

UNIVERSIDAD DEL AZUAY

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

**TRABAJO PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
ESPECIALISTA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

TÍTULO

**“Una Constitución Clásica, la de Cuenca de 1845
frente al Neoconstitucionalismo, Montecristi 2008.”**

DIRECTOR:

DR. TARQUINO ORELLANA SERRANO

AUTOR:

DR. JAIME ARTURO MORENO MARTÍNEZ

CUENCA – ECUADOR

2013

Esta obra es responsabilidad del autor

ÍNDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN	7
Capítulo I	10
Breve reseña histórica de la organización jurídico política	
Título I	10
Períodos de la organización social	
Título II	12
Capítulo II	16
Objeto del Derecho Constitucional	
Capítulo III	18
Constitución de Cuenca del año de mil ochocientos cuarenta y cinco	
Capítulo IV	27
Conclusiones	34
Bibliografía General	35

Muchos se preguntan y en efecto lo han hecho, acerca de la razón y utilidad del trabajo que propongo, ante lo cual he ensayado varias respuestas que se inscriben en la explicación sencilla pero no por ello superflua, que al prologar la obra Historia de la Filosofía de Julián Marías (2010), la expone Xavier Zubiri, al magistralmente enseñar:

“La ocupación por la historia no es una simple curiosidad. Lo sería si la historia fuera una simple ciencia del pasado. Pero:

1. La historia no es una simple ciencia.
2. No se ocupa del pasado en cuanto ya no existe.

No es una simple ciencia, sino que existe en una realidad histórica. La historicidad es, en efecto, una dimensión de este ente real que se llama hombre.”(p.18)

El mundo se organiza para la vida de cada individuo, desde sus diferencias y limitaciones hacia sus miradas y propósitos, ahí radica el experimento del Estado y en su utilidad para los fines de los ciudadanos, su permanencia en el tiempo.

El Autor

Resumen

El mundo se organiza para la vida de cada individuo, desde sus diferencias y limitaciones hacia sus miradas y propósitos, ahí radica el experimento del Estado y en su utilidad para los fines de los ciudadanos, su permanencia en el tiempo.

Esta entelequia estatal exige un diseño que tutele las libertades de los ciudadanos, la Constitución de Montecristi resulta evidentemente presidencialista rompe los obligatorios equilibrios entre las funciones o poderes democráticos, exacerbando el presidencialismo.

Por otra parte la objetividad y claridad de la Constitución de Cuenca, permite que su diseño clásico y menos rimbombante dote a la estructura jurídico política de mayor utilidad a los ciudadanos para el ejercicio de sus libertades.

ABSTRACT

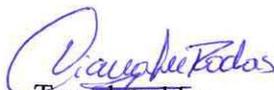
A Classical Constitution, the Constitution of 1845 in Cuenca, versus Neo-constitutionalism, Montecristi 2008

The world is organized by the life of each individual. It takes into account their differences and limitations, their views and purposes. That is where the State's experimentation lies, as well as in its usefulness for the citizens and its endurance through time.

This State entelechy demands a design that protects the citizens' freedom. The Constitution of Montecristi is evidently presidential since it breaks the obligatory balance between the democratic functions or powers, which exacerbates authoritarianism.

On the other hand, the objectivity and clarity of The Constitution of Cuenca allows, through its classic and less pretentious design, to provide a more useful judicial structure for the full expression of the citizens' democratic freedoms.




Translated by,
Diana Lee Rodas

**Una Constitución Clásica, la de Cuenca de 1845 frente
al Neoconstitucionalismo, Montecristi 2008.**

INTRODUCCIÓN

Tristemente el individuo es frecuentemente disminuido en torno al pueblo o colectivo, con una particular costumbre curiosa y creciente que crea derechos a favor del Estado, tornándose imperativo rescatar y valorar al originario de los derechos, al poder natural.

En la praxis la Carta Encíclica *Rerum Novarum* abarca la profundidad y la importancia del respeto al ser humano como sujeto, ante modelos e ideologías que buscan soluciones superfluas de convivencia, en cuyo esfuerzo aniquilan diferencias, restringen pensamientos y disminuyen iniciativas, recurriendo a herramientas que sirven a fines inferiores, camuflándolos en el discurso democrático gastado de la legitimación del número, y en el instrumento del miedo, la neutralización del individuo.

La Carta Encíclica anotada en su parte pertinente enseña:

“La solución socialista es nociva a la misma sociedad.- Pero, además de la injusticia, se deja ver con demasiada claridad cuál sería la perturbación y el trastorno de todos los órdenes, cuán dura y odiosa la opresión de los ciudadanos que habría de seguirse. Se abriría de par en par la puerta a las mutuas envidias, a la maledicencia y a las discordias; quitando el estímulo al ingenio y a la habilidad de los individuos, necesariamente vendrían a secarse las mismas fuentes de las riquezas, y esa igualdad con que sueñan no sería ciertamente otra cosa que una general situación, por igual miserable y abyecta, de todos los hombres sin excepción alguna. De todo lo cual se sigue claramente que debe rechazarse de plano esa fantasía del socialismo de reducir a común la propiedad privada, pues daña a esos mismos a quienes se pretende socorrer, repugna a los

derechos naturales de los individuos y perturba las funciones del Estado y la tranquilidad común...” (p. 27-28)

De lo anotado podemos colegir con facilidad, que existe un valor único y primigenio en la democracia, que es primero la defensa del individuo para la protección del colectivo; fin el anotado, que parece encontrar la solución en un diseño de Estado rígido y claro en su estructura, capaz de satisfacer necesidades colectivas y tutor de las libertades ciudadanas, equilibrando con el Derecho al poder, puesto que es solo él, el que concibe una material convivencia pacífica.

Este Derecho Democrático debe desarrollar varios tipos de derechos, como por ejemplo, el derecho natural de propiedad y sobre todo los valores democráticos constitucionalizados, de los cuales en este trabajo nos interesa y nos concentraremos en la estructura jurídica trazada para alcanzar el meta derecho de libertad, es decir, un derecho de cuyo ejercicio depende la realización de otros.

En la dimensión del Derecho y del Derecho Constitucional, podríamos anotar que los ciudadanos creamos al Estado para que este nos dote de seguridad para el ejercicio de nuestra libertad.

En palabras de Miguel Carbonell (2011) “Las democracias contemporáneas se definen por la forma en que los poderes públicos tratan a los ciudadanos.” (p. 274)

Para el magistral Miguel de Cervantes Saavedra, en su monumental obra – Don Quijote de la Mancha – la libertad: “...es uno de los más preciosos dones que a los hombres dieron los cielos; con ella no pueden igualarse los tesoros que encierra la tierra ni el mar encubre: por la libertad, así como por la honra, se puede y debe aventurar la vida...”

(II cap. LVIII) y para Rousseau “...es un alimento suculento, pero de difícil digestión.”

(Bolívar, año, p.54).

La contribución que se intenta no es otra que la de lograr ubicar en una dimensión histórica - comprensiva a los textos constitucionales el mejor diseño para tutelar la libertad de los individuos, por parte del Estado.

Buscamos en la revisión de las Constituciones de Cuenca de mil ochocientos cuarenta y cinco y la de Montecristi del año dos mil ocho, conocer que diseño normativo es más seguro para garantizar los derechos ciudadanos y disminuir o eliminar las arbitrariedades que siempre la política sabrá justificar en aras de la gobernabilidad y alcanzar el mal menor.

Indagamos para descubrir el modelo más democrático.

Capítulo I

Breve reseña histórica de la organización jurídico política

Título I

Períodos de la organización social

Como es conocido, el Estado es un orden jurídico y político de la sociedad cuyas formas de organización inicial o antecedente lo recordamos recurriendo a la obra Sociedad, Cultura y Derecho del tratadista Rodrigo Borja (2010), quien al tratar sobre sociedades anteriores registra:

La horda: “...rudimentaria forma de organización social obedeció primordialmente a propósitos de defensa común y de consecución de alimentos. Fue la primera y más antigua manifestación de sociabilidad en el curso de un larguísimo proceso evolutivo...Pertenece a la prehistoria...” (p. 42).

El clan: “...fue una de las sociedades primitivas producidas por el instinto gregario la necesidad del hombre...la sedentareidad de los grupos humanos significó un cambio fundamental en las formas de organización social, en el ejercicio de la autoridad, en las costumbres, en las actividades de subsistencia, en su cohesión interna y en todos los demás elementos de la vida individual y colectiva.” (p. 42-43).

La tribu: “Fue una organización social de un nivel evolutivo superior con relación a las formas anteriores de cuya evolución provino. Se formo por la unión voluntaria u obligada de varios clanes. Ella empezó a asumir un carácter definitivamente político...el vínculo territorial de la tribu sustituyó

progresivamente al vínculo consanguíneo del clan como el principal factor de cohesión social.” (p. 43)

La confederación de tribus: “Con la coalición de dos o más tribus se formó la confederación, que fue una sociedad más amplia y compleja que sus predecesoras. La unificación se produjo por la vía pacífica, a causa de mutua conveniencia para defenderse de enemigos comunes, por la imposición de la tribu vencedora sobre la vencida en las acciones de guerra...” (p. 44).

La nación: “Fue en los días de la Revolución Francesa en que empezó a usarse este término. Ahí fue cuando apareció en el discurso político...según la noción más clásica: la nación es una comunidad humana de la misma procedencia étnica, dotada de unidad cultural, religiosa, idiomática y de costumbres poseedora de un acervo histórico común y de un común destino nacional. ” (p. 43).

El estado: “...constituye el régimen de asociación humana más amplio y complejo de cuantos ha conocido la historia del hombre. Se caracteriza esencialmente por la ordenación jurídica y política de la sociedad...” (p. 51).

Considero adecuado recordar el origen del Estado moderno recurriendo al libro *La Inquisición* (2007), que en su página 147 señala:

El matrimonio celebrado el 19 de Octubre de 1469 entre los entonces príncipes Isabel – hija de Juan II de Castilla y de su segunda esposa Isabel de Portugal - y Fernando- hijo de Juan II de Aragón y de Juana Henríquez- supone el establecimiento de la unión dinástica de las coronas de Castilla y Aragón, que dará paso a la historia moderna en España con las características propias de la configuración del Estado

moderno, esto es, la consolidación de la autoridad real y la consiguiente centralización del poder económico y político.

Título II

Enunciación del contractualismo como origen de la sociedad política.

La consecuencia o desarrollo del Estado moderno es el Estado Constitucional, cuyo origen radica en la Revolución Americana, con la Constitución de Filadelfia en el año de mil setecientos ochenta y siete y la Revolución Francesa de mil setecientos ochenta y nueve, encontramos oportuno recordar la diferencia entre revolución y rebelión citando al maestro José Ortega y Gasset: "...revolución es la insurgencia de los hombres contra los usos, mientras que la rebelión es su alzamiento contra los abusos..."(Borja, 1997, p.847).

Una clara diferencia entre las sociedades pre estatales con las estatales presenta Rodrigo Borja (1997) en su obra Enciclopedia de la Política al citar e indicar que "...el inglés Henry Main y del Norteamericano Lewis H. Morgan, dos precursores de la antropología política en la segunda mitad del siglo pasado, en el sentido de que hay una clara distinción entre las antiguas sociedades basadas en el parentesco y las actuales sociedades basadas en la territorialidad..." (p. 383).

La libertad y la seguridad van de la mano, basándonos en el contrato social de J. J. Rousseau (2000) corresponde el ejercicio del primero a los seres humanos y la satisfacción del segundo al Estado.

"...Dándose cada uno a todos, no se da a nadie; y como no hay un asociado sobre el cual se adquiriera un derecho distinto al que éste cede sobre sí mismo, se gana el equivalente de todo lo que se pierde y mayor fuerza para conservarse de la que se tiene" (p. 34).

El pensamiento contractualista al cual nos adherimos encuentra a sus principales exponentes en: J. Althusius (1557 – 1638,) T. Hobbes (1588 - 1679), B. Spinoza (1632 – 1677), S. Putendorf (1632 - 1694), J. Locke (1632 -1704), J. J. Rousseau (1712 - 1778), E. Kant (1724 - 1804), entre otros. (Borja, 1997, p.166).

La raíz del contractualismo basa sus postulados en el supuesto del acto racional de que el poder o autoridad nacen de la autorización de los asociados, tal como lo describió J. J. Rousseau (2000) en la obra citada, poder si bien es concedido, bajo ningún concepto es ilimitado, como lo expresa claramente el tratadista Rodrigo Borja (1997):

“Por el mismo origen “contractual” del poder Locke impuso limitaciones a su ejercicio. Quien es investido por este medio de la autoridad pública no puede valerse de ella arbitrariamente. Si el gobernante abusa y oprime viola el contrato social y, en ese momento, desaparece para los gobernados el deber de obediencia, puesto que la teoría de Locke – como la de Rousseau y de todos los pensadores contractualistas de la línea democrática- encierra un principio bilateral en virtud del cual el vínculo de obediencia de los ciudadanos está subordinado a la observación del pacto social por los gobernantes. En el pensamiento de Locke el **Estado no es mera expresión de poder, de fuerza, de arbitrio, sino que asume el papel instrumental de garantía de los derechos individuales.**” (p. 167) (La negrita es nuestra).

Es en su espíritu y finalidad anotada, coincidente con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de fecha diez de diciembre de mil nueve cientos cuarenta y ocho, cuyo preámbulo en lo pertinente presentamos: “...esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión;”

Erradicar el despotismo y la corrupción son las necesidades por las que en el diseño de república se apartan unas funciones de otras, es decir se da la división de poderes.

“...son rasgos distintivos de la forma republicana de gobierno: la división de poderes, electividad, alternación, representatividad y responsabilidad de los gobernantes. No obstante que el poder político es uno, el movimiento constitucionalista que se inicio con la Revolución Francesa lo dividió funcionalmente y por razones de protección de la libertad en tres grandes ramas: el poder legislativo, el poder ejecutivo y el poder judicial. Y encargó a personas diferentes e independientes entre sí el ejercicio de las diversas porciones de la autoridad pública: la de hacer leyes, la de administrar el Estado y la impartir justicia.” (Borja, 2010 p. 104).

Del texto citado se desprende una afirmación en la que nos permitimos insistir, ya que al razonar sobre la división de las funciones recoge el motivo de la organización jurídico – política, para separar las funciones - *...por razones de protección de la libertad...*-. El autor recupera el pensamiento de pensadores muy anteriores a la revolución francesa, que ya esbozan los antecedentes de esta clara y forzosa separación de los poderes.

- “...Aristóteles (384-322 a.C.)el precursor de lo que, con el correr del tiempo, sería una teoría de gran importancia en la vida política de la posteridad. Con referencia a las comunidades políticas de su tiempo, el filósofo griego expresó que “en todo Estado hay tres elementos en que todo legislador cuidadoso debe ocuparse. El primero de estos elementos es la asamblea general, que debe deliberar sobre los negocios públicos; el segundo, el cuerpo de los magistrados, cuya naturaleza, atribuciones y modo de ser nombrados debe fijarse; y tercero, el poder judicial.

- Marco Tulio Cicerón (106-43 a.C. escribió que “si en una sociedad no se reparten equitativamente los derechos, los cargos y las obligaciones, de tal manera que los magistrados tengan bastante poder, los grandes bastante autoridad y el pueblo bastante libertad, no puede esperarse permanencia en el orden establecido.
- El historiador grecorromano Polibio, que vivió dos siglos antes de nuestra era, al referirse a la organización gubernativa de roma, expresó que “ el gobierno de la república romana está refundido en tres cuerpos, y en todos los tres tan balanceados y bien distribuidos los derechos, que nadie, aunque sea romano, podrá decir con certeza si el gobierno es aristocrático, democrático o monárquico. Y con razón, pues si atendemos a la autoridad del Senado, parecerá aristocrático, y si al poder del pueblo, se juzgará que el Estado es popular” (Borja, 2010, p. 105).

De las nociones anotadas podemos coincidir en que el denominador común es la libertad, la búsqueda de un régimen para la vida.

Sin duda las sociedades políticas nacen de la razón y voluntad de los asociados.

Capítulo II

Objeto del Derecho Constitucional

Existen diversos criterios acerca del objeto del Derecho Constitucional. “...Para algunos su objeto es el estudio de la estructura y la dinámica del Estado. Un segundo grupo de autores sostiene que su objeto es la libertad, que es un instrumento creado por el hombre para la defensa de ella. Para un tercer grupo, el Derecho Constitucional es una técnica de organización de la sociedad.” (Velásquez Turbay, 2004, p.25).

Adscribiéndonos en la tesis de que el objeto del Derecho Constitucional es la libertad, sabemos que tanto la parte dogmática y orgánica de cualquier Carta Magna o Fundamental debe coincidir y orientarse a este fin.

Las constituciones escritas y codificadas constituyen la tradición ecuatoriana y es nuestro interés el estudio histórico constitucional de la distribución política y jurídica de las funciones en la estructura del Estado, para lo cual elegimos de las Constituciones ecuatorianas, una que posea lo que podríamos llamar un rasgo fundacional de ecuatorianidad, lo cual creemos encontrar, gratamente, en la Constitución de Cuenca del año de mil ochocientos cuarenta y cinco, toda vez que esta Constitución, salvados los inmediatos conflictos con la Gran Colombia, sortea los vicios y anclajes con el militarismo venezolano, es la primera que se enuncia con la presencia de sólo constituyentes ecuatorianos y la que delinea unos conceptos de estructura constitucional clásicos, de vertiente ilustrada, propios de ese tiempo, traducidos o modulados a la naciente República y al esfuerzo fundacional de su proyección histórica, rasgos que se reiteran en las constituciones posteriores, pues, la estructura republicana, la

organización democrática se presentan y perciben como las columnas que sustentan la organización jurídico política del Estado.

Las constituciones escritas son objetivas y deben ser claras, concretas, precisas, tal como se indica:

“Las opiniones de los pensadores políticos se han dividido. Unos sostienen, con el español Manuel García-Pelayo, que el derecho escrito ofrece seguridad y la racionalidad que no se encuentran en el derecho consuetudinario. Además, que por su precisa formulación es una garantía de objetividad y permanencia ante la transitoriedad de las situaciones que tiene que regir. Algún tratadista dijo incluso que la Constitución escrita es un depósito de verdades probadas y experimentadas.” (Borja, 1997, p. 155).

Es preciso apuntar que no ha dejado de sorprendernos el casi inexistente tratamiento histórico constitucional que se ha brindado a la Constitución del año de mil ochocientos cuarenta y cinco, que no ha recibido ni por parte de la academia ecuatoriana o cuencana una valoración precisa, lo cual proponemos desarrollar en una suerte de diálogo histórico que no es otra cosa que una confrontación dialéctica entre los paradigmas históricos, los fundacionales del Estado de derecho, los actuales del Estado Constitucional de derechos y Justicia, cuyos problemas, más allá de las diferencias y los contextos, en sustancia, parecen seguir siendo los mismos, o al menos, muy parecidos.

Para ubicarnos en la realidad histórica del Derecho Constitucional Ecuatoriano recurriremos a la obra del baluarte ecuatoriano, Señor Doctor Julio Tobar Donoso (1980), en cuyas letras encontraremos, si bien de manera somera pero precisa, el desarrollo constitucional histórico que nos contextualizará.

CAPÍTULO III

Constitución de Cuenca del año de mil ochocientos cuarenta y cinco

Encontramos prudente recordar al lector que no debe confundirse la Constitución de Cuenca del año de mil ochocientos cuarenta y cinco, es decir ya una Carta Fundamental Ecuatoriana, con la también llamada CONSTITUCIÓN DE CUENCA del año de mil ochocientos veinte, en la cual patriotas proclaman y constituyen en fecha quince de noviembre del año de mil ochocientos veinte la República de Cuenca, siendo Presidente de la Junta Suprema de Gobierno Don José María Vázquez de Noboa, a quien se le debe gratitud y la obligación de restaurar su nombre.

El señor Doctor Julio Tobar Donoso (1980) en el capítulo primero de su obra que alcanza la historia constitucional de nuestra Patria, hasta el año de mil novecientos treinta y cinco, anota una descripción de nuestro desarrollo en la materia que a pesar del transcurso del tiempo continua siendo una actual radiografía: “La historia del derecho constitucional del Ecuador no se desenvuelve alrededor de una Sola Carta política...ha variado constantemente de leyes organizadoras de la soberanía, las cuales, sin embargo, no difieren de modo sustancial” (p.7), verdad que la complementa al exponer: “Las variaciones de la Carta fundamental han sido un incidente, no un fin de la transformación. El pueblo, que ha vivido al margen de la ley, no las ha reclamado: hé aquí el secreto de su ineficacia.” (p.8).

Cuánta razón y presencia llevan las palabras del jurista Tobar Donoso (1980), quien además, y en esta misma obra, nos invita al referirse a la Constitución de mil

ochocientos doce y que me permito hacer extensivo a las sucesivas para conocer y procurar entender lo que somos:

“Pero el Pacto de 1.812 – conforme a las enseñanzas del Precursor y al pensamiento, madurado en su estudio, del Clero y nobleza quiteños, adalides del nuevo sistema – depura y perfecciona esos “sagrados” Derechos del Hombre, a la luz del criterio religioso tradicional en el pueblo ecuatoriano; y ésta es tonalidad que no debe olvidarse o menospreciarse en modo alguno, si se quiere penetrar en la médula y comprender el espíritu de las incipientes instituciones, porque ella, junto con otros caracteres, de verdadero sabor de la tierra, original y propio, a ese precioso documento de nuestro abolengo cívico.” (p. 8).

Cuenca, una de las ciudades matrices de la joven República que presentó las condiciones para convocar y superar las deficiencias de la Carta antecesora de mil ochocientos cuarenta y tres, y que con la presencia ya en la fuerza militar de ecuatorianos y dentro del conocido periodo marcista, afirma el principio católico y es generosa en libertades, al contrario que la carta precursora.

A la Constitución de Cuenca se la conoce también, como la primera Constitución de la República del Ecuador, ya que la misma se integró exclusivamente por ecuatorianos a diferencia de sus predecesoras de fechas: mil ochocientos treinta, mil ochocientos treinta y cinco y mil ochocientos cuarenta y tres, siendo su vigencia de seis años.

La Constitución en referencia sella la norma suprema con la siguiente leyenda: “Dada en la sala de sesiones de la Convención, en Cuenca, a tres de diciembre de mil ochocientos cuarenta y cinco.- Primero de la libertad. Palacio de Cuenca, a ocho de diciembre de mil ochocientos cuarenta y cinco-primero de la Libertad.- Cúmplase, publíquese y circúlese.- Dado, firmado de mi mano, sellado y refrendado por el

Ministro General del Despacho. / VICENTE RAMON ROCA. El Ministro General del Despacho, José María Urbina ” (Tabuco, 1975, p. 119).

El número de constituyentes fue de treinta y nueve, de los cuales su presidente fue Pablo Merino Diputado por Chimborazo; su Vicepresidente José Miguel, Obispo de Botren, Diputado por Loja, sus secretarios Manuel Bustamante y Francisco Montalvo.

Es procedente explicitar a los representantes de Cuenca en dicha Convención: Andrés Villamagán, Francisco Javier Arévalo, Pío Bravo, Vicente Salazar, Miguel Heredia, Antonio Carrasco, Rudencindo Toral y José Joaquín Malo.

La Carta Magna de Cuenca presenta la siguiente estructura: Encabezado, catorce Títulos, ciento cuarenta y siete artículos, de las cuales los últimos cinco, corresponden a Disposiciones Transitorias.

De la norma que nos permitimos analizar entre varias sorpresas, si se nos es permitido denominarlo de ese modo y solo como ejemplo, llama la atención el artículo ciento dieciocho, al proteger la propiedad intelectual:

“Art. 118.- Garantiza también la inviolabilidad de las propiedades intelectuales; así los que inventen, mejoren o introduzcan nuevos medios de adelantar la industria, tienen la propiedad exclusiva de sus descubrimientos y producciones con arreglo a la atribución 12 del artículo 42; la ley les asegura la patente respectiva, o el resarcimiento por la pérdida que experimenten en el caso de publicarlo”.

Por su parte del artículo número cuarenta y dos, en su numeral doceavo, constante en la Sección quinta – de las atribuciones del Congreso Funcionando separadamente en Cámaras Legislativas, anota:

“Art. 42.- Son atribuciones del Congreso: 12. Promover y fomentar la educación pública y el progreso de las ciencias y de las artes, concediendo con este objeto, por tiempo limitado privilegios exclusivos o las ventajas e indemnizaciones convenientes para la realización o mejora de empresas u obras públicas interesantes a la Nación, o para el establecimiento de artes o industrias desconocidas en el Ecuador:”

Con esta referencia que nos permite prever la luminosidad del pensamiento de la época revisaremos las garantías presentes para los ecuatorianos, así como, las atribuciones concedidas a la Función Ejecutiva, no sin antes regresar para valernos a modo de introducción de la claridad y profundidad del maestro Tobar Donoso (1980).

“Restringe el Estatuto de Cuenca la amplitud indebida de las anteriores en cuanto a la nacionalidad, así como las facultades del Ejecutivo más que la de 1835; la priva aún del derecho de confinar en caso de conmoción interior o exterior, debiendo limitarse a poner al arrestado , en el término de veinticuatro horas, a disposición de la autoridad competente, derecho que no ha sido negado por ninguna de las otras Leyes; vuelve a las sesiones anuales del Poder Legislativo, al sistema bicameral y al período presidencial de cuatro años ; y asegura la independencia de los legisladores, prohibiendo que puedan recibir cargos administrativos” (p. 26-27).

De lo cual se desprende con absoluta claridad que no existe un hiper presidencialismo, sino que de manera correcta se le sitúa como corresponde con competencias claras y

definidas, las que revisaremos de manera ulterior, el titular del ejecutivo y a su función como par de las otras sin injerencias, generando verdaderos equilibrios, una real democracia.

Otra particularidad constante en la Carta de Cuenca incluida en el artículo noventa y tres, la anota el Señor Doctor Tobar Donoso (1980): “El Presidente no interviene en el nombramiento de los magistrados de la Corte Suprema, los cuales duran en sus funciones seis años; y respecto de los de las Cortes Superiores, sólo puede elegir entre la terna que le presenta el tribunal primeramente indicado. En suma, la de 1845 es más liberal que las primeras Cartas. ” (p. 27)

Presentamos el articulado pertinente que acompañe y permita evidenciar lo sentado:

“TITULO VIII. DEL PODER JUDICIAL. SECCION I. De la Corte Suprema y Cortes de Justicia. Art. 90.- La justicia será administrada en la República por una Corte Suprema, y por los demás tribunales y juzgados que la ley establezca. El número de los Ministros jueces de estos tribunales y sus atribuciones serán detallados por las leyes.”

“Art. 91.- Para ser Ministro de la Corte Suprema se necesita: ser ecuatoriano de nacimiento en ejercicio de los derechos de ciudadano; tener cuarenta años de edad, y haber sido Ministro en alguno de los tribunales de justicia, o haber ejercido con buena reputación la profesión de abogado por doce años.

Art. 92.- Para ser Magistrado de los tribunales de justicia se requiere ser ecuatoriano en ejercicio de la ciudadanía; ser abogado en ejercicio con buen crédito por seis años, y tener treinta y cinco años cumplidos de edad.

Art. 93.- Los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, serán nombrados por el Congreso, a pluralidad absoluta de votos. Los Ministros de las Cortes Superiores serán nombrados por el Ejecutivo a propuesta en terna de la Corte Suprema.

Art. 94.- El territorio de la República se divide en tres distritos judiciales, y en cada uno de ellos habrá un Tribunal o Corte de Justicia”

La sección segunda establece las atribuciones del Poder Ejecutivo:

“Art. 70.- Son atribuciones del Poder Ejecutivo:

14. Nombrar, con acuerdo del Consejo de Gobierno, y a propuesta en terna de la Corte Suprema, los demás Magistrados de Justicia;”

Revisaremos el Título decimo primero, que trata acerca de las garantías en la República colocando de manera posterior al articulado, ciertos principios constitucionales vigentes en el siglo veintiuno, ya que no constituye el objeto del presente trabajo.

“Art. 107.- Nadie podrá ser funcionario público en el Ecuador sin ser ecuatoriano en ejercicio de los derechos de ciudadano.

Art. 108.- Nadie nace esclavo en la República, ni puede ser introducido en ella en tal condición sin quedar libre.

Art. 109.- Todo ecuatoriano puede mudar de domicilio, permanecer o salir del territorio de la República, o volver a él, según le convenga, llevando consigo sus bienes, salvo el derecho de tercero, y guardando las formalidades legales.

Art. 110.- Ningún ecuatoriano puede ser puesto fuera de la protección de las leyes, ni distraído de sus jueces naturales, ni juzgado por comisión especial, ni por ley que no sea anterior al delito.

Art. 111.- Nadie puede ser preso o arrestado sino por autoridad competente, a menos que sea sorprendido cometiendo un delito, en cuyo caso cualquiera puede conducirlo a la presencia del juez. Dentro de veinticuatro horas, a lo más, del arresto de alguna persona, expedirá el Juez una orden firmada en que se expresen los motivos de la prisión, y si debe estar o no comunicado el preso, a quien se le dará copia de esta orden. El juez que faltare a esta disposición y el alcaide que no la reclamare, serán castigados como reos de detención arbitraria.

Art. 112.- En ningún juicio habrá más de tres instancias.

Art. 113.- Si el delito que se pesquisa no mereciere pena corporal o aflictiva, se pondrá en libertad al reo, previa la fianza respectiva.

Art. 114.- A ningún ecuatoriano se le obligará a dar testimonio en causa criminal contra su consorte, sus ascendientes, descendientes y parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad y segundo de afinidad, ni será obligado con juramento u otro apremio a darlo contra sí mismo.

Art. 115.- Queda abolida la confiscación de bienes y ninguna pena afectará a otro que al culpado.

Art. 116.- Todo ciudadano se presume inocente y tiene derecho a conservar su buena reputación, mientras no se le declare delincuente conforme a las leyes.

Art. 117.- La Constitución garantiza el crédito público del Ecuador.

Art. 118.- Garantiza también la inviolabilidad de las propiedades intelectuales; así los que inventen, mejoren o introduzcan nuevos medios de adelantar la industria, tienen la propiedad exclusiva de sus descubrimientos y producciones con arreglo a la atribución 12 del artículo 42; la ley les asegura la patente respectiva, o el resarcimiento por la pérdida que experimenten en el caso de publicarlo.

Art. 119.- Garantiza asimismo los establecimientos de piedad y de beneficencia.

Art. 120.- Ningún ecuatoriano podrá ser privado de su propiedad, o del derecho que a ella tuviese, sino en virtud de sentencia judicial; salvo el caso en que la utilidad pública, calificada por una ley, exija su uso o enajenación; lo que tendrá lugar dándose previamente al dueño la indemnización que se ajustare con él, o avaluada a juicio de hombres buenos.

Art. 121.- Es prohibida la fundación de mayorazgos, y toda clase de vinculaciones, y el que haya en el Estado bienes raíces, que no sean de libre enajenación.

Art. 122.- No puede exigirse ningún impuesto, derecho, o contribución, sino por autoridad competente, en virtud de decreto deducido de la ley que autorice aquella exacción; en todo impuesto se guardará la proporción posible con los haberes e industria de cada ecuatoriano.

Art. 123.- Todo ecuatoriano puede expresar y publicar libremente sus pensamientos por medio de la prensa, respetando la decencia y moral pública, y sujetándose a la responsabilidad de las leyes.

Art. 124.- Todo ciudadano tiene la facultad de reclamar sus derechos ante los depositarios de la autoridad pública con moderación y respeto debidos; y todos tienen el derecho de presentar por escrito al Congreso, o al Poder Ejecutivo, cuanto consideren conveniente al bien público.

Art. 125.- El derecho de petición se ejercerá por uno o más individuos a su nombre, pero jamás a nombre del pueblo.

Art. 126.- Todo ciudadano puede reclamar ante el Congreso, o Poder Ejecutivo, las infracciones de la Constitución y de las leyes.

Art. 127.- La morada de toda persona que habite el territorio ecuatoriano, es un asilo inviolable, y sólo puede ser allanada por motivo especial, determinado por la ley, y en virtud de orden de autoridad competente.

Art. 128.- Ningún cuerpo armado o individuo del ejército, puede hacer reclutamiento, ni exigir clase alguna de auxilio, por medio de las autoridades civiles.

Art. 129.- Nadie puede ser obligado en tiempo alguno a dar alojamiento a uno o más militares.

Art. 130.- La Correspondencia epistolar es inviolable; no podrán abrirse, ni interceptarse, ni registrarse los papeles o efectos de propiedad particular sino en los casos especialmente sean alados por la ley.

Art. 131.- Todos los extranjeros serán admitidos en el Ecuador, y gozarán de seguridad y libertad, siempre que respeten y obedezcan la Constitución y leyes de la República.”

Señalo como muestra: Reserva de Ley, Presunción de Inocencia, Libertad de Tránsito,
Proscripción de la confiscación, Libertad de expresión y de prensa, entre otras.

CAPÍTULO IV

Principales desacuerdos entre la Constitución Clásica de Cuenca y la Neoconstitucional de Montecristi.

Como hemos anotado, el soberano inventó diversas entelequias y las desarrolló con el transcurso del tiempo, procurando y debiendo institucionalizarlas. En el caso del Estado, éste no surgió por generación espontánea, su razón para existir radica en la posibilidad de brindar seguridad a los ciudadanos y dotarse de mecanismos para cumplir su cometido, para desempeñar con excelencia y claridad sus obligaciones sirviendo al ciudadano.

Probablemente resulta ocioso ser reiterativo y recordar por simple que parezca que el Estado para brindar seguridad parte por equilibrar el poder, los intereses de los asociados y la influencia que adquieran sobre los otros.

Este equilibrio no se da por procesos racionales sino por intereses mutuos, se alcanza el respeto político por necesidad, ahí radica el motivo, el diseño de los sistemas de pesos y contra pesos, y este respeto mutuo, este diálogo obligado, beneficia al poder natural puesto que saben con certeza que ante una injusticia, un ataque desproporcionado, corrupción, arbitrariedades, abusos o cualquier lógica del poder, atento se encuentra la otra cara de la moneda.

El diseño en el balance de las funciones del estado se alcanza en la práctica cuando poseen el mismo rango y se subsumen sus miembros a la Constitución y a la Ley, siendo por competencias complementarios y solo así, iguales.

Incursionaremos en los diseños constitucionales ecuatorianos de los años mil ochocientos cuarenta y cinco y dos mil ocho, para conocer de manera formal y material cuál permite la gobernabilidad de todas las funciones, es decir, la gobernabilidad del Estado para ser útil a los ciudadanos.

PREÁMBULO

- La constitución de Cuenca, introduce al articulado constitucional con la siguiente leyenda: “Nosotros los Representantes de la Nación Ecuatoriana reunidos en Convención, **con el objeto de establecer la forma de Gobierno más conveniente a la voluntad y necesidad de los pueblos que representamos**, hemos acordado lo siguiente” (La negrita es nuestra).
- La constitución de Montecristi, “NOSOTRAS Y NOSOTROS, el pueblo soberano del Ecuador. RECONOCIENDO nuestras raíces milenarias, forjadas por mujeres y hombres de distintos pueblos, CELEBRANDO a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia, INVOCANDO el nombre de Dios y reconociendo nuestras diversas formas de religiosidad y espiritualidad, APELANDO a la sabiduría de todas las culturas que nos enriquecen como sociedad, COMO HEREDEROS de las luchas sociales de liberación frente a todas las formas de dominación y colonialismo, Y con un profundo compromiso con el presente y el futuro, Decidimos construir. Una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el sumak kawsay; Una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades; Un país democrático, comprometido con la integración latinoamericana - sueño de Bolívar y Alfaro-, la paz y la solidaridad con todos los pueblos de la tierra; y, En

ejercicio de nuestra soberanía, en Ciudad Alfaro, Montecristi, provincia de Manabí, nos damos la presente:”

Podemos aplicar la máxima de que lo bueno y corto es dos veces mejor, y que la Constitución de Cuenca, sienta con claridad, precisión y objetividad el motivo, la razón y la dirección de la Carta Fundamental, en el caso de la norma de Montecristi, la lírica constituye el eje rector para obtener una nueva forma de convivencia ciudadana.

Una estructura clásica de separación de funciones, presenta la Constitución de Cuenca en su artículo 15: “El Poder Supremo se Divide para su administración en Legislativo, Ejecutivo y Judicial: cada uno ejercerá las atribuciones que le señala esta Constitución, sin exceder de los límites que ella prescribe.”

La Constitución de Montecristi innova, moderniza, altera o modifica la separación clásica de Montesquieu en aras de mayor consideración al soberano incorporando dos funciones adicionales, en esta Carta se hallan establecidas las funciones del Estado en el Título IV, denominado como Participación y Organización del Poder, siendo el Capítulo Segundo el que trata sobre la función legislativa, el Capítulo tercero sobre la función ejecutiva, el capítulo cuarto sobre la función judicial y justicia indígena, el Capítulo quinto función de transparencia y control social y el Capítulo sexto sobre la función electoral.

A simple vista parece positivo desconcentrar el poder en más de tres clásicas funciones, pero el sistema establece un hiper presidencialismo cuyos efectos no son los correctos en un régimen republicano y democrático, puesto que no es concebible que una función posea injerencia en otras, ya que la premisa imperativa de balances se extingue o en el mejor de los casos simplemente se atrofia.

Como todo diseño y en cualquier campo, arroja los resultados que existen, puesto que para eso fue diseñado.

El diseño de cinco funciones presenta, como hemos anotado, un proyecto hiper presidencialista que claramente se distingue al analizar el articulado de la Carta de Montecristi.

Sin ser patrimonio de la Carta del año dos mil ocho, la consideración de que el presidente es colegislador, es un error, deficiencia que no reconoce la función de cualquier parlamento que es la de generar leyes. Escusas existirán y han existido en este tema, se ha aducido la necesidad (política) de generar gobernabilidad.

La Constitución de Montecristi genera compleja confusión al desarrollar las puertas de la maniobra, me refiero a la Función de Transparencia y Control Social, vendiendo la idea de que esta introducción es la panacea.

Conocemos otras “confusiones” de Montecristi a las que sumo la de mezclar participación versus representación, que no la suplanta, ni compite – conviven, confunden, convirtiéndose en una herramienta de muy fácil manipulación.

Desde las Disposiciones Transitorias y el Régimen de Transición colocan todos los procedimientos para elegir a los primeros titulares de las nuevas funciones del Estado y de los organismos de poder, con presencia del ejecutivo y manteniendo su participación.

Montecristi y el Neocosntitucionalismo presentan un pensamiento acorde y proclive al poder presidencial - político de turno, convierten a la Carta Magna en un instrumento que puede fácilmente soportar cualquier tipo de interpretación, dotándola de derechos iguales o superiores al que por derecho natural corresponde a los ciudadanos.

Uno de los tratadistas mejorpreciados de nuestro tiempo, como Miguel Carbonell (2011), en su obra neoconstitucionalismo y derechos fundamentales indica:

“El neoconstitucionalismo pretende explicar a un conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir después de la Segunda Guerra Mundial y sobre todo a partir de los años 70 del siglo XX. Se trata de Constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, si no que contienen altos niveles de normas “materiales” o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos. Además, estas Constituciones contienen amplios catálogos de derechos fundamentales, **lo que viene a suponer un marco de relaciones entre el Estado y los ciudadanos muy renovado**, sobre todo por la profundidad y grado de detalle de los postulados constitucionales que recogen tales derechos”.

Lo resaltado nos pertenece. (p. 24-25).

Un Estado tan renovado, que es considerado par del ciudadano, que puede relacionarse, corresponderse y al cual el ciudadano por consecuencia de lo afirmado debe observarlo, hasta casi considerarlo como un igual.

El neconstitucionalismo ha dotado de derechos al Estado y consecuentemente a disminuido los derechos a los ciudadanos. Barbaridad que el neoconstitucionalismo supone correcto y que es analizada por Arturo Gangotena Guarderas (2010):

“En la Constitución ecuatoriana del año 2008, la libertad individual sale fuertemente comprimida. Más allá de la retórica verbosísima y al interior de la misma, en sus frecuentes referencias a las características de “dignidad”, “autonomía”, “soberanía, siempre y únicamente relacionadas al Estado, la concepción de este último como “panacea” de todos los males sociales, único

protagonista de la historia económico-social y proveedor omnímodo de bienestar generalizado, pero nunca explicitado en sus concretos componentes, no deja sustancial cabida a grandes espacios de libertad, correctamente entendida. ” (p. 89).

Arturo Gangotena Guarderas (2010), analiza las palabras – dignidad, autonomía, soberanía,- tan repetidas a lo largo de la Carta de Montecristi: “Términos, muchas veces, utilizados como disfraces de un concepto tan peligrosamente latente cuando histórica-políticamente-económicamente desastrosos: el de “autarquía”, que marco los años del Facismo italiano, inmediatamente anteriores a la Segunda Guerra Mundial”(p. 89).

Entre otra de las diferencias sustanciales que presentan entre si las Cartas de Cuenca y Montecristi, podemos registrar, que la primera reconoce el concepto de nación, encontrando quizás el elemento de conexión nacional a la religión Católica.

Por su parte, la segunda exhibe elementos de interculturalidad y pluriculturalidad, eliminando a la nacionalidad, dando un reconocimiento a componentes que no son una amalgama, que no se encuentran, son textos con emociones, en el cual más importante es la diferencia que la igualdad, la masa que el individuo, la legitimidad que la legalidad.

Montecristi se esfuerza por detallar las aspiraciones de todos los colectivos, pero en el desafío no es aquel, sino el cómo, y tan loables propósitos se quedan en lo que son buenas intenciones: “El punto está en el “como” sobre todo cuando las pulsaciones ideológicas hagan creer (en buena o mala fe, no es tan importante) que las “utopías” pueden volverse realidad sin el pago de costos sociales altísimos” (Gangotena Guarderas, 2010, p. 94).

La pregunta en la realidad es por dónde se inicia, con la protección individual o colectiva, la Carta de Cuenca se anexa a la primera, mientras que Montecristi se encarga de lo colectivo, restringe el ámbito propio de la iniciativa personal y se ocupa de lo económico – productivo, en castellano neocosntitucional, de lo que es de todos y todas.

Se olvida de la razón clásica del Derecho, es decir de las normas de convivencia, Montecristi faculta la competencia con los administrados, se permite rivalizar con sus dueños.

Un elemento no presente en la Constitución de Cuenca y si en la de Montecristi, es la Corte Constitucional, que sin duda procura mayor garantismo, pero permite la concentración al eliminar el control difuso y concentrarlo totalmente en la Corte Constitucional.

Conclusiones:

Partiendo de la necesidad de una material división o separación de los poderes del Estado, para que sea favorable a las libertades de los ciudadanos, la Constitución de Montecristi resulta evidentemente presidencialista y, por lo tanto, rompe los obligatorios equilibrios.

Su diseño se pensó desde la óptica política y el elemento jurídico parece ser concebido para servir como herramienta al poder y no como un ineludible marco para la actuación de los administrados y administradores.

La objetividad y claridad de la Constitución de Cuenca, permite que sirva a la razón de su existencia, sin recurrir al justificativo constante de los neocosntitucionalistas, que ha sido, “hace falta educar”.

Que no se tergiverse lo sentado, al pensar que estoy en contra de la educación en cualquier área del conocimiento.

Pero seguro me encuentro de que una Constitución merece en su diseño mayor claridad y consecuentemente menor arbitrariedad, con menores contradicciones y mayores precisiones, tanto en lo dogmático, cuanto en lo orgánico.

No dudo al saber que el individuo vale por sí solo, y desarrollándose libremente constituye un colectivo fuerte. Montecristi no sirve para este fin. Compite erróneamente y lastima a la sociedad.

No toda innovación resulta beneficiosa, una estructura clásica y menos novelera, sin duda es superior.

Una Constitución no es para subsunción, es para la Libertad.

Bibliografía General

- Bolívar, Simón. (1984). Escritos Políticos. Colombia: El Áncora Editores.
- Borja Cevallos, R. (1997). Enciclopedia de la Política. México D.F: Fondo de Cultura Económica.
- Borja Cevallos, R. (2010). Sociedad, Cultura y Derecho (tercera edición). Quito:
- Carbonell, M. (2011). Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales. Quito: Cevallos editorial jurídica.
- Constitución de la República del Ecuador RO 449: 20 de octubre del año 2008
- Gangotena Guarderas, A. (2010). De la Constitución a la No Constitución. Quito: Cevallos editorial jurídica.
- Marías, Julián. (2010). Historia de la Filosofía. España: Alianza Editorial.
- Tobar Donoso, J. Larrea Holguín, J. (1980). Quito: Corporación de estudios y publicaciones.
- Trabucco, Federico. (1975). Constituciones de la República del Ecuador. Quito: Editorial Universitaria.
- Velásquez Turba, C. (2004). Derecho Constitucional. (tercera edición). Colombia.
- Rousseau, J.J. (2000). El Contrato Social. España: Editorial ALBA