

## TEMA CENTRAL

# Nueva Constitución ¿Nueva seguridad?

Juan Pablo Aguilar<sup>1</sup>

Tengo que confesar que creo poco en las leyes. Si son demasiado duras, se las transgrede con razón. Si son demasiado complicadas, el ingenio humano encuentra fácilmente el modo de deslizarse por las mallas de esa red tan frágil [...] Cambian menos rápidamente que las costumbres; peligrosas cuando quedan a la zaga de éstas, lo son aún más cuando pretenden precederlas.

Marguerite Yourcenar; Memorias de Adriano

## Nueva Constitución, ¿nueva seguridad?

Ante el pedido de analizar los cambios que, en materia de seguridad ciudadana, se derivan de la nueva Constitución de la República, se puede caer fácilmente en la tentación de comparar textos. El trabajo se reduciría, en ese caso, a un análisis comparativo entre la codificación constitucional de 1998 y el texto aprobado por la Asamblea Constituyente en 2008; todo podría resumirse en cuadros como los que constan más adelante y en las conclusiones que, sobre avances o retrocesos, podríamos extraer a partir de ellos.

Al hacerlo se dejaría de lado, sin embargo, que los textos legales no tienen la virtud, por sí solos, de modificar una realidad; es más, ni siquiera son capaces de enunciarla, en la medida en que están contruidos como un discurso prescriptivo, esto es, un discurso que pretende no describir hecho alguno, sino indicar formas de comportamiento (Correas, 2004: 30-37).

Se trata de un discurso que - para usar la expresión del primer artículo del Código Civil tan conocida por los abogados - "manda, prohíbe o permite" y al hacerlo, expresa el poder de quienes tienen la capacidad de mandar; prohibir o permitir; aunque se reclame como expresión de la justicia, manifestación de la voluntad soberana o mandato libremente consentido por todos y todas.

En palabras de Óscar Correas (2004), "los discursos prescriptivos constituyen un caso de ejercicio del poder" (Correas, 2004: 131); 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.

En realidad, en una norma jurídica es menos importante lo que ésta dice o lo que quien la redactó pretendió decir; que lo que a partir de su lectura pueden hacer los que la aplican. Contra lo que sostenía la doctrina tradicional, las normas no tienen un "recto sentido", ni una única interpretación posible; su sentido será aquél que, dentro de los límites impuestos por el texto, le dé el o la intérprete. De modo que, la labor interpretativa es un acto de voluntad y no de conocimiento (Kelsen, 1975: 167-169); por eso puede decirse que "una constitución no es el texto escrito en un papel, sino el texto realmente producido por una voluntad de poder. Y se trata de una nueva constitución si hay un nuevo poder; aunque se trate, en el papel, del mismo texto" (Correas, 2004: 09).

No basta, entonces, establecer que una norma se ha modificado para considerar que a partir de esa modificación la realidad será diferente. Hay, al menos, dos factores adicionales que deben ser tomados en cuenta: las condiciones de aplicación de la norma y la voluntad de aplicarla.

## Las normas sobre seguridad

Definamos, primero, el espacio normativo al que vamos a referirnos y para ello respondamos a una pregunta: ¿Qué normas constitucionales tienen que ver con la seguridad ciudadana?

En la base del derecho moderno se encuentra la idea de que toda persona es titular de derechos inalienables, y que el estado existe para mantener esos derechos. El segundo artículo de la Declaración de los Derechos de la Revolución Francesa lo resume muy bien: "el fin de toda asociación política es el mantenimiento de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión"<sup>2</sup>.

La seguridad se presenta como un derecho pero, si seguimos al diccionario y la relacionamos con aquello que está "libre y exento de todo peligro, daño o riesgo"<sup>3</sup>, deberíamos pensar que no es un derecho independiente, sino que se deriva de otros derechos; es decir, que esa ausencia de peligro, daño o riesgo existe solo en la medida en que los derechos de toda persona son respetados.

Podríamos afirmar, entonces, que son las normas sobre los derechos las que se relacionan directamente con el tema de la seguridad ciudadana. Esto, sin embargo, puede pasar a un segundo plano al constatar que la simple enumeración de derechos no garantiza que éstos existan en la realidad y sean respetados; todo lo contrario, la consagración legislativa de los derechos es en realidad una confesión de que en la sociedad hay comportamientos contrarios a los derechos reconocidos y actividades que atentan contra ellos, por el solo hecho de que una Constitución, o cualquier ley, no tendría sentido si regulara comportamientos o estableciera derechos que siempre y en todo caso serían seguidos o respetados:

[...] no es necesario que haya una concordancia completa y sin excepción entre un orden normativo y los hechos a los cuales se aplica. Por el contrario, debe haber la posibilidad de una discordancia. Si no el orden normativo ya no tendría ningún sentido ¿Por qué dar una orden a alguien si puede admitirse que se conducirá necesariamente de la manera deseada? La norma fundamental de un orden social al cual se obedeciera en toda circunstancia debería legítimar de antemano todo hecho posible prescribiendo la conducta efectivamente seguida. Ordenaría hacer lo que se quiere hacer: Un orden social de esta naturaleza no tendría más sentido que otro orden en contradicción completa con los hechos que regula (Kelsen, 1975: 141).

El tema, entonces, tiene que ver menos con el reconocimiento de los derechos, que con la existencia de instrumentos que permitan hacerlos efectivos o restaurarlos cuando sean quebrantados. Siendo así, y a riesgo de simplificar, podríamos responder a la pregunta sobre las normas relacionadas con la seguridad ciudadana afirmando que éstas son, fundamentalmente, las que tienen que ver con las garantías para la protección de los derechos y con la institucionalidad que monopoliza la fuerza para asegurar el mantenimiento de un orden determinado. Empecemos por las primeras.

## Las garantías ¿Qué hay de nuevo en los textos?

Empecemos con las garantías a las que, siguiendo a Ramiro Ávila (2008: 89), entenderemos como "los mecanismos que

establece la Constitución para prevenir, cesar o enmendar la violación de un derecho que está reconocido en la misma Constitución". ¿Hay diferencias entre la forma en que el tema de las garantías es concebido por la codificación constitucional de 1998 y por el texto de 2008? Ramiro Ávila considera que sí y que esas diferencias convierten a la Constitución vigente en más avanzada que su predecesora.

En lo que tiene que ver con la naturaleza de las garantías, según el mismo autor, la Constitución de 2008 avanza al establecer una acción de conocimiento, diferente de la cautelar que habría reconocido el anterior texto constitucional. El cuadro No. 1 resume muy bien la diferencia entre ambos tipos de acciones.

No obstante, a juicio de Ramiro Ávila, hay otras diferencias de fondo:

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 éstos 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 inmediata de salud o el derecho a una educación de calidad, nunca pudieron ser exigibles. En estos casos, era difícil demostrar el daño o la titularidad del derecho. En la práctica, entonces, no se pudo exigir "cualquier" derecho. En la Constitución del 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).

Las diferencias que el autor encuentra entre las garantías previstas en la Constitución de 1998, y las que constan en la de 2008, se resumen en el cuadro No.2.

Para quien se limite a consultar el cuadro, la superioridad de la Constitución de 2008 resulta indudable: doce garantías frente a las tres escasas de la Constitución anterior; hay, sin embargo, que matizar esta comparación, y para eso conviene descender de los textos a la realidad.

### Un paseo por la realidad

El problema del cuadro citado es que compara dos aspectos diferentes: mientras la nueva Constitución es vista como superior a partir de lo que promete su texto, a la anterior se la juzga sobre la base de la forma en que sus disposiciones fueron aplicadas.

Esto se ve claramente cuando en el cuadro se indica que la acción de amparo se refería a un grupo determinado de derechos, pese a que en la página anterior se afirma, transcribiendo el texto constitucional, que la garantía "en teoría" protegía cualquier derecho (Ávila, 2008: 97). Sabemos que, en la práctica, el Tribunal Constitucional optó por restringir el ámbito de los derechos protegidos, pero ese no era un problema del texto constitucional sino de la práctica concreta de los jueces. Si en ese entonces la norma no incidió en la práctica, ¿Qué hace pensar que ahora ocurra lo contrario? ¿Qué virtudes tiene el texto vigente para pensar que al leerlo se está describiendo una realidad?

Idéntica diferencia entre textos y realidades encontramos en el caso de las nociones de "acción cautelar" y "acción de conocimiento". Ninguno de los textos constitucionales de 1998 impedía a un juez interesado en desarrollar todas las posibilidades de una acción como la de amparo, calificarla como de conocimiento; de hecho, incluso autores como Rafael Oyarte (2006), que sostenían la naturaleza cautelar del amparo, reconocían que el tema era objeto de polémica y que había quienes argumentaban que se trataba de un proceso declarativo y de conocimiento (Oyarte, 2006: 167).

Lo mismo puede decirse de la acción de incumplimiento, que no existía como tal en los textos de 1998, pero que bien podía desarrollarse a partir de la acción de amparo, prevista también para el caso de omisiones de las autoridades

Cuadro No. 1 Diferencias entre la acción cautelar y la acción de conocimiento		
	Acción cautelar	Acción de conocimiento
<b>Objetivo</b>	Cesar o impedir la violación de DD.HH.	Reparar
<b>Procedimiento</b>	Informal	Reglado
<b>Efecto</b>	Suspender un acto	Declarar la violación de un DD.HH.
<b>Prueba</b>	No existe	Debe existir
<b>Forma</b>	Resolución	Sentencia

Fuente: Ávila (2008: 96)

Cuadro No. 2 Las garantías en los textos constitucionales de 1998 y 2008		
Derecho protegido	1998	2008
Violaciones graves e inminentes	Amparo (Art. 95)	Medida cautelar (Art. 87)
Todo derecho (fondo)	No existe	Acción de protección
Libertad (detención arbitraria)	Hábeas Corpus	Hábeas Corpus
Integridad física (tortura)	No existe	Hábeas Corpus
Desaparición forzada	No existe	Hábeas Corpus
Libertad (prisión preventiva)	No existe (amparo judicial en el código de procedimiento penal)	Hábeas Corpus
Acceso a la información pública	No existe (ley orgánica de acceso a la información pública)	Acceso a la información pública
Intimididad (protección información personal)	Hábeas data	Hábeas data
Eficacia sistema jurídico	No existe	Acción de incumplimiento
DD.HH. y seguridad jurídica en lo judicial	Expresamente prohibido	Acción extraordinaria de protección
Garantía normativa	No existe	Garantías normativas
Garantía de política pública	No existe	Garantía de política pública
<b>Total</b>	<b>Tres garantías</b>	<b>Doce garantías</b>

Fuente: Ávila (2008: 98)

des públicas (Oyarte, 2006: 103-111). Igual situación ocurre con el amparo judicial, regulado por el Código de Procedimiento Penal, pese a que no constaba en el texto constitucional.

Cierto es que la acción de acceso a la información no existía en la Constitución anterior, pero no puede desconocerse que nada en ella se oponía a su existencia; por eso, precisamente como consta en el cuadro, se la pudo establecer por mandato legal. En este punto, entonces, la Constitución de 2008 no innova, simplemente constitucionaliza normas que antes tuvieron rango de ley. Según Ávila (2008), mención aparte merecen las garantías normativas y de política pública:

La garantía, en la Constitución de 1998, se entiende ligada, fundamentalmente, a la acción judicial y subsumida en el título que reconoce los derechos [...]. Aunque existe una norma que establece la obligación general de respeto a los derechos humanos como el más alto deber del Estado, esta norma no se operativiza como garantía sino a través de lo judicial. En este sentido, la concepción de la garantía es restrictiva. En cambio, la Constitución del 2008 le da al tema una relevancia fundamental y lo concibe de manera integral. La garantía corresponde a un título independiente de los derechos y no se restringe a lo judicial [...] por las garantías normativas (Art. 84), cualquier autoridad del Estado que tenga facultad para normar, como el parlamento al dictar leyes, el presidente al dictar reglamentos, los concejos municipales al dictar ordenanzas o los ministros al emitir una resolución, están obligados a adecuar esa norma a la Constitución y a desarrollar, en lo que se pueda y corresponda, los derechos; por las garantías políticas (Art. 85), cualquier autoridad que realice algún plan, programa o proyecto, de igual modo debe adaptar sus decisiones hacia la realización de los derechos [...] (Ávila, 2008: 92-93).

Cuadro No. 3 Las garantías en los textos constitucionales de 1998 y 2008		
Derecho protegido	1998	2008
Violaciones graves e inminentes	Amparo	Medida cautelar
Todo derecho (fondo)	Amparo	Acción de protección
Libertad (detención arbitraria)	Hábeas Corpus	Hábeas Corpus
Integridad física (tortura)	Amparo	Hábeas Corpus
Desaparición forzada	Amparo	Hábeas Corpus
Libertad (prisión preventiva)	En el Código de Procedimiento Penal	Hábeas Corpus
Acceso a la información pública	En la Ley Orgánica de Acceso a la Información Pública	Acceso a la información pública
Intimidad (protección información personal)	Hábeas data	Hábeas data
Eficacia sistema jurídico	Amparo	Acción de incumplimiento
DD.HH. y seguridad jurídica en lo judicial	Expresamente prohibido	Acción extraordinaria de protección
<b>Total</b>	<b>Cinco garantías, tres constitucionales y dos legales</b>	<b>Seis garantías, todas constitucionales</b>
Elaboración: propia		

Cuando se cree en el discurso de la ley, se acaba pensando que lo que ella dice es lo que ocurre u ocurrirá realmente. Desde mi punto de vista, si se considera como garantía el disponer que las autoridades públicas, al expedir normas o al elaborar políticas públicas, deben someterse a la Constitución y respetar los derechos, no hay razón para pensar que no se ha establecido una garantía al consagrar a la Constitución como la norma fundamental del ordenamiento, exigir a todos someterse a ella y asumir el respeto a los derechos humanos como el deber fundamental del Estado.

Si el incumplimiento de esto último solo puede atacarse por medio de una acción judicial ¿No pasa lo mismo si lo que se incumple son los mandatos de los artículos 84 y 85 de la Constitución vigente? Es evidente que, en este caso, también se debe recurrir a la acción judicial, salvo que se piense que porque la Constitución dice algo, las autoridades van a hacer necesariamente eso. Parece claro que si fuera así, las garantías judiciales no tendrían razón de ser.

Nos encontramos, entonces, ante declaraciones constitucionales y no ante garantías que permitan exigir el cumplimiento de los derechos. Si a partir de estas ideas rehacemos el cuadro No. 2, la imagen que se nos presenta es bastante diferente (ver cuadro No.3).

No pretendo sostener - sería absurdo - que las dos últimas constituciones dicen lo mismo en este punto, y que no hay ningún aporte sustancial en el texto de 2008. Sin duda, la tarea de redactar una nueva Constitución requería perfeccionar los textos, aclarar temas que venían siendo objeto de debate y estructurar de mejor manera el esquema de las garantías, a partir de la experiencia acumulada; esto se ha logrado, y los nuevos textos aportan indudables mejoras a los que les precedieron. Pero hay una gran diferencia entre perfeccionar lo existente y crear algo completamente nuevo.

En realidad, los problemas de la anterior Constitución estuvieron menos en los textos que en la actuación concreta de los jueces constitucionales; más en el recelo del Tribunal Constitucional para avanzar en el camino de las garantías de los derechos, que en prohibiciones o limitaciones constitucionales. La autora Claudia Escobar (2006) lo expresa muy bien al comparar la actuación de la Corte Constitucional Colombiana y la de nuestro Tribunal Constitucional:

En términos generales puede sostenerse que en el caso colombiano la Corte Constitucional ha intentado asumir una suerte de activismo judicial que implica el establecimiento de un sistema "fuerte" de control constitucional. Este tipo de control ha permitido que las sentencias constitucionales tengan un papel preponderante, dentro del sistema de fuentes del derecho, aun por encima de las leyes y demás actos normativos que hacen parte del ordenamiento jurídico. En el caso ecuatoriano, el Tribunal Constitucional ha asumido el papel de "legislador

negativo", instaurando un sistema "débil" de control constitucional, en el que otras fuentes del derecho determinan los alcances del proceso político y normativo (2006: 23).

### Lo que dicen los jueces

Cuando se culpa de los problemas a los textos constitucionales o legislativos, se cae en la ilusión de pensar que el camino de la reforma normativa es el que lleva a la transformación de la realidad. Basta echar una mirada a este primer año de vigencia de la Constitución para comprender que, una vez más, lo que pensaron quienes redactaron los textos poco interesa a quienes tienen la obligación de aplicarlos.

Comparto, por ejemplo, el criterio de Ramiro Ávila cuando en textos como el siguiente, explica el alcance de los mandatos constitucionales y afirma, al hablar sobre la clase de actos de autoridad que pueden ser objeto de acciones constitucionales, que "en la Constitución del 2008 [...] se requiere que exista una vulneración de derechos reconocidos en la Constitución, no importa de qué tipo de acto provenga, de qué autoridad, ni qué condición tenga la persona víctima. Esto es, la violación de derechos humanos podría producirse por un acto administrativo, una norma, una política pública, un acto u omisión que proviene de un agente de Estado o de una persona particular" (Ávila, 2008: 97).

Para la Primera Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Pichincha, sin embargo, la acción de protección no puede intentarse contra actos de carácter normativo, pues en ese caso la vía es la acción de inconstitucionalidad (Sentencia de 8 de julio de 2009, caso Unión de Jubilados del Banco Central, séptimo considerando). Esta no parece ser una opinión aislada, pues la comparten constitucionalistas como Julio César Trujillo y Rafael Oyarte, tal como se desprende de una presentación del Servicio de Rentas Internas, a propósito de la acción de protección planteada en su momento contra la declaración patrimonial<sup>3</sup>.

El carácter excepcional de las garantías constitucionales, el hecho de que operen solo cuando no exista otra vía para reparar las violaciones a los derechos es, según Ramiro Ávila (2008: 91-92), un defecto que debe superarse y que habría superado la Constitución de 2008. Sin duda, eso es lo que se pretendió hacer al redactar los textos constitucionales, pero en las reglas dictadas por la Corte Constitucional (2008) se dispone que "no se podrá acudir a las acciones jurisdiccionales de los derechos en reemplazo de las acciones ordinarias establecidas en la ley, salvo que se utilicen como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable" (Corte Constitucional, 2008: art. 43:3).

Sobre la base de esta norma, los jueces han rechazado acciones de protección bajo el argumento de que contra el acto de autoridad impugnado pueden interponerse acciones contencioso administrativas (Sentencia de 29 de abril de 2009, Juzgado Cuarto de lo Civil de Pichincha, caso Jubilados del Banco Central, sexto considerando; sentencia de 20 de julio de 2009, Juzgado Quinto de lo Penal de Pichincha, caso Julia Weber, séptimo considerando).

Si tomamos en cuenta que la generalidad de los actos administrativos puede impugnarse ante los jueces contencioso administrativos, interpretaciones como las referidas reducen la acción de protección a su mínima expresión. Se trata, sin embargo, de la interpretación que se está abriendo paso y que además comparte el Presidente de la República, pues la ha incluido como parte del proyecto de Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (art. 40:c)<sup>4</sup>.

Vale recordar, frente a esto, que tanto la doctrina como la jurisprudencia sobre la acción de amparo venían reconociendo que esta última, conforme al texto constitucional de 1998, podía "interponerse aunque existan otras vías de impugnación del acto materia de la garantía y que las mismas no hayan sido agotadas" (Oyarte, 2006: 173).

### Las condiciones de aplicación

El problema no está en la norma, ésta no tiene ninguna virtud mágica para modificar la realidad y las cosas seguirán siendo como son, pese a que la Constitución disponga que sean diferentes. Romperse la cabeza en la búsqueda del texto perfecto, el que enfrente todas las dificultades y llene todos los vacíos es, entonces, tarea inútil.

Son las condiciones de aplicación de las normas las que van a definir el sentido que éstas acabarán teniendo; el destino de la ley, entonces, depende menos del legislador que de los jueces y los funcionarios administrativos encargados de decidir cómo debe ser aplicada en cada caso concreto. En este sentido, comparto el criterio de Ramiro Ávila cuando afirma:

La Constitución del 2008 exige jueces y juezas comprometidos, con considerables dosis de imaginación jurídica y hasta cierta inventiva judicial y activistas. Comprometidos no con la ley, sino con los derechos. Las garantías permiten que los funcionarios de Estado, particularmente los jueces y juezas, puedan alterar la realidad de exclusión, discriminación y sufrimiento (Ávila, 2008: 109).

Esos funcionarios del Estado, esos jueces comprometidos, no surgen por generación espontánea gracias a una reforma constitucional; hay que ir a buscarlos donde se forman, en las universidades, y es ahí donde debe producirse un pensamiento nuevo, capaz de entender y desarrollar todas las posibilidades de los instrumentos creados por los textos constitucionales. Lamentablemente, el estudio del derecho sigue centrado en valores tradicionales que convierten a la norma en el elemento fundamental, sino único de la enseñanza, proporcionando una importancia exagerada al análisis lógico formal de los textos legales; es decir, se ocupa fundamentalmente de su estructura y coherencia interna y desdén sus contenidos políticos y económicos.

El resultado es la creación de una corriente dominante de abogados formados en los moldes del formalismo jurídico, acrílicos aplicadores de textos cuya verdadera función no alcanzan a comprender, e incapaces de orientar el derecho hacia el logro de los objetivos de justicia que proclaman como propios. Es muy clara, en este punto, la descripción que hace Alberto Wray (1992):

En un artículo publicado por los años setentas, aludía a una suerte de positivismo práctico y, recordando la afirmación de Bobbio en el sentido de que la mayor parte de los juristas modernos, por lo menos en Europa, ha sido positivista sin saberlo, sostenía que en el Ecuador, aunque la mayor partes se ha declarado antipositivista, "al dedicarse a la docencia ha practicado con mucha fe una especie de positivismo práctico", porque al tiempo que ha postulado la necesidad de que el derecho se oriente hacia la justicia o hacia el bien general, sistemáticamente ha prescindido de todo análisis encaminado a examinar la vigencia real de tales valores, supuesta la validez formal de las normas (Wray, 1999:21).

La mejor demostración de la forma en que ese positivismo práctico del que habla Alberto Wray se ha enseñoreado de la mente de los juristas, es la fe que ponen y el esfuerzo que dedican al proceso de reforma normativa, incluso quienes rechazan expresamente el positivismo, como si admitieran que, a la larga, el texto de la ley es lo único que verdaderamente importa.

Los juristas que tenemos definen las condiciones de aplicación de las normas. Ante esto, de nada sirve que los textos constitucionales recojan lo mejor de la más avanzada doctrina jurídica crítica; quienes van a definir cómo deben entenderse las normas, con sus mentes cargadas de nociones tradicionales, serán incapaces de ver más allá del formalismo puro y duro que, como verdad revelada, recibieron en las aulas universitarias.

Pero no es únicamente en el mundo de los abogados en el que podemos hacer constataciones como éstas; en

todas las formas institucionales se encuentran puntos de vistas, formas de comportamiento, culturas, que se adaptan a los nuevos textos normativos sin modificar la realidad, sino buscando la forma en que la ley pueda aplicarse sin necesidad de que las cosas dejen de ser como siempre. Esto nos lleva al segundo grupo de normas que, como se dijo más arriba, se relacionan con la seguridad ciudadana: aquellas que se refieren a la institucionalidad que monopoliza la fuerza para asegurar el mantenimiento de un orden determinado.

### Los textos constitucionales y las fuerzas del orden

Podemos empezar, aquí también, haciendo un cuadro comparativo que nos permita establecer qué ha cambiado en los textos constitucionales que regulan a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional (Ver cuadro No. 4).

La nueva Constitución refleja, sin duda, las ideas que en la última década se han venido desarrollando en relación con la necesidad de superar las visiones propias de la doctrina de seguridad nacional y terminar con la existencia de una institucionalidad paralela, la de la fuerza pública, que no responde a las normas constitucionales ni a los desarrollos del derecho internacional.

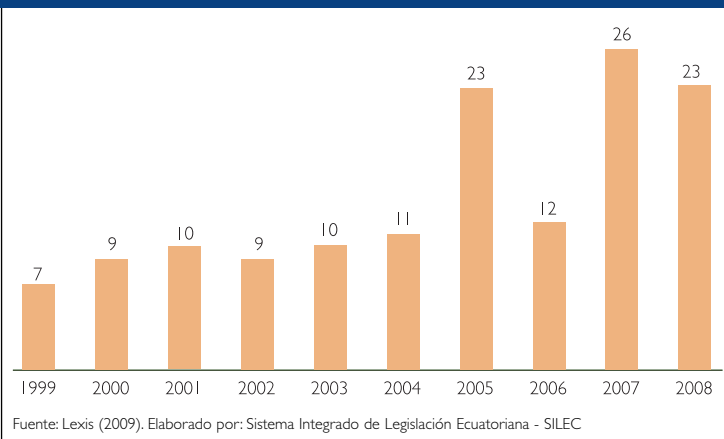
Definir las funciones de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, dejar en claro la diferente naturaleza de las dos instituciones, detallar las consecuencias del principio de igualdad de derechos entre civiles, militares y policías, y establecer principios que permitan restringir el recurso a los estados de excepción, son méritos evidentes de la nueva Constitución; aunque temas como la actividad empresarial de las instituciones armadas se han mantenido inalterados, y si bien se ha eliminado la referencia a las Fuerzas Armadas como garantes del ordenamiento jurídico, la forma de calificarlas como instituciones de protección de derechos, libertades y garantías, merece ser analizada y contrastada con la práctica, a fin de dejar en claro si se trata o no de un simple cambio de redacción que oculta idénticos temas de fondo.

Sería iluso, sin embargo, pensar que con el cambio constitucional hemos logrado instaurar la realidad que los textos prometen; me atrevería a decir que en un proceso de transformación, el cambio legislativo es lo menos importante de todo lo que es necesario hacer. Por lo tanto, es necesario repetirlo, los problemas no están en las normas sino en las culturas institucionales que las utilizan para fines diferentes a aquellos para los que fueron pensadas.

Máximo Sozzo (2008) al analizar la reforma legal argentina que se realizó para terminar con la institución de la detención policial sin orden judicial, muestra cómo el cambio en las normas, cuando no va acompañada de nuevas for-

Cuadro No. 4 Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional en los últimos textos constitucionales		
Temas	1998	2008
Lugar que ocupan en la estructura del Estado	Parte de la Función Ejecutiva	Parte de la Función Ejecutiva
Relación entre las FFAA y la Policía Nacional	Unificadas con el concepto de Fuerza Pública	Interés en establecerlas como distintas y con funciones separadas
Vinculación de la Policía Nacional a las FFAA	La Policía como fuerza auxiliar de las FFAA	No contiene una norma similar
Papel en el ordenamiento jurídico	Las FFAA son garantes del ordenamiento jurídico	Instituciones de protección de derechos, libertades y garantías
Carácter civil o militar de la Policía Nacional	No se dice nada	Se la califica como civil
Derechos del personal militar y policial	Norma general	Desarrollo del tema
Órgano superior responsable	Consejo de Seguridad Nacional y Consejo Nacional de Policía	No se regula nada sobre este tema
Servicio militar	Obligatorio	Voluntario
Estados de excepción	No se establece los principios a los que deben someterse	Se establecen los principios a los que deben someterse
Derecho al voto	Se niega	Optativo
Elaboración: propia		

Gráfico No. 1  
Ecuador: Declaratorias de Estados de Emergencia (1998-2008)



mas de pensar, no consigue más que modos creativos de adaptarse a la nueva ley para seguir haciendo lo mismo. En resumidas cuentas, con independencia de lo que pueda decir la norma, "la misma forma de pensar el delito y su prevención se sigue traduciendo, sustancialmente, en la misma manera de actuar" (Sozzo, 2008: 221).

En el caso ecuatoriano, el artículo 163 de la nueva Constitución define a la Policía Nacional como una institución civil y al parecer - al menos por un largo tiempo - esto permanecerá en letras, porque la militarización de la Policía responde a una cultura institucional e incluso social (piénsese, por ejemplo, en los colegios militares, las bandas de guerra de los colegios no militares, el prestigio del uniforme, etc.), mucho más profunda que los textos constitucionales. Ya ocurrió con la Constitución de 1946 que el calificativo de civil conferido a la Policía por el artículo 153, no impidió que durante los casi veinte años de vigencia de ese texto, la institución consolide su carácter militar.

#### Lo que se empieza a ver

Siendo así, es preocupante constatar que los puntos de vista de la Constitución no son los de los llamados a aplicarla, pese a que en su mayoría se trata de personas que participaron en el proceso constituyente, lo impulsaron y dieron su voto para aprobar los textos. A poco tiempo de entrar en vigencia la actual Constitución, el 15 de diciembre de 2008, el Acuerdo Ministerial 243 dispuso un Reglamento de Disciplina Militar que mantenía un enfoque preconstitucional sobre la materia y que desconocía el expreso mandato de que la tipificación de infracciones y las sanciones, solo pueden establecerse mediante ley.

Lamentablemente, esto no un fenómeno aislado, el proyecto de Ley de Seguridad Pública y del Estado remitido a la Comisión Legislativa por el Presidente de la República (el cual se tramita mientras escribo estas líneas), parte de la noción de no transformar la estructura basada en la Ley de Seguridad Nacional, sino de introducir cambios en ella, como expresamente se dice en la exposición de motivos. En el proyecto, el Consejo de Seguridad Nacional, que desapareció de los textos constitucionales, sobrevive con una estructura básicamente igual a la prevista en la Ley de Seguridad Nacional; el servicio de inteligencia se convierte en una dependencia a órdenes del Ejecutivo, a quien corresponde reglamentar su funcionamiento; la tipificación detallada de infracciones se sustituye por un único tipo abierto en el que podría caer cualquier conducta; y, se renuncia a regular detalladamente los estados de excepción a partir de la buena base que la Constitución brinda para ello.

Parecería que, para los autores del proyecto, el problema de la reforma de las instituciones de seguridad se limita a lo que se podría denominar control civil de las Fuerzas

Armadas y de la Policía Nacional, y se soluciona sustituyendo con civiles a militares y policías; en otras palabras, todo se reduciría a mantener la vieja estructura, pero con jefes civiles. Esa no pasa de ser una simplificación que deja de lado lo fundamental: no hace falta una conducción civil, sino una conducción democrática. Fernando Bustamante, refiriéndose a la defensa, lo dice en los siguientes términos: "la conducción civil se refiere al sujeto que conduce y no a la naturaleza de la conducción. De esta forma, es perfectamente posible que existan formas de gestión no democrática de la defensa que sean manejadas por civiles o que expresen alguna forma de liderazgo civil no democrático" (Bustamante, 2005: 117-118).

El discurso constitucional se envuelve así con un ropaje de reforma (la dirección civil), pero termina sirviendo como instrumento hacia un orden no precisamente democrático, en el que el poder autoritario no desaparece, simplemente cambia de manos.

No es extraño, por eso, que el proyecto presidencial pase por alto el que debería ser tema central de la ley: la regulación de los estados de excepción. La declaratoria de emergencia ha sido, durante los últimos diez años de régimen democrático, un instrumento al que han recurrido constantemente los diversos gobiernos.

El gráfico No. 1 nos muestra que en diez años han existido 140 declaratorias de emergencia, es decir, 14 en promedio por año, y más de una por mes. Queda claro que en el Ecuador lo excepcional es la regla, y que el país ha vivido permanentemente en estado de emergencia, ya sea nacional, local o sectorial. Hay una abierta contradicción entre esta realidad y la forma en que la doctrina concibe al estado de excepción, justificándolo solo cuando existe una "amenaza excepcional que no puede ser controlada por el Estado con sus medios ordinarios" (Dávalos, 2008: 148), cuando la situación de crisis o el peligro tienen "tal magnitud y gravedad, que las medidas legales que se tienen para tiempos de normalidad resultan insuficientes para superarla" (Dávalos, 2008: 132).

La situación es particularmente grave en los dos últimos años, cuando se produce alrededor de la tercera parte del total de las declaraciones de emergencia. Pero tal vez lo más preocupante sea la actitud que la Corte Constitucional ha adoptado en relación con este tema, ya que por mandato del numeral ocho del artículo 436 de la Constitución, corresponde a ese tribunal realizar el control de las declaratorias de emergencia. Recientemente, en ejercicio de esa competencia, la Corte Constitucional no encontró nada que observar en el Decreto que declaró en emergencia a la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (suplemento del Registro Oficial 536, 27 de febrero de 2009); en otras palabras, para el máximo órgano de control constitucional, los problemas organizativos de una empresa estatal no pueden resolverse con "las medidas legales que se tienen para tiempos de normalidad".

Vale la pena indicar que la Comisión de Legislación, al conocer el proyecto presidencial, introdujo importantes modificaciones en materia de estados de excepción; habrá que ver, sin embargo, si éstas son aceptadas por el titular del Ejecutivo.

#### El "síndrome de Atenea"

Para satisfacer la inquietud sobre los cambios que la nueva Constitución introduce en materia de seguridad ciudadana, me he limitado a dar un vistazo a dos temas que, sin ser los únicos, resultan fundamentales en relación con esta materia: las garantías constitucionales y la organización de las instituciones de fuerza pública. Tanto en uno como en otro campo, los textos constitucionales presentan novedades. Sin embargo, contra lo que consciente o inconscientemente sostiene la cultura jurídica dominante, norma nueva no es sinónimo de realidad diferente.

Vivimos en una sociedad que rinde culto a la norma: las soluciones que se plantean a los problemas pasan por la



reforma legislativa, es común que las propuestas políticas o administrativas giren alrededor de las normas y mueran cuando la aprobación de una nueva Constitución, o una nueva ley, se convierte en el momento del triunfo.

Esta es, según Máximo Sozzo, la perspectiva del jurista ingenuo, perspectiva que, citando a Dario Melossi define como la "del hombre del derecho que cree que los problemas sociales, económicos y políticos y los propios problemas del ordenamiento jurídico, pueden ser resueltos mediante un cambio legislativo" (Sozzo, 2008: 222). En este sentido, sostiene "es preciso evitar lo que Tiscornia ha llamado el 'síndrome de Atenea': en la mitología griega Atenea nació armada y adulta de la cabeza de Zeus. Algo similar ocurre en nuestros países cuando las reformas y las leyes surgen armadas y adultas de la cabeza del legislador o el experto, de su voluntad iluminista y razonable" (Sozzo, 2008: 222).

Problemas como el de la seguridad ciudadana, entonces, no pasan necesariamente por un momento normativo o, mejor, no tienen que ser precedidos por éste. La norma, más bien, debe ser el resultado casi lógico de un proceso de cambio conscientemente trabajado.

Hay, sin duda, ideas interesantes tras los textos constitucionales, pero me temo que sean el resultado del trabajo de unas pocas "mentes esclarecidas" y nada digan a sus destinatarios (ciudadanos y autoridades), o acaben diciendo algo muy distinto de lo que se pretendió decir. Por más precisa, lógica o aceptable que sea una teoría, carecerá por completo de valor si pretende imponerse sobre la realidad y no nace de ella.

**Bibliografía**

Ávila, Ramiro (2008). "Las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos. Avances conceptuales en la Constitución del 2008". En Ramiro Ávila y otros, *Desafíos Constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Tribunal Constitucional.

Bustamante, Fernando (2005). "Lineamientos básicos para una gestión democrática de la defensa en el Ecuador". En *Gestión de las Políticas de Defensa y de Seguridad Ciudadana en el Estado de Derecho*. Quito: Fundación Democracia, Seguridad y Defensa, Fundación Konrad Adenauer.

Asamblea Nacional Constituyente (1998). Constitución de la República del Ecuador. Disponible en: <http://www.ecuanex.net.ec/constitucion/>, consultado julio 2009.

Asamblea Constituyente (2008). Constitución del la República del Ecuador. Disponible en: [http://www.asambleaconstituyente.gov.ec/documentos/constitucion\\_de\\_bolsillo.pdf](http://www.asambleaconstituyente.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf), consultado julio 2009.

Corte Constitucional (2008). "Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el Período de Transición". En, suplemento del Registro Oficial 466 (13 de noviembre).

Correas, Oscar (2004). *Teoría del Derecho*. México: Fontamara.

Dávalos, María Daniela (2008). "Estados de excepción: ¿mal necesario o herramienta mal utilizada? Una mirada desde el constitucionalismo contemporáneo". En *Neoconstitucionalismo y Sociedad*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Escobar, Claudia (2006). "Prácticas constitucionales y discrecionalidad judicial". En *Foro Revista de Derecho*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional. Número 6.

Kelsen, Hans (1975). *Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires: Eudeba.

Lexis (2009). Sistema Integrado de Legislación Ecuatoriana". Disponible en: <http://www.lexis.com.ec/Lexis/default.aspx>, consultado julio 2009.

Oyarte, Rafael (2006). *La Acción de Amparo Constitucional*, Quito: Andrade & Asociados.

Sozzo, Máximo (2008). *Inseguridad, prevención y policía*. Quito: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Municipio del Distrito Metropolitano de Quito.

Wray, Alberto (1999). *Diagnóstico sobre el estado de la enseñanza del Derecho en el Ecuador*. Quito: Corporación Editora Nacional.

**Notas**

- 1 Abogado, especialista en derecho público.
- 2 Ver: <http://www.fmmeduccion.com.ar/Historia/Documentoshist/1789derechos.htm>
- 3 Ver: <http://www.elcastellano.org/cgi-bin/diff.pl?palabra=seguro>
- 4 Ver: [www.presidencia.gov.ec/docs/bien\\_presentacion%20presidencia.ppt](http://www.presidencia.gov.ec/docs/bien_presentacion%20presidencia.ppt)
- 5 [www.asambleanacional.gov.ec](http://www.asambleanacional.gov.ec)

COMPARANDO			
Seguridad en las Constituciones de América Latina			
País	Última constitución	Capítulos	Artículos
Bolivia	2009	Derechos fundamentales y garantías	13, 14, 15
		Derechos civiles y políticos	22, 23, 25, 28, 29
		Derechos sociales y económicos	61, 68, 71, 73, 74
		Garantías jurisdiccionales y acciones de defensa	109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125
		Acciones de defensa	125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133,
Colombia	1991 con reformas hasta 2004	Policía boliviana	134, 135, 136, 251, 252, 253, 254
Colombia	1991 con reformas hasta 2004	De los derechos, las garantías y los deberes	11, 12, 13, 14, 15, 24, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 39
		De los deberes y obligaciones	95
		De los estados de excepción	212, 213, 214, 215
		De la Fuerza Pública	216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223
		De los organismos de control	275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284
Chile	1980 con reformas hasta 2005	Bases de la institucionalidad	1, 8, 9
		Ministerio Público	80
		Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública	90, 91, 92, 93, 94
		Consejo de Seguridad Nacional	95, 96
Perú	1993	Derechos fundamentales de la persona	1, 2
		De los derechos sociales y económicos	8.
		Régimen de excepción	137
		Del Ministerio Público	158, 159
		De la seguridad y de la defensa nacional	166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175
Venezuela	1999	Derechos humanos, garantías y deberes	26, 27, 29, 30, 31
		De los derechos civiles	43, 44, 45, 46, 47, 48, 49
		De los órganos de seguridad ciudadana	332

Elaboración: Sofía Gordón