



INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS NACIONALES
LA UNIVERSIDAD DE POSGRADO DEL ESTADO



TESIS

Neoconstitucionalismo y seguridad: análisis del estado de emergencia y del estado de excepción en las constituciones ecuatorianas de 1998 y 2008



Christian Anchaluisa Shive

CENTRO DE SEGURIDAD Y DEFENSA

Neoconstitucionalismo y seguridad: análisis del estado de emergencia y del estado de excepción en las constituciones ecuatorianas de 1998 y 2008

Christian Anchaluisa Shive



INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS NACIONALES
LA UNIVERSIDAD DE POSGRADO DEL ESTADO

342.866
A539n

Anchaluisa Shive, Christian

Neoconstitucionalismo y seguridad: análisis del estado de emergencia y del estado de excepción en las constituciones ecuatorianas de 1998 y 2008 / Christian Anchaluisa Shive.— 1ª. Ed. — Quito: Editorial IAEN, 2016

149 p.; 15 x 21 cm

ISBN: 978-9942-950-53-6

1. DERECHO CONSTITUCIONAL 2. ESTADO 3. GOBERNABILIDAD
4. SEGURIDAD HUMANA 5. NEOCONSTITUCIONALISMO I. Título

Colección Tesis

Instituto de Altos Estudios Nacionales (IAEN)
Centro de Seguridad y Defensa

Av. Amazonas N37-271 y Villalengua, esq.

Tel.: (593 2) 382 9900

Quito, Ecuador

www.iaen.edu.ec

Información: editorial@iaen.edu.ec

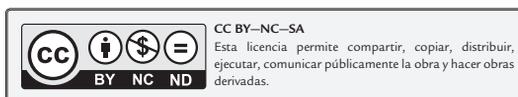
Dirección editorial: Roberto Ramírez Paredes

Corrección de estilo: David Chocair

Diseño de interiores y portada: Gabriel Cisneros Venegas

Imagen de portada: David Chocair

©IAEN, 2016



Índice

Sobre el autor.....	7
Resumen ejecutivo	9
Abstract.....	10
Introducción	11

Capítulo I

El neoconstitucionalismo	23
1.1 Introducción: neoconstitucionalismo como una nueva forma de ver el Estado y los derechos	23
1.2. Acercamientos histórico-teóricos sobre el neoconstitucionalismo: de lo universal a lo latinoamericano...	29
1.3. Análisis de las distintas visiones sobre el neoconstitucionalismo: discusiones teóricas	37
1.4. Niveles de análisis del neoconstitucionalismo y la constitucionalización del ordenamiento jurídico	48
1.5 Neoconstitucionalismo latinoamericano: características distintivas y evolución desde lo europeo	59
1.6. El neoconstitucionalismo transformador.....	65

Capítulo II

La seguridad humana como concepto y como derecho	73
2.1 Introducción: La seguridad humana y su conexión con el desarrollo humano en un contexto neoconstitucional	73
2.2 Discusiones sobre la clasificación de la seguridad humana	78
2.3 Formulación del concepto de seguridad humana	82
2.4 Seguridad humana y neoconstitucionalismo.....	87

Capítulo III

Discusiones teóricas sobre el estado de excepción.....	91
3.1 Introducción: la dinámica de los estados de excepción.....	91
3.2 Debates teóricos sobre los estados de excepción	94
3.3. El estado de excepción y las crisis de gobernabilidad.....	103

3.4 Circunstancias operativas y principios de los estados de excepción	104
3.5 Neoconstitucionalismo, seguridad humana y estados de excepción	107

Capítulo IV

Aplicación del neoconstitucionalismo, la seguridad humana y la teoría de los estados de excepción al análisis de casos: los estados de excepción originados entre 2010 y 2012, en virtud de la rebelión policial del 30 de septiembre de 2010.....	115
4.1 Acercamiento histórico-jurídico al estado de emergencia en la Constitución de 1998 y el estado de excepción en la Constitución de 2008	115
4.2 Efectos políticos y jurídicos potenciales de un uso inadecuado de los estados de excepción en relación con el derecho a la seguridad	118
4.3 Control jurisdiccional del estado de excepción en sede constitucional	120
4.4 Análisis de casos representativos: los estados de excepción generados a partir del 30 de septiembre de 2010 por insubordinación policial y posterior necesidad de protección de la Asamblea Nacional en el contexto de la seguridad	122
Conclusiones.....	133
Bibliografía	141

Sobre el autor

Christian Anchaluisa Shive (Quito, 1986), es licenciado en Ciencias Jurídicas y abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (2011) y magíster en Seguridad y Defensa por el Instituto de Altos Estudios Nacionales (2014). Ha realizado cursos de posgrado en Política y Cultura Coreana en la Universidad de Kyung Hee y en Propiedad Industrial en la Academia de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Ha impartido cátedra en la Escuela Superior y en el Instituto Tecnológico Superior de la Policía Nacional del Ecuador y en el Centro de Ciencias Forenses y Criminalística del Ministerio del Interior de Ecuador, en las especialidades de Derechos Humanos y Seguridad Ciudadana.

Correo electrónico: christian.anchaluisa@gmail.com.

Resumen ejecutivo

En el primer capítulo se analiza el neoconstitucionalismo, definiendo su naturaleza innovadora en el contexto de las teorías jurídicas y se aprecia cómo permite la creación de constituciones enfocadas en el ser humano, sus derechos y su protección. En este ámbito se generan las categorías de análisis que permiten visualizar y analizar el problema de investigación. Se han escogido los niveles de análisis teórico, ideológico y práctico del neoconstitucionalismo, los cuales permiten el relacionamiento con la seguridad humana y los estados de excepción.

En el segundo capítulo se realiza un estudio de la seguridad humana como condición fundamental para el desarrollo y su conexión con el neoconstitucionalismo. Posteriormente, se aprecian discusiones teóricas sobre clasificación de la seguridad humana y sus elementos.

En el tercer capítulo se tratan las discusiones respecto del estado de excepción. Se realiza la conexión necesaria entre el neoconstitucionalismo y sus niveles de análisis, los elementos de la seguridad humana y las discusiones respecto del estado de excepción.

En el cuarto capítulo se efectúa la aplicación de las discusiones sobre neoconstitucionalismo, seguridad humana y estados de excepción, al análisis de casos, especialmente aquellos emitidos en el contexto de la rebelión policial del 30 de septiembre de 2010. En aplicación del nivel de análisis práctico del neoconstitucionalismo, este capítulo está destinado a establecer cómo el control constitucional de los estados de excepción es laxo, con lo cual se legitima el uso desnaturalizado de la institución del estado referido en detrimento del derecho a la seguridad.

Palabras clave:

neoconstitucionalismo, seguridad humana, estados de excepción, Corte Constitucional, Ecuador, seguridad.

Abstract

Neoconstitutionalism is analyzed from a theoretical view. Its innovative nature is defined in the context of legal theories and how it allows the creation of constitutions that are more focused on the human being. This results in a Constitution, which not only organizes the state but also maintains protection to the people. A discussion is made between several “neoconstitucionalistas” authors both critics and supporters, to assess the implications of the theoretical developments in the field and generate the categories of analysis. Finally, the theoretical, ideological and practical neoconstitutionalism analysis levels are used to define the discussion between human security and states of emergency.

In the second chapter, human security is taken as a fundamental condition for the development. This research explains how this element connects with neoconstitutionalism. Theoretical discussions on the classification of human security are explained.

The third chapter discusses the state of exception. I analyze various authors who are both for and against the existence of this institution, especially from the point of view of political security. This chapter provides theoretical connection between neoconstitutionalism and its levels of analysis, human security and state of emergency.

In the fourth chapter, the application of discussions about neoconstitutionalism, human security and state of emergency is made, using as study cases, the states of emergency issued during the period 2010-2013, in the context of the police rebellion of September 2010.

As a concluding part of this work, this research analyze the states of exception from September 30, 2010, and the subsequent need of military protection to the Congress, and how behavior is against the right to security.

Key words:

Neoconstitucionalism, human security, state of emergency, Constitutional Court, Ecuador, security.

Introducción

La seguridad es un aspecto fundamental en la vida de los Estados, el cual, al tratarse de un concepto polisémico, trae consigo un alto nivel de debate sobre sus concepciones.¹ Sin embargo, en una primera instancia, es posible señalar que esta seguridad es un bien público que permite la consecución de los objetivos nacionales, genera estabilidad política y social y constituye un derecho fundamental del que gozan los individuos, pueblos, nacionalidades y colectivos.² Esta concepción de la seguridad como un derecho da como resultado que el Estado deba generar las condiciones más adecuadas para que la prescripción normativa de dicho derecho se convierta en realidades palpables, por medio de acciones de política pública y mecanismos de garantía.

La visión de un Estado que genera condiciones de respeto de derechos es propia del neoconstitucionalismo, teoría jurídica que inspira la Constitución ecuatoriana en vigencia, y tiene una relación muy

1 Cuando se aborda el concepto de seguridad, las interpretaciones son complejas, pues “se habla de seguridad nacional, internacional y colectiva; asimismo, se habla de seguridad de tipo alimentario, medioambiental o económico e, incluso, de seguridad humana. En su acepción más tradicional, ha sido común confundir las fronteras entre los conceptos de seguridad y defensa. Todos estos términos guardan relación entre ellos y, de una manera u otra, reflejan la riqueza del debate y de las propuestas conceptuales producidas, en particular, a partir del fin de la Guerra Fría. Sin embargo, en muchas ocasiones, estos nuevos conceptos han introducido más confusión que claridad en el campo de los estudios de seguridad: en la actualidad, una de las características del debate es precisamente la falta de claridad conceptual” (Bárcena, 2000: 9).

2 En Ecuador, desde la visión oficial, la seguridad integral es vista como un “sistema (...) orientado hacia la consecución del Buen Vivir mediante la integración de todas las dimensiones del ser humano, la naturaleza y el Estado”, a la vez que concibe a “la seguridad como sistema integral y estratégico, que demanda proyectos a largo, corto y mediano plazo que incluyen la Defensa y las Relaciones Internacionales; la Seguridad Ciudadana y Justicia; la gestión de riesgos y ambiente; la movilización nacional, inteligencia y generación de conocimientos; y que va acompañado de un proceso de seguimiento y evaluación permanente, de capacitación del talento humano, de equipamiento e infraestructura” (Ministerio Coordinador de Seguridad, 2014: 5).

estrecha con el concepto de seguridad humana, que también se desarrolla en el mencionado cuerpo constitucional.

Esta investigación tiene como objetivo realizar un profundo análisis teórico del estado de excepción que es parte de las instituciones establecidas en la Constitución de Ecuador de 2008, a la luz del neoconstitucionalismo y la seguridad humana, a la vez que se realiza un ejercicio comparativo con el estado de emergencia que constaba en la Constitución de Ecuador de 1998. Para el efecto, se considera al estado de excepción o emergencia como una facultad del Estado, derivada de la norma constitucional, que permite enfrentar situaciones extraordinarias que no pueden ser manejadas por medio de los cánones legales normales, siendo una institución jurídico-política que debe generarse únicamente cuando existan causales reales y existentes al momento de la declaratoria, todo lo cual debe ser controlado por los órganos fiscalizadores legalmente establecidos.

Al efecto, se usan los niveles de análisis del neoconstitucionalismo (teórico, ideológico y práctico),³ los cuales se relacionan con la denominada seguridad humana, concebidos como nuevas tendencias en sus respectivos campos y que guardan similitud en sus líneas de pensamiento y en el posicionamiento del ser humano como principal sujeto de protección.

Comanducci establece los niveles de análisis neoconstitucional anteriormente señalados, siguiendo al posicionamiento que, en la doctrina clásica, tuvieron las tres acepciones de positivismo jurídico planteadas por Norberto Bobbio. Al respecto, el autor señala que “se instituye una clasificación análoga entre tres diversas formas de neoconstitucionalismo –teórico, ideológico y metodológico– porque de ese modo resultará más comprensible y significativa la confrontación crítica entre tipos homogéneos de positivismo y, respectivamente, de neoconstitucionalismo” (Comanducci, 2009; 75; Bobbio,

3 Comanducci señala que “la utilización de tal tripartición permite, por otro lado, evidenciar las diferencias existentes entre constitucionalismo y neoconstitucionalismo. El constitucionalismo, como se ha entendido, es fundamentalmente una ideología, dirigida a la limitación del poder y a la defensa de una esfera de libertades o derechos fundamentales. (...) El neoconstitucionalismo, por su parte, no se presenta solamente como una ideología y una correlativa metodología, sino también y explícitamente como una teoría concurrente con la positivista” (Comanducci, 2009: 75).

1988). Con este análisis se trata de demostrar que únicamente se cumplen los niveles teórico e ideológico que caracterizan a la concepción político jurídica del Estado ecuatoriano actual, dejando de lado el nivel práctico o de materialización del derecho por la vía de la protección judicial, lo cual vulnera o pone en riesgo de vulneración algunos de los elementos más importantes de la seguridad humana.

Esta situación queda en evidencia cuando, producto del análisis de casos, se aprecia que la Corte Constitucional realiza un laxo control de constitucionalidad de los estados de excepción, permitiendo que la función Ejecutiva haga un uso discrecional de la institución jurídica, incluso para enfrentar situaciones que podrían solucionarse mediante los cánones regulares, contraviniendo sus causas operativas y principios y transformando a la excepcionalidad en la regla.⁴ Al efecto, se ha usado como casos base y contraste la situación de excepcionalidad originada en la insubordinación policial del 30 de septiembre de 2010.

En el primer capítulo se analiza el neoconstitucionalismo desde una visión teórica. Al efecto, se define su naturaleza innovadora en el contexto de las teorías jurídicas y se analiza cómo la aplicación del neoconstitucionalismo permite la creación de constituciones más enfocadas en el ser humano como centralidad del pensamiento, por medio de la homologación de derechos y la implementación de mecanismos para su protección. Esto da como resultado que una carta

4 A manera de ejemplo, Benavides señala: “En los últimos 11 años de vida democrática, la utilización de los estados de excepción prácticamente se ha triplicado respecto de los primero 21 años de retorno democrático; se ha tornado sistemática (...) En los 5 primeros años del actual gobierno se expidieron 134 decretos (...) con un promedio mensual de 3 declaratorias (...) Los decretos emitidos utilizaron las figuras de declaratoria, renovación y terminación, las cuales están constitucionalmente previstas, pero han incorporado otras no previstas, como reforma, modificación, ampliación, complementación. Durante 2011, se dictaron 19 decretos ejecutivos: 12 de declaratoria, 5 de renovación, 1 de complementación y 1 de terminación. Las razones por las que se adoptaron fueron: seguridad de la Asamblea Nacional por efectos no superados (...) del 30 de septiembre de 2010, riesgo de colapso del sistema nacional de salud (...), mitigación y neutralización de la minería ilegal, amenaza inminente de tsunami (...), intoxicación por bebidas alcohólicas adulteradas, brote de virus de rabia silvestre, angustiante situación de la Función Judicial. De estas situaciones, las que se enmarcaron como graves e imprevistas fueron las de amenaza inminente de tsunami, intoxicación por bebidas alcohólicas adulteradas y el brote de rabia silvestre. Las otras, develan problemas estructurales de gestión del Estado, sucesivos en el tiempo, predecibles y prevenibles por el régimen ordinario” (Benavides, 2011: 12).

magna neoconstitucionalista, si bien trata a profundidad la organización y protección del Estado y su poder, mantiene en primacía la protección de los individuos, pueblos, nacionalidades y colectivos.

Como parte de este primer capítulo, se destaca un ejercicio de discusión entre varios autores neoconstitucionalistas tanto críticos como adherentes, para apreciar el alcance de los desarrollos teóricos en el tema y generar las categorías de análisis que permiten visualizar y analizar el problema que se trata en esta investigación. Luego de dicha discusión teórica, se han escogido los niveles de análisis teórico, ideológico y práctico del neoconstitucionalismo, los cuales permiten el relacionamiento con las reflexiones teóricas sobre la seguridad humana y su posterior aplicación al análisis de casos en los estados de excepción. Asimismo, se hace referencia al fenómeno de constitucionalización del ordenamiento jurídico, característica marcada del neoconstitucionalismo, así como a las condiciones aplicables para la consecución de dicho nivel de protección. Finalmente, se realiza una aproximación teórica del neoconstitucionalismo transformador, que es la variante teórica de dicha tendencia jurídica que se ha aplicado en la Constitución vigente en Ecuador desde el año 2008, especificando sus diversos elementos y cómo estos se aplican a las reivindicaciones propias de la zona y de la situación social y política.

En el segundo capítulo se realiza un estudio de la seguridad humana desde una visión doble: como concepto y como derecho. Al efecto, se toma la seguridad humana como una condición fundamental para el desarrollo de individuos, pueblos, nacionalidades y colectivos y cómo esta tendencia hacia la protección de dicho elemento la conecta con el neoconstitucionalismo. Posteriormente, se aprecian discusiones teóricas sobre la clasificación de la seguridad humana y los elementos que la componen, teniendo en cuenta las amenazas no tradicionales, lo cual permite realizar una conceptualización de la seguridad humana y dar operatividad a esta investigación. Para concluir, se realiza el relacionamiento entre neoconstitucionalismo y seguridad humana, especialmente desde el punto de vista de que ambas teorías modifican el nivel de pensamiento político, jurídico y de

derechos, al trasladar al sujeto de protección, desde lo estatocéntrico a lo antropocéntrico.⁵

En el tercer capítulo se trata en detalle las discusiones teóricas respecto del estado de excepción, su dinámica y naturaleza. Para el efecto, se han tenido en cuenta a diversos autores que desarrollan sus conceptos tanto a favor como en contra de la existencia de dicha institución, especialmente desde el punto de vista de la seguridad jurídica y política, concebida como un derecho. Adicionalmente, como otro de los elementos que da viabilidad a esta investigación, se analizan las circunstancias operativas y principios que deben observarse de manera conjunta tanto en el acto de creación del estado de excepción como en su mantenimiento temporal, con especial atención a dos requisitos fundamentales: existencia de una amenaza real y existente y la proporcionalidad en concordancia con la necesidad. Finalmente, este capítulo realiza la conexión teórica necesaria entre el neoconstitucionalismo y sus niveles de análisis, los elementos pertinentes de la seguridad humana y las diversas discusiones respecto del estado de excepción, sus elementos y valores.

En el cuarto capítulo se desarrolla la aplicación de las discusiones teóricas sobre neoconstitucionalismo, seguridad humana y estados de excepción, al análisis de casos, especialmente aquellos referentes a los estados de excepción emitidos durante la etapa 2010 a 2013, en el contexto de la rebelión policial del 30 de septiembre de 2010. Este capítulo se inicia con una aproximación histórico-comparativa de las instituciones de estado de emergencia (establecida en

5 “La inserción de diversos y profundos cambios en la ciencia jurídica promueve la creación de una hoja de ruta, encaminada a la promoción del respeto y observancia de los derechos humanos (desde una visión antropocéntrica), en donde el ser humano es el protagonista y principal beneficiario de la acción estatal. Es, sin duda, una particular visión que cambia la matriz de pensamiento jurídico y político, desde un Estado concebido por y para sí mismo hacia un Estado que acciona por y para los individuos, pueblos, colectivos y nacionalidades (...) Al respecto, Antônio Augusto Cançado Trindade, en ejercicio de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, remarca que “tanto la jurisprudencia internacional como la práctica de [algunos] Estados y organismos internacionales, y la doctrina jurídica más lúcida, proveen elementos de los cuales se desprende el despertar de una conciencia jurídica universal. Esto nos permite reconstruir, en este inicio del siglo XXI, el propio Derecho Internacional, con base en un nuevo paradigma, ya no más estatocéntrico, sino más bien antropocéntrico, situando al ser humano en posición central y teniendo presentes los problemas que afectan a la humanidad como un todo” (Anchaluisa, 2013: 120).

la Constitución de 1998) y estado de excepción, constante en la Constitución vigente. Posteriormente, se establecen los potenciales efectos jurídicos y políticos del uso inadecuado de los estados de excepción en el contexto de la seguridad humana vista como un derecho. De la misma forma, en aplicación del nivel de análisis práctico del neoconstitucionalismo, una parte de este capítulo está destinada a establecer cómo el control constitucional de los estados de excepción es laxo, con lo cual se legitima el uso desnaturalizado de la institución del estado de excepción en detrimento del derecho a la seguridad. Para ello, se toman los niveles propios del concepto de “seguridad humana” y se parte del presupuesto de que no es indispensable que el Decreto Ejecutivo que ordene el estado de excepción restrinja o suspenda expresamente derechos para que estos puedan verse, o estén en peligro, de verse violentados. Como se analizará en el caso de la Asamblea Nacional, al ser la función del Estado que más directamente representa a individuos, pueblos, nacionalidades y colectivos, su militarización innecesaria conlleva la generación de condiciones de inseguridad y de promoción de una visión errónea respecto de la situación social. Finalmente, como parte concluyente de este trabajo y con el fin de demostrar lo teóricamente discutido en hechos concretos, se analizan los estados de excepción generados a partir del 30 de septiembre de 2010, por insubordinación policial y posterior necesidad de protección de la Asamblea Nacional en el contexto de la seguridad, y cómo estos, a pesar de provenir de una Constitución, teórica e ideológicamente identificada con el neoconstitucionalismo, no alcanzan un real nivel práctico, vulnerando el derecho a la seguridad, sobre todo porque el órgano encargado de su estudio y dictamen no ha cumplido a cabalidad su función, permitiendo la desnaturalización de la institución.

Las concepciones sobre Estado y constitucionalidad están en constante transformación, en distintos niveles: teórico, práctico e ideológico. Una de las más importantes aristas de este cambio se aprecia en las innovaciones concebidas como construcciones teóricas que permiten entender la nueva funcionalidad estatal, el ejercicio de derechos fundamentales y cómo estas dos categorías se interrelacionan teniendo en cuenta el cambio en la forma de hacer y pensar el Estado, que es propio de los planteamientos del neoconstitucionalismo.

Carbonell, quien sigue a Ferrajoli, señala que “para el neoconstitucionalismo, el Estado en su conjunto tiene una función instrumental, pues debe estar al servicio de la satisfacción de los derechos fundamentales. En este contexto, el Estado no se justifica a sí mismo. La racionalidad autosuficiente (...) de lo público es desechada por los teóricos neoconstitucionalistas” (Carbonell, 2008: 249; Ferrajoli, 2007). Esto el traslado de la concepción de la protección, desde el objeto Estado hacia el sujeto ser humano, en su dimensión individual y colectiva. Igualmente, desde lo político, esto trae como consecuencia la necesidad de repensar el Estado, a fin de que sea capaz de responder de forma exitosa a la necesidad de generar las condiciones más adecuadas para la promoción de los derechos del sujeto de protección.

Las reflexiones sobre cómo el nuevo modelo de Estado neoconstitucional se aproxima a la seguridad son recientes y generan grandes oportunidades de entender y perfilar de mejor manera el papel del Estado en relación con los ciudadanos. Es indiscutible que la visión neoconstitucionalista privilegia el estricto respeto de los derechos desde una visión que pone en el centro del pensamiento al ser humano, dejando de lado las concepciones clásicas que propugnaban la regulación y protección de la existencia del Estado como tal, por sobre el interés de los derechos. Si la visión del neoconstitucionalismo privilegia al ser humano y centra la actividad estatal en la promoción y protección de sus derechos, es fundamental que esa ficción jurídico política genere las condiciones más eficientes para ello. En este contexto, el derecho a la seguridad es sustancial, por sus implicaciones colectivas –orden común y cohesión social, así como individuales– especialmente en lo referente al respeto a derechos fundamentales.

La generación de las condiciones más adecuadas para el ejercicio del derecho a la seguridad es un proceso no exento de tensiones. Por un lado, está la capacidad monopólica del Estado del uso de la fuerza, cuya expresión más evidente es el estado de excepción que se analiza en esta investigación y, por otro, la necesidad de ponderar los hechos con los derechos que posiblemente puedan verse vulnerados por la actividad estatal. Tratar de guardar equilibrio entres estos dos momentos –la capacidad de movilizar recursos de fuerza por parte

del Estado con la protección debida a los derechos de los ciudadanos— es un reto en el Estado neoconstitucional que, como se ha mencionado, trasciende las dinámicas tradicionales relacionadas con la mera garantía de la existencia del Estado.

Se ha cuestionado el papel que juega el derecho en aquellas temáticas de las ciencias sociales que trascienden lo meramente normativo. Justamente, el neoconstitucionalismo genera una ruptura de las visiones tradicionalmente iuspositivistas para dar paso a la constitucionalización de las relaciones sociales,⁶ lo cual se explica en esta investigación, bajo el concepto de constitucionalización del ordenamiento jurídico. Este carácter globalizante del neoconstitucionalismo es fundamental en la nueva visión de Estado que es la forma idónea por medio de la cual se pueden generar las condiciones de ejercicio de derechos que han sido descritas anteriormente, privilegiando al ser humano por sobre el interés estatal,⁷ lo cual también implica un cambio de la dimensión cultural.⁸ Desde una visión crítica al status quo tradicional, Carbonell señala que “hay fenómenos sociales frente

6 Si bien el proceso neoconstitucionalista promueve la constitucionalización de las relaciones sociales, la fuente primigenia de este proceso son las normas jurídicas, especialmente aquellas que van evolucionando para guardar coherencia con la nueva tendencia constitucional. Esta misma evolución hace que no todos los procesos y relaciones sociales puedan ser debidamente regulados por la Constitución y las normas, razón por la cual es necesaria la intervención y activismo de aquellos actores sociales que, investidos de jurisdicción (jueces), pueden decidir respecto a casos específicos, aplicando herramientas como la ponderación.

7 Al respecto, Zabala señala que “las constituciones incluyen en sus normas-principios los derechos de las personas que reconocen, a estas se suman los reconocidos por los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos y, estos derechos de los seres humanos, con una doble cualificación: la de su origen, como derechos subjetivos de libertad enfrentados al Estado a los que se les otorga, posteriormente, una estructura objetiva de normas jurídicas con contenido ético que tienen validez para todos los ámbitos del Derecho” (Zavala, 2012: 5).

Además, Böckenförde acota que “los derechos fundamentales rigen hoy en la práctica como principios supremos del ordenamiento jurídico en su conjunto, no solo en la relación del individuo con el poder público actuante en forma imperativa, y afectan también por ello a la relación recíproca de los actores jurídicos particulares, limitan su autonomía privada; rigen también no solo como normas de defensa de la libertad, sino, al mismo tiempo, como mandatos de actuación y deberes de protección para el Estado” (Böckenförde, 1993: 15).

8 “La relación entre cultura jurídica y transformación social me ha parecido siempre importante, particularmente en estos tiempos en los que se habla de revolución, cambios profundos y reforma integral a la justicia. Sostengo que el cambio de personas en los ámbitos de influencia jurídica, aún siendo o diciéndose de izquierda, no cambia nada si es que la cultura dominante en el derecho sigue siendo la privatista-formal-inquisitiva. Solo cambiando la

a los que los juristas guardan un increíble silencio. Tal parece que el derecho, como orden rector de la convivencia, no tuviera nada que decir ante los problemas de este mundo y se contentara con escarbar en los significados posibles o imposibles de tal o cual artículo del Código Civil” (Carbonell, 2008: 250).⁹

Este es el punto de partida que ha dado lugar a la investigación que sigue, teniendo como certeza que el derecho, y con más razón en un Estado neoconstitucional, va más allá de las dinámicas tradicionales y puede aportar de manera importante para el estudio de los fenómenos sociales, como aquellos relacionados con la seguridad. Es indiscutible el papel de la ciencia jurídica en la regulación de la sociedad, la existencia y funcionamiento del Estado y la generación de las condiciones de respeto y justiciabilidad de los derechos, a la vez que este rol se profundiza desde las discusiones del neoconstitucionalismo, tal como se desarrollará en los capítulos que siguen.

Dadas las actuales dinámicas es indudable que el Estado debe tener la capacidad de responder a las amenazas tradicionales y no tradicionales en materia de seguridad, tanto aquellas que pongan en riesgo a la población como al Estado, concebido como construcción jurídica política, al mantenimiento de la paz y la convivencia social.

En este contexto, el objetivo de esta investigación es analizar la relación entre el neoconstitucionalismo y la seguridad en lo relacionado con los estados de excepción; institución que, aunque legal y legítima, puede ser desnaturalizada por el afán de protección estatal, llegando a suspender el ejercicio de determinados derechos

cultura jurídica podremos cambiar la relación estrecha entre derecho y status quo”. (Ávila, 2011: 61).

9 En efecto, el valor intrínseco del neoconstitucionalismo se refiere a trascender la lógica normativista del positivismo, para trasladar esa aplicación a la regulación de situaciones más concretas, como el ejercicio de los derechos y sus mecanismos de garantía, que permitan mejorar las condiciones de vida de los integrantes del elemento humano del Estado. Al respecto, Grijalva señala que “en realidad, el valor de una Constitución no se mide principalmente por su mayor o menor perfección técnico-formal, su adecuada redacción o incluso su coherencia. (...) El valor de una Constitución radica más en los avances de fondo que incorpora respecto al pasado y sus proyecciones hacia el futuro, como resultado de un nuevo pacto social (...); una Constitución no es solo una norma jurídica sino un proceso social, un sistema de derechos” (Grijalva, 2011: 10).

constitucionalmente establecidos o a amenazar el derecho a la seguridad, en algunos de sus elementos.

Es de notar que en el caso ecuatoriano, si se comparan las concepciones de seguridad y estado de emergencia y excepción existentes en las constituciones de 1998 y 2008, se aprecian cambios importantes que van más allá de la modificación del nombre de la institución. Si bien la Constitución de 1998 ya fue un primer ensayo de neoconstitucionalismo en el país, el instrumento de 2008 es abiertamente neoconstitucional, por lo que, además de los presupuestos fácticos, se han establecido principios que se deben observar para su aplicación, justamente por la modificación de la matriz de pensamiento constitucional, de la protección del Estado a la protección de la persona y sus derechos, en este caso, el de la seguridad.

En definitiva, el neoconstitucionalismo, como forma innovadora de pensar el Estado, no puede perder de vista los fenómenos sociales relacionados con seguridad. En ello se centra uno de los objetivos específicos de esta investigación: discusión de cómo el Estado neoconstitucional debería aplicar sus niveles de análisis (teórico, práctico e ideológico) a las dinámicas de la seguridad en los casos de estados de excepción, mediante la demostración de que la desnaturalización de la institución jurídica podría vulnerar los principios de este nuevo Estado y de la seguridad concebida como un derecho.

Capítulo I

El neoconstitucionalismo

1.1 Introducción: neoconstitucionalismo como una nueva forma de ver el Estado y los derechos

La evolución de las visiones sobre el neoconstitucionalismo genera un profundo cambio doctrinario sobre la apreciación de los conceptos de Estado y derechos,¹⁰ originando una amplia discusión respecto al alcance de esas instituciones jurídicas y su aplicación en las relaciones sociales y políticas.

Para Ávila (2011),

El neoconstitucionalismo es una corriente del derecho que ha tomado una inusitada fuerza en nuestra región. Sus promotores admiten que es una teoría en construcción y en constante tensión. Para unos, es una superación y evolución del positivismo jurídico; para otros, es una nueva teoría. Lo cierto es que es una tendencia que promueve cambios en la concepción tradicional y formal del derecho (Ávila, 2011: 53).

Los conceptos de Estado, derechos y garantías son de estudio mandatorio en los acercamientos teóricos del neoconstitucionalismo, el cual se concibe principalmente como una teoría jurídica que genera un cambio fundamental en la visión del funcionamiento del Estado y el ejercicio de los derechos. Al respecto Comanducci señala que “neoconstitucionalismo, designa (...) en una primera acepción, una teoría o una ideología o un método de análisis del derecho. En una segunda acepción, designa en cambio algunos elementos

¹⁰ Estado de derecho, desde la visión de Ferrajoli, puede entenderse en dos acepciones. En el sentido formalista, se refiere a cualquier ordenamiento en el que el poder público se ejerce desde el positivismo, es decir, en la forma legalmente establecida. En el sentido fuerte, se refiere exclusivamente a aquellos ordenamientos en que “los poderes públicos están, además, sujetos a la ley (y por tanto, limitados y vinculados a ella), no solo en lo relativo a las formas sino también a los contenidos”. En este contexto, todas las funciones del Estado están comprometidas con el respeto de principios sustanciales y de derechos fundamentales (Ferrajoli, 2009: 286).

estructurales de un sistema jurídico y político, que son descritos y explicados por el (neo) constitucionalismo como teoría, o que satisfacen los requisitos del (neo) constitucionalismo como ideología” (Comanducci, 2009: 75).

Así, se puede apreciar al neoconstitucionalismo tanto en sus niveles ideológico y teórico, para luego dar lugar al análisis de su nivel práctico,¹¹ es decir, a su naturaleza como un conjunto de reglas e instituciones que conforman un sistema jurídico-político, el cual permite definir la forma de funcionamiento del Estado, limitar sus prerrogativas, así como establecer los mecanismos de protección de los derechos fundamentales¹² y los sujetos que están bajo esa protección.¹³

El modelo neoconstitucionalista¹⁴ promueve conceptos que generan la modificación, en muchos casos sustancial, de los paradigmas clásicos de la organización del Estado. Así, la concepción clásica se

11 Para la definición de tres niveles de análisis del neoconstitucionalismo, Comanducci usa la distinción de tres tipos de positivismo jurídico de Norberto Bobbio. Al respecto, señala que “es oportuno instituir una clasificación análoga entre tres diversas formas de neoconstitucionalismo –teórico, metodológico y práctico– porque de ese modo resultará más comprensible y significativa la confrontación entre positivismo y neoconstitucionalismo” (Comanducci, 2009: 75).

12 “La expresión “derechos fundamentales” hace referencia a aquellas cualidades o valores esenciales y permanentes del ser humano que son objeto de protección jurídica. Con esta denominación nos referimos también a los derechos que están reconocidos y garantizados por la Constitución, que es el nivel superior de toda jerarquía normativa. Como ya se dijo, el concepto de “derechos fundamentales” incluye aquellos derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico positivo a partir de la Constitución del Estado, a diferencia de los denominados “derechos humanos”, que están positivizados en las declaraciones y convenios internacionales. Responde, además, a su carácter básico o fundamentador del sistema jurídico-político del Estado de derecho. Ellos sirven de fundamento a los demás derechos y libertades” (Salgado, 1995: 15-16).

13 Siguiendo a Comanducci, esta descripción se encasillaría en “el constitucionalismo fuerte, que es la ideología que requiere una constitución para garantizar los derechos y las libertades fundamentales frente al poder estatal (Comanducci, 2009: 75).

14 En este sentido, García señala que “la constitucionalización del pensamiento jurídico ha dado lugar al constitucionalismo. Se ha denominado genéricamente constitucionalismo (y más precisamente neoconstitucionalismo, con el fin de acentuar el nuevo carácter que ha adquirido en la actualidad) a la teoría que ha proporcionado cobertura iustéorica conceptual y normativa a la constitucionalización del derecho en términos normalmente no positivistas” (García A., 2009: 159).

caracteriza por una visión estadocéntrica, en la cual se propugna la existencia del Estado y la conservación de sus elementos soberanos como el poder y el territorio, mientras que en la concepción neoconstitucional, “la existencia del Estado y el ejercicio de su poder está enfocada prioritariamente, desde una visión de derechos, en la atención del elemento humano del Estado, modificando de esta forma diversas relaciones sociales así como la misión del Estado”.¹⁵

En efecto, “las modificaciones operadas sobre el modelo (...) del Estado constitucional son de tal entidad que ya puede hablarse de un Estado (neo) constitucional” (Carbonell, 2009: 9).

Así, el neoconstitucionalismo,¹⁶ como se lo denominará a lo largo de este trabajo académico, involucra tanto a los procesos evolutivos que han originado modificaciones en la forma y razón de ser del Estado, así como a la teoría e ideología jurídica que ha hecho posible la formulación de mecanismos que permiten aplicar dichos cambios en la práctica, aunque en algunos aspectos aquello aún no suceda de manera completa y palpable, tal como analizaré en lo referente al estado de excepción, su uso en Ecuador y la carencia de un control constitucional adecuado de la institución estudiada, lo cual se traslada a una vulneración al derecho a la seguridad.

15 A fin de ilustrar de mejor manera esta modificación del pensamiento constitucional, valga seguir a Comanducci, quien señala que “el constitucionalismo de los contrapoderes es la ideología que a fin de limitar el poder y garantizar los derechos fundamentales, propone un sistema institucional de controles y equilibrios, a través de la teoría de Montesquieu. El constitucionalismo de las reglas es la ideología que, a fin de limitar el poder y garantizar los derechos fundamentales, propone reconocer la prioridad cronológica y axiológica de una esfera de libertades individuales respecto de la acción del Estado” (Comanducci, 2009: 75).

16 Carbonell denomina a esta teoría constitucionalismo contemporáneo y señala que esta ha definido sus rasgos característicos durante los años subsiguientes a la Segunda Guerra Mundial. De la misma forma, explica que “desde entonces, el constitucionalismo no ha permanecido como un modelo estático, sino que ha seguido evolucionando en muchos sentidos” (Carbonell, 2009: 9). Igualmente, aclara que el término neoconstitucionalismo o constitucionalismo contemporáneo (como él lo llama) hace referencia a dos elementos específicos: el primero, el de los “fenómenos evolutivos que han tenido evidentes impactos en lo que se ha llamado el paradigma del Estado constitucional”; así como a “una determinada teoría del derecho que ha propugnado en el pasado reciente por esos cambios o que da cuenta de ellos, normalmente en términos bastante positivos” (Carbonell, 2009).

El estado constitucional de derechos y justicia que se encuentra plasmado en la Constitución de 2008¹⁷ es, sin duda, una innovación de la técnica legislativa y de la teoría del derecho. Se trata de una categoría en plena construcción y de alta relevancia para el neoconstitucionalismo. En este contexto, aparecen los elementos teóricos de esta corriente como una ruptura con las condiciones tradicionales en las cuales se aplicaban los principios de organización del Estado (constitución orgánica) y del ejercicio de los derechos (constitución dogmática), para dar paso a nuevas condiciones que cambian diametralmente el modo de ver y pensar al Estado y su objetivo primordial. Pasamos de un momento estadocéntrico a uno antropocéntrico.

Para Prieto (2001),

El Estado constitucional de derecho parece reclamar una nueva teoría del derecho, una nueva explicación que en buena medida se aleja de los esquemas del llamado positivismo teórico. La ley ha dejado de ser la única, suprema y racional fuente del derecho que pretendió ser en otra época, y tal vez este sea el síntoma más visible de la crisis de la teoría del derecho positivista, forjada en torno a los dogmas de la estatalidad y de la legalidad del derecho. Pero seguramente la exigencia de renovación es más profunda, de manera que el constitucionalismo esté impulsando una nueva teoría del derecho, cuyos rasgos más sobresalientes son: más principios que reglas; más ponderación que subsunción;¹⁸ presencia de

17 Al respecto, García señala que “en los últimos años ha crecido la atención que la teoría del derecho ha dispensado a las transformaciones experimentadas por los sistemas jurídicos en su tránsito desde el Estado de derecho hacia el Estado constitucional. De hecho, el papel que juega la constitución en los actuales sistemas jurídicos ha llegado a condicionar intensamente el discurso hasta el punto de fundar una nueva teoría del derecho aún por definir, cuyo presupuesto sería el paradigma del constitucionalismo, el Estado constitucional de derecho” (García A., 2009: 159).

18 Sobre este tema, señala que “la aplicación del derecho suele concebirse como la actividad consistente en determinar la norma individual que establece una consecuencia normativa para un caso. Para tal fin, se trata de mostrar que dicho caso individual es una instancia de un caso genérico al que dicha norma jurídica aplicable correlaciona con esa consecuencia normativa. A esta operación se la conoce como subsunción. Sin embargo, cuando se trata de la aplicación de los principios constitucionales (en especial de principios que establecen derechos), la operación de subsunción no es adecuada y debe sustituirse por la de ponderación. Es más, suele considerarse a la ponderación como uno de los rasgos centrales de la aplicación del derecho en la cultura del constitucionalismo” (Moreso, 2009: 100-101).

la constitución en todas las áreas jurídicas¹⁹ y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores (Prieto, 2001: 207).

Desde el punto de vista histórico, el neoconstitucionalismo tiene su punto de partida en las respuestas a los regímenes jurídico-políticos fascistas de Europa del siglo xx, especialmente Alemania, Italia y España,²⁰ que se caracterizaron por ser “tres modelos tradicionales que tienen a su haber graves violaciones a los derechos humanos y la construcción de un estado legal de derecho autoritario” (Ávila, 2011: 53).

En este contexto, las innovaciones teóricas neoconstitucionales europeas se encaminaron a corregir desfases políticos y de derechos que eran inherentes a las sociedades en donde se originaron. Por ejemplo, el fortalecimiento del concepto de derechos fundamentales para evitar nuevas violaciones, la rigidez constitucional como límite a la arbitrariedad que se originaba en coyunturas políticas, la aplicación directa de la constitución para evitar que se argumentara su inaplicabilidad por falta de norma regulatoria y la creación de una jurisdicción constitucional que conozca los casos de inobservancia y vulneración de los derechos constitucionalmente consagrados.

19 “Las constituciones actuales que definen el modelo jurídico del Estado constitucional contemporáneo se caracterizan porque reúnen dos funciones fundamentales. La noción de poder constituyente va perdiendo su significado revolucionario y se va asociando al concepto de legalidad constitucional, es decir, a la posibilidad de una legalidad superior a la ordinaria y que por tanto es capaz de limitar al legislador. En segundo lugar, la constitución aparece como un marco normativo regido por el principio del pluralismo en el que se establecen las reglas del juego democrático, pero esto no impide que pueda desempeñar una importante función directiva para el futuro, ya que en ella se establecen los principios fundamentales” (Sastre, 2009: 239).

20 Al respecto Sastre señala que “parece que se ha consolidado en la doctrina el uso de la expresión ‘neoconstitucionalismo’ o ‘constitucionalismo avanzado’ o ‘constitucionalismo de derechos’ para designar al nuevo modelo jurídico que representa el Estado constitucional de derecho que existe en algunos países europeos, como Italia, Alemania y España”. Este modelo hacer parte de las características que son propias de las constituciones originadas después de la Segunda Guerra Mundial y que son antagónicas al constitucionalismo clásico del siglo XIX y de la primera mitad del siglo xx (Sastre, 2009: 239).

El fortalecimiento de la parte dogmática de la constitución es notorio en la aplicación del neoconstitucionalismo, en concordancia con la nueva proyección que esta teoría jurídica da a los derechos, a la vez que la parte orgánica modifica la concepción del Estado para encaminar su institucionalidad a ser un instrumento de generación de las condiciones más apropiadas para el ejercicio de los derechos y su protección.

El objetivo de este primer capítulo es dar sustento teórico a la investigación mediante la exploración y el detalle de las diversas discusiones que los autores han desarrollado sobre el neoconstitucionalismo como categoría jurídica, social y política. Esto permitirá caracterizar este fenómeno y señalar algunas particularidades relacionadas con el proceso denominado constitucionalización del ordenamiento jurídico, el cual debería devenir en una aplicación estricta de la constitución y sus reglas de control en aspectos esenciales de los derechos, como el referido a la seguridad.

Las partes más significativas de este primer acercamiento son, en primer lugar, la determinación de las tres categorías de análisis del neoconstitucionalismo propuestas por Comanducci y Carbonell: la ideología o la constitución como norma, la práctica o el ejercicio de la justicia constitucional y la teórica o los aportes de los académicos al estado de la técnica. Esto es fundamental en la investigación ya que, a la luz de estas categorías, se dará lectura en los capítulos posteriores, a la seguridad humana vista como una teoría y como un derecho y especialmente, a la aplicación de la figura del estado de excepción en Ecuador, su laxo control constitucional y su falta de adaptación a los principios teórico-ideológicos.

En un segundo momento se establecerán reflexiones teóricas sobre el neoconstitucionalismo transformador, teoría particular del neoconstitucionalismo y que, desde las visiones de Ávila, Boaventura de Souza y otros, inspira la Constitución ecuatoriana de 2008, norma que da lugar a los estados de excepción que se estudiarán y que permiten la comparación a realizarse entre esta norma superior y la Constitución de 1998, que planteaba al estado de emergencia como una institución similar, pero a la vez distante en cuestiones ideológicas y de principios (Sousa, 2010; Ávila, 2011).

1.2. Acercamientos histórico-teóricos sobre el neoconstitucionalismo: de lo universal a lo latinoamericano

Los fenómenos relacionados con la aplicación del neoconstitucionalismo han generado un grado importante de influencia en los procesos jurídicos, sociales, de observancia de derechos y de pensamiento del Estado, especialmente en Latinoamérica. Esta dinámica puede observarse en diversas innovaciones jurídicas constitucionales y, por ende, organizativas del Estado en países como Brasil (1988),²¹ Colombia (1991)²² y Ecuador (2008).²³

Al respecto, García (2010) menciona que

Estos elementos tienen que ver con la promulgación de nuevas constituciones que consagran amplios catálogos de derechos e incluyen mecanismos judiciales para asegurar su cumplimiento, así como con una jurisprudencia renovada y consciente de su rol garantista, (...) ejerciendo

21 Al respecto, Figueiredo señala que: “podemos decir que la Constitución de 1988 inauguró una nueva era en el constitucionalismo brasileño, quebrando el ciclo autoritario que dominó al Brasil de 1964 (fecha de la revolución militar que se implantó en el país por más de veinte años), a mediados de la década de 80. Es un texto moderno, con innovaciones de relevante importancia para el constitucionalismo brasileño y hasta mundial. Bien examinada, la Constitución Federal, de 1988, constituye, hoy, un documento de gran importancia para el constitucionalismo en general” (Figueiredo, 2008: 209).

22 Sobre este instrumento constitucional, García Jaramillo señala que “la Constitución Política de 1991 ha sido reconocida y valorada como pluralista, incluyente y progresista; adoptó el Estado social de derecho como modelo ideológico y fórmula política; incluyó las minorías raciales e indígenas que antes eran conocidas solo por los antropólogos; consagró la libertad de cultos y creó instituciones como la Fiscalía General de la Nación, el Consejo Superior de la Judicatura y la Defensoría del Pueblo. Adicionalmente, y como uno de los principales cambios, creó una jurisdicción independiente (la Constitucional), a cuya cabeza ubicó una nueva institución a la que le corresponde guardar su integridad y supremacía” (García L., 2008: 15).

23 La Constitución ecuatoriana de 2008 se originó en la crisis social, económica y político-institucional que era constante en el país desde la expedición de la Constitución de 1998. Este contexto, descrito a su vez por Ramírez como “la precariedad de la institucionalidad democrática, la desestatización de la economía y la sociedad y el progresivo repliegue de las élites hacia el control de espacios locales, (que) convirtieron al Estado en una débil estructura política, incapaz de catapultar ninguna dinámica de articulación en torno a actores políticos con proyecto y vocación hegemónica a nivel nacional” (Ramírez, 2008: 99), dio origen a un amplio proceso de cuestionamiento político y social, el cual originó la Asamblea Constituyente que diseñó la Constitución actualmente en vigencia, la cual se caracteriza por su transversalidad entre derechos e instituciones jurídicas y promueven una modificación del pensamiento fundamental en teoría del derecho y en modelo del Estado (Ávila, 2011).

activismo al amparar todo tipo de derechos fundamentales (García L., 2010: 217),

Justamente esta investigación busca analizar cómo el neoconstitucionalismo puede aplicarse a las concepciones de seguridad humana, desde el caso concreto del activismo judicial debido en los casos de estado de excepción que han existido en el país desde el año 2010. Para ello, es necesario establecer algunas aproximaciones histórico-teóricas que permitan tener un marco idóneo para la investigación que se propone.

El constitucionalismo clásico, originado como un fenómeno político y social basado en las ideas de la Ilustración y del Siglo de las Luces (siglos XVIII y XIX), buscaba de manera primigenia la legitimación del poder y “la ordenación articulada y sistemática de los fundamentos de la organización política en un solo instrumento” (Aldunate, 2010: 79), además de la respectiva organización del cuerpo de representantes políticos, la limitación del ejercicio del poder mediante la regla de sumisión de la autoridad a la constitución y la división de poderes instrumentalizada mediante el sistema de *checks and balances* y, finalmente, enumerando los derechos individuales, con un carácter declarativo.

Bajo estas consideraciones, la aplicación del prefijo “neo” a las descripciones antes realizadas implicaría en una primera apreciación la renovación de la conceptualización de fortalecimiento del Estado y mantenimiento del poder constituido por medio de la constitución y la normativa conexas. Sin embargo, como se analiza a lo largo de este capítulo, el neoconstitucionalismo²⁴ ha evolucionado históricamente para trascender la concepción estadocéntrica tradicional. Al

24 “Neoconstitucionalismo, constitucionalismo contemporáneo o, a veces también, constitucionalismo a secas, son expresiones o rúbricas de uso cada día más difundido y que se aplican de un modo un tanto confuso para aludir a distintos aspectos de una presuntamente nueva cultura jurídica. Creo que son tres las acepciones principales. En primer lugar, el constitucionalismo puede encarnar un cierto tipo de Estado de derecho, designando, por tanto, el modelo institucional de una determinada forma de organización política. En segundo término, el constitucionalismo es también una teoría del derecho, más concretamente aquella teoría apta para explicar las características de dicho modelo. Finalmente, por constitucionalismo cabe entender también la ideología que justifica o defiende la fórmula política así designado” (Prieto, 2001: 201).

respecto, Aldunate (2010: 80) señala que “el neoconstitucionalismo no describe un movimiento como programa político o unos objetivos políticos a los cuales pueda adherir alguien que se declare neoconstitucionalista, sino que, en primera línea se usa para describir ciertos fenómenos de los Estados constitucionales –inicialmente europeos²⁵– tras la Segunda Guerra Mundial”.

Ese hecho histórico tuvo una significativa influencia en el modo de pensar y concebir el Estado y los derechos, en línea con las implicaciones políticas, económicas y sociales del conflicto, todo lo cual llevó a la necesidad de replantearse aquella construcción clásica encaminada a proteger la existencia del Estado y del poder. En efecto, durante el conflicto se observó como aquel sistema estadocéntrico fue llevado a extremos inimaginables, en donde la supremacía estatal excedió toda regla, se convirtió el totalitarismo beligerante y obvió cualquier observancia de derechos, todo amparado por normas constitucionales basadas en el constitucionalismo clásico.

Siendo así, la aplicación de estas visiones positivistas y estadocéntricas devino en la disminución de la capacidad del constitucionalismo como un mecanismo de organización y aplicación de derechos, sobre todo por la forma desnaturalizada en la que se usó como una forma de proyectar al conflicto como mecanismos de hegemonías estatales. Este fenómeno fue particularmente apreciable en Italia y Alemania, países que luego de poseer una tradición brillante en las correspondientes disciplinas jurídicas, filosóficas y constitucionales, sucumbieron ante la consolidación de poderes estatales totalitarios.

En este contexto, el neoconstitucionalismo, desde lo histórico, aparece como una respuesta al fenómeno posguerra que ha sido descrito, a fin de modificar el pensamiento central de la doctrina, trasladando al objeto de protección desde el Estado hacia el individuo,

25 Celi, desde un punto de vista crítico, señala que de la apreciación de la literatura latinoamericana, es necesario establecer que los ensayos iniciales de neoconstitucionalismo, provenientes de Estados Unidos, Alemania e Italia, tratan de “tradiciones de significados”, que obedecen a las propias dinámicas de estas regiones y a sus reivindicaciones históricas. Desde su visión, estas aproximaciones iniciales, europeas y anglosajonas, se denominan neoconstitucionalismo originario y permiten “diferenciar el lugar y el contenido de producción cultural que se recepta y transmuta como paradigma o esquema de percepción más o menos coherente en el neoconstitucionalismo latinoamericano” (Celi, 2014: 19).

como una forma de reivindicar las condiciones penosas que fueron parte de los conflictos armados del siglo xx. En efecto, el neoconstitucionalismo toma lo favorable de las tendencias clásicas, como la organización del poder y la sumisión de este a la norma, a la vez que innova en diversas prácticas encaminadas a fortalecer el papel de protección y garantía de los derechos. Estas prácticas están relacionadas especialmente con la inclusión de principios en diversas instituciones constitucionales –como el estado de excepción aquí estudiado– y el fortalecimiento del papel de los órganos jurisdiccionales en relación con la aplicación de la norma, en el modo más amplio posible, cuando se trata de proteger derechos.

De lo anteriormente expuesto, se aprecia que el neoconstitucionalismo es la teoría jurídica posguerra que, cambiando la matriz del pensamiento sobre Estado y derechos, acoge a significativas innovaciones en el diseño de la constitución y en el traslado de ese instrumento a la práctica diaria, mediante políticas públicas y decisiones jurisprudenciales, logrando conformar –en lo ideal– tres niveles de análisis: teoría, práctica e ideología, para convertirse en “una serie de fenómenos evolutivos que han tenido evidentes impactos en lo que se ha llamado el paradigma de Estado constitucional” (Carbonell, 2003: 9-10).

Adicionalmente al fenómeno posguerra, que es base del neoconstitucionalismo europeo originario, se aprecian otros elementos que son propios de la doctrina estudiada y que marcan una ruptura con las concepciones clásicas. Estos elementos son estudiados a detalle en este capítulo y son enumerados a continuación a manera de contextualización de doctrina:

- Modificación de la forma de pensar el Estado: desde el Estado legislativo, altamente positivista, a un Estado de preeminencia constitucional y de mayor observancia de derechos, como una forma de expresión de un constitucionalismo rígido (Prieto, 2005: 421).
- Constituciones amplias y regulatorias, con un alto desarrollo de normas y derechos (parte orgánica y dogmática). Se aprecia “inclusión del catálogo de derechos fundamentales y de principios

rectores de la organización política, social y económica” (Aldunate, 2010: 81).

- Constituciones cuya aplicación es directa y sin condicionantes, lo que origina caracteres vinculantes, especialmente en el ejercicio del activismo judicial y un fenómeno de constitucionalización social y del ordenamiento jurídico, que se explica en detalle durante este capítulo.
- Mejor nivel de apreciación de los derechos fundamentales como valores a tener en cuenta al momento de la resolución de casos, tanto en el control difuso como específico de constitucionalidad, a tono con el garantismo propio del sistema neoconstitucional.
- Evolución del ejercicio de activismo judicial mediante la aplicación del método de ponderación²⁶ para resolver conflictos en los cuales se encuentren tensionados varios derechos fundamentales, teniendo en cuenta la evolución de estos derechos como valores del sistema.

Sin embargo, el neoconstitucionalismo europeo, como se analiza en este capítulo, no responde a las mismas necesidades, prioridades, realidad y reivindicaciones sociales de Latinoamérica. En efecto, si bien esta región del mundo ha tenido procesos violentos y por ende vulneración a los derechos humanos, no han existido conflictos bélicos masivos o de altísimo impacto, tales como las guerras mundiales. En este contexto, es necesario establecer algunas ideas sobre cómo este neoconstitucionalismo se proyecta hacia la zona latinoamericana, desde lo teórico, a fin de generar una construcción propia, en base a las particulares características y procesos sociales.

²⁶ La ponderación tiene tres características: a) la ponderación se realiza entre dos principios en conflicto, cuyos supuestos se superponen parcialmente y que no admiten aplicación de reglas generales como jerarquía normativa, temporalidad normativa o principio de especialidad; b) la ponderación es un proceso de definir la jerarquía axiológica entre los elementos en conflicto; y, c) la valoración generada no es abstracta y de aplicación general, por lo que se refiere a un caso concreto (Moreso, 2009: 100-101).

Las discusiones que sobre este tema se realizan en América Latina se refieren específicamente al trabajo de varios autores citados en esta investigación como Carbonell,²⁷ García, Ferrajoli, entre otros.

Estos acercamientos, que responden a la realidad de esta zona geográfica en la mayor parte de los casos aquí señalados, generan las tres categorías de análisis que se aplican al estudio del neoconstitucionalismo y su relación con varios elementos que componen la seguridad humana,²⁸ en el contexto de los estados de excepción suscitados en Ecuador a partir del año 2010: las nuevas constituciones de los países latinoamericanos, más garantistas y con catálogos de derechos ampliamente justiciables, las prácticas jurisprudenciales originadas en el activismo judicial y los nuevos desarrollos teóricos que permitan explicar y dar nuevas luces sobre aquellas constituciones y actividades judiciales.

Es interesante analizar la manera en que las diversas tendencias dentro del neoconstitucionalismo latinoamericano generan debates altamente calificados en el ámbito académico y político.

Por ejemplo, Celi (2014), quien sigue a Rodríguez, señala que

Haciendo uso de teorías socio jurídicas y estudios de caso, este autor (Rodríguez) afirma que el neoconstitucionalismo latinoamericano es básicamente un proyecto transnacional contemporáneo que compite dentro del campo social y jurídico global mediante agentes que intentan imponer una visión del mundo que han adoptado de la combinación

27 “Carbonell ha difundido mediante el análisis de los ensayos y teorías de los autores europeos y estadounidenses la idea de que el neoconstitucionalismo es un conjunto de teorías del derecho que dan cuenta de tres fenómenos contemporáneos: a) las constituciones iberoamericanas, que contienen normas procedimentales y materiales que limitan los poderes y garantizan los derechos; b) las prácticas jurisprudenciales que interpretan y aplican el contenido de estas constituciones; y, c) los desarrollos teóricos de autores que, al tiempo que explican las constituciones y prácticas jurisprudenciales, han logrado orientarlas” (Celi, 2014). Nótese que lo descrito por Celi, quien sigue a (Carbonell, 2010), corresponde justamente con los tres niveles de análisis del neoconstitucionalismo que se describen en esta investigación: teórico, ideológico y práctico, los cuales permiten dar viabilidad al análisis propuesto.

28 Para efectos de esta investigación, se han tomado en cuenta los elementos seguridad política y seguridad personal, que son parte del concepto de seguridad humana, tal como se explica en el capítulo correspondiente.

liberal y socialdemócrata del estado de derecho, viviendo en tensión con el proyecto neoliberal (Celi, 2014: 16).

En este contexto, la literatura latinoamericana que se analiza para esta investigación permite coleccionar criterios específicos sobre el neoconstitucionalismo, el cual, para Celi, (2014: 18), “es un proyecto que manifiesta el compromiso militante de los juristas latinoamericanos con un punto medular de ideas defendidas desde el neoconstitucionalismo originario: constituciones socialdemócratas que condicionan todo el ordenamiento jurídico, derechos humanos constitucionalizados y justicia constitucional fuerte”.

Si bien el contenido teórico neoconstitucional que se aplica en los países latinoamericanos proviene de la base originaria europea que se ha descrito anteriormente, es innegable que la región ha generado sus propias dinámicas y tendencias dentro de la teoría, lo cual ha derivado en una aplicación propia de los otros niveles de análisis mencionados: la ideología plasmada en la constitución y la práctica mediante el activismo judicial, los cuales son objeto de análisis de esta investigación desde la visión de los derechos y la seguridad.²⁹

El neoconstitucionalismo latinoamericano constituye un paradigma político jurídico, que a la vez condiciona las relaciones culturales, sociales y económicas de la zona, lo cual genera una irradiación que da lugar a los niveles de análisis que hacen parte de este trabajo: “ingeniería constitucional, jurisprudencia activista y difusión de iusteoría transnacional en derechos formales e informales” (Celi, 2014: 24).

En el caso de la ingeniería constitucional, las constituciones vigentes de Colombia, Brasil y Ecuador son parte de la tendencia neoconstitucional que recoge lo más sobresaliente de los valores de la vertiente europea y adapta sus instituciones a las particulares características del proceso.

²⁹ García desarrolla con mayor énfasis estos elementos al señalar que “tales niveles son: los textos constitucionales originales que comienzan a surgir después de la segunda posguerra y sobre todo a partir de los años setenta del siglo XX; las prácticas jurisprudenciales que resultan como consecuencia de la expedición y entrada en vigor del modelo sustantivo de textos constitucionales representado por el nivel anterior; y los desarrollos teóricos que se advierten en distintos contextos” (García L., 2010: 17).

Desde la visión de Uprimny (2011), estas adaptaciones se aprecian en variaciones del dogma jurídico clásico, para dar lugar a mayor reconocimiento de la diversidad cultural –desde la visión de reivindicación histórica de la exclusión– y, por ende, mayor protección a derechos colectivos, así como en cambios en los mecanismos de participación ciudadana y en las partes orgánicas de las constituciones, a fin de dar mayor espacio a la participación del elemento humano del Estado en la toma de decisiones y encaminar la acción estatal a la atención de individuos, pueblos, nacionalidades y colectivos.

La necesidad de proyectar las reivindicaciones históricas latinoamericanas y los particulares elementos políticos de la zona en el sistema neoconstitucional origina un conjunto de tendencias comunes en los niveles de análisis del neoconstitucionalismo. “El neoconstitucionalismo latinoamericano busca no solo un mayor reconocimiento de derechos sino también generar espacios que permitan superar las crisis democráticas que han caracterizado a la región –en mayor a o menor medida– en las últimas décadas”. Así, todos los sistemas neoconstitucionales latinoamericanos muestran un compromiso por conectar el concepto de *rule of law* con el ejercicio del poder y la creación de la norma constitucional, desde lo teórico y lo práctico. Y eso se puede apreciar en la generación de condiciones adecuadas para el ejercicio democrático de la zona: salvo los casos de Venezuela en 2002 y Honduras en 2009, no existieron levantamientos militares en la pasada década. Asimismo, en el caso ecuatoriano, si bien existieron procesos convulsos, como la caída de los presidentes Abdalá Bucaram, Jamil Mahuad y Lucio Gutierrez, no se apreciaron intervenciones militares que puedan generar espacios de gobiernos de facto permanentes o violaciones sistemáticas de derechos.

En opinión de Uprimny, “la consolidación de gobiernos civiles puede verse como un logro menor, pero implica un cambio profundo en la realidad política e institucional de América Latina si se tiene en cuenta la frecuencia de las dictaduras militares de la región en el siglo xx. (...) América Latina está disfrutando su primera verdadera ola de constitucionalismo” (Uprimny, 2011: 1592).

En conexión con la herencia histórica latinoamericana, otra de las tendencias en el neoconstitucionalismo latinoamericano es el

reconocimiento de la diversidad, expresada en la multiculturalidad y la plurinacionalidad, además del pluralismo jurídico, muy aplicable a realidades como la ecuatoriana y boliviana. De la misma forma, el neoconstitucionalismo traslada la esfera de lo económico, al reconocer a las economías comunitarias además de los tradicionales sistemas público y privado.

Finalmente, es destacable el carácter transformativo de los procesos neoconstitucionales latinoamericanos, desde el punto de vista –al menos ideológico-teórico– relacionado con profundizar la democracia, lograr un equilibrio social igualitario y proteger a la población de la exclusión étnica, social y de género. Autores como García (2006) y De Sousa (2010) han plasmado en sus teorías la necesidad de crear constituciones aspiracionales o transformativas, respectivamente, a fin de promover sociedades que puedan ofrecer a individuos, pueblos, nacionalidades y colectivos una verdadera democracia, incluyendo un aceptable nivel de derechos, mecanismos de justiciabilidad de estos y bienestar general.

Finalmente, la evolución del neoconstitucionalismo desde sus bases europeas hacia normas y valores más transformadores y adaptados a la realidad latinoamericana, ha generado productos que establecen cambios importantes desde lo originario en ámbitos como los derechos, las garantías, el balance de las funciones del Estado, la legalidad y seguridad política y jurídica (uno de los elementos de la seguridad humana), la aplicación de principios a determinadas instituciones constitucionales (como el estado de excepción que se estudia en este trabajo) y la garantía judicial de la constitución.

1.3. Análisis de las distintas visiones sobre el neoconstitucionalismo: discusiones teóricas

Al tratarse de una teoría en construcción y constante tensión, el neoconstitucionalismo genera polémicas. Por ejemplo, algunos autores proponen sus apreciaciones contrarias sobre esta materia, especialmente en lo relacionado con la modificación del papel de los jueces, de simples aplicadores de la norma positiva a verdaderos activistas cuya jurisprudencia debería ser capaz de superar las barreras del

formalismo, para trasladar esa práctica a la confirmación de la teoría e ideología constitucionales.

Al respecto, Carbonell menciona que “otros aspectos que han merecido críticas visibles se relacionan con el alcance del poder de los jueces y especialmente los de altas cortes, (...) o respecto de los mecanismos utilizados (como la ponderación) para resolver las tensiones que se presentan en la aplicación de los derechos fundamentales” (Carbonell, 2010: 11).

Las diversas apreciaciones teóricas que son parte de estos análisis dan cuenta que “la fenomenología abarcada por la corriente denominada neoconstitucionalismo ha ejercido un marcado influjo en diversos procesos institucionales, pedagógicos y jurisprudenciales en distintos países iberoamericanos” (Carbonell, 2010: 11).

Además de los renovados alcances teóricos sobre las teorías neoconstitucionales, se aprecian fenómenos relacionados con la expedición de nuevas constituciones, como la ecuatoriana de 2008, que incluyen importantes catálogos de derechos, los cuales, normativamente, están resguardados por mecanismos judiciales autónomos y de fácil acceso, que permiten asegurar su cumplimiento; de la misma forma, se observa una renovada jurisprudencia, tanto de los órganos de jurisdicción ordinaria como de la justicia constitucional especializada, por medio de los cuales se supera el rol judicial tradicional de aplicación estricta de la norma positiva para trascender hacia un “importante activismo, al amparar todo tipo de derechos fundamentales, incluyendo destacadamente los derechos sociales” (Carbonell, 2010: 12).

El modelo neoconstitucional que se ha estado aplicando en Iberoamérica desde las últimas décadas del siglo xx ha generado importantes debates, como a continuación se explican, en diversos aspectos, como el ya mencionado activismo judicial y el uso de la ponderación³⁰ en la decisión de conflictos relativos a derechos.

30 “Los principios constitucionales alientan una forma distinta de aplicar el derecho, la ponderación. Tal ponderación remite necesariamente a un razonamiento jurídico complejo cuyas premisas van más allá del derecho legal y cuya aplicación no responde propiamente al esquema subsuntivo de la aplicación del derecho como se había concebido tradicionalmente” (García A., 2009: 159).

Las posturas sobre la problemática neoconstitucional son diversas y su estudio promueve una base teórica importante en esta investigación. Por ejemplo, Balkin y Levinson señalan que “los cánones jurídicos (del derecho neoconstitucional) dependen fuertemente de los pronunciamientos de los tribunales (...) y que un revitalizado canon neoconstitucional debe prestar atención a cuestiones estructurales que no se presentan a menudo en los tribunales, lo cual incluye intérpretes no judiciales de la constitución, como movimientos políticos y sociales” (Carbonell, 2010: 14).

Por su parte Alexy (2010) habla de la ponderación como un método para la correcta aplicación de las normas constitucionales, de indispensable aplicación en los procesos de neoconstitucionalización, especialmente en lo referido a la observancia de los derechos fundamentales.

En el mismo contexto, el autor en mención distingue la demarcación de los derechos fundamentales en función de ser mandatos de optimización, a la vez que divide a las constituciones por la naturaleza de su contenido: aquellas normas que organizan el poder público y aquellas que limitan dicho poder en función de los derechos, dando lugar a apreciaciones orgánicas y dogmáticas de la constitución.

Al respecto, señala que “en el derecho constitucional (...) la ponderación³¹ es una parte de (...) un principio general. Ese principio general es el de proporcionalidad, que consta de tres subprincipios: los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Los tres principios expresan la idea de optimización. Los derechos fundamentales, como principios, expresan la idea de optimización” (Alexy, 2010: 111).

Las posturas críticas también han tomado partido en la discusión sobre el neoconstitucionalismo. Al respecto, Pozzolo (2010) señala que “el término neoconstitucionalismo, aunque fue pensado para identificar una perspectiva iusfilosófica antiiuspositivista, muy

31 Sobre la ponderación, el autor señala que esta “se puede descomponer en tres pasos. En el primero se establece el grado de incumplimiento o menoscabo de un principio; luego, se verifica la comprobación de la satisfacción del principio contrapuesto; y, finalmente, se determina si la importancia de la satisfacción del principio contrapuesto justifica la afectación o el incumplimiento del otro” (Alexy, 2010: 111).

pronto se convirtió en un término ambiguo. Su extensa y vertiginosa difusión en el léxico de iusfilósofos y constitucionalistas amplió su capacidad denotativa, reduciendo sus potencialidades connotativas” (Pozzolo, 2010: 165). Si bien existe consenso en referir que “uno de los presupuestos esenciales del neoconstitucionalismo radica en la rigidez y garantía de fortaleza constitucional, el jurista establece que aquel elemento es insuficiente para establecer, per se, un proceso de constitucionalización”.

Para la autora, el fenómeno neoconstitucionalista trasciende el objeto de la norma positiva constitucional para trasladarse a la teoría y a la ideología, con la cual se entiende y concibe dicha norma, por lo que su interpretación y posterior aplicación deberá siempre estar ligada a su conceptualización. Sus reflexiones teóricas se relacionan con el proceso de “constitucionalización del ordenamiento jurídico” propio de las ideas de Guastini, por lo que, estando de acuerdo en la necesidad de que el ordenamiento jurídico esté encabezado por un texto constitucional rígido, disiente en que esta sea condición suficiente para que aquel proceso se entienda como un neoconstitucionalismo completo.

Al respecto señala que no comparte “la tesis de quienes identifican un modelo institucional específicamente neoconstitucionalista, salvo que se entienda como un producto interpretativo-reconstrutivo, a la luz de ciertas asunciones ideológico-políticas relativas a la Constitución” (Pozzolo, 2010: 166).

De la misma forma, Pozzolo recoge los postulados de Alexy en lo referente a la ponderación y, profundizando en el concepto, establece que al consolidarse la concepción político-ideológica de la constitución, se originan determinadas exigencias interpretativas, lo cual a su vez permite la aplicación de técnicas específicas. Al referirse a este tema, la autora señala que, “por ejemplo, en el caso del neoconstitucionalismo, la ponderación de los principios constitucionales, que se convierten en una práctica constante y compartida entre los operadores, contribuye a rediseñar o reconfigurar el objeto interpretado. La unión de tales prácticas termina por conformar el estado de derecho neoconstitucional” (Pozzolo, 2010: 167).

Finalmente, resulta adecuado señalar que la autora en mención, aun cuando disiente en el contenido del concepto, lo operativiza al concordar con otros teóricos respecto de la crítica fundamental del neoconstitucionalismo: la tendencia, marcadamente positivista, de las anteriores teorías constitucionales. En la misma línea, recalca que el neoconstitucionalismo, por su naturaleza, afirma que el Estado, como construcción jurídica así como el poder derivado del ejercicio del gobierno, deben estar subordinados al contenido de la normativa constitucional. Sobre este aspecto menciona que bajo esta visión del derecho (el neoconstitucionalismo), “la constitución no representa una simple envoltura política, ni un simple esquema organizativo de los órganos del Estado: la constitución introduce un vínculo sustancial para la creación del derecho positivo. Ella es naturalmente rígida y garantizada” (Pozzolo, 2010, pág. 167).

En el mismo sentido, Celi se muestra crítico con el proceso neoconstitucionalista, al señalar que “nos encontramos frente a representaciones poco homogéneas sobre objetos de estudio abordados desde diversas disciplinas y niveles de análisis. Por tanto, al menos en el nivel descriptivo del debate, el neoconstitucionalismo es un concepto combinatoriamente vago” (Celi, 2014: 45).

En efecto, “el autor en mención señala que el neoconstitucionalismo latinoamericano corresponde a una modificación de las teorías originarias, lo cual produce que varias de las instituciones planteadas en la teoría y en la ideología no guarden coherencia, dado el ejercicio de adaptación desde lo originario hacia las necesidades específicas de la zona”. Para dar sustento a su apreciación, establece que si bien el neoconstitucionalismo dista significativamente del tradicional positivismo jurídico, sigue siendo, per se, una concepción formalista del derecho, trasladando la realidad a la norma de tal manera que la constitución, por su legitimización política originada en un poder constituyente de simple organización y en el posterior pronunciamiento ciudadano, condiciona gran parte de las relaciones existentes en la sociedad, especialmente aquellas que son susceptibles de regulación normativa.

López (2004), en concordancia con lo mencionado, habla sobre lecturas selectivas, al referirse al ejercicio de creación teórica e

ideológica del neoconstitucionalismo. Desde su visión, la combinación de neoconstitucionalismo originario con teorías regionales da como resultado que se seleccionen solo aquellos elementos o componentes que se entienden universales (como la observancia de derechos), a fin de adaptar la teoría a proyectos políticos específicos y agendas de colectividades.

Por su parte, García Jaramillo analiza la experiencia colombiana para adaptar dicha realidad a los tres niveles de análisis que fueron planteados por Carbonell. Al respecto, el mencionado autor establece que el sistema jurídico colombiano es abiertamente neoconstitucional, desde la emisión de la Constitución de 1991, lo cual ha producido importantes transformaciones en el ámbito de lo judicial mediante la emisión de jurisprudencias innovadoras e interesantes desarrollos de la academia, por lo que se aprecia en la realidad de dicho país la existencia uniforme de aquellos tres niveles de análisis: lo ideológico, expresado en su Constitución; lo práctico, derivado del activismo judicial, especialmente de la Corte Constitucional; y lo teórico, proveniente de investigadores y científicos sociales.³²

Asimismo, es pertinente verificar la manera en que el autor establece la necesidad de la existencia del neoconstitucionalismo y la aplicación de sus niveles de análisis en una realidad como la colombiana, en donde, a pesar del satisfactorio cumplimiento de esos presupuestos, aún existen altos niveles de desigualdad social y violación de derechos. Afirma que “considerando que al aumentar la desigualdad aumenta proporcionalmente la exclusión, la pobreza y el déficit en la realización de los derechos, la alternativa neoconstitucional se constituye también en un horizonte normativo desde el cual formular críticas y proponer reformas” (García L., 2010: 19).

32 De la misma forma, el mencionado autor señala que “en el contexto iberoamericano se está produciendo desde hace no muchos años una afortunada fecundidad intelectual, dentro de la cual los materiales sobre constitucionalismo ocupan un lugar destacado. Quienes se dedican a los asuntos abarcados por el neoconstitucionalismo y las teorías normativas de la democracia intentan no solo sofisticar sus interpretaciones de las teorías y elevar cada vez más el nivel de sus debates, sino que también asumen la urgencia de que se practiquen formas de democracia más robustas e incluyentes, ya que el respeto a los derechos fundamentales conduce a una mayor inclusión en nuestras sociedades” (García L., 2010: 23).

De la misma forma, comparte posición con Pozzolo, al cuestionarse que la amplitud conceptual que ha tomado el neoconstitucionalismo es ampliamente riesgosa, aunque concuerda en que el concepto, “al no ser unívoco en el estado del arte, sus versiones representativas comenzaron por coincidir en reconocer que una de las principales características de los sistemas jurídicos que se rigen por los postulados neoconstitucionales, es la limitación jurídica del poder”.

Finalmente, García toma partido de los niveles de análisis del neoconstitucionalismo, al señalar que “para sustentar el modelo ideológico que supone la recepción del neoconstitucionalismo (...) para comprender su sistema en la actualidad, se acogerá la sugestiva tipología que en tres niveles de análisis ha sido descrita por Carbonell respecto del fenómeno neoconstitucionalista en general (...): una nueva Constitución, renovadas prácticas jurisprudenciales de la Corte Constitucional y desarrollos académico-teóricos” (García L., 2010: 217).

De su lado, Aguiló, recogiendo la constitucionalización del ordenamiento señalada por Guastini y que será desarrollada en extenso más adelante, y la concepción de Pozzolo respecto de la insuficiencia de la fortaleza constitucional para generar, per se, un sistema neoconstitucionalista, señala que la simple apreciación de los cambios del sistema jurídico político no es suficiente para comprender el alcance teórico-ideológico del Estado constitucional. Además, el mencionado autor explica que es indispensable tener en cuenta el constitucionalismo político, o lo que es lo mismo, la constitución como ideología,³³ lo cual permite entender plenamente el Estado constitucional.

33 En el tratamiento de la idea de constitucionalismo como ideología, Comanducci realiza dos quiebres históricos, el primero para referirse al constitucionalismo clásico en los siguientes términos: “El constitucionalismo es la ideología que requiere la creación de una –cualquiera– constitución, a fin de limitar el poder y prevenir el despotismo. (...) El constitucionalismo es fundamentalmente una ideología, dirigida a la limitación del poder y a la defensa de una esfera de libertades naturales, o de derechos fundamentales”. De la misma forma, en la evolución del pensamiento, se refiere al neoconstitucionalismo ideológico al señalar que “cuando se presenta (también) como una ideología, el neoconstitucionalismo tiende a distinguirse parcialmente de la ideología constitucionalista ya que pone en un segundo plano el objetivo de la limitación al poder estatal –que era por el contrario absolutamente central en el constitucionalismo de los siglos XVIII y XIX– mientras que pone en un primer plano el objetivo de garantizar los derechos fundamentales” (Comanducci, 2009: 75).

Por otra parte, Ferreres (2010) realiza una apreciación teórica en la que explica que la naturaleza y funciones de los jueces, y especialmente de aquellos investidos de jurisdicción constitucional, cambian diametralmente en el neoconstitucionalismo, para lo cual señala que es necesario definir la forma en que las judicaturas son instituciones más óptimas que los órganos legislativos para generar condiciones de garantía a los derechos fundamentales, en lo general y lo particular.

En concordancia con esto, Comanducci señala que la intervención judicial tiene plena justificación, incluso frente a manifiestos actos del poder político (como los Decretos Ejecutivos que declaran estados de excepción), tanto en la posible afectación a derechos políticos como a otros de carácter sustantivo, por lo que señala que “el neoconstitucionalismo ideológico no se limita a describir los logros del proceso de constitucionalización, sino que los valora y propugna su defensa y ampliación. Subraya la importancia de los mecanismos institucionales de tutela de los derechos fundamentales y destaca la exigencia de que las actividades del Legislativo y del Judicial estén directamente encaminadas a la concretización, la actuación y la garantía de los derechos fundamentales previstos en la Constitución”.

Considera asimismo que los jueces son por su naturaleza falibles, pero que en todo caso constituyen autoridad idónea para establecer un sistema de control, de corte judicial-constitucional, que permita llevar a la práctica el reto de maximizar la protección de los derechos fundamentales, en un contexto neoconstitucionalista.

De esa forma, “un modelo centralizado de justicia constitucional puede ser muy recomendable en naciones del *civil law*; (...) la centralización del control en manos de un único tribunal constitucional puede ser una buena técnica para evitar la inseguridad jurídica” (Ferreres, 2010: 378).

En esta línea de ideas, el autor señala algunos elementos ventajosos del hecho de poseer un sistema centralizado de control en un ambiente neoconstitucional, basado en la existencia de un tribunal o corte constitucional (como es el caso ecuatoriano), según se aprecia en el siguiente detalle:

Una corte constitucional especializada dispone de mayor tiempo y rigurosidad para analizar la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales.

Los miembros de este tipo de órganos podrían ser seleccionados de un grupo más amplio de expertos, contrario a lo que sucede cuando se eligen jueces ordinarios. “La presencia en un tribunal constitucional no solo de abogados y jueces que cuentan con experiencia procesal sino también de profesores universitarios, antiguos políticos y cargos públicos puede contribuir a la generación de un discurso constitucional menos legalista” (Ferrerres, 2010: 378).

Una corte o tribunal constitucional ejerce un control concentrado y difuso según las características del caso que se ponga a su consideración. En el control abstracto o difuso se aprecia una ventaja potencial al focalizar mejor la discusión sobre derechos constitucionales de interés general.

Finalmente, el autor reconoce los problemas que, en conexión con la política y el ejercicio del poder, podría tener el sistema propuesto. Al respecto señala que:

La independencia judicial es importante como condición sin la cual los jueces constitucionales no están en buena posición para desempeñar el papel crítico que esperamos de ellos. La independencia no es la razón por la cual creemos que los jueces van a hacer una importante contribución a la tarea de elaborar y salvaguardar los valores fundamentales; la razón está vinculada a los rasgos vistos con anterioridad (Ferrerres, 2010).

Se refiere, por tanto, al tiempo, especialidad y capacidad de control difuso y específico. (Ferrerres, 2010: 380).

De otro lado, Zagrebelsky (2005) centra sus reflexiones sobre el neoconstitucionalismo en función del papel de los jueces constitucionales, guardando concordancia con lo ya señalado respecto de García Jaramillo y Ferrerres. Según el mencionado autor,

La función de una corte constitucional se puede plantear como una paradoja aparente en virtud de la cual dicha función es política, pero no

pertenece a la política, y tiene mucho que ver con la democracia pero no deriva de ella. Esto explica en parte porqué la función primordial de la corte es aplicar la constitución, que es una norma que contiene todo aquello que no está sujeto a votación alguna (Zagrebelsky en García L., 2010: 24).

Zagrebelsky enfatiza que la constitución debe sobreponerse a las disputas políticas propias de las naciones ya que su contenido, especialmente el dogmático, se ha originado de un consenso previo, por lo que no cabe que dicho instrumento sea usado como una herramienta de ningún movimiento político ni de programa de gobierno alguno. En efecto, desde sus apreciaciones, la constitución es un patrimonio nacional compartido, de tal manera que quienes son parte de la corte constitucional deben velar por su existencia y supremacía, trascendiendo criterios políticos o coyunturales. Finalmente, el autor se inclina por establecer la necesidad de compatibilizar los desarrollos teóricos con la ideología y la práctica por medio del papel que juegan las cortes constitucionales, encargadas de verificar que las decisiones políticas guarden congruencia con los principios constitucionales y de disminuir la brecha existente entre el modelo jurídico y la realidad social y política.

De lo analizado en estas reflexiones teóricas se aprecia cómo el neoconstitucionalismo cuestiona fuertemente las tendencias jurídicas clásicas que dan sustento a la existencia y funcionamiento del Estado, así como al ejercicio de derechos, y a su vez da paso a la generación de nuevos e innovadores instrumentos constitucionales, concebidos como catálogos de derechos con aplicación directa en las políticas y actuaciones públicas y que poseen mecanismos de amplia justiciabilidad, especialmente en sede judicial, sin perjuicio de que la política del Estado estén siempre enmarcada en esa tendencia.

Por tanto, las constituciones que siguen las teorías neoconstitucionalistas antes analizadas privilegian una visión más amplia, por medio de la cual se aprecia que el fin del Estado es generar las condiciones necesarias para que individuos, pueblos, nacionalidades y colectivos tengan acceso real a los derechos, dejando en un plano secundario la organización del poder y su existencia.

Siendo así, el modelo neoconstitucionalista propugna el ejercicio de un activo papel por parte de los jueces y, especialmente, de las cortes constitucionales, a fin de dar real existencia a sus postulados prácticos y permitir llevar a cabo el rol estatal de garante de derechos. Al respecto reflexiona García, al mencionar que se observa “una jurisprudencia renovada y consciente de su rol garantista al no limitarse a un examen constitucional de los actos del legislativo, sino ejerciendo un importante activismo al amparar todo tipo de derechos fundamentales, incluyendo destacadamente los derechos sociales” (García L., 2010: 12).

Sobre la capacidad de innovación y regeneración del derecho, desde una concepción que supera la visión puramente positivista, es necesario mencionar que la evolución de lo jurídico, tanto en lo referente a la norma como a los principios que la inspiran, viene dada por diversos factores históricos, culturales y políticos que son parte de la democracia, el gobierno y la norma positiva constitucionalizada, elementos reflejados en las visiones de autores como Pozzollo, García Jaramillo y Carbonell, tal como se ha mencionado en estas líneas.

Este fenómeno también está reflejado en el pensamiento de Viciano, quien menciona que este problema evolutivo y de generación de principios va más allá de la simple interpretación y aplicación normativa y se lo puede apreciar con mayor evidencia en el derecho constitucional, el cual constituye una “disciplina (...) que parece contar, como cualidad intrínseca, con problemas para la innovación” (Viciano, 2010: 13).³⁴

De lo anterior se establece que la innovación en lo constitucional resulta ser un asunto complejo ya que, para el autor mencionado “se trata de un ámbito donde es difícil (...) la experimentación, más propia –y en muchos casos relativamente fácil– de otras disciplinas jurídicas” (Viciano, 2010: 13).

³⁴ El argumento de Viciano toma fuerza cuando se analizan los procesos de innovación constitucional en general. Dependiendo del tipo de Estado, las condiciones políticas y la posible preexistencia de un instrumento constitucional, los mecanismos de creación e innovación constitucional se caracterizan por una rigidez ascendente, lo cual vuelve compleja la tarea de modificación y esto está dado por la necesidad de preservar la estabilidad política mediante la protección de la constitución contra innovaciones que solo obedezcan a hecho coyunturales.

La innovación y los cambios, especialmente cuando se propone un constitucionalismo revolucionario³⁵ o transformador,³⁶ con un enfoque de derechos, pueden llegar a modificar la esencia del derecho constitucional y por ende a “la legitimidad del poder público (democracia), al ejercicio de dicho poder (gobierno) o a la regulación jurídica de ambas cuestiones (constitución)” (Viciano, 2010: 13).

En esta línea de ideas, algunas tendencias constitucionales aún suelen ser renuentes a adoptar cambios profundos en la teoría, ideología y práctica constitucional. En efecto, Viciano señala que dichas resistencias se dan sobre todo “fundamentándose en categorías que supusieron un evidente avance en el contexto de la Europa de posguerra” (Viciano, 2010: 14) pero que, en el actual momento jurídico y político, ya no resultan operativas.

De lo analizado se observa que el neoconstitucionalismo genera rupturas, dejando atrás una concepción meramente formalista del sistema constitucional, y centrando el debate en función de los derechos fundamentales de individuos, colectividades, pueblos y nacionalidades, a la vez que modifica la esencia de lo estatal, a fin de dar paso a un ejercicio de potestad pública que esté verdaderamente comprometido con el real ejercicio de dichos derechos.

1.4. Niveles de análisis del neoconstitucionalismo y la constitucionalización del ordenamiento jurídico

A fin de dar mayor rigor a esta investigación y generar categorías adecuadas que permitan establecer ideas respecto del comportamiento estatal en el contexto de la seguridad y los estados de excepción en el

35 Paolo Comanducci habla de procesos constitucionales de naturaleza reformista y revolucionaria, desde una visión dicotómica al señalar que “el constitucionalismo reformista es la ideología que requiere al poder existente conceder o pactarla promulgación de una constitución. El constitucionalismo revolucionario es la ideología que propone destruir el poder existente y/o requiere al nuevo poder revolucionario otorgarse una Constitución” (Comanducci, 2009: 78).

36 Ramiro Ávila, al desarrollar su doctrina referente al neoconstitucionalismo, lo categoriza como transformador. En este contexto señala que “al neoconstitucionalismo hay que agregarle la palabra ‘transformador’, y esto significa ya una posición política. El neoconstitucionalismo transformador pretender alterar la realidad, que es de exclusión, marginalidad y discriminación, y la transformación de un sistema y de una forma de vida ‘colonizada’ a una emancipación de las grandes mayorías de la población, que no pueden ejercer sus derechos y que el Estado les ofrece políticas paternalistas y simplemente represión penal” (Ávila, 2012: 4).

caso ecuatoriano, es importante hacer un detallado énfasis en lo señalado en el acápite anterior, respecto de los niveles de análisis del neoconstitucionalismo (Comanducci, Carbonell) y la constitucionalización del ordenamiento jurídico (Guastini).

Comanducci establece una clasificación entre tres distintas formas o niveles de análisis del neoconstitucionalismo, al referirse a neoconstitucionalismo teórico, neoconstitucionalismo ideológico y neoconstitucionalismo metodológico (Comanducci, 2009: 96).

Razonamiento similar ha desarrollado Carbonell. “¿De qué hablamos cuando hablamos de neoconstitucionalismo? Hay al menos tres distintivos niveles de análisis que conviene examinar: (...) textos constitucionales, prácticas jurisprudenciales y desarrollos teóricos”³⁷ (Carbonell, 2010, 154-155).

El neoconstitucionalismo es un modelo que contiene a varios elementos, tanto normativos como organizativos, dentro de un sistema jurídico-político específico, cuya función es delimitar el poder del Estado y generar garantías suficientes para la protección de los derechos fundamentales. Estas ideas, a su vez, deben generar un debate respecto de cada nivel de interpretación, aplicación y creación del neoconstitucionalismo, a fin de darle una visión completa que permita verificar si es que, en el caso ecuatoriano del derecho a la seguridad en el contexto del estado de excepción, se cumplen cada una de ellas, o si, por el contrario, se están generando prácticas comunes a los tiempos del constitucionalismo clásico, a nombre y en virtud de un sistema neoconstitucional.

Habiendo introducido el tema, es necesario desarrollar explicaciones sobre cada nivel de análisis:

- **Neoconstitucionalismo teórico o los aportes de académicos y teóricos:** el neoconstitucionalismo es una teoría del derecho que busca poner en práctica diaria la protección de derechos mediante el proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico. Al existir un cambio del direccionamiento teórico, se

³⁷ Siguiendo el análisis de Carbonell, es posible definir que los textos constitucionales se refieren al nivel ideológico, las prácticas jurisprudenciales al práctico o metodológico y los desarrollos teóricos al nivel teórico.

produce una modificación del sistema jurídico con respecto a sus antecesores. El neoconstitucionalismo en su nivel teórico promueve “una constitución invasora, por la positivización de un catálogo de derechos fundamentales, por la presencia de principios y reglas en la constitución, y por algunas peculiaridades en la interpretación y de la aplicación de las normas constitucionales respecto a la interpretación y la aplicación de ley” (Comanducci, 2009: 97).

Esta propuesta teórica neoconstitucional produce un distanciamiento significativo con el riguroso derecho positivo, que era propio en el constitucionalismo clásico.³⁸ Así, en el neoconstitucionalismo teórico es importante apreciar la modificación en el rol fundamental que juega la norma constitucional,³⁹ ahora es rígida y directamente aplicable en toda circunstancia, lo cual es descrito por Comanducci como “modelo descriptivo de la constitución como norma o modelo axiológico de la constitución como norma” (Comanducci, 2009: 98); o por Carbonell, al mencionar que “un eslabón dentro del conjunto de fenómenos que abarca el neoconstitucionalismo consiste en desarrollos teóricos novedosos, los cuales parten de los textos constitucionales fuertemente sustantivos (...)” (Carbonell, 2010: 157).

- **Neoconstitucionalismo ideológico o el instrumento constitucional:** es evidente que la norma constitucional⁴⁰ debe contener los elementos ideológicos propios del Estado del cual es parte,

38 “En particular (se produce un quiebre) con el estatalismo, el legiscentrismo y el formalismo interpretativo, tres de las características destacadas del iuspositivismo teórico de matriz decimonónica” (Comanducci, 2009: 97)

39 Constitución entendida como un conjunto de reglas, positivas o consuetudinarias que son jerárquicamente superiores a otras normas del ordenamiento; o como un conjunto de reglas con las mismas características que las anteriores pero que, adicionalmente, son fundamentales, por lo que dan base y rigor al ordenamiento jurídico.

40 Al respecto, Carbonell señala que “el neoconstitucionalismo pretende explicar un conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir después de la Segunda Guerra Mundial. (...) Se trata de constituciones que no se limitan a establecer competencia o a separar a los poderes públicos, sino 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. (...) Contienen amplios catálogos de derechos fundamentales, lo que supone un marco renovado de relaciones Estado-ciudadanos” (Carbonell, 2010: 154).

e incluso, del grupo político o social que se halla a cargo del acto constituyente. Por tanto, esta norma es la principal expresión del neoconstitucionalismo ideológico. A decir de Comanducci, “cuando se presenta como una ideología, el neoconstitucionalismo tiene a distinguirse parcialmente de la ideología constitucionalista ya que pone en segundo plano el objetivo de la limitación del poder estatal (...), mientras pone en un primer plano el objetivo de garantizar los derechos fundamentales”. (Comanducci, 2009: 100). El neoconstitucionalismo ideológico no solo que describe el proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico y las relaciones sociales, sino que valora sus avances y genera las condiciones para su ampliación en la protección de derechos. En este sentido, este nivel de análisis busca profundizar la importancia de la labor de los órganos estatales como encargados de tutelar los derechos, con especial referencia a las actividades legislativas y jurisdiccionales, las cuales deben guardar absoluta coherencia con la constitución y llevar a cabo la “concretización, actuación y garantía de los derechos fundamentales establecidos en la constitución” (Comanducci, 2009: 100).

Por último, el neoconstitucionalismo ideológico pone especial énfasis en la necesidad de la existencia de una constitución y su interpretación extensiva, a la vez que distinta a la ley, por tratarse de normas de distinta jerarquía. De esta manera se alcanza un especial cuidado en la aplicación de la norma constitucional, incluso en ausencia de ley, dada la diversidad de los sujetos protegidos por cada norma y de las diversas instituciones jurídicas que consagran.

- **Neoconstitucionalismo metodológico o la práctica jurisprudencial:** En opinión de Comanducci, el neoconstitucionalismo metodológico “sostiene respecto de las situaciones de derecho constitucionalizado que los principios constitucionales y los derechos fundamentales son puente entre derecho y moral. (...) De la misma forma, considera que cualquier decisión jurídica, y en particular la decisión judicial, está justificada si deriva en última instancia de la norma moral” (Comanducci, 2009: 99-

108). En esta misma línea de pensamiento, Carbonell también profundiza al señalar tres niveles de análisis del neoconstitucionalismo. El tercero de ellos, el referente a las prácticas jurisprudenciales, es pertinente para este análisis.

En efecto, el autor propone que “en parte, como consecuencia de la expedición y entrada en vigor de este modelo sustantivo de textos constitucionales, la práctica jurisprudencial (...) ha ido cambiando también de forma relevante. Los jueces constitucionales han tenido que aprender a realizar su función bajo parámetros interpretativos nuevos, a partir de los cuales el razonamiento judicial se hace más complejo” (Carbonell, 2010: 154).

Así, resulta evidente la conexión existente entre la apreciación jurisprudencial de Carbonell y la metodológica de Comanducci, quienes, aplicando en la práctica los principios neoconstitucionales por medio de las decisiones judiciales, buscan la visibilización y uso extendido de tendencias interpretativas acordes con el fenómeno neoconstitucional, como la ponderación, la moralidad, la proporcionalidad, la razonabilidad y la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, usando para ello “el efecto irradiación, la proyección horizontal de los derechos, con el principio pro persona” (Carbonell, 2010: 155).

En este contexto práctico del neoconstitucionalismo queda en evidencia el papel fundamental que juegan los jueces,⁴¹ ya que es su labor garantizar la integralidad del ordenamiento jurídico con la aplicación de valores y principios, ahora constitucionalizados y trasladándolos a decisiones judiciales adecuadas, proporcionales y motivadas, dentro de casos específicos que generen referencias futuras.⁴² De esta forma, siguiendo el *principio*

41 “El neoconstitucionalismo genera una explosión de la actividad judicial y comporta o requiere de algún grado de activismo judicial, en buena medida superior al que se había observado anteriormente” (Carbonell, 2010: 155).

42 “En el sistema neoconstitucional, estos mecanismos de garantía y, en general, el rol de las judicaturas, se vuelve fundamental; superando las lógicas positivistas, los jueces pueden tener legitimidad para dejar de observar una norma expresa a favor de la aplicación de los principios constitucionales que buscan preservar el respeto de los derechos humanos. Esta tendencia se enfoca en el hecho de que los miembros de las judicaturas tienen amplia competencia, de rango constitucional, para controlar los actos del poder público que puedan

iura novit curia, mediante el cual se establece que el juez, en esa capacidad garantista, es quien puede establecer el alcance de los derechos con la aplicación de la norma más adecuada al caso, se determina que dicho ejercicio jurisdiccional debe estar enfocado a contrarrestar los efectos no deseados de decisiones discrecionales que puedan provenir del poder público y que eventualmente puedan poner en riesgo uno o más derechos. Todo lo anteriormente explicado, da como resultado la visibilización de un neoconstitucionalismo práctico, en donde la teoría y la ideología se vuelven elementos comunes de la protección de los derechos.

Los nuevos instrumentos constitucionales que son expedidos en base a las tendencias neoconstitucionalistas, como las de Brasil de 1988, Colombia de 1991 y Ecuador de 1998 y, de manera parcial, de 2008 en una expresión más amplia, constituyen importantes mecanismos de reconocimiento de derechos colectivos, económicos, sociales y culturales, los cuales contribuyen a una mayor equidad social y transformación democrática, sobre todo si están sujetos a protección legal, especialmente por vía judicial, volviéndose un fuerte sistema constitucional en sí mismo, que establece no solo la existencia de la norma en sus partes dogmática, orgánica y económica, sino que también vincula esa institucionalidad a que los derechos mencionados puedan ser ejercidos con el mayor reconocimiento posible.

Asimismo, estos instrumentos constitucionales promueven condiciones más favorables para que los métodos de participación democrática sean elementos propicios para generar equidad social y transformación democrática, superando los conceptos tradicionales de representatividad democrática, lo que genera condiciones más oportunas para el desarrollo de los niveles de análisis y aplicación en diversos contextos, con mayor o menos énfasis, como se apreciará en los siguientes apartados de esta investigación. En el caso

resultar lesivos, ilegales e inconstitucionales, especialmente cuando se tratan de derechos fundamentales o restricciones a las libertades. Siendo así, se puede apreciar que siempre existirá la necesidad de ponderar entre distintos derechos o posiciones frente a lo cual la misión del juez es evitar la discrecionalidad estatal, fomentar el cumplimiento de los principios y el máximo respeto de los derechos así como su reparación en el caso de que se requiera” (Anchaluisa, 2013: 125).

ecuatoriano, estas categorías de análisis permitirán establecer si, en efecto, su cumplimiento está ligado al actual momento político-jurídico, especialmente en lo relacionado con la emisión y permanencia del estado de excepción, su control constitucional específico por parte de la Corte Constitucional y sus posibles repercusiones en el contexto de la seguridad humana.

Ahora, al explicar la constitucionalización del ordenamiento jurídico como parte del fenómeno procedente de los niveles de análisis antes mencionados, es de especial interés señalar que este se basa en una fuerte positivización del contenido constitucional, el mismo que, en opinión de Guastini y Comanducci, “se trata de un proceso con el cual el derecho es impregnado, saturado o embebido por la constitución: un derecho constitucionalizado se caracteriza por una constitución invasiva, que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos” (Guastini, 2007: 153; Comanducci, 2009: 95).

Siguiendo a Guastini, se entiende por constitucionalización del ordenamiento jurídico al proceso mediante el cual dicho orden es impregnado por el contenido constitucional. En este sentido, un ordenamiento que ha pasado por el proceso de constitucionalización se caracteriza por contener legislación, jurisprudencia y doctrina ampliamente comprometida con los principios y valores constitucionales.

Adicionalmente, se aprecia que este concepto puede analizarse desde varios niveles, dependiendo del rango de constitucionalización al que haya sido sometido el derecho. El mismo autor explica las condiciones en las cuales la mencionada constitucionalización⁴³ se da: (Guastini, 2009: 49-58)

- **Constitución rígida:**⁴⁴ establecida como condición *sine qua non* de un proceso de constitucionalización, la constitución rígida

43 “Presento una lista de siete condiciones que un ordenamiento debe satisfacer para ser considerado como impregnado por las normas constitucionales. Sobra decir que la lista no pretende ser completa: es solo un punto de partida, espero que aceptable, para proceder al análisis de los procesos de constitucionalización de los diversos ordenamientos” (Guastini, 2009: 50).

44 “La constitución no representa una simple envoltura política, ni un simple esquema organizativo de los órganos del Estado: la constitución introduce un vínculo sustancial para la creación del derecho positivo. Ella es naturalmente rígida y garantizada” (Pozzolo, 2010: 166; Prieto, 2009: 112-117).

debe ser escrita y estar protegida de procesos legislativos coyunturales que puedan derogarla o modificarla con el procedimiento que es común a otros cuerpos normativos de menor jerarquía.⁴⁵ La rigidez constitucional se aprecia cuando, de manera expresa, se establece un mecanismo especial de revisión, que sea más complejo que aquel aplicable a las leyes. En un siguiente momento, la rigidez constitucional se aprecia cuando esta incluye principios y valores fundamentales para la existencia del Estado y su enfoque de derechos que no pueden ser modificados, ni aun aplicando los procedimientos especiales de reforma, por lo que se convierten en inmodificables o irrenunciables.⁴⁶

- **Garantía jurisdiccional de la constitución:** la rigidez constitucional, además de estar garantizada por la propia disposición normativa, debe estar protegida por mecanismos externos, específicamente los jurisdiccionales. Esta garantía jurisdiccional se refiere tanto la protección en sede judicial de la posible modificación ilegal de la norma constitucional como a la protección de los derechos fundamentales, concebidos como principios, y que no pueden ser excluidos del texto constitucional como se analizó en el punto anterior.
- **Fuerza vinculante de la constitución:**⁴⁷ se trata de una cuestión de cultura jurídica y de cómo la sociedad aprecia, acepta y exige

45 Al respecto de la rigidez, opina que “la variable esencial reside en que las constituciones no flexibles pueden ser más o menos rígidas: pueden contener o no cláusulas de inmodificabilidad, y en cuanto a lo que consideren modificable, el procedimiento de reforma puede ir desde lo solo ligeramente más exigente que el procedimiento legislativo ordinario, hasta una acumulación de requisitos tan gravosos que pueda decirse que la reforma de la constitución queda fuera del margen de maniobra real de la comunidad política (Bayón, 2009: 213).

46 Cuando se tiene una constitución verdaderamente rígida, cabe realizar una distinción jerárquica de las normas: lo ordinario y lo constitucional. Siendo así, una norma constitucional nunca podrá ser derogada o modificada por una legal.

47 En este aspecto, Bayón menciona que “(...) el diseño institucional requerido (del constitucionalismo) es el que resulta de la combinación de dos piezas maestras: la primacía de la constitución que incluya un catálogo de derechos básicos y la existencia de un mecanismo de control jurisdiccional de constitucionalidad de la legislación ordinaria. (...) En cuanto al segundo, aunque la primacía de la constitución es conceptualmente independiente de la existencia de un mecanismo de control jurisdiccional de constitucionalidad de la legislación ordinaria, suele darse por sentado que es el instrumento necesario sin el cual aquella carecería de garantías efectivas” (Bayón, 2009: 215).

el cumplimiento de su instrumento constitucional. Un importante número de constituciones, además de las partes orgánica y económica, poseen una parte dogmática que se relaciona con las declaraciones de derechos fundamentales y libertades para los ciudadanos. Sin perjuicio de la importancia de los demás, este último contenido –el dogmático– reviste fundamental relevancia para la teoría jurídica neoconstitucional pues está conformada por principios generales que deben ser desarrollados por la sociedad, el Estado y los jueces, así como por programas sociales y declaración de políticas públicas que permitan ejercer esos derechos. Por tanto, la fuerza vinculante de la constitución está directamente relacionada con la forma en la cual la sociedad y el Estado aceptan y cumplen estos principios generales. Adicionalmente, esta fuerza se expresa cuando se acepta como indispensable que los derechos establecidos en la constitución se desarrollen en leyes para que estas sean directamente aplicables.⁴⁸

- **Sobre interpretación de la constitución:**⁴⁹ esta condición se relaciona con la necesidad de que la constitución sea tenida como vinculante, de lo cual se deriva que su interpretación sea

48 “En ciertas doctrinas, las constituciones no son más que un manifiesto político cuya concreción es tarea exclusiva del legislador: los tribunales no deben aplicar las normas constitucionales, carentes de cualquier efecto inmediato, sino solo las normas que se recogen por las leyes. Pues bien, uno de los elementos esenciales del proceso de constitucionalización es precisamente la difusión, en el seno de la cultura jurídica, de la idea de que toda norma constitucional, independientemente de su estructura o de su contenido normativo, es norma jurídica genuina, vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos” (Guastini, 2009: 53).

49 Guastini da una especial valor a este elemento de la constitucionalización, al señalar que “esta condición depende de la postura de los intérpretes frente a la constitución: los jueces (especialmente el tribunal constitucional, en caso de que tal tribunal exista) y los órganos del estado. Toda constitución es un texto (...) finito, completo, limitado. Toda constitución contiene lagunas en el sentido de que jamás una constitución puede regular la vida social y política en su totalidad. Por otro lado, una laguna, no depende del texto en cuanto tal: depende de cómo está interpretado el texto en cuestión, ya que todo texto normativo es susceptible de diversas interpretaciones (...). Si se está inclinado por la interpretación literal, ninguna constitución resulta completa: antes bien, cualquier constitución no regula más que una pequeña parte de la vida política y social. Existe, por lo tanto, una vasta parte de la vida social y política que es regulada a nivel constitucional por norma jurídica alguna. (...) Por el contrario, si se está inclinado por la interpretación extensiva, la constitución puede ser interpretada o más bien sobre interpretada de manera tal que se le extraigan innumerables normas implícitas, idóneas para regular cualquier aspecto de la vida social y política” (Guastini, 2009: 53).

extensiva a la vez que rigurosa de tal manera que puedan generarse, mediante las sentencias judiciales y de las políticas públicas, varias normas implícitas que puedan regular algunas de las relaciones inherentes a la vida política y social, salvando los posibles vacíos de la norma constitucional. La aplicación de la sobre interpretación constitucional depende en muchos casos de la postura del intérprete sobre un determinado tema, partiendo del presupuesto de que toda norma, y con mayor énfasis una constitución, no es capaz de regular todos los hechos de la vida social ni todos los actos de individuos, pueblos, nacionalidades y colectivos. Al respecto, Soto señala que de realizarse una interpretación literal o restrictiva “dichas lagunas (refiriéndose a los hechos o actos no establecidos en la norma) no podrán ser salvadas, puesto que en esos casos el legislador podrá actuar indistintamente en un sentido u otro, o no actuar, sin que en ninguno de los casos se pueda hablar de que dicha norma, u omisión legislativa, sean inconstitucionales por no existir precepto fundamental que así lo señale” (Soto, 2009: 204).

- **Aplicación directa de las normas constitucionales:** esta condición está relacionada con la cultura jurídica y la capacidad de los jueces de aplicar la constitución a través de un ejercicio directo, en donde no debe mediar la existencia o inexistencia de ley, para hacer esto posible. Por esta razón, se debe aceptar que la constitución, al tener principios generales y normas programáticas de acceso a derechos, genera efectos directos que pueden y deben ser aplicadas directamente por cualquier juez o autoridad pública, en la regulación de las relaciones sociales, sea entre el Estado y los particulares, o incluso entre particulares. Esto implica que la constitución sea considerada como un conjunto de normas vinculantes para todos los integrantes de la sociedad y que sea interpretada extensivamente, en el sentido más favorable al enfoque de derechos.
- **Interpretación conforme de las leyes:** el significado y alcance de una norma no constitucional es susceptible de dos interpretaciones: una que se contraponga a la constitución y otra que la halle conforme. El papel del juez consiste en decidir cuál de

las dos posibilidades es la más acertada a fin de mantener o expulsar una norma del ordenamiento jurídico, según se adecue o no, a los principios constitucionales. En este contexto, lo más favorable es la interpretación armonizadora entre ley y constitución, de tal manera que la ley más válida en el contexto de los derechos conserve su validez y permita la ampliación del ejercicio de uno o varios derechos fundamentales.

- **Influencia de la constitución sobre las relaciones políticas:** tratándose de una condición política, es la que reviste mayor dificultad de apreciación. Depende de las disposiciones constitucionales, la posición de la judicatura constitucional correspondiente, la postura de los demás órganos investidos de jurisdicción y de los actores de la vida política. Esta condición está relacionada con la amplitud y mecanismos que ofrece la constitución para la regulación de las relaciones del poder y la política, de los conflictos de competencia en los órganos del poder público y la definición del nivel de potestad discrecional que puede observar el Estado. A mayor influencia de la constitución, concebida como una norma rígida, en las relaciones políticas, y por tanto, con mayor capacidad de regulación de estas, mayor será el nivel de constitucionalización del ordenamiento jurídico y, por tanto, mayor la fortaleza constitucional.

De las siete condicionantes analizadas, se puede concluir que los procesos de constitucionalización del ordenamiento jurídico, así como de la mayor parte de las relaciones político-sociales, son procesos complejos, que requieren un fuerte compromiso social, a la vez que constituciones claras y que puedan conectar adecuadamente su parte dogmática con las partes orgánica y económica, dando lugar a los debates y procesos que se han detallado, así como a la aplicación de los elementos de constitucionalización, con especial énfasis en la sobre interpretación que corre a cargo de los operadores de justicia constitucional.

A mayor fortaleza constitucional en su aplicación, interpretación e influencia, existirá una constitucionalización más significativa, lo que dará lugar a una mejor aplicación de sus principios y valores a la protección y ejercicio de derechos, que es el fin último que debe

buscar el Estado, sobre todo en los modernos tiempos de aplicación del neoconstitucionalismo.

1.5 Neoconstitucionalismo latinoamericano: características distintivas y evolución desde lo europeo

El neoconstitucionalismo, como una teoría en construcción, busca superar el paradigma del positivismo jurídico y promover cambios profundos en la forma tradicional en la cual se concibe el derecho como norma y como prerrogativa, además de modificar el rol del Estado en estos campos.

La necesidad de modificación de una teoría jurídica viene dada por la “crisis”, entendida como la movilización de determinadas circunstancias que hacen indispensable el cambio de estructuras o visiones que permitan atenderlas, expresadas en su mayoría mediante reivindicaciones que visibilizan procesos sociales, los cuales antes permanecían ocultos o tenían mínima atención por parte del Estado.

En este contexto, Ávila señala que “hay muchas formas de mirar las crisis del derecho. (...) La una tiene que ver con la percepción del derecho en Europa y su visión dentro del ordenamiento global. La otra tiene relación con la función del derecho y el Estado en el mundo andino,⁵⁰ en contextos de exclusión” (Ávila, 2011: 25).

En esta línea de ideas, es importante realizar diversas precisiones teóricas respecto de la conexión existente entre lo europeo y lo latinoamericano, en términos de neoconstitucionalismo, a fin de comprender la esencia del neoconstitucionalismo ecuatoriano, base del estado de excepción y el derecho a la seguridad que es parte de esta investigación.

El neoconstitucionalismo europeo, que buscaba responder a las apremiantes reivindicaciones sociales del período posterior a la Segunda Guerra Mundial, se adaptó a las necesidades jurídicas de Latinoamérica, con el objetivo de hacerlo operativo para esta zona del

⁵⁰ En el contexto de esta investigación, me refiero de manera comparativa a los procesos neoconstitucionales europeos y latinoamericanos, lo cual permite realizar ciertas reflexiones sobre las realidades andinas que originan el neoconstitucionalismo transformador que constituye el soporte de la Constitución ecuatoriana de 2008.

mundo. El tratar de adoptar un sistema jurídico originado en una realidad distinta y construida en base a requerimientos sociales dispares deviene en su incapacidad relativa para responder a necesidades y circunstancias políticas y sociales que son diferentes.

Si bien el neoconstitucionalismo de vertiente europea resulta útil a fin de establecer ciertos criterios universales, como la necesidad de desarrollar derechos o el cambio de la matriz de pensamiento sobre la acción estatal,⁵¹ es insuficiente para tratar de atender las reivindicaciones propias de la zona latinoamericana, por lo que se hace indispensable la aparición de una vertiente doctrinaria que permita discutir estas realidades particulares.

Cómo se puede apreciar, el pensamiento neoconstitucionalista europeo puede catalogarse de adecuado para su realidad, pero insuficiente para la realidad latinoamericana. Ávila, en crítica a Ferrajoli, señala que “por ello, el análisis de Ferrajoli y de otros pensadores del norte en relación a la crisis es correcto pero incompleto. Lo que pretende Ferrajoli es crear un Estado y un derecho que pueda ser aceptable dentro de un modelo que ha venido evolucionando en Europa” (Ávila, 2011: 75).

Lo anteriormente descrito lleva a señalar que Latinoamérica requiere una doctrina neoconstitucional propia y que sea adecuada a sus realidades, con lo cual se viabiliza que el sistema legal (compuesto por valores, principios e instituciones), sea verdaderamente aplicable a esas reivindicaciones, cuyo origen histórico y social es distinto al europeo.⁵²

51 Este cambio de matriz de pensamiento sobre el Estado, desde el constitucionalismo clásico hacia el neoconstitucionalismo, se refiere a que, en el primer caso, la actividad del Estado estaba enfocada en crear las condiciones adecuadas para la supervivencia de la construcción jurídico política y sus expresiones de poder, mientras que en el segundo caso, tiene un claro enfoque de derechos, privilegiando la atención del ser humano por sobre el interés del Estado concebido como estructura.

52 Al respecto, Ávila señala que “el fenómeno histórico que provoca las reformas constitucionales en nuestra región es el militarismo estatal de los años 60 y que influyó hasta finales de los 80; guardando las distancias, este fenómeno es equiparable con la Segunda Guerra Mundial en cuanto a los Estados autoritarios y masivas violaciones de derechos humanos en Europa Occidental. En este período de dictaduras militares, bajo la doctrina de la seguridad nacional y de un uso extensivo de los Estados de excepción, se violaron derechos humanos. El constitucionalismo moderno nunca tuvo la capacidad de contener las violaciones

Definitivamente, los aportes del neoconstitucionalismo europeo son válidos, contribuyen a la promoción de los derechos y a su correcta aplicación en función equitativa entre individuos y colectividades, pero no constituyen las únicas fuentes de generación de valores, principios e instituciones jurídicas ni tampoco agotan los debates sobre el tema, especialmente en Latinoamérica, zona tan llena de necesidades y reivindicaciones propias que deben ser atendidas. Por esta razón, es fundamental discutir y generar insumos relacionados con la aplicación del neoconstitucionalismo, hacia una realidad diversa y compleja.

Siendo así, es indispensable lograr avances que permitan que se continúe con la construcción de un neoconstitucionalismo latinoamericano, que responda a sus propias necesidades y realidades. En efecto, desde finales de los años 80 e inicios de los 90 del siglo xx, Latinoamérica ha visto un intenso período de renovación constitucional. En opinión de Uprimny, la Constitución de Brasil de 1988 debe verse como el punto de partida de esta fase de modificaciones, las cuales aún se están desarrollando con ciertas importantes diferencias de visión entre cada país, pero con significativas características similares (Uprimny, 2011: 1587-1588).

De la misma forma, la Constitución de Colombia de 1991 trae consigo fuertes rasgos de neoconstitucionalismo, mediante la formulación de un amplio catálogo de derechos y el establecimiento de una Corte especializada que vela por la supremacía del texto constitucional y un complejo mecanismo de rigidez constitucional.⁵³

de los derechos ni tampoco de evitar su inobservancia. Las constituciones fueron nominales por lo que la transición a la democracia vino acompañada de cartas constitucionales que recibieron la influencia del constitucionalismo europeo occidental. La recepción del neoconstitucionalismo occidental ha sido, en general, implementada en los textos constitucionales de finales del siglo pasado. Algunas instituciones, como el control constitucional de leyes, fueron implementadas excepcional y erráticamente en nuestra región con anterioridad sin que por ello se pueda afirmar que existió en nuestra región un desarrollo propio del neoconstitucionalismo” (Ávila, 2011: 59-60).

53 El sistema de reforma constitucional establecido en los artículos 374 a 380 de la Constitución de Colombia de 1991 es tripartito y permite que el texto sea modificado por el Congreso, una Asamblea Constituyente o por participación directa de los ciudadanos vía referendo. Para cualquiera de los casos, la exigencia de requisitos y procedimientos es alta, justamente para dar mayor fortaleza y evitar reformas que obedezcan a coyunturas específicas. Por ejemplo, para la reforma vía Congreso, el debate del proyecto debe realizarse en

Conectando con la apreciación de los autores citados anteriormente, en lo relacionado con la necesidad de un neoconstitucionalismo pensado desde el Sur, propio de las reivindicaciones latinoamericanas y andinas, Uprimny destaca algunos elementos comunes o características distintivas de los procesos neoconstitucionalistas de esta región, entre otros, los siguientes:

- **Modificación del dogma jurídico, especialmente en el reconocimiento de la diversidad y expansión del nivel de protección de los derechos individuales y colectivos:** a pesar de las diferencias que se aprecian en la escala de valores de cada país, la mayoría de cambios y reformas constitucionales tienen en común algunas características relacionadas con las ideologías y principios sobre el funcionamiento del Estado y la regulación de los derechos y deberes de los individuos, pueblos y nacionalidades. Estos procesos se enfocan, por ejemplo, en cambiar el significado de unidad nacional, al no igualar esta categoría a la homogeneización de las diferencias culturales, de tal manera que pueda aceptarse el pluralismo jurídico en todas sus formas y en conexión con las visiones de plurinacionalidad y multiculturalidad, que también son rescatadas desde el neoconstitucionalismo.⁵⁴

Otro de los aspectos relevantes dentro de esta visión de modificación del dogma se refiere a la concesión de medidas de protección especial a grupos que han sido, tradicionalmente, sujetos de discriminación, incluyendo indígenas y afrodescendientes.⁵⁵

dos períodos ordinarios de sesiones, en medio de los cuales el proyecto previamente aprobado debe hacerse público. En el caso de Asamblea Constituyente, es necesario que se expida una ley especificando las reglas de funcionamiento general de dicho órgano y mediante la cual se convoque al proceso electoral para que los ciudadanos decidan si desean o no su instauración.

54 En este contexto, Van Cott señala que “antes de las reformas de los años 90, las constituciones de América Latina contenían ‘retórica oficial’ que proclamaba la naturaleza homogénea de las sociedades latinoamericanas, basada en asumir que las distintas culturas e identidades que existían en los tiempos coloniales había sido integradas en una nuevo tipo híbrido de asimilación” (Cott, 2000: 41).

55 Esta situación resulta evidente en la práctica constitucional de Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú y Venezuela. Las constituciones de estos países reconocen derechos especiales y diferenciados para estos grupos, en lo relacionado con su representación política vía distritos especiales, el reconocimiento de sus idiomas y formas de vida y el otorgamiento de autonomía para la solución de sus conflictos. Así, estas modificaciones promueven la existencia

- **Cambios en los mecanismos de participación y en la parte orgánica de la constitución:** las innovaciones constitucionales propias del neoconstitucionalismo latinoamericano han traído consigo importantes cambios en la organización política de la zona, así como en los mecanismos de participación ciudadana, con la motivación de expandir y fortalecer la democracia, más allá de un ejercicio meramente electoral. La primera vía para lograr esto se refiere al reconocimiento y expansión de los mecanismos de democracia directa como consultas populares y referéndums, así como a la creación de cuerpos colegiados ciudadanos que ejerzan control y veeduría respecto de servicios públicos y actividades del Estado. Asimismo, especialmente en los países con elemento humano plurinacional, se aprecia la incorporación y reconocimiento de las formas democráticas desarrolladas por la cosmovisión indígena. Por último, se observan procesos de descentralización, existencia de un órgano electoral independiente, el refuerzo del control de los asuntos públicos y el fortalecimiento de la sede judicial, a fin de disminuir los índices de inseguridad y proveer soluciones más satisfactorias a los conflictos (Uprimny, 2011: 1595).⁵⁶
- **Contenido constitucional:** En conexión con lo anterior se aprecia que el neoconstitucionalismo latinoamericano aspira a la transformación social mediante una fuerte matriz igualitaria que permita combatir la exclusión basada, entre otros elementos, en género, estatus social y origen étnico. En este sentido, la mayoría de instrumentos constitucionales latinoamericanos que son parte de la teoría neoconstitucional aplican lo que Ruti Teitel denomina *Forward Looking Constitution*, lo cual indica que

de Estados verdaderamente pluralistas, con la incorporación de una ciudadanía multicultural y diferenciada. Indistintamente del mecanismo utilizado, la tendencia es similar en generar una importante ampliación de los derechos constitucionalmente reconocidos, en relación con constituciones anteriores (Uprimny, 2011: 1590; Stocks, 2005: 85; Andolina, 2009: 50; Albro, 2010: 71).

⁵⁶ La Constitución de Colombia incorpora el plebiscito, el referéndum, la consulta popular, el foro abierto y la revocatoria del mandato, guardando importante similitud con su par ecuatoriana, especialmente en lo relacionado con la consulta popular y la revocatoria del mandato. En Venezuela se aprecian mecanismos como la elección de oficiales públicos, el referéndum, la consulta popular, la revocatoria del mandato, la iniciativa legislativa y la asamblea de ciudadanos (Uprimny, 2011: 1596).

las constituciones, más allá de codificar las relaciones de poderes que ya existen, se enfocan decididamente en delinear un modelo de sociedad que permita ir hacia adelante, desde un punto de vista de las personas y sus derechos⁵⁷ (Uprimny, 2011: 1599; Teitel, 2009: 2056).

- **Naturaleza transformativa:** los procesos neoconstitucionales latinoamericanos⁵⁸ se caracterizan porque sus constituciones son ricas en derechos, permiten el reconocimiento de derechos colectivos así como la profundización de otros derechos, dándoles una importante protección legal que contribuye a aumentar la equidad social y a transformar la democracia.⁵⁹ Asimismo, promueven una serie de mecanismos de participación, además de la democracia representativa, por lo que se constituyen nuevos espacios de deliberación.

Todo esto lleva a explicar cómo los procesos neoconstitucionales latinoamericanos se esfuerzan por repensar el ejercicio de la democracia, la mayor protección *ex ante* y *ex post* de derechos, así como por dar mayor fortaleza a sus constituciones, al menos en las fases ideológica y teórica.

Por otra parte, esta teoría constitucional busca la eficiencia de las constituciones por medio de su fortalecimiento, lo cual incluye mecanismos de justicia constitucional que aseguran que los derechos se aplicarán de manera real.

57 Otros autores utilizan los términos “Constitución aspiracional” (García M., 2006) o “constitucionalismo transformador” (Sousa, 2010), en razón de que estos instrumentos proponen sociedades inclusivas capaces de llevar la democracia y los beneficios sociales a los sectores tradicionalmente excluidos en las sociedades latinoamericanas, al generar mecanismos de protección y ejercicio de un conjunto de derechos, que devienen en lo que, en el caso ecuatoriano se concibe como “Buen Vivir”.

58 A decir de Uprimny, quien sigue a Carbonell y Ferrajoli, “las reformas constitucionales de los años 90 que fueron introducidas a América Latina constituyen lo que algunos autores denominan ‘neoconstitucionalismo’ o lo que otros han denominado como Estados constitucionales de derecho, en el sentido opuesto a Estados legislativos de derecho (Uprimny, 2011: 1601; Carbonell, 2009: 9-12; Ferrajoli, 2009: 13-14).

59 En algunos casos, como en el ecuatoriano y el boliviano, se aprecia el reconocimiento y fortalecimiento de formas comunitarias de democracia, especialmente las étnicas e indígenas. A este fenómeno, autores como De Sousa, lo han denominado demodiversidad o democracia intercultural, que supera la democracia representativa y participativa con una democracia comunal participativa, creando “una de las más avanzadas formas constitucionales en el mundo” (Uprimny, 2011: 1601; Sousa, 2010: 76-83).

Cómo se puede apreciar, al obedecer a dinámicas y reivindicaciones distintas, los procesos neoconstitucionalistas europeos y latinoamericanos son bastante disímiles entre sí. Por las propias características de su región de aplicación, manejan principios y valores que permiten atender esas particulares definiciones políticas y sociales. En este contexto, es importante reconocer el aporte jurídico y político de Europa, como un punto de inicio, pero no como una finalidad última o de aplicación innata. La descripción realizada en las líneas anteriores permite apreciar que el neoconstitucionalismo latinoamericano es un pensamiento constitucional en progresiva construcción y que constituye un “encomiable esfuerzo de creatividad democrática” (Uprimny, 2011: 1609). Sin embargo, se debe tener en cuenta que este tipo de esfuerzos legislativos, que buscan poner al ser humano en el centro del debate jurídico-político, pueden devenir en ineficaces si no van conectados con acciones estatales coherentes y con políticas públicas acordes con el momento constitucional que vivimos.

1.6. El neoconstitucionalismo transformador

Luego del análisis de los acápites anteriores, parte de esta investigación se basa en profundizar en la visión aplicable a la Constitución ecuatoriana actualmente vigente. Esta apreciación del neoconstitucionalismo se denomina “neoconstitucionalismo andino o transformador” o simplemente “neoconstitucionalismo transformador” (Ávila, 2011; 2012).

El neoconstitucionalismo eurocéntrico, así como sus adaptaciones latinoamericanas, presentan importantes innovaciones, las cuales, sin embargo, en ocasiones no responden a las reivindicaciones propias de la zona andina. Por tanto, se hace indispensable el apareamiento de una teoría jurídica neoconstitucional que, aprehendiendo lo más acertado y aplicable de las tendencias europeas y latinoamericanas, innove en lo local, acercándose a los elementos de diversidad significativos, como los existentes en nuestro país.⁶⁰

60 Es importante señalar que los aportes europeos y latinoamericanos al neoconstitucionalismo no pueden despreciarse. Al contrario, contribuyen a atender los derechos del ser humano e incluso de la naturaleza. “El pensamiento y la tradición europea utópica tienen mucho que enseñar al mundo entero. El error está en pensar que son las únicas fuentes de conocimiento” (Ávila, 2011: 78).

La Constitución ecuatoriana, que recoge los principios y valores del neoconstitucionalismo transformador, ha generado un importante debate entre quienes encuentran en ella una visión orientada a la evolución positiva de la Constitución de 1998, y aquellos que piensan que no se trata de innovación alguna, sino de un discurso retórico-político –ideológico-teórico–, que atenta contra las instituciones jurídicas originadas en un constitucionalismo clásico.

El neoconstitucionalismo transformador, base de la Constitución de Montecristi,⁶¹ aún es un conjunto de categorías y valores en plena construcción. De lo descrito en las líneas que anteceden se establece que el neoconstitucionalismo no es una teoría uniforme, así como tampoco son uniformes las diversas escuelas jurídicas que han tratado de explicar el fenómeno del Estado y los derechos fundamentales.

Sin embargo, es importante aterrizar el concepto hacia las realidades que pretende enfrentar para indicar que se trata de “la teoría de los derechos fundamentales puesta en el centro de la teoría del Estado y del derecho” (Ávila, 2012: 4) o aquella teoría jurídica que “encierra en su núcleo un doble compromiso difícil de mantener: uno, con la idea de derechos, al mismo tiempo que otro vinculado con la idea de democracia” (Gargarella, 2005: 1).

La especial característica de este neoconstitucionalismo transformador andino es que se origina en algo más complejo y diverso que el pensamiento jurídico clásico.⁶²

La comprensión y difusión del fenómeno neoconstitucionalista actual traspasa el rango de acción de connotados juristas, para trasladarse a aquellos grupos directamente identificados con las grandes

61 “La Constitución de Montecristi tiene algunas novedades que son propias de la región latinoamericana y otras que son propias de los movimientos y luchas sociales de los ecuatorianos y los andinos: la Pachamama, el Sumak Kawsay, la plurinacionalidad, la democracia comunitaria, la justicia indígena, la interculturalidad. Que las dos últimas ya estuvieron en la Constitución de 1998 poco importa. Lo cierto es que es jurídicamente poca doctrina se ha escrito en relación con estos temas” (Ávila, 2012: 5).

62 “Por su lado, los grandes teóricos del neoconstitucionalismo europeo no han dicho nada y seguramente tienen poco que decir en relación con las novedades del neoconstitucionalismo ecuatoriano. Existe pues, un error en recurrir solo a los autores jurídicos canónicos del Norte. La democracia comunitaria, la Pachamama, el Sumak Kawsay y la plurinacionalidad se aprende con los indígenas, no con los juristas” (Ávila, 2012: 6).

reivindicaciones sociales que se busca atender y enfrentar. La apreciación del neoconstitucionalismo plasmado en el momento teórico e ideológico que vive el país debe originarse en el diálogo de saberes de quienes han estado alejados del quehacer jurídico, e incluso de aquellos grupos con derechos invisibilizados o no puestos en práctica; en definitiva, se trata de un instrumento de reivindicación ciudadana.

Resulta interesante verificar la manera en que el neoconstitucionalismo transformador trasciende el ámbito académico del derecho para aterrizar en las realidades que debe atender, constituyéndose en una teoría jurídica más cercana a las realidades sociales. Pensar a este neoconstitucionalismo solo en una fase teórico-ideológica genera el grave riesgo de impedir que sus principios y valores vayan más allá del debate técnico y, por tanto, se estanquen y no permitan una aplicación práctica, que genere real protección de derechos, especialmente en lo relacionado con la actividad judicial, que constituye el tercer nivel de análisis del neoconstitucionalismo.

Adicionalmente, se aprecia cómo, en algunos casos, los valores y principios del neoconstitucionalismo transformador⁶³ han inspirado la norma constitucional en vigencia y las normas de menor rango que, paulatinamente, se han ido originado para guardar coherencia con ella. De esta forma, se sobrepasa el criterio de la mera legalidad, para ir hacia una verdadera legitimidad de la norma, basada en esos valores. Esta visión es particularmente importante respecto de los derechos humanos, a los cuales Alexy denomina “mandatos de optimización” (Alexy, 2008: 67). Esto se traduce en la necesidad de que el Estado (e incluso los particulares que tienen a su cargo o pueden influenciar en el ejercicio de un derecho), deban cumplir de manera estricta con todo aquello que esté a su alcance para permitir un ejercicio sin limitaciones.

63 En este contexto, es importante citar la reflexión de Ávila, quien indica que: “el debate no debería ser si las reglas son las únicas normas que deberían existir o si se oponen a los principios. Los principios y las reglas son normas jurídicas complementarias: no se puede aplicar un principio nunca si no hay una regla. La diferencia con el positivismo tradicional está en que antes el poder Legislativo era la única autoridad para producir normas válidas. En el sistema jurídico constitucionalizado, también producen normas jurídicas válidas los jueces para los casos y la corte constitucional con carácter generalmente obligatorio. Pero siempre el juez, cuando resuelve un caso aplicando un principio, tiene que acabar creando una regla mediante un proceso argumentativo” (Ávila, 2012: 8).

Otra de las notas características de este constitucionalismo transformador se relaciona con el rol de los jueces y los derechos, y de hecho es parte fundamental de este estudio en el contexto de la seguridad. En este sentido, los jueces tienen legitimación social y base legal para controlar los actos que pudieran devenir en inconstitucionales o que puedan violentar uno o más derechos. En estos casos, los jueces deberán aplicar un correcto ejercicio de ponderación para disminuir la posibilidad de una actividad discrecional, promover la máxima protección posible al derecho, establecer mecanismos de reparación en caso de ser necesario y disminuir las restricciones al acceso de derechos.

De la misma forma, la visión del neoconstitucionalismo transformador busca generar un Estado que trascienda lo legislativo para convertirse en un vehículo del ejercicio de derechos⁶⁴ de individuos, pueblos, nacionalidades y colectivos. Esta diferenciación entre lo legal y lo constitucional reviste especial importancia en el Estado actual, dado que toda autoridad se encuentra sometida a la constitución, norma concebida como organizadora del Estado y limitadora de su poder, y que especifica derechos fundamentales que sirven de principios para evitar la discrecionalidad e incluso la arbitrariedad estatal. En la dinámica del Estado neoconstitucional, toda expresión de poder, pública o privada, está bajo el imperio de los derechos fundamentales, tanto los de la constitución como aquellos que están en instrumentos internacionales de derechos humanos, los cuales, a raíz de la Constitución de 2008, no poseen categorización alguna, al considerarlos del mismo rango.

En este contexto, se aprecia que la constitución va más allá de ser un instrumento que se agota en lo normativo, sino que se convierte en un verdadero elemento de fortalecimiento y aplicación de los derechos, los cuales son inherentes a la dignidad de los seres humanos.

64 “El estado, al denominarse de derechos, no significa que ha expropiado los derechos de las personas y colectividades, sino que el estado es un medio que tiene como fin la realización y la protección de los derechos. En este sentido, si bien el estado siempre tiene la potencialidad de violar los derechos por ser un poder, y con mucha más razón si el pensamiento se centra en el poder punitivo, lo cierto es que no hay un poder que pueda garantizar mejor los derechos que el poder del estado. El problema, como todo poder, está en democratizarlo” (Ávila, 2012: 15).

Asimismo, esta amplia constitucionalidad implica reconocer la existencia de más de un sistema jurídico, expresada en diversas categorías de pluralismo jurídico, tal como se señaló mediante las teorías de Uprimny y otros.

Como se aprecia, el rol del Estado en el sistema neoconstitucional transformador es fundamental. Así, esta construcción jurídico-política debe servir para la garantía de esos derechos. El fin último, así como la legitimidad del Estado, viene dada por las medidas que tome para promover y respetar derechos.

El jurista Eugenio Raúl Zaffaroni ha señalado la existencia de dos facetas muy marcadas en este sentido: el poder punitivo del estado y la democracia constitucional del estado. La primera permite al estado controlar, vigilar y sancionar, cuestiones que son también importantes pero que requieren una clara limitación para no constituir vulneración de derechos por vía de arbitrariedad. La segunda permite fortalecer al estado para dar la mayor cantidad de libertades, derechos y garantías a individuos, pueblos nacionalidades y colectivos (Zaffaroni, 2002: 7).

Tratándose de un estado neoconstitucional, la tendencia siempre debe ser hacia la segunda faceta: la generación de mayores garantías, derechos y procesos de protección, para dar lugar a una democracia de reforma profunda, radical y que tome en cuenta las reivindicaciones propias de los grupos humanos a los que atiende (Ávila, 2012: 16; Sousa, 2010).

El Estado, independientemente de su tendencia o ideología, siempre ha generado políticas públicas como formas de administración. Estas políticas, dependiendo de los mecanismos de control, pueden generar ciertos niveles de discrecionalidad en la aplicación del poder estatal. En el caso del neoconstitucionalismo transformador, la función primordial del Estado es la protección de los derechos, por lo que estas políticas públicas deben guardar coherencia y estar debidamente delimitadas en función de un enfoque de derechos. Pero esta visión incluso va más allá, hacia la necesidad de establecer garantías judiciales de protección, en caso de que las políticas públicas

excedan su ámbito de acción o no observen la coherencia necesaria con los derechos.

Diversas son las líneas de discusión en el contexto del neoconstitucionalismo transformador. Sin embargo, queda claro que esta teoría moviliza el campo de acción del estado, desde la preservación de su existencia y del poder,⁶⁵ hacia la atención prioritaria de los derechos de individuos, pueblos, nacionalidades y colectivos y por lo que hacía ese objetivo deben encaminarse las acciones estatales y las políticas públicas. Además, este neoconstitucionalismo transformador se adapta adecuadamente a los tres niveles de análisis propuestos por Comanducci y Carbonell, a los procesos de constitucionalización del ordenamiento jurídico generados en el pensamiento de Guastini y a los elementos distintivos del neoconstitucionalismo latinoamericano propuestos por Uprimny, lo cual operativiza este marco teórico y da viabilidad a la investigación propuesta, ya que permite visualizar el ejercicio del derecho a la seguridad en los estados de excepción planteados en un escenario neoconstitucional.

65 En lo referente a la conceptualización de poder, Ávila-Fuenmayor, quien sigue las teorías de Foucault, señala que “cuando se analiza el poder, lo importante para el autor de *Las palabras y las cosas* es determinar cuáles son sus mecanismos, sus implicaciones, sus relaciones, los distintos dispositivos de poder que se utilizan en los distintos niveles de la sociedad. (...) En este orden de ideas, la concepción jurídica o no económica establece que el poder es un derecho que uno posee como un bien y que puede transferir o enajenar, de manera total o parcial mediante un acto jurídico. El poder es el que todo individuo posee y que puede ceder total o parcialmente para constituir un poder o soberanía política. En el otro caso, el poder político tendría en la economía su razón de ser histórica y el principio de su funcionamiento actual. (...) En la teoría jurídica clásica, el poder es considerado como un derecho que todos tenemos, como un bien que puede transferirse o enajenarse de manera parcial o total mediante un acto jurídico, bien sea cedido o por contrato. El poder lo posee todo individuo y que se cede total o parcialmente para constituir un poder, una soberanía política. Sin embargo, en la concepción marxista tenemos algo completamente diferente, a lo que nuestro autor le asigna la etiqueta de ‘funcionalidad económica del poder’. De esta forma, el rol que jugaría el poder político es el de mantener permanentemente esa relación de fuerza por medio de una guerra silenciosa, la cual estaría incrustada en el tejido de las instituciones, en las desigualdades económicas, hasta en el lenguaje” (Ávila-Fuenmayor, 2007: 4-6).

Capítulo II

La seguridad humana como concepto y como derecho

2.1 Introducción: La seguridad humana y su conexión con el desarrollo humano en un contexto neoconstitucional

En la década de los 90, la comunidad internacional comenzó a debatir respecto de la noción de seguridad humana. El contexto mundial post Guerra Fría visibilizó las diversas amenazas no bélicas y no convencionales, en lo regional, nacional y local. Siendo así, las primeras discusiones teóricas se relacionaban con la forma más acertada de enfrentar las variadas amenazas que antes no se habían tenido en cuenta, por haber dirigido la preocupación de la seguridad únicamente hacia los conceptos de protección del Estado y su soberanía, en contextos belicistas. Este escenario es particularmente conexo en temporalidad con aquellos desarrollos neoconstitucionales que fueron analizados en el capítulo I, en donde, al cambiar la línea de pensamiento sobre la existencia del Estado y los derechos, se procura la mejor garantía y protección de individuos, pueblos, nacionalidades y colectivos, todo lo cual guarda coherencia con los postulados de la seguridad humana, conforme se analizará en extenso en esta parte de la investigación.

La seguridad humana es, en opinión de Paris, “lo último en una larga línea de neologismos, que incluyen seguridad común, seguridad global, seguridad cooperativa y que animan a académicos y elaboradores de políticas a pensar acerca de la seguridad internacional como algo más que la defensa militar del Estado y sus intereses” (Paris, 2001: 87).

Al respecto de esas amenazas que trascienden lo bélico-militar, Goucha y Rojas señalan que “el impacto conjunto del uso de la fuerza al interior de los Estados,⁶⁶ del deterioro del medioambiente, la

66 En este aspecto es relevante realizar algunas acotaciones sobre la fuerza interna en relación con la pérdida del monopolio del uso legítimo de la fuerza. El autor, que se fundamenta en

agravación de la extrema pobreza, la propagación de pandemias y la explotación de diferencias culturales y étnicas, fomentan conflictos de variada índole que afectan a un gran número de personas, especialmente a las poblaciones más vulnerables y desprotegidas” (Rojas, 2002: 7).

A partir de 1994, la Organización de Naciones Unidas, a través del PNUD, introdujo en uno de sus productos, el *Informe sobre Desarrollo Humano* (PNUD, 1994: 22), una nueva visión multidimensional sobre seguridad, cuyo objetivo primordial es la visibilización del ser humano⁶⁷ como sujeto de protección en contextos de amenazas diversas. Así, la seguridad pasa de ser una condición mediante la cual se protege al Estado y al poder, como seguridad nacional,⁶⁸ a una en la que se protege la vida, integridad y demás derechos de individuos, pueblos, nacionalidades y colectivos.⁶⁹

las teorías Weberianas, señala que “es necesario partir de la idea de que la sociedad es, por naturaleza, una red de conflictos y tensiones sociales, los cuales necesitan ser mediados por un poder relativamente autónomo a fin de asegurar la persistencia y reproducción de la sociedad misma. Por lo tanto, el Estado se puede definir como la institución que ejerce una dominación legal-racional sobre la sociedad y posee el monopolio legítimo del uso de la fuerza, a fin de mediar sus conflictos y lograr la integración social”. Desde esta visión, puede darse el caso de que el Estado, debido a la insuficiente capacidad de respuesta y regulación de los territorios, pierda el monopolio legítimo de la fuerza, lo cual genera desintegración social y territorial y nulita la capacidad estatal de mediar y solucionar eficientemente los conflictos y tensiones sociales, los cuales trasladan su ámbito de solución, de la fuerza legítima estatal, a la capacidad de gestión conflictiva de los particulares, con lo que se origina una institucionalidad paralela, como grupos privados de justicia, mafias, guerrillas, mercenarios y otras figuras análogos” (Orjuela, 1998: 2).

67 “Convertir al individuo en el objeto de referencia en asuntos de seguridad, sin embargo, no es algo exento de polémica. Al interior de la ONU, algunos Estados equiparan la seguridad humana con los intentos de imponer por parte del mundo occidental una visión foránea e inapropiada de los conceptos de derechos humanos a los países en desarrollo, que a su vez se asocia con las políticas de intervención humanitaria. Los Estados asiáticos también se resisten a lo que consideran como una actitud individualista occidental, la misma que sostiene buena parte de la agenda sobre seguridad humana” (Mack, 2004: 15).

68 “La seguridad nacional vela por la protección de los Estados; la seguridad humana vela por la protección de los individuos. Los Estados deberían ser los primeros proveedores de seguridad ante sus ciudadanos. No obstante, a menudo fallan en esta tarea. En algunos casos persiguen violentamente a aquellos ciudadanos que están llamados a defender. El paradigma de seguridad nacional, con su énfasis ante las amenazas externas, es de limitada relevancia en relación con la seguridad del individuo, particularmente respecto a las guerras civiles que en este momento constituyen más del 90 % de los conflictos armados” (Mack, 2004: 13).

69 Para Mack, “el término seguridad humana adquiere relevancia por primera vez con la publicación en 1994 del Informe sobre Desarrollo Humano del PNUD. Al igual que muchos de

Pero esta visión va mucho más allá de un recurso discursivo sobre la seguridad. A más de modificar el pensamiento estatocéntrico por uno antropocéntrico,⁷⁰ la seguridad humana compromete los esfuerzos de los Estados hacia la creación, mantenimiento y potenciación de los recursos y políticas públicas más adecuadas para llevar a buen término la razón de ser del nuevo paradigma de seguridad: la atención, respeto y protección de los derechos.

Al respecto, Ariza opina que “esta concepción trajo consigo una transición profunda en el pensamiento como consecuencia del paso de la seguridad nuclear a la seguridad humana, determinando el cambio del enfoque estatocéntrico del concepto hacia la protección del sujeto para quien actúa y se crea la seguridad” (Ariza, 2011: 33).

En este contexto, la seguridad no se limita a los análisis sobre violencia sino que va más allá: hacia la apreciación de garantía de derechos, oportunidades de buen vivir para las personas, condiciones adecuadas para el desarrollo y promoción del bienestar general.

La seguridad humana⁷¹ es vista como una doctrina holística que permite prevenir y afrontar a las amenazas de seguridad no

los intentos por conceptualizar esta idea, un tanto escurridiza, la definición ofrecida por el PNUD se centra en un amplio rango de amenazas sobre los individuos (...) (comunitarias y políticas). En cambio, los conceptos tradicionales de seguridad se concentran en un restringido margen de amenazas externas (militares) sobre la integridad territorial y política de los Estados” (Mack, 2004: 11).

70 “El primer abordaje de la seguridad, coherente con la preservación del Estado y su soberanía, proviene de la Doctrina de Seguridad Nacional y se vincula con el ámbito militar, la geoestrategia y la defensa territorial. Desde esta perspectiva, la seguridad se enlaza con el estudio de las capacidades de disuasión y confrontación de cada Estado. De allí que, durante la Guerra Fría, los Estados centraran sus agendas políticas y de investigación en el ámbito de la defensa y protección de valores político-ideológicos, así como intereses nacionales alineados a un modelo capitalista impuesto por países de occidente y liderado por Estados Unidos, incluso mediante el uso de la fuerza. Culminada la Guerra Fría, el mundo se alejó del bipolarismo para entrar en un proceso de ascenso de la interdependencia que derivó en una disminución de los conflictos interestatales. En este contexto, los asuntos militares fueron cediendo espacio en la agenda política a temas como el ambiente, el desarrollo económico o la delincuencia organizada transnacional”, desde una visión más enfocada a lo humano que a lo estatal (Ministerio Coordinador de Seguridad, 2014: 20).

71 “Este nuevo paradigma apunta a la seguridad mediante el desarrollo humano sostenible, desplaza la unidad de análisis del territorio hacia la gente que habita en él, y analiza las múltiples amenazas que pueden minar su seguridad, su dignidad y sus medios de sustento. Desde esta acepción, la seguridad humana identifica todas las amenazas al desarrollo humano —entre

tradicionales, de tal manera que individuos, pueblos, nacionalidades y colectivos, antes que el Estado, son los referentes de la seguridad. En este contexto, esta categoría de seguridad se relaciona con el desarrollo humano,⁷² ya que promueve la generación de condiciones adecuadas para que dicho desarrollo sea posible. Este concepto de desarrollo entendido como un “proceso de ensanchamiento de las libertades y capacidades de las personas, abandonando la idea simple de desarrollo económico” (Ariza, 2011: 34), aparece como respuesta a la desigualdad característica de los procesos de desarrollo de los distintos territorios y países, lo cual origina una disparidad de acceso a oportunidades por parte de las personas, en ámbitos tan diversos como la educación, salud, alimentación, seguridad ciudadana y preservación de la paz.

Dubois aclara los elementos del concepto al señalar que el desarrollo humano es el “proceso de ampliación de las opciones y capacidades de las personas, que se concreta en una mejora de la esperanza de vida, la salud, la educación y el acceso a los recursos necesarios para un nivel de

ellas la violencia— e indaga cómo la violencia o las amenazas de violencia contribuyen a su vez a la pobreza. La seguridad humana no es una alternativa al desarrollo humano, es una parte fundamental de este, enfocada a crear un conjunto básico de capacidades y protegerlas contra amenazas omnipresentes” (Ministerio Coordinador de Seguridad, 2014: 21)

- 72 El Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo trae algunas de las nociones más importantes respecto del desarrollo humano, las cuales se desarrollan a continuación: (PNUD, Informe sobre Desarrollo Humano, 2012)

El primer Informe sobre Desarrollo Humano, publicado en 1990, comenzó con una premisa simple que ha orientado todo su quehacer posterior: “La verdadera riqueza de una nación está en su gente”. Al corroborar esta afirmación con un cúmulo de datos empíricos y una nueva forma de concebir y medir el desarrollo, el Informe ha tenido un profundo impacto en las políticas de desarrollo en todo el mundo.

“El objetivo principal del desarrollo es ampliar las opciones de las personas. En principio, estas opciones pueden ser infinitas y cambiar con el tiempo. A menudo las personas valoran los logros que no se reflejan, o al menos no en forma inmediata, en las cifras de crecimiento o ingresos: mayor acceso al conocimiento, mejores servicios de nutrición y salud, medios de vida más seguros, protección contra el crimen y la violencia física, una adecuada cantidad de tiempo libre, libertades políticas y culturales y un sentido de participación en las actividades comunitarias. El objetivo del desarrollo es crear un ambiente propicio para que la gente disfrute de una vida larga, saludable y creativa”. Mahbub ul Haq.

“El desarrollo humano, como enfoque, se ocupa de lo que yo considero la idea básica de desarrollo: concretamente, el aumento de la riqueza de la vida humana en lugar de la riqueza de la economía en la que los seres humanos viven, que es sólo una parte de la vida misma”. Amartya Sen.

vida digno. La formulación del enfoque o paradigma del desarrollo humano surge a principios de los años 90 como resultado de un proceso de crítica a la economía del desarrollo dominante, que se caracteriza por proponer el crecimiento económico como objetivo; por el contrario, el desarrollo humano afirma que este no debe ser el objetivo central del desarrollo, sino únicamente uno de sus referentes” (Dubois, 2006).

La seguridad humana, como herramienta del desarrollo, se visibilizó a partir de los años 90, tiempo en el que los fenómenos de globalización se hicieron más notorios, lo cual llevó a cuestionarse con mayor rigurosidad sobre las amenazas que afectaban la integridad y bienestar de las personas y que trasciendan lo tradicionalmente bélico.⁷³ Entre otras, esas amenazas estaban relacionadas con la pobreza, represión y violación de derechos ejercida por el Estado y violencia ejercida por particulares, especialmente en contextos delictivos, disminución de las reservas de alimentos, enfermedades graves y masivas, deterioro del medioambiente, entre otras circunstancias, las cuales, “al atentar directamente contra la vida e integridad de la raza humana, su solución competen a todas las sociedades (...) en un mundo donde las fronteras se desdibujan y los problemas se difunden rápidamente de una región a otra” (Ariza, 2011: 34-35).

Finalmente, una vez contextualizada la seguridad en virtud del desarrollo, es fundamental aterrizar un acercamiento conceptual,⁷⁴ para lo cual se seguirá a Pérez de Armiño. El autor en mención, al referirse al elemento estudiado, señala que “se trata de la seguridad de las personas en sus vidas cotidianas, que se alcanza no mediante la

73 “Tras la perspectiva de seguridad humana está la idea de que, en última instancia, la seguridad de los Estados está en pos de la seguridad de los individuos, es decir, es el Estado el que provee seguridad a los ciudadanos. La seguridad del Estado no es un fin en sí mismo, sino un medio para garantizar la seguridad de sus habitantes. (...) El nuevo tipo de amenazas internas o transnacionales no pueden ser contenidas dentro de las fronteras del Estado. Además, el propio Estado puede dañar a sus ciudadanos (por ejemplo terrorismo de Estado), volviendo a la seguridad nacional y la seguridad humana dos conceptos contrapuestos (Favier, 2009: 4).

74 “El concepto de seguridad humana es un concepto en construcción, considerando la variedad de prioridades y dimensiones que hay que tomar en cuenta para lograr un enfoque integrado de acción que responda a las necesidades, también de muy variada índole, que hay que satisfacer de manera urgente, sobre todo en beneficio de las poblaciones más vulnerables” (Rojas, 2002: 8).

defensa militar de las fronteras de un país, sino con la consecución del desarrollo humano, es decir, garantizando la capacidad de cada cual para ganarse la vida, satisfacer sus necesidades básicas, valerse por sí mismo y participar en la comunidad de forma libre y segura” (Pérez, 2006).

De los elementos descritos, queda en evidencia la estrecha relación entre desarrollo como un objetivo y la seguridad como un medio, y la constante evolución de estos conceptos, para centrar su campo de acción en el bienestar de las personas y el ejercicio de sus derechos. El concepto de seguridad humana, así como sus categorías, que serán estudiadas más adelante, permitirán generar insumos a lo largo de esta investigación, respecto de su conexión con el neoconstitucionalismo y los estados de excepción en Ecuador, a fin de determinar si estos presupuestos pueden ser cumplidos en el caso de la excepcionalidad, como una circunstancia social y política.

Este segundo capítulo busca establecer y profundizar las discusiones respecto de la conceptualización de la seguridad humana desde una visión multidimensional y trasladar esos debates hacia las categorías neoconstitucionales que fueron desarrolladas en el capítulo I.

El objetivo de esta parte del estudio es establecer con certeza la conexión entre neoconstitucionalismo –especialmente el de tipo transformador–, la seguridad humana como una creación intelectual igualmente innovadora y las posibles repercusiones negativas que su inobservancia podría generar en el caso de los estados de excepción.

2.2 Discusiones sobre la clasificación de la seguridad humana

La noción de seguridad humana es un proceso conceptual cuyo origen temporal es reciente: el final de la Guerra Fría. Una vez finalizada esta cadena de hechos históricos, tanto los gobiernos como la academia y las organizaciones internacionales cayeron en cuenta que las amenazas a la seguridad mutaron y se multiplicaron en función de las nuevas circunstancias que debía enfrentar el mundo contemporáneo. Estas nuevas amenazas no obedecen precisamente a las conocidas convencionalmente, como conflictos bélicos, sino a nuevos procesos internacionales, regionales y locales relacionados con el impacto del

uso de la fuerza, incluyendo la estatal, expresada en decisiones públicas y la represión vía fuerza pública, el detrimento del medioambiente, la profundización de las diferencias económicas y de las brechas de pobreza, las enfermedades epidémicas, los desastres naturales, conflictos étnicos y sociales y migración, mutación y especialización de los fenómenos delictivos. Así, nació el concepto de seguridad humana, en la cual el pensamiento supera las visiones de la supervivencia del Estado por y para sí y se enfoca en promover el respeto y la promoción de los derechos humanos en función de las nuevas amenazas que se presentan.

Como consecuencia de lo anterior, se aprecia que la seguridad humana es un criterio integral, que reúne a varios conceptos sobre seguridad, relacionados con categorías de convivencia social y política y las amenazas que pueden afectarlas.

Si la visión actual, muy relacionada con neoconstitucionalismo que se estudió en el capítulo anterior, se basa en la premisa de promover la figura del ser humano como centro de la acción y política estatal, es indiscutible que el acercamiento al análisis que compete en esta investigación debe hacerse a través de la seguridad humana.

La seguridad humana comprende una serie de categorías que serán analizadas a continuación. Ariza, al haber estudiado el *Informe de Desarrollo Humano* de 1994, señala que las categorías de la seguridad humana⁷⁵ son:

“La seguridad humana como nuevo modelo condensa en 7 categorías las áreas en las cuales se puede ver bajo amenaza la seguridad de un individuo, comprendidas así:

75 Desde la visión de Jorge Nef, los ámbitos de acción o categorías de análisis de la seguridad humana son cinco: ecología, economía, sociedad, política y cultura (Nef, 1999).

Por otro lado, Reed y Tehranian discrepan y ofrecen una apreciación distinta que incluye condiciones para fomentar relaciones interpersonales respetuosas, consideradas y humanas, además de la importancia de la libertad y balance en el acceso a la información (Reed, 1999: 37).

Al respecto, Thomas señala que la “seguridad humana se refiere a la provisión de las necesidades materiales básicas y la realización de la dignidad humana, incluyendo la emancipación de las estructuras de poder opresivo, globales, nacionales o locales.” (Thomas, 1999: 3).

1. Seguridad económica (ingreso básico asegurado);
2. Seguridad alimentaria (acceso físico y económico a los alimentos y capacidad de producirlos en cantidad suficiente);
3. Seguridad en materia de salud (acceso amplio y garantizado a un servicio de salud competente);
4. Seguridad ambiental (acceso a un medio físico saludable y servicios de saneamiento);
5. Seguridad personal (garantía de la integridad física frente al delito común y los actos de inseguridad ciudadana);⁷⁶
6. Seguridad de la comunidad⁷⁷ (garantía de libertad política, ideológica, cultural, generacional o étnica); y
7. Seguridad política (garantía de los derechos humanos y fundamentales dentro de un Estado democrático)” (Ariza, 2011: 34; PNUD, 1994: 23).

Como se aprecia, cada categoría de seguridad humana está vinculada con una potencial amenaza que podría vulnerar la capacidad de individuos, pueblos, nacionalidades y colectivos de desarrollarse adecuadamente.

En esta línea de ideas, la seguridad humana también posee principios fundamentales y un marco de difusión que “promueve la adopción de medidas centradas en las personas, exhaustivas, apropiadas para cada contexto y orientadas a la prevención, que intentan reducir la posibilidad de que se produzcan conflictos, ayudan a superar los obstáculos que entorpecen el desarrollo y promueven los derechos

76 “La seguridad humana representa uno de los conceptos más desarrollados en las últimas décadas y se recoge en la máxima de “vivir libre de temor y libre de necesidad”. Sin embargo, es la seguridad ciudadana la que se ha perfilado con mayor fuerza y posicionamiento como ámbito de análisis y objeto de política pública” (Ministerio del Interior, 2014: 10).

77 “La seguridad pública es responsabilidad del Estado y se orienta a salvaguardar los derechos de las personas, colectividades y naturaleza, garantizando sus libertades, el orden y la paz pública. Esta dimensión de la seguridad en un Estado democrático demanda reflexionar acerca del concepto de orden público y asumir de manera doctrinaria y pragmática la visión garantista del concepto, que se enfoca en el respeto de los acuerdos sociales materializados en la ley” (Ministerio del Interior, 2014: 10).

humanos de todos” (Oficina de Coordinación de Asuntos Humanitarios de la ONU, 2012: 5).⁷⁸

Siendo así, seguridad humana y desarrollo humano son conceptos dependientes entre sí “donde el alcance del desarrollo depende de la garantía de la seguridad y esta no se logra consolidar en ausencia de aquel. Así que las condiciones adversas que limitan el desarrollo humano en las sociedades impiden la aplicación del concepto de seguridad humana y consecuentemente alcanzar el desarrollo humano” (Ariza, 2011: 21).

Sin embargo, desde otro punto de vista, otros autores ofrecen apreciaciones más críticas respecto a la seguridad humana al señalar que “no todos los neologismos son igualmente plausibles o útiles. Dos problemas, en particular, limitan la utilidad del concepto de seguridad humana. Primero, la falta de precisión de la definición (...), poca gente sabe en realidad qué significa, ya que las definiciones son expansivas y vagas. Segundo, los teóricos de la seguridad humana parecen tener interés en mantener el término vago y expansivo” (Paris, 2001: 88).

Si bien, como se estudió en la primer parte de este acápite, la seguridad humana es un concepto que constituye un nuevo paradigma para los Estados, el cual modifica el pensamiento respecto de la modalidad, amenazas y sujetos de protección en el marco de la seguridad, en cambio, para sus críticos se trata de un elemento conceptual

78 Las medidas centradas en las personas se basan en la necesidad de que los sistemas políticos, sociales, económicos y de otra índole proporcionen a las personas elementos básicos para la paz y el desarrollo. Las medidas exhaustivas hacen referencia al modo en el cual una amenaza puede incidir de forma negativa en el ejercicio de las libertades, por lo que se hacen necesarias medidas exhaustivas, colaborativas y multisectoriales, eliminando los esfuerzos innecesarios. Con medidas apropiadas, Naciones Unidas hace referencia al reconocimiento de las causas y manifestaciones de las amenazas y la definición de soluciones adaptadas a la realidad local, en lo político, social y económico. Las medidas preventivas, por su parte, se basan en la identificación de los cambios estructurales de cada amenaza y la adaptación necesaria para mitigar los efectos y evitar nuevas incidencias. Por último, la protección y el empoderamiento permiten mejores respuestas frente a las amenazas. Esta combinación permite generar normas, procesos e instituciones como alertas tempranas, proyectos de protección social y procesos participativos en donde individuos y colectivos ejercen derechos y responsabilidades, asegurando cohesión y coherencia entre las políticas y el uso de los recursos disponibles (Oficina de Coordinación de Asuntos Humanitarios de la ONU, 2012: 6).

cuya utilidad aún no ha sido demostrada en la academia ni en la elaboración de políticas públicas. Paris, en concordancia con las opiniones de Price, señala que “la idea de seguridad humana permite mantener junta a una coalición de Estados de medio poder, agencias de desarrollo y organizaciones no gubernamentales, que buscan alejar la atención y los recursos de los asuntos de seguridad convencional, que tradicionalmente se han asignado a través del rubro conocido como desarrollo internacional” (Paris, 2001: 89), de tal manera que con ese comportamiento, “modifican el panorama de la política internacional” (Price, 1998: 613).

Una vez tratadas las distintas apreciaciones de la seguridad humana, es importante tomar partido de aquella que permite hacer más operativa esta investigación. Esta es la desarrollada por el PNUD y que ha sido objeto de estudio por parte de Ariza, Nef y otros autores aquí citados. En efecto, usa esta particular visión ya que permite conjugar los postulados de este tipo de seguridad y sus categorías, con aquella teoría neoconstitucional que fue estudiada anteriormente, especialmente en lo relacionado con la visión de los sujetos de protección y la modificación de la base de pensamiento.

2.3 Formulación del concepto de seguridad humana

La seguridad humana⁷⁹ es una categoría caracterizada por la presencia de elementos articuladores, relacionados con la prevención de

79 “Tal y como la formula, si el desarrollo humano consiste en un proceso de ampliación de la gama de opciones y capacidades de las personas, la seguridad humana consiste en que las personas puedan ejercer tales opciones de forma libre y segura, con una relativa confianza en que las oportunidades de hoy no desaparezcan mañana. Implica que todas las personas tengan la capacidad de ganarse la vida y satisfacer sus necesidades básicas, de estar en condiciones de valerse por sí mismas y de participar en la comunidad. En otras palabras, es la seguridad de las personas en sus vidas cotidianas, que se alcanza mediante el desarrollo humano y no mediante las armas y los ejércitos. La seguridad humana se centra en atajar las causas de las crisis y los conflictos, lo cual le confiere un carácter preventivo de las crisis humanitarias, la desintegración social y los conflictos. Por tanto, en la medida que ahorra costes tanto económicos como humanos, resulta más eficiente que la ayuda humanitaria que trata de aliviar las crisis cuando ya se han desencadenado” Pérez, K. (2006). Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo. Retrieved 25 de septiembre de 2013 from Universidad del País Vasco: <http://www.dicc.hegoa.ehu.es/listar/mostrar/204> Pérez, K. (2006). Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo. Retrieved 25 de septiembre de 2013 from Universidad del País Vasco: <http://www.dicc.hegoa.ehu.es/listar/mostrar/204>.

los conflictos, el respeto y observancia de los derechos humanos y con el ejercicio de la democracia en el sentido más amplio posible. Asimismo, esta nueva categoría hace reflexiones integradoras ya que las amenazas hacia individuos, pueblos, nacionalidades y colectivos trascienden lo bélico, se trasladan a esferas más complejas, las cuales se originan en fenómenos demográficos, culturales, económicos, naturales y políticos.

La existencia de nuevas amenazas, además de la violencia convencional,⁸⁰ exige formular criterios integradores de seguridad, que trasciendan la protección del Estado como fin último, opinión con la cual concuerda Rojas, al mencionar que “la seguridad estatal corresponde a la seguridad clásica, a los aspectos vinculados primordialmente con la soberanía y los temas de fronteras. El peso de las fuerzas militares y su balance, así como los conceptos asociales a la disuasión y a la defensa, se ubican en este nivel. La seguridad humana aborda dimensiones más locales aunque respondan a grandes masas humanas” (Rojas, 2002: 15).

Tres realidades permiten la formulación de las categorías en seguridad humana. En primer lugar, los conflictos bélicos entre Estados son cada vez menos frecuentes pero a su vez, se incrementan de manera incesante aquellos conflictos internos derivados de diferencias culturales, étnicas, religiosas, así como de la violencia originada por formas de delito cada vez más complejas y estructuradas. En segundo lugar, las diferencias entre seguridad nacional y seguridad internacional cada vez más disminuyen su importancia y son menos marcadas en razón de los procesos de globalización, tanto económicos, políticos y tecnológicos que originan interdependencia y una unión entre los dos tipos de seguridad que se han mencionado. Así, para la existencia de paz internacional, es indispensable la existencia de paz civil de orden doméstico. Por último, desde el punto de vista militar, las preocupaciones se han diversificado, así como las tareas, habida cuenta de la multipolaridad que caracteriza al mundo de hoy, lo cual origina la necesidad de crear nuevas políticas de

80 “La violencia y la inseguridad han sido parte inherente al desarrollo y evolución de las sociedades humanas, de ahí que la seguridad sea una de sus aspiraciones centrales y sustantivas para alcanzar la realización de las aspiraciones individuales y colectivas. La seguridad es una condición fundamental que toda democracia debe garantizar, junto a otras, como la libertad, la igualdad y la justicia. Estos valores tienen trascendencia universal y no pueden ni deben transarse por la consecución del otro” (Ministerio del Interior, 2014: 10).

seguridad que resulten más inclusivas. Por ejemplo, la paz que puedan promover las fuerzas militares en sus respectivos territorios de responsabilidad está unida indefectiblemente al concepto de desarrollo y a la protección de los recursos estratégicos del Estado y de sus intereses, más allá de lo bélico y territorial, así como el respeto a los derechos humanos y la protección del medio ambiente (Rojas, 2002).

Las amenazas a la seguridad del ser humano están relacionadas con asuntos políticos, socioeconómicos, de sanidad, así como en cuestiones étnicas y culturales que están conectadas a su vez con procesos de inequidad histórica, vulnerabilidad en razón de pertenencia a un grupo y altos niveles de interdependencia. Así, es necesario avanzar y consolidar un sistema de seguridad humana que se convierta en un verdadero orden global en donde la persona y derechos sean reconocidos como el centro de dicha concepción teórico-práctica.

Seguridad humana y desarrollo humano tienen una cercana relación, de tal manera que, a mayor desarrollo humano, más garantías de seguridad humana es posible ofrecer. En este contexto, es necesario señalar que, a criterio de Pérez de Armiño, la seguridad humana se caracteriza por dos dimensiones básicas: libertad y certeza de que las necesidades básicas serán cubiertas; y, libertad y eliminación del temor de sufrir violencia, amenaza o represión, de tal forma que se abarcan a las distintas formas de amenazas, las cuales pueden ser naturales o antrópicas, planificables o imprevistas, de tal manera que queda en evidencia la multiplicidad de las mismas (Pérez, 2006).

Finalmente, además de lo ya mencionado, es importante recalcar que la seguridad humana debe constituirse como un elemento fundamental en las agendas de los bloques regionales, las organizaciones internacionales y los países, sobre todo en razón de que las amenazas, en el contexto globalizador, ya no se circunscriben a territorios específicos, sino que pueden afectar grandes regiones, lo cual, eventualmente, puede originar conflictos.

Como se aprecia, la seguridad humana puede formularse desde las amenazas que busca enfrentar, situación que será explicada a continuación.

Seguridad humana: tipología, características y amenazas		
Tipo de seguridad	Características	Amenazas
Seguridad económica	Garantía del acceso a: trabajo, remuneración digna o ayuda estatal que permita cobertura de necesidades básicas.	Desempleo, inflación, disminución de salarios, disminución de la capacidad productiva del país. “Creciente incapacidad de los sistemas de producción, comercio y finanzas para solucionar pobreza, desempleo y desigualdad” (Nef, 2002: 54). Inexistencia de políticas públicas generadoras de producción, empleo y redistribución.
Seguridad alimentaria	Disponibilidad de alimentos y capacidad de adquirirlos.	Aumento del nivel de consumo, agotamiento de reservas alimentarias, deficitaria producción, uso de grandes extensiones agrícolas para cultivos no alimenticios, aumento de importaciones fundamentales.
Seguridad sanitaria	Condiciones óptimas de salud para la población. Acceso a sistema de salud, incluso en enfermedades degenerativas o catastróficas.	Epidemias, inexistencia de política de salud preventiva por parte del Estado, acceso precario o restringido a salubridad, incluyendo agua y alcantarillado.
Seguridad de medioambiente	Desarrollo sostenible y sustentable. Uso racional y equilibrado de los recursos renovables y no renovables.	Deforestación, explotación excesiva o no planificada de recursos, reducción de la capa vegetal, disminución de la variabilidad genética, erosión, desertificación, disminución de la capa de ozono, contaminación visual, auditiva y del aire, industrialización sin responsabilidad social, defoliación, sequía y modificación de los ciclos del clima, contaminación del mar.
Seguridad personal	Ausencia de amenazas provenientes de la violencia, proveniente de la represión estatal y del cometimiento de ilícitos por parte de particulares.	Violaciones a los derechos humanos, represión política y étnica, movilidad humana forzada, conflictos civiles y políticos, mutación y migración del delito organizado, perfeccionamiento de las modalidades delictivas urbanas, inacción estatal en la cadena de seguridad, violencia de género.

Seguridad humana: tipología, características y amenazas		
Seguridad comunitaria	De tipo colectivo, sensación de protección que tiene el individuo respecto de su colectividad.	Ejercicio de violencia por grupos étnicos, nacionalidades y pueblos. Extralimitación en el ejercicio jurisdiccional en sistemas plurijurídicos. Discriminación y violencia por motivos raciales o religiosos.
Seguridad política	Respeto a los derechos fundamentales. Promoción de los derechos humanos. Establecimiento de mecanismos de protección, judicialización y reparación de derechos.	Institucionalización de la represión como política de Estado, autoritarismo, abuso o aplicación discrecional de instituciones jurídicas, inexistencia de políticas, planes y proyectos con enfoque de derechos, procesos secesionistas, disminución del sentido de pertenencia al Estado.

Elaboración propia en base a Dubois (2006); Nef (2002); Ariza (2011); Pérez (2006) y Rojas (2002).

Del análisis propuesto, respecto a los ámbitos y problemáticas de la seguridad humana, se aprecia que los retos son abundantes y las amenazas diversas en este aspecto. Al generar un ejercicio inclusivo, la seguridad humana requiere del concurso de diversos actores, desde la política internacional, el gobierno y la academia, que permitan evaluar las causas de inseguridad y generar soluciones efectivas a estas. En este contexto, la seguridad no es solo una cuestión de delincuencia en lo interno o de conflictos bélicos en lo externo, sino que trasciende para ser una cuestión a visualizar desde la economía, la politología, el derecho constitucional, la antropología y los estudios de derechos humanos, especialmente de aquellos correspondientes a grupos vulnerables y de atención prioritaria.

Concluyendo este análisis sobre la conceptualización y formulación de la seguridad humana, es importante mencionar que las implicaciones en todos los ámbitos son significativas, dada la naturaleza de las situaciones a enfrentar. En este contexto, el Estado debe generar políticas que garanticen en la mayor medida posible, a toda la población, un verdadero desarrollo, optimizando los mecanismos de lucha contra la pobreza, eliminación de la discriminación, acercamiento real de la democracia de los sectores más vulnerables y promoción del real ejercicio de los derechos humanos.

“Hablar de seguridad humana, por tanto, plantea exigencias, objetivos y medios diferentes a los que se derivan meramente del

concepto tradicional de seguridad. En suma, se trata de una visión innovadora que, como la noción de desarrollo humano, puede contribuir al cambio social” (Pérez, 2006).

2.4 Seguridad humana y neoconstitucionalismo

La existencia de diversas amenazas que trascienden lo convencional, que mutan, se transforman, migran y que dependen de factores antrópicos y naturales, requieren de la formulación de propuestas integrales, que busquen generar condiciones óptimas para garantizar, en varios frentes, la seguridad de las personas. En ese contexto aparece la seguridad humana, como un criterio integrador que, dentro de un mismo concepto, busca encaminar las acciones de los distintos actores hacia la provisión de las condiciones más óptimas de seguridad en los ámbitos estudiados a lo largo de este capítulo.

Asimismo, de lo analizado en el capítulo I de esta investigación, se desprende el momento neoconstitucional que vive nuestra región y nuestro país, con instrumentos constitucionales que han evolucionado positivamente desde los años 70 del siglo pasado y que, por tanto, contienen categorías nuevas e innovaciones en pleno desarrollo, especialmente en lo relacionado con la misión del Estado, la protección de individuos, pueblos, colectivos y nacionalidades y la promoción de sus derechos.

Conectando las reflexiones sobre neoconstitucionalismo con aquellas respecto de seguridad humana, se concluye que existe una importante conexión entre estas dos teorías o categorías de estudio, oportunidad que no ha sido aún abordada a profundidad y que puede promover aún mejores perspectivas académicas y políticas en lo futuro.

En efecto, se aprecia que el neoconstitucionalismo y la seguridad humana guardan conexión en aspectos tales como:

- Ser construcciones teóricas en constante evolución y cuestionamiento.
- Generar debates y enriquecer la capacidad de diálogo social y político.

- Generar nuevas oportunidades para la elaboración de política pública en los más diversos aspectos de la vida social, desde un enfoque de protección de derechos.

Sin embargo, la relación más importante entre estos dos elementos, y que permite operativizar esta investigación, es sin duda el enfoque del sujeto de protección mediante el cambio de matriz de pensamiento político y jurídico. Si en el constitucionalismo clásico y la seguridad nacional de tipo defensivo se privilegiaba la protección de la existencia del Estado y su soberanía, ahora el neoconstitucionalismo y la seguridad humana se decanta por generar condiciones de real y pleno ejercicio de derechos de las personas, pasando de una visión estatocéntrica a una más antropocéntrica, en donde individuos, pueblos, nacionalidades y colectivos son el centro del pensamiento estatal y del enfoque de derechos.

Generada la similitud y la conexión entre estas categorías operativas y teóricas, es necesario verificar si estas se reproducen en la práctica social, jurídica y política de la seguridad en Ecuador, especialmente en el caso de los estados de excepción, cómo una herramienta que, mal utilizada, puede generar discrecionalidad estatal y, por tanto, vulnerar la teoría y la ideología neoconstitucionalista y los principios de la seguridad humana.

Si el Estado es el principal llamado a aplicar estos niveles de análisis del neoconstitucionalismo, así como la promoción de los postulados de la seguridad humana, esto debería dar como resultado hechos concretos, que permitan verificar que los niveles teórico e ideológico se cumplen y se expresan a través del nivel práctico, desde el activismo de los jueces y la acción positiva de las autoridades públicas.

Por medio del siguiente capítulo de esta investigación serán trasladados a la práctica de la institución jurídica de estado de excepción los postulados teóricos estudiados hasta este momento, a fin de realizar varias discusiones sobre su aplicación en la seguridad de Ecuador, incluyendo su evolución desde el estado de emergencia establecido en la Constitución de 1998.

Capítulo III

Discusiones teóricas sobre el estado de excepción

3.1 Introducción: la dinámica de los estados de excepción

Durante el siglo xx, diversos países, tanto en América Latina⁸¹ como en el resto del mundo, han usado la institución de la excepción en diversas circunstancias, tanto legítimas como ilegítimas. Estas últimas, basadas en estados de excepción desnaturalizados, han generado violaciones o han puesto en peligro ciertos derechos humanos, en especial aquellos relacionados con la seguridad de individuos, pueblos, nacionalidades y colectivos.⁸² Este tema refiere una “importancia universal, y la mejor demostración de ello lo constituye el hecho que la materia está regulada prácticamente en todas las constituciones actuales y en los principales instrumentos internacionales sobre

81 “En los diversos sistemas jurídicos latinoamericanos, existe una gran variedad de denominaciones para hacer referencia a los estados de excepción o emergencia: estados de guerra, de sitio, de suspensión de garantías, de mandato de seguridad, medidas prontas de seguridad, etc.” (Zovatto, 1990: 25).

82 “El derecho internacional de los derechos humanos y en particular el derecho positivo, si bien reconoce el derecho del Estado de suspender el cumplimiento de determinados deberes impuestos por el derecho internacional en esa materia, también condiciona tal derecho al cumplimiento de una importante serie de requisitos. Entre ellos se destacan la tipificación de las circunstancias que justifican la suspensión; el principio de necesidad, que se divide en el principio de proporcionalidad y temporalidad; el principio de no discriminación; la clasificación de ciertos derechos como “no suspendibles” y en el Sistema Americano, la extensión de la “no suspendibilidad” a las garantías judiciales necesarias para la efectiva protección de los derechos a los cuales se aplican; el principio de la publicidad de medidas de suspensión: la prohibición de emplear cualquier derecho reconocido por los instrumentos de derechos humanos para “destruir” o restringir indebidamente otro de los derechos reconocidos en ellos; el principio según el cual cualquier limitación a un derecho humano debe ser consistente con la democracia y el principio de que la suspensión del cumplimiento de un instrumento de derechos humanos no debe afectar obligaciones en materia de derechos humanos procedentes de otras fuentes de derecho positivo o consuetudinario” (O’Donnell, 2001: 165-166).

derechos humanos,⁸³ a la vez que es de carácter de excepcional trascendencia para América Latina” (Zovatto, 1990).

El cuestionamiento de la academia y la sociedad respecto del estado de excepción se origina en que diversos gobiernos han hecho uso de la herramienta con una frecuencia que la ha desnaturalizado. Los hechos históricos latinoamericanos han establecido que esta excepcionalidad ha sido usada esta manera con fines de cumplimiento político, como inicio de una desestabilización política encaminada a terminar con el régimen democrático o para mantener un régimen de facto ya existente. Todo este escenario ha generado un debate en América Latina sobre cómo los regímenes constitucionales pueden regular de la forma más adecuada la institución del estado de excepción, especialmente desde el punto de vista de la notoria incidencia que su aplicación desnaturalizada puede tener para el respeto y el ejercicio de los derechos humanos y para la gobernabilidad.

Mediante este estudio, en donde se busca relacionar el neoconstitucionalismo y la seguridad, es indispensable hablar sobre los estados de excepción,⁸⁴ institución jurídica que, correctamente usada,⁸⁵

83 “Llama la atención el hecho de que este principio figura en solo dos de los instrumentos que forman parte del principal marco de referencia de este libro, en el PIDCP y en la Convención Americana, y no aparecen ni en la Declaración Universal de Derechos Humanos ni en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Declaración Americana). La ausencia de referencias a este principio en estas dos grandes declaraciones de derechos humanos puede parecer lógica en la medida en que el principio está formulado como el reconocimiento de la facultad del Estado de “suspender unilateralmente y temporalmente algunas de las obligaciones” contraídas en virtud de la ratificación del tratado respectivo. Las declaraciones no fueron redactadas con el objeto de definir obligaciones vinculantes, fue con el correr del tiempo y su creciente aceptación por la comunidad internacional que estas normas se fueron transformando de imperativo moral y objetivo político en norma legal” (O’Donnell, 2007: 980).

84 “El derecho francés inaugura la creación de disposiciones jurídicas destinadas a regular situaciones graves de conflictos internos o externos que pusieran en riesgo a las autoridades públicas. En este sentido, Agamben afirma que la idea de una suspensión de la constitución es introducida por primera vez en la constitución del 22 frimario del año VIII, a través del artículo 92 que expresa: “Dans le cas de révolte à main armée ou de troubles qui menaceraient la sécurité de l’État, la loi peut suspendre, dans lieux et pour le temps qu’elle détermine, l’empire de la constitution” (Delgado, 2011: 170).

85 “Las autoridades y los órganos universales e interamericanos de protección de los derechos humanos reconocen unánimemente que la finalidad de esta institución jurídica es la preservación del estado de derecho y del principio de legalidad” (O’Donnell, 2007: 982).

permite observar y proteger importantes derechos fundamentales⁸⁶ ante situaciones particulares que originen un riesgo real, inminente y realmente existente para individuos, pueblos, nacionalidades y colectivos, así como para los demás elementos del Estado, como el poder y el territorio.⁸⁷

En ocasiones, ciertos actos del poder público, llamados a contrarrestar o defender a la sociedad de una amenaza determinada, especialmente en asuntos de seguridad, terminan convirtiéndose en elementos aún más complejos de enfrentar que la situación adversa que se busca neutralizar.⁸⁸ Así, estos actos del poder público, expedidos

86 Al respecto, siguiendo a Ferrajoli, se establece que “los derechos fundamentales pueden verse desde tres aristas distintas. La primera, relacionada con la teoría del derecho, respecto a la cual señala que dichos derechos son aquellos directamente adscritos o conectados universalmente a los seres humanos en cuanto personas y ciudadanos, con capacidad de obrar, de lo cual deviene su característica de inalienables y la consiguiente necesidad de extraerlo de la esfera de la política y del mercado, convirtiéndolo en regla general. La segunda acepción viene dada por los procesos de positivización. En efecto, la positivización de los derechos, iniciada con la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, la cual, a su vez, ha sido adaptada a sistemas regionales y locales de protección de dichos derechos, da lugar a esta visión, frente a la cual, la realización de catálogos de derechos y sus medios de protección permite su apareamiento en ordenamientos formales. Por último, la tercera visión se refiere a qué derechos, de aquel conjunto iusnaturalista y positivista mencionado anteriormente, deben ser considerados fundamentales. Para dar respuesta a esta cuestión se plantean, a su vez, tres criterios. El primero de ellos relacionado con la observancia entre derechos humanos, paz y los derechos de primera generación, civiles y políticos. El segundo criterio va conexo con el derecho a la igualdad, formal y material. El último criterio es el relacionado con “el papel de los derechos fundamentales como leyes del más débil. Todos los derechos fundamentales son leyes del más débil en alternativa a la ley del más fuerte que regiría en su ausencia (...) el derecho a la vida, (...) los derechos de inmunidad y libertad, (...) los derechos sociales” (Ferrajoli, 2007: 87).

87 Sobre la naturaleza del estado de excepción, Ortegón señala que “la declaratoria de los estados de excepción es una facultad del Ejecutivo para hacer frente a situaciones de crisis que no pueden ser resueltas por la legislación ordinaria, quedando revestido para dictar las medidas estrictamente necesarias para conjurar las situaciones de crisis (...) y procurar el restablecimiento de la normalidad e impedir la extensión de sus efectos. Sin embargo, esa facultad no es ilimitada ni absoluta, sino limitada por la misma constitución a situaciones de carácter excepcional que no pueden ser conjuradas con las medidas ordinarias” (Ortegón, 2010, pág. 58).

88 Dentro de la contextualización histórica que permite establecer la base por la cual en la región latinoamericana suele abusarse del estado de excepción, valga mencionar la opinión de Zovatto, quien sigue a Montealegre, al señalar que: “no es posible dejar de lado la consideración de que, muchas veces, la aplicación de los estados de excepción se unió o se vinculó con la Doctrina de la Seguridad Nacional, que tuvo históricamente en nuestro continente, momentos de auge, coexistente con masivas violaciones a los derechos humanos, pero que

en función de las instituciones jurídicas existentes, especialmente aquellas restrictivas de derechos, pueden llegar a originar resultados distintos a los que se buscaba enfrentar. Al respecto, Dávalos señala que “esto es aplicable en ciertas ocasiones a los regímenes de estados de excepción cuando, bajo el estandarte de defender la democracia o mantener la seguridad, se toman medidas excepcionales que vulneran derechos humanos de manera democrática” (Dávalos, 2008: 123).

Mediante este capítulo se busca hacer un análisis profundo sobre la institucionalidad del estado de excepción en la Constitución de 2008, su antecedente histórico en la Constitución de 1998 y apreciar cómo, a pesar del cambio de la teoría constitucional, el estado de excepción actual continúa reproduciendo las mismas dinámicas de protección estadocéntrica que se podían observar con el modelo constitucional anterior.

3.2 Debates teóricos sobre los estados de excepción

Dávalos señala que “existen al menos dos acepciones respecto de lo que es un estado de excepción;⁸⁹ por un lado, se refiere a la contravención total y absoluta del Estado de derecho por un gobierno de facto; en un segundo acercamiento, se hace relación a la modificación de ciertos mecanismos del estado de derechos para su defensa en situaciones extraordinarias” (Dávalos, 2008: 124; Valenas, 2000).

En este contexto, es factible desarrollar algunas ideas respecto a la definición de la institución jurídica que es objeto de este estudio.

cayó en desprestigio y repudio, al afirmarse el retorno a la democracia que caracteriza la actual realidad política de América Latina” (Zovatto, 1990; Montealegre, 1985)

89 Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos define al estado de excepción como “aquel conjunto de medidas que tiene por finalidad conjurar una situación originada en un Estado de guerra exterior, grave perturbación del orden público que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado, o la convivencia ciudadana o cuando se presente perturbaciones del orden económico, social o ecológico o que constituya grave calamidad pública. Los estados de excepción deben tener en cuenta que solo pueden referirse a materias directamente relacionadas con la situación que determine la declaratoria, no podrán suspender los de Derechos Humanos ni las libertades fundamentales y se deben igualmente respetar el Derecho Internacional Humanitario” (CIDH, 2012).

El estado de excepción es entendido como el régimen especial que, previsto en la normativa, permite alterar el status de normalidad que esa misma norma prevé, permitiendo que el Estado defienda, ante todo, los derechos de los individuos y colectividades que hacen parte de su elemento humano⁹⁰ y, subsidiariamente, a los demás elementos del Estado que puedan verse afectados por situaciones reales, inminentes, no previsibles y que no puedan enfrentarse mediante los cánones previstos en la legislación de aplicación ordinaria. Esto da como resultado la necesidad de que el régimen de excepción, sus principios y reglas, se encuentren expresamente regulados en la legislación superior del ordenamiento jurídico.

Así, se aprecia que la existencia de situaciones de especiales características que ponen en riesgo a los elementos del Estado, con especial énfasis en los individuos y colectividades, puede requerir el uso no permanente y debidamente controlado de un estado de excepción. La instauración de este régimen jurídico permite al Estado, en la mayoría de estos casos excepcionales, enfrentar y solucionar los problemas que conllevan dichas situaciones y, en teoría, volver a la normalidad de una forma expedita, de tal manera que la excepcionalidad sea mínima.

Con respecto a su viabilidad por medio del derecho positivo, Dávalos señala que “tanto el derecho internacional como el derecho interno de los Estados admiten que, en situaciones de crisis, las autoridades competentes puedan suspender el ejercicio de algunos derechos, con la finalidad de restablecer la normalidad y el goce de

90 En opinión de Zovatto, “la cuestión de los derechos humanos durante los estados de excepción o emergencia, de la aplicación de las normas constitucionales pertinentes, de los instrumentos internacionales que prevén para estas situaciones la posible suspensión transitoria de ciertos derechos y de las garantías, materiales y formales que deben necesariamente respetarse, constituyen temas de significativa importancia jurídica y política. En América Latina, el asunto ha adquirido especial relevancia, (...) derivada de la generalizada práctica de recurrir, en muchos países de la región, a la implantación de estados de emergencia para hacer frente a situaciones caracterizadas como disturbios o tensiones internas, alteraciones del orden público y movimientos calificados como subversivos o terroristas” (Zovatto, 1990: 15).

otros derechos, tomando siempre en cuenta la intangibilidad⁹¹ de derechos” (Dávalos, 2008: 125).

Visto desde lo interno, el fin básico de los estados de excepción se relaciona con la defensa del poder legal y legítimamente constituido (denominado orden constituido) y de las instituciones fundamentales de la construcción jurídico-política, con especial y cuidadoso énfasis en un enfoque de derechos de individuos y colectivos. Así, esta figura puede velar válidamente por la protección de aquel orden y sus instituciones, pero poniendo al ser humano y sus derechos como factor primordial de esta acción.

La seguridad, desde la visión neoconstitucionalista, debe ser encaminada a garantizar los derechos de las personas que viven en el Estado por lo que, bajo esta visión, la defensa del Estado debe superar las concepciones basadas únicamente en el mantenimiento del status quo. El estado de excepción en el contexto de la seguridad humana y del neoconstitucionalismo debe proteger estrictamente los derechos de los seres humanos que pudiesen ser vulnerados por circunstancias que no pueden ser controladas por los medios regulares, siempre manteniendo vigentes las salvaguardas y garantías relacionadas con el ejercicio de dichos derechos.⁹²

La (...) Corte Interamericana de Derechos Humanos establece que no existe duda de que el Estado tiene el derecho y deber de garantizar su propia seguridad, y que es indiscutible que toda sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico; pero no se puede admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno, o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos. (...) Un gobierno que

91 Señala que la intangibilidad de los derechos humanos “se trata de uno de los principios más importantes que rigen la legalidad del estado de excepción, pues pone límites infranqueables al ejercicio de los poderes de crisis (...). El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (...) estipula con precisión aquellos derechos fundamentales cuyo ejercicio no puede ser objeto de suspensión o restricción. En algunos casos, dicha intangibilidad abarca (...) el derecho a la vida, prohibición de tortura, de la esclavitud y la irretroactividad de la ley penal” (Despouy, 1999: 230).

92 “Lo que se pretende es la protección de la persona, de los miembros de la sociedad, no de la sociedad en sí misma como un ente abstracto o bajo el concepto de mayoría, pues de esa manera cabría la posibilidad de infringir derechos individuales por el bien común” (Dávalos, 2008: 126).

garantice los derechos individuales no puede definir los derechos de los ciudadanos de modo tal que queden aislados por supuestas razones del bien general (Dávalos, 2008: 124-126; 1999: 42).

La naturaleza de los estados de excepción ha originado importantes debates en los foros jurídicos y de la seguridad, especialmente en relación con su capacidad de restringir derechos y de convertirse, eventualmente, en una distorsionada herramienta de legitimación de la discrecionalidad estatal, aún en procesos ampliamente democráticos.

Estos debates han estado presentes en relación con las diferencias ideológicas, teóricas y prácticas que se aprecian en la aplicación del estado de excepción. La mayoría de estos diálogos se centran en el cuestionamiento de la validez como tal de la institución jurídica. Gabino Ziulu toma partido por una posición pesimista, aunque acepta la existencia de la institución y señala que los estados de excepción constituyen “una incrustación de sesgo autoritario en las propias entrañas de la democracia” (Gabino, 2000: 177).

Conectando con el autor anterior, Dávalos colige que “una de las corrientes es muy crítica hacia la institución, (...) ya que considera que el estado de excepción es incongruente con el estado de derecho puesto que este, al estar fundamentado en un orden constitucional legítimo, no debe recurrir –ni aún en las circunstancias más difíciles– a instrumentos que sean contrarios a las convicciones democráticas. (...) Es una institución innecesaria pues solo está prevista para casos de emergencia grave, cuando precisamente más se necesita de la tutela del orden constitucional. (...) Así, en la actualidad vivimos en un perpetuo estado de excepción, en el cual la violencia pública es la regla, en el cual la excepcionalidad se ha convertido en normalidad” (Dávalos, 2008: 127).

En sentido similar se han expresado Heiss y Agambem,⁹³ quienes señalan “que los estados de excepción no tienen, entonces, nada de

93 En la misma línea de la filosofía política de Agambem, Heiss señala que los estados de excepción tienen su origen en el antiguo derecho romano, más específicamente, en la institución del *iustitium*, una institución que suspendía todo el orden legal, creando un vacío jurídico. Y usando esta misma característica de su génesis, plantea que se está dando un cambio de paradigma, donde la excepción pone en riesgo la división de lo público y lo privado, a la vez que el estado de derecho es desplazado inexorablemente por la excepcionalidad,

constitucional. No hacen más que suspender toda legalidad, dejando a los ciudadanos a merced de lo que él (Agambem) llama ‘el poder desnudo’. Para Agambem, no tiene sentido esgrimir criterios de temporalidad y extrema necesidad para justificar el estado de excepción; todo intento por limitar el poder en una situación de emergencia es vano” (Heiss, 2005: 287).

Queda claro que el estado de excepción permite proteger elementos propios de los derechos fundamentales, así como características del mantenimiento del Estado y el poder constituido. Sin embargo, también puede ser usado para dar ciertos visos de legitimidad a vulneraciones a derechos humanos e incluso a situaciones de uso regular de la excepcionalidad, con motivaciones políticas. Así, dado que su utilización discrecional puede generar resultados inadecuados, sobre todo en lo referente a derechos, la institución debe limitar su aplicación a casos taxativamente definidos por la norma constitucional y que guarden coherencia con la naturaleza excepcional de la medida a implementar. Al respecto, Hutchinson señala que “el derecho de excepción, que sirve para paliar la crisis, debe siempre ser interpretado de forma restrictiva. La razón fundamental es su carácter excepcional y limitativo de derechos” (Hutchinson, 2002: 36).

Las visiones que critican al estado de excepción se inclinan por impulsar la inexistencia de la institución dentro del orden constituido y, por tanto, la eliminación de las normas donde se la regula, especialmente de la expresión normativa más importante: la constitución. Esta posición se origina en la idea de que la única función de la excepcionalidad es ser una herramienta de vulneración de derechos, especialmente aquellos relacionados con la seguridad de los individuos y colectividades que hacen parte del Estado. Los teóricos de esta tendencia no niegan en lo absoluto que el Estado pueda

dando lugar a que la violencia pública pueda actuar de manera libre, en desconexión con las normas que deberían regular permanentemente esa institucionalidad. Es interesante su razonamiento al señalar que “el nuevo paradigma de gobierno que hace de la excepción la norma implica eliminar toda distinción entre violencia legítima e ilegítima. No se trata, por lo tanto, de defender las libertades individuales o los derechos civiles, o de atacar determinados abusos de poder. No se trata, en realidad, de defender nada, sino simplemente de mostrar que la violencia pública es incontenible y encogerse de hombros” (Heiss, 2005: 288).

tener momentos críticos, que puedan poner en riesgo a sus elementos, pero aseguran que estas situaciones pueden y deben ser superadas con las herramientas proporcionadas con la legislación común⁹⁴ y sus instituciones, las cuales están comúnmente vigentes en todo momento, en función del sistema democrático establecido en la carta constitucional (Lafuente, 1989: 26).⁹⁵

Asimismo, se establece que el debate debe ir más allá de las consideraciones de legitimidad del estado de excepción, para llegar a un punto en el cual se cuestione el uso de esta institución jurídica como un elemento de discrecionalidad por parte de los poderes públicos (específicamente del Ejecutivo). De la misma forma, la discusión debe direccionarse a cómo esa discrecionalidad debe limitarse

94 En el contexto de los estados de excepción, el cuestionamiento principal se relaciona con la factibilidad de someter esta institución al derecho, en aras de la necesidad de un momento de especial tensión para uno o más elementos del Estado. El razonamiento establece que recurrir de manera continua a la excepcionalidad conlleva un permanente riesgo para la estructura constitucional y sus instituciones, así como los derechos fundamentales. Al respecto, Verdú realiza una aproximación que resulta conveniente para este análisis, al mencionar que “el problema consiste en que, merced a las transformaciones sociales, ha habido una transposición entre la regla y la excepción, entre la norma y el hecho, de manera que el momento excepcional ajurídico se ha convertido en fenómeno normal; y entonces, a fuerza de producirse y repetirse, ha desbordado los causes jurídicos concebidos como ordinaria regulación de lo normal. La repetición del estado de necesidad en el derecho político conduce a la desvaloración de la normatividad constitucional, en la medida que, aunque esta haya previsto y se encuentre en ella implícita la aparición de la anormalidad, no obstante su continuada repetición, hiere gravemente al principio de supremacía de la ley, la cual se concibe en términos genéricos para que impere lo más largamente posible en la normalidad del estado de derecho” (Verdú, 1986: 678-681).

95 Otras ideas también han aportado al debate de esta cuestión. Lafuente, siguiendo a Wigny, señala que “se niega justificación al establecimiento de un derecho de excepción que suspenda la vigencia de la norma constitucional” (Lafuente, 1989: 28).

Wigny, mediante su teoría de la fuerza mayor, trata de cuestionar la validez de los actos jurídicos que no son realizados bajo el procedimiento regular, por medio del análisis, caso por caso, de las circunstancias operativas de la situación. Así, solo si existe un acto o hecho en donde confluyan, de manera conjunta, situación más grave que el denominado estado de necesidad, falta de condiciones para el funcionamiento regular de la institución y exposición a un peligro inminente e inevitable, podría hablarse de fuerza mayor y, por tanto, autorizarse la excepción. En este contexto, no basta con la verificación de las circunstancias anteriormente descritas. Wigny adiciona que el estado de necesidad no puede ser justificación de un poder arbitrario. El ejercicio de dicho estado deberá enmarcarse en el espíritu de la constitución, la cual deberá respetarse en toda la medida posible, de tal manera que el período y la dimensión del “salto legal” sea lo más corto posible (Wigny, 1989: 198-200).

al máximo,⁹⁶ a tono con la consideración de restricción de derechos que es propia del estado de excepción.

Por otro lado, frente a estas visiones negativas respecto del estado de excepción, se puede apreciar la existencia de otras que justifican la necesidad y validez de la institución que se estudia. Gabino al respecto señala que es “imprescindible que el Estado democrático esté dotado, en su constitución, de instrumentos que, en épocas de graves emergencias, sirvan para conjurar situaciones críticas que pueden llegar a amenazar la subsistencia misma del Estado, aun cuando sea el precio de concentrar transitoriamente el poder en determinados órganos o personas y de restringir los derechos y las garantías constitucionales” (Gabino, 2000: 178).

En este contexto, se deben establecer y especificar en la norma constitucional determinadas circunstancias que justifiquen la emisión y permanencia de un estado de excepcionalidad, así como los principios involucrados. En virtud de la naturaleza restrictiva de la institución, es necesario asimismo que se establezca el mecanismo jurídico –mediante una norma de menor rango– que permita emitir la decisión de emisión, continuación o finalización del estado de excepción, con sus particulares disposiciones específicas,⁹⁷ a fin de superar la cuestión excepcional que se trata de enfrentar.

96 Al respecto, Lafuente, siguiendo a Cruz, señala que “se conceptúa el derecho de excepción como una garantía diacrónica del orden público configurado por la constitución para superar de crisis constitucional que superan capacidad normativa de la constitución”. Esto permite colegir que dichos límites y el respectivo control para evitar la discrecionalidad deben estar establecidos en la constitución (Lafuente, 1989: 30; Cruz, 1984: 14-24).

97 En el caso ecuatoriano, estas normas de menor rango son Decretos Ejecutivos. La institución se encuentra regulada en los artículos 164 a 166 de la Constitución ecuatoriana de 2008. Al respecto, es importante mencionar que la potestad de emisión del estado de excepción es exclusiva del presidente de la República, quien puede disponer el inicio de la excepcionalidad en todo el territorio o una parte de este únicamente cuando se aprecie como amenaza inminente y real a agresión, conflicto armado internacional o interno, grave conmoción interna, calamidad pública o desastre natural, todo lo cual, en principio, no debería interrumpir las actividades del Estado. Respecto a los principios, novedad constitucional, se debe observar que la medida dispuesta sea necesaria, proporcional, legal, temporal y razonable. Es de mandatorio cumplimiento que el Decreto Ejecutivo que contenga la orden de excepcionalidad señale expresamente la causal y su motivación, el ámbito territorial, la duración, las medidas a aplicarse y los posibles derechos a ser suspendidos, así como las debidas notificaciones a la Asamblea Nacional, la Corte Constitucional, la ONU y la OEA. Es potestad de la Asamblea Nacional revocar la excepcionalidad en cualquier momento si

Al efecto Lafuente, quien sigue a Hauriou, señala que “en circunstancias anómalas es preferible (...) una norma excepcional que del derecho inferior que dicte el poder Ejecutivo antes que arriesgar la supervivencia del Estado constitucional por defender la competencia del poder Legislativo para elaborar las fuentes del derecho superior” (Lafuente, 1989: 26; Hauriou, 1980: 627-631).

Siendo así, el estado de excepción halla su justificación en la necesidad de defender a los elementos del Estado de amenazas que puedan afectar su existencia, sin descuidar la necesaria precaución con el ejercicio de derechos de las personas. Vergottini al respecto señala que “es comprensible en caso de peligro, cuando es imposible recurrir a las modalidades constitucionalmente previstas, se pueda actuar en derogación de la constitución, provocando su suspensión temporal, introduciendo una nueva normativa excepcional” (Vergottini, 1989: 190-191).

Las discusiones anteriores demuestran que las posiciones son diversas respecto de la necesidad y legitimidad de la existencia de una institución jurídica que permita restringir derechos y movilizar los recursos del estado a través de normas de rango inferior.

Sin embargo, es importante señalar que se requiere una posición de consenso sobre la existencia de un régimen de excepción, el cual debe estar claramente delimitado tanto en los presupuestos que lo motivan como en los principios que lo regulan. En efecto, es indispensable que la constitución haga la previsión correspondiente de las situaciones que pueden poner en riesgo a cualquiera de los elementos del Estado, con un claro enfoque hacia los derechos de los individuos y colectividades, lo cual es especialmente notorio en un estado neoconstitucionalista que busca aplicar criterios como la seguridad humana.

considera que las condiciones adversas se han superado y, en todo caso, ningún estado de excepción puede durar más de 60 días. Si las causas de inicio se mantiene, el estado puede renovarse hasta por un máximo de 30 días adicionales, lo cual se entiende como un nuevo estado de excepción para efecto de las notificaciones antes mencionadas. La falta de renovación del estado o la falta de notificación por parte del presidente de la República generará la caducidad del instrumento de emisión. Finalmente, el estado de excepción debe ser terminado por la misma autoridad emisora, mediante Decreto Ejecutivo, cuando las circunstancias que lo motivaron hayan sido superadas.

Esta posición de consenso puede lograrse mediante una regulación estricta, tanto en lo normativo como en los principios, de las circunstancias y motivos que dan lugar a la excepcionalidad. Desde la perspectiva de esta investigación, la necesidad de la existencia del estado de excepción no se discute.⁹⁸ Lo que sí entra en la discusión es cómo evitar la discrecionalidad, la legitimación de prácticas que vulneren los derechos humanos y el ejercicio abusivo del poder mediante esta institución, lo cual podría suceder, por ejemplo, cuando se dan estados de excepción sin que exista una amenaza real y existente. Al respecto, Dávalos señala que “hay dos vías para evitar las arbitrariedades que se podrían cometer en nombre de los estados de excepción; por un lado podemos eliminar esa posibilidad de la normativa legal y; por el otro, reconocer que en ocasiones es necesario hacer uso de esa institución pero de manera muy limitada y excepcional” (Dávalos, 2008: 128).

Por tanto, la posibilidad de la excepcionalidad debe constar en la norma fundamental del Estado,⁹⁹ por un criterio de legalidad. Las regulaciones establecidas en base a este criterio permitirán definir las condiciones de emisión del estado de excepción y las obligaciones que el Estado contrae en dicha situación, tanto en lo nacional como en lo internacional. Solo así es posible equilibrar la institución con el marco de los derechos humanos y las situaciones que podrían generar amenaza a los elementos de seguridad analizados en el capítulo II.

La posibilidad de decretar estados de excepción constituye una fortaleza y oportunidad para el Estado, siempre y cuando su uso sea razonable, sujeto a la legalidad y obediencia a circunstancias que sean propicias y que no puedan ser enfrentadas a base de la normativa común y la política pública generalmente aplicable. Este uso razonable

98 La eliminación del estado de excepción de la normativa constitucional o legal podría producir discrecionalidad y ejercicio abusivo del poder por parte del Estado, por lo que no es conveniente. El hecho de eliminar la institución no causará, per se, que las amenazas o vulnerabilidades que se busca enfrentar vía excepción desaparezcan. Lo único que se causaría es que, dadas estas circunstancias, los gobiernos puedan “decretar” estados de sitio, excepción o emergencia, de facto, por no existir en la norma. Por tanto, la discusión sobre su existencia queda zanjada por la vía de la necesidad de la institución.

99 El estado de excepción y sus condiciones deben constar en la constitución, a fin de que la institución esté protegida de modificaciones y reformas circunstanciales, que podrían suceder si se encontrase en una ley.

genera oportunidades para precautelar derechos, específicamente el de la seguridad, para los individuos que son parte del conglomerado social.

El hecho de regularizar y aplicar fuertes controles, especialmente el jurisdiccional constitucional a esta figura, “así como reforzar su estudio y análisis desde una perspectiva garantista,¹⁰⁰ es lo único que conducirá a los gobernantes a una buena utilización de la misma, así como a la sociedad civil a exigir de las autoridades respectivas un control adecuado y eficaz, que más allá de las conveniencias políticas, sea una garantía de protección de derechos de las personas” (Dávalos, 2008: 131).

3.3. El estado de excepción y las crisis de gobernabilidad

Desde una visión crítica a la relación estado de excepción-gobernabilidad, Delgado señala que “el signo de identidad del estado de excepción lo constituye la intervención de lo arbitrario mismo: suspensión de toda relación de interlución con el ciudadano –y, por lo tanto, el reconocimiento y garantía de sus derechos– y edifica, a partir de una juricidad anómala, la gobernabilidad mediante un ejercicio ficticio de “democracia representativa” (Delgado, 2011).

En este contexto, la aplicación del estado de excepción genera tensiones con la gobernabilidad, en cuanto legitima la exclusión de la legalidad que debe ser característica del proceso de gobierno, desde la perspectiva de que un conflicto originado que pueda causar desestabilización o inseguridad del Estado legitima la emisión del estado de excepción, el cual puede, de manera expresa o tácita, alterar el normal curso y ejercicio de las garantías y derechos.

El estado de excepción se entiende como una legalidad suplementaria que en determinado momento puede convertirse en un elemento únicamente instrumental del régimen para dar mayor legitimidad u operatividad a posiciones de control social de una determinada

100 El garantismo debe entender como una “estrategia de minimización del poder y de la arbitrariedad y de ampliación de la libertad, es decir, como un sistema de límites y de vínculos jurídicos y, en última instancia, sociales, a todo poder, público o privado, burocrático o de mercado, en tutela de una esfera de derechos personales lo más amplia posible (Pissarello, 2003: 1151-1163).

situación, dando lugar a la desnaturalización, considerando al estado de excepción como algo deseable y justo, en virtud de la necesidad de atender una amenaza que no siempre cumple con las condiciones de generación que se analizan en esta investigación.

3.4 Circunstancias operativas y principios de los estados de excepción

Por medio de los análisis anteriores, se aprecia que la existencia del estado de excepción es necesaria, por lo cual la norma constitucional debe contener sistemas de control específico que eviten la discrecionalidad de aplicación, además de establecer principios y circunstancias operativas.

En este contexto, es importante analizar estos elementos, a fin de formar mejor criterio respecto de esta institución que puede afectar el ejercicio del derecho a la seguridad. Corresponde iniciar con las circunstancias operativas, que constituyen aquellos presupuestos de hecho cuya existencia debe verificarse antes de que se emita un estado de excepción y cuya existencia conjunta es la única forma justificable de mantenerlo:¹⁰¹

8. Hecho real e inminente: el hecho o amenaza que se busca enfrentar mediante un estado de excepción debe existir, ser objetivo, real y actual. Como consecuencia de esto, la prevención o previsión de un hecho que aún no ha sucedido y que se espera suceda con mayor o menor intensidad y certeza no es

101 El artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece condiciones específicas para la aplicación de la excepcionalidad. La norma mencionada dispone que “en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

(...) 3. Todo Estado Parte en el presente Pacto que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en el presente Pacto, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión. (...)” (ACNUDDHH, 1976)

justificativo suficiente ni constituye circunstancia operativa del estado de excepción. Lo contrario sería permitir y promover la discrecionalidad del poder público.

9. **Amenaza a la seguridad del Estado:** entendiéndose que el Estado tiene 3 elementos (*poder, territorio e individuos, pueblos colectivos y nacionalidades*), es fundamental que el estado de excepción esté fundamentado en un evento o hecho que los ponga en peligro, ya sea por afectar a una parte o toda la población, pueda causar vulneración en la seguridad humana o a la soberanía del Estado o genere afectación a la institucionalidad democrática.
10. **Preservación del orden:** es función de un estado de excepción el mantenimiento del orden frente a una amenaza que debe ser actual y debe repercutir en la vida normal del Estado organizado. Para constituirse en circunstancia operativa, el orden que se pretende restaurar debe haber sido gravemente vulnerado, de tal manera que el uso de los mecanismos legales comunes sea insuficiente para controlarlo.

El segundo punto a analizar son los principios inherentes a la institución del estado de excepción. Estos deben ser apreciados y aplicados en conexión con las circunstancias operativas de tal manera que la expedición del estado de excepción sea legal y legítima, conforme la naturaleza de dicha institución jurídica (Dávalos, 2008: 136-145).

1. **Legalidad:** el procedimiento de expedición, control legal y político y terminación debe estar expresamente señalado en la constitución y el poder público deberá ceñirse a lo prescrito en la norma.
2. **Motivación:** al mantenerse los límites formales del ejercicio del poder público, el estado de excepción y el instrumento legal que lo viabilice deben tener motivación suficiente de tal manera que esté investido de validez. Adicionalmente, al tratarse de un acto del poder público, la motivación se trata de una importante formalidad cuya inexistencia puede causar la nulidad de lo actuado.

3. **Notificación:** por su especial naturaleza, de restricción explícita o implícita de derechos, es necesario que cada uno de los estados de excepción sean notificados tanto a los órganos de control constitucional y político así como a los órganos internacionales de derechos humanos.
4. **Temporalidad:** la excepción no puede convertirse en regla y por tanto, es importante que este estado esté limitado al tiempo indispensable para superar el peligro inminente y real que se ha planificado enfrentar.
5. **Proporcionalidad:** la suspensión de derechos y garantías a la población solo está justificada cuando estas son proporcionales y adecuadas a la amenaza que se desea enfrentar. Asimismo, se deberá observar que la situación o amenaza no pueda ser enfrentada por otra forma establecida en la legalidad regular.
6. **Necesidad:** este principio busca limitar al máximo la discrecionalidad estatal al establecer que el estado de excepción solo puede emitirse cuando se ha verificado que las circunstancias a enfrentar no pueden superarse por medio de los cánones normales. Esto exige del poder Ejecutivo, que se aprecie con detenimiento las amenazas, las conecte con los elementos estatales que puedan vulnerar y luego de haber realizado la ponderación correspondiente, decida la emisión o no del acto correspondiente.

De lo anteriormente descrito, se aprecian las circunstancias operativas y principios básicos que deben observarse en cuanto a la aplicación del estado de excepción. Si bien todas guardan un nivel similar de importancia, para efectos de esta investigación se destacarán la circunstancia operativa de hecho real e inminente y los principios de temporalidad y necesidad.

Queda claro que el hecho que motive el estado de excepción debe ser real e inminente. Esto incluye la incapacidad de la administración de disponer la excepcionalidad como una medida preventiva, pues esto genera la discrecionalidad propia de actuar solo bajo supuestos aún no materializados o existentes. Es posición de esta investigación que, incluso, si la información más confiable genera suposiciones

sobre la futura ocurrencia de un hecho que pueda vulnerar la seguridad de cualquier elemento estatal, incluso el humano, el estado de excepción puede considerarse como una opción, pero no puede instrumentarse por medio de la emisión de la orden correspondiente, mientras el hecho o acto que se proyecta no se haya concretado de manera real.

Con respecto a los principios de necesidad y temporalidad, se aprecia su conexión con lo anteriormente descrito, especialmente en lo relacionado con la evaluación del hecho que dé origen a la excepcionalidad.

El hecho que origina el estado de excepción debe ser de tal gravedad que justifique la necesidad de modificar el curso regular de las circunstancias sociales, políticas y de la aplicación de la legalidad, todo lo cual debe ser estrictamente temporalizado, a fin de que la excepcionalidad dure lo menos posible. La regla debería ser que, dado el hecho grave que motiva este acto, este sea continuamente evaluado a fin de determinar su finalización, con el objetivo de terminar con la excepcionalidad de la manera más oportuna, teniendo en cuenta la capacidad del estado de excepción de limitar derechos o de que sea usado para transgredir algunos de ellos, con motivo de la generación de condiciones de seguridad para los elementos del Estado.

3.5 Neoconstitucionalismo, seguridad humana y estados de excepción

A lo largo de este trabajo se han conectado cada una de las categorías analizadas a fin de demostrar cómo se relacionan y cuál es el rol que juegan en la definición del problema investigativo.

En los capítulos anteriores ya se definió la relación entre neoconstitucionalismo y seguridad humana, por lo que corresponde explicar cómo estas dos categorías pueden analizarse a la luz de los estados de excepción: en un primer acercamiento, se la conceptualizó como la seguridad humana que traslada la centralidad de su pensamiento desde el eEstado y su preservación hacia las personas y sus derechos, generando su nota distintiva frente a los sistemas que los precedieron.

En este contexto, es evidente que al tener un Estado teórica e ideológicamente neoconstitucionalista, que garantiza constitucionalmente el derecho a la seguridad en todos sus ámbitos y por ende el derecho al desarrollo (configurando seguridad humana), se puede discernir en primera instancia que es indispensable que en la práctica o metodología guarde la misma línea de acción y, sobre todo, con instituciones de tal magnitud como el estado de excepción. Así, de un Estado neoconstitucionalista, que propugna la seguridad humana como paradigma, no podría esperarse otra cosa que el respeto absoluto a los principios y circunstancias operativas del estado de excepción, porque se concibe que dicho Estado ha asimilado adecuadamente la teoría y la ideología de un sistema que pone al ser humano y sus derechos ante todas las cosas. En este esquema, un Estado de constitución neoconstitucionalista debería usar los estados de excepción como herramienta ultima ratio, cuando se haya concluido luego de la ponderación correspondiente, que no es posible enfrentar la amenaza, real y existente, con la legalidad corriente.

Así, el estado de excepción, por tratarse de una institución con una fuerza significativa, debe tener ciertas restricciones y formalidades. Una de las más importantes se refiere a la necesidad imperiosa de que todas las disposiciones y limitaciones de dicha excepcionalidad se encuentren en la constitución, por las consideraciones de fortaleza y constitucionalización del ordenamiento que fueron analizadas en el capítulo I.

Al referirse al contenido normativo de la constitución en el contexto de la seguridad, Aguilar, quien sigue a Correas, señala que “los discursos prescriptivos constituyen un caso de ejercicio del poder. Por eso, quien los toma por verdaderos acepta el discurso del poder y permite que el ordenamiento jurídico cumpla satisfactoriamente su función de justificador del orden existente” (Aguilar, 2009; Correas, 2004: 131).

Siendo así, queda en evidencia que las normas no cambian sociedades ni el simple cumplimiento del mecanismo formal para ponerlas en vigencia genera modificaciones sustanciales en la forma de ser, cosmovisión o realidad de un conglomerado humano-social ni en el Estado que lo gobierna. Las sociedades y sus Estados deben

empoderarse del contenido constitucional, para que los tres niveles de análisis constitucional que se analizaron en el capítulo I tengan aplicación de forma homogénea. Un Estado en donde se aprecia ideología y teoría a la par, pero con escasa aplicación práctica, no está logrando los cometidos del neoconstitucionalismo y su visión antropocéntrica y de derechos.

Si partimos del presupuesto de que individuos pueblos, nacionales y colectivos concebidos como el elemento más importante del Estado, son titulares de derechos por ser estos inherentes a su dignidad y que la seguridad es un derecho, se puede definir que “son las normas sobre los derechos las que se relacionan directamente con el tema de la seguridad” (Aguilar, 2009: 4).

Si bien se tiene en la norma positiva un discurso que prescribe la existencia de los derechos y sus mecanismos de garantía, esto no es condición suficiente para que, per se, se apliquen y respeten. El reconocimiento y la observancia de los derechos establecidos en el catálogo constitucional requieren voluntad política, independencia de funciones y la conciencia social de que estos deben ser vividos como parte de la vida en sociedad, mediante procesos de empoderamiento y desarrollo progresivo en las políticas públicas y el activismo judicial.

De los desarrollos teóricos antes explicitados, se puede colegir que el hecho de que se pueda ofrecer garantías de aplicación y justiciabilidad de los derechos a los ciudadanos y ciudadanas constituye parte de la seguridad humana bajo el concepto de seguridad jurídico-política. En este contexto, se puede apreciar una importante evolución de estos mecanismos si se compara la Constitución de 2008 con su par de 1998.

En efecto, Ávila señala que

La Constitución de 1998, en teoría, protegía cualquier derecho consagrado en la Constitución. Sin embargo, por la restricción de que la persona debía comparecer por sus propios derechos y que estos debían provocar un daño grave e inminente, los derechos protegidos se restringieron a los derechos civiles, con particular énfasis en los derechos relacionados con la propiedad: lamentablemente, la litigación de los derechos que tenían dimensión colectiva, como el derecho a la atención en

salud o a la educación, nunca pudieron ser exigibles. (...). En la Constitución de 2008 en cambio tenemos una acción de carácter general que se puede aplicar a cualquier derecho y acciones especiales para determinados derechos específicos, dependiendo de la peculiaridad de las violaciones que se puedan producir (Ávila, 2008: 97).

Si la seguridad humana se basa en el hecho de establecer mecanismos y reglas que permitan la protección de las personas frente a las más diversas amenazas, cabe cuestionarse si el exceso o abuso de una institución jurídica, en este caso, el estado de excepción, vulnera de manera abierta el derecho de los ciudadanos y ciudadanas a la seguridad humana y dentro de eso, a la seguridad política y a la seguridad física.¹⁰²

Concluyendo, ha quedado en evidencia la conexión existente entre neoconstitucionalismo, seguridad humana y estados de excepción. En el siguiente capítulo ahondaré en esta relación desde una perspectiva teórico-práctica, a fin de demostrar que no basta propugnar los principios de estos sistemas si en instituciones de tal importancia como el estado de excepción estos no se trasladan a la realidad. La teoría neoconstitucional ha tenido un desarrollo importante especialmente en nuestro medio. La ideología se ha plasmado en la Constitución actualmente vigente y ha evolucionado desde la anterior, especialmente en lo relacionado con los principios. Resta examinar, mediante el tercer nivel de análisis del neoconstitucionalismo, la práctica, si es que en efecto Ecuador es un estado neoconstitucional completo y por tanto realiza una ponderación y aplicación adecuadas de las circunstancias operativas y principios del estado de

102 La historia de América Latina permite apreciar diversos momentos en los cuales se ha abusado del estado de excepción, rompiendo con su carácter de excepcionalidad e institucionalizándolo, de tal manera que se produce la desnaturalización que se ha tratado en este capítulo. Por ejemplo, la Junta de Gobierno Militar de Chile estableció un estado de excepción permanente y por tanto desnaturalizado desde que asumió el poder. Desde el punto de vista jurídico, este estado de excepcionalidad permanente presenta tres elementos: I) la Constitución chilena de 1980 permitía al presidente de la República declarar uno o varios estados de excepción, tanto los establecidos en las disposiciones transitorias como en las permanentes. II) El estado de excepcionalidad permanente permitió que se emitan otras normas que, amparadas en ese estado, limitaron, restringieron o suspendieron el ejercicio de derechos y libertades. III) Finalmente, este estado permanente permitió que muchos actos sociales que, en sociedades democráticas serían lícitos o constituirían infracciones básicas, sean juzgados como delitos graves.

excepción, precautelando el derecho a la seguridad del elemento humano del Estado, o si, por el contrario, el proceso neoconstitucional se ha truncado en lo ideológico y teórico, al dejar de lado el tan necesario activismo judicial que respalda la observancia de los derechos y procesos estatales.

Capítulo IV

Aplicación del neoconstitucionalismo, la seguridad humana y la teoría de los estados de excepción al análisis de casos: los estados de excepción originados entre 2010 y 2012, en virtud de la rebelión policial del 30 de septiembre de 2010

4.1 Acercamiento histórico-jurídico al estado de emergencia en la Constitución de 1998 y el estado de excepción en la Constitución de 2008

Cuando se aprecian dos normas jurídicas de igual jerarquía y que tuvieron o tienen vigencia según cómo haya formado su voluntad el legislador constituyente, se corre el riesgo de generar un simple ejercicio de derecho comparado. Durante este acápite, se verificará cómo el estado de emergencia establecido en la Constitución de 1998 obedecía a dinámicas propias de una seguridad que protegía al Estado y el status quo del poder, a pesar de tratarse de un primer ensayo neoconstitucional en nuestro país. Luego, se verificará la modificación suscitada por la vigencia de la Constitución de 2008, especialmente en lo relacionado con principios. Finalmente, se esbozará algunos razonamientos respecto a la relación entre estas dos Constituciones, en el aspecto de seguridad y estados de excepción.

La Constitución de 1998¹⁰³ ya traía consigo algunos elementos que podrían tener ligeros signos de neoconstitucionalismo, como el reconocimiento de la multiculturalidad y plurinacionalidad, pluralismo jurídico y cortas menciones a elementos de seguridad humana, como la seguridad alimentaria. Adicionalmente, desarrollaba

103 “La expedición de esta Constitución consolidó la institución jurídica del estado de excepción vigente en nuestros días, aún con la denominación de estado de emergencia proveniente de la Constitución de 1978” (Melo, 2012: 14).

derechos colectivos y generaba visiones ciertamente avanzadas para la época. Sin embargo, esa descripción normativa no fue trasladada a la realidad diaria y los ciudadanos se mantuvieron alejados de esa Constitución desde su creación. Basta recordar y comparar las composiciones de las Asambleas que redactaron los instrumentos constitucionales de 1998 y la de 2008, para verificar la tendencia que, marcadamente, tiene cada uno de ellos. La Constitución de 1998 fue redactada por un grupo de personas tradicionalmente vinculadas con la política nacional, mientras que la Constitución de 2008 fue diseñada con más apertura hacia el diálogo social, lo cual generó un interesante intercambio de visiones.

A pesar de lo mencionado, la Constitución de 1998 estaba influenciada por el constitucionalismo clásico y ciertos matices de neoliberalismo: tres funciones del Estado, lo público y lo privado como únicos sectores de la economía, amplia permisividad con la “mano invisible del mercado”, concepto de fuerza pública como unificador de Policía Nacional y Fuerzas Armadas, con lo cual se conjugaba sus naturalezas desde una visión de defensa del Estado, vago uso del término “seguridad”, sin aterrizarlo como un derecho, privilegiando la visión estatocéntrica de seguridad nacional y seguridad del Estado, etc.

Cómo se puede apreciar, la Constitución de 1998 no constituye un ejercicio neoconstitucionalista pleno. Este instrumento se queda en la tendencia clásica y no generaba mayores aportes ni conectaba enfoque de derechos con seguridad, a diferencia de lo que sí sucede con la Constitución de 2008, al menos en el nivel teórico e ideológico.

Con respecto al estado de emergencia, la Constitución de 1998 no señala principio alguno, sino que describe directamente las causales, los derechos a ser restringidos y los procesos a desarrollar, desde una visión operativa de protección del Estado concebido como un poder; con lo que se ratifica lo mencionado respecto de que dicho instrumento ignoraba los enfoques de derechos y de seguridad humana.

Al no establecer o generar principios, la norma se desconecta de las realidades a las que busca atender y se convierte en lo que Coorreas (2004) indicaba como un discurso prescriptivo. Más aún en

una institución tan compleja como el estado de emergencia, en donde la falta de estos puede generar un uso indiscriminado e incluso arbitrario, ya que no se desprende de la norma ningún tipo de ponderación en lo relacionado con proporcionalidad o necesidad.

Ahora, la realidad planteada en la Constitución de 1998 no dista mucho de lo que sucede actualmente con la Constitución en vigencia. En teoría, esta situación no debería darse, ya que la norma actual se trata de un innovador esfuerzo neoconstitucionalista que fomenta la seguridad humana y cuyos niveles teórico e ideológico deberían traducirse en lo práctico-metodológico.

Sin embargo, del análisis de casos que será parte de esta investigación se verificará que el hecho que una constitución señale principios sobre esta institución jurídica no es garantía suficiente de que las situaciones generadas sean diametralmente distintas a lo que sucedía con anterioridad, por lo que una nueva constitución no necesariamente genera una nueva seguridad, al menos en lo referente al estado de emergencia, ahora estado de excepción.

Hablando del ámbito práctico-metodológico, la Constitución de 1998 solo establecía un control de tipo político, propio del constitucionalismo clásico, al asignar al Congreso Nacional esta potestad. En cambio, la Constitución de 2008 innova y genera un control de tipo jurisdiccional constitucional, al dar a la Corte Constitucional la responsabilidad de dictaminar la constitucionalidad o no, en fondo y en forma, de las declaraciones de estado de excepción.

Si en la Constitución de 1998 el control de tipo político era ineficiente debido a los vaivenes del interés partidista, ello no debería suceder con la Constitución de 2008, dado que, en teoría, dicho control cambia de naturaleza y se le asigna a un órgano judicial especializado e independiente. Así, deberíamos tener dictámenes contundentes, dando de baja varios estados de excepción, lo cual, lamentablemente no ha sucedido, tal como se analizará en lo sucesivo.

Concluyendo, se aprecia que una nueva constitución no es necesariamente un sinónimo de nueva institucionalidad en seguridad, si es que el poder no concibe a este tipo de figuras en su integralidad, respetando los principios que constan en el instrumento constitucional.

Una Constitución neoconstitucional no genera cambios por sí misma, si es que la voluntad política no traslada los niveles teórico e ideológico a la práctica.¹⁰⁴

4.2 Efectos políticos y jurídicos potenciales de un uso inadecuado de los estados de excepción en relación con el derecho a la seguridad

Tras mencionar que la existencia de un nuevo marco constitucional, teórica e ideológicamente comprometido con el neoconstitucionalismo y la seguridad humana, no es garantía suficiente de una aplicación adecuada del estado de excepción y, por ende, para una plena garantía del derecho a la seguridad, es importante realizar algunas apreciaciones sobre los efectos que esta situación podría tener.

Cuando el estado de excepción no se aplica a tono con los principios que fundamentan la institución, según la constitución en vigencia, se producen desequilibrios tanto en la institucionalidad estatal, como en la observancia y cumplimiento de derechos. A decir de Melo, “el principal efecto que podría vislumbrarse durante la vigencia del estado de excepción es la alteración en lo que respecta al equilibrio entre las funciones del Estado, pues podría suscitarse una concentración de poderes en el Ejecutivo, debido a las facultades especiales que le confieren la constitución y las leyes para enfrentar y neutralizar la crisis” (Melo, 2012: 34).

Cuando el estado de excepción pierde su naturaleza (la excepcionalidad y la temporalidad) y se convierte en una situación permanente en el contexto social, el conjunto de derechos, incluso aquellos fundamentales, están en riesgo de ser violentados. Por ejemplo, en el caso de los estados de excepción en la ciudad de Quito y en la Asamblea Nacional, con motivo de la rebelión policial del 30 de septiembre de 2010, fueron renovados en cadena, sin que medie reflexión

104 “En Ecuador el estado de excepción se encuentra regulado de conformidad con lo prescrito en la Constitución del 2008 (CRE), publicada en el Registro oficial N.º 449 de 20 de octubre de 2008, en concordancia con la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial N.º 52 de 22 de octubre de 2009 y con la Ley de Seguridad Pública y del Estado ecuatoriano, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N.º 35 de 28 de septiembre del 2009” (Melo, 2012: 8).

alguna respecto a la necesidad, temporalidad o legalidad, cómo se analizará en lo posterior.

Al respecto, Benavides señala que

El principio de temporalidad se vio alterado por una práctica de declaraciones y renovaciones sucesivas, que ampliaron el plazo máximo de 90 días previsto en la Constitución. La situación más preocupante fue la de la Asamblea Nacional, con siete decretos, por un total de 330 días. (...) Los principios de necesidad y excepcionalidad evidenciaron límites. La excepcionalidad extendida a las instalaciones de la Asamblea Nacional permitió mantener a las Fuerzas Armadas a cargo de la Guardia Legislativa, bajo el argumento reiterado de que los efectos de la insubordinación policial ocurrida el 30 de septiembre de 2010, pese a varios esfuerzos realizados, no habían podido ser superados. Se invocó así una situación grave, pero superada y en ninguno de los decretos se detalló en qué consistieron esos esfuerzos, evidenciando que la medida adoptada no resultaba razonable, proporcional ni adecuada a la situación vigente; y que por tanto pudo ser manejada por el régimen ordinario (Benavides, 2011: 79).¹⁰⁵

El ejemplo es una clara expresión de cómo el espíritu del estado de excepción, que en la teoría e ideología tiene principios de corte neoconstitucional, en la práctica no se cumple, generando alteración del estado de derechos y justicia. Cuando se vulneran los principios, se ataca directamente los derechos y la institucionalidad misma del Estado, al generar una situación de riesgo por la discrecionalidad con la que se usa la institución.

Como se aprecia, el estado de excepción puede ser una herramienta útil para el control de situaciones existentes que puedan vulnerar los derechos de las personas así como la institucionalidad del Estado. Sin embargo, cuando cualquiera de sus principios o circunstancias operativas es vulnerada, se pierde esa esencia y se convierte en una forma de discrecionalidad estatal.

Mediante esta investigación se demostrará que en nuestro país, a pesar de haber modificado la matriz ideológica y teórica por medio

105 Esta idea será sustentada con el análisis pormenorizado de esta situación, mediante la revisión del control constitucional, el cual, lamentablemente, es deficiente.

del neoconstitucionalismo y la seguridad humana, la aplicación indebida del estado de excepción no permite arribar al tercer nivel del neoconstitucionalismo –la práctica– así como tampoco a la realización plena de al menos dos de las categorías de la seguridad humana: la seguridad política y la seguridad personal.

4.3 Control jurisdiccional del estado de excepción en sede constitucional

La existencia de un Estado organizado y democrático trae consigo la necesidad de que el ejercicio del poder esté limitado y sea controlado (Loweatein, 1977: 288). Por tanto, el control de los actos de la administración pública y aún más en situaciones que pueden comprometer el ejercicio y vigencia de los derechos, es indispensable, ya que permite la fluidez en las relaciones jurídicas y garantiza la vigencia de las disposiciones y principios que inspiran el ordenamiento jurídico.

Al respecto, Maldonado señala que “es importante precisar que en los regímenes democráticos, por definición, no existe ninguna potestad libre y exenta de fiscalización, ya que toda actividad de autoridad pública está sometida a control. Este control puede ser político, jurisdiccional o constitucional sin excluirse, y se lo debe hacer por medio de las instituciones y procedimientos establecidos en la Constitución” (Maldonado, 2009: 58).

En el caso de los estados de excepción emitidos bajo las disposiciones de la Constitución de 2008, se produce una evolución en el mecanismo de control al asignar a la Corte Constitucional la capacidad de emitir dictamen vinculante respecto del fondo y la forma. Al respecto, Charry define al control en sede constitucional como “un conjunto de procedimientos judiciales destinados a mantener el funcionamiento del Estado dentro de los lineamientos señalados por la voluntad del constituyente, y para impedir que ese poder exorbitante sea colocado al servicios de intereses diferentes de los de la comunidad” (Charry, 1992: 69).

Por tanto, es fundamental el control constitucional de los estados de excepción, ya que permite la preservación de la regularidad del estado de derecho y de la vigencia de las normas. Adicionalmente, da

viabilidad al respeto y ejercicio de los derechos por parte de los ciudadanos y permite corregir las desviaciones en que, eventualmente, podría incurrir el poder público al momento de decidir respecto de la excepcionalidad. Con todo esto, se logra que el poder ampliado que el estado de excepción genere para el Ejecutivo esté regularizado y limitado por un órgano independiente que ejerce un control de oficio¹⁰⁶ y de carácter técnico, no político.

Del análisis propuesto en el capítulo III y IV, se colige que el estado de excepción debe constituir la última herramienta a la que acuda el poder político, cuando se haya verificado fehacientemente que no existe manera de controlar la amenaza o situación que se trate, mediante los procedimientos y normas comunes. El gobernante siempre deberá procurar el uso de las herramientas que se encuentran normalmente establecidas en las normas y solo cuando la aplicación de estas no fuese factible, podrá hacer uso de la excepcionalidad.¹⁰⁷

Cómo se aprecia, el rol que juega la Corte Constitucional¹⁰⁸ en el caso de los estados de excepción es fundamental, ya que su trabajo técnico-jurídico permite verificar si los principios y parámetros aplicados a un determinado caso son, en efecto, válidos al tenor de la Constitución, con un claro enfoque de derechos, o se si se trata de

106 “Esta atribución permitirá a la Corte no permanecer impasible e impotente cuando detecte normas jurídicas inconstitucionales relacionadas directamente con normas jurídicas de las cuales se ha demandado su inconstitucionalidad. La actuación de oficio por un Tribunal Constitucional, como se sabe, es excepcional, pero en este caso la excepción es razonable puesto que si los jueces ordinarios pueden suspender o inaplicar una norma jurídica en una causa, con mayor razón la Corte Constitucional debe estar facultada para realizar tal control, pero con efectos definitivos dado su carácter de órgano de cierre” (Grijalva, *Perspectivas y desafíos de la Corte Constitucional*: pág. 263).

107 “Los estados de excepción son regímenes especiales, herramientas de “ultima ratio” válidas exclusivamente ante la insuficiencia de los medios ordinarios para contrarrestar situaciones anormales; sin embargo, son regímenes legítimos y, por tanto, se encuentran previstos en el ordenamiento jurídico interno e internacional” (Melo, 2012: 43).

108 Según el artículo 119 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, el control constitucional de los estados de excepción tiene como finalidad “garantizar el disfrute pleno de los derechos constitucionales y salvaguardar el principio de separación y equilibrio de los poderes públicos”, para tal efecto la Corte realizará un control constitucional automático tanto formal como material de todos los decretos que declaren el estado de excepción y de los que con fundamento en él se expidan (prórroga, terminación); cabe mencionar que el trámite del control no afecta la vigencia de dichos actos normativos” (Melo, 2012: 80).

un intento del poder de vulnerar el espíritu de la institución estudiada. Parte del trabajo de la Corte es verificar, por ejemplo, si las circunstancias que motivan la excepcionalidad son reales, existentes y de peligro inminente,¹⁰⁹ dando como resultado que cualquier estado de excepción que no se fundamente en esto, deba ser expulsado del ordenamiento jurídico.

Concluyendo, por medio de esta sección, se ha analizado la situación ideal del control que, en sede constitucional, debe realizarse de manera mandatoria a los estados de excepción. Sin embargo, como se apreciará en la última parte de esta investigación, aquel nivel práctico no se cumple, especialmente en los últimos años, en los cuales la Corte Constitucional ha tenido un papel más bien pasivo ante el uso discrecional de la figura de excepcionalidad por parte del Ejecutivo, limitándose a ser un espectador que asiente, en un formato casi inmutable, toda iniciativa del poder de usar esta institución como mejor convenga, de tal manera que se vulnera la naturaleza del estado de excepción, desaparece toda conexión con el neoconstitucionalismo, ya que sus niveles teórico e ideológico se pierden en el camino hacia la práctica y se inobserva los principios de la seguridad humana, al dejar a los ciudadanos en una situación en la cual la excepción se convierte en regla.

4.4 Análisis de casos representativos: los estados de excepción generados a partir del 30 de septiembre de 2010 por insubordinación policial y posterior necesidad de protección de la Asamblea Nacional en el contexto de la seguridad

Una vez que se ha analizado de manera individual y conjunta el neoconstitucionalismo transformador que inspira la Constitución de 2008, la seguridad humana y sus ámbitos y la figura del estado de excepción, es momento de aterrizar todos estos debates teóricos de tal

109 En este punto se insiste en la estricta necesidad de que la Corte Constitucional examine y dictamine negativamente todo estado de excepción que se base en prevención o en condiciones futuras que se espera sucedan. El estado de excepción no es una herramienta preventiva, porque ello vulnera los principios de necesidad y temporalidad. Un estado de excepción basado en la idea de prevenir se convierte en permanente, rompe la naturaleza de la excepcionalidad y vulnera el derecho a la seguridad política e incluso puede llegar a vulnerar el derecho a la seguridad personal, dimensiones de la seguridad humana.

manera que se pueda comprobar aquello que se ha planteado a lo largo de esta investigación: si bien existe un nuevo texto constitucional (nivel ideológico del neoconstitucionalismo), basado en una nueva teoría jurídica que ha evolucionado de las convenciones clásicas y que pone al ser humano en el centro del pensamiento (nivel ideológico del neoconstitucionalismo), el Estado sigue repitiendo discrecionalidades que ponen en peligro derechos, especialmente aquellos ligados a la seguridad, al abusar del estado de excepción y ante la carencia de un control eficiente del órgano llamado a hacerlo, con lo cual se comprueba la inexistencia del nivel práctico del neoconstitucionalismo.

El objetivo de esta sección es establecer que Ecuador, a pesar de ser un Estado con una constitución neoconstitucionalista transformadora, que acepta y comulga con las tendencias de la seguridad humana, está aún lejos de aplicar la teoría y la ideología hacia la práctica, especialmente en lo relacionado con estados de excepción y seguridad.

Si nuestro sistema político y jurídico actual se basa en estas nuevas matrices de pensamiento, lo más lógico sería que el diario vivir, la práctica y la vivencia de dicho sistema sea coherente con los niveles teóricos e ideológicos. Lamentablemente, el nivel de control constitucional desdice de esta tendencia y demuestra que aún falta mucho por recorrer hacia el nivel práctico. En el estudio del primer capítulo se definió que, en un sistema neoconstitucionalista, el juez pasa a ser mucho más que solo la boca de la ley. Tiene un papel fundamental en el ejercicio y protección de los derechos y en la generación de respuestas rigurosas y creativas a los más diversos problemas jurídicos. Esto no sucede con la Corte Constitucional de Ecuador y los estados de excepción, tal como demostraré con los siguientes casos:

I

Caso base

El 1 de octubre de 2010 la Corte Constitucional emitió, en el caso 13-10-EE, el Dictamen 17-10-SEE-CC,¹¹⁰ mediante el cual se analizó la constitucionalidad por el fondo y la forma de las disposiciones de estado de excepción, contenidas en el Decreto Ejecutivo 488 del 30 de septiembre de 2010,¹¹¹ día en que un grupo de miembros de la Policía Nacional se insubordinó y abandonó su misión constitucional.

Adicionalmente, cabe mencionar que el Decreto no suspende expresamente el ejercicio de ningún derecho, pero moviliza, por medio del Comando Conjunto, a las Fuerzas Armadas para que “ejecuten un plan de contingencia con la finalidad de que sus efectivos intervengan en la situación producida para garantizar a los habitantes del Ecuador la seguridad interna, ciudadana y humana, derechos tutelados por la Constitución y deber fundamental del Estado”.

Luego de realizado el análisis correspondiente, la Corte dictaminó la constitucionalidad de fondo y forma de la decisión tomada y señaló algunos puntos relevantes, entre otros:

En lo formal:

- Que la autoridad que dispuso el estado de excepción tiene capacidad legal para hacerlo: presidente de la república.

110 Decisión que fue publicada en el Registro Oficial Suplemente 304 de 20 de octubre de 2010.

111 Decreto Ejecutivo N.º 488 del 30 de septiembre del 2010: “Artículo 1.-Declarar el estado de excepción en todo el territorio nacional, en razón de que algunos integrantes de la Policía Nacional han distorsionado severamente o abandonado su misión, (...) lo que podría generar gran conmoción interna en cuanto a la seguridad interna, ciudadana y humana garantizada y tutelada por la Constitución de la República y deber fundamental del Estado. Artículo 2.-La movilización nacional y militar de las Fuerzas Armadas para garantizar la soberanía nacional y el orden interno en toda la República. Se dispone al señor Ministro de Defensa Nacional para que mediante el Comando Conjunto General de las Fuerzas Armadas ejecuten un plan de contingencia con la finalidad de que sus efectivos intervengan en la situación producida para garantizar a los habitantes del Ecuador la seguridad interna, ciudadana y humana, derechos tutelados por la Constitución de la República y deber fundamental del Estado. Artículo 3.-El período de duración de este estado de excepción es de cinco días. Artículo 5.- Notifíquese esta declaratoria a la Asamblea Nacional, a la Corte Constitucional, a la Organización de los Estados Americanos y a la Organización de las Naciones Unidas”.

- Que los hechos han sido identificados: un grupo de policías abandonó su misión Constitución y se subordinó.
- Que la causa del estado de excepción se ha determinado y se ha conectado con los hechos identificados: grave conmoción interna que vulnera el derecho a las seguridades ciudadana, humana e integral.
- Territorialidad y duración definidas: todo el país, por cinco días.
- Medidas a tomarse: movilización nacional y militar de Fuerzas Armadas. Generación de un plan de contingencia para garantizar el derecho a las distintas clases de seguridad descritas y adjudicación de recursos necesarios.
- Que no existen derechos cuyo goce y ejercicio se hayan suspendido.
- Que las notificaciones dispuestas por la Constitución y los instrumentos internacionales se hayan realizado: Corte Constitucional, Asamblea Nacional. Organización de Estados Americanos y Organización de Naciones Unidas.

En lo material:

- Que los hechos señalados como motivo hayan tenido real concurrencia: los hechos del 30 de septiembre de 2010 son públicos y notorios. El abandono de la misión constitucional por un grupo de policías causa grave conmoción interna y viola el derecho a la seguridad, ocasionado por parte de los funcionarios públicos encargados de permitir el ejercicio de dicho derecho.
- Que los hechos señalados como motivos configuren grave conmoción interna: dicha conmoción ha sido comprobada por la situación de brotes de violencia e inseguridad, por lo que la excepcionalidad es razonable.
- Que los hechos señalados no puedan ser superados por el régimen ordinario: la grave conmoción interna es excepcional, dado que miembros de la institución llamada a permitir el ejercicio del derecho a la seguridad han dejado su misión constitucional. La perturbación social causada por ciertos miembros de

la Policía Nacional atenta contra la democracia y la seguridad interna y externa del Estado, además de vulnerar el derecho a la seguridad de los ciudadanos.

- Temporalidad y espacialidad debidamente determinadas.

Del análisis del dictamen mencionado, se aprecia que la Corte Constitucional realiza un examen somero de la situación, basado en un esquema previamente concebido. Se observa cierta confusión en las categorías, como asimilación inadecuada de ciertos tipos de seguridad y descripción de situaciones que devienen en evidentes. Adicionalmente, se colige la falta de fundamentación doctrinaria para la decisión, usando únicamente la citación de norma y el relato situacional. Sin embargo, dadas las circunstancias sociales y políticas del 30 de septiembre de 2010, que son de dominio público, la declaratoria de constitucionalidad era procedente y así lo precisó en su momento la Corte, dado que las circunstancias motivadoras existían y eran reales, actuales y generaban grave conmoción interna en ese día específico.

II

Caso y hechos de contraste

Cómo se desarrolló en el acápite correspondiente, en una sociedad inspirada en la teoría e ideología del neoconstitucionalismo el papel del juez es preponderante. Al respecto, Carbonell señala que, “en parte, como consecuencia de la expedición y entrada en vigor de ese modelo sustantivo de textos constitucionales, la práctica jurisprudencial de muchos tribunales y cortes constitucionales ha ido cambiando también de forma relevante. Los jueces constitucionales han tenido que aprender a realizar su función bajo parámetros interpretativos nuevos y más complejos. Entran en juego las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos humanos, la proyección horizontal de los derechos, el principio pro persona (...). En el paradigma neoconstitucional los jueces cobran gran relevancia, pues el ordenamiento

jurídico debe estar garantizado en todas sus partes por medio de mecanismos jurisdiccionales” (Carbonell, 2010: 155).

Este interesante razonamiento nos lleva a pensar que el punto culminante del neoconstitucionalismo debe darse justamente en la apreciación y decisión judicial de las situaciones sociales reales, que causan conflictividad y que requieren una solución que esté acorde con los niveles teórico e ideológico del neoconstitucionalismo y de los postulados de la seguridad humana. Atrás deben quedar los días en que el juez era simplemente un riguroso aplicador del tenor literal de la norma positiva, para pasar a lo que el autor citado llama “activismo judicial”, es decir, un empoderamiento de quienes ejercen la judicatura, respecto del papel fundamental de protectores de derechos y contrapeso a posibles actos discrecionales o arbitrarios por parte del poder público.

El Decreto Ejecutivo 488 de 30 de septiembre de 2010 estableció en un principio un prudente término de duración de cinco días. Luego, a pesar de que las circunstancias que generaban grave conmoción interna habían cesado, se extendió por varias ocasiones. En un primer momento, se extendió por una semana. En un segundo momento, por sesenta días para Quito y para las instalaciones de la Asamblea Nacional, respectivamente.

Posteriormente, estas extensiones del estado de excepción se hicieron recurrentes convirtiendo a la excepcionalidad en la regla, desnaturalizando la institución jurídica y fomentando la discrecionalidad estatal.

Los hechos, que son públicos y notorios, dejan en evidencia que luego de sesenta días, contados desde el 30 de septiembre de 2010, la situación de grave conmoción interna dejó de existir porque sus hechos constitutivos habían dejado de generarse y repetirse. Independientemente de los procesos de judicialización de los implicados en los actos de aquella fecha, luego de esos sesenta días ya no existía un peligro real, inminente y que esté ocurriendo en ese momento. La Policía Nacional volvió a cumplir su misión institucional inmediatamente, al día siguiente.

Sin embargo, a pesar de que era evidente que el país había vuelto a una situación que podía manejarse por el régimen constitucional ordinario, el poder Ejecutivo insistió en renovar los estados de excepción con marcada continuidad por casi tres años.¹¹²

En este contexto, valga señalar el análisis realizado a los siguientes dictámenes:

- 019-SEE-CC (25 de noviembre de 2010) referente al Decreto Ejecutivo 500 de 9 de octubre de 2010, que ordena nuevamente el estado de excepción en razón de los hechos del 30 de septiembre para la ciudad de Quito.
- 001-11-DEE-CC (26 de enero de 2011) referente al Decreto Ejecutivo 571 de 9 de diciembre de 2010), que ordena el estado de excepción para la Asamblea Nacional en razón de los hechos del 30 de septiembre.

En ambos casos, se aprecia un análisis muy similar en forma y en fondo, al realizado por la Corte Constitucional en el caso base. Resulta evidente que, a pesar de ser público y notorio que la grave conmoción interna ya no existía en las fechas de ambos decretos y que cualquier situación podría haberse manejado por los cauces ordinarios, la Corte no tomó en cuenta este elemento fundamental para decidir conforme hubiese correspondido a una actitud judicial que estuviese a tono con el neoconstitucionalismo transformador.

Si el legislador constituyente en la Constitución de 2008 cambió la modalidad de control principal de la excepcionalidad, de político a constitucional, con toda certeza tuvo la intencionalidad de que un órgano técnico e independiente sirviese como contrapeso del poder Ejecutivo en la toma de decisiones que pudiesen vulnerar derechos. Sin embargo, no se aprecia de los documentos analizados que la Corte Constitucional haya ejercido con criterio jurídico apropiado esta potestad.

Los dictámenes citados como casos contraste guardan una relación indiscutible con el caso base, por lo que se colige que la Corte

112 El estado de excepción en la Asamblea Nacional terminó tras 912 días, el 6 de abril de 2013.

Constitucional no realizó un ejercicio de ponderación adecuado, ni observó las reales circunstancias, sino que únicamente optó por tratar de motivar someramente, en función de la propuesta enviada por el poder político.

Dichos razonamientos, que guardan identidad objetiva, subjetiva e incluso literal, se mantuvieron tanto en los Decretos Ejecutivos subsiguientes, que renovaban el estado de excepción en la Asamblea Nacional, como en los Dictámenes de la Corte Constitucional, que con su pasividad dio luz verde a la desnaturalización del estado de excepción, al permitir que se continúe con dicho status con motivo de prevención.

Al respecto, nótese como todos los Decretos Ejecutivos de renovación del estado de excepción en la Asamblea Nacional se motivaron en una posibilidad de grave conmoción interna, con lo que se confirma la desnaturalización de la excepcionalidad.

Consideraciones: Que el 30 de septiembre de 2010 algunos integrantes de la Policía Nacional protagonizaron hechos que comprometen el cabal cumplimiento del artículo 163 de la Constitución. Que la Asamblea Nacional fue una de las instituciones afectadas por la insubordinación policial, cuyos efectos todavía no han podido ser superados, a pesar de los intensivos esfuerzos de recomposición institucional del sistema de seguridad de esa función del Estado desde la fecha del insuceso. Que la Asamblea Nacional, que representa la Función Legislativa de la República del Ecuador, es una institución esencial para el sistema democrático, por lo que es necesario garantizar el resguardo de estas instalaciones ya que en caso de correr riesgos se podría generar una grave conmoción interna;

Decisión: Declarar el estado de excepción en todas las instalaciones de la Asamblea Nacional que representa la Función Legislativa de la República del Ecuador, en esta ciudad de Quito, en razón de que algunos integrantes de la Policía Nacional distorsionaron severamente o abandonaron su misión de policías nacionales y por ende sus deberes consagrados en la Constitución y la Ley, mediante una insubordinación policial. A pesar del proceso intensivo de recomposición institucional del sistema de seguridad de esa función del Estado, las secuelas de tal suceso no se han podido superar, lo que podría generar gran conmoción interna si es que la

Asamblea Nacional no pudiese ejercer a plenitud las atribuciones y facultades que les confiere la Constitución y la Ley.¹¹³

Una vez analizados estos elementos y concluyendo la respectiva parte del presente trabajo académico, es pertinente explicar que existen dos vías en las cuales esta situación demuestra que tanto el neoconstitucionalismo transformador como la seguridad humana quedan en la teoría y la ideología en el contexto descrito:

- **Con relación al neoconstitucionalismo transformador:** la Constitución y la práctica política ecuatoriana reproducen la teoría y la ideología de este neoconstitucionalismo, tal como se apreció en el capítulo correspondiente. Asimismo, siguiendo a Carbonell que fue citado supra, un tercer nivel de análisis del neoconstitucionalismo se refiere a la práctica, especialmente judicial, en donde la casuística de las relaciones sociales pone a prueba la capacidad innovadora del juzgador y su papel como protector de derechos y como limitador de la discrecionalidad. Si tenemos un conjunto de normas que concuerdan con la teoría y la ideología, pero esas normas no son aplicadas especialmente por los jueces constitucionales; de nada sirve quedarse en los dos primeros niveles de análisis neoconstitucional si el más importante, la materialización en la práctica de protección de derechos, no se realiza. Por eso, en el caso de los estados de excepción originados a partir del 30 de septiembre de 2010, a pesar de ser evidente que la amenaza no era ya real, inminente y de ocurrencia actual, la Corte Constitucional, en una actitud complaciente, no ha detenido este despropósito sino que, por el contrario, en una actividad casi mecánica, ha habilitado al poder Ejecutivo mediante sus dictámenes para que continúe con las renovaciones de dicho estado de excepción de manera permanente por casi tres años, convirtiendo a la excepcionalidad en regla.
- **Con relación a la seguridad humana:** mediante la explicación del cambio de la matriz de pensamiento sobre seguridad, que se

113 Lo citado corresponde al mismo texto que se reproduce en todos los Decretos Ejecutivos que disponen la renovación del estado de excepción en relación con lo actuado por la Policía Nacional el 30 de septiembre de 2010.

expuso a profundidad en capítulo anterior, se ha demostrado que existe una importante conexión entre neoconstitucionalismo transformador y seguridad humana. Los dos comparten el sujeto de protección y buscan la primacía de la figura de ser humano, frente a la protección del Estado. En los casos mencionados anteriormente, si consideramos que los órganos legislativos son la representación de la soberanía que radica en los individuos, pueblos, nacionalidades y colectivos que conforman el Estado y cuya protección se trata de un asunto de seguridad ciudadana, que por la excepción se entregó a una fuerza militar, podemos apreciar vulneraciones a al menos dos facetas de la seguridad humana. Por un lado, una vulneración explícita a la seguridad política, dada por el hecho de decretar estado de excepción en base a condiciones no existentes y por lo tanto crear una ficción; y una vulneración potencial a la seguridad física, dada por el hecho de que los integrantes de Fuerzas Armadas no están habilitados ni técnica ni legalmente para el ejercicio de actividades de seguridad ciudadana, como lo es la protección de instituciones públicas y la consiguiente visibilización de dicho personal, lo cual puede generar una amplia percepción de inseguridad o temor. La presencia de Fuerzas Armadas en la Asamblea Nacional emitía un mensaje de existencia de un problema de seguridad a solucionar y de necesidad de una fuerza de tipo bélica para precautelar el poder, que es el principal representante de las personas que conforman el Estado. Lo cual, como ha quedado demostrado, no era cierto, ya que las circunstancias de grave conmoción interna desaparecieron rápidamente luego del 30 de septiembre de 2010.

Conclusiones

Luego de haber realizado los procesos de debate teórico, así como las aplicaciones prácticas que permiten confirmar la hipótesis, se infieren las siguientes conclusiones:

1. El neoconstitucionalismo es una teoría jurídica que ha estado posicionándose con fuerza en América Latina desde los años 80, a partir de las experiencias normativas y sociales de la Europa de posguerra. Se la concibe como una tendencia en construcción y una superación de la visión estatocéntrica del constitucionalismo clásico.
2. Este neoconstitucionalismo ha sido aplicado, desde una visión transformadora, al proceso constituyente que vivió Ecuador y que dio como resultado la emisión de la Constitución de 1998.
3. La expedición de la Constitución de 2008 trajo consigo un significativo cambio de la matriz doctrinaria constitucional, originando discusión sobre su naturaleza, el alcance y aplicabilidad de las diversas instituciones jurídicas y los valores y principios contenidos en la carta constitucional.
4. El modelo neoconstitucionalista promueve valores e instituciones que modifican sustancialmente los paradigmas clásicos de la organización estatal y los modelos referentes al ejercicio de los derechos que tienen los individuos y colectividades, para pasar a un nuevo momento en el cual el ejercicio de la potestad estatal se la hacer en función de sujetos protegidos por esos derechos.
5. Las cartas constitucionales, escritas en función de la teoría neoconstitucional, privilegian una visión en la cual el fin del Estado es lograr que los individuos, pueblos, nacionalidades y colectivos tengan acceso real a los derechos, dejando en un plano secundario la organicidad relacionada con existencia del Estado concebido como un poder.

6. El modelo neoconstitucionalista propugna un activo papel de los órganos investidos de jurisdicción, y especialmente a las Cortes Constitucionales, a fin de dar real existencia a sus postulados prácticos y permitir llevar a cabo el rol estatal de garante de derechos.
7. La dificultad para la realización de cambios en las normas constitucionales, así como en la doctrina que las sustentan, va directamente relacionada con la importante relación que existe entre el derecho constitucional y las regulaciones sobre democracia, gobierno; y ejercicio y observancia de derechos.
8. El neoconstitucionalismo ha originado un fuerte debate respecto de la necesidad de replantear los conceptos constitucionales, desde lo material y lo formal, de tal manera que sea posible colocar a los derechos fundamentales en el centro de pensamiento y el quehacer del derecho y del Estado, con miras a que este ya no se cree, transforme y ejecute acciones a partir de la norma positiva y los postulados liberales del derecho privado, sino que se centre en los individuos, colectividades y sus derechos.
9. El neoconstitucionalismo, como una teoría en construcción, busca superar el paradigma del positivismo jurídico y promover cambios profundos en la forma tradicional en la cual se concibe el derecho como norma y como prerrogativa, además de modificar el rol del Estado en estos campos.
10. El neoconstitucionalismo europeo, el cual buscaba responder a las apremiantes reivindicaciones sociales del período posterior a la Segunda Guerra Mundial, se adaptó a las necesidades jurídicas de Latinoamérica, con el objetivo de hacerlo operativo para esta zona del mundo. El tratar de adoptar un sistema jurídico originado en una realidad distinta y construido en base a requerimientos sociales dispares deviene en su incapacidad para responder a necesidades y circunstancias políticas y sociales que son diferentes; por esa razón, el pensamiento neoconstitucionalista europeo podría catalogarse de adecuado para su realidad, pero incipiente o no aplicable para la realidad latinoamericana.

11. Latinoamérica, y específicamente la región andina, requieren un sistema neoconstitucional que sea adecuado para sus realidades y que permita que el sistema legal, con sus valores, principios e instituciones, sea verdaderamente aplicable a las necesidades regionales, originadas en procesos históricos y sociales distintos a los europeos
12. Los aportes del neoconstitucionalismo europeo son absolutamente válidos, contribuyen a la promoción de los derechos y a su correcta aplicación en función equitativa entre individuos y colectividades, pero no constituyen las únicas fuentes de generación de valores, principios e instituciones jurídicas ni tampoco agotan los debates sobre el tema, especialmente en Latinoamérica.
13. El neoconstitucionalismo eurocéntrico o de visión marcadamente occidental, así como sus apreciaciones latinoamericanas, presentan importantes innovaciones, las cuales en ocasiones no responden a las reivindicaciones de las realidades propias de la zona andina.
14. El neoconstitucionalismo no es una teoría uniforme, así como tampoco son uniformes las diversas escuelas jurídicas que han tratado de explicar el fenómeno del Estado y los derechos fundamentales.
15. La comprensión y difusión del fenómeno neoconstitucionalista actual traspasa el rango de acción de connotados juristas, para trasladarse a aquellos grupos directamente identificados con las grandes reivindicaciones sociales que se busca atender y enfrentar.
16. Una de las notas características de este constitucionalismo transformador se relaciona con el rol de los jueces y los derechos. En este sentido, los jueces tienen legitimación social y base legal para controlar los actos que pudieran devenir en inconstitucionales.
17. La tendencia neoconstitucionalista transformadora busca generar un Estado que trascienda lo legislativo para convertirse

en un vehículo del ejercicio de derechos de individuos, pueblos, nacionalidades y colectivos.

18. Cómo se aprecia, el rol del Estado en el sistema neoconstitucional transformador es fundamental. Un Estado en donde se promueva la plurinacionalidad y los derechos debe ser fuerte y democrático. Así, esta construcción jurídico-política debe servir para la garantía de esos derechos.
19. Se entiende por constitucionalización del ordenamiento jurídico el proceso mediante el cual dicho orden es impregnado por el contenido constitucional. En este sentido, un ordenamiento que ha pasado por el proceso de constitucionalización se caracteriza por expresar y originar legislación, jurisprudencia y doctrina ampliamente comprometida con los principios y valores constitucionales.
20. Existe una clasificación entre tres distintas formas o niveles de análisis del neoconstitucionalismo, al referirse al neoconstitucionalismo teórico, neoconstitucionalismo ideológico y neoconstitucionalismo metodológico.
21. El neoconstitucionalismo latinoamericano se basa en el reconocimiento y el aprecio al pluralismo y la diversidad en casi todos los campos. También se observa un neoconstitucionalismo transformador que aspira la consecución de una matriz de pensamiento político, económico y social fuertemente igualitaria, de tal manera que el combate a la exclusión e inequidad sea verdadero y pueda plasmarse en las acciones y decisiones del poder público.
22. A partir de 1994, la Organización de Naciones Unidas, por medio del PNUD, introdujo en uno de sus productos, el *Informe sobre Desarrollo Humano*, una nueva dimensión de seguridad, cuyo objetivo primordial es la modificación de la matriz de pensamiento y del sujeto de protección. Así, la seguridad pasa de ser una condición mediante la cual se protege al Estado, como seguridad nacional, a una en la que se protege la vida, integridad y demás derechos de individuos, pueblos, nacionalidades y colectivos. Pero esta visión va mucho más allá de un

recurso discursivo sobre la seguridad. A más de modificar el pensamiento estadocéntrico por uno antropocéntrico, la seguridad humana compromete los esfuerzos de los Estados hacia la creación, mantenimiento y potenciación de los recursos y políticas públicas más adecuadas para llevar a buen término la razón de ser del nuevo paradigma de seguridad: la atención, respeto y protección de los derechos.

23. En este contexto, la seguridad no se limita a los análisis sobre violencia sino que va más allá, hacia la apreciación de garantía de derechos, oportunidades de buen vivir para las personas, condiciones adecuadas para el desarrollo y promoción del bienestar general.
24. La seguridad humana como herramienta del desarrollo se visibilizó a partir de los años 90, tiempo en el cual los fenómenos de globalización se hicieron más notorios, todo lo cual llevó a cuestionarse con mayor rigurosidad, sobre las amenazas que afectaban la integridad y bienestar de las personas.
25. La seguridad humana es una categoría caracterizada por la presencia de elementos articuladores, relacionados con la prevención de los conflictos, el respeto y observancia de los derechos humanos y con el ejercicio de la democracia en el sentido más amplio posible.
26. La relación más importante entre neoconstitucionalismo transformador y seguridad humana es el enfoque del sujeto de protección por medio del cambio de matriz de pensamiento político y jurídico. Si en el constitucionalismo clásico y la seguridad nacional de tipo defensivo se privilegiaba la protección de la existencia del Estado y su soberanía, ahora, el neoconstitucionalismo y la seguridad humana se decanta por generar condiciones de real y pleno ejercicio de derechos de las personas.
27. El estado de excepción es aquel conjunto de medidas que tiene por finalidad conjurar una situación originada en un estado de guerra exterior, grave perturbación del orden público que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado, o la convivencia ciudadana o cuando

se presente perturbaciones del orden económico, social o ecológico o que constituya grave calamidad pública.

28. La naturaleza de los estados de excepción ha originado importantes debates en los foros jurídicos y de la seguridad, especialmente en relación con su capacidad de restringir derechos y de convertirse, eventualmente, en una distorsionada herramienta de legitimación de la discrecionalidad estatal, aún en procesos ampliamente democráticos.
29. El estado de excepción halla su justificación en la necesidad de defender a los elementos del Estado de amenazas que puedan afectar su existencia, sin descuidar la necesaria precaución con el ejercicio de derechos de las personas.
30. Es indispensable que la constitución haga la previsión correspondiente de las situaciones que pueden poner en riesgo a cualquiera de los elementos del Estado, con un claro enfoque hacia los derechos de los individuos y colectividades, y esto es especialmente palpable en un Estado neoconstitucionalista y que busca aplicar criterios como la seguridad humana.
31. La Constitución de 1998 no constituye un ejercicio neoconstitucionalista. Este instrumento se queda en la tendencia clásica y no generaba mayores aportes ni conectaba enfoque de derechos con seguridad ni con derechos, a diferencia de lo que sí sucede con la Constitución de 2008, al menos en el nivel teórico e ideológico.
32. Cuando el estado de excepción no se aplica a tono con los principios que fundamentan la institución, según la constitución en vigencia, se producen desequilibrios tanto en la institucionalidad estatal, como en la observancia y cumplimiento de derecho.
33. Cuando el estado de excepción pierde su naturaleza (la excepcionalidad y la temporalidad) y se convierte en una situación permanente en el contexto social, el conjunto de derechos, incluso aquellos fundamentales, están en grave riesgo de ser violentados.

34. Como se aprecia, el estado de excepción puede ser una herramienta útil para el control de situaciones existentes que puedan vulnerar los derechos de las personas, así como la institucionalidad del Estado. Sin embargo, cuando cualquiera de sus principios o circunstancias operativas es vulnerada, se pierde esa esencia y se convierte en una forma de discrecionalidad estatal.
35. Los estados de excepción emitidos bajo las disposiciones de la Constitución de 2008 son controlados en fondo y en forma por la Corte Constitucional.
36. En el caso de los estados de excepción que continuaron después del 30 de septiembre de 2010, se observó que, a pesar de ser público y notorio que la grave conmoción interna ya no existía posterior a esa fecha y que cualquier situación podría haberse manejado por los cauces ordinarios, la Corte Constitucional no tomó en cuenta este elemento fundamental para decidir conforme hubiese correspondido a una actitud judicial que estuviese a tono con el neoconstitucionalismo transformador, por lo que con su pasividad solo legitimó varios estados de excepción continuos y ficticios en su razón de ser.
37. Este comportamiento desnaturaliza al estado de excepción, no permite concretar los tres niveles de análisis del neoconstitucionalismo y promueve la discrecionalidad estatal. Adicionalmente, también da pie a la vulneración de la seguridad política y, eventualmente, a la de la seguridad física por securitización de la sociedad.

Bibliografía

- Acnuddhh (1976). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Recuperado el 20 de septiembre de 2013 de www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm
- Aguilar, J. (2009). Nueva Constitución ¿Nueva seguridad? *Ciudad Segura* 35, 4-9.
- Albro, R. (2010). Confounding cultural citizenship and constitutional reform in Bolivia. *Latin America Perspective*, 71-72.
- Aldunate, E. (2010). Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo. *Revista de Derecho xxiii. Universidad Católica de Valparaíso*, 79-102.
- Alexy, R. (2010). Derechos Fundamentales, Ponderación y Racionalidad. En M. Carbonell, *El Canon Neoconstitucional* (pág. 111). Madrid: Trotta.
- Alexy, R. (2008). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Anchaluisa, C. (2013). El neoconstitucionalismo transformador andino y su conexión con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. *LineaSur 5. Revista de Política Exterior. Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana de la República del Ecuador*, 115-135.
- Andolina, R. (2009). *Indigenous development in The Andes: culture, power and transnationalism*.
- Ariza, N. (2011). La aplicabilidad del concepto de seguridad humana en América Latina y el Caribe. El desarrollo humano como fuente de seguridad. *Temas Globales. Observatorio de Análisis de los Sistemas Internacionales*, 33-52.
- Ávila, R. (2011). Cultura jurídica, neoconstitucionalismo y transformación social. *Ecuador debate*, 61-74.

- Ávila, R. (2011). *El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el Derecho en la Constitución de 2008*. Quito: Abya-Yala/UASB.
- Ávila, R. (2012). *En defensa del neoconstitucionalismo transformador*. Recuperado el 23 de septiembre de 2013 de <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2922/1/%C3%81vila,%20R-CON-004-En%20defensa.pdf>
- Ávila, R. (2008). Las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos. Avances conceptuales de la Constitución de 2008. En R. Ávila, *Desafíos constitucionales. La Constitución Ecuatoriana de 2008 en Perspectiva*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Ávila-Fuenmayor, F. (2007). El concepto de poder en Michel Foucault. *A Parte Rei 53. Revista de Filosofía*, 1-16.
- Bárcena, M. (2000). La reconceptualización de la seguridad: un debate contemporáneo. *Revista Mexicana de Política Exterior*, 9-31.
- Bayón, J. (2009). Derechos, Democracia y Constitución. En M. Carbonell, *Neoconstitucionalismos* (págs. 214-215). Madrid: Trotta.
- Benavides, G. (2011). *La excepción como regla ¿garantiza los derechos?*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar. Programa Andino de Derechos Humanos.
- Bobbio, N. (1988). *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Madrid: Debate.
- Böckenförde, E.-W. (1993). *Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental. En Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Baden-Baden: NOMOS.
- Carbonell, M. (2010). Desafíos y retos del canon neoconstitucional. En M. Carbonell, & L. García, *El Canon Neoconstitucional* (pág. 11). Madrid: Trotta.
- Carbonell, M. (2010). El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis. En M. Carbonell, *El Canon Neoconstitucional* (pág. 444). Madrid: Trotta.

- Carbonell, M. (2008). Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales en tiempos de emergencia. *Estudios Constitucionales*, 249-263.
- Carbonell, M. (2009). Nuevos tiempos para el constitucionalismo. En M. Carbonell, *Neoconstitucionalismo (s)* (pág. 9). Madrid: Trotta.
- Carbonell, M. (2003). Nuevos tiempos para el constitucionalismo. En M. Carbonell, *Neoconstitucionalismo(S)* (págs. 9-10). Madrid: Trotta.
- Caso Castillo Petruzzi contra República de Perú. (Corte Interamericana de Derechos Humanos - 30 de Mayo de 1999).
- Celi, I. (2014). *Neoconstitucionalismo en Montecristi: Actores, procesos e ideas*. Loja: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Charry, J. (1992). *La acción de tutela*. Bogotá: Temis.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [CIDH] (2012). *Tesaurus sobre Derechos Humanos*. Recuperado el 7 de abril de 2013 de <http://www.corteidh.or.cr/tesauro/tr733.cfm>
- Comanducci, P. (2009). Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. En M. Carbonell, *Neoconstitucionalismo (s)* (pág. 75). Madrid: Trotta.
- Correas, O. (2004). *Teoría del Derecho*. México: Fontamara.
- Cott, D. V. (2000). Latin America: Constitutional Reform and Ethnic Right. *Parliamentary Affairs*, 41-43.
- Cruz, P. (1984). *Estados excepcionales y suspensión de garantías*. Madrid: Tecnos.
- Dávalos, M. (2008). Estados de Excepción: ¿Mal necesario o herramienta mal utilizada? Una mirada desde el constitucionalismo contemporáneo. En R. Ávila, *Neoconstitucionalismo y sociedad* (pág. 356). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Delgado, M. (2011). Estado de excepción y gobernabilidad en México. *Reflexiones de la Universidad de Costa Rica*, 165-179.
- Despouy, L. (1999). *Los derechos humanos y los estados de excepción*. México: Universidad Autónoma de México.

- Dubois, A. (2006). *Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo*. Recuperado el 25 de septiembre de 2013 de <http://www.dicc.hegoa.ehu.es/listar/mostrar/68>
- Favier, P. (2009). Seguridad Humana: un nuevo acercamiento al concepto de seguridad. *Centro Argentino de Estudios Internacionales. Programa de Seguridad y Defensa*, 1-22.
- Ferrajoli, L. (2007). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2009). Pasado y Futuro del estado de derecho. En M. Carbonell, *Neoconstitucionalismo (s)* (pág. 286). Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2007). Sobre los derechos fundamentales. En M. Carbonell, *Teoría del Neoconstitucionalismo* (pág. Madrid). Trotta.
- Ferreres, V. (2010). El control judicial de la constitucionalidad de la ley. En M. Carbonell, *El canon neoconstitucional* (págs. 378-379). Madrid: Trotta.
- Figueiredo, M. (2008). La evolución político-constitucional de Brasil. *Estudios Constitucionales*, 209-246.
- Gabino, A. (2000). *Estado de Sitio: ¿Emergencia necesaria o autoritarismo encubierto?* Buenos Aires: Desalma.
- García, A. (2009). La teoría del derecho en tiempos del neoconstitucionalismo. En M. Carbonell, *Neoconstitucionalismo (s)* (pág. 159). Madrid: Trotta.
- García, L. (2010). Desafíos y retos del canon neoconstitucional. En M. Carbonell, *El Canon Neoconstitucional* (págs. 11-12). Madrid: Trotta.
- García, L. (2008). El "nuevo derecho" en Colombia: ¿entelequia innecesaria o novedad pertinente? *Revista de Derecho no.29 de Barranquilla*, 15-30.
- García, L. (2010). Los argumentos del neoconstitucionalismo y su recepción. En M. Carbonell, *El Canon Neoconstitucional* (pág. 217). Madrid: Trotta.

- García, M. (2006). El derecho como esperanza: constitucionalismo y cambio social América Latina, con algunas ilustraciones a partir de Colombia. *¿Justicia para Todos?*, 201, 209, 227.
- García, M. (2006). El Derecho como esperanza: constitucionalismo y cambio social en América Latina. En R. Uprimny, *¿Justicia para todos?: sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*. (págs. 201-209). Bogotá.
- Gargarella, R. (2005). El constitucionalismo según John Rawls. *Araucaria: Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*.
- Grijalva, A. (2008). Perspectivas y desafíos de la Corte Constitucional. En R. Ávila, *Desafíos constitucionales: la Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva* (pág. 263). Quito: Ministerio de Justicia.
- Grijalva, A. (2011). Prólogo: Para entender una Constitución garantista, participativa y plurinacional. En R. Ávila, *El Neoconstitucionalismo Transformador* (págs. 10-11). Quito: Abya-Yala.
- Guastini, R. (2007). *Estudios de teoría constitucional*. México: IJ-UNAM-Fontamara.
- Guastini, R. (2009). La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: El caso italiano. En M. Carbonell, *Neoconstitucionalismo (s)* (pág. 49). Madrid: Trotta.
- Hauriou, A. (1980). *Derecho Constitucional e Intituciones Políticas*. Barcelona: Ariel.
- Heiss, C. (2005). Reseña de State of Exception de Giorgio Agamben. *Revista de Ciencia Política de la UNiversidad Católica de Chile*, 287-288.
- Hutchinson, T. (2002). La emergencia y el estado de derecho. *Revista de Derecho Público: La emergencia económica*, 36.
- Lafuente, J. (1989). Los Estados de Alarma, Excepción y Sitio. *Revista de Derecho Político Nro. 30*, 23-54.
- López, D. (2004). *Teoría impura del derecho*. Legis: Bogotá.
- Loweatein (1977). *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel.

- Mack, A. (2004). El Concepto de Seguridad Humana. *Promoting Security: But How and Forwhom? Brief 30*. Bonn International Center for Conversion, 11-18.
- Maldonado, M. (2009). *Control jurisdiccional y procedencia de la declaratoria de estado de emergencia en el caso del Decreto Ejecutivo 1348*. Quito: USFQ.
- Melo, R. (2012). *El estado de excepción en Ecuador y su relación con el estado de derecho*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Ministerio Coordinador de Seguridad (2014). Plan Nacional de Seguridad Integral 2014-2017. *Plan Nacional de Seguridad Integral y Agendas 2014-2017*. Quito: Ministerio Coordinador de Seguridad.
- Ministerio del Interior (2014). *Agenda Sectorial de Seguridad Ciudadana*. Quito: Ministerio Coordinador de Seguridad.
- Montealegre, H. (1985). *La Seguridad del Estado y los Derechos Humanos*. Montevideo: Ediciones de la Banda Oriental.
- Moreso, J. (2009). Conflictos entre principios constitucionales. En M. Carbonell, *Neoconstitucionalismos* (págs. 100-101). Madrid: Trotta.
- Nef, J. (1999). *Human Security and Mutual Vulnerability*. Ottawa: IDRC.
- Nef, J. (2002). Seguridad Humana y Vulnerabilidad Mutua. En F. Rojas, *Seguridad humana, resolución de conflictos y paz*. (pág. 54). Santiago de Chile: Unesco-Flacso.
- O'Donnell, D. (2007). *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina*. Bogotá: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.
- O'Donnell, D. (2001). Legitimidad de los estados de excepción a la luz de los instrumentos de Derechos Humanos. *La Protección constitucional de los derechos humanos en América Latina, a la luz de los instrumentos internacionales de derechos humanos*, 165-231.

- Oficina de Coordinación de Asuntos Humanitarios de la ONU (2012). *La seguridad humana en las Naciones Unidas*. Nueva York: Naciones Unidas.
- Orjuela, L. (1998). El Estado colombiano en los noventa: entre la legitimidad y la eficiencia. *Revista de Estudios Sociales de la Universidad de los Andes*, 56-60.
- Ortegón, L. (2010). *Los Estados de Excepción y su Control en Colombia*. Bogotá: Universidad Libre.
- Paris, R. (2001). Human Security: paradigm shift or hot air? *International Security*, 87-102.
- Pérez, K. (2006). *Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo*. Recuperado el 25 de septiembre de 2013 de <http://www.dicc.hegoa.ehu.es/listar/mostrar/204>
- Pisarrello, G. (2003). ¿De quién se defiende la Constitución? El fantasma de la excepción y el retroceso garantista. En V. Bazan, *Defensa de la Constitución: garantismo y controles* (págs. 1151-1163). Buenos Aires: Ediar.
- PNUD. (1994). *Human Development Report*. New York: Oxford University Press.
- PNUD. (2012). *Informes sobre Desarrollo Humano*. Recuperado el 25 de septiembre de 2013 de <http://hdr.undp.org/es/desarrollohumano/>
- Pozzolo, S. (2010). Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la constitución. En M. Carbonell, *El Canon Neoconstitucional* (pág. 445). Madrid: Trotta.
- Pozzolo, S. (2010). Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la constitución. En M. Carbonell, *El Canon Neoconstitucional* (pág. 165). Madrid: Trotta.
- Price, R. (1998). Reversing the Gun Sights: Transnational Civil Society Targets Lan MInes. *International Organization* Vol. 52. No. 3, 613-644.
- Prieto, L. (2009). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.

- Prieto, L. (2001). Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial. *Adfuam*, 201-228.
- Prieto, L. (2005). Voz Neoconstitucionalismo. En M. Carbonell, *Diccionario de Derecho Constitucional* (págs. 420-423). México: Porrúa.
- Quijano, A. (2000). Colonialidad del poder y clasificación social. *Journal of World Systems Research*, VI (2), 342-382.
- Quijano, A. (2009). Descolonialidad del poder: horizonte alternativo. En A. A. Martínez, *Plurinacionalidad. Democracia en Diversidad* (pág. 108). Quito: Abya Yala.
- Ramírez, F. (2008). Proceso constituyente y tránsito hegemónico. *Tendencia: revista de análisis político. Nueva Constitución*, 99.
- Reed, L. (1999). Evolving Security Regimes. En M. Tehranian, *Worlds Apart: Human Security and Global Governance* (págs. 39-47). New York: Toda Institute for Global Peace and Policy Research.
- Rojas, F. (2002). *Seguridad Humana, Prevención de Conflictos y Paz*. Santiago: Unesco-Flacso.
- Salgado, H. (1995). *Derecho Fundamentales en la Constitución Ecuatoriana*. Quito: Ildis.
- Sastre, S. (2009). La Ciencia Jurídica ante el Neoconstitucionalismo. En M. Carbonell, *Neoconstitucionalismos* (pág. 239). Madrid: Trotta.
- Soto, C. (2009). La constitucionalización del ordenamiento jurídico mexicano. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, 195-208.
- Sousa, B. d. (2010). *Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del Sur*. Quito.
- Stocks, A. (2005). Too much for too few: problems of indigenous land rights in Latin America. *Anthropology Rev.*, 85.
- Teitel, R. (2009). *Transitional Jurisprudence: The role of law in political transformation*. Yale.
- Thomas, C. (1999). *Globalization, Human Security and the African Experience*. Boulder: Lynne Rienner Publishers.

- Uprimny, R. (2011). The recent transformation of constitutional law in Latin America: Trends and Challenges. *Texas Law Review*, 1587-1600.
- Vallenas, J. (2000). *Los estados de excepción a la luz de los derechos humanos en el sistema americano*. Valencia: Universidad de Valencia.
- Verdú, P. (1986). *Curso de Derecho Político*. Madrid: Tecnos.
- Vergottini, G. (1989). *Derecho Constitucional*. Madrid: Espasa Calpe.
- Viciano, R. (2010). Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. En *El nuevo constitucionalismo en América Latina* (pág. 96). Quito: Corte Constitucional del Ecuador.
- Wigny, P. (1989). *Derecho Constitucional*. Bruselas: Emile Buylant.
- Zaffaroni, E. (2002). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar.
- Zavala, J. (2012). *La constitucionalización del sistema jurídico ecuatoriano sobre la base y por efecto de los derechos fundamentales*. Guayaquil.
- Zovatto, D. (1990). *Los estados de excepción y los derechos humanos en América Latina*. Caracas: Instituto Interamericano del los Derechos Humanos.



La seguridad, definida como un aspecto fundamental en la vida de los Estados, es un bien público que permite la consecución de los objetivos nacionales, genera estabilidad política y social y constituye un derecho fundamental. Esta concepción de la seguridad como un derecho deviene en que el Estado deba generar las condiciones más adecuadas para que la normativa referente a dicho derecho se convierta en realidades palpables, por medio de acciones de política pública y mecanismos de garantía.

Al mismo tiempo, la visión de un Estado que genera condiciones de respeto de derechos es propia del neoconstitucionalismo, teoría jurídica que inspira la Constitución ecuatoriana en vigencia, y tiene una relación muy estrecha con el concepto de seguridad humana, que también se desarrolla en el mencionado cuerpo constitucional.

Con estos antecedentes, la presente investigación tiene como objetivo realizar un profundo análisis teórico del estado de excepción que es parte de las instituciones establecidas en la Constitución de Ecuador de 2008, a la luz del neoconstitucionalismo y la seguridad humana, a la vez que se realiza un ejercicio comparativo con el estado de emergencia que constaba en la Constitución de Ecuador de 1998.



ISBN: 978-9942-950-53-6



9789942950536