constituirían en plenos sujetos de Derecho Internacional, no sólo como personas

¹⁴⁸ Existe un Proyecto de Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, mas no tendría efectos vinculantes hasta su expedición, suscripción y ratificación formal.

¹⁴⁹ En este sentido, el Art. 2 del convenio en referencia prescribe: “incumbe principalmente a los gobiernos desarrollar programas coordinados y sistemáticos con miras a la protección de las poblaciones en cuestión y a su integración progresiva en la vida de sus respectivos países” (El énfasis es mío).

¹⁵⁰ Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, Art. 2.

individualmente concebidas, sino como grupos independientes de las personas que los conforman.

Este derecho de participación de los pueblos indígenas, como colectivos dotados del poder de autodeterminación, obliga a los poderes del Estado a adecuar sus procedimientos internos a fin de crear canales de diálogo tendientes a alcanzar consensos en asuntos que los afectarían como colectivos.

El derecho al progreso debe relativizarse para que cada sociedad defina, a partir de su propia cosmovisión, criterios como bienestar o buen vivir. Este modo de entender las relaciones interculturales llegaría a tener respuesta por parte del Sistema Interamericano y por el ordenamiento jurídico ecuatoriano, conforme procedo a analizar.

Democracia pluricultural

Del estudio histórico que realiza Camilo Mena en su aporte a la obra *Sistemas Electorales y Representación Política en Latinoamérica*,¹⁵¹ deja claro que la concepción democrático-electoral que se ha desarrollado en nuestro país no tiene nada de participativa o evolucionista. A partir de la independencia propiciada por la clase criolla en contra del gobierno hispánico, cuyo sustento ideológico estuvo colmado de ideales libertarios que, en su momento, motivarían a los revolucionarios franceses en el siglo XVIII. El sistema criollista instaurado, en lo que hoy conocemos como Ecuador, fue construido por las élites político-económicas y blindado, en principio, para que solamente las clases aristocráticas lleguen al poder.

¹⁵¹ Mena, Camilo, “Legislación Electoral Ecuatoriana” en: *Sistemas Electorales y Representación Política en Latinoamérica*, Fundación Friedrich Ebert, Madrid, 1986, pp. 75-117.

La memoria histórica nos habla de un Estado nuevo que intenta implementar las bases de un Estado nacional o Estado-nación marcado por el pensamiento de la ilustración pero sin percatarse de los contextos sociales diferentes en los que se quiso hacer cuajar a un sistema diseñado en papel. Para alcanzar el anhelado Estado-nación era indispensable ocultar, cuando no desaparecer las expresiones culturales indígenas, entre las que sin duda se encontraba un modelo distinto de distribución del poder, modos diversos de legitimar a la autoridad, así como de participar individual o colectivamente dentro de las decisiones que competían al grupo.

El proceso homogeneizador, arrogante e irrespetuoso de toda identidad diferente se abriría paso hasta alcanzar todos los ámbitos de la vida social, natural y, prioritariamente, en el campo político. El proceso de europeización de nuestro país sería uno de los puntos compartidos entre conservadores y liberales durante el siglo XIX, hasta mediados del siglo XX. Bajo este modo de entender a la sociedad latinoamericana, se fue adecuando y adaptando el único modelo de proceso de elección popular de autoridades. De ahí que resulte comprensible que dicho desarrollo normativo y operativo casi sea constante y progresivo y siempre ciego a otras formas de organización política.

Podemos evidenciar que desde 1830 hasta nuestros días, dentro de nuestro sistema electoral, no existe ningún vestigio que demuestre un avance político en relación a la *pluriculturalización* del sistema eleccionario. Por el contrario, los *derechos protegidos* por el sistema estatal centran todo su esfuerzo en torno al derecho al sufragio, con exclusión de todos los demás. El derecho de elegir y ser elegido, desde una concepción liberal, ha excluido a todas las demás formas de representación política, entre otras, las provenientes de culturas ancestrales que por el hecho de no haber tenido reconocimiento por parte del Estado, no dejan de ser derechos humanos colectivos de participación que merecen ser defendidos y potencializados.

Los derechos nacidos de la tradición ancestral tienen que tener cabida dentro de un sistema plural de democracia; consecuentemente,

hay la obligación de activar mecanismos efectivos de tutela jurídica, adaptados a la diversidad cultural que existe en nuestro país. Si hacia algunos años se consideraba absurda la idea de coexistencia entre sistemas paralelos de justicia, dentro de un país como el nuestro, por qué no dedicarle un espacio de pensamiento al paralelismo político intercultural, que no esperará mucho tiempo en exigir su reivindicación.

Si bien es cierto, los pueblos indígenas desde la segunda mitad del siglo XX se constituyen como verdaderos actores políticos y se convierten en usuarios de los sistemas electorales, con poder de iniciativa e incidencia, incurriendo en una renuncia tácita de sus sistemas político-tradicionales. El hecho de haber entrado en el sistema estatal, no quiere decir que las falencias interculturales hayan sido resueltas. Con notar la inmensa minoría de genuina representación política que poseen los pueblos ancestrales dentro de la Asamblea Nacional, me hace pensar que el solo hecho de participar de un sistema ajeno a las costumbres de las nacionalidades y pueblos constituye, en sí mismo, una forma de competir en desventaja.

Finalmente, el sistema electoral ecuatoriano no cuenta con una garantía fundamental o legal que permita el libre desarrollo de la identidad política de los pueblos, capaz de reconocer, valorar, e incluso, aprender de los mecanismos que han hecho que tales sistemas subsistan a través de los siglos. En todo caso, al no ser esta la materia específica de este trabajo, sólo me limitaré a plantear la cuestión y a evidenciar las falencias en términos pluriculturales que posee nuestro sistema de elecciones.

Estos aspectos demuestran el reducido ámbito de tutela efectiva que tienen los derechos de participación en Ecuador. Pese al cambio ideológico e institucional que propone la Constitución del 2008, la nueva Ley Orgánica Electoral mantiene, de forma casi inalterable, un modelo procesal que no es capaz de responder a las múltiples exigencias sociales ni a la ductilidad que caracteriza a los derechos. En este sentido, compartimos el criterio de Dieter Nohlen cuando indica

que “...una democracia que se reduce a lo procesal y desatiende el contenido -los objetivos de la políticas (sic) públicas- le será muy difícil consolidarse...”¹⁵².

Por esta, entre otras razones, planteo, como alternativa, la incorporación y progresiva adecuación de la Acción Ciudadana, prevista en el artículo 99 de la Constitución y artículo 44 de la Ley Orgánica de Participación Ciudadana, en su calidad de garantía fundamental, de naturaleza residual con capacidad potencial de adecuarse a los requerimientos sociales y normativos no atendidos por los demás procesos de tutela jurídica¹⁵³.

Esta figura, en su calidad de garantía fundamental rápida y efectiva, será capaz de ampliar el ámbito de tutela de este tipo de derechos y por su amplia estructura, evolucionar a la par de los nuevos escenarios que presente la vida democrática, los diferentes desarrollos que emanaren de los precedentes jurisprudenciales, de la academia y del debate político ampliado. “La garantía de ciertas formas de inviolabilidad es una condición manifiesta de la legitimidad de un sistema político, porque cualquiera que no disfrute de esas garantías podrá rechazar razonablemente su autoridad”¹⁵⁴.

Así, cuando las vías de derecho son ineficaces para cubrir necesidades sociales, indefectiblemente son razones de presión para activar las vías de hecho, lo cual encuentra su legitimidad en su lucha por tutelar derechos fundamentales. La resistencia y rebelión puede ser la consecuencia de mantener dentro del ordenamiento jurídico vías procesales no satisfactorias que permiten reivindicar derechos aunque, sin duda, con consecuencias traumáticas para el colectivo y el sistema constitucional.

¹⁵² Nohlen, Dieter, *ibíd.*

¹⁵³ La argumentación al respecto, consta en el segundo ensayo de esta obra, denominado “Garantías fundamentales y Tutela efectiva de los derechos de participación”.

¹⁵⁴ Nagel, Thomas, *Igualdad y Proporcionalidad*, Barcelona, Paidós, Colección Surcos No. 27, traducción: José Francisco Álvarez, 2006 p. 155.

Lo mejor que tendría la acción ciudadana sería su capacidad de acomodarse al derecho exigido, contrastando con el sistema contencioso electoral tradicional, según el cual el derecho exigible tenía que adecuarse a las formas previstas por la ley y condicionadas por pretensiones taxativas.

Los derechos colectivos desde una perspectiva política

El derecho a la autodeterminación de los pueblos

El derecho a la autodeterminación de los pueblos nace unido a los criterios de soberanía. Los estados libres, independientes y soberanos eran los que se encontraban reconocidos por la Comunidad Internacional. Si bien, el ejercicio de la soberanía sigue siendo un atributo de los estados internacionalmente reconocidos para desarrollar sus relaciones diplomáticas, no es menos cierto que el derecho de autodeterminación relativiza el carácter absolutista de este poder otorgado por la academia ortodoxa al Estado-nación, descendéndolo a niveles subestatales.

Según la Constitución de la República (Art. 1, inc. 2) "...la soberanía radica en el pueblo...";

"El concepto pueblo puede ser interpretado de manera jurídica y antropológica. Su acepción jurídica se define como la población de un Estado que goza del derecho a la autodeterminación interna, sobre la base de los principios democráticos. El significado desde el punto de vista antropológico incluye una combinación de características territoriales, históricas, culturales y étnicas de un grupo de gente con un sentido propio de identidad..."¹⁵⁵.

Cuando la Carta Fundamental, en su capítulo cuarto reconoce la existencia de derechos específicos de "pueblos y nacionalidades",

¹⁵⁵ Kloosterman, Jeanette, *Identidad Indígena: Entre Romanticismo y Realidad*, Thela Publishers, Traducción E. Magaña, Amsterdam, 1997, p. 5.

se traslada desde la concepción jurídico-tradicional a la antropológica. Luego dirá: “los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible”.

Según venimos analizando, dentro del territorio del Estado ecuatoriano, existe más de un pueblo con derecho a ejercer su autogobierno. Así, el Estado ha dejado de ser un enorme Leviatán, según la concepción hobbesiana, para convertirse en un ente obligado a garantizar derechos fundamentales, tanto de grupos como de individuos.

Ningún pueblo puede ser considerado más importante que otro. Por tanto, la soberanía ha tenido que repartirse entre las diferentes maneras de ejercer el autogobierno, aunque en la práctica sigamos observando que esta escisión del poder sigue siendo desigualmente ejercida y el poder político, aunque con ciertos matices, aun se encuentra centralizada en virtud de una democracia representativa, basado en un sistema electoral único, formalista y concebido desde una perspectiva estatal.

Por ejemplo, pese a la existencia de diversos niveles de gobierno, la superestructura institucional reconocida como Estado se reserva para sí la propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable de los recursos naturales no renovables; los productos del subsuelo y toda “...sustancia cuya naturaleza sea distinta de la del suelo...”.

Por otro lado, se reconoce la propiedad de los territorios ocupados ancestralmente por los pueblos indígenas, pero sólo sobre la superficie. Si llegásemos a aceptar que los pueblos indígenas, por medio de sus autoridades legítimamente elegidas, son incapaces de decidir sobre qué hacer con lo que se encuentra debajo de su territorio, no podríamos sustentar entonces la tesis de una ciudadanía de igual valor y nivel para todos quienes habitamos en este territorio. Tendríamos que reconocer que los derechos de participación poseen titulares de primero, segundo y quizás tercer nivel y que los sistemas políticos ancestrales siguen

subordinados a los esquemas de la sociedad mayor o mestiza.

La ciudadanía es el vínculo jurídico-político en virtud del cual se ejercen los derechos de participación. La facultad de incidir en el destino de todo el pueblo, desde una perspectiva individual como colectiva, constituye un prerrequisito indispensable dentro de todo sistema democrático.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro del caso Yatama expresa: “la participación en los asuntos públicos de organizaciones diversas de los partidos, sustentadas en los términos aludidos [en el párrafo anterior] es esencial para garantizar la expresión política legítima y necesaria, cuando se trate de grupos de ciudadanos que, de otra forma, podrían quedar excluidos de esa participación, con lo que ello significa”¹⁵⁶.

La autodeterminación trae para sí el poder de decisión sobre los asuntos que directa o indirectamente afectan a una población determinada. Esto, a su vez, constituye el ejercicio de los derechos de participación atribuible a toda persona considerada ciudadana o ciudadano. Esta relación lógica entre derechos y toma de decisiones va construyendo una democracia, en sentido estricto, y la necesidad de adaptar procedimientos electorales incluyentes y efectivamente participativos, en vez de una dictadura de las mayorías, generalmente de carácter clientelar o plebiscitaria.

“En la mayoría de los casos, la violación de derechos humanos tiene su origen directa o indirectamente, activa o pasivamente, en acciones u omisiones estatales que son justificadas como prerrogativas de la soberanía, impuestas por restricciones presupuestales o en nombre de los intereses y objetivos de seguridad nacional definido por el Estado”¹⁵⁷.

¹⁵⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Yatama vs. Nicaragua, Sentencia de Fondo, párr. 217.

¹⁵⁷ De Sousa Santos, Boaventura, *La Globalización del Derecho*, UNIBIBLOS, traducción: César Rodríguez, Bogotá, 1998, p. 189.

La democracia, en sentido material es un sistema que da amplitud para que los diferentes modos de ver el mundo puedan coexistir y entablar diálogos auténticos, tendientes a encontrar soluciones satisfactorias para los participantes, ante situaciones que evidencien intereses contrapuestos. Si la última palabra la tiene un sector y, el otro, meras expectativas de persuadir al primero, no se lograría una relación entre interlocutores válida.

Asimismo, si el sistema electoral, entendido como un conjunto de elementos técnicos estructurados en: (a) Distribución y tamaño de las circunscripciones; (b) Capacidad de presentación de candidatura; (c) Modos de ejercer el derecho al sufragio; y, (d) La transformación de los votos a escaños.

Pese a una aparente imparcialidad del sistema procedimental su diseño es favorable hacia ciertos grupos políticos, conforme lo demuestran los datos obtenido por la Fundación Q'ellka al verificar que en lugares de mayor concentración indígena se verifica mayor cantidad de ausentismo, votos en blanco y nulos, es decir, el modelo institucional no incentiva la participación de estos grupos¹⁵⁸ es abiertamente favorable a grupos mayoritarios, es aún más difícil que pueblos ancestrales puedan acceder a cargos de decisión política.

Bajo estas circunstancias, la disputa electoral en condiciones igualitarias no es posible, como tampoco lo sería la construcción de una sociedad justa, en la medida en que los derechos fundamentales de unos no pueden ceder, siempre y en abstracto ante el ejercicio de otros derechos porque estos no pueden ser jerarquizados sino ante situaciones concretas y, en tal medida, que no sea capaz de anular el derecho cedido; todo esto, de acuerdo con las reglas de *ponderación*¹⁵⁹ y la teoría del *contenido esencial* de los derechos¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Fundación Q'ellkaj, *Participación política Electoral en el Ecuador, una mirada intercultural*, Quito, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2008, pp. 105-114.

¹⁵⁹ Sanchís, Luis Prieto, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 217-260.

¹⁶⁰ Serna, Pedro y Toller, Fernando, *La Interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales*, La Ley S.A., Buenos Aires, 2000, pp. 37-75 y 155-158.

En suma, no basta la realización de elecciones generales si la participación del elector no se produce en un marco de justicia y equidad. Por tanto, la democracia en sentido material, sólo es posible si se democratizan los sistemas procedimentales de elección de dignatarios y los diferentes foros de deliberación política. En tal virtud, procederé a analizar, desde una perspectiva crítica, al modelo institucional electoral único a fin de identificar los obstáculos sustantivos y adjetivos que impiden una participación política eficaz de grupos minoritarios.

La existencia de un único sistema electoral en Ecuador puede explicarse por razones históricas. Recordemos en primer lugar que elector era aquel que tenía el estatus jurídico de ciudadano, lo cual implicaba, únicamente, a un sector poblacional, de acuerdo a los requisitos previos exigidos para dicho efecto. Durante la vigencia de las constituciones de 1830; 1835; 1843; 1845; 1851; y, 1852 la universalidad del sufragio constituiría la excepción a una regla de exclusión generalizada.

El ejercicio del sufragio activo y, con mayor razón del sufragio pasivo, sería un privilegio que se otorgaba exclusivamente a las élites sociales, políticas y económicas.

La figura del *optimu uire* político estaba representada por el varón, alfabeto, mayor de 25 años, en el caso de las constituciones de 1830 y 1835; la Constitución de 1843 establecía como edad mínima dieciocho años; y, las de 1845, 1851 y 1852 exigía veintiún años o haber contraído matrimonio, y gozar de la propiedad de bienes raíces o justificar una renta anual de doscientos pesos, provenientes de alguna profesión, arte, ciencia o industria útil, sin encontrarse en relación de dependencia, en calidad de sirviente, doméstico o jornalero¹⁶¹.

¹⁶¹ El antecedente del *optimu iure* político podría ser el *civis optimo iure del Derecho Romano*. El ciudadano dotado de plenos derechos civiles y políticos adquiriría este estatus jurídico privilegiado, a través el desarrollo de los *iura* (*ius suffragii*, *el ius conubii*, *ius commercii*, *ius honorum*). Estas personas eran ciudadanos, en sentido estricto y tenían competencias para regular sus relaciones personales, familiares, patrimoniales, políticas, etc. Disponible en: http://antiqua.gipuzkoakultura.net/ciudadania_eu.php

En tal contexto y concebido el Estado ecuatoriano como un Estado-Nación y al sufragio como una *función pública*¹⁶² y no como un derecho fundamental, no tenía sentido identificar, menos aún tener en cuenta los criterios y necesidades de grupos vulnerables y/o diversos.

Los escaños a ser repartidos en elecciones pluripersonales, desde la creación de la República hasta la Carta Constitucional de 1906, fueron adjudicados bajo criterios de simple mayoría. Es decir, los candidatos más votados, sin importar la lista u organización política de la que provinieren, se convertían en adjudicatarios del cargo en disputa.

Este sistema eliminó, casi por completo, la posibilidad de obtener representación política para grupos tradicionalmente excluidos como el sector indígena, afroecuatoriano o montubio, inclusive de la mujer de cuyo derecho a sufragar aún se discutía dado que el texto constitucional concedía este derecho al elector, que a su vez debía ser ciudadano (Art. 31).

La Creación del Tribunal Supremo Electoral, en 1946, si bien institucionaliza y concede cierto grado de independencia a este órgano frente a las demás funciones del Estado, mantiene el modelo único de elecciones. Por otro lado, los organismos supranacionales de cooperación internacional, mediante la suscripción de convenios de cooperación, han favorecido a la homologación de los sistemas electorales ya que su aporte, generalmente, se basa en la implementación de tecnología que promueve una única forma de entender el proceso electoral.

Asimismo, las críticas, conclusiones y juicios de valor que manifiestan tales misiones observadoras, encuentran sustento en un

¹⁶² Autores como Sieyés, Mill, Tocqueville, entre otros influyeron en restringir el ejercicio del sufragio a las clases ilustradas ya que, la elección de las autoridades que decidirán los destinos del país debe ser realizada por quienes poseen mayores elementos de juicio para el efecto. En este sentido, el sufragio consistía una función pública que competía únicamente a los más capacitados. Papacchini, Angelo, *Filosofía y Derechos Humanos*, Facultad de Humanidades, Santiago de Cali, 1994, pp. 142-150.

sistema homologado y globalizado de elección, que atiende más al contexto político del país de origen del observador, que al del país observado. A partir de tales recomendaciones, suele celebrarse nuevos convenios de cooperación horizontal, tendientes a profundizar la homologación de los sistemas, ya que suele entenderse a la diferencia como un una falencia de carácter técnico.

“El enfoque contextual se cuida de no relacionar un modelo estático de efectos con un sistema electoral determinado, ni en aplicación con los distintos países, ni dentro de un mismo país a lo largo de su historia (...) sistemas electorales que en una época determinada de la historia nacional produjeron, como ha quedado demostrado, integración y favorecieron la formación de mayorías, tienen efectos parcialmente distintas”¹⁶³.

En tal virtud, el reconocimiento de lo que hemos denominado democracia procedimental cada vez es más remoto y, en consecuencia, la exclusión de pueblos diversos es más aguda. El hecho de mantener un sistema electoral único, concebido desde la perspectiva de un solo sector poblacional, debilita la presencia de grupos minoritarios, favorece al *populismo plebiscitario*¹⁶⁴, al *clientelismo* y a la descalificación de expresiones políticas diversas. Todo esto restringe el pleno ejercicio del derecho, la efectiva participación ciudadana y promueve circunstancias de lucha desigual en la carrera por alcanzar el poder y tener la facultad

¹⁶³ Nohlen, Dieter. *Instituciones políticas en su contexto*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2007, p. 92.

¹⁶⁴ Pese a la ambigüedad que reviste el término, entiendo por *populismo plebiscitario* la concentración de poder en una sola persona, generalmente un *out sider* del régimen político que basado en su capacidad electoral y de movilización obtiene de las masas la fuerza política necesaria para desinstitucionalizar, en su favor, los mecanismos de chequeos y balances acercándose a un ejercicio autoritario del poder. Este fenómeno suele coincidir con la deslegitimación de los actores políticos. Ver: Gallego, Ferrán, “Populismo Latinoamericano” en: Antón Mellón, Joan edit. *Ideologías y movimientos políticos contemporáneos*, Madrid, Tecnos, 1998, pp. 168 – 171. Ver también: Gratius, Susanne. *La “Tercera Ola Populista” de América Latina*, Madrid, FRIDE, 45 Documento de trabajo, 2007, pp. 8-22.

de tomar decisiones que afecten, no solo al elector, sino a la comunidad, en su conjunto.

Por primera vez, la Constitución de la República (Art. 57, num. 9) reconoció a los pueblos y nacionalidades que integran el Estado ecuatoriano el derecho a “conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social...”. Entre las formas de organización social encontramos aquellas relativas a elegir y desarrollar formas propias de dirimir los conflictos que se susciten entre sus miembros (*disenso interno*), así como el de protegerse de interferencias abusivas externas, capaces de limitar o entorpecer el ejercicio de su derecho al autogobierno¹⁶⁵. En esta perspectiva, un país multicultural, como el nuestro, está en la obligación de identificar a estas *nacionalidades diferenciadas* y adoptar las medidas materiales y normativas necesarias para que todo ciudadano y ciudadana pueda ejercer, a plenitud, sus derechos de participación política, dentro de un marco de respeto y tolerancia de sus peculiaridades.

La tutela efectiva de la autodeterminación de los pueblos, en su calidad de derecho humano, en sentido estricto y colectivo, requiere contar con la estructura y medios necesarios que permitan su viabilidad. Así, el desarrollo de procedimientos electorales propios, en relación al acuñado por la sociedad mayor, no constituye una concesión estatal para conquistar el voto indígena; se trata de una obligación en sentido fuerte, que de no ser cumplida provocará tensión social. Se trata, por tanto, de un tema que si bien no ha sido parte de la agenda prioritaria de los pueblos y nacionalidades, debe dilucidarse a fin de posibilitar salidas debatidas y oportunas, antes que la reivindicación y la agitación política desborde toda posibilidad de diálogo.

¹⁶⁵ Kymlicka, Will, “Derechos Individuales y Derechos Colectivos”, en: Ávila, María Paz y Corredores, María Belén (eds.), *Los Derechos Colectivos: Hacia su efectiva comprensión y protección*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos, No. 16 Quito, 2009. pp. 5 y ss.

“La tensión nacida de la obligación de abstraer a la persona concreta para no interesarse más que en ciudadanos abstractos es cada día más difícil de controlar. Es grande la tentación de regresar a los modelos de tipo comunitario basados en la etnia, el idioma, la religión o los tres combinados a su manera. Lo cierto es que la administración electoral debe considerar este problema, el cual no está en posición de controlar, ya que necesita de los esfuerzos colectivos de toda la nación”¹⁶⁶.

El sistema democrático ecuatoriano ha dado pasos agigantados hacia el pleno reconocimiento de la pluralidad social y política. El reconocimiento de derechos específicos de titularidad de grupos minoritarios se alcanzó con la expedición de la Constitución Política de 1998 (Capítulo 5, título 2, Arts. 83-85). Para efectos de este trabajo, me centraré en el derecho de pueblos indígenas y afroecuatorianos “...a conservar y desarrollar sus formas tradicionales de convivencia y organización social, de generación y ejercicio de la autoridad”. La aptitud de generar actos de autoridad; es decir, tomar decisiones que afecten al colectivo, sólo puede emanar, al menos en condiciones pacíficas y democráticas, de un procedimiento legitimador que puede ser diverso en su forma pero que debe apuntar a la plena garantía del ejercicio de los derechos de participación de sus miembros, en igualdad y respeto y al mismo tiempo, que debe ser protegido y promovido por el Estado.

La Constitución de 2008, siguiendo la línea de su predecesora, aunque ampliándola al pueblo montubio, establece que “los pueblos ancestrales, indígenas, afroecuatorianos y montubios podrán constituir circunscripciones territoriales para la preservación de su cultura”.

En este sentido, se faculta a estos pueblos a ejercer las prerrogativas atinentes a su autogobierno, en zonas predeterminadas. En este sentido, las únicas restricciones legítimas al ejercicio de tal derecho

¹⁶⁶ Huu Dong, Nguyen. “El voto de la práctica individual a la práctica social”, en: *Estudios sobre la Reforma Electoral 2007*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México D.F., 2008, pp. 637.

estarían dadas por las reglas propias del razonamiento ponderativo, sea en abstracto o en concreto; es decir, es necesario establecer estándares mínimos que hagan posible una compatibilización entre su ejercicio y el respeto de los derechos de sus miembros y de terceros. El derecho al autogobierno implica, no sólo el reconocimiento de la autoridad elegida por el grupo y las decisiones tomadas en representación de la voluntad general, involucra, también, el reconocimiento del procedimiento por el cual tal o cual persona resultó electa.

El reconocimiento constitucional sobre la validez de procedimientos alternativos, para la elección de autoridades y representantes, de acuerdo a sus usos y costumbres implicaría un reconocimiento expreso de una pluralidad de sistemas electorales formales y vigentes. La cosmovisión de comunidades indígenas, como una forma de *democracia procedimental*, constituye una herramienta básica para viabilizar la democracia en sentido sustancial, inclusiva y respetuosa.

En 1998, la Confederación de Nacionalidades y Pueblos Indígenas del Ecuador (CONAIE) en su planteamiento de reformas constitucionales, ya estableció en el punto 5.6 que "...la elección de representantes de los pueblos y nacionalidades indígenas, así como de sus autoridades, se regirá por el sistema electoral especial previsto por la ley orgánica correspondiente"¹⁶⁷. Por tanto, este tema no es una novedad, se trata de una asignatura pendiente para el sistema constitucional de derechos y justicia que necesita ser colocada sobre la mesa del debate político general.

Debemos reconocer que el Consejo Nacional Electoral, junto a sus organismos desconcentrados han desplegado esfuerzos considerables

¹⁶⁷ Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador, *Las Nacionalidades Indígenas y el Estado Plurinacional*, Imprenta Nuestra Amazonía, Quito, 1998. p. 33.

para dar un enfoque intercultural a su sistema de elecciones¹⁶⁸. No obstante, la participación política de grupos diversos y la implementación de una democracia procedimental no se agota con la difusión de publicidad electoral en idiomas ancestrales o con la promoción de una cultura cívica monocultural, toda vez que el sistema de elecciones y las concepciones de civismo que conforman la malla curricular pueden no corresponder a la cosmovisión de pueblos diversos. No es posible hablar de una democracia representativa, en sentido material, cuando personas pertenecientes a grupos étnicos minoritarios no cuentan con igual oportunidad de participación en la escena político-electoral, respecto de la sociedad mayor.

“La Corte (Interamericana de Derechos Humanos) considera que la participación en los asuntos públicos de organizaciones diversas de los partidos (...) es esencial para garantizar la expresión política legítima y necesaria cuando se trate de grupos de ciudadanos que de otra forma podrían quedar excluidos de esa participación, con lo que ello significa”¹⁶⁹.

Durante las elecciones generales de 2006 se evidenció que el 71.8% de los recintos electorales, ubicados en los cantones de Riobamba, Otavalo y Cañar; es decir, donde se concentra la mayor cantidad de población indígena, se encuentran alejados de las zonas rurales; que el 94.2% de recintos electorales no cuentan con información en una lengua diferente al castellano.

Este dato es preocupante si se considera que un gran porcentaje de la población indígena es analfabeta y que las autoridades electorales

¹⁶⁸ Dentro del Plan Estratégico 2010 del Consejo Nacional Electoral, en la Línea de Acción denominada de Promoción Político-Electoral (meta 4), punto 11, tiene previsto generar proyectos de conocimiento y estudios sobre temas políticos electorales, con enfoque intercultural, así como la creación de espacios de diálogo político-electoral. En la misma línea, se prevé el desarrollo de la primera campaña nacional cívico-electoral con énfasis en intercultural y ruralidad. No obstante, el enfoque intercultural no deja de desarrollarse en torno a un único sistema de elecciones.

¹⁶⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Yatama vs. Nicaragua, sentencia de fondo, junio 2005, párr. 217.

no asisten a estas personas de manera respetuosa, por el contrario, han adoptado posturas paternalistas, violentas y discriminatorias.

Se asume que el 54,6% de personas analfabetas tuvieron inconvenientes para sufragar y que el 48% de la población indígena es mayormente vulnerable a la inducción del voto, según el Observatorio Electoral Intercultural¹⁷⁰. Estos aspectos evidencian que el sistema electoral ecuatoriano es estructuralmente discriminatorio, enajenante y no responde a las aspiraciones políticas de todos los sectores sociales.

En este sentido, los pueblos y comunidades tradicionales han sido utilizados como una estrategia de coyuntura para la consecución de objetivos partidistas de grupos de poder, que no permite que las minorías étnicas alcancen los fines que motivaron la conformación de alianzas con fines electorales.

Las falencias del sistema electoral, que fomentan la exclusión de grupos minoritarios, desde una perspectiva plurinacional, no solo tienen una explicación histórica o normativa sino cultural, técnica y práctica.

Desde la perspectiva cultural, los sistemas políticos, jurídicos y sociales indígenas poseen una tradición, esencialmente, oral. En tal virtud, resulta poco práctico que estas personas procedan a identificar a los candidatos de su preferencia, dentro una papeleta infestada con nombres, símbolos, fotografías, leyendas y opciones limitadas de voto. Este modo de elegir, por ser ajena a su tradición oral, visual y gesticular de las comunidades y pueblos indígenas producen un alto porcentaje de votos nulos. En los resultados de las elecciones presidenciales del 2006, se determinó que, en los cantones donde existe mayor concentración de población indígena, el 15,6% de votos nulos correspondía al segundo rubro más alto de la votación total¹⁷¹.

¹⁷⁰ Fundación Q'ellkaj, *Participación Política Electoral en el Ecuador, una mirada intercultural*, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Quito, 2008, pp. 105-114.

¹⁷¹ Fundación Q'ellkaj, *Participación Política Electoral en el Ecuador, una mirada intercultural*, ob. Cit. p. 101.

La escasa difusión de información electoral en lenguas nativas, constituye otro de los obstáculos culturales restrictivos del cabal ejercicio de los derechos de participación política de los pueblos y comunidades indígenas. Pese a que el Consejo Nacional Electoral ha realizado un esfuerzo importante al difundir propaganda electoral multilingüe; resulta complejo que dicha difusión sea reproducida en al menos 14 lenguas, que corresponderían a las 14 nacionalidades reconocidas por el Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador (CODENPE)¹⁷².

Por otro lado, en buena parte de las comunidades indígenas se evidenció que, si bien llegó material educativo en lenguas ancestrales, en ocasiones los idiomas utilizados llegaron a comunidades cambiadas; por ejemplo, a comunidades en las que se habla kichwa, llegó material en shuar o viceversa¹⁷³.

Esta limitación no se agota en un problema terminológico o en ligerezas en la distribución de material. Es importante motivar la participación de los sectores indígenas, lograr que sean parte medular del proceso eleccionario.

La familiaridad que debe existir entre electores y autoridades electorales es indispensable para motivar la participación responsable de quien se siente parte de un sistema del que se asume beneficiario. Esta fluida relación llegará a darse una vez que las comunidades tradicionales se empoderen del sistema estatal, cosa que no ha ocurrido en un siglo de sufragio universal, o hasta que se reconozcan como formales, sistemas propios, tradicionales y cultural y constitucionalmente aceptables.

¹⁷² Las nacionalidades indígenas, reconocidas por el Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador son: Awá, Chachi, Epera, Tsa`chila, Shuar, Achuar, Andoa, Siona, Secoya, Wuaorani, A`iconfán, Shiwiar, Zápara y Kichwa. La calidad de nacionalidad se da, entre otras cosas, al poseer una estructura social y jurídica propia. Disponible en: www.codenpe.gov.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=43&Itemid=227 (16-09-2009).

¹⁷³ Misión de Observación Electoral, Informe Final Ecuador, Elecciones presidenciales y para Asamblea Nacional, Unión Europea, junio de 2009, p. 32.

Un sistema ajeno a la cosmovisión cultural produce apatía, desmotivación, lo que a su vez se evidencia con el alto porcentaje de ausentismo registrado. Las limitaciones logísticas de transporte, infraestructura adecuada y desconocimiento de ciertos criterios culturales por parte de la autoridad electoral, especialmente de la coordinadora o coordinador de recinto, que por lo general es mestizo aun en territorios donde se asientan comunidades indígenas, profundiza la brecha entre el ser y el deber ser del proceso electoral.

La multa prevista en la Ley Orgánica Electoral o Código de la Democracia, tampoco constituye una medida efectiva para motivar la participación del sector indígena. En primer lugar porque en caso de no cancelarse la multa lo peor que podría suceder es que la persona no obtenga el certificado de votación -que poco o nada sirve a un campesino-, que no posee expectativas de viajar al extranjero, de realizar trámites notariales o postularse a cargos públicos. Tampoco es efectivo porque la obligación de sufragar, bajo la promesa de una sanción, no es consecuente con el objetivo de crear responsabilidad en la ciudadanía, en cuanto al determinante rol que tiene el sufragio en la construcción diaria de democracia.

Otro aspecto a considerarse es la concepción colectivista de los derechos fundamentales, desde la cosmovisión indígena. A diferencia de la sociedad mayor en la que el derecho al sufragio constituye un derecho público subjetivo, de primera generación, la idea colectivista produce efectos diametralmente distintos, no sólo de concepción sino en el modo de ejercicio. Por una parte, las decisiones políticas en comunidades indígenas suelen darse por consenso; es decir, existe un proceso de deliberación ampliado en el que participan todos los miembros de la comunidad interesados en ello, hasta llegar a un acuerdo basado en el diálogo y la argumentación.

Humberto Quiroga distingue entre tres clases de derechos subjetivos constitucionales: a) como facultad (como derecho a la propia conducta, es decir como libertad; b) como derecho público subjetivo (correlato a una conducta debida del Estado, grupo en el que incluye

a los derechos políticos; y, c) como garantía (derecho a la jurisdicción estatal)¹⁷⁴.

El derecho a elegir, desde la perspectiva estatal, es un derecho individual y, por tal, debe ser universal, igual, directo, secreto y escrutado públicamente. A la luz de estos principios fundamentales, la elección de autoridades indígenas es una decisión colectiva en la que todos participan; no se puede hablar, por tanto, de un derecho igual porque existen personas con mayor prestigio que otras; tampoco es secreto porque el proceso de deliberación es oral y requiere que la persona que presente una candidatura, así como quienes la apoyan y quienes no, expresen públicamente las razones que motivan a aconsejar o no tal designación; el escrutinio público tampoco sería aplicable, si se trata de un sistema de deliberación oral, público y ampliado.

La *certeza electoral*¹⁷⁵ y la pureza de los resultados están seguros por la publicidad del proceso deliberativo. “Poner en peligro la certeza electoral despierta la alerta social y suspicacias de sectores que podrían verse ilegítimamente beneficiados por eventuales defraudaciones a la pureza de la voluntad popular, todo lo cual se opone a los objetivos propios de los mecanismos de democracia representativa, previstos en la Constitución y al rol garantista de la Función Electoral”.

El alto grado de acercamiento con la autoridad designada posibilita la implementación de efectivos sistemas de fiscalización política y participación directa en la toma de las decisiones que conciernen a la comunidad. El mismo debate ampliado que legitimó la entrega del mandato a la persona puede avalar su sustitución o destitución inmediata, por no hacer justicia a los intereses que motivaron su designación.

¹⁷⁴ Quiroga Lavié, Humberto, *Derecho Constitucional*, De Palma, Buenos Aires, 1987, p. 154, citado por: Piccato Rodríguez, Antonio, “El Sufragio Pasivo”, en: Serrano Migallón, Fernando (coord.) *Derecho Electoral*, Porrúa, México D.F.2006, p. 85.

¹⁷⁵ Tribunal Contencioso Electoral, Sentencias No. 404-2009-TCE; y, 544-553-2009-2009-TCE.

Los sistemas políticos indígenas no están cubiertos de tantas formalidades como el sistema político del Estado en general, según el cual, para que proceda la revocatoria del mandato es indispensable contar con requisitos de difícil cumplimiento (diez o quince por ciento de personas inscritas en el registro electoral correspondiente, según el caso). Por su parte, el sistema indígena se presenta directo, consensuado, económico y capaz de evidenciar la pureza de la voluntad comunitaria. Por ser directo e inmediato, no existen tantas posibilidades de manipulación como ocurre con los sistemas informáticos y la propaganda electoral. Luego, en los sistemas deliberativos indígenas los miembros de la comunidad poseen, de primera mano, la información completa y objetiva que justifica la adopción de la decisión correspondiente.

El sistema de justicia electoral tampoco posee un enfoque intercultural de fondo. Su concepción legalista, formalista, escrita y no deliberativa constituye un verdadero obstáculo para la exigencia de los derechos de participación de pueblos y nacionalidades indígenas que, por su parte, han desarrollado otros sistemas de justicia más acordes a su idiosincrasia, en los que todo conflicto, sea público o privado, converge porque dicha distinción es irrelevante ante la necesidad de tomar medidas para solucionarlo.

“No existe distinción entre conflictos civiles, penales o de cualquier otra naturaleza porque el parámetro de conducta inapropiada está dado por la afectación de las actuaciones humanas, a la armonía con la comunidad y para con la naturaleza. Esta paz puede ser importunada por la injerencia del “otro”, lo que obliga a la comunidad a crear mecanismos de autodefensa¹⁷⁶”.

Sin perjuicio del régimen sancionatorio electoral, el Tribunal Contencioso Electoral es competente para conocer y

¹⁷⁶ Zambrano Álvarez Diego, “Justicias Ancestrales: analogías y disanalogías entre sistemas jurídicos concurrentes” en: Espinosa, Carlos y Caicedo, Danilo Edit., *Derechos Ancestrales Justicia en Contextos Plurinacionales*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos, No. 15, Quito, 2009, pp. 219-249.

resolver sobre la legitimidad de las actuaciones del Consejo Nacional Electoral y demás organismos desconcentrados. En este sentido, el máximo órgano de justicia electoral únicamente resuelve casos que previamente ingresaron a la esfera institucional del Estado, arrastrando desde su origen, las dificultades establecidas en líneas anteriores. Asimismo, la legislación electoral no prevé *garantías fundamentales subsidiarias* o recursos contencioso-electorales flexibles que permitan atender la exigencia de derechos políticos, con dimensión colectiva, ya que toda la legislación gira en torno a un solo derecho de participación: el sufragio, tratado y regulado a partir de una concepción individualista, propia de su naturaleza, como derecho subjetivo público.

Por otro lado, el acceso a la justicia electoral, por parte de sujetos colectivos, que no fuesen organizaciones políticas, debidamente acreditadas, es inexistente ya que solo los partidos, movimientos y alianzas son considerados sujetos políticos y, como tal, poseen legitimación activa exclusiva para presentar su conflicto ante este órgano jurisdiccional.

La legitimación activa recae también sobre personas naturales o jurídicas que fuesen capaces de acreditar la vulneración de un derecho subjetivo; es decir, un derecho individual y de libre disponibilidad, por parte de su titular¹⁷⁷. En cualquiera de los dos casos, el planteamiento de un proceso judicial ante el Tribunal Contencioso, por parte de una comunidad indígena, no cumple con los requisitos de admisibilidad; por tanto, el asunto de fondo ni siquiera llega a ser conocido por esta Corte.

¹⁷⁷ Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas del Ecuador: Art. 244 “...se consideran sujetos políticos y pueden proponer los recursos contemplados en los artículos precedentes, los partidos políticos, movimientos políticos, alianzas y candidatos (...) Las personas en goce de los derechos políticos y de participación, con capacidad de elegir, y las personas jurídicas podrán proponer los recursos previstos en esta Ley exclusivamente cuando sus derechos subjetivos hayan sido vulnerados” (el énfasis es mío).

En suma, las comunidades ancestrales como tales, no son sujetos de tutela efectiva, por parte del sistema de justicia electoral en Ecuador. En contraposición, la justicia electoral mexicana sentó jurisprudencia en el sentido que el análisis de la legitimación activa, en el juicio para la protección de derechos político-electorales de un ciudadano *debe ser flexible* cuando sea necesario atender a las circunstancias particulares de los integrantes de grupos étnicos diversos¹⁷⁸.

Recordemos que el Estado de Oaxaca incorporó en su texto constitucional el derecho de los municipios con población indígena a elegir a sus autoridades por usos y costumbres, es decir, mediante un sistema electoral propio. Este derecho se complementa con aquel de recibir tutela efectiva a nivel federal para garantizar el ejercicio de este derecho colectivo¹⁷⁹.

En la misma línea, la Constitución panameña (Art. 144, num. 5) bajo la figura del *circuito electoral* abre la posibilidad para que en poblaciones con mayoritaria concentración de población indígena y factores históricos y culturales diversos puedan conformar un circuito electoral y desarrollar un proceso electoral conforme a sus tradiciones.

“El Circuito Electoral no es más que la agrupación de una determinada cantidad de población electoral (...). Para agrupar la población en circuitos electorales, se debe tomar en cuenta como criterios básicos: (...) las divisiones políticas actuales; la proximidad

¹⁷⁸ Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Caso Moisés Ramírez Santiago y otros vs. Instituto Estatal Electoral de Oaxaca y otra, Tesis XX/2008. *Gaceta Jurisprudencia y Tesis en materia Electoral*, año 1, número 2, 2008, p. 53.

¹⁷⁹ Acevedo, María Luisa y Pardo, María Teresa, “Reformas Constitucionales y derechos culturales de los pueblos indígenas de Oaxaca”, *Cuaderno del Sur*, num. 4, Oaxaca, 1993, citado por: López Bárcenas, “Elecciones por Usos y Costumbres en Oaxaca, p. 355. Disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1627/20.pdf>.

territorial; la concentración de la población indígena; los lazos de vecindad; las vías de comunicación...¹⁸⁰.

La propuesta de alcanzar un sistema electoral plurinacional, capaz de integrar a sus partes, sin despersonalizarlas; es una exigencia ante un modelo de imposición cultural homogeneizadora, enajenante e impositiva. Se plantea un reconocimiento mutuo, respetuoso, coordinado y de mutuo aprendizaje sobre las diferentes formas y métodos con los que se puede llevar a efecto un proceso electoral. Esto, lejos de romper la unidad democrática del país, será capaz de profundizarla al potenciar el efectivo ejercicio de los derechos de participación de grupos humanos minoritarios, tradicionalmente excluidos.

La investigación politológica contextualizada y el diálogo intercultural intenso posibilitarán que pueblos diversos elijan, de forma democrática y respetuosa de los derechos de grupos e individuos, a sus autoridades; y, representantes y que tomen partida por la situación política del país.

La democracia procedimental tiene que ser versátil, mutable pero en esencia, buscar el mismo fin; la consolidación de un sistema de democracia real. La imposición de métodos electorales excluye la participación de sectores sociales, desvirtuando el fin perseguido. La *democracia procedimental*, con enfoque plurinacional posibilita la consolidación de una democracia representativa y participativa bajo condiciones igualitarias de participación dentro de los sistemas políticos latinoamericanos¹⁸¹.

¹⁸⁰ Ver: Dirección Nacional de Organización Electoral, Departamento de Capacitación de Funcionarios Electorales y otros, Organización Política del Estado Panameño y Los criterios electorales para Escoger Sus Autoridades, Módulo 4, 1995. Disponible en www.tribunal-electoral.gob.pa/elecciones/educa_civica/.../modulo-04.doc

¹⁸¹ Vitale, Ermanno, "Norberto Bobbio y la Democracia Procedimental", Roma, Universidad de Sassari. Disponible en: http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:filopoli-2005-26-CA504E04-8130-9FA1-B22B-6C683F071869&dsID=norberto_bobbio.pdf (04-01-2010).

La consulta previa vinculante: un derecho de participación política oculto en el sistema de Derecho Internacional

Consulta Previa, según el Sistema Universal de Derechos Humanos

El Art. 32.2 de la Declaración de las Naciones Unidas, sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, dice:

“Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado¹⁸² antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo”.

Bajo esta directriz, la participación de la que habla el Convenio 169 no sólo tendrá que ser de buena fe y demás calificativos que pudiesen resultar vacíos al momento de contrastarlos con la realidad, sino que adquiere fuerza vinculante, tanto para los estados como para los demás integrantes de la sociedad. Elevado el estándar, la consulta previa adquiere connotaciones vinculantes, lo que conlleva la obligación de armonizar los ordenamientos internos, sin atenuaciones jurídicamente viables.

No cabe duda que la armonización exige un primer ejercicio de interpretación, en abstracto, por parte del legislador, sobre el alcance y su aplicabilidad en el escenario de lo concreto. Sin embargo, las reglas de interpretación que emanan de la Declaración Universal (Art. 30) prohíbe cualquiera que pueda “...conf[erir] derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o a realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos...”¹⁸³.

182 El énfasis es mío.

183 El espíritu de esta regla de interpretación tienen concordancia con el Art. 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Esta primera interpretación oficial debe ser entendida y aplicada, por los operadores jurídicos, a la luz de los principios del Derecho Internacional, por lo que una restricción en el ámbito de protección de los Derechos Humanos, en general, y de los derechos colectivos, en particular, respecto del derecho a decidir sobre asuntos capaces de afectarlos económica, social y culturalmente, lleva implícita la mora en cuanto al cumplimiento de obligaciones internacionalmente asumidas por el Estado.

De esta manera, el sistema universal evoluciona hacia una concepción colectivista de los Derechos Humanos, siguiendo la línea anteriormente trazada por instrumentos como la Proclamación de Teherán, la Declaración de Machu Picchu, que vincula la definición de democracia con el respeto y la promoción de la pluriculturalidad, la Declaración de Quito de 1990 que toma "...en cuenta que los DESC forman parte de los valores fundamentales de una verdadera democracia, entendida como el conjunto de prácticas socio-políticas que nacen de la participación y libre autodeterminación de los ciudadanos/as y los pueblos", la Declaración de Barbados que entiende al territorio como prerrequisito indispensable para el ejercicio del autogobierno.

La respuesta que da el Sistema Interamericano de Derechos Humanos al tema, aunque sin seguir el mismo rumbo, llega a conclusiones similares.

Consulta Previa, según el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Si bien la evolución del Sistema Interamericano difiere del sistema universal en su proceso, las consecuencias y exigencias impuestas a los Estados producen efectos similares. El Sistema Interamericano no cuenta actualmente con un instrumento positivo sobre derechos de los pueblos indígenas y, consecuentemente, sobre consulta previa. No obstante, el proyecto de Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas puede ser asumido como una referencia válida, a

manera de soft law para direccionar la práctica jurídica dentro de los sistemas jurídicos internos.

Más allá de la aceptación o no del valor efectivo de un proyecto de declaración, la Corte Interamericana, bajo el amparo de su interpretación evolutiva, ha tomado como punta de lanza el Art. 21 de la Convención Americana, relativo al derecho a la propiedad privada, para abrir un canal hacia el pleno reconocimiento de los derechos colectivos. El primer precedente significativo es el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua en virtud del cual se reconoce la existencia de derechos territoriales específicos de los pueblos originarios. En esta oportunidad la Corte expresó que:

“Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de esta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad”.

Luego dirá: “El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad...”¹⁸⁴.

El precedente continuaría en expansión por ocasión del caso Yakie Axa y Sawhoyamaya, hasta consolidarse en el Caso Saramaka en ejercicio de sus atribuciones interpretativas sobre el mismo Art. 21, la Corte avanza en el alcance de dicho precedente y “...considera que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también

¹⁸⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, Sentencia de Fondo, párrafos 149 y 151 respectivamente.

debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones”¹⁸⁵.

Ahora bien, de conformidad con el Art. 62, num. 1 de la Convención, la Corte tiene competencia sobre todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención. Dado que el Sistema Interamericano no prevé instrumento positivo sobre consentimiento previo, la ha tenido que crear, vía desarrollo jurisprudencial. Esta nueva norma que emana de una interpretación oficialmente autorizada por la Convención, y por tanto, por los Estados partes entre los que se encuentra Ecuador¹⁸⁶, adquiere idéntica jerarquía respecto de la norma interpretada.

El principio del *paralelismo de las formas*¹⁸⁷ obliga al reconocimiento de la jerarquía *convencional* de toda interpretación oficial ya que es, precisamente por ello, que la jurisprudencia de la Corte crea precedentes vinculantes, no solo para las partes en un caso concreto sino que va creando normas de Derecho Internacional con efecto *erga omnes* que, irreductiblemente, deben encontrar resonancia en la normativa interna de sus signatarios. Este principio general del derecho no sólo tiene razón de ser en el sentido de dar valor material a los designios de la norma positiva sino, también, para garantizar su ductilidad y acoplamiento a las nuevas realidades y requerimientos sociales.

Una vez creado un precedente de observancia obligatoria y vinculante para Ecuador, es indispensable incorporarla al ordenamiento jurídico interno. Si ahondamos en principios de Derecho Internacional Público, la teoría del *desdoblamiento*

¹⁸⁵ El énfasis es mío.

¹⁸⁶ Ecuador es Estado Parte de la Convención Americana desde el 28 de diciembre de 1977 y reconoció la competencia contenciosa de la Corte el 24 de julio de 1984.

¹⁸⁷ Pérez Royo, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., séptima edición, Madrid, 2000, pp. 172-176.

funcional de Scelle¹⁸⁸ obliga al ordenamiento interno de cada Estado a “desdoblarse” o expandir su inmediato cometido, a fin de convertirse en un mecanismo apto para la recepción y efectivización de la vigencia práctica de las normas y principios de Derecho Internacional. Así, lo ha entendido el Art. 2 de la Convención que obliga a los estados a adoptar disposiciones de derecho interno para lograr la garantía efectiva de los derechos humanos.

El inciso segundo del Art. 424 de la Constitución reconoce la primacía de los tratados internacionales: “...que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución...”. Con ello, la norma fundamental establece, tácitamente, la vigencia de la teoría del *bloque de constitucionalidad* en virtud de la cual los derechos no previstos por el ordenamiento interno, pero reconocidos por el Derecho Internacional, “...se encuentran incorporados al derecho interno de cada país con la misma jerarquía que la Constitución pero sin integrarla. Constituyen el bloque de constitucionalidad, es decir el conjunto de disposiciones que incluyen a la Constitución y al resto de las normas con su mismo rango”¹⁸⁹. La cláusula abierta del Art. 11, num. 7 de la Constitución lo afirma.

Comparativamente, el derecho y la consecuente obligación por parte del Estado de obtener el consentimiento informado previo, prescrito por el Sistema Universal y el Sistema Interamericano, mediante evolución jurisprudencial puede entrar en contradicción con el estándar del Art. 57, num. 7 que se refiere a la “consulta previa, libre e informada” lo que nos remite a uno de los principios básicos de interpretación de derechos humanos (Art. 11, num. 5) por el cual, en materia de derechos fundamentales, se deberá “aplicar la norma que más favorezca su efectiva vigencia...”.

188 Pastor Ridruejo, José. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 167.

189 Dulitzky, Ariel E., “La Aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales: Un Estudio Comparado” en: *La aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales*, Martín Abregú, Christian Courtis (comp.), Editores del Puerto, Buenos Aires 1997, p. 48.

La norma internacional sobre consulta previa no sólo se entiende incorporada al derecho interno por las obligaciones generales del Art. 2 de la Convención Americana y la teoría del bloque de constitucionalidad, sino que al establecer un estándar más favorable a la efectiva vigencia de los Derechos Humanos prevalece por sobre la propia Constitución, por existir expresa disposición que obliga a la aplicación directa de los tratados y convenios internacionales. No podemos sino concluir que, en el Ecuador, no basta la consulta previa e informada a los pueblos y nacionalidades indígenas sino que es necesario alcanzar su pleno consentimiento, libre de todo vicio de la voluntad, en virtud del ejercicio al derecho de autodeterminación de los pueblos y al derecho de propiedad ancestral, igualmente consagrado.

El precedente constitucional-electoral ecuatoriano: redefinición del sistema tradicional de las fuentes del Derecho

Aspectos generales

La adopción de una nueva Carta Constitucional implica, para todo operador jurídico, el surgimiento de nuevos retos; la obligación de asumir nuevos y diversos roles, el imperativo de crear mecanismos capaces de dar respuesta a las exigencias sociales que motivaron ese cambio; y, lo que quizá resultará más complejo, abrir la mente para liberarse de sesgos ideológicos. A su vez, los organismos creados por esta Carta están obligados a levantar su diseño institucional y sus formas de proceder de conformidad con los criterios que inspiraron su propia existencia.

De la misma forma, las entidades herederas de tradiciones institucionales están llamadas a redireccionar su rumbo hacia el sendero marcado por este nuevo paradigma, de tal forma que puedan colmar progresivamente el marco de incidencia trazado por la propia Constitución y, de esa manera lograr la efectividad de sus principios, valores y desafíos.

El sistema constitucional ecuatoriano eleva a categoría de Función del Estado a la actividad electoral. Conjuntamente con el apareamiento de la Función de Transparencia y Control Social el constituyente se aleja de la tradicional división tripartita del poder, heredada de la tradición francesa post-revolucionaria, liberal y legalista. La señalada no es la única innovación que presenta la Constitución del 2008 en la materia. La escisión de las facultades administrativas y jurisdiccionales de la función electoral, confiadas al Consejo Nacional Electoral y al Tribunal Contencioso Electoral en su orden respectivo.

Con la creación de esta nueva Función del Estado, conformada por dos entidades permanentes, el Consejo Nacional Electoral y el Tribunal Contencioso Electoral, la Constitución pretende establecer un sistema vigoroso que sea capaz de garantizar la transparencia de la expresión de la voluntad ciudadana en los comicios, así como la creación de caminos adecuados para tutelar, de manera efectiva, a los derechos de participación, previstos en el artículo 61 de la Constitución. Todo esto como medio indispensable para la consolidación de un sistema democrático justo, participativo e incluyente¹⁹⁰.

Otro de los objetivos que persigue la creación de la Función Electoral, es la de fomentar la especialización, independencia y profesionalización de esta actividad monopólica del Estado. La especialización resulta necesaria porque se trata de conflictos con capacidad potencial de agitar a las masas, por lo que su solución requiere de cierta sensibilidad política, lo que marca una importante diferencia con la conflictividad civil, penal y administrativa.

La independencia es indispensable para que esa sensibilidad política no se convierta en atadura partidista y se den actuaciones serviles a favor de órganos de conformación política del Estado, como es el caso de los poderes Ejecutivo y Legislativo. No obstante, el objetivo más relevante radica en su profesionalización.

La conformación de un tribunal jurisdiccional-electoral, en sentido técnico y estricto, es consecuente con la afirmación según la cual toda relación humana debe producirse de conformidad con lo prescrito y permitido por la Constitución, la normativa jurídica exigible; y, fundamentalmente, dentro de un marco de respeto, protección y promoción de los derechos humanos. En este sentido, el organismo jurisdiccional de la Función Electoral puede -y solamente puede- manejar criterios jurídicos, aunque estos puedan estar matizados por un grado de prudencia situacional, herramienta indispensable para

¹⁹⁰ Cuando aquí se habla de tutela de derechos, lo hacemos en sentido formal y también con miras a producir efectos sustanciales en la convivencia social diaria que proporcione parámetros proporcionales de igualdad.

solucionar conflictos esencialmente políticos.

En consecuencia, el Tribunal Contencioso Electoral está llamado a garantizar la plena vigencia de un sistema democrático, respetuoso y pluralista. De ahí que las sentencias del Tribunal Contencioso Electoral tendrán la característica especial de constituir precedente jurisprudencial obligatorio. Con esta calidad se pretende evitar que los criterios que adoptase el organismo, dentro de un contexto determinado, cambien con el vaivén de los cambios coyunturales propios de la política.

El resultado es un sistema de precedentes que favorece al derecho, a la seguridad jurídica y reduce la posibilidad de actuaciones arbitrarias, por parte del juez de única y definitiva instancia, en esta materia.

La Constitución de la República prevé tres sistemas de precedentes jurisprudenciales. Por un lado, el que irá construyendo la Corte Constitucional (Art. 436, numeral 6) en ejercicio de su facultad de “expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante...” especialmente en lo que a garantías fundamentales se refiere. Esta facultad concuerda con su calidad de máximo intérprete del texto constitucional.

Por su parte, la Corte Nacional de Justicia (Art. 184, numeral 2) posee la facultad de emitir *doctrina probable* por reiteración de criterios o fallos de triple reiteración. Finalmente, a estas dos altas jurisdicciones se suman los fallos y resoluciones que emanan del Tribunal Contencioso Electoral, por disposición expresa del inciso final del Art. 221, que da a los fallos del organismo en cuestión, la calidad de jurisprudencia vinculante.

Por otra parte, el Ecuador al aceptar la jurisdicción de la Corte Interamericana, ingresó a un sistema que presta especial atención a sus propios precedentes. Su función principal consiste en darle vigencia material a la Convención Americana de Derechos Humanos ante las variantes del contexto supranacional, sobre todo si atendemos a lo

complejo que resulta reformar un instrumento como este.

No podemos dejar de mencionar que normas jurídicas, emanadas de la jurisprudencia de la CIDH tienen que encontrar eco en las legislaciones internas, por efectos de reenvío. De ahí que el sistema interno debe tomar en cuenta la denominada *interpretación evolutiva* del organismo supranacional. De esta forma, los precedentes establecidos por los más altos tribunales de derecho interno pueden cambiar, no solo por un cambio en la percepción jurídica de las juezas y jueces que la conforman, sino también porque así lo impone normas jurisprudenciales de derecho internacional, en virtud de la teoría del *desdoblamiento funcional* que caracteriza a este tipo de ordenamientos.

En esta línea de pensamiento, si consideramos que el valor jerárquico de una norma interpretativa por un organismo con legítimas facultades para hacerlo, ya sea en abstracto o en concreto, es idéntico al de la norma interpretada, por el principio del *paralelismo de las formas jurídicas*¹⁹¹, podemos concluir que el sistema tradicional de fuentes jurídicas, según el modelo constitucional vigente, ha tomado un giro radical. La famosa *pirámide kelseniana* ha quedado reemplazada por un sistema complejo y versátil en el que la jurisprudencia deja de ser una fuente jurídica de base, para alcanzar el nivel atribuible a la norma interpretada, o a la materia regulada por esta vía.

Nos encontramos ante un período de transición que parte desde un sistema legalista-positivista que ve en la jurisprudencia, en la costumbre y en la doctrina a fuentes jurídicas auxiliares¹⁹².

¹⁹¹ Pérez Royo, Javier, *Curso de Derechos Constitucional*, Marcial Pons, Editores Jurídicos y Sociales, séptima edición, Madrid, 1997, pp. 171-187.

¹⁹² Sentencia T-123/95, Corte Constitucional (Colombia): “En materia judicial el principio de igualdad no puede entenderse de manera absoluta, lo que no quiere decir que pierda vigencia. La Constitución reconoce a los jueces un apreciable marco de autonomía funcional, siempre que se sujeten al imperio de la ley (CP arts. 230 y 228). De otra parte, la jurisprudencia tiene sólo el carácter de criterio auxiliar” (El énfasis es mío).

En el caso de la jurisprudencia, se la identificó como fuente instrumental o secundaria, con utilidades concretas y complementarias respecto de la ley. Así, a la jurisprudencia le correspondía: a) la pura y simple aplicación de la ley, sin crearla; b) la mera precisión de ambigüedades o conceptos; c) cobertura de lagunas dejadas por la legislación, sin crearla; d) defensa de la voluntad legislativa; y, e) explicación de términos incorporados en la ley.

La denominada *jurisprudencia de conceptos* pretendió conceder a la actividad judicial la única función de precisar los textos establecidos por el legislador, como norma jurídica¹⁹³.

En el caso de la doctrina y de la costumbre existe, hasta hoy, la prescripción por la cual éstas y los principios generales del derecho no constituyen norma jurídica, si la ley no se remite a ellas ungiéndolas de poder coercitivo. De esta forma, según la tradición civilista tradicional, la ley constituye la única fuente genuina de derecho y todas las demás llegarían a serlo siempre que el legislador, por remisión o reconocimiento expreso, les conceda dicho estatus.

Entre los autores más destacados de la escuela antiformalista encontramos a Geny. El profesor francés aporta al enriquecimiento de las fuentes jurisprudenciales, desde la reivindicación de la doctrina como fuente principal del Derecho, aunque reconoce exigibilidad indirecta. Según Geny, pese a que la Carta Magna del liberalismo, el Código Civil, no incluye dentro de las fuentes jurídicas formales a la doctrina, es precisamente esta la base de casi toda la producción legislativa.

La ley, la jurisprudencia y los principios generales se incorporan y evolucionan, a la sombra de la producción académica. Por otra parte, la doctrina es capaz de redefinir a la norma positiva porque da las pautas de interpretación que podrían cambiar el modo de entender y aplicar la norma legislativa. De ahí la importancia de los aportes argumentativos

¹⁹³ Carrió, Genaro, *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Abeledo-Perrot, segunda edición, Buenos Aires, 1979, pp. 49-64.

con la que las partes asisten a la labor jurisdiccional, en la construcción de subreglas jurídicas con alcance general y abstracto, similar al que alcanza la ley.

Caminamos hacia un sistema contestatario frente a la tradición neo-romanista de corte francés. Las bases constitucionales contemporáneas nos hablan de una jurisprudencia que va precisando, definiendo, reescribiendo e, inclusive, conservando los diseños de Constitución y de la ley, con base en la solución de casos concretos y a las necesidades sociales imprevistas; pero, fundamentalmente, va creando verdaderas e inéditas reglas jurídicas cuasi-legislativas, principales y autosuficientes.

De esta forma, la jurisprudencia ha dejado de estar subordinada a la ley, para equipararse a ella en valor y jerarquía, cuando esas subreglas ingresan a un ámbito reservado para la acción de la ley; o, superarla, si tales reglas, por incurrir en fundamentación constitucional, pasan a formar parte del *bloque de constitucionalidad*¹⁹⁴.

Una de las ventajas que tiene la jurisprudencia, en relación a la Constitución y la ley, es el grado de especificidad al que puede llegar por medio de su casuística. Otro de los puntos a favor es la versatilidad de la que está provista, para reglar materias exclusivas de categorías jurídicas específicas, de conformidad con el *principio constitucional de competencia*¹⁹⁵. Bajo este contexto, nos encontramos ante una fuente jurídica principal, vinculante y primaria, que no busca únicamente interpretar la norma positiva sino alcanzar la vigencia material del ordenamiento, como un todo. Se

¹⁹⁴ Dulitzky, Ariel, “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: estudio comparado” en Martín Abregú y Christian Curtis (comp.), *La Aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales*, Editores del Puerto s.r.l, segunda edición, Buenos Aires, 1998, pp. 33-74.

¹⁹⁵ Sobre el principio de competencia y la relación entre las diversas fuentes normativas: Oyarte Martínez, Rafael, *Curso de Derecho Constitucional*, Tomo I, Fondo Editorial Andrade y Asociados, Quito, 2007, pp. 16-42.

trata, además, de una fuente jurídica independiente, capaz de adecuar, armonizar y afinar el ordenamiento jurídico, en su conjunto.

En tal sentido, por las connotaciones jurídicas que actualmente posee la jurisprudencia y, por tratarse de un sistema independiente en formación, desarrollo y metodologías para su operación, el procesamiento de la jurisprudencia tiene que ser realizado de manera técnica, profesional, específica y por personas con formación y destrezas determinadas, en este sistema complejo y paralelo al positivo.

En definitiva, el sistema de precedentes, implementado por la Constitución, obliga a los operadores de justicia a prepararse en el manejo de otro tipo de hermenéutica, a familiarizarnos con una fisonomía heurística diferente, que exige un adiestramiento complementario a nuestra minimalista formación positivista, como profesionales del Derecho.

Si la existencia de una nueva expresión primaria de derecho no puede tener otra fuente que el trabajo ordinario del juez, esto implicaría que los organismos dotados de potestad jurisdiccional dejen atrás ese rol de meros aplicadores de la norma positiva, y pasen a constituirse en creadores constantes, dinámicos y directos de las mismas. Con ello, el juez se constituye en el principal catalizador de todo tipo de conflictividad social, guardián del orden constitucionalmente establecido; y, principalmente, garante del pleno ejercicio de los derechos fundamentales.

La diferencia entre el sistema de precedentes, basado en los fallos de triple reiteración sobre un mismo punto de derecho atribuido a la Corte Nacional de Justicia (CR. Art. 184, num. 2) y aquel relacionado con la justicia electoral, de ejercicio exclusivo del Tribunal Contencioso Electoral radica, entre muchas otras que puedan haber, en tres cuestiones esenciales: en el primer caso, nos encontramos ante un tribunal de mera legalidad, por tratarse de una Corte de Casación.

Por el contrario, el Tribunal Contencioso Electoral, como juez de última instancia en materia de derechos de participación, construye un sistema de precedentes sobre la base de los derechos fundamentales de participación política, lo que le confiere una connotación de rango constitucional y/o de legalidad, según el caso sometido a su conocimiento.

Por otra parte, la Corte Nacional no analiza la inaplicación, la errónea aplicación, la apreciación o interpretación de la norma sustantiva; no así el Tribunal Contencioso Electoral que, siendo tribunal de única y definitiva instancia, resuelve el fondo del conflicto con fundamento en la valoración de los hechos, a los que pudo acceder inclusive por iniciativa propia; finalmente, el recurso de casación es extraordinario, de lo que se desprende su naturaleza residual, no así los recursos contencioso electorales que, siendo ordinarios, son directamente activables, salvo requisitos mínimos de procedibilidad y oportunidad, lo que es común y necesaria en la práctica de cualquier juzgador de instancia.

En este sentido, el sistema de precedentes electorales puede ser asimilable al de la Corte Constitucional, aunque con los matices propios de cada sistema independiente.

De lo expuesto no caben razones para pensar en eventuales conflictos entre el sistema de precedentes propios del Tribunal Contencioso Electoral, con el atribuible a la Corte Constitucional puesto que, atentos a la especialización de la materia electoral y, una vez que se resuelva el vacío que existe en materia de garantías fundamentales, específicas de derechos de participación se puede optar por un sistema respetuoso de la calidad de máximo intérprete de la Carta que posee la Corte Constitucional, según el cual, las decisiones que tomase el Tribunal Contencioso Electoral pueden ser ratificadas, rectificadas o complementadas por la Corte Constitucional, en virtud de una acción extraordinaria de protección, siempre que la segunda instancia de estas causas se centralicen en el Tribunal Contencioso Electoral.

Así, se lograría complementar ambos sistemas jurisprudenciales,

fortalecer al enriquecimiento de los criterios acuñados, legitimar recíprocamente la actuación de estos organismos de justicia, blindar el sistema constitucional y mantener la unidad y coherencia normativa y decisional, todo esto con miras a tutelar de mejor manera los derechos de participación política que, por tratarse de derechos fundamentales, son fuente jurídica principal, preferencial y de máximo valor jerárquico-normativo.

El cambio de paradigma consiste en otorgar a las decisiones jurisdiccionales de los más altos tribunales de justicia. Una posición preponderante, inclusive por encima de la propia ley ya que es, precisamente, la labor del juez la que dará contenido y eficacia material a cualquier expresión de derecho escrito, o no.

En suma, la función creadora de reglas jurídicas, que se reconoce a la jurisprudencia, no excluye ni bloquea a las competencias interpretativas y operativas tradicionalmente atribuidas respecto de la obra del legislador. Por el contrario, las fortalece, las amplía, las actualiza y las complementa, por lo que no debemos hablar de un conflicto entre funciones del Estado sino de roles distintos llamados a armonizarse, complementarse y a construir un sistema jurídico basto, con mecanismos de respuesta ágil y eficaz, al servicio de los derechos del ciudadano.

La jurisprudencia como principal fuente normativa

De acuerdo con la Historia del Derecho, la formación casuística de las normas y de los criterios guiaba la resolución de conflictos entre particulares. No se concebía la capacidad del Estado para ser responsable ante terceros.

El *Digesto*, quizá la obra más importante e influyente del mundo jurídico de todos los tiempos, compiló las doctrinas más relevantes del derecho romano de la era clásica. De esta fuente podemos dar cuenta de una formación jurídica, nacida a partir de la racionalidad de personas

legitimadas por su sabiduría, expresada mediante reglas de solución de conflictos concretos, a los que las partes se sometían voluntariamente.

Podemos concluir que las ciencias jurídicas se crearon a partir del sentido común, plasmado en la jurisprudencia. Así, el trabajo compilatorio, al que hacemos alusión, fue ordenado por el emperador bizantino Justiniano I entre el 530 y 533, y constituye el antecedente directo del proceso de codificación de las reglas jurídicas derivadas de la actividad del pretor. Este sistema se mantendrá hasta la actualidad, con mayor enraizamiento en los sistemas jurídicos de tradición europeo continental¹⁹⁶.

La codificación de las normas jurídicas se presenta en Francia, una vez instaurado el gobierno postrevolucionario, como una garantía que pretendía corregir la inseguridad propia de los sistemas absolutistas, da cuenta de la desconfianza que existía en el trabajo y probidad de jueces, tradicionalmente serviles a la voluntad del rey. En este sentido, bajo el esquema prerrevolucionario, la mayor fuente de derecho estaba concentrada en la autoridad real, que no podía estar sujeta a limitaciones de ninguna naturaleza porque su poder soberano procedía de la divinidad; por tanto, era indiscutible e incuestionable. Consecuentemente, la norma jurídica constituía lo que el rey decía que era, sin que se pueda hacer valer criterio en contrario¹⁹⁷.

¹⁹⁶ El sistema de codificación legislativa llega a Ecuador por medio de la adopción, casi textual del Código Civil Chileno de Andrés Bello de 1855. Este código, a su vez, fue directamente influenciado por el Código Napoleónico de 1804. La comisión redactora del Código Napoleónico se basó en los libros que conformaban el Corpus Iuris Civile, entre los que se encuentra el Digesto. Ramos Núñez, Carlos, “Código Napoleónico: Fuentes y Génesis”, Revista Derecho & Sociedad Nro. 10, Pontificia Universidad Católica del Perú. Disponible en: <http://www.pandectasperu.org/revista/no200004/cramos.html>.

¹⁹⁷ No he querido entrar en el análisis de la desbordante proliferación de fuentes jurídicas de la época de vigencia del sistema monárquico. A manera de referencia podemos decir que todo feudo estaba regido por la normativa emanada del señor feudal, por potestad del rey; así como, de los edictos eclesiásticos. La gran cantidad de feudos y autoridades edilicias con poder legislativo fue una de las razones por las que el sistema de fuentes jurídicas llegó al caos y a su colapso total. Esta experiencia sugirió al nuevo régimen a centralizar la potestad normativa en el Estado y en una sola fuente primordial, la ley.

Los revolucionarios, con el objeto de dejar atrás ese voluntarismo propio del sistema precedente, buscan instaurar lo que denominarían el *gobierno de las leyes*. Este concepto fundamental del iluminismo francés faculta al Parlamento; es decir, a quien ejerce la representación y ejercicio del poder soberano del pueblo, a dictar normas que vinculan a todos los demás operadores jurídicos, especialmente al juez. Así, el juzgador es, en el sistema liberal, un mero ejecutor de la voluntad legislativa, no podía ir más allá puesto que no contaba con la legitimación democrática suficiente para crear normas por sí mismo.

El derecho nació como un patrimonio casi exclusivo de jueces y filósofos.¹⁹⁸ Posteriormente, con la instauración del sistema liberal francés y de sus réplicas en la Europa continental y en la América colonial, no inglesa. En pleno proceso independentista se va instaurando el paradigma legalista y, con él, asignándosele al juez, ya no un rol creativo de derecho sino el de mero aplicador silogístico de la norma¹⁹⁹.

El silogismo judicial tampoco logró erradicar la incertidumbre de las decisiones del juez. Por el contrario, al tratarse de mandatos, expresados a través del lenguaje son susceptibles de presentar conflictos semánticos y sintácticos. Así, una de las críticas que Manuel Atienza hace de la teoría de McCormick es, precisamente, que este autor otorga el valor de *verdad*, a la norma, negando así la posibilidad de establecer inferencias, lo cual no parece ser muy acertado.

La teoría del valor verdad que McCormick, atribuye a la norma es superada por la teoría de la *verdad consensual* de Habermas; y ésta a su vez, influye en gran medida en la Teoría de la Argumentación

¹⁹⁸ "...fue el romano en su expresión más genuina (la clásica) un derecho jurisprudencial, entendiéndolo la *iurisprudencia* en el sentido de criterio o doctrina del jurista, denominado en Roma jurisprudente o jurisconsulto.", en: Aldo Topacio, Ferretti, *Derecho Romano Patrimonial*, Universidad Autónoma de México, México D.F., 1992, p. 7.

¹⁹⁹ Atienza, Manuel, *Las Razones del Derecho*, Universidad Autónoma de México, México D.F., 2005, pp. 138-139.

Jurídica de Alexy toda vez que ambos autores ven a la argumentación, en general, como un ejercicio discursivo estratégico que busca el éxito proporcionado por la fuerza del mejor argumento el cual, según Alexy, está dado si y, solo si, se agota un procedimiento racional que él incorpora a su obra. De ahí que, la teoría de Alexy y la de Habermas son teorías argumentativas, de tipo procedimental-discursivo.

Bajo el esquema iluminista, en palabras de Montesquieu, el juez se convierte en la *boca muda de la ley*, lo cual brindaba un relativo margen de certeza a las decisiones jurisprudenciales; pero, todo esto a costa de una inflación legislativa que lejos de cumplir su rol de regulación y coherencia evidenciaba sus limitaciones en la imposibilidad de prever toda situación conflictiva que pudiese presentarse en la vida social y cuando su pesada carga normativa producía contradicciones con otros preceptos de igual valor y jerarquía.

Para resolver conflictos reales o aparentes normativos se crearon los denominados métodos de solución de antinomias (método literal, exegético, cronológico, jerárquico, de especialidad entre tantos otros). No obstante, al no existir jerarquía entre estos criterios de solución de conflictos normativos se evidenció la existencia de antinomias de segundo grado. Este tipo de contradicciones se presenta cuando la utilización de un método de solución de antinomias primarias puede llevar a una conclusión contraria a la que se obtendría en aplicación de otro, lo que nos encerraría en un círculo vicioso en el que el juez tiene la posibilidad de decidir a su antojo²⁰⁰.

Estas antinomias, de primer grado, eran resueltas mediante criterios de interpretación que, al no estar condicionados a criterios de prelación, creaban grandes espacios de discrecionalidad judicial, lo cual es contrario a todo ideal de certeza que inspiraba la instauración de este régimen²⁰¹. Finalmente, la pluralidad de métodos de solución

²⁰⁰ Betegón Carrillo, Jerónimo; Gascón Abellán, Mariana; De Páramo Arguelles, Juan; y, Prieto Sanchís, Luis, *Lecciones de Teoría del Derecho*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. 169-284.

²⁰¹ Zagrebelsky, Gustavo. *El Derecho Dúctil, Ley, Derechos y Justicia*, Trotta, segunda edición, Madrid, 1997, pp. 21-47.

de antinomias planteaba la dificultad de escoger entre los métodos aplicables al caso, lo que dio origen a las denominadas antinomias de segundo grado.

Una vez identificadas las falencias del sistema liberal y en franco proceso de superación, la academia busca encontrar el justo equilibrio entre las razones normativas *a priori*, basadas en el texto de la ley y los parámetros de la *razón práctica*, con los que aporta el juzgador para dar respuesta a aquellos casos no previstos por la norma positiva o previstos de forma errónea o insuficiente.

El neoconstitucionalismo no es más que un acercamiento entre dos tradiciones jurídicas nacidas de un mismo tronco común (Derecho romano-germánico), cuyas fuentes fueron adquiriendo mayor o menor relevancia, durante los siglos XVIII y XIX por imposición de puntos de vista más ideológicos que técnicos y más políticos que hermenéuticos.

Así, los sistemas de tradición anglosajona (*common law*) mantienen con mayor fuerza la tradición casuística original; los de tradición europeo-continental optaron por dar a la ley el carácter de fuente jurídica principal, bajo la falacia de la certeza y seguridad jurídica²⁰².

Nos queda claro que tal distinción fue marcada por la confianza o desconfianza que cada sistema tenía en sus jueces, y la capacidad de maniobra política de grupos heterogéneos con poder para diseñar el modelo jurídico. Pese a todo esto, la tendencia está marcada por un retorno hacia esa funcionalidad, racionalidad y justificación que caracteriza a las decisiones jurisdiccionales. Esto conlleva la moderación progresiva del esquema legalista estatal puro, hacia la adopción de un modelo

²⁰² Podemos notar que la jurisprudencia, en los sistemas de tradición liberal, no deja de ser fuente de derecho, aunque se trate de una fuente secundaria o instrumental, al igual que la legislación en los sistemas de tradición inglesa; queda claro entonces que no se trata de fuentes incompatibles entre sí. Por tanto, el acercamiento al que nos hemos referido no es más que la vigorización de las fuentes secundarias, para equilibrarlas a las primarias, según corresponde a uno u otro sistema.

intermedio que por su versatilidad pueda ser capaz de armonizar los usos regulativos del *common law*, y del sistema positivista de origen jacobino francés.

En suma, la relación entre la norma positiva y jurisprudencial ha variado según el sistema de fuentes acogido y la preponderancia que los grupos de poder le han otorgado, a una u otra, en el tiempo y el espacio. Lo cierto es que la jurisprudencia está inmediatamente condicionada por las leyes; pero, las leyes lo están, a su vez y no en menor medida, por la jurisprudencia, ya que es ésta la que determina el alcance de aquellas y moraliza su contenido²⁰³.

Pese a los intentos del positivismo reduccionista, que pretendía hacer del Derecho una ciencia cerrada, abstracta, aplicación mecánico-silogística y capaz de explicarse por sí misma, jamás se logró desterrar del Derecho su vocación de herramienta social, cuya finalidad no puede ser otra que la satisfacción de necesidades humanas individuales y colectivas.

Quizá el mayor representante de la concepción positivista escéptica es Hans Kelsen. En su Teoría Pura del Derecho nos habla de sistemas cerrados, estructurados de forma piramidal en la que toda norma, para existir como parte de ese todo sistémico, debe fundamentarse en otra norma, positiva, ubicada en el peldaño superior de la pirámide, hasta llegar a una “norma hipotética fundamental” que legitima a todo el ordenamiento, en su conjunto. La concepción opuesta puede ser encontrada en John Finnis. Este filósofo iusnaturalista hace depender a la legitimidad de la norma jurídica, no en otra norma esencialmente parecida, sino en su consonancia con los que el autor denomina los “siete bienes básicos” para la existencia humana. Para Finnis estos son: La vida, el conocimiento, el juego, la experiencia estética, la sociabilidad o amistad, la razonabilidad práctica y la religión. Todas ellas dependerían de otras pautas metodológicas que

²⁰³ Nieto García, Alejandro, *Crítica a la Razón Jurídica*, Editorial Trotta, Madrid, 2007, p. 84.

permitan su verificación práctica. Así, la creación de la norma jurídica se fundamenta en la persecución de objetivos sociales prácticos²⁰⁴.

El sistema absolutista veía como única fuente genuina de derecho al Rey, el sistema liberal a la ley emanada del parlamento, hasta llegar hoy al reconocimiento de la Constitución; como norma jurídica suprema que reconoce a la jurisprudencia de las altas cortes como fuente principal de creación de derecho, pero que su reciente data, especialmente, en cuanto a lo que al precedente electoral se refiere, por el momento no podemos hablar más que de un sistema en pleno proceso de construcción²⁰⁵.

Lo que marca la ruptura entre el sistema jurídico del *common law* con el europeo continental es que, en el primer caso, su formación y desarrollo es esencialmente judicial. Esta expresión jurídica se construye, reconstruye y deconstruye de acuerdo con las necesidades sociales concretas, fundamentalmente por acción de la regla del *stare decisis* según "...la cual el juez, al decidir el caso a él sometido, está vinculando por los precedentes judiciales, o sea, por la sentencia dictada por los jueces al decidir casos análogos..."²⁰⁶.

Como fuente principal creadora de derecho, una sentencia tiene el vigor de producir no solamente efectos subjetivos o *inter partes* debido a su esencial función de resolver casos concretos; también, produce efectos objetivos o *erga omnes*, por tener la capacidad de condicionar la solución de casos análogos futuros. Para ello, el operador de justicia debe realizar una primera interpretación comparativa de los presupuestos fácticos que produjeron la traba de la *litis*, para poder

²⁰⁴ *Plan Nacional de Formación y Capacitación de la Rama Judicial*, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Consejo Superior de la Judicatura, segunda edición, Bogotá, 2008, pp. 34-45.

²⁰⁵ El artículo 424 de la Constitución ecuatoriana reconoce su carácter de "norma suprema", que por el hecho de ser tal, prevalece por sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

²⁰⁶ Moretti, Francesca. "El Precedente Judicial en el Sistema Inglés" en Francisco Galeano, comp., *Atlas de Derecho Comparado*, Fundación Cultural del Notario, Madrid, 2000, p. 29.

establecer criterios de analogía, lo cual se logrará separando los hechos esenciales de los meramente circunstanciales o que aportasen, con información auxiliar, para proceder con el estudio de los primeros.

Si existiese correspondencia entre los hechos esenciales de un caso resuelto con anterioridad y uno en plena discusión, se deberá acceder a un segundo nivel de análisis analógico; esto es, a distinguir la denominada *obiter dicta* de la *ratio decidendi*²⁰⁷. La *obiter dicta* está conformada por argumentos auxiliares o retóricos que no resuelven el problema central del caso y, por tanto, no constituyen regla jurisdiccional con efectos generales y abstractos. Es decir, para identificar a la *dictum* de un fallo será preciso remitirse a la parte resolutive para identificar las razones específicas que lo resolvieron. Los argumentos gravitacionales de la sentencia constituyen su *ratio decidendi*.

Esta razón central de decisión no crea solamente una norma con efectos *erga omnes*, también permite conocer el método argumentativo utilizado por el juzgador originario para conocer si los criterios adoptados crearon una subregla de derecho positivo o si, por el contrario, aplica la ley u otra norma secundaria, sin beneficio de inventario. En definitiva, si bien la norma creada por intervención judicial se encuentra en la parte que motiva el fallo o auto que da fin al proceso, pero no todas las razones que sustentan la decisión del juzgador constituyen precedente jurisprudencial, en sentido estricto.

La regla vinculante que emana de un fallo, es decir, su *ratio decidendi* no solo precisa el sentido de la regla positiva, lo que podría hacerlo por medio de la expedición de sentencias interpretativas o

²⁰⁷ Autores como Bernal Pulido, Carlos en: *El Derecho de los Derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pp. 176-177, reconocen tres partes dentro de una misma sentencia: *Decisum*: Constituye el fallo o solución para un caso en concreto; *Ratio Decidendi*: Citando jurisprudencia colombiana (Sentencia C-569) “contiene las razones jurídicas que orientan la decisión judicial”; y, *Obiter Dicta*: que son “...afirmaciones, casi siempre teóricas, de carácter muy general y abstracto, que solo cumplen un papel secundario en la fundamentación”.

resoluciones de carácter general²⁰⁸, al estilo de la jurisprudencia de conceptos, sino que es capaz de crear una regla inédita, independiente, autosuficiente y capaz de ser subsumida en casos ulteriores. En tal virtud, el precedente jurisprudencial constituye no menos que una norma positiva, *cuasi-legislativa*, con capacidad de subsunción para casos ulteriores.

Para ello, el derecho de los jueces utiliza una infinidad de metodologías en la creación de su *doctrina probable*; no obstante, retornará el método *subsuntivo* para la aplicación de la *subregla* establecida. En tal virtud, no se trata de abrir paso a la arbitrariedad o conceder al juez poderes omnímodos incuestionables, similares a los del rey bajo el sistema absolutista; por el contrario, el juez, en el ejercicio de sus funciones va autolimitándose por el poder gravitacional de sus pronunciamientos.

Por otra parte, al adoptar decisiones jurídicamente sustentadas en otras fuentes del Derecho, por efecto de su obligación de motivar, ya no podría, como en el sistema anterior, elegir la premisa mayor o norma que lo condujera hacia una conclusión preconcebida sino que, en la inmensa mayoría de casos, deberá ser fiel a su criterio. Una actitud contraria, sin una vasta justificación jurídica, contravendría al principio de igualdad formal y material.

En suma, el sistema de precedentes jurisprudenciales impone al juzgador la obligación de proyectarse en el tiempo e imaginar casos análogos ulteriores, en los que se pueda aplicar el precedente en construcción, sin que esto pueda conllevar a sentencias absurdas.

Este ejercicio de proyección previene que el precedente creado, con fines meramente coyunturales, no alcance niveles mínimos de estabilidad y, con ello, desprestigie a la autoridad creadora. Con

²⁰⁸ Las resoluciones que dictaba la ex Corte Suprema de Justicia, en este sentido, tuvieron dos fines específicos: a) dirimir conflictos ante fallos contradictorios (sentencias dirimientes); b) interpretar la ley ante oscuridad de la misma; y, c) Promulgar sus fallos reiterativos.

esta forma de actuar los jueces van legitimando sus actuaciones o desgastando su imagen ante la opinión pública. Asimismo, constituye para los justiciables una garantía a ser tratados de igual manera, cuando se encontrasen en situaciones jurídicas similares, de ahí también se desprende el carácter vinculante del precedente jurisprudencial, inclusive para aquellos organismos con capacidad de producir autprecedentes.

En esta línea, el principio de cosa juzgada también adquiere una connotación diferente, no sólo en relación al caso resuelto (cosa juzgada explícita)²⁰⁹ sino en cuanto al tema -materia de análisis o interpretación- por marcar el camino por el que deberán transitar los casos análogos ulteriores. Suele hablarse de cosa juzgada explícita, en alusión a la *ratio decidendi* de un caso que es capaz de condicionar el modo en el que se resolverán casos futuros, como regla general.

En sentido inverso, la doctrina judicial permite al operador aplicar el mismo proceso de identificación de la *ratio decidendi* para prevenir al juzgador, a la luz de la estructura de los hechos relevantes, que se trata de un nuevo caso por lo que la adopción de tal o cual criterio no significaría inobservancia del precedente alegado por quien pretende aplicarlo, como regla jurisprudencial aparente, por tratarse de un elemento meramente retórico o auxiliar, incorporado al caso previo. Así, la disanalogía también constituye una garantía para el justiciable, en cuanto impide que cualquier elemento de una sentencia sea considerado y aplicado como obligatorio lo que limita asimismo, posibles arbitrariedades por parte de los jueces, toda vez que no podrán

²⁰⁹ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha relativizado el principio de cosa juzgada ya que ésta no puede ser tenida como definitiva, cuando existe un caso de cosa juzgada aparente, irrita o fraudulenta. En el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sentencia de fecha 26 de septiembre de 2006, párrafo 152, la CIDH determina que no es aplicable el principio *ne bis in idem* en cuanto no constituye un derecho absoluto cuando: 1) el sobreseimiento del acusado pretende la impunidad de la persona acusada de violación a los derechos humanos; 2) el proceso no cumplió con el principio de imparcialidad por parte del juzgador; y, 3) no existió intención real de someterlo al acusado al poder de la justicia. Noguera Alcalá, Humberto, “Los Desafíos de la Sentencia de la Corte Interamericana en el Caso Almonacid Arellano”, p. 311. Disponible en: http://www.iidpc.org/revistas/7/pdf/313_333.pdf.

ampararse en cualquier elemento argumentativo, para llegar a una solución antojadiza del caso.

Tampoco se puede llegar a la extrema radicalización del valor vinculante del *heteroprecedente*. Si bien los fallos precedentes obligarían al trato judicial igualitario en pro del derecho a la igualdad, un precedente rígido a extremo podría colisionar con el principio de independencia interna y externa que el artículo 168, numeral 1 de la Constitución concede a los órganos de la administración de justicia. Una de las respuestas que se ha dado, para resolver este dilema es encontrar el punto de equilibrio entre estos dos principios constitucionales en la obligación argumentativa impuesta a jueces y juezas.

En este sentido, el precedente vertical (fallos de las altas cortes) y horizontal (sentencias de judicaturas de igual o menor jerarquía), debe ser obedecido mientras no existan razones jurídicas necesarias y suficientes que justifiquen un alejamiento del criterio adoptado. Esto favorece al principio de igualdad; no obstante, en caso de existir razones suficientes, el juzgador, en ejercicio de su independencia funcional, podrá apartarse del precedente siempre que justifique, a satisfacción, tales razones. Así, pese a sacrificarse el derecho a la igualdad, este esfuerzo sería entendido como necesario, en cuanto beneficia al sistema, en conjunto porque permite su perfeccionamiento, sin que esto nos pueda llevar al libertinaje judicial²¹⁰.

La creación de derecho, por medio de sentencias, es atribuible por mandato expreso de la propia Constitución, a la Corte Constitucional, a la Corte Nacional de Justicia y al Tribunal Contencioso Electoral, dentro del ámbito de sus respectivas competencias, de donde se deriva la importancia de aprender a operar, aplicar y razonar, desde la lógica del denominado derecho de los jueces. Naturalmente, no puede sino obligar a los propios operadores de justicia a capacitarse y a capacitar a su personal para manejar adecuadamente esta herramienta.

²¹⁰ Sentencia C-037-/96 Corte Constitucional (Colombia).

La errónea utilización de esta fuente de derecho, por parte de las judicaturas en general, podría fomentar un crecimiento desordenado, desorientado e innecesariamente abundante del derecho judicial y, por tanto, incurrir no sólo en las criticadas falencias del sistema legislativo que motivó el resurgimiento del derecho judicial, como fuente jurídica primaria, sino que, además, puede ser fuente de contradicciones con las demás fuentes jurídicas, lo que repercutiría desfavorablemente en la constante legitimación que las cortes necesitan de la ciudadanía para fortalecerse; pero que, a su vez, obliga a un autocontrol y al manejo prudente de tales herramientas, para evitar su desbordamiento.

El cambio de paradigma en cuanto a las relaciones que debe existir entre las diversas fuentes normativas, no se agota con el equilibrio entre el valor vinculante de la norma positiva y jurisprudencial; por otro lado, encontramos al desafío de comprender y manejar una nueva forma de concebir el derecho, novedosos escenarios para satisfacer lo que hasta hoy serían inauditos canales de relaciones entre jueces de igual o diferente nivel jerárquico, entre ellos, en sus relaciones internas y de estos con los demás sectores de la sociedad.

En tal sentido y como regla general, el sistema de precedentes es jerárquico. De allí que la Constitución se refiere expresa y únicamente a las tres judicaturas del más alto nivel. En este sentido, sus fallos vinculan a la decisión de jueces inferiores así como a las del propio emisor de la regla (*autoprecedente*). Sin perjuicio de ello, el creador de la *ratio decidendi* e incluso el juez inferior, aunque de forma excepcional, pueden separarse de la norma judicial²¹¹.

En ambos casos, el disidente estaría imponiéndose a sí mismo una fuerte carga argumentativa que justifique el error en el que ha incurrido el superior, o la improcedencia de aplicar dicho precedente al

²¹¹ Esta práctica de la Corte Constitucional colombiana es contraria a la tradición establecida por la mayoría de los sistemas anglosajones. En estos ordenamientos los jueces inferiores no puede separarse del *stare decisis*, alegando cambios contextuales que evidencien errores del precedente o que propugnen adecuaciones a las mismas.

caso nuevo. Esta posibilidad cabe por la independencia que, aun bajo sistema de precedentes, mantienen los jueces inferiores, aunque de forma atenuada. En el primer caso, (*distinguishing*) el nuevo precedente se superpondría al anterior²¹², sustituyéndolo y, consecuentemente, derogándolo.

En el segundo escenario, el juez *a quo* emitiría una regla que no vincula pero que posee capacidad persuasiva respecto del superior y este, a su vez, si lo considerare oportuno, podría adoptarlo como propio y cambiar su precedente. Podría acontecer que el juez inferior cree precedente, si en virtud de la revisión del caso por parte de las altas jurisdicciones, se toma como correcto el criterio del inferior; lo mismo ocurriría con el criterio del abogado que llega a ser aceptado por el juez de instancia y da inicio a la cadena anterior. Se puede hablar, de un “precedente persuasivo”, que con la sola decisión del superior podría convertirse en norma jurídica con efectos generales y abstractos. Se establecen nuevas y más influyentes relaciones, horizontales y verticales, dentro de los propios organismos jurisdiccionales.

Una de las especificidades del sistema electoral de precedentes, en relación a sus similares, consiste en que no todos los precedentes emanados del Tribunal Contencioso Electoral poseen la misma jerarquía normativa. Así, aquellos principios que se creasen a partir de la delimitación del contenido esencial²¹³ de los derechos fundamentales de participación poseerían un rango constitucional; es decir, pasarían a formar parte del denominado *bloque de constitucionalidad*, por lo que prevalecerían por sobre la ley y por sobre sus propios precedentes que tratasen sobre asuntos de mera legalidad.

Por otro lado, muchos de los preceptos que fundamentan las decisiones del tribunal en cuestión se refieren a asuntos legales o de

²¹² Como si se tratase de una *lex posteriori*.

²¹³ Sobre la teoría del contenido esencial de los derechos fundamentales se puede consultar Serna, Pedro y Toller, Fernando, *La Interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales*, La Ley S.A., Buenos Aires, 2000, pp. 37-75.

procedimiento. Esto quiere decir que adquirirían una relevancia idéntica al de la ley orgánica y ordinaria, según fuese el caso. El esquema planteado, en razón de la materia, le estaría vetado a la Corte Nacional de Justicia a cuyo sistema de precedentes se le extrae aquellos asuntos de *legalidad electoral*.

Por su parte, la Corte Constitucional podría crear jurisprudencia en materia electoral; pero, sólo en asuntos de mera legalidad, ya que sólo en ese caso, las sentencias podrían llegar a conocimiento de esta Corte, por medio de la interposición de un eventual recurso extraordinario de protección, previsto en el artículo 94 de la Carta Constitucional.

En relación a los pronunciamientos derivados de las garantías fundamentales de tipo jurisdiccional, de tutela de derechos de participación, la Corte Constitucional podría establecer jurisprudencia, pero no por vía de recursos o acciones residuales, sino como resultado de su revisión, previa selección de causas emblemáticas, de la misma forma en la que procede respecto de las sentencias dictadas por las cortes provinciales, en materia de acción de protección, habeas corpus, habeas data, acceso a la información pública puesto que, en este tipo de casos, el TCE actuaría como juez constitucional de última instancia.

Si aceptamos que el precedente jurisprudencial-electoral constituye una norma jurídica autónoma, con carácter y efectos *erga omnes*, cabría plantearse la posibilidad de someterlo a un control abstracto de constitucionalidad. En tal sentido, las personas y organismos legitimados por la Constitución, para presentar una acción de inconstitucionalidad sobre actos normativos, podrían dirigir dicha acción en contra de la norma jurisprudencial emanada de cualquiera de las tres altas cortes, inclusive de la propia Corte Constitucional. En materia electoral esta sería la única vía por la cual el Consejo Nacional Electoral o sus organismos descentralizados podrían alcanzar la derogatoria de un precedente, sin la necesidad de contar con el visto bueno del Tribunal Contencioso.

Las consecuencias de este planteamiento serían dos: por una parte, el sometimiento de la norma creada por todo juez al control

abstracto de constitucionalidad, para determinar su coherencia con el sistema ofrecería la posibilidad de modular o derogar el precedente, en defensa de la Constitución; por otra, una resolución favorable al precedente lo blindaría de tal manera que no podría volver a cuestionarse sobre su ilegitimidad, en virtud del efecto de *cosa juzgada constitucional* que obtendría.

En definitiva, un cambio de precedente tendría la facultad de derogar al anterior, pese a que la constitucionalidad del derogado no podía estar sujeta a discusión. Esto impone al juzgador disidente una carga argumentativa adicional. No se trataría de determinar cuál es más o menos constitucional, porque no puede haber niveles de gradación sobre el tema; pero, cabe identificar cuál de los dos criterios favorecen al pleno ejercicio de derechos fundamentales en atención al principio de interpretación *pro homine*. Lógicamente, el nuevo precedente deja abierta la posibilidad de un nuevo examen de constitucionalidad.

En todo caso, toda vez que la Corte Constitucional está en la facultad de modular los efectos de sus sentencias, no sería absurdo que encontrándose vicios de inconstitucionalidad en el nuevo precedente, establezca para él un sentido interpretativo vinculante. También, podría devolver a la vida jurídica al precedente anterior.

Las cortes constitucionales, en la actualidad, han abandonado el sistema *kelseniano*, según el cual actúan únicamente en calidad de legisladores negativos. La nueva posición se fundamenta en que los vacíos que se pueden producir por la asequibilidad total de la norma puede ser aún más perjudicial que dejarla operar, pese a ser identificada como inconstitucional. Por tal motivo, hoy hablamos de *sentencias aditivas*, cuando se agrega texto a la norma inconstitucional; *sentencias reductoras*, cuando se reduce su texto; y, *sentencias interpretativas*, cuando se determina la forma en la que se debe concebir a la norma. Todos estos tipos de sentencias buscan ajustar el contenido de la norma inconstitucional de acuerdo con los principios y estándares constitucionales sin tener que llegar al extremo de derogarla en su totalidad.

Las cortes pueden además dictar textos normativos provisionales o *sentencias sustitutivas*, con fuerza de ley, que estarán vigentes hasta que la Legislatura, con la legitimación democrática que le es propia dicten la norma que regirá de manera definitiva. De esta forma de control de constitucionalidad se desprende la posibilidad de exhortar a la Asamblea Nacional para que en un período determinado de tiempo dicte la norma correspondiente, produciéndose a su vez una potencial causal para exigir tal acción, por medio de la acción por incumplimiento (Art. 93 Constitución de la República)²¹⁴.

Otro punto a favor de la creación judicial del derecho radica en su mayor riqueza deliberativa y técnica durante su proceso de formación, en comparación con el derecho legislativo. En este caso, bastaría que un grupo o bancada poseyera la mayoría requerida, para cada caso, para que la Asamblea Nacional aprobara un texto; claro está, que a ello debemos sumar la favorable predisposición política del Presidente de la República para que tal o cual iniciativa no se vea frustrada por un veto total o parcial y de esta forma pueda constituirse en ley de la República.

En contraposición, la creación del derecho judicial surge del debate técnico-jurídico y no de negociaciones y concesiones entre conveniencias de sectores sociales dotados de poder; por tanto, el precedente jurisprudencial no constituye obra de autoría exclusiva del juzgador; es una fuente cuyo procesodialécticodeformación vanutriéndose de aportes argumentativos confrontados entre sí, lo que obliga a debatir entre interpretaciones técnico-jurídicamente viables y razonables, a la luz de fuentes nacionales, internacionales, de derecho comparado, apoyo de criterios doctrinarios, investigaciones jurisprudenciales, estudios sobre la evolución histórica de la institución y aportes inéditos de los propios operadores intervinientes. Con ello, la jurisprudencia se presenta como una fuente de mayor elaboración, pensada y justificada argumentativamente por la autoridad jurisdiccional.

²¹⁴ Escobar Gil, Rodrigo, “La modulación de las sentencias de control constitucional”, en Jornadas Internacionales de Derecho Constitucional, Tribunal Constitucional del Ecuador, Quito, 2007, pp. 235-264.

En este sentido, el realismo jurídico norteamericano, representado fundamentalmente por Ross, lleva al valor justificativo de la argumentación judicial al extremo de hablar de decisiones arbitrariamente concebidas por el juez, maquilladas de tal manera que pueden llegar a persuadir a la ciudadanía por su contenido retórico, más no porque se trate de una decisión predeterminada por el Derecho. Cabe señalar que el realismo jurídico, al igual que la escuela del *Derecho Libre* y la denominada *Jurisprudencia de Intereses*, surgen en el paso del siglo XIX al XX como una respuesta al *positivismo ingenuo* que concebía al Derecho como un sistema completo, coherente y claro; y por tanto, autosuficiente²¹⁵.

Pienso que si bien la motivación busca persuadir sobre la corrección y validez del razonamiento jurídico, no es menos cierto que las razones en las que el juez asienta sus argumentos son criterios técnico-jurídicos preestablecidos, que no necesariamente corresponden a la ley, puesto que según lo venimos diciendo, esta no constituye la única, ni siquiera la más importante fuente de derecho.

Esto no quiere decir que el juez y peor aún, el juez electoral elimine, por completo, la dimensión política de sus fallos, solamente que su espectro de decisión se ve reducido a criterios de juridicidad y no de meras conveniencias partidistas. Tampoco quiero decir que el marco de acción del juez elimine la discrecionalidad ya que este seguirá contando con una gran variedad de fuentes y métodos de interpretación y aplicación, que bien podrían dar soluciones distintas a casos similares. Lo que se alcanza es que el propio juzgador se autolimita y garantice un trato igual a personas que se encuentran en situaciones jurídicas iguales.

²¹⁵ García Amado, José Antonio, “Interpretar, Argumentar, Decidir” en: *Anuario de Derecho Penal*, Perú, 2005. Estudio monográfico sobre interpretación y aplicación de la ley penal, pp. 2-9, Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Friburgo. Disponible en www.geocities.com/jamagamado

Quienes desarrollaron el criterio intencionalista de la jurisprudencia sostienen que el juez, generalmente, elabora su fallo en sentido inverso al carácter silogístico que se le atribuyó al derecho legislativo. Así, estos autores sostienen que el juez empieza por la conclusión; es decir, por la parte resolutive; luego de lo cual busca los argumentos necesarios para justificar la solución dada al caso, con antelación.

En esta línea de pensamiento, más allá del debate que existe en el seno de todo tribunal, a lo largo de la sustanciación de una causa, la decisión que adoptará el juzgador, para dar por terminado el conflicto, se va nutriendo y adquiriendo fuerza argumentativa. En tal sentido, el juez no sólo está en la obligación de exponer los motivos que condicionaron su parecer sino que, también, de argumentar sobre las razones por las que la posición de uno o de ambas partes no son las idóneas para resolver el conflicto.

Por otro lado, los casos no poseen una sola posibilidad de resolución legítima, muestra de ello son, o pueden ser, los votos salvados, razonados y/o concurrentes que ciertos magistrados formulan para justificar las razones por las que se separan o concurren con el fallo de mayoría, posibilidad que coincide con el principio de independencia interna de juezas y jueces.

La regla creada en la disidencia judicial, pese a no constituir *prima facie* un precedente vinculante, puede llegar a serlo si con posterioridad la corte o tribunal lo adopta como propia. De ahí la trascendencia justificativa no sólo de los criterios judiciales vinculantes sino, también de los disidentes y de la fuerza argumentativa y persuasiva de unos y otros, en torno a un contexto delimitado por los hechos materia de controversia.

Por lo anotado, todo aporte recogido, o no, por el organismo jurisdiccional en sus votos de mayoría, votos salvados y concurrentes, son importantes para la producción jurisprudencial de una corte o tribunal, con sus consecuentes repercusiones en el sistema en conjunto.

En el peor de los casos, tales razonamientos son valiosos, así fuese para descalificarlos, toda vez que la guerra argumentativa y la derrota racional de los criterios calificados como erróneos o impertinentes fortalecen al precedente adoptado, en proporción a la calidad de la parte motiva de cada uno de ellos.

En este sentido y toda vez que esta vía de creación de derecho incumbe a todos los operadores del sistema de justicia es necesario cambiar los métodos tradicionales de formación de abogadas y abogados; así como, romper muchos de los esquemas dogmáticos de los ya titulados.

El profesional del derecho tiene que dejar de ser un mero conocedor de la ley para convertirse en un verdadero jurista, capaz de aportar al criterio del juzgador con herramientas científicas e investigaciones jurídicas profundas, pero por sobre todas las cosas, debe autoformarse y en consecuencia presentarse en la práctica diaria como un experto argumentador y pensador de lo jurídico. El sistema depende de la diaria capacitación del abogado para nutrirse.

Con la siguiente cita pretendo ilustrar la forma en la que los sistemas jurídicos, por medio de su propia jurisprudencia van enmendando errores, complementándose y renovándose a sí mismos, con la finalidad de adaptar sus pronunciamientos a los cambios sociales y conceptuales. El sistema de precedentes es un modelo en constante autodepuración por la sola presentación de nuevos casos, lo que obliga a la confrontación y actualización de las tesis adoptadas en casos anteriores en contraposición con los criterios esgrimidos por la parte a la que no interesa la prevalencia del criterio precedente, característica reconocida y muy valorada por el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos.

“Esta Corte ha, pues, incurrido, en su mayoría, en un grave error en su anterior Sentencia en el caso de la comunidad indígena Yakye Axa versus Paraguay [...] no sólo en cuanto al derecho material aplicable (atinente al derecho fundamental a la vida en su amplia

dimensión y el derecho a la identidad cultural, supra), sino también en materia de derecho procesal. Sin embargo, ha rectificado dicho error en la Sentencia que viene de emitir la Corte en el presente caso de la Comunidad indígena Sawhoyamaxa, y ha retomado así la línea de su más lúcida jurisprudencia al respecto²¹⁶.

No podemos pensar siquiera en la infalibilidad de las autoridades jurisdiccionales, tampoco creer que sus decisiones pueden o deben mantenerse estáticas a lo largo de los siglos.

Si bien es cierto "...que en las sentencias no pueda existir de hecho algún grado de discrecionalidad sino que, institucionalmente, el juez viene llamado no a elegir una solución entre varias posibles sino a adoptar sólo una solución la correcta o la más correcta"²¹⁷.

Podríamos sostener que el dinamismo que caracteriza al derecho nacido de la casuística, hace que todo precedente sea puesto a prueba cada vez que se sustanciare un caso análogo.

Esta característica particular de la jurisprudencia es más evidente cuando existen procesos de renovación de magistradas y magistrados, que incorporan al debate nuevos elementos de juicio, que así como pueden fortalecer al precedente podrían derribarlo, con las consecuencias conocidas por el lector. Todo esto fortalece, afina y reconstruye al precedente adoptado sobre la base de los mismos cimientos, lo depura, lo confronta con otras posiciones; lo actualiza, afianza o deroga.

A diferencia de lo que ocurre en los sistemas legalistas tradicionales que, irremediamente, tienden a envejecer hasta llegar a su total obsolescencia lo que, evidentemente, genera la tan atemorizante inseguridad jurídica, puesto que el juez tendrá que adecuar, a discreción,

²¹⁶ Voto razonado del Juez A.A. Cançado Trindade, Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

²¹⁷ Prieto Sanchís, Luis. *Apuntes de Teoría del Derecho*, Trotta, segunda edición, Madrid, 2007, p. 222.

el contenido de una norma que, por anacrónica, se encuentra fuera de contexto.

La experiencia indica que la estabilidad alcanzada por los sistemas jurídicos ha sido más estricta en aquellos de tradición casuística. Generalmente, los criterios adoptados por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica -por ejemplo- se han mantenido a través, no sólo de los años sino inclusive de los siglos.

El sistema norteamericano ha experimentado verdaderas revoluciones jurídicas originadas en su sistema de justicia. Podemos citar al caso *Brown contra el Consejo de Educación* de 1957, por el cual se eliminó la disgregación de los afroamericanos, que en virtud de este fallo pudieron acceder a establecimientos educativos, tradicionalmente de “blancos” este fallo rompió la doctrina de “iguales pero separados”.

Otro caso de altísima importancia fue el *Roe contra Wade* de 1973 por el cual se consagró el derecho de la mujer al aborto. Estas sentencias paradigmáticas y a su vez creadoras de línea han permanecido en el tiempo y han condicionado la resolución de todos los casos supervinientes. La estabilidad del sistema de precedentes norteamericano está dado por sentencias como la dictada en el caso *Marbury contra Madison* de 1803 en la que se estableció la competencia de los jueces para realizar el control difuso de constitucionalidad, el mismo que ha tenido influencia en casi todos los sistemas constitucionales contemporáneos.

Por el contrario, los sistemas legalistas, por el natural envejecimiento de la norma abstracta, se ven en la obligación de reformar o sustituir continuamente su norma positiva.

La estabilidad de los sistemas jurisprudenciales tiene mucho que ver con el lento, pero armónico, desarrollo de la jurisprudencia. En primer lugar porque habría que esperar la aparición de un nuevo caso, que por sus propias características sea capaz de cuestionar al precedente preestablecido; y, en segundo lugar, porque la ampliación o especificación de puntos concretos, dentro del criterio acuñado, no

constituye un abandono de este sino una modulación o actualización de mismo.

El carácter armónico que se le atribuya al sistema de precedentes está dado porque una decisión jurisprudencial ulterior, salvo contadas excepciones, no es capaz de trastocar al sistema como tal, sino a un punto muy concreto de la actividad jurisdiccional; no así, el derecho legislativo en los que, cada vez que se dicta un nuevo texto legal, el sistema está obligado a esperar que todos los agentes de justicia lo entiendan y puedan operarlo, lo que implica un período caótico de transición, contrario a la formación social de las ciencias jurídicas.

Podría resultar paradójico, aunque no improbable, que una vez que el sistema legislativo hubiese llegado a cuajar en la vida jurídica del país -lo que generalmente toma años y un cúmulo de errores prácticos- el texto legal sea sustituido por otro, dando inicio a una nueva transición y, con ello, a un nuevo círculo caótico.

Por lo indicado, el sistema constitucional ecuatoriano se encuentra y permanecerá, por algunos años, en proceso de consolidación, razón por la cual se considera pertinente remitir al Derecho Comparado, muy concretamente a la experiencia constitucional colombiana, a fin de identificar los métodos y acciones que consolidaron al sistema de precedentes en este país, todo esto, a fin de encontrar algunas claves que nos permitan errar en menor medida dentro de este proceso experimental del manejo de nuevas fuentes jurídicas primarias, con características propias y metodologías particulares que, paulatinamente, deberán ser incorporadas a nuestro sistema, aunque con sentido crítico, con identidad propia y de acuerdo con las exigencias de nuestra realidad.

La experiencia colombiana

El caso colombiano por ser, dentro de la región, quizá el de mayor desarrollo práctico en el tema que nos ocupa, ha sido tomado como mejor ejemplo. A diferencia del caso ecuatoriano, en la Constitución colombiana vigente -1991- no se reconoce de manera expresa la obligatoriedad de fuente jurisprudencial de ninguna de sus cortes, salvo el caso de los fallos reiterados por parte de la Corte Suprema de Justicia. Sin perjuicio de aquello, la Corte Constitucional colombiana, a fuerza de precedentes, ha desarrollado esta función y efecto para su actividad, pese a los constantes y profundos retrocesos vividos en el camino²¹⁸.

Colombia, al igual que Ecuador, proviene de una tradición jurídica neoromanista. La adopción del sistema francés, de la época de la iluminación, hizo que durante el siglo XIX y casi hasta el final del siglo XX²¹⁹ predomine un sistema de jurisprudencia libre.

Por la calidad indicativa de esta fuente, el juez se dedicaba a efectivizar la plena y mecánica aplicación de la ley, a la luz de la voluntad del legislador, sin que las decisiones judiciales ate a ningún otro juez, ni siquiera al propio autor del fallo precedente.

La obligatoriedad de la “doctrina legal”, prevista en la ley 153 de 1887, incluso para su propia autora llegó a convertirse en una camisa de fuerza para la Corte. En este sentido, los fallos de las altas cortes impedían la rectificación o ampliación de los criterios previamente

²¹⁸ Este acápite basa en el estudio de López Medina, Diego, *El Derecho de los Jueces*, Legis, primera edición, Bogotá, 2000, pp. 29-71.

²¹⁹ La Ley colombiana No. 169, expedida en 1896, estableció por primera vez, la idea de *doctrina probable*, en referencia a los fallos reiterativos de las altas Cortes. Colombia, hasta la aprobación de la Constitución de 1886, seguía siendo un Estado federal de tal forma que la adopción de un modelo unitario planteó el reto de unificar ciertos procedimientos y decisiones de autoridad, en la que se encontraba inmersa la actividad jurisdiccional.

adoptados, ya que estos debían ser respetados a futuro sin ninguna suerte de beneficio de inventario.

Con esta forma de proceder se fue debilitando, hasta desaparecer, el carácter dinámico y versátil de la jurisprudencia; pero, lo que quizá resulte más paradójico, se incurría en la misma falencia relativa al envejecimiento de la ley que, precisamente, motivó la producción jurisprudencial como fuente primaria de derecho. La rigidez y el envejecimiento de la ley -y ahora de la jurisprudencia-, impedían el progresivo afinamiento de cualquiera de los criterios en relación al ritmo marcado por la sociedad. De ahí que, el criterio de precedente vinculante se flexibiliza, sin que por ello se llegue a niveles de total irrespeto. La fuerte carga argumentativa, de la que hablamos con anterioridad, pretende ser un equilibrio entre la rigidez extrema de la teoría de la doctrina legal y la dispersión de criterios establecida por el sistema libre de jurisprudencia²²⁰.

A partir de la aprobación de la Constitución de 1991, el valor vinculante del precedente jurisprudencial empieza a ser materia de reflexión y debate, especialmente, dentro de los círculos académicos, sin que ello llegue a plasmarse en la consagración de norma positiva o reconocimiento formal de ninguna naturaleza. Este referente cronológico es importante porque lo podemos ver como el punto de partida para debates posteriores, ya no sólo a nivel académico sino al interior de las cortes y tribunales. Las discusiones generadas, en los diversos espacios del quehacer jurídico, marcaron un camino de acuerdos y desacuerdos hasta alcanzar la incorporación definitiva del precedente constitucional como fuente de derecho, en sentido estricto²²¹.

La teoría de los derechos fundamentales, algunos principios constitucionales como el de aplicación directa, no discriminación, tutela efectiva, entre tantos otros, junto a la necesidad de unificar la

²²⁰ López Medina, Diego, *Interpretación Constitucional*, Universidad Nacional de Colombia, segunda edición, Bogotá, 2006, pp. 189-225.

²²¹ Esto ocurrió durante el período comprendido entre los años 1995-1998.

jurisprudencia²²² entorno a estos parámetros rectores, repercutieron favorablemente en el proceso, materia de nuestro análisis. La Corte Constitucional colombiana en la Sentencia T-175/97 introduce el concepto de “valor agregado de amplio espectro”. Esta forma de entender la jurisprudencia implicaba diferenciar entre los posibles alcances que posee cada una de las partes de una misma sentencia. Este “valor agregado” pone en manifiesto la independencia del trabajo del juez en relación con la obra legislativa.

La sentencia citada se apoyó en la C-083/95 y C-037/96 en las que se identificó entre lo que hoy conocemos como *decisum* o elemento integrante de la sentencia, con efectos obligatorios *inter partes*; y la ratio *decidendi*, que en palabras de Ronald Dworkin, constituye un elemento argumentativo poseedor de una fuerza gravitacional que atrae a todos los casos cuyos hechos son análogos²²³. La incorporación de este criterio obligó a incurrir en un estudio sistemático de no menos doscientos cincuenta fallos, con lo que se descubrieron contradicciones en el modo de fallar en varios asuntos; pero, también, se logró identificar precedentes estables. Es destacable que ante tal descubrimiento, esta Corte haya tenido el valor político de revocar aquellas sentencias que incurrieran en violaciones a los criterios precedentes, aceptando públicamente tal equivocación.

Por medio de la sentencia T-321 / 98 se logra dar un paso, desde la denominada doctrina legal, hacia el concepto de *balance constitucional*, que no es más que la búsqueda de un sistema estable de precedentes, con las posibilidades de autodepuración mediante la utilización de técnicas excepcionales de justificación jurídica. De esta

²²² Una de las manifestaciones determinantes en la unificación de la jurisprudencia, en torno a la ley, está dada por la creación del recurso extraordinario de casación. Pese a que tal recurso nos limita a los parámetros establecidos por la ley, se lo puede ver como un antecedente histórico que buscó dar una respuesta a la necesidad de trascender a la mera legalidad. La casación fue importante en la unificación del Estado colombiano postfederal y de las altas cortes latinoamericanas.

²²³ Dworkin, Ronald, “La jurisprudencia. El modelo de las normas”, en *Los Derechos en Serio*, Ariel Derecho, España, 2002.

forma, el precedente constitucional pasó a ser parte integrante del sistema jurídico colombiano.

El desarrollo del sistema de precedentes, según lo expresamos, no fue lineal. La ideología tradicionalista de magistradas y magistrados han detenido, en períodos determinados, este desarrollo. Hoy por hoy, las altas cortes colombianas están obligadas a extraer la *ratio decidendi* de sus sentencias y demás actuaciones jurisdiccionales con el objeto de crear un sistema de precedentes que dé soporte a la tan ansiada coherencia jurisdiccional.

La búsqueda de métodos idóneos para disciplinar la producción jurisprudencial repercutirá, de forma decisiva, en la unidad del sistema y en el desarrollo del contenido esencial de los derechos fundamentales, sin olvidar a la garantía de no discriminación, cuando tal o cual persona se encuentre en situaciones fácticas similares a otra.

En suma, la Corte Constitucional colombiana ha desarrollado un sistema de precedentes a partir de la emisión progresiva de sentencias, con carácter vinculante, y la argumentación posterior en idéntico sentido. El proceso ha sido ejecutado paulatinamente y ha llegado a niveles interesantes de desarrollo.

El sistema ecuatoriano podrá valerse de esta experiencia, no para copiarlo sin beneficio de inventario, pero sí para considerarlo uno de tantos puntos referenciales que pudiesen existir, a fin de establecer y favorecer a la vigencia de un sistema de precedentes con capacidad efectiva para racionalizar las prácticas jurídicas en nuestro país.

Elementos constitutivos de la sentencia: el precedente estático

La obligación de establecer y desarrollar un sistema de precedentes implica, necesariamente, un cambio en la forma de procesar las sentencias y las diferentes partes que las componen. La labor técnica impuesta debería, como de hecho ocurre en la mayoría de los casos, obligar a las altas cortes a poseer un departamento específico y altamente especializado en sistematización de jurisprudencia. Estos centros de investigación judicial deben ser capaces dar interpretaciones cualitativas a la evolución de precedentes; identificar tanto los principios vigentes como los derogados o sustituidos; y, con todos estos insumos proponer a las autoridades del organismo, la adopción de mejores prácticas.

El investigador deberá iniciar su trabajo con la identificación de problemas jurídicos específicos, tan concretos, que de la propia sentencia se pueda extraer una respuesta positiva o negativa. En este sentido, la subregla jurisprudencial se construye sobre la base de un sistema binario de respuestas; por ejemplo: ¿el juzgador puede ordenar de oficio la práctica de diligencias probatorias? Respuestas posibles sí/no, aunque estas pudiesen estar matizadas por condicionamientos o requisitos que pasan a formar parte del precedente.

La construcción de una regla; es decir, la determinación de los elementos fácticos que incluyen la aplicación de la consecuencia emanada de la respuesta afirmativa o negativa sobre un problema jurídico concreto es, precisamente, el precedente que pretendemos identificar. La norma extraída entre una multiplicidad de argumentos inoficiosos poseerá una estructura muy similar a la legislativa o reglamentaria, de ahí que se debe optar por su sistematización y codificación para que tales hallazgos no se dispersen.

Para la tarea del juzgador es importante contar con archivos vigentes e históricos en torno a la norma jurisdiccional, a fin de

comprender su evolución y proyección a futuro. En este apartado nos detendremos en el estudio estático del precedente jurisprudencial y, en el acápite siguiente, se expondrá técnicas para el desarrollo del análisis dinámico de la norma jurisdiccional.

Se denomina análisis estático de precedentes porque su estudio se circunscribe a una sola sentencia. Toda sentencia posee tres partes estructurales: a) *obiter dicta* o dichos al pasar; b) *ratio decidendi* o razón de la decisión; y, c) *decisum*. La última constituye la parte resolutive de la sentencia, lo que el tribunal obliga a una o a ambas partes a dar, hacer o no hacer.

En el ámbito del derecho público, se trataría de una ratificación, rectificación o modulación de los actos públicos sometidos a decisión jurisdiccional, sin perjuicio de que pudiesen nacer obligaciones positivas o negativas para el Estado, especialmente, si se trata de violación de derechos fundamentales. De estas características se desprende su alcance *inter partes* y, en consecuencia, la irrelevancia de tal dictamen para casos ulteriores.

La *obiter dicta* se ubica en la parte considerativa, al igual que la *ratio decidendi*, ambas conforman la motivación de la sentencia y la argumentación lógica en la que se fundamenta la *decisum*. La diferencia entre ellas radica en el diferente nivel de intermediación que existe entre los argumentos y la solución de la situación jurídica, en concreto. Así, la *dicta* constituye la parte retórica, justificativa y persuasiva que tiene una sentencia para legitimar la decisión adoptada. Se puede hablar de un valor instrumental.

En sentido contrario, la *ratio decidendi* es la razón principal por la que se acepta o rechaza la pretensión jurídica de las partes, sin perjuicio de la obligación del juzgador de suplir las omisiones de derecho en las que incurrieren los litigantes, principio *iura novit curiae*. En este sentido, la *ratio decidendi* debe guardar estrecha relación entre la argumentación y la decisión; pero, su misión más importante es que de ella se extrae la subregla que configura el precedente.

La *ratio decidendi* es lo que se conoce como *cosa juzgada implícita*, cuyos efectos *erga omnes* condiciona la resolución de casos futuros, por exigencia del derecho a la igualdad formal y a la seguridad jurídica. Se la distingue de la *cosa juzgada explícita* que guarda relación con la *decisum* y sus ya citados efectos interpartes.

La *obiter dicta*²²⁴ por tanto, no constituye cosa juzgada en ningún sentido y, en consecuencia, no posee la aptitud jurídica para convertirse en precedente, salvo que en otro caso el mismo argumento retórico se convierta en razón necesaria de resolución, aunque en ese caso pasaría a ser *ratio*²²⁵.

La *obiter dicta* resulta crucial en ejercicio judiciales de disanalogía. Este método argumentativo puede responder a cuestiones fácticas o a criterios jurisprudenciales. En el último caso porque el criterio que se pretende hacer valer como *ratio decidendi*, no es tal, sino que constituye parte instrumental de la sentencia anterior. En tal virtud, cuando no existe correspondencia entre los elementos fácticos esenciales sobre los cuales se produce la traba la *litis* y, esto se evidencia en un análisis comparativo entre las partes expositivas de los dos casos pretendidamente asimilables, se puede llegar a concluir que el criterio que decidió el primer caso no es vinculante para el segundo. De aplicárselo estaríamos ante un nuevo precedente o ante la ampliación evolutiva del primero, en cualquier caso, la carga argumentativa será menos rigurosa.

²²⁴ El carácter persuasivo que se le otorga a la *obiter dicta* guarda relación con las teorías discursivas de autores como Parelman, McCormick, Habermas y Alexy, por lo que debe ser vista como una parte vital en la legitimación de la decisión del juez, pese a que su alcance no trascienda a la sentencia.

²²⁵ Cuando se habla de sentencias, se lo hace en sentido amplio; es decir, nos referimos a decisiones jurisdiccionales que resuelven problemas concretos, incluso de tipo procedimental. En tal virtud, cuando se habla de sentencias, el lector deberá comprender que en tal concepto se encuentran incorporados autos, decretos y demás resoluciones, en los que se recoja cualquier criterio jurisdiccional no previsto en norma positiva alguna.

El Tribunal Contencioso Electoral en la causa No. 537-2009 aplicó este criterio al decir:

“El recurrente hace referencia a la causa No. 421-2009 resuelta por este Tribunal y solicita que se siga el mismo procedimiento. Es cierto que dentro del citado proceso se procedió a ordenar la apertura de urnas, a fin de acercarse al conocimiento de la verdad histórica de los hechos controvertidos, sin embargo, del análisis del mismo se desprende que tal precedente no constituye un caso análogo, capaz de dar respuesta al caso que en esta oportunidad se ventila por no existir la identidad indispensable para el efecto. Así, en aquel caso, los sujetos políticos fueron notificados con resultados parciales y no definitivos como ocurre en este. Por otra parte, este Tribunal con anterioridad a la mencionada diligencia declaró la nulidad de las actas de recuento, situación que en el presente caso ya fue ordenado y ejecutado por la Junta Provincial del Guayas.

Finalmente, a la luz del *principio de determinancia*,²²⁶ en aquel caso, por haber cuantiosas inconsistencias numéricas, cabía la posibilidad que al recomtar los votos, los nuevos datos que se obtuviesen, llegasen a incidir en el resultado final, circunstancia que en este caso tampoco ocurre. En este sentido, la causa 421-2009, pese a constituir jurisprudencia vinculante, resulta inaplicable al presente caso, por las razones de *disanalogía* analizadas, lo que de ninguna manera implica inobservancia ni separación del precedente jurisprudencial legítimamente sentado en la causa 421-2009, el mismo que dicho sea de paso, se encuentra en total vigencia”.

La disanalogía, por razones de *dicta*, se basa en determinar que pese a que el caso presenta características fácticas esencialmente

²²⁶ “El juicio de revisión constitucional electoral es procedente, cuando la violación reclamada pueda resultar determinante para el desarrollo del proceso electoral respectivo o el resultado final de las elecciones...”. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Caso: Alianza por Yucatán, Partido Político Estatal vs. Pleno del Tribunal Electoral del Estado de Tucatán, jurisprudencia No. 7/2008, Gaceta Jurisprudencia y Tesis en Materia Electoral, año 1, Número 2, 2008, p. 37.

equiparables, no cabe el método de aplicación jurídica *a pari* o analógica porque la razón que se pretende hacer valer, en el caso en discusión, no corresponde a la *ratio decidendi* de la sentencia previa. En tal sentido, se deberá extraer la razón esencial del caso precedente para demostrar que la parte retórica de esta causa no determina la decisión actual por no constituir subregla jurisprudencial, en sentido estricto.

Un mal manejo de las partes de la sentencia puede hacer que una subregla, efectivamente consagrada, sea desconocida al presentársela como dicta o, viceversa, en un caso posterior, quedando la genuina tácitamente derogada y la falaz consagrada como precedente. Por otra parte, la errática sistematización de precedentes podría conllevar una proliferación innecesaria de precedentes. La marea del derecho judicial podría repetir los problemas antiregulatorios ya experimentados por la inflación legislativa.

El lector podrá observar que pese a la elaboración de metodologías tendientes a unificar criterios de identificación de precedentes, esta tarea no deja de ser esencialmente hermenéutica, según la cual, la interpretación subjetiva del investigador tendrá implicaciones determinantes. Esto no quiere decir que los precedentes serán lo que el departamento de jurisprudencia dice que son; es muy importante que quienes ostentasen posiciones de dirección en tales unidades posean una rica preparación y experiencia. El intercambio de funcionarios, entre cortes amigas, podría ser un método interesante para intercambiar experiencias y obtener nuevas destrezas técnicas.

El manejo metodológico de la subregla: el precedente dinámico

Del análisis anterior se aprecia que un adecuado manejo de las sentencias y el establecimiento de una metodología correcta, para la identificación y construcción de líneas jurisprudenciales será indispensable para conocer el proceso evolutivo que sigue el derecho judicial, así como conocer los criterios jurisprudenciales vigentes y, por tanto, de directo y obligatorio cumplimiento.

Por lo indicado, en este acápite se intentará describir uno de tantos procedimientos que existen para diseñar una suerte de codificación de las subreglas incorporadas al sistema jurídico, de forma difusa, vía actos jurisdiccionales. Este procedimiento constituye lo que la doctrina da el nombre de análisis dinámico del precedente.

A diferencia del análisis estático, el análisis dinámico no se limita al estudio de una sentencia sino a la de un nicho decisional que permite identificar, en secuencia cronológica, estas reglas, así como trazar proyecciones, con guía, en la evolución de criterios. Naturalmente, el éxito de la identificación de la línea dependerá del estudio estático y dinámico porque el primero, será un insumo indispensable para el segundo.

El primer paso que debemos dar en el descubrimiento de una línea jurisprudencial consiste en delimitar el problema jurídico sobre el que buscamos respuesta. La norma jurisprudencial se crea en relación a un caso en concreto. Desde sus orígenes, es concebida para dar respuesta afirmativa o negativa a una cuestión jurídica específica. Este sistema binario de respuestas obliga a que la cuestión planteada por el investigador formule una pregunta, de cuyo estudio pueda alcanzar una respuesta SI/NO, sin perjuicio de que esa respuesta puede llegar a condicionarse por requisitos o situaciones establecidas en la misma subregla. En este sentido, la formulación objetiva del problema determinará el éxito o fracaso de nuestro estudio jurisprudencial.

Una vez formulada la cuestión y delimitado el problema jurídico de interés, el investigador deberá encontrar la forma más eficiente posible de acceder a todas las fuentes jurisprudenciales relativas al tema. Se puede utilizar publicaciones oficiales, gacetas, programas electrónicos compiladores de jurisprudencia; aunque, lo más recomendable sería acudir directamente a los archivos del tribunal o corte correspondiente y obtener este insumo preliminar de fuente primaria.

El profesor López Medina desaconseja guiar la línea investigativa según citas o referencias obtenidas de textos doctrinarios

sobre las diferentes materias puesto que, según nos hace notar, la mayoría de autores, para los propósitos académicos y de opinión que persiguen, escogen sentencias excepcionales, curiosas y/o con importante connotación política. En este sentido, este tipo de sentencias reactivas no representan una muestra válida para identificar el nicho decisional porque no corresponden a un criterio sostenido que pueda integrar el diseño de la línea jurisprudencial que buscamos²²⁷.

Una vez identificado el universo de fallos a ser procesados, el investigador procederá a ordenarlos en un sentido cronológico-ascendente por tratarse de un estudio evolutivo, por lo que cada sentencia deberá estar relacionada con sus predecesoras inmediatas, a fin de establecer concordancias o discrepancias decisionales. Así, la identificación de la sentencia creadora de línea, tiene sentido por ser la primera; las siguientes, por evidenciar cambios o confirmaciones, de tal forma que el último criterio será el vigente y exigible en estrados. Un estudio desordenado de la jurisprudencia puede extraviar la labor investigativa y sumergirnos en un laberinto de sentencias dispersas.

La identificación de la *ratio decidendi* de cada una de las sentencias escogidas como pertinentes, de conformidad con los parámetros y criterios señalados para el análisis estático del precedente, según lo revisado en el acápite anterior consiste en el análisis posterior pertinente en la sentencia. La identificación de la *ratio decidendi* y de la *obiter dicta* de cada sentencia reducirá, considerablemente, el nicho decisional del que extraeremos la línea. Esta etapa del proceso requiere un control mayor puesto que depende, en gran medida, de la apreciación subjetiva del investigador. Un error en este procedimiento puede llevarnos a pensar en una eventual contradicción de criterios lo que distorsionaría los resultados que finalmente serán graficados, según el esquema que en adelante se explica.

Ahora bien, una vez que el nicho decisional primigenio ha quedado reducido por efectos de la exclusión de las sentencias de una

²²⁷ López Medina, Diego. *El Derecho de los Jueces*, Legis, Bogotá, 2006, pp. 167-180.

única temática, como parte retórica de la misma, obtendríamos lo que llamaremos *decisional objetivo*. Sobre este universo cualitativo de sentencias podríamos proceder con el estudio del precedente dinámico, propiamente dicho.

Debemos advertir que dentro de un sistema jurisprudencial, no todas las sentencias poseen la misma función ni importancia. Para efectos de identificar a las sentencias de mayor importancia para nuestro estudio, les daremos el nombre genérico de *sentencias hito*. Cada una de las *sentencias hito* deben ser graficada según el esquema que ejemplificaremos en adelante, de ahí que constituirán los puntos de enlace por donde cruzará nuestra línea jurisprudencial. Dentro de las *sentencias hito* podemos distinguir entre: a) Sentencias fundadoras de línea o sentencias bandera; b) Sentencias paradigmáticas; c) Reformadoras de línea; y, d) Sentencias confirmadoras de línea²²⁸.

Las *sentencias fundadoras de línea*²²⁹ son los primeros pronunciamientos realizados por un tribunal sobre un punto específico de derecho. Estas sentencias suelen ser amplias, generales y abundantemente retóricas. Estas sentencias suelen evidenciar los esquemas ideológicos manejados por las cortes o tribunales, lo que permite proyectar las posibles respuestas que magistradas y magistrados darán a casos ulteriores. Sus misiones más relevantes, dentro del sistema jurídico consisten, en un primer momento, en concretar los preceptos normativos, especialmente principios de alto grado de amplitud, en dirección a resolver un caso en concreto. Por su propia naturaleza dejan espacios lo suficientemente amplios para que los principios rectores, en ellas consagrados, direccionen la producción jurisprudencial posterior.

²²⁸ Las últimas no son necesariamente sentencias hito por no tener elementos creativos; sin embargo, poseen funciones específicas dentro de la línea jurisprudencial.

²²⁹ En Colombia, estas sentencias predominaron durante el periodo de consolidación de la Constitución de 1991. En Ecuador, las dos únicas sentencias emitidas hasta el momento. (001-08-SI-CC, R.O. 479-S, 2-XII-2008; y, 002-08-SI-CC, R.O. 487-S, 12-XII-208) poseen las características indicadas para las creadoras de línea lo que nos invita a pensar que de una u otra manera la Corte ecuatoriana empieza a transitar por el camino marcado por su homóloga colombiana.

Podemos decir que pese a tener la facultad potencial de establecer precedentes, las sentencias creadoras de línea guardan alguna similitud con la denominada jurisprudencia de conceptos, aunque no sólo se limiten a interpretaciones en abstracto, y son capaces de crear subreglas judiciales. La segunda función que se atribuye a este tipo de sentencias obliga al juzgador a dejar, intencionalmente, posibles indeterminaciones en cuanto a la consecuencia jurídica de un acto o situación determinada. Esta naturaleza amplia de los principios consagrados en la sentencia, serán sustituidos, en períodos de tiempo relativamente cortos por sentencias que dan respuestas más específicas a los casos en discusión.

Las *sentencias creadoras de línea* proyectan una sombra decisional capaz de agrupar o contener a un conjunto de subreglas derivadas de problemas jurídicos específicos. Este espacio normativo, si bien sigue dejando un importante grado de libertad para el juzgador futuro, no deja de condicionarlo porque va creando marcos decisionales cada vez más reducidos hasta llegar, progresivamente, al establecimiento de la subregla.

Es decir, identifican el sendero por el que transitará la producción jurisprudencial futura. Las sentencias fundadoras de línea constituirán el punto inicial por donde partirá la línea jurisprudencial, al momento de ser graficada.

Las *sentencias paradigmáticas* son aquellas que van reduciendo la sombra decisional delineada por las sentencias fundadoras, sin que ello implique contradecirla. Por el contrario, las sentencias paradigmáticas desarrollan los preceptos guías de sus predecesoras, da eficacia práctica y significado concreto, en conflictos determinados. En este tipo de sentencias es posible identificar subreglas provistas de mayor objetividad. Por su naturaleza, pueden existir más de una subregla que dé respuesta a diversas controversias sobre un asunto determinado dentro del mismo espectro decisional dejado por la sentencia fundadora de línea. Por lo general, las sentencias paradigmáticas contienen el precedente vigente o sobre el cual se argumenta para desconocerlo o reformularlo. Eventualmente, puede tener mayor duración en el tiempo en comparación con las fundadoras de línea.

Las *sentencias reformadoras de línea* son aquellas que rompen la armonía decisional impuesta por las sentencias fundadoras de línea y desarrolladas de forma lineal por las sentencias paradigmáticas, que han sido fortalecidas por las confirmadoras de línea. Este tipo de fallos formulan una subregla jurisprudencial que sustituye a la establecida por una sentencia paradigmática, quedando derogada la anterior. Las sentencias reformadoras de línea aparecen como un punto ubicado al extremo opuesto al que encontramos a las sentencias paradigmáticas no disidentes. Si bien comparten con las dos clases de sentencias anteriormente descritas, la posibilidad de ser declaradas inconstitucionales, en virtud del control abstracto al que se somete toda norma con efectos *erga omnes*, las sentencias reformadoras se encuentran en mayor situación de riesgo puesto que, en el caso de las fundadoras de línea, por su carácter retórico y amplio, generalmente no hacen sino contextualizar el marco constitucional.

En el caso de las sentencias paradigmáticas, con el respaldo de las confirmadoras de línea, son sometidas, constantemente, a la revisión por la misma y otras jurisdicciones, lo que reduce el riesgo de incurrir en vicios de inconstitucionalidad; no así las reformadoras, que como ya se ha dicho, derogan al precedente fortalecido e imponen una nueva regla, cuyo único respaldo de legitimación está dado por su nivel justificativo, argumentativo y técnico.

Para efectos gráficos, la sentencia reformativa marcaría el punto de inicio de una nueva línea jurisprudencial por lo que se convierten, a su vez, en sentencia fundadora de línea; sin embargo, por sus efectos particulares, también vienen a establecerse como sentencias paradigmáticas sobre las cuales deberán sustentarse los casos futuros o sobre las que se deberá argumentar, para efectos de una disidencia ulterior.

Finalmente, las *sentencias confirmadoras de línea*, como su nombre lo indica, son aquellas que aplican secuencialmente los preceptos establecidos por las sentencias paradigmáticas. Su característica principal consiste en fortalecer a aquellas y en dotar al ordenamiento jurídico de

cierto grado de certeza jurídica, ya que siguiendo una línea uniforme se puede predecir, en buena medida, la decisión que el juzgador adoptará en el caso en discusión.

En consecuencia, el precedente jurisprudencial actualmente vinculante es aquel que ha sido consagrado por la última sentencia paradigmática, en términos cronológicos. Puede ser también la última sentencia reformadora, es decir, la que sustituyó al anterior y, por ello, pasó a ocupar su lugar dentro del ordenamiento jurídico. En ese sentido, para argumentar sobre la base del efecto vinculante del precedente, el investigador deberá citar, en primer lugar, la subregla de la última sentencia paradigmática que debe estar perfectamente identificada, así como la fecha en la que se la expidió y, de contar con los datos necesarios, el número de fallos que confirman la subregla que en aquella oportunidad se aplica.

A manera de recapitulación, se desprende la dificultad que presenta la identificación de las *sentencias hito*. Este problema puede ser minimizado si la propia Corte o Tribunal despliega un trabajo editorial que identifique, dentro de sus sentencias, la *ratio decidendi* puesto que, como quedó señalado, no todo el texto constitutivo de una sentencia constituye precedente obligatorio. Un trabajo de esta naturaleza reduciría el esfuerzo del investigador y la posibilidad de incurrir en errores metodológicos.

La Corte Constitucional colombiana, en el encabezado de sus sentencias, suele citar las subreglas que de ese pronunciamiento se desprenden, sin perjuicio de la transcripción literal de su texto completo. A esta práctica podría añadirse los datos referenciales de la sentencia paradigmática y la fecha, desde la cual se encuentra vigente.

El criterio cronológico es de vital importancia. La regla adoptada puede ser confirmada, ampliada o sustituida por una ulterior. De ahí que los operadores del sistema están obligados a un manejo prolijo, sistemático y constante de esta fuente. La falta de cuidado en el seguimiento de la producción jurisprudencial podría arremeter contra

la unidad y coherencia del sistema normativo en su totalidad, toda vez que la adopción de una regla, como precedente, podría provocar la inconstitucionalidad superveniente de cualquier norma positiva y condicionar la producción legislativa, reglamentaria y secundaria futura.

Por tanto, el manejo poco cuidadoso de la jurisprudencia podría ser causa suficiente para provocar un caos normativo, con repercusiones en todos los niveles del ordenamiento, y sobre todo, al derecho fundamental a la seguridad jurídica.

Por otra parte, los constantes cambios de precedente o la adopción de reglas contradictorias entre sí, aplicadas indistintamente y en períodos concurrentes en el tiempo, atentan contra el derecho a la igualdad, en sentido formal, puesto que la norma que se construye a través de la sentencia adopta características de generalidad y abstracción con capacidad de regular casos análogos futuros.

Todo esto, sin perjuicio de las circunstancias excepcionales o del reconocimiento expreso de errores por parte del órgano jurisdiccional, el mismo que justificará técnicamente el abandono del precedente y, con ello, establecerá un punto de equilibrio entre el principio de igualdad y el de seguridad jurídica, armonizándolos con el principio de independencia judicial y la naturaleza dinamizadora que se atribuye a esta fuente del Derecho, en atención a la evolución de la vida y de la conflictividad social.

El trato diferenciado entre personas o grupos, la inaplicación de una regla o la construcción de una nueva, para un caso que en su visión primera se mostrase con idéntica posición circunstancial, sólo puede ser permitido por una vasta justificación argumentativa que demuestre la *razonabilidad* de tal disanalogía, a fin que el trato diferenciado no llegue a producir efectos discriminatorios.

Para evitar que el trato diferente sea discriminatorio “el Tribunal a) debe, ante todo, aislar el acto o norma que comporta el presunto trato desigual [...] b) debe asimismo comprobar [...] la existencia y la licitud

constitucional de un fin [...] debe además indagar a la inversa [...] cuál es el alcance del elemento común [...] finalmente, el Tribunal debe establecer que existe un nexo de conexión pertinente, lógico y además proporcionado, entre aquel fin y esta regulación diferenciada”²³⁰.

Análisis práctico y aplicación metodológica

A continuación, se procederá a ejemplificar la metodología planteada para el tratamiento de una línea jurisprudencial. Para el efecto se ha escogido como tema central a la *teoría del bloque de constitucionalidad*, a fin de analizar a la luz de los pronunciamientos emanados de los máximos organismos de control constitucional, de acuerdo con el sistema ecuatoriano²³¹.

La pregunta es: ¿El sistema jurídico ecuatoriano reconoce la existencia de normas, con jerarquía constitucional, que no se encuentran expresamente previstas en su texto?

Una vez que se ha explorado bajo criterios de búsqueda electrónica entre más de quince mil sentencias incorporadas en el programa Fiel Magister de la compañía Ediciones Legales S.A., que constituye un amplio muestreo hasta el año 2009, se ha identificado cinco fallos que por su relevancia podrían delimitar el nicho decisonal que necesitamos. La muestra escogida ha sido ordenada en sentido cronológico ascendente, de tal forma que las sentencias quedan organizadas de la siguiente manera: 001-2004-DI, 0002-2005-DI, 0035-2006-DI, 0008-07-DI, 0001-009-SIS. Posterior al análisis y organización se procederá a

²³⁰ Garrorena Morales, Ángel, *El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho*, Editorial Tecnos, primera edición, Madrid, 1991, pp. 52-54.

²³¹ Para la elaboración del precedente acápite he resumido un trabajo original de Danilo Caicedo Tapia, a quien agradezco por su aporte.

identificar la *ratio decidendi* en cada una de ellas.²³²

- **Resolución No. 001-2004-DI**

La presente resolución se refiere a la demanda de inconstitucionalidad del inciso segundo, del artículo 255 del Código de Procedimiento Penal, que impedía a todo juez dar explicaciones sobre las decisiones sometidas a su conocimiento, antes y después de haberse dictado sentencia.

En esta ocasión, el pleno del ex Tribunal Constitucional resuelve aceptar, parcialmente, la demanda con siete votos a favor y dos votos salvados; en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad por las palabras *ni y ni después* al amparo del derecho a la libertad de opinión y a la libre expresión del pensamiento.

Para delimitar el contenido de los derechos invocados, el Tribunal Constitucional acude a varias fuentes normativas y jurisprudenciales, tanto nacionales como internacionales. Así, se analiza el asunto según los estándares establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, haciendo referencia a la obligación general de los Estados de adoptar disposiciones de derecho interno para dotar de eficacia al instrumento internacional en referencia.

En similar sentido, se cita el artículo diecinueve del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo veintisiete de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados respecto a la obligatoriedad de los tratados y al principio *Pacta Sunt Servanda*, el caso Olmedo Bustos y otros vs. Chile, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que analiza la censura previa desde su esfera conceptual y establece los parámetros generales que regulan su ejercicio.

²³² Debido al corto tiempo de existencia del Tribunal Contencioso Electoral y su casi total coherencia en los fallos emitidos, conforme se desprende del anexo incorporado a esta obra, se ha tomado, con fines explicativos, casos correspondientes al ex Tribunal Constitucional. Sin embargo, la metodología utilizada es aplicable a cualquier nicho decisonal.

Con ese análisis, el Tribunal Constitucional reconoce jurisprudencialmente "...la obligatoriedad de los Estados de aplicar lo que se denomina el Bloque de Constitucionalidad. En esencia significa que los Estados no están obligados solamente al cumplimiento del contenido de sus constituciones, sino también al de los tratados internacionales que han suscrito y ratificado, puesto que existen disposiciones concretas de respetar sus preceptos, y por lo tanto pasan a insertarse dentro de la normativa con máxima jerarquía".

Bajo la misma línea de pensamiento agrega: "...en cada causa no es suficiente con defender solamente la Constitución sino también los instrumentos internacionales que la integran, lo que constituye el Bloque de Constitucionalidad".

En definitiva, el Tribunal Constitucional ecuatoriano reconoció la existencia de normas jurídicas, que pese a no encontrarse en el texto constitucional, poseen igual jerarquía porque se entienden incorporadas al sistema constitucional ecuatoriano. Por lo tanto, a partir del análisis de esta sentencia, *fundadora de línea*, se puede decir que, a partir del año 2004, el Tribunal Constitucional incorporó, vía precedente jurisprudencial, la teoría del bloque de constitucionalidad al sistema jurídico ecuatoriano.

- **Resolución No. 0002-2005-DI**

El segundo fallo que atiende al tema, materia de investigación, se da ante una demanda de inconstitucionalidad relativa a la figura de la *detención en firme*, incorporada al sistema procesal penal ecuatoriano²³³.

²³³ El artículo del Código de Procedimiento Penal, materia de examen constitucional fue el siguiente: "Art. 173-A.- Detención en firme.- A fin de contar con la presencia del acusado en la etapa de juicio y evitar en suspensión, en el auto de llamamiento a juicio, el Juez que conoce la causa deberá obligatoriamente ordenar la detención en firme del acusado...". En virtud de esta norma y otras, en torno a ella concordada, hacían que una persona pudiese pasar privado de la libertad por tiempo indefinido, sin recibir sentencia.

En este caso, la línea de razonamiento fue la siguiente: la doctrina reconoce como método de interpretación constitucional al denominado método sistemático, según el cual se debe entender a la Constitución como un todo orgánico y no como un conjunto de normas dispersas. Para apoyar esta forma de interpretación constitucional, el Tribunal Constitucional se remite a normas de Derecho Internacional, las cuales forman parte del ordenamiento jurídico y prevalecen sobre leyes y otras normas de menor jerarquía, según lo expresaba el artículo 163 de la Constitución Política de 1998.

Entre las normas en las que se apoya el Tribunal Constitucional, para proceder según la interpretación sistemática de los derechos fundamentales, relativos a las garantías del debido proceso, tenemos: el artículo noveno del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo séptimo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Ecuador, de octubre de 1996; y, la Opinión Consultiva OC-14/94, de diciembre 9 de 1994 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El Tribunal Constitucional concluye que “...no es facultativo del Estado acatar las normas contenidas en tratados internacionales que han sido ratificados por el Ecuador y promulgados en el Registro Oficial, sino que es obligatoria su aplicación por su jerarquía suprallegal; y, en materia de derechos humanos, es suficiente que un instrumento sobre esta materia se encuentre vigente para que los ciudadanos ecuatorianos gocen incondicionalmente de los derechos y libertades en ellos contenidos...”.

En este sentido, el organismo se apoya en el principio de interpretación más favorable al ser humano o *pro homine*, para dirimir una divergencia de estándares de protección entre la normativa interna e internacional, con lo cual se deja sentado que, en esa materia, el Tribunal Constitucional deberá hacer prevalecer la normativa internacional, por ser más garantista que la disposición constitucional.

Del texto se desprende que, aunque no se mencione de forma expresa al bloque de constitucionalidad, se reconoce la obligatoriedad de las normas internacionales y su supremacía, cuando establecieren parámetros más amplios de protección de derechos fundamentales citando, además, las denominadas normas de *soft law*, las cuales pasan por interpretación jurisprudencial a ser parte del bloque; por lo tanto, el precedente bajo análisis amplía al establecido en la sentencia fundadora de línea. Podemos decir, que nos encontramos ante una sentencia confirmadora de línea.

- **Resolución No. 0035-2006-DI**

Esta resolución analizó la demandada de inconstitucionalidad relativa a la obligatoriedad que tenían los varones, que acababan de cumplir la mayoría de edad, de presentarse a prestar el servicio militar, en relación a un eventual conflicto con el derecho a la objeción de conciencia. Las normas sometidas a examen son: los artículos 88 y 108 de la Ley de Servicio Militar Obligatorio.

El Tribunal Constitucional señala que la norma analizada constituye “una ley ordinaria, que no responde al espíritu y principios contenidos en la Carta Fundamental, lo que evidencia entonces la necesidad de regular el derecho a la objeción de conciencia mediante una normativa de carácter orgánico. No obstante, cabe precisar que la ausencia de una ley que sintonice con la Carta Política, de ninguna manera constituye un impedimento para que este derecho deje de ser exigible y aplicable”. El Tribunal, en forma dividida, declara la inconstitucionalidad de esos artículos, en virtud del fondo.

Tal decisión se encuentra fundamentada en varios instrumentos internacionales, entre los que destacamos a la resolución de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 5 de marzo de 1987, que analiza el contenido esencial del derecho a la objeción de conciencia, como una de las manifestaciones del derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, reconocidos en la Declaración Universal de los

Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Así también, de manera complementaria fundamenta su fallo en las recomendaciones de la Comisión en los años 1989, 1991 y 1993, en cuyo informe "...recomienda que se viabilice por ley el derecho de las personas que por razones de conciencia...".

En definitiva, la remisión continua que hace el Tribunal Constitucional sobre el valor normativo del Derechos Internacional de los Derechos Humanos, al que en determinadas circunstancias le asigna valor y jerarquía supraconstitucional cuando consagrare estándares más elevados de protección de derechos, ratifica lo expresado por la sentencia fundadora de línea, confirmándola una vez más.

- **Resolución No. 0008-07-DI**

El presente fallo analiza la inconstitucionalidad demandada en contra de la Resolución No. PLE-TSE-2-1-3-2007, adoptada por el Tribunal Supremo Electoral, mediante la cual se convocó a consulta popular, con base en los Decretos Ejecutivos Nos. 002; 054; y, 148. En la presente causa, el Pleno del Tribunal Constitucional resolvió, por unanimidad, desechar la demanda de inconstitucionalidad presentada por el Presidente del Congreso Nacional, con fundamento en que la mayoría de los ciudadanos, en ejercicio de su poder de soberanía, se pronunciaron en aprobación a la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente, al haber sufragado a favor de la propuesta que se hacía constar en el estatuto sometido a consulta, celebrada el domingo 15 de abril de 2007.

Sobre la base de lo anterior, el Tribunal Constitucional sostiene que:

“Las sociedades políticas y los Estados no están solos o aislados en el mundo, las características de la actual sociedad y del mundo globalizado imponen mínimas reglas de convivencia entre los Estados. En tal sentido, el Ecuador es miembro de la ONU y de la OEA, más concretamente, el Ecuador es suscriptor de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (...) siendo que, a la luz de la Convención del

Viena sobre los Tratados, ningún Estado puede alegar normas internas para justificar el incumplimiento de los tratados internacionales; pues, la suscripción de un tratado implica la de adecuar el ordenamiento jurídico de un país para hacer efectivo el tratado, no pudiendo el Estado posteriormente modificar su ordenamiento jurídico para incumplir el compromiso internacional en razón de los principios *pacta sunt servanda* y *bona fide* que llevan implícitos los tratados internacionales”.

Del texto citado se desprende la estabilidad de una línea jurisprudencial que va ganando mayor fuerza por las ratificaciones sostenidas que fue obteniendo a través de los años.

- **Sentencia No. 0001-009-SIS**

La presente sentencia emitida por la Corte Constitucional es la primera que, de manera expresa, menciona al bloque de constitucionalidad. Todo esto ya en el marco normativo de la Constitución de 2008, en concordancia con los fundamentos que inspiran a la acción por incumplimiento, al rol garantista en relación a la plena vigencia del sistema constitucional, adjudicado a la misma Corte.

La nueva norma constitucional trae innovaciones favorables a la teoría del bloque de constitucionalidad. Sin embargo, la Corte Constitucional actúa como si no existiese desarrollo jurisprudencial previo, toda vez que su contenido sigue resultando amplio, innecesariamente retórico y en exceso abstracto, en comparación con ordenamientos jurídicos comparados. Esta amplitud del precedente se explica por la necesidad política de refundar toda línea jurisprudencial, en atención a la coyuntura de reciente aprobación de la nueva Constitución de la República. Pese a esta forma de actuar, esta sentencia no puede ser tenida como fundadora de línea, no obstante, representa un retroceso en el camino hacia la progresiva concreción de los criterios jurisprudenciales.

Este caso, en sí, se refiere al incumplimiento por parte

del Registrador de la Propiedad, de una resolución del Tribunal Constitucional que ordena protocolizar varios inmuebles en la ciudad de Guayaquil. En este contexto, la Corte explica que “Una Constitución puede ser normativamente algo más que el propio texto constitucional, esto es que las normas constitucionales, o al menos las supralegales pueden ser más numerosas que aquellas que pueden encontrarse en el articulado de la constitución escrita” (...). “En tal virtud, para resolver un problema jurídico no sólo se debe tener presente a la Constitución, ya que otras disposiciones y principios pueden tener relevancia para decidir esos asuntos...”.

De esta forma se alcanza la incorporación expresa de la figura del bloque de constitucionalidad, destacándose también que mediante precedente constitucional se empieza ya a delimitar o a regular su contenido, aunque a estas alturas de la historia constitucional del país deberíamos haber llegado a subreglas más específicas sobre el tema. De acuerdo con la Corte Constitucional, el bloque de constitucionalidad abarca a los tratados internacionales suscritos por el Ecuador, en especial los referentes a derechos humanos, entre los cuales ocupa un lugar preferencial la Convención Americana de Derechos Humanos.

¿El sistema jurídico ecuatoriano reconoce la existencia de normas, con jerarquía constitucional que no se encuentran expresamente consagradas en su texto?			
SÍ EXPRESO	SÍ TÁCITO	NO TÁCITO	NO EXPRESO
	Resolución 001-2004-DI		
	Resolución 0002-2005-DI		
	Resolución 0035-2006-DI		
	Resolución 0008-07-DI		
Sentencia 0001-009-SIS			

La inserción del precedente constitucional-electoral, según los principios y valores de un nuevo modelo jurídico

Precedente nacional obligatorio

El precedente obligatorio, como institución jurídica, no es precisamente una novedad para el sistema ecuatoriano. Quizá su antecedente más inmediato y equivalente constituyen los fallos de triple reiteración que ha emitido la Corte Suprema de Justicia. Esta facultad persiste para la Corte Nacional (Art. 184 # 2). “La triple reiteración de un fallo de casación constituye precedente jurisprudencial obligatorio y vinculante [...] excepto para la propia Corte Suprema”²³⁴.

Un primer comentario, es que resulta inconsistente, con el derecho a la igualdad, que deban existir tres fallos análogos para que, el precedente jurisprudencial sea obligatorio y que sólo ante la presencia de un cuarto caso, las partes puedan exigir la observancia del criterio.

El precedente constitucional y el precedente electoral difieren, en este sentido, puesto que cada sentencia creadora de una subregla constituye un precedente exigible desde el momento mismo de su expedición. El derecho a la igualdad exige que en el segundo caso análogo se proceda conforme se lo hizo en el primero, de ahí que la Corte Constitucional y el Tribunal Contencioso Electoral no requieren establecer reiteraciones en sus posturas. Tampoco tendrían que justificar las veces en las que ha resuelto casos determinados, salvo para determinar la estabilidad o no de un criterio. En suma, en materia constitucional y electoral, bastaría con la demostración de la existencia de una sentencia fundadora de línea o de una sentencia paradigmática para sostener un argumento en base en su *ratio decidendi*.

En el acápite anterior nos hemos referido al precedente horizontal, cuyo acatamiento puede ser evitado por otros organismos de similar

²³⁴ Ley de Casación (Art. 19 inc. 2).

jerarquía. Podemos decir que el precedente horizontal se presenta como un criterio jurídico, meramente referencial o guía; por tanto, los demás jueces no estarían obligados a remitirse a la sentencia de su colega para justificar su inobservancia; podrían, también, adoptar el criterio como propio, sin tener que citar su fuente.

Por su parte, el precedente vertical, en sentido argumentativo, al juzgador futuro. A diferencia del precedente horizontal, el precedente vertical tiene que ser expresamente citado por el juez inferior, sea para ratificarlo o negarlo. En este último caso, asumiría una considerable carga argumentativa, según lo hemos venido diciendo. La cita expresa del precedente es tan obligatoria como la referencia a la ley que guía a la decisión jurisdiccional, en concreto. Tanto es así que, ante una eventual colisión entre preceptos legales y jurisprudenciales, el juez inferior deberá remitirse a ambos preceptos a fin de justificar, de acuerdo a criterios válidos de prevalencia entre una y otra fuente. Así, el juzgador deberá remitirse a los métodos generalmente aceptados para la resolución de antinomias de primer grado (criterio de competencia, método sistemático, exegético, *pro homine*, etc.) y, de ser necesario, a criterios de solución de antinomias de segundo grado (entre métodos de solución de antinomias primarias) a fin de cubrir, en cuanto le fuere posible, toda grieta argumentativa por la que pudiese filtrarse cualquier sentimiento razonado de inconformidad, desde la perspectiva de las partes.

Como una derivación del precedente horizontal encontramos al autoprecedente y sus implicaciones específicas. El respeto al autoprecedente cumple con una función técnico-jurídica, aunque con alto contenido y trascendencia política²³⁵. En este sentido, la generalizada reiteración de los propios criterios, su estabilidad y el constante enriquecimiento de los mismos, proyecta hacia la opinión

²³⁵ Así como es importante alcanzar, dentro de cada fallo, al menos una mayoría contundente, por no hablar de unanimidad, ya que esto ofrece a la ciudadanía una imagen de unidad y confianza respecto a la certeza y a la racionalidad con la que actúa el organismo.

pública mínimos indispensables de coherencia en el ejercicio de la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Este modo de proceder va legitimando a las altas cortes dentro de un sistema democrático que, en último término, se encuentra asentado en la aceptación popular, de donde, además, obtiene su fortaleza política, que garantiza su independencia frente a las demás funciones del Estado.

En suma, un responsable manejo del autprecedente es determinante para la estabilidad institucional y legitimación política de las cortes.

El criterio de la triple reiteración que, tradicionalmente, ha operado en función de la Corte Suprema de Justicia o “doctrina probable” ha estado estrechamente ligado al recurso de casación cuya finalidad radica en garantizar la efectiva vigencia formal y material de la ley. Es decir, su ámbito tradicional de competencia se ha agotado en esta fuente. El recurso de casación, en cuanto a su circunscripción a la ley, deberá matizarse progresivamente por irrupción de principios superiores, como el de aplicación directa, según el cual la ley debe ceder ante el poder normativo superior de la Constitución. La acción extraordinaria de protección será un presupuesto fuerte de unidad del sistema que tenderá a la flexibilización del recurso de casación, ya no limitándolo a la indebida o falta de aplicación de la ley sino trasladando su lógica hacia la indebida u omisión de aplicación del derecho, especialmente del Derecho Constitucional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con sus principios y valores específicos.

En materia electoral, por el momento, no se puede hablar de precedente horizontal puesto que el Tribunal Contencioso Electoral posee competencias exclusivas y concentradas, en esta rama de Derecho. La Ley Orgánica Electoral y de Partidos y Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, posibilita la creación de conjueces (Art. 64), dentro del desarrollo de un período electoral que, según la propia ley, se iniciaría en la convocatoria a elecciones por parte del Consejo Nacional Electoral, y culminaría en la proclamación

de resultados.²³⁶ Estos conjuces adquieren las mismas atribuciones que las juezas y jueces titulares del Tribunal Contencioso Electoral, por lo que las subreglas extraídas de los fallos, por ellos expedidos, constituirán precedente electoral en el mismo sentido y con idéntica fuerza que los fallos dictados en la ciudad de Quito. Estos conjuces ocasionales están obligados a respetar la doctrina probable, dictada por el TCE, a manera de autoprecedente, de la misma manera que deben hacerlo las juezas y los jueces suplentes al fallar, en virtud de su principalización. De ahí que en materia electoral, en nuestro país, no existe precedente horizontal.

Esto no quiere decir que el único destinatario del precedente electoral sea su propio autor. Pese a existir independencia funcional entre los organismos administrativos y jurisdiccionales que integran la Función Electoral, por su carácter y efectos *erga omnes*, los precedentes emanados del Tribunal Contencioso Electoral vinculan a futuras decisiones del Consejo Nacional Electoral y de los organismos electorales descentralizados. En tal virtud, el precedente electoral debe ser observado en toda resolución emanada de estos organismos y, muy especialmente, en decisiones que resuelvan recursos, en sede administrativa electoral. Asimismo, estos organismos tendrían que motivar sus actos resolutivos en base a las subreglas jurisdiccionales. De no hacerlo, el Tribunal Contencioso Electoral estará en la obligación de reaccionar de dos maneras; en un primer momento, estará obligado a revocar el acto administrativo para adecuarlo al precedente que corresponda; y en un segundo, esa inobservancia constituiría razón suficiente para iniciar una acción de queja, de conformidad con el artículo 270 Código de la Democracia.

Esta acción se dirigiría en contra de las funcionarias y/o funcionarios que hubiese inaplicado un precedente, puesto que esa forma de proceder debe ser entendida como una violación a norma jurídica expresa. Este tipo de responsabilidad funcional no solo sería aplicable al personal de las Juntas Provinciales Electorales, también,

²³⁶ Antes de la vigencia de La Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, el proceso electoral terminaba con la posesión de las autoridades favorecidas con la voluntad popular.

al de las Delegaciones y al de cualquier otro organismo electoral con capacidad de decisión; pero, sobre todo, incluye a las y los vocales del Consejo Nacional Electoral.

Precedente internacional obligatorio

Bajo el mismo orden de ideas, se debe considerar que los criterios que en materia de derechos de participación política adoptare la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en su calidad de organismo jurisdiccional de alcance supranacional, constituyen precedente vertical, de obligatoria observancia para el Tribunal Contencioso Electoral. Todos los países que hemos reconocido facultades jurisdiccionales en esa corte hemos aceptado, en consecuencia, el poder vinculante de sus criterios. Esta obligatoriedad que tienen los fallos de la CIDH trasciende a las consecuencias interpartes de los mismos, la naturaleza generalmente obligatoria de estos pronunciamientos se extiende, por ser precedente, a todas las cortes y sistemas jurídicos internos de sus países adscritos.

La fuerza del precedente consagrado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos puede provenir de sus competencias contenciosas, así como de sus competencias consultivas, ya que en ambos casos se trata de interpretaciones oficiales de los instrumentos y principios normativos que integran al Sistema Interamericano de Protección de Derechos, en la región. En tal virtud, e insistiendo en el principio de paralelismo de las formas jurídicas, los principios jurisprudenciales emanados de la Corte Interamericana tendrían igual valor y jerarquía que la propia Convención. Adelantando un poco con este razonamiento, de conformidad con el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los Estados Partes se obligan a adecuar sus sistemas normativos internos a los designios del ordenamiento internacional. Finalmente, dentro de un término razonable se esperaría que la legislación se adecúe a los nuevos estándares internacionales. En cuanto a la actividad de las cortes nacionales, el acatamiento del precepto internacional debe ser integrado al sistema tan pronto como se presente un caso en el que sea aplicable.

La inobservancia del precedente internacional no puede justificarse, *per se*, por la aplicación de un autoprecedente porque se entendería que el primero sería jerárquicamente superior; no obstante, el Tribunal Contencioso Electoral, así como la Corte Constitucional y la Corte Nacional, podrán hacer prevalecer la normativa positiva interna o sus precedentes jurisprudenciales, en la medida en que estas establecieren estándares mayormente garantistas en relación a la protección de derechos fundamentales, en concordancia con el principio de interpretación *pro homine* de derechos humanos, consagrado en el artículo 11, numeral 5 de la Carta Fundamental. Por tanto, en ciertas ocasiones, los precedentes de la Corte Constitucional y del Tribunal Contencioso Electoral podrán prevalecer por sobre los establecidos por la Corte Interamericana o, viceversa, según los estándares de protección previstos por cada una.

Este criterio nos ayuda a comprender lo imposible o absurdo de marcar una norma definitiva de prevalencia, en abstracto, entre estos dos o tres tipos de precedentes jurisprudenciales. Podría acontecer que los criterios adoptados por el Tribunal Contencioso Electoral logren prevalecer por sobre los establecidos por la Corte Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el derecho interno, si cumplierse con una doble condición; la primera, que el precedente verse sobre derechos fundamentales de participación política; y, la segunda, que el principio o subregla estableciere estándares más garantistas que los de las otras altas cortes. Así, el Tribunal Contencioso Electoral tiene la facultad actual y potencial de aportar con normativa al *bloque de constitucionalidad* e, incluso, al *bloque de convencionalidad*, si en una causa futura la Corte Interamericana llegase a validar y adoptar, como propio, un criterio del organismo de justicia electoral ecuatoriano.

Los operadores del sistema jurídico ecuatoriano, por ser parte del sistema interamericano, nos hemos visto obligados a familiarizarnos con esta clase de sistemas de precedentes, toda vez que la Corte Interamericana ha basado sus decisiones en los criterios acuñados, tanto en los casos contenciosos sometidos por la Comisión Interamericana o los Estados Parte, como en sus opiniones consultivas. Las últimas

no son otra cosa que interpretaciones, en abstracto, de la Convención Americana, autorizadas por el Art. 64, num. 2 de este instrumento internacional. Esta fuente ha sido minimizada por nuestros operadores jurídicos por ser extraña a nuestra tradición legalista lo cual, en gran medida, puede explicar que Ecuador haya sido juzgado en muchos casos por violaciones similares a los derechos humanos, especialmente, a los derechos de protección²³⁷.

Si bien, el Sistema Interamericano constituye una forma jurídica híbrida entre el sistema europeo-continental y anglosajón, al estar conformado por magistradas y magistrados provenientes de tradiciones jurídicas disímiles, hoy más que nunca estamos obligados a entrar en la lógica de este sistema, puesto que la incorporación del precedente jurisprudencial al sistema ecuatoriano no es otra cosa que la adhesión de elementos propios del sistema del *common law* a nuestra forma positivista tradicional de entender al Derecho, lo que constituye actualmente una tendencia a nivel mundial.

“...la Convención Americana reconoce expresamente el derecho a la integridad personal, bien jurídico cuya protección encierra la finalidad principal de la prohibición imperativa de la tortura y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Este tribunal ha considerado de forma constante en su jurisprudencia que dicha prohibición pertenece hoy día al dominio del *ius cogens*”²³⁸.

Podemos notar que la CIDH, a consecuencia de reiterar y enriquecer sus propios criterios, ha ido fortaleciendo progresivamente su jurisprudencia, condicionando así sus resoluciones futuras e incentivando

²³⁷ Algunos de los casos son: Caso Suárez Rosero; Caso Tibi, Caso Albán Cornejo; Caso Chaparro, entre tantos otros.

²³⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Ximenes Lopes, Sentencia de Fondo.

la confianza de los Estados justiciables²³⁹. Lo importante, para efectos del presente trabajo, consiste en denotar que los operadores de justicia ecuatorianos ya hemos sido parte de una práctica jurisprudencial impuesta por un sistema supranacional del que somos parte desde 1979, cuyo valor normativo vincula a toda autoridad interna puesto que, al tratarse de interpretaciones oficiales de la Convención, gozan de idéntico valor jerárquico.

Su preponderancia se desprende, además, del principio *pacta sunt servanda* y *bona fide*, consagrado por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en su artículo 26, según el cual los Estados Parte no podrían interponer razones de derecho interno para

²³⁹ Más allá de la aceptación o no del valor efectivo de un proyecto de declaración, la Corte Interamericana, bajo el amparo de su *interpretación evolutiva* ha tomado como punta de lanza al Art. 21 de la Convención Americana, relativo al derecho a la propiedad privada, para abrir un canal hacia el pleno reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos y comunidades indígenas. El primer precedente significativo es el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua en virtud del cual, se reconoce la existencia de derechos territoriales específicos de los pueblos originarios. En esta oportunidad la Corte expresó que: “Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad.” Luego dirá: “El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad...”. El precedente continuaría en expansión por ocasión del caso Yakie Axa y Sawhoyamaya, hasta consolidarse en el Caso Saramaka en ejercicio de sus atribuciones interpretativas sobre el mismo Art. 21, la Corte avanza en el alcance normativo de dicho precedente hasta llegar a “... considera[r] que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones” (El énfasis es mío).

justificar la inobservancia de la normativa internacional²⁴⁰.

Este principio ha sido relativizado conforme se advirtió, por el principio *pro ser humano* que rige y orienta al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La interpretación amplia que debe hacerse en materia de derechos fundamentales se encuentra autorizada por la misma Convención, según lo prescribe su artículo 29, así como en el artículo 30 de la Declaración Universal; el artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y una lista casi interminable de instrumentos de esta naturaleza.

El precedente constitucional, entendiéndose por tal no solo al emanado de la Corte Constitucional sino también de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y al del Tribunal Contencioso Electoral, tienen efectos irradiadores²⁴¹ porque compromete, limita y condiciona la producción jurídica de todas las demás fuentes del sistema, sin distinguir entre derecho público y derecho privado. De igual manera, esta fuente creadora de derecho es capaz de producir efectos retroactivos e irretroactivos.

En el primer caso, porque tiene la facultad de producir la inconstitucionalidad superveniente²⁴² de toda norma que entrase en pugna con las reglas adoptadas por la autoridad jurisdiccional; en el segundo, porque toda norma general o jurisprudencial, que no acatase el criterio precedente, nacería con vicios de inconstitucionalidad, lo que

²⁴⁰ La Constitución de la República consagra expresamente (Art. 424) que “la Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento...” lo que incluiría a las normas supranacionales ya que “...los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido por la Constitución...”. No profundizaré sobre el tema ya que su extensión y complejidad ameritaría la elaboración de un trabajo independiente (Art. 417).

²⁴¹ Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 189-196.

²⁴² Se destaca que los fallos y resoluciones que emitiese el Tribunal Contencioso Electoral “constituirán jurisprudencia electoral” según el Art. 221, inciso final de la Constitución de la República.

la convertiría en norma jurídica ineficaz y susceptible de denuncia ante la propia Corte Constitucional. Así, manteniéndose la regla general, el principio jurisdiccional rige para el futuro como una garantía de seguridad basada en el concepto de derechos adquiridos, aunque es capaz de producir efectos hacia atrás, en lo que se refiere a la depuración del derecho objetivo.

El sistema de precedentes según el sistema constitucional ecuatoriano

El reconocimiento del precedente jurisprudencial, como norma positiva, con carácter general y abstracto, se fundamenta en la propia concepción que tenemos de la Constitución como norma, tan jurídica como la propia ley, aunque con características jerárquicas y políticas especiales. En contraposición con los argumentos de Schmitt, para quien la Constitución no es sino un conjunto de enunciados declarativos y programáticos²⁴³, la propia norma fundamental reivindica su contenido coercitivo por medio del principio de aplicación directa (Art. 426). Esta garantía de efectividad de la Constitución se relaciona, a su vez, con su propia supremacía puesto que ella “...prevalece sobre cualquier otra [norma] del ordenamiento jurídico...” (Art. 424). El valor político de la Carta estará dado por ser la encargada de la distribución del ejercicio del poder político y como garantía de protección para quien se encuentre en situación de desventaja, en relaciones entre particulares²⁴⁴.

Una vez superada la discusión sobre el valor jurídico de la Constitución y siendo asumida como norma jerárquicamente superior

²⁴³ García de Enterría, Eduardo. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1985, pp. 157-174.

²⁴⁴ De ahí que Ferrajoli ha caracterizado a los derechos fundamentales como “la ley del más débil” como un contrapeso a la ley del más fuerte, verificable en el contexto bélico, político, en las relaciones internacionales y en la interacción de sujetos en los mercados.

y, por tal, fuente principal de toda expresión de derecho sustantivo y adjetivo, tiene que ser directa y prioritariamente aplicada por los operadores de justicia. Para su defensa, no basta con la obligación general de respetarla y hacerla respetar que poseen todos los organismos, especialmente, las entidades públicas; es indispensable designar a un organismo equivalente, en jerarquía e influencia, para que sea capaz de precisar ambigüedades, cubrir lagunas, determinar su alcance y garantizar su observancia irrestricta.

Así como la ley, la Convención Americana, el Sistema de Justicia Internacional de Naciones Unidas, el Derecho Penal Internacional y cuanto ejemplo se nos pueda imaginar, tienen sus guardianes específicos (Corte Nacional de Justicia, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte Internacional de Justicia y Corte Penal Internacional, respectivamente) la Constitución encuentra en la Corte Constitucional al organismo encargado específicamente de dar eficacia sustancial a este cuerpo normativo, en términos generales, así como en términos particulares concede tales atribuciones al Tribunal Contencioso Electoral, en lo que a derechos de participación se refiere.

El Tribunal Contencioso Electoral recibe un mandato expreso de la propia Constitución para garantizar el ejercicio de los derechos de participación política que se expresan a través del sufragio. Asimismo, la Constitución prevé la protección de derechos fundamentales como el deber más importante que posee todo organismo de Estado. Si los derechos fundamentales constituyen fuente jurídica primordial, inclusive en contraste con normas consagradas por la propia Constitución, entre sí, las competencias privativas que la Carta le asignan al Tribunal Contencioso Electoral, frente a una clase específica de derechos, hacen de este organismo una suerte de Tribunal Constitucional, con límites establecidos en virtud de la materia; pero, también viene a ser al unísono una suerte de Corte de Casación, en relación con la Ley Orgánica Electoral o Código de la Democracia.

En suma, el sistema jurídico electoral fue establecido como un sistema autónomo, independiente, aunque integrado al sistema general

por efecto de los derechos fundamentales que garantiza; de ahí que, como ya es una tendencia en Latinoamérica, la propia Constitución establece competencias exclusivas para el Tribunal Contencioso Electoral como vértice de la pirámide de este sistema, el cual, se armonizaría con el precedente constitucional por medio de la acción extraordinaria de protección en asuntos de mera legalidad y al sistema de precedentes establecido para la Corte Constitucional, en razón de su capacidad de escoger los casos sobre los cuales se ha propuesto pronunciar.

La Corte Constitucional, al igual que el Tribunal Contencioso Electoral, cada uno dentro del ámbito de sus competencias, en sus calidades de organismos jurisdiccionales con alto poder, rol e impacto político (aunque no en sentido electoral partidista o plebiscitario) están en la obligación de encauzar o reencauzar el desenvolvimiento de todo operador público y privado, según los valores, principios y objetivos plasmados en este nuevo engranaje constitucional, así como dinamizar sus microsistemas internos ante eventuales descarrilamientos. De allí que la propia Corte y el Tribunal van labrando su propia legitimación en democracia y asumiendo, con la fuerza que da la confianza que deposita en ellos la ciudadanía, el cabal ejercicio de los roles asignados en el sistema constitucional de derechos y de justicia, afianzándose de forma sostenida. Naturalmente, una actuación poco responsable, técnicamente débil y éticamente dudosa se traduce en los efectos inversamente proporcionales.

Recordemos también que por medio de la producción jurisprudencial se pueden incorporar al sistema nuevos derechos fundamentales, que por el hecho de serlo, ocuparían una posición de la más alta jerarquía, dentro del sistema de fuentes, toda vez que “...el reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirán los demás derechos derivados de la de la dignidad de las personas...”. (Art. 11, num. 7 CR).

La facultad de crear derechos o de profundizar en el contenido esencial de los ya consagrados, en base a un ejercicio inferencial de

argumentación judicial, derivado de la norma positiva, lo que Ricardo Guastini denominaría derechos implícitos, nos habla de una forma de ir creando microsistemas normativos por acción directa y primigenia de las cortes.

Guastini hace una diferenciación entre derechos expresos y derechos implícitos. Los primeros son aquellos reconocidos, generalmente por las constituciones, por tanto, constituyen una manifestación del derecho positivo. Por el contrario, los derechos implícitos son el producto de una inferencia lógicamente válida, cuya premisa mayor está dada por derechos expresamente consagrados. Los derechos implícitos, pese a contar con legitimidad propia, van concretando a los derechos explícitos y generalmente provienen de la actividad jurisdiccional. Así, este autor nos hace notar que existe un desplazamiento de poderes normativos de los órganos legislativos a los jurisdiccionales²⁴⁵.

Si cada rama de la ciencia jurídica se crea y desarrolla en torno a un derecho fundamental determinado por su poder irradiador gravitacional (derecho laboral, en torno al derecho al trabajo; derecho civil, en torno al derecho a la propiedad; derecho de telecomunicaciones, en relación al acceso a este tipo de servicios públicos, por poner unos ejemplos) la jurisprudencia, al tener la facultad de reconocer un derecho y darle el carácter de fundamental, por considerarlo esencial a la luz de los parámetros mínimos exigidos por la vida humana digna, estaría colocando la primera piedra que deberá sostener el desarrollo normativo de todo un microsistema. Para que este microsistema pueda desarrollarse adecuadamente, deberá atender a la contextualización del derecho recientemente consagrado y a dotarlo de garantías normativas, garantías políticas y garantías jurisdiccionales a fin de efectivizarlo.

²⁴⁵ Guastini, Ricardo. Comentarios a la Ponencia de Manuel Atienza “Derechos Implícitos”, Jornadas de Argumentación Jurídica y Ética Judicial, Tribunal Contencioso Electoral, 8 y 9 de septiembre de 2009.

Una vez consagrado el derecho, la Corte Constitucional y el Tribunal Contencioso Electoral deberán incluir, en su parte resolutive, una obligación específica para que la legislatura emita una ley que regule el ejercicio del nuevo derecho. Esta obligación, por provenir de fuente constitucional, puede ser exigida mediante la interposición de una acción por incumplimiento o mediante la demanda de inconstitucionalidad por omisión, con lo cual la propia Corte Constitucional se reservaría para sí la oportunidad de controlar dicho acatamiento, so pena de aplicar las sanciones correspondientes.

Una vez producida la ley, se activaría la potestad reglamentaria del Presidente de la República y así sucesivamente se iría desarrollando un sistema normativo específico, hasta regresar a su origen jurisprudencial ante la judicialización de un nuevo conflicto que ofrecerá la oportunidad de modular o afinar un sistema, a penas creado. Esto no quiere decir que las judicaturas deberán esperar la promulgación del texto legal para tutelar este nuevo derecho puesto que, de acuerdo con el inciso segundo del artículo 426 de la Constitución, “...no podría alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos”.

Si la jurisprudencia constitucional constituye la boca viva y parlante racional de la propia Constitución, así como el precedente electoral la expresión argumentativa de una de sus partes, en consecuencia, esta forma de crear derecho posee las mismas características y autoridad que la Carta. Es decir, prevalece sobre cualquier otra norma del ordenamiento jurídico. Por tales características constituye, fuente principal y en tal virtud, condiciona toda producción normativa futura. La jurisprudencia constitucional y electoral es un parámetro efectivo de control concreto, abstracto y concentrado de constitucionalidad, así como un parámetro vinculante para toda forma de control difuso posterior. Por tanto, la Corte Constitucional y el Tribunal Contencioso Electoral, mediante la producción de precedentes jurisprudenciales, poseen la facultad de reescribir diariamente a la Carta Fundamental,

cada uno, dentro del marco específico de sus competencias.

La reinención sistemática que realizarán la Corte Constitucional y el Tribunal Contencioso Electoral de la Constitución, puede erigirse en una herramienta dinamizadora, capaz de adaptar los designios constitucionales a las exigencias de la vida social y, con ello, concretar los valores y principios que la inspiran, evitando su envejecimiento y obsolescencia. No obstante, podría ser también una carta abierta para la arbitrariedad y la constitucionalización de intereses partidistas o particulares lo que sería la justa antítesis de las razones y principios que inspiraron al constituyente al otorgamiento de tales facultades.

Ante este escenario, depende de la propia Corte y del Tribunal alcanzar su legitimidad dentro de la opinión pública. Lo contrario atentaría contra la estabilidad, no solo de ella sino de todo el sistema constitucional. Carlos Santiago Nino ilustra como la Suprema Corte de los Estados Unidos, al negarse a aplicar el principio de igualdad a los “negros” en el caso Dred Scott, “...perdió una importante oportunidad de tratar de resolver un gran conflicto político antes de que este condujera a la guerra civil”²⁴⁶.

En la profesionalidad, coherencia y prudencia de la Corte Constitucional, de la Corte Nacional de Justicia y del Tribunal Contencioso Electoral descansa la estabilidad del modelo constitucional adoptado por Ecuador, mediante referéndum, y la plena vigencia del sistema constitucional de derechos y justicia, social y democrático.

Como respuesta ante el peligro de dispersión de los diferentes sistemas de precedentes, en nuestro país, aparece la Acción Extraordinaria de Protección, en virtud de la cual la Corte Constitucional tiene la oportunidad de revisar los autos y sentencias definitivas de la Corte Nacional. En cuanto al sistema electoral, subsiste el debate por cuanto se ha pretendido excluir del marco de acción de este recurso extraordinario

²⁴⁶ Nino, Carlos Santiago. *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Astrea, segunda reimpresión, Buenos Aires, 2002, p. 665.

a las decisiones del Tribunal Contencioso Electoral. Esto constituiría un craso error porque rompería la estructura piramidal del sistema, atentando contra su propia armonía. Precisamente, la creación de esta figura busca cerrar el sistema constitucional en las apreciaciones de su máximo intérprete.

Considero que toda decisión de autoridad pública tiene que ser susceptible de control de constitucionalidad, para garantizar la supremacía de la Constitución y la plena vigencia de los derechos fundamentales. La pretendida exclusión de esta esfera de control a las decisiones de una de sus altas cortes, crearía un sistema paralelo que resultaría impensable en un diseño unitario como el nuestro; peor aún, cuando pueden existir pronunciamientos divergentes sobre los mismos puntos de derecho, a sabiendas que estos dos sistemas de precedentes tienen la facultad de impulsar el desarrollo decisonal futuro, lo que degenera en una terrible inseguridad jurídica, no sólo para la ciudadanía sino para el juez *a quo*.

Por su parte, el planteamiento realizado en el capítulo anterior sobre la posibilidad de incorporar al sistema una garantía fundamental, específica de derechos de participación, tampoco excluye la posibilidad del control de constitucionalidad ya que el precedente constitucional, en materia de garantías fundamentales, se conforma mediante un sistema de libre elección que realiza la Corte Constitucional para la revisión de fallos precedentes de acciones de protección, habeas corpus, habeas data, acción de acceso a la información pública; y, de acuerdo con el sistema planteado, igual tratamiento correspondería a la acción ciudadana. Este sistema de libre elección de fallos corresponderá a una lógica de política judicial que diseñará la Corte en atención a los requerimientos sociales e, incluso, en cuanto a las dudas que presenta el nuevo marco constitucional, por lo que no deja de ser beneficioso que los fallos emanados del Tribunal Contencioso Electoral también sean revisados.

En tal sentido, la existencia de dos sistemas paralelos de precedentes, uno de ellos de alcance y jerarquía legal-constitucional, como es el caso del Tribunal Contencioso Electoral no es incompatible con el criterio de unificación de criterios jurisprudenciales.

En primer lugar, tendríamos que clasificar el tipo de sentencias que emanaren de este alto tribunal. Por una parte, las sentencias de última y definitiva instancia, en virtud de las cuales el Tribunal resuelve los recursos contencioso-electorales, deberían acceder al control de constitucionalidad por medio de la acción o, en términos de mayor propiedad, recurso extraordinario de protección, con el objeto que la Corte Constitucional ratifique posibles imprecisiones de la jurisdicción electoral o confirme el criterio adoptado, blindándolo. Por otra parte, tratándose de garantías fundamentales, los precedentes electorales que podrían ser revisados por la Corte Constitucional serán los seleccionados, por parte de la Corte, en virtud del cumplimiento de su política judicial.

Cualquiera fuese el caso, todos los organismos públicos están en la obligación de trabajar armónicamente en beneficio del desarrollo de un sistema de fuentes inédito, para nuestra tradición. No debemos temer a la revisión de los actos públicos; por el contrario, este tipo de procedimientos permiten ampliar los espacios de debate alrededor de los temas que inciden en el diario vivir de la gente. Esta suerte de ampliación del debate jurídico podría eliminar la apatía del ciudadano. Debemos empezar por reconocer que se ha hecho de las ciencias jurídicas una suerte de esoterismo reservado para doctos y eruditos.

Esta mistificación del Derecho no corresponde sino a meras cuestiones terminológicas que, traducidas al habla común, posibilita que toda persona, incluso ajena a cualquier tipo de formación académica, pueda empoderarse de las decisiones de sus tribunales, lo que repercute favorablemente en la confianza de la ciudadanía que como, volvemos a insistir, constituye la fuente de legitimación democrática de cortes y tribunales, que por su conformación no poseen legitimación democrático-electoral, *per se*, en contraposición con la naturaleza de las

funciones Ejecutiva y Legislativa, fundamentalmente. La socialización de las ciencias jurídicas es uno de los grandes desafíos de los organismos jurisdiccionales contemporáneos. Este objetivo no tiene razón de ser necesariamente complejo, porque el derecho, pese a su mistificación terminológica, jamás ha dejado de ser, ni por un solo momento, una cuestión de sentido común.

Ante ciertos problemas, rápidamente damos con soluciones que son para *nosotros* sólidas creencias; en lo sucesivo diremos tal vez que son nuestras convicciones. Posteriormente ya no veremos en ellas más que pistas que nos llevan a conocernos a nosotros mismos, señales que nos indican cuál es el problema que *somos*, o, más en concreto, la gran tontería que somos, nuestro *fatum* espiritual, ese algo que *se resiste a ser aleccionado*, situado en lo que está más debajo de nosotros²⁴⁷.

Desafíos pendientes para el sistema ecuatoriano de precedentes jurisprudenciales

En sentido amplio, todo cambio de paradigma, especialmente en una estructura tan antigua y conservadora como han sido las ciencias jurídicas, obliga a la comunidad jurídica a adentrarse en el esquema propuesto por dicho cambio y sacarlo adelante, desde el marco de acción que a cada uno le ha sido asignado. En sentido general, todo abogado, juez, funcionario público, catedrático, estudiante y miembro de la sociedad civil, está obligado a conocer esta nueva forma de producir derecho, cumplirlo y hacerlo cumplir. Para el efecto, será un imperativo categórico adquirir destrezas en el manejo de los nuevos retos conceptuales y metodológicos, para depurarlos y armonizarlos con el sistema jurídico nacional, así como a profundizar en investigaciones y discusiones sobre este tema.

²⁴⁷ Nietzsche, Friedrich. “Nuestras Virtudes” en: *Más Allá del Bien y del Mal*, Edimat Editores, Madrid, 2007, p. 183.

Más específicamente, la Corte Constitucional y el Tribunal Contencioso Electoral, desde su posición de vértice de este sistema piramidal de fuentes jurisprudenciales, deberán cuidar que su integración sea colmada con personas no solo dotadas de vastos conocimientos jurídicos en materia constitucional y derecho sustantivo electoral, comprobada probidad e independencia funcional efectiva sino que, además, deberán poseer un alto sentido de sensibilidad política, puesto que muchos de sus fallos, pese a ser legítimos, desde la perspectiva exclusivamente jurídica, pueden tener repercusiones políticas capaces de amenazar la estabilidad del sistema constituido. Esta recomendación se extiende al nivel asesor interno y externo y a todas las personas que participen en la cadena decisional. El olfato político que las altas cortes están obligadas a desarrollar, tiene que ver con su rol fundamental, en democracia.

Recordemos que los jueces no poseen legitimación electoral *a priori*, pero van adquiriendo fuerza y respaldo popular conforme van dando respuesta a los asuntos sometidos a su decisión. La fuerza política que van adquiriendo estas cortes, con fundamento en su acertada gestión, constituye un presupuesto indispensable para el ejercicio de sus facultades de control de constitucionalidad, aun cuando esa atribución pueda entrar en conflicto con actuaciones de organismos cuya designación hubiese provenido de las urnas, como sería el caso de la Asamblea Nacional y/o la del Presidente de la República.

Por citar unos ejemplos, la Corte Suprema de la Nación Argentina, en el caso “Ríos”,²⁴⁸ anuló un decreto del Poder Ejecutivo Nacional que asignaba competencias jurisdiccionales al capitán de puerto de Rosario. Asimismo, en el caso Sojo,²⁴⁹ declaró la inconstitucionalidad de una ley nacional por la que se ordenó la prisión del editor del periódico Don Quijote. La justificación del rol de legislador negativo, que le asignaba el modelo *kelseniano* al organismo concentrado de control de constitucionalidad, ya superado a estas alturas, descansaba precisamente en el carácter no electivo de estas judicaturas. Hoy comprendemos

²⁴⁸ CSJN, Fallos, 1:36.

²⁴⁹ CSJN, Fallos, 32:120.

que la representatividad plebiscitaria no es asimilable a criterios de ilegitimidad democrática.

La Corte Nacional de Justicia, por su parte, deberá afianzar su sistema de precedentes. No se considera acertado que la gestión de su departamento, o unidad de jurisprudencia, se dedique exclusivamente a identificar fallos de triple reiteración sobre un punto de derecho. Las funcionarias y los funcionarios que conforman estas unidades deberán basarse en criterios de igualdad formal y sustancial implícitos en la jurisprudencia. El reto principal está en encontrar la manera de evitar la producción de fallos irrespetuosos de precedentes, por ignorancia o por falta de comunicación interna.

En suma, las Unidades de Jurisprudencia de los tres máximos tribunales de justicia del país están obligadas a procesar, de manera prolija, los fallos emitidos por sus jueces, de tal forma que puedan identificar cualquier novedad e informar de inmediato a la autoridad correspondiente para la adopción de los correctivos necesarios. La gestión de ponencias deberá asegurar al juzgador el hecho de poder contar con la información de precedentes pertinente y completa. Así, como se consulta a la norma legislativa para la elaboración de ponencias, los diferentes despachos y asesores proyectistas deben acostumbrarse a hacer de las compilaciones o codificaciones jurisprudenciales una herramienta indispensable para su labor. Las Unidades de Jurisprudencia deberán asistir, en todo momento, a sus juezas y jueces.

Lamentablemente, la gran mayoría de profesionales en ciencias jurídicas de nuestros países hemos recibido una formación jurídica basada en el texto de la ley, lo que en la actualidad dificulta la posibilidad de contar con personal capacitado en el manejo de fuentes jurisprudenciales. Ante esta debilidad, las autoridades de las altas cortes del país deberán hacer los esfuerzos institucionales necesarios para capacitar a su personal, especialmente, a sus unidades de jurisprudencia. Podría pensarse no sólo en dotar a las bibliotecas de textos especializados, sino en un intercambio de experiencias entre este tipo de unidades y sus homólogos, a nivel nacional e internacional. Quizá,

un sistema de pasantías, bajo modalidad de intercambio o comisión de servicios, podría lograr que el procesamiento de la jurisprudencia vaya perfeccionándose en cada institución, con el apoyo de las demás.

La Corte Constitucional y el Tribunal Contencioso Electoral no sólo deben ser cautos en escoger sus líneas jurisprudenciales, desde un principio, sino que sus pronunciamientos tienen que estar dotados de un peso argumentativo y un sustento técnico-jurídico, tan sólido, que no puedan ser fácilmente cuestionables. La fuerza de una sentencia depende también del grado de cohesión interna que los fallos adoptados por unanimidad proyectan a la ciudadanía. Por ello, la emisión de votos particulares debe ser una excepción al trabajo jurisdiccional y deberán ser emitidos una vez que se hubiesen agotado todas las vías posibles de entendimiento entre las magistradas y magistrados. La discusión exclusiva y profunda de las tesis enriquece las posturas y garantizan cierta estabilidad del precedente adoptado. Los puntos de discusión argumentativa, que no influyesen en la parte resolutive de la sentencia, deben ser expuestos por el juez disidente mediante la elaboración de votos concurrentes. Esta suerte de exposición individual es capaz de equilibrar la independencia del juez que, aún perteneciendo a un cuerpo colegiado, goza de un margen de sano desacuerdo sobre asuntos de estricto derecho, que no ponen en entredicho la solvencia de la sentencia de mayoría.

La selección de los casos sobre los cuales la Corte Constitucional desarrollará su jurisprudencia, dentro del espectro diseñado para las garantías y derechos fundamentales, debe responder a una verdadera política judicial que atienda las demandas sociales preponderantes y no a meros asuntos de coyuntura o de intereses particulares, partidistas o con clara influencia de grupos o círculos de poder, lo que desgastaría innecesaria e irrevocablemente la imagen pública de la entidad, al menos de esa conformación institucional.

En el caso del Tribunal Contencioso Electoral, si bien no tiene la posibilidad de escoger los temas sobre los que desea pronunciarse para establecer armónicamente su jurisprudencia, se considera pertinente

que se adelante a la discusión de asuntos que previsiblemente exigirán del organismo una respuesta inmediata. La entidad, por la celeridad con la que debe dictar sus fallos sobre todo dentro de un período electoral, puede ser una barrera para una sesuda discusión respecto de ciertos temas complejos. De ahí que no valdría la pena esperar a que llegue la presión de un caso, en concreto, para poder reflexionar con antelación sobre asuntos que, por corresponder a determinadas etapas del proceso electoral, son cíclicos y pueden ser previsibles, si se cuenta con la asistencia de una unidad especializada de jurisprudencia, asistida por un departamento de estadísticas que pueda proyectar, de forma objetiva y técnica, los asuntos más complejos y numerosos. Para esta labor se podrá echar mano de herramientas tecnológicas, como implementación de programas informáticos o procesadores de datos. La tecnificación de la actividad jurisdiccional será uno de los retos de las juezas y jueces de este nuevo siglo.

Por su parte, los jueces de instancia y los organismos administrativo electorales, según corresponda, deberían estar técnicamente capacitados para identificar las líneas jurisprudenciales y determinar la pertinencia de su aplicación ante situaciones concretas. La motivación de todo fallo del juez *a quo* debe ser contundente y persuasiva, sea para aplicar la regla emanada del precedente o para separarse de esta, en cualquiera de los dos casos, el juez debe manejar sistemas actualizados de precedentes. Para hacer frente a este reto, las altas cortes deberán desplegar esfuerzos en la elaboración de material bibliográfico y digital para difundir el contenido de los precedentes históricos y vigentes. En tal virtud, es indispensable crear eficientes mecanismos de comunicación interinstitucional para que todo operador jurídico tenga acceso a codificaciones jurisprudenciales actualizadas que les permita aplicarlas en su práctica cotidiana.

Los profesionales del derecho, en general, estamos en la obligación de asistir a los organismos públicos y jurisdiccionales con criterios argumentativos sesudos que puedan ser recogidos por las judicaturas, como precedentes, con lo cual se estaría contribuyendo a la evolución del sistema en su conjunto. La profesionalidad con la

que actúen los profesionales del derecho forzarán al juzgador a emitir resoluciones fuertes, sea acogiendo el razonamiento de la partes o desechándolo; en cualquiera de los dos casos, la posición adoptada por el juzgador ganará vigor, según el esfuerzo de motivación que desplegaré. Asimismo, la fundamentación que las partes y el juzgador hicieren en atención a precedentes vinculantes reduce la posibilidad de arbitrariedad en las decisiones jurisdiccionales, lo que empata con el derecho a la seguridad jurídica y se concilia con el rol social exigible de esta profesión²⁵⁰.

Los organismos con facultades legislativas y normativas, en general, deberán prestar especial atención en armonizar su producción jurídica, según los parámetros impuestos por la normativa positiva jerárquicamente superior, en la que se incluye el precedente jurisprudencial de jerarquía constitucional y legal, en orden de prelación. Ante tal situación, retoma vigor la obligación de los profesionales del derecho y de los organismos de Estado de denunciar la ilegalidad o inconstitucionalidad de tales actos, a fin de impedir la ruptura del nuevo sistema jurídico de fuentes.

Toda vez que las servidoras y servidores públicos, al igual que cualquier otro funcionario de Estado, están en la obligación de aplicar directamente las disposiciones constitucionales, según su artículo 426, y, de esta forma, dar eficacia a la naturaleza jurídica de la Carta.

Esta obligación, debe ser interpretada en sentido amplio; en tal virtud, ampliarse al precedente constitucional como parte integrante de la misma.

Las universidades y centros de formación académica, especialmente las facultades de Derecho, deberán adecuar sus planes de estudio al adiestramiento de futuros profesionales en las técnicas propias de este nuevo sistema de fuentes. Para ello, deberán preparar, en primera instancia, a sus cuerpos docentes para que en su función reproductora

²⁵⁰ Von Ihering, Rudolph, *La Lucha por el Derecho*, Temis, Serie Monografías Jurídicas No. 72, Bogotá, 2000, pp. 57-112.

de conocimiento puedan, en relativamente pocos años, cubrir la falencia formativa de los tradicionales métodos de estudio del Derecho. Será precisamente esta nueva generación de abogadas y abogados los llamados a incorporar definitivamente el sistema de precedentes jurisprudenciales en el diario funcionamiento del sistema. Los profesionales de este siglo deben asegurar al país las condiciones necesarias para establecer un alto nivel crítico prospectivo y de profundo debate jurídico que sea capaz de incidir, desde la academia y desde la práctica profesional, en el perfeccionamiento progresivo de las prácticas en toda actividad atinente a la ciencia jurídica.

La opinión pública está en la obligación de comprender, a cabalidad, el rol jurídico y político que el sistema asigna a la Corte Constitucional, al Tribunal Contencioso Electoral y a la Corte Nacional de Justicia. La crítica objetiva y debidamente informada, efectuada por las personas más influyentes de los medios de comunicación masivos, es valiosa en cuanto puede ser capaz de apoyar y resaltar, no solo lo que considerare desaciertos, sino que debe generar los espacios de debate necesarios para que la ciudadanía pueda empaparse de los temas y, consecuentemente, ir formándose un criterio, libre de vicios.

La desmitificación del Derecho, de la que hablábamos en líneas previas, debe ser canalizada por medio de una prensa amigable pero, a la vez, estrictamente profesional. En idéntico sentido, las cortes deberán crear los mecanismos de comunicación necesarios para lograr entendimientos con los diferentes sectores sociales. La existencia de medios escritos, televisivos, radiales y virtuales, de propiedad del Estado, puede ser una herramienta útil para posicionar a la actividad jurisdiccional ante la sociedad y despertar el interés en temas, tradicionalmente, reservados para los eruditos.

En definitiva, todos y cada uno de los actores sociales debemos asumir los retos impuestos por esta nueva forma de entender el Derecho, comprender el cambio de paradigma incorporado y, con ello, superar ciertos dogmas en rescate de la función social que tiene el ejercicio de las potestades jurisdiccionales. En la actualidad, hasta los autores

del sistema legalista han incorporado al sistema francés instituciones como la *grand arrêt*, de la Cour de cassation, institución equivalente al *leading case* norteamericano o al *balance constitucional* colombiano, lo que evidencia que la forma minimalista de concebir a la norma jurídica ha sido superada a nivel mundial.

Finalmente, la separación de poderes no puede ser vista como confrontación entre funciones estatales, sino como ciertos niveles de independencia funcional que cada una posee para poder llevar adelante su gestión pero que, a la vez, obliga a toda entidad pública a trabajar coordinadamente en desarrollo de un plan en función de país, consagrado en la Constitución.

En suma, de la articulación comprometida entre los organismos y funciones del Estado, y del establecimiento de sólidos puntos de encuentro con la sociedad ampliada, dependerá la estabilidad política del sistema constituido, así como, de la profesionalización de los sistemas de justicia, de los usuarios del sistema y de prácticas jurisdiccionales, apegadas a la ética, dependerá la vigencia sustancial de la Carta Constitucional.

De ahí que cada uno de los operadores jurídicos somos corresponsables de establecer cimientos que permitan edificar y poner en funcionamiento a un sistema jurídico que, en este momento, se encuentra en plena etapa de construcción.

Herramientas políticas e institucionales: la delgada línea entre el cambio y el caos

En la contemporánea concepción de Estado, destacan como ideas dominantes, el reconocimiento a la democracia como sistema estándar de gobierno y la obligatoria defensa, protección y promoción de los derechos fundamentales²⁵¹ como el eje central y conductor de la actividad estatal²⁵². Este discurso hegemónico ha reducido las distancias ideológicas entre los diferentes actores políticos, obligándolos a discutir sobre la base de un mismo esquema conceptual. El alcance indeterminado de la democracia y los derechos humanos, permite la existencia de posiciones y enfoques divergentes y/o contrapuestos, lo que, más que un problema, constituye una oportunidad para enriquecer el debate y motivar la participación activa de la ciudadanía²⁵³.

²⁵¹ Luigi Ferrajoli, define a los derechos fundamentales como "...aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de persona, de ciudadano o personas con capacidad de obrar...". Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías. La Ley del más Débil*, Editorial Trotta, Segunda Edición, Madrid, 2001, p. 37.

²⁵² A manera de ejemplos, el sufragio universal ha sido consagrado en: Estonia (1818); Birmania (1925); República China (1947); La India (1950); Ghana (1951); Irán (1963); Samoa (1990); Qatar (2008), en toda América y Europa. Ref.: http://www.worldlingo.com/ma/enwiki/es/Universal_suffrage#Universal_suffrage_in_the_world

²⁵³ El Art. 61 de la Constitución ecuatoriana enumera algunos derechos de participación. A elegir y ser elegido, a participar en asuntos de interés público, a ser consultados, a desempeñar empleos y funciones públicas, todos ellos, con estructura individual. El derecho a presentar proyectos de ley y a conformar partidos políticos, con perspectiva colectiva; así como, el derecho de resistencia, a divulgar ideas y fórmulas políticas, el libertad de expresión, opinión y réplica ante afirmaciones de medios de comunicación que lo involucre directamente. Por su motivación y/o efecto, cualquier derecho podría considerárselo político.

Como *sistema de gobierno*, la democracia se opone a cualquier expresión de absolutismo, autoritarismo y concentración de poder. Los pesos y contrapesos, el *checks and balances* de Montesquieu, no se agotan con la mera separación institucional de las funciones del Estado. Un sistema de no injerencia no excluye a la cooperación armónica entre estas, sobre todo si partimos de su origen constitucional y de la persecución como fin común más elevado, el respeto de derechos fundamentales (Art. 11, num9 CRE). La conservación de la democracia es indispensable para el ejercicio de estos derechos y constituye la primera fuente de legitimación del poder público de ahí su interdependencia.

Como *mecanismo* para la vigencia de otros derechos puede presentar diferentes facetas. La propia Constitución reconoce la existencia de herramientas de democracia representativa, directa y participativa²⁵⁴. El modelo no se basta a sí mismo. Para su eficacia requiere de vías procesales idóneas que permitan al ciudadano incidir en las decisiones del poder político²⁵⁵. Si los mecanismos formales no son capaces de canalizar las presiones y pasiones políticas, mediante estructuras flexibles que permitan atender el

²⁵⁴ Discrepamos con Dieter Nohlen cuando ve a la democracia participativa, en América Latina, como “un proyecto populista autoritario [que] se presenta en países en los que los sistemas de partidos están sufriendo una profunda crisis, generando exigencias de participación que sobrepasan límites concordantes con la permanencia del Estado Constitucional”. Ver: Nohlen, Dieter, “Justicia Electoral y sus Desafíos Actuales en América Latina”; en: *Estudios de Justicia Electoral*, Tribunal Contencioso Electoral, Quito, 2009. Nohlen no acepta otro tipo de participación política que la canalizada por medio de partidos y movimientos, desconociendo el estatus de ciudadanía como único prerrequisito para su ejercicio. A mi juicio, no se trata de un desbordamiento del sistema sino de la incorporación de nuevas herramientas destinadas a efectivizarlo.

²⁵⁵ Conuerdo con Otfried Höffe en cuanto piensa que la democracia por sí sola no constituye razón suficiente, aunque si necesaria en la implementación y garantía de derechos humanos, su naturaleza transversal los hace interdependientes entre sí. Höff, fundamenta tal afirmación con sucesos históricos como el holocausto nazi Ver, Höff, Otfried, *Justicia Política*, Ediciones Paidós del I.C.E de la Universidad Autónoma de Barcelona, Colección pensamiento Contemporáneo, No. 69, Barcelona, 2003, pp. 177 – 195.

problema de fondo, no tardarán en irrumpir poderes *de facto*, lo cual pone en peligro el normal desarrollo del sistema democrático y eventuales violaciones de derechos. Bastaría una sola efervescencia política desbordada para empañar años de progresiva consolidación del sistema.

La Carta Democrática Interamericana (Art. 1) reconoce a la democracia como un derecho humano autónomo de estructura *sui generis*. La democracia es un meta-derecho, por nutrirse de los demás para subsistir, y porque su consolidación otorga el escenario propicio para que todos ellos confluyan y puedan interrelacionarse. De ahí que, la democracia sustancial es un fin en sí misma y una condición necesaria para la construcción del sistema constitucional.

“...En el constitucionalismo se conjugan estado como estructura, derechos como fin y democracia como medio”²⁵⁶.

La democracia se ha universalizado. Su sola estructura como derecho hace que no pueda estar condicionada más allá de lo razonable para que pueda ser ejercida por todo grupo o persona²⁵⁷. Se justificaría entonces, fijar una edad mínima para sufragar, más no imposiciones normativas, como el de pertenecer a un partido, movimiento o cualquier otra clase de organización política²⁵⁸. Por el mero hecho de ser ciudadana o ciudadano, toda persona está facultada

²⁵⁶ Ávila Santamaría, Ramiro, “Los Principios de Aplicación de los Derechos” en: *Constitución del 2008 en el Contexto Andino*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos, No. 3, 2008, p. 26.

²⁵⁷ Ferrajoli ve en los derechos políticos un área que requieren de regulación por parte del parlamento. Por estar ligados a criterios de capacidad de ejercicio atribuible o no, en virtud del estatus de ciudadano, se diferencian de los derechos de la personalidad atribuibles a todas las personas por el sólo hecho de serlo. En este sentido, reconoce a los derechos políticos como derechos fundamentales secundarios por ser disponibles, renunciables, divisibles, etc. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías. La Ley del más Débil*, Editorial Trotta, Segunda Edición, Madrid, 2001, pp. 37-58.

²⁵⁸ A partir de la Constitución de 1998, Ecuador revocó el monopolio de los partidos políticos para la presentación de candidaturas, favoreciendo la participación de movimientos independientes.

para ejercerlos y a exigir tutela efectiva por parte del Estado. Lo contrario nos llevaría al absurdo que, meras creaciones artificiales del derecho como de hecho, que constituyen una organización política (partidos políticos, movimientos sociales, grupos de interés o el Estado mismo), son sujetos plenos de derechos, capaces de condicionar el ejercicio de estas prerrogativas ciudadanas. Si lo entendemos así, el ser humano, en materia de derechos de participación, sería un sujeto de segundo nivel, lo que resulta absurdo desde la perspectiva personalista del constitucionalismo contemporáneo.

En general, el sistema democrático es un espacio en el que convergen actores colectivos e individuales, con derechos iguales, a veces contrapuestos que deben ser dirimidos de forma pacífica. Bajo esta línea, la democracia implica conflictividad. Dado que las sociedades difieren entre sí y existen agentes políticos con diferente nivel de incidencia en el establecimiento de la agenda política y en la alteración del *status quo*, lo más importante para el sistema jurídico-institucional no radicaría en eliminar el nivel de conflictividad, lo que a más de ser inútil, podría ser la excusa para la restricción de todo tipo de libertades, lo más importante será unir esfuerzos en diseñar mecanismos amplios y flexibles que sean capaces de procesar, al interior del sistema, las pasiones propias de la política, a fin de resolver los conflictos por medio del diálogo y la mutua concesión. Esto evitaría el desbordamiento de la violencia y la conformación de movimientos antisistémicos²⁵⁹.

Un sistema hermético e insensible a la problemática informal no logrará poner diques al dinamismo social, por el contrario, una rigidez excesiva, lo asfixia, pudiendo desbordar al sistema. Ante tal circunstancia, se da paso a la imposición de la fuerza y relaciones asimétricas de poder. En esta línea, entenderé estabilidad, no cómo un congelamiento de la

²⁵⁹ Los movimientos antisistema, según lo describe Sartori, son aquellos que cuestionan la legitimidad del sistema al que se oponen y proponen su abolición. Ver: Sartori, Giovanni. *Partidos y Sistemas de Partidos*, Alianza Editorial, Madrid, pp. 168 y 178. En contraposición, los movimientos sociales no desconocen al sistema, sino que exigen cambios específicos en sus políticas, generalmente, se enfocan en la reivindicación de nuevos derechos o la satisfacción de aquellos no atendidos.

realidad social, sino como un sostenido estado de paz donde los cambios se producen, de manera pacífica y por las vías institucionales, de manera evolutiva. Nos acercamos así al pensamiento de Edmund Burke para quien

“...hay que saber elegir el mejor momento y la mejor forma de ceder lo que es imposible conservar²⁶⁰”.

Bajo este esquema, el sistema arriesgaría su propia permanencia como Estado de derecho y crearía un ambiente propicio para la violencia y violación de derechos fundamentales. En suma, la institucionalización no puede ser entendida como un fin en sí mismo, sino como un medio al servicio de la persona²⁶¹, lo que implica priorizar su bienestar por sobre el interés del instrumento.

La tesis que sostendré en el presente ensayo es la siguiente: un sistema jurídico institucional debe estar diseñado, de tal manera que sea capaz de procesar los conflictos consustanciales a la democracia. Propongo considerar al mayor o menor poder desestabilizador que poseen grupos sociales como indicador principal para favorecer o flexibilizar el sistema institucional y la creación de mecanismos alternativos como vías de desfogue ante situaciones descontroladas.

En esta línea, se colige que la intención de favorecer a la estabilidad institucional con sistemas casi impermeables, producirían el efecto contrario ya que al cerrar las vías de desfogue, únicamente se estimulará la radicalización de los poderes *de facto*, hasta tornar imposible la resistencia al cambio, pero sin amortiguar costos sociales, políticos y humanos consecuentes.

²⁶⁰ Fontaine, Arturo, “Selección de Escritos Políticos de Edmund Burke” en: *Revista de Estudios Públicos*, No. 9, Centro de Estudios Públicos, Santiago, 1983. pp. 145-147.

²⁶¹ Para Bobbio, el cambio de enfoque del derecho desde el Estado, hacia la persona, constituye una verdadera “revolución copernicana” igual de relevante a la ocurrida en las ciencias físicas cuando fueron separadas de la religión. Bobbio Norberto, *Teoría General de la Política*, Trotta, Madrid, 2009, p. 423.

Para apoyar lo dicho, me basaré en el proceso que culminó con la adopción de una nueva carta constitucional, en Ecuador, año 2008 y su repercusión en el diseño de su actual modelo institucional.

Las herramientas políticas y transformación institucional

Por herramientas políticas entenderemos a los mecanismos regulados o no por el derecho que posibilitan la interrelación entre diversos actores políticos en una continua lucha entre la conservación y transformación del *status quo*. Bajo esta concepción, las herramientas políticas son la antesala, fundamento y causa de la evolución de las herramientas institucionales.

En Latinoamérica, existen grupos de presión, especialmente de carácter étnico y campesino²⁶² que han evidenciado, su capacidad real y potencial para incidir, de forma determinante en las transformaciones políticas de sus respectivos países. Por su capacidad de movilización, cohesión, sólida estructura e influencia dentro y fuera del sistema institucional, son capaces de condicionar la agenda política,²⁶³

²⁶² Los sectores campesinos fueron protagonistas en revoluciones como la cubana, boliviana y mexicana, de donde se desprende su importancia en mantenimiento o cambio del sistema. Los conflictos socioeconómicos son determinantes en la agitación de las masas, recordemos que durante la recesión de mediados de los años setenta y principios de los ochenta, en países como Nicaragua, El Salvador, Chile y Perú, un importante número de pobres urbanos, empezaron a apoyar a partidos de izquierda. En países como Brasil, México y parte de Chile, los pobres urbanos empezaron a movilizarse Ver: Eckstein, Susan. “Poder y Protesta popular en América Latina, en: *Poder y Protesta Popular. Movimientos sociales latinoamericanos*, traducido por Parés Nuria, Siglo XXI, Madrid, 2001, p. 38.

²⁶³ “Desde el punto de vista de la democracia como participación, la emergencia de un movimiento social siempre contribuye a la gobernabilidad. (...) se constituye como una nueva ‘voz’ de la sociedad civil que puede llegar a participar en la producción del orden y puede contribuir al cambio social.” Ver: Revilla Marisa, “Gobernabilidad y Movimientos Sociales, una difícil relación”, ponencia presentada en el XVIII Congreso Internacional de LASA, Atlanta, marzo, 1994, p. 23. Disponible en: <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=30800803>

colocando, en primer plano sus propias reivindicaciones, bajo la amenaza del uso de la fuerza. Así, la agenda se divide entre la necesidad de reacción ante la coyuntura y el avance en proyectos a mediano y largo plazo, como el proceso de institucionalización del sistema de partidos, que por debilidad coyuntural son aplazados indefinidamente.

Esto resulta peligroso porque con el tiempo, llegan a ser urgentes y la demanda de soluciones inmediatas da lugar a respuestas improvisadas, sin pasar por procesos de sociabilización y debate. Nohlen destaca la particularidad del sistema de partidos como:

“...institución asociada a un margen restringido de opciones –aunque no por ello menos decisiva-. Pues justamente su carácter de variable dependiente (del sistema electoral, de aspecto socioculturales, del sistema de gobierno, etc.) e independiente (afectando el funcionamiento de otras instituciones políticas como el sistema de gobierno y los efectos generados por el sistema electoral, por ej.) la convierte en institución clave y punto neurálgico en el que convergen influencias de distintos orígenes y en diferentes decisiones”²⁶⁴.

La presencia de movimientos sociales fuertes, amparados en sus propios derechos y con acceso directo al poder, ha redefinido el rol tradicional de los partidos políticos. Se ha atenuado su carácter de intermediarios entre la sociedad y el gobierno, por la propia representación que ejercen los grupos que no necesitan someterse a los chantajes de las cúpulas partidistas.

“Los ciudadanos al ingresar a un partido político ya son titulares de una serie de derechos fundamentales consignados en la Constitución y éstos se incrementan con los que adquieren dentro de la organización política, pues el derecho de asociación política para formar parte de un partido, tiene por objeto que los ciudadanos al unirse con otros potencien sus derechos políticos electorales, en ésta interacción puede

²⁶⁴ Nohlen, Dieter. *Instituciones Políticas en su Contexto*, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2007, p. 67.

ocurrir -al interior del partido- violación de tales derechos, entonces es necesario el establecimiento de medios de impugnación a favor de sus militantes...²⁶⁵”.

Por otra parte, al ser monotemáticos, sus propuestas son canalizadas de manera más efectiva que si lo hicieren los partidos políticos, cuya esencia radica en alcanzar el poder y por tal, buscan captar la mayor cantidad de temas y exigencias sociales, lo que resta protagonismo tanto a temas, como a grupos.

Esto repercute peyorativamente en su legitimación, alienta el descontento y reduce su capacidad de absorción. La *regla de la absorción* se da cuando “...la adición de un jugador con veto no afecta la estabilidad política ni los resultados de la política”²⁶⁶.

Por citar un ejemplo, la aparición del feminismo radical y del movimiento de liberación de la mujer durante los años sesenta y setenta tuvo una gran influencia en la redefinición de la política e impacto en los valores culturales de occidente. La idea según la cual “lo personal es público” ha permitido que la perspectiva de género se encuentre inserta en todas las esferas de la vida actual. Muchos de los movimientos feministas nacieron aliados o cercanos a partidos políticos laboristas o comunista; no obstante, su fuerza numérica y organizativa, dotó de independencia y capacidad de autodefensa a sus intereses y propuestas²⁶⁷.

La poca capacidad de adaptación de los diferentes partidos políticos y la rapidez del cambio social es una de las causas de su actual

²⁶⁵ Tribunal Contencioso Electoral del Ecuador, Sentencia No. 002-2009-TCE.

²⁶⁶ Tsebelis, George. *Jugadores con Veto. Cómo funcionan las instituciones políticas*, Fondo de Cultura Económica, México, 2007, p. 14.

²⁶⁷ Ver: Chapman, Jenny. “La perspectiva Feminista” en: Marsh David y Stoker Gerry, ed. *Teorías y métodos de la Ciencia Política*, traducción Jesús Cuellar, Alianza Editorial, Madrid, 1997, pp. 103-107.

debilidad dentro del sistema²⁶⁸. A diferencia de lo expuesto por Leslie Lipson, hoy, no todo lo más importante en política, ocurre dentro de los partidos políticos²⁶⁹.

La progresiva debilidad de los partidos políticos fomenta la aparición de caudillismos cuya oportunidad de crecimiento está en crear dicotomías alrededor de un “enemigo común” para obtener de ello réditos políticos. El líder no posee la intención de dialogar y permitir acuerdos duraderos, por el contrario, incita al descontento, la victimización del grupo y a la inestabilidad del sistema. Por tanto, la presencia de líderes carismáticos, reducen la capacidad de acción de actores colectivos y su relevancia es inversamente proporcional al grado de institucionalización.

“Cuando hay un sistema de partidos incipiente hay mayor cabida para los populistas porque las afiliaciones partidistas no estructuran el voto popular de modo tan alto como los sistemas de partidos institucionalizados²⁷⁰”.

Un único líder permite con facilidad la incrustación de *poderes invisibles*, con intereses clientelares y con ello, vendrán la facción interna o la incoherencia de las acciones con los principios que se propugnan; en consecuencia, se acelera el proceso de deslegitimación de la organización política y se obstruyen las vías de diálogo y cooperación entre sujetos políticos. De ahí la necesidad que los partidos y demás actores colectivos presten atención en la formación y promoción de

²⁶⁸ Ver: Von Beyme, Klaus. *Los Partidos Políticos en las Democracias Occidentales*, Madrid, Siglo XXI, 1996, pp. 358-360.

²⁶⁹ Lipson, Leslie, citada por: Nohlen Dieter, *Sistemas Electorales y Partidos Políticos*, Fondo de Cultura económica y Universidad Autónoma de México, México DF, 1995, p. 38.

²⁷⁰ Mainwaring Scott y Scully Timothy. “La Institucionalización de los Sistemas de Partidos en América Latina”, en: *Revista Ciencia Política*, No. 1-2, Universidad Católica, Santiago, 1995. P. 89.

varios líderes, con capacidad de limitar el predominio de uno de ellos sobre el grupo²⁷¹.

Los continuos golpes de Estado producidos entre 1996 y 2006 en el sistema ecuatoriano puso en evidencia la fragilidad de su sistema institucional. Las vías de hecho hacían obsoletas a las de derecho y con ello, la violencia se cubría el escenario.

El movimiento indígena, el “de los forajidos”²⁷² y algunas organizaciones no gubernamentales demostraron tener un alto nivel de movilización e incidencia para alterar el *status quo*²⁷³.

La pluralidad de las sociedades actuales ha vigorizado la conciencia étnica. “Los efectos concomitantes del desarrollo económico (aumento de la movilización social y de las comunicaciones) sí han contribuido a incrementar las tensiones étnicas y a fomentar las reivindicaciones separatistas.”

Por ejemplo, de conformidad con la Constitución ecuatoriana de 1998, se requeriría del 30% de las personas inscritas en el padrón electoral (Art. 110) para convocar a un referéndum revocatorio del mandato. Esta cifra exorbitante frustró toda intención de quienes quisieron activarla. El descontento crecía conjuntamente con la protesta y el enfrentamiento con la fuerza pública hizo llegar a una situación insostenible; lo que vino, en consecuencia fue la ruptura del orden jurídicamente constituido.

²⁷¹ La bondad de contar con un sistema absolutista fue defendido por Thomas Hobbes, al concebir a ese “dios mortal” denominado Leviathan. Ver: Godoy Arcaya, “Selección de textos políticos de Thomas Hobbes en: *Revista Estudios Públicos*, No. 23, Centro de Estudios Públicos, Santiago, 1986 pp. 340-341. En oposición a esta doctrina, el predominio de una sola o pocas voluntades es contrario a cualquier forma de régimen democrático.

²⁷² Movimiento ciudadano creado espontáneamente, en Quito, en contra de medidas represivas del entonces presidente Lucio Gutiérrez, de cuyos epítetos peyorativos adoptaron su denominación.

²⁷³ Ver: Connor Walker, *Etnonacionalismo*, Trama Editorial, Madrid, 1994, pp. 40-41.

En el año 2008 apareció la figura carismática de Rafael Correa Delgado, un académico, cuya propuesta principal consistió en la convocatoria a consulta popular para instaurar una Asamblea Constituyente. La debilidad institucional experimentada, en tan poco tiempo, favoreció a viabilizar la propuesta con el apoyo popular.

Ante la demanda social, abanderada por el Presidente de la República, fueron inútiles los vetos legislativos y de partidos con representación parlamentaria. Las esferas jurisdiccionales y las exigencias constitucionales, por su rigurosidad, se tornaron inalcanzables y lejos de mantener el status quo, provocaron la activación de las vías de hecho, hasta desembocar en un cambio inevitable.

Para Max Weber "...la historia de la humanidad conoce la victoria de tipos humanos menos desarrollados y la extinción de estadios de florecimiento de la vida (...) cuando la comunidad humana que era su portadora perdió la capacidad de adaptarse a sus condiciones de vida, bien fuera por razón de su organización social, bien por sus cualidades raciales"²⁷⁴.

La experiencia vivida produjo que la Constitución del 2008 flexibilizara los mecanismos de participación política y enfatizara en mecanismos de democracia directa y participativa; incorpora además, vías de desfogue al sistema a fin de canalizar por las vías formales los conflictos, según lo ejemplificaremos en adelante. Naturalmente, la apertura del sistema democrático ha repercutido en la disminución del rol de los partidos, aumento del poder de incidencia de los movimientos sociales, la profundización de un régimen presidencial, mayor protagonismo de caudillos, lo que implica mayor volatilidad, indisciplina partidista y fomenta un multipartidismo extremo sin posibilidad de crear coaliciones de gobierno.

²⁷⁴ Weber, Max. "El Estado Nacional y la Política Económica" en: *Escritos Políticos*, Alianza Editorial, Madrid, 1991, p. 78

La disciplina partidista, se relaciona con el grado de articulación que existe dentro del partido y esta depende del nivel de institucionalización del mismo. Es decir, se trata de causas conexas e interdependientes que fomentan la estabilidad²⁷⁵. Para Chasquetti, los presidencialismos multipartidistas son eficaces para la estabilidad democrática si tienen capacidad de gobernar en coalición²⁷⁶.

La disciplina dentro de cualquier organización política o social es quizá la base de la pervivencia del sistema y en términos políticos, de la conservación del poder. El liderazgo que también es indispensable en términos de unificación de criterios y aglutinamiento de personas, en la actualidad no puede separarse de ciertos aspectos técnicos que puedan ejecutar, con mayor eficiencia, las disposiciones de quien ejerce el poder.

Así, el Estado contemporáneo requiere de una casta de “políticos profesionales”, entendiéndolo por ello a un considerable grupo de burócratas altamente especializados en diferentes ramas del conocimiento a quienes no necesariamente interesa captar espacios de poder, sino mantenerse en una plaza de trabajo que le fuere económicamente rentable.

No obstante, estos tecnócratas, por ser los depositarios de la satisfacción popular, dada la mejor prestación de servicios y por ser quienes acaparan información valiosa en términos políticos y aconsejan al líder, tienen que ser personas absolutamente comprometidas con su éxito y la estabilidad del sistema, lo que implica que el líder necesariamente estará obligado a retribuir esa fidelidad y esfuerzo con

²⁷⁵ Ver: Duverger, Maurice, *Los partidos políticos*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996, pp. 76-78.

²⁷⁶ Ver: Chasquetti, Daniel. “Democracia, multipartidismo y coaliciones en América Latina: evaluando la ‘difícil combinación’”, en Lanzano Jorge (comp), *Tipos de Presidencialismo y coaliciones políticas en América Latina*, CLACSO/ASDI, Buenos Aires, 2001, p. 322.

cargos, cada vez de mayor nivel, y con honores que le sean atractivos a todo profesional.

En un sistema así, el político profesional pondrá todo su conocimiento y esfuerzo en la estabilidad del sistema, no sólo por ser beneficiario del mismo sino porque sabe que su gran cercanía al líder actual le resultará incómoda y hasta peligrosa al líder futuro quien buscará confinarlo en términos políticos.

Max Weber describe, en términos realistas, lo que es y debe ser un político profesional comprometido con un régimen determinado, cuando expresa que “éste pone su honor en el cumplimiento preciso y minucioso de las órdenes de los superiores, como si coincidieran con sus propias convicciones, aunque las órdenes le parezcan falsas y aunque proteste contra ellas. Aquí hay un sacrificio y una disciplina sin las que se vendrían abajo todo el aparato administrativo²⁷⁷.”

Ahora bien, la volatilidad no representa un problema en sí misma, sino, su síntoma. La inestabilidad social y electoral es un indicador que puede evidenciar inconformidades con los actores políticos y con el sistema institucional en general, luego, la necesidad de una mayor democratización y apertura al pluralismo. Este castigo electoral que la ciudadanía impone a los partidos políticos que han decepcionado por su gestión, lo que O’Donnell denomina *accountability vertical*, demostraría que se está consolidando una poliarquía democrática²⁷⁸.

Por otro lado, tampoco es un peligro, *per se*, la existencia de un sistema multipartidista, dentro de un sistema presidencial si se

²⁷⁷ Weber, Max. “La Política como Profesión” en: Weber, Max. *Política y Ciencia*, Buenos Aires, Elaleph, 2000, p. 43.

²⁷⁸ O’Donnell, Guillermo. “Accountability Horizontal”, en Kellog Institute for International Studies. Disponible en: www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/.../21ODonnellAccountability.pdf

trata de una sociedad plurinacional²⁷⁹, tampoco lo sería, el incremento del número de movimientos sociales y de presión. Cada sector, al ser titular de sus derechos de participación, al organizarse en redes deja de necesitar intermediarios.

Por tanto, la proliferación de actores colectivos es consecuencia natural de la democratización del sistema y del mayor involucramiento de actores tradicionalmente anónimos en la esfera pública, lo que incorpora a la agenda política muchos temas que anteriormente no tuvieron espacio, por la debilidad de los sectores que los llevaban a escena. “El mero hecho de introducir una nueva demanda en la agenda política de un modo expresivo y desafiante, al menos en los Estados democráticos liberales, permite la coalición en torno suyo y que éstas se alineen en el seno de marcos culturales generales”²⁸⁰.

Bajo esta línea, la conflictividad aumenta, pero también el número de interlocutores y con ello, la necesidad de negociar y llegar a acuerdos. La opinión pública y los grupos oscilantes terminarán por inclinar la balanza hacia una o varias de las tesis esgrimidas y aunque no se llegase a decisiones teóricamente correctas, bastaría con que sean tomadas por vías pacíficas y con el mayor nivel de consenso posible.

Coincidimos con Dahl, en que los regímenes hegemónicos y las oligarquías competitivas tienden a evolucionar hacia una poliarquía, entendiendo por ello, a aquellos sistemas en los que aumentan las “... oportunidades de participación y el debate auténtico y por consiguiente,

²⁷⁹ En este aspecto, nos separamos del pensamiento de Dieter Nohlen, para quien los sistemas multipartidistas de representación proporcional tienden a la “desintegración, atomización partidista, a la inestabilidad política, etcétera”. Nohlen, Dieter, *Sistemas Electorales y Partidos Políticos*, Fondo de Cultura Económica y Universidad Autónoma de México, México DF, 1995, p. 36

²⁸⁰ Tarrow, Sidney. *El Poder en movimiento. Los movimientos sociales, la acción colectiva y la política*, traductores Bavia, Herminia y Resines Antonio, Alianza Editorial, Madrid, 1997, p. 310.

el número de individuos, grupos e intereses cuyas preferencias hay que considerar al ejercer el poder público²⁸¹.”

En suma, los puntos de contacto y las vías políticas e institucionalizadas para desfogar los conflictos políticos constituyen la fortaleza o debilidad de los sistemas democráticos.

Más allá del reconocimiento de derechos políticos, tema en el que, como se dijo ya, existe consenso, los sistemas deben atender a lo que Bobbio llama la *democracia procedimental*²⁸².

“...La posibilidad de estallidos y de falta de absorción del cambio, es tan inseparable de los procesos de modernización y de la estructura de la sociedad moderna, como las tendencias al cambio continuo. Semejantes erupciones pueden conducir tanto a la transformación del régimen existente en otro más flexible y mejor adaptado para enfrentar los problemas permanentemente cambiantes, como al derrumbamiento de la modernización, al desarrollo de regímenes progresivos o deformados, con tendencias autocráticas...²⁸³”.

²⁸¹ Dahl, Robert, *La Poliarquía. Participación y Oposición*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 23.

²⁸² Vitale, Ermanno, “Norberto Bobbio y la Democracia Procedimental”, Roma, Universidad de Sassari. Disponible en http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:filopoli-2005-26-CA504E04-8130-9FA1-B22B-6C683F071869&dsID=norberto_bobbio.pdf

²⁸³ Eisenstand, S.N., *Modernización. Movimientos Políticos de protesta y cambio social*, Amorrortu Editores, 2da. Ed., Buenos Aires, 1972, p. 74.

Herramientas institucionales e interrelación de actores

De acuerdo con Pisarello²⁸⁴ las herramientas institucionales para la interacción de los diferentes actores colectivos pueden ser de naturaleza política, social y jurisdiccional. Algunas de las garantías sociales han sido descritas en el acápite anterior y las jurisdiccionales guardan relación con la concepción de la Constitución como norma jurídica suprema, directa y obligatoriamente aplicable, y la protección jurisdiccional de los derechos ciudadanos.

Por escapar a los alcances del presente ensayo, basta mencionar que las garantías jurisdiccionales son residuales, es decir, se activan cuando las vías políticas o de diálogo resultaron ineficaces para resolver conflictos o existen prácticas violatorias de derechos. Esto implicaría una relación inversamente proporcional entre efectividad de las herramientas políticas y la eventual saturación del sistema de justicia. Asimismo, su desequilibrio provocaría la politización de la justicia o la judicialización de la política, extremos a todas luces perjudiciales.

Las herramientas institucionales son las previstas en la Constitución y la ley que dotan a los órganos estatales de facultades propositivas y reactivas para propiciar o bloquear la alteración del *status quo* y de esta manera, actuar como equilibrio de poder, dentro de una sociedad democrática.

La Corte Constitucional es la principal herramienta institucional de interrelación de actores políticos ya que en esta judicatura confluyen la gran mayoría de conflictos institucionales y sociales. La justicia constitucional es el mar donde desembocan los conflictos suscitados dentro del sistema jurídico y frente a las reivindicaciones sociales. De ahí

²⁸⁴ Ver: Pisarello, Gerardo, “Los Derechos Sociales y sus Garantías: por una reconstrucción democrática, participativa y multinivel”, en: *Los Derechos Sociales y sus Garantías, elementos para una construcción*, Trotta, Madrid, 2007, pp. 111-138.

que, la Corte Constitucional actúa como órgano de cierre, es decir como último juez del Ejecutivo, en cuanto todas sus actuaciones están sujetas al control de constitucionalidad, al igual del Legislativo, por la posibilidad de denunciar la inconstitucionalidad de las leyes y del judicial, en cuanto tiene la posibilidad de revisar sentencias de última instancia, cuando se presume violación de derechos fundamentales.

La Corte Constitucional tiene facultades para dirimir conflictos de competencia, ejerce el control previo y posterior de constitucionalidad sobre leyes y previo, únicamente, en la suscripción de tratados y convenios internacionales. Dictamina, de oficio, la constitucionalidad de declaratoria de estado de excepción; por medio de la denominada acción por incumplimiento, tiene facultad para obligar a cualquier funcionario de Estado la ejecución de toda obligación prevista en la Constitución (Art. 436). Para todo ello, se la instituye como el máximo órgano de interpretación constitucional y por tal, como mecanismo de *accountability horizontal*, con lo cual, la Constitución pasa a ser aquello que la Corte Constitucional considere que fuere.

En palabras de Gustavo Zagrebelsky: “...los jueces no son los señores de derecho en el mismo sentido en que lo era el legislador en el pasado siglo. Son más exactamente los garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia”²⁸⁵.

Retomando el caso propuesto, la adopción de la nueva constitución ecuatoriana, se ajusta a la tesis defendida al inicio de este trabajo, en cuanto, la crisis que sirvió de antesala para continuos derrocamientos presidenciales y crisis política y social, flexibilizó las herramientas institucionales de interrelación de sujetos políticos, a fin de dar más de una salida de derecho a los conflictos. Para el efecto, estableceré algunas comparaciones entre la normativa de la Constitución de 1998 y la de 2008.

²⁸⁵ Zagrebelsky Gustavo, *El Derecho Dúctil*, Madrid, Trotta, cuarta edición, 2002, p. 153.

La muerte cruzada

La Constitución de 2008 es la primera en incorporarla por lo que no cabe hacer comparación de ningún tipo, tampoco ha sido activada por lo que tampoco podemos contar con datos empíricos que avalen o nieguen su utilidad y eficacia.

De conformidad con el artículo 120, número 2, le compete a la Asamblea Nacional resolver el cese de las funciones del presidente o presidenta de la República. Asimismo, el presidente o presidenta de la República tienen la facultad de “...disolver la Asamblea Nacional cuando, a su juicio, ésta se hubiese arrogado funciones que no le competen, previo dictamen favorable de la Corte Constitucional; (...) o por grave crisis política...” (el énfasis es mío).

Para evitar el abuso de estas prerrogativas, la constitución prevé que dentro de un plazo máximo de siete días, contados desde la publicación del decreto o resolución, respectivamente, el Consejo Nacional Electoral convocará a elecciones tanto presidenciales como legislativas (Art. 148).

De esta forma, la disolución de la Asamblea Nacional, implica, la autodestitución para el Presidente de la República y viceversa, lo que obligaría de alguna manera a buscar acuerdos para dar salida a una eventual crisis política. Esta facultad puede ser vista como una herramienta de chantaje y mutua contención, así como una vía de evacuación ante situaciones inminentemente descontroladas.

La incorporación de una institución, según la cual, se puede alterar el periodo fijo del Presidente de la República, haciendo depender su permanencia en el cargo de la confianza de la Asamblea Nacional, así como la posibilidad de disolver la cámara legislativa puede interpretarse como la incorporación de elementos propios del parlamentarismo²⁸⁶ al

²⁸⁶ Linz Juan, “Parliamentary or Presidential Democracy: Does it make a difference” en: *The failure of presidential democracies, comparative perspectives*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore Maryland, 1994, pp. 3-79.

sistema ecuatoriano, de corte tradicionalmente presidencialista. Otro ejemplo de dicha parlamentarización radica en la censura vinculante de ministros y ministras de Estado, como resultado de un juicio político²⁸⁷.

Referéndum y revocatoria del mandato

De conformidad con el artículo 104 (Constitución 1998) la convocatoria a referéndum o plebiscito, podrá ser realizada por el Presidente de la República, para impulsar la aprobación de reformas constitucionales o para decidir sobre “asuntos de trascendental importancia”. La otra vía de convocar a este mecanismo fue la petición del 8% de las personas en ejercicio de derechos políticos.

El presidente de la República al tener la primera opción para dicha convocatoria y al ser tan amplia esta atribución, poseyó la facultad de calcular si contaba con la aceptación popular suficiente para someter su propuesta a decisión del pueblo. La baja aceptación de los ex mandatarios y la alta cantidad de peticionarios requeridos, hizo que este mecanismo no se llegase a activar; sin embargo, el pueblo no dejó de hacerse escuchar en las calles (paros, movilizaciones y enfrentamientos) y por vías de hecho, hizo inviables propuestas como la de un tratado de libre comercio con los Estados Unidos de Norteamérica, la exclusión del Ecuador en el Plan Colombia, entre otros.

Hoy, la Constitución de 2008, reduce al 5% el número de ciudadanos facultados para presentar tal iniciativa. Lo mismo ocurre con la convocatoria a plebiscito y la revocatoria de mandato. La Constitución

²⁸⁷ Ecuador no es el primer régimen en incorporar elementos propios del parlamentarismo en Latinoamérica. Sobre la parlamentarización de los sistemas presidencialistas en América Latina, ver el caso boliviano en: Mayorga, René Antonio. “Presidencialismo Parlamentarizado y Gobiernos de coalición en Bolivia”, en Lanzaro, Jorge (comp.), *Tipos de Presidencialismo y Coaliciones Políticas en América Latina*, CLACSO, Buenos Aires, 2001, pp. 101-137.

de 1998 establecía que se la hiciera con el 30% de personas en ejercicio de derechos políticos. En la práctica, este mecanismo nunca fue activado y contrariamente a sus objetivos, se revocó, por vías no democráticas el mandato durante tres periodos constitucionales sucesivos.

Mecanismos de democracia participativa

Las herramientas institucionales que permiten la interacción entre los sectores de la sociedad civil y las instituciones del Estado, guardan relación con el derecho de fiscalización y el derecho a participar en decisiones públicas. En el primer caso, la Constitución ecuatoriana establece como garantía fundamental a la acción de acceso a la información pública, sin perjuicio de la existencia de instituciones destinadas a tales fines y que han sido aglutinadas en la Función de Transparencia y Control Social o quinto poder.

La corrupción es determinante en la deslegitimación del ejercicio del poder, por tanto, no hay herramienta más idónea que levantar el secreto y permitir a cada ciudadano ejercer su derecho de fiscalización, previo acceso a la información que creyere útil. Estos medios deben judicializarse a fin de alcanzar cierto grado de objetividad y permitir la reacción oportuna del ordenamiento jurídico; caso contrario, será la gente en las calles la que hará prevalecer sus especulaciones, generalmente alentada por la actuación manipuladora de grupos de interés.

Encuantoalaparticipaciónsocial,elconstituyenteabriócanalesde debate, dentro de las instituciones para reducir la dicotomía entre Estado y sociedad civil, en la búsqueda de soluciones consensuadas. Un ejemplo de ello es la denominada “silla vacía”²⁸⁸ según la cual, en todos los niveles de gobierno se organizarán audiencias públicas, veedurías, asambleas,

²⁸⁸ La Ley Orgánica de Participación Ciudadana, en su artículo 77 desarrolla la figura constitucional de la “silla vacía”, regulándola en los siguientes términos: “Las sesiones de los gobiernos autónomos descentralizados son públicas y en ellas habrá una silla vacía que será ocupada por una o un representante, varias o varios representantes de la ciudadanía, en función de los temas que se van a tratar, con el propósito de participar en el debate y en la toma de decisiones. (...) La persona acreditada que participe en los debates y en la toma de decisiones lo hará con voz y voto”.

cabildos populares, consejos consultivos, observatorios y otras formas que permitan a representantes de los sectores afectados por la decisión a tomarse, participar con voz y voto. De alguna manera se busca transferir cierto grado de responsabilidad a la sociedad civil a fin de crear una sensación de mutua complicidad en los efectos futuros. Se acorta distancias en la dicotomía sociedad civil-Estado y se propicia un diálogo constructivo.

Bajo la misma filosofía, en todos los niveles de gobierno e instituciones con competencias normativas, existe la obligación de tramitar todo proyecto y propuestas presentadas por la ciudadanía. Tramitar no significa aprobar, pero el sólo hecho de incorporar en el debate temas de interés social, constituye una posibilidad estratégica de ingresar en la esfera institucional. La necesidad de crear acercamientos políticos dentro y fuera de la institución, será la clave de la prosperidad de la propuesta, pero lo más importante es la existencia de mecanismos para su procesamiento y evacuación.

Estado de sitio o excepción

El estado de excepción es una herramienta institucional que concede al Ejecutivo poderes especiales y limitados en el tiempo para restringir algunos derechos y exonerarse del cumplimiento de formalidades, para atender una calamidad interna o externa. Si bien se establecen causales específicas para esta declaratoria, el Presidente de la República, podría valerse de una de ellas para liberarse, por un tiempo determinado, del control del Legislativo, que si bien conserva la facultad de revocar la declaratoria, no puede actuar de inmediato en virtud del trámite interno que para ello requiere, más la consolidación de la mayoría necesaria para el efecto.

Durante la vigencia de la Constitución de 1998, muchos de los gobiernos que se vieron próximos a la defenestración, recurrieron a declarar estado de excepción, al amparo de lo que calificaron una “grave conmoción interna” a fin de limitar el derecho de libre circulación de la ciudadanía. Esto implica intervención de la fuerza pública y un inminente enfrentamiento con los grupos insatisfechos.

La milicia, como actor político, con poderes excepcionales asumidos por la declaratoria de emergencia fue arrastrada hacia un dilema, entre usar las armas para disuadir a la multitud aun a costa de sangre o permitir la caída del Presidente de la República. En cualquiera de los dos casos, actúa fuera de la Constitución.

La Constitución de 1998 reconocía a la Fuerza Pública como garantes del ordenamiento jurídico (Art. 183), declaración en la que se escudaron para actuar deliberadamente. La Constitución vigente, reconoce para el Presidente de la República la capacidad de declarar estado de excepción, incluso, incorpora una causal aún más amplia, la denominada “calamidad pública” (Art. 164)²⁸⁹. Esto favorece a la posición estratégica del primer mandatario, frente a los demás actores. Para ello, el ejecutivo cuenta con todos los recursos militares y económicos que considerare pertinentes para desactivar brotes de violencia, lo que sería eficaz, siempre que actúe de forma oportuna.

La reforma constitucional y convocatoria a Asamblea Nacional Constituyente

La Constitución de 1998 establecía dos formas de reformar la Constitución: a) por el Congreso Nacional, mediante el mismo trámite

previsto para la ley, salvo un candado, de un año entre primero y segundo debate y una mayoría de dos tercios de la totalidad de sus miembros; y, b) por medio de referéndum, convocado por el Presidente de la República, previa aprobación del Congreso (Art. 283).

La Carta Política no preveía la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente que permita su sustitución. Si consideramos que en derecho público sólo puede hacerse aquello que expresamente está previsto en la Constitución y la Ley, se puede

²⁸⁹ La Constitución de 2008 reconoce a la Corte Constitucional como la garante de la conservación del estado de derecho.

colegir que la instalación de la Asamblea de Montecristi y la adopción del texto constitucional, fueron actos contrarios a Derecho, por tanto ilegítimos. Otros sostendrán que el poder constituyente no puede quedar limitado por el constituido y que el pronunciamiento favorable del pueblo soberano legitimó dicho proceder. Para efectos de este trabajo, lo importante es destacar que pese a la imposibilidad institucional de la época, la convocatoria a asamblea se realizó, la ciudadanía la apoyó en las calles y hoy rige el producto de aquel proceso. Con esta experiencia, la Constitución de 2008, recoge en su artículo final (444) la posibilidad de convocar a procesos constituyentes, siempre que este fuese aprobada vía referéndum, lo que implica un nuevo síntoma de flexibilización del sistema, explicado desde la experiencia.

Por razones de espacio y por poseer características comunes a casi todo sistema jurídico, he obviado referirme a las posibilidades de veto que poseen los partidos políticos y órganos de Estado, en el diseño de políticas públicas, actos de carácter administrativo y normativo, en sentido amplio.

Conclusiones

En definitiva, el alto grado de conflictividad social existente en sociedades plurales resulta peligroso si el sistema institucional no es capaz de procesarlo en su interior. Si no lo hace, fomentará la activación de las vías de hecho para la obtención de idénticos fines y la aparición de líderes carismáticos que atenten contra la institucionalización del sistema. Siguiendo esta lógica, el sistema ecuatoriano vigente radicalizó su esquema presidencialista, y le dio al Presidente la posibilidad de acceder directamente al pueblo para sobrepasar el sistema institucional a fin de dar respuestas oportunas a las demandas sociales.

En todo caso, las herramientas políticas e institucionales son instrumentos por lo que su buena o mala utilización depende exclusivamente de la prudencia y sensibilidad de los diferentes actores. Esta prudencia tendrá que ser guiada hacia la conservación del régimen democrático, la consolidación de una paz perdurable dentro del grupo social y el respeto irrestricto a los derechos fundamentales. Finalmente, el grado de conflictividad social no es tan importante como el diseño de vías políticas e institucionales efectivas para resolverlo.

Bibliografía

- Abregú, Martín y Courtis, Christian (comp.), *La Aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales*, Editores del Puerto s.r.l, segunda edición, Buenos Aires, 1998.
- Aldo Topacio, Ferretti, *Derecho Romano Patrimonial*, Universidad Autónoma de México, México D.F., 1992.
- Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- América Latina Hoy*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2007.
- Aninat, Cristóbal, “El Proceso Legislativo Chileno. Análisis del proyecto de ley de rentas vitalicias 1994-2004”, Universidad Adolfo Ibáñez, Escuela de Gobierno, enero 2006. Disponible en: www.uss.cl/datos/docs/.../Políticas%20Públicas.doc
- Antón Mellón, Joan (ed.), *Ideologías y movimientos políticos contemporáneos*, Tecnos, Madrid, 1998.
- Anuario de Derecho Penal*, Estudio monográfico sobre interpretación y aplicación de la ley penal, Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Friburgo, Lima, 2005.
- Aristóteles. *Política*, Editora Nacional México, México, 1967.
- Atienza, Manuel, *Las Razones del Derecho*, Universidad Autónoma de México, México D.F., 2005.
- Ávila, María Paz y Corredores, María Belén (eds.), *Los Derechos Colectivos: Hacia su efectiva comprensión y protección*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos, No. 16, Quito, 2009.

- Ávila Santamaría, Ramiro (ed.), *Constitución del 2008 en el Contexto Andino*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos No. 3, Quito, 2008.
- Ayala Mora, Enrique, *Resumen de Historia del Ecuador*, Corporación Editora Nacional, Tercera Edición, Quito, 1999.
- Ayala Mora, Enrique, *Simón Bolívar*, Colección: Pensamiento Fundamental Ecuatoriano, Quito, Corporación Editora Nacional, 2006.
- Ayala Mora, Enrique, *Simón Bolívar; Pensamiento Político*, Quito, Editorial Indoamérica, Serie Ensayo Político, Volumen 5, 1983.
- Bernal Pulido, Carlos, *El Derecho de los Derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.
- Bellamy, Richard, *Constitucionalismo Político*, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- Betegón Carrillo, Jerónimo; Gascón Abellán, Mariana; De Páramo Arguelles, Juan; y, Prieto Sanchís, Luis. *Lecciones de Teoría del Derecho*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.
- Bobbio, Norberto, *Teoría General de la Política*, Trotta, Madrid, 2009.
- Bobbio, Norberto, *La Teoría de las Formas de Gobierno en la Historia del Pensamiento Político*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1987, p. 47.
- Boletín Oficial de la Gaceta del Departamento de Justicia AÑO MCMXCVII – enero 1 a diciembre 31 de 1997 - NUM.19.
- Bolívar Simón, Carta dirigida a Daniel F. O’Leary, escrita, en Guayaquil, el 13 de septiembre de 1829. Disponible en: <http://www.aporrea.org/actualidad/a57257.html>
- Bolívar Simón, “Contestación de un americano meridional a un caballero de esta isla”, Carta dirigida a Henry Cullen el 6 de septiembre de 1815.
- Bolívar Simón, Discurso inaugural del Congreso de Angostura, el 15 de febrero de 1819.

- Bolívar, Simón. Discurso a la Constituyente de Bolivia de 1825.
- Bolívar Simón, carta dirigida al Secretario de Estado y Relaciones Exteriores del Gobierno de Venezuela, el 8 de septiembre de 1810.
- Bolívar, Simón. *Doctrinas del Libertador*, Caracas, Fundación Biblioteca Ayacucho, cuarta edición, 1994.
- Bolívar, Simón. “Una mirada sobre la América española”. Este artículo estuvo destinado a publicarse en un periodo, no tiene fecha pero pudo haberse escrito entre abril y junio de 1829. Disponible en:http://resistenciacolombia.org/index.php?option=com_content&view=article&id=128:el-pensamiento-politico-del-libertador&catid=37&Itemid=69
- Bolívar Simón, Carta dirigida a Daniel F. O’Leary, escrita, en Guayaquil, el 13 de septiembre de 1829. Disponible en: <http://www.aporrea.org/actualidad/a57257.html>
- Bolívar Simón, “Contestación de un americano meridional a un caballero de esta isla”, Carta dirigida a Henry Cullen el 6 de septiembre de 1815.
- Bolívar Simón, *Discurso inaugural del Congreso de Angostura*, el 15 de febrero de 1819.
- Bolívar, Simón, *Discurso a la Constituyente de Bolivia* de 1825.
- Bolívar Simón, Carta dirigida al Secretario de Estado y Relaciones Exteriores del Gobierno de Venezuela, el 8 de septiembre de 1810.
- Bolívar, Simón, *Doctrinas del Libertador*, Caracas, Fundación Biblioteca Ayacucho, cuarta edición, 1994.
- Bolívar, Simón, “Una mirada sobre la América española. Este artículo estuvo destinado a publicarse en un periodo, no tiene fecha pero pudo haberse escrito entre abril y junio de 1829. Texto disponible en: http://resistenciacolombia.org/index.php?option=com_content&view=article&id=128:el-pensamiento-politico-del-libertador&catid=37&Itemid=69

- Borja, Rodrigo, *Sociedad, Cultura y Derecho*, Editorial Planeta, Quito, 2007.
- Bovero, Michelangelo, *Una gramática de la democracia*, Madrid, Trotta, 2002.
- Burke, Edmund, *Reflexiones sobre la revolución francesa* en: tertuliachurchill.com
- Carpizo, Jorge, *Concepto de Democracia y Sistema de Gobierno en América Latina*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México / Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009.
- Carrió, Genaro, *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Abeledo-Perrot, segunda edición, Buenos Aires, 1979
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso 11.428 “*Susana Higuchi*”.
- Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador, *Las Nacionalidades Indígenas y el Estado Plurinacional*, Imprenta Nuestra Amazonía, Quito, 1998.
- Connor, Walker, *Etnonacionalismo*, Trama Editorial, Madrid, 1994.
- Dahl, Robert, *La Poliarquía. Participación y Oposición*, Tecnos, Madrid, 1989.
- De Sousa Santos, Boaventura, *La Globalización del Derecho*, UNIBIBLOS, traducción: César Rodríguez, Bogotá, 1998.
- Duque Villanueva, Juan, *Elecciones Políticas y Tribunal Constitucional, jurisprudencia constitucional en materia electoral 1980-2005*, Thomson Arizandi, Navarra, 2006.
- Duverger, Maurice, *Los partidos políticos*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996.

- Dworkin, Ronald, *Los Derechos en Serio*, Ariel Derecho, España, 2002.
- Parés, Nuria (trad.), *Poder y protesta popular. Movimientos sociales latinoamericanos*, Siglo XXI. Madrid, 2001.
- Eisenstand, S.N., *Modernización. Movimientos Políticos de protesta y cambio social*, Amorrortu Editores, segunda edición, Buenos Aires, 1972.
- Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, “Justicia, Justicia Electoral y Democracia”, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2006.
- Estudios sobre la Reforma Electoral 2007*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México D.F., 2008.
- Etnicidad y Poder en los Países Andinos*, Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador, Universidad de Bielefeld y Corporación Editora Nacional, Quito, 1997.
- Espinosa, Carlos y Caicedo, Danilo (edit.), *Derechos Ancestrales Justicia en Contextos Plurinacionales*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos, No. 15, Quito, 2009.
- Ferrajoli, Luigi, *Democracia y Garantismo*, Madrid, Trotta, 2008.
- Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los Derechos Fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001.
- Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías. La Ley del más Débil*, Editorial Trotta, Segunda Edición, Madrid, 2001.
- Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías, La ley del más Débil*, Trotta, cuarta edición, Madrid, 1994.
- Figueruelo Burrieza, Ángela, “Notas acerca del recurso de amparo electoral” en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 9, Número 25, enero-abril 1989.
- Fundación Q’ellkaj, *Participación política Electoral en el Ecuador; una mirada intercultural*, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Quito, 2008.

- Gaceta Jurisprudencia y Tesis en Materia Electoral, año 1, Número 2, 2008.
- Galeano, Francisco (comp.), *Atlas de Derecho Comparado*, Fundación Cultural del Notario, Madrid, 2000.
- García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1985.
- García Jurado, Roberto, “La Teoría Democrática de Huntington” en: *Revista Política y Cultura*, No. 19, México, Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Xochimilco, 2003.
- García Ramírez, Sergio, *Temas de Derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.
- García Soriano, María Vicenta, *Jueces y Magistrados en el Proceso Electoral*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
- Gargarella, Roberto. “En nombre de la Constitución el legado federalista dos siglos después”. Disponible en: <http://168.96.200.17/ar/libros/moderna/cap6.pdf>
- Garrorena, Ángel, *El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho*, Tecnos, primera edición, Madrid, 1991.
- Gratius, Susanne, “La Tercera Ola Populista de América Latina”, FRIDE, 45 Documento de trabajo, Madrid, 2007.
- Guastini, Ricardo. *Comentarios a la Ponencia de Manuel Atienza “Derechos Implícitos”*. Jornadas de Argumentación Jurídica y Ética Judicial, Tribunal Contencioso Electoral, 8 y 9 de septiembre de 2009.
- Hamilton, Alexander, Madison Santiago y Jay John, *El Federalista*, No. 5. Disponible en: http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/derecho/federalista/5.html.

Hobbes, Thomas, *Leviatán*, México, Fondo de Cultura Económica, cuarta reimpresión, 2006.

Hôff, Otfried, *Justicia Política*, Ediciones Paidós del I.C.E de la Universidad Autónoma de Barcelona, Colección Pensamiento Contemporáneo, No. 69, Barcelona, 2003.

http://antiqua.gipuzkoakultura.net/ciudadania_eu.php

<http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2212/6.pdf>

http://www.worldlingo.com/ma/enwiki/es/Universal_suffrage#Universal_suffrage_in_the_world

International Idea, *Supporting Democracy Worldwide*, http://www.idea.int/publications/electoral_law_la/upload/IV.pdf

Jornadas Internacionales de Derecho Constitucional, Tribunal Constitucional del Ecuador, Quito, 2007.

Kloosterman, Jeanette, *Identidad Indígena: Entre Romanticismo y Realidad*, Thela Publishers, Traducción E. Magaña, Amsterdam.

Lanzano, Jorge (comp.), *Tipos de Presidencialismo y Coaliciones Políticas en América Latina*, CLACSO/ASDI, Buenos Aires, 2001.

Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas (Oaxaca-México).

Ley Electoral de Nicaragua.

Ley Orgánica de Elecciones, Control y Gasto Electoral.

Ley Orgánica de Participación Ciudadana.

Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas del Ecuador.

Ley Orgánica de Participación Ciudadana.

- Linz, Juan J., y Arturo Valenzuela, (ed.), *The failure of presidential democracies, comparative perspectives*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore Maryland, 1994.
- López, Bárcenas, “Elecciones por Usos y Costumbres en Oaxaca. Disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1627/20.pdf>.
- López Medina, Diego, *Interpretación Constitucional*, Universidad Nacional de Colombia, segunda edición, Bogotá, 2006.
- López Medina, Diego, *El Derecho de los Jueces*, Editorial Legis, Primera Edición, Bogotá, 2000.
- Lynch, John, *Simón Bolívar*; Barcelona, Yale University Press, Editorial Crítica, traducción Editorial Crítica, 2006.
- Malpartida Astillo, Víctor, *El pensamiento de Simón Bolívar*, Lima, Editorial San Marcos, primera edición, 2006.
- Mandato Constituyente No. 22.
- Manin, Bernard, *Los principios del gobierno representativo*, Madrid, Alianza, 1998.
- Marsh, David y Stoker, Gerry (eds.), *Teorías y métodos de la Ciencia Política*, traducción Jesús Cuellar, Alianza Editorial, Madrid, 1997.
- Mill, John Stuart, *Sobre la Libertad*, Madrid, Edaf, 2004.
- Nagel, Thomas, *Igualdad y Proporcionalidad*, Paidós, Colección Surcos No. 27, traducción: José Francisco Álvarez, Barcelona, 2006.
- Nieto García, Alejandro, *Crítica a la Razón Jurídica*, Trotta, Madrid, 2007
- Nieto Navia, Rafael (ed.), *La Corte y el Sistema Interamericanos de Derechos Humanos*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 1994.

- Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2002.
- Noguera Alcalá, Humberto, “Los Desafíos de la Sentencia de la Corte Interamericana en el Caso Almonacid Arellano”. Disponible en: http://www.iidpc.org/revistas/7/pdf/313_333.pdf.
- Nohlen, Dieter, *Justicia Electoral y sus Desafíos Actuales en América Latina*, Colección Estudios de Justicia Electoral, Tribunal Contencioso Electoral, Quito, 2009.
- Nohlen, Dieter, *Instituciones políticas en su contexto*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2007.
- Nohlen, Dieter, *Sistemas Electorales y Partidos Políticos*, Fondo de Cultura económica y Universidad Autónoma de México, México DF, 1995.
- Nohlen, Dieter, Zovatto, Daniel, Orozco, Jesús y Thompson, José, *Tratado de Derecho Electoral Comparado*, Instituto Internacional sobre Democracia y Asistencia Electoral, Costa Rica, 2007.
- O'Donnell, Guillermo, “Accountability Horizontal”, en Kellogg Institute for International Studies. Disponible en: www.cdih.uchile.cl/media/publicaciones/.../21ODonnellAccountability.pdf.
- Orozco Henríquez, José, “Democracia, imperio del derecho y función jurisdiccional”, en: Malem J., Orozco J., y Vásquez (Comp.), *La función judicial. Ética y Democracia*, Barcelona, Gedisa-TEPJF-ITAM, 2003.
- Oyarte Martínez, Rafael. *Curso de Derecho Constitucional*, Tomo I, Fondo Editorial Andrade y Asociados, Quito, 2007.
- Pachano, Simón, “Democracia directa en Ecuador”, Ponencia presentada en el *Seminario Internacional Democracia directa en América Latina*, marzo, 2007, Buenos Aires.
- Papacchini, Angelo, *Filosofía y Derechos Humanos*, Facultad de Humanidades, Santiago de Cali, 1994.

- Pastor Ridruejo, José, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Tecnos, Madrid, 2000.
- Peña Freire, Antonio, *La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho*, Trotta, Madrid, 1997
- Pérez Luño, Antonio, *Los Derechos Fundamentales*, Tecnos, novena edición, Madrid, 2007.
- Pérez Royo, Javier, *Curso de Derechos Constitucional*, Marcial Pons, Editores Jurídicos y Sociales, séptima edición Madrid, 2000.
- Pisarello, Gerardo, *Los Derechos Sociales y sus Garantías, elementos para una construcción*, Trotta, Madrid, 2007.
- Plan Nacional de Formación y Capacitación de la Rama Judicial, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, segunda edición, 2008.
- Prieto Sanchís, Luis, *Apuntes de Teoría del Derecho*, Trotta, segunda edición, Madrid, 2007.
- Proyecto de Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.
- Ramírez Vargas, Socorro, “Los actores sociopolíticos en el escenario internacional”. Conferencia dictada en el Instituto de Estudios Geopolíticos, Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, 28 de agosto de 1996. Disponible en: colombiainternacional.uniandes.edu.co/view.../1.php.
- Ramos Núñez, Carlos, *Código Napoleónico: Fuentes y Génesis*, Revista Derecho & Sociedad, No. 10, Pontificia Universidad Católica del Perú. Disponible en: <http://www.pandectasperu.org/revista/no200004/cramos.html>.
- Rawls, John, *Liberalismo Político*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1995.

- Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1986.
- Reglamento de Trámites en el Tribunal Contencioso Electoral (periodo de transición).
- Resolución No. PLE-TCE-33-15-05-2009, publicada en el Registro Oficial No. 607, de 8 de junio de 2009.
- Revilla, Marisa, “Gobernabilidad y Movimientos Sociales, una difícil relación”, ponencia presentada en el XVIII Congreso Internacional de LASA, Atlanta, marzo, 1994, p. 23. isponible en: <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=30800803>
- Revista Ciencia Política, No. 1-2, Universidad Católica, Santiago, 1995.
- Revista de Estudios Públicos, No. 9, Centro de Estudios Públicos, Santiago.
- Revista de Estudios Públicos, No. 23, Centro de Estudios Públicos, Santiago, 1986.
- Revista Desarrollo Económico, 39, No. 156, Santiago, 2000.
- Revista DOXA No. 12, 1992, p. 264. Disponible en www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA.
- Revista Novedades Jurídicas, Ediciones Legales, Año 3, No. 15, Quito, junio 2006.
- Rial, Juan, “Instituciones de Democracia Directa en América Latina”. Disponible en: <http://ndipartidos.org/files/active/0/democraciadirecta.pdf>
- Ricoeur, Paul, *Los Fundamentos Filosóficos de los Derechos Humanos*, Ediciones Serbal, Barcelona, 1985.
- Rolla, Giancarlo, *Garantía de los derechos fundamentales y justicia constitucional*, México, Porrúa / Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2006.

- Ruggieri, Marcela, “La Congruencia Procesal”. Ponencia para el IX Congreso Nacional De Derecho Procesal Garantista. Disponible en: www.e-derecho.org.ar.
- Sanchís, Luis Prieto, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003.
- Sartori Giovanni, *Elementos de Teoría Política*, Madrid, Alianza, 2007.
- Sartori, Giovanni, *Partidos y Sistemas de Partidos*, Alianza Editorial, Madrid, 1980.
- Schmitt, Carl, *El concepto de lo político*, 1963, Martos Dénes, trad. 14-15. Disponible en: <http://obinfonet.ro/docs/tpnt/tpntres/cschmitt-el-concepto-de-lo-politico.pdf>.
- Serna, Pedro y Toller, Fernando, *La Interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales*, La Ley S.A., Buenos Aires, 2000.
- Serrano Migallón, Fernando (coord.), *Derecho Electoral*, Porrúa, México D.F., 2006.
- Sistemas Electorales y Representación Política en Latinoamérica*, Fundación Friedrich Ebert, Madrid, 1986.
- Sobrado Antonio Luis, Ponencia presentada en el Auditorio del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, D.F., 27 de abril de 2006, “Democracia y Justicia Electoral” en, Memoria del XII Curso Interamericano de Elecciones y Democracia, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Centro de Asesoría y Promoción Electoral, San José, 2006. Disponible en www.iidh.ed.cr.
- Sobrado González, Luis, *La Justicia Electoral en Costa Rica*, IJSA, San José, 2005.
- Tarrow, Sidney, *El Poder en movimiento. Los movimientos sociales, la acción colectiva y la política*, traducido por Bavia, Herminia y Resines Antonio, Alianza Editorial, Madrid, 1997.

- Torres, Luis, *Presidencialismo Constituyente*, Editora Jurídica Cevallos, Quito, 2009.
- Tribunal Contencioso Electoral (Ecuador) Sentencia No. 002-2009-TCE.
- Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Caso Moisés Ramírez Santiago y otros Vs. Instituto Estatal Electoral de Oaxaca y otra, Tesis XX/2008. *Gaceta Jurisprudencia y Tesis en materia Electoral*, año 1, número 2, 2008.
- Tribunal Supremo Electoral, *Ecuador: Referéndum 2008*, Documentos Electorales No. 23, Tribunal Supremo Electoral, Quito, 2008.
- Tribunal Supremo Electoral, *Ecuador: Referéndum 2008*, Serie Documentos Electorales No. 23, Trama Ediciones, Quito, 2008.
- Tsebelis, George, *Jugadores con Veto. Cómo Funcionan las Instituciones Políticas*. Fondo de Cultura Económica, México, 2007.
- Unión Europea, Misión de Observación Electoral, Informe Final Ecuador, Elecciones presidenciales y para Asamblea Nacional, junio de 2009.
- Uprimny, Rodrigo, *Derechos Humanos y Nuevo Procedimiento Penal*. Disponible en: http://dejusticia.org/admin/file.php?table=documentos_publicacion&field=archivo&id=46
- Van Dijk, *Estructuras y funciones del discurso*, Siglo XXI Editores, séptima edición, Trad. M. Gann y M. Mur, México D.F., 1991.
- Vitale, Ermanno, “Norberto Bobbio y la Democracia Procedimental”, Roma, Universidad de Sassari. Disponible en: http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:filopoli-2005-26-CA504E04-8130-9FA1-B22B-6C683F071869&dsID=norberto_bobbio.pdf
- Von Beyme, Klaus, *Los Partidos Políticos en las Democracias Occidentales*, Siglo XXI, Madrid, 1996.
- Von Ihering, Rudolph, *La Lucha por el Derecho*, Temis, Serie Monografías Jurídicas, No. 72, Bogotá, 2000.

Weber, Max, *Escritos Políticos*, Alianza Editorial, Madrid, 1991.

Weber, Max, “La Política como Profesión” en: Weber, Max. *Política y Ciencia*, Buenos Aires, Elaleph, 2000.

Webster, Daniel, *Formas de Gobierno y resultados en treinta y seis países*, Ariel Ciencia Política, Barcelona, 2000.

Zagrebelsky, Gustavo, *El Derecho Dúctil, Ley, Derechos y Justicia*, Trotta, segunda edición, Madrid, 1997.