ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA DEL ECUADOR

II Compendio de Derecho Parlamentario, Ciencia Política y Técnica Legislativa

II

Compendio de Derecho Parlamentario, Ciencia Política y Técnica Legislativa

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA DEL ECUADOR
2013-2017

Contigo ¡de ley!

II Compendio de Derecho Parlamentario, Ciencia Política y Técnica Legislativa
Asamblea Nacional del Ecuador

Miembros del Consejo de Administración Legislativa (CAL)

Gabriela Rivadeneira Burbano
Presidenta

Rosana Alvarado Carrión
Primera Vicepresidenta

Marcela Aguiñaga Vallejo
Segunda Vicepresidenta

Fausto Cayambe Tipán
Primer Vocal

Carlos Bergmann Reyna
Segundo Vocal

Verónica Arias Fernández
Tercera Vocal

Libia Rivas Ordóñez
Secretaria General

Consejo Editorial
Libia Rivas Ordóñez, Marcelo Bonilla Urbina, María Noboa Cruz

Autoras y autores
Claudia Storini, Richard Ortiz Ortiz, Jhoel Escudero Soliz, Julio Verdugo Silva, Mónica Rodríguez Ayala, Willian Carrillo Espín, Libia Rivas Ordóñez, Floralba Padrón Pardo y María Alejandra Svetaz

Edición y revisión lingüística
Unidad de Técnica Legislativa
María Noboa Cruz, Blanca Cáceres Cabezas, Edwin Alcarás Panchi, Xavier Arguello Egas, Roman Acosta Chávez

Impresión El Telegráfo E.P.
ISBN: 978-9942-8530-4-2
Derechos de autor: 047819
Quito - Ecuador
2016

CONTENIDO

5 Presentación

7 Introducción

9 Política y Derecho

23 Las relaciones de poderes en el Estado constitucional
El rol del Legislativo y Ejecutivo en la producción normativa

43 Dos enfoques diferentes de un mismo texto
La argumentación política y jurídica de la Constitución

57 El rol del Legislativo en las democracias contemporáneas
Legislativo(s) y democracia(s): niveles de conexión

71 Perspectivas de los Consejos Nacionales para la Igualdad
desde el ámbito legislativo

83 Técnica legislativa y control constitucional

103 Los vicios en el procedimiento legislativo:
apuntes sobre el control de constitucionalidad en Colombia

145 Trascendencia de la técnica legislativa en la práctica parlamentaria

PRESENTACIÓN

Constituye un honor presentar ante ustedes este *II Compendio de Derecho Parlamentario, Ciencia Política y Técnica Legislativa.*

En el marco de las profundas transformaciones que ha atravesado el Poder Legislativo en el Ecuador, fruto de un nuevo enfoque de mayor inclusión, participación y profesionalismo técnico de la labor legislativa, la Asamblea Nacional del Ecuador ha generado cada vez más espacios de reflexión y debate teórico. Espacios que son vitales para el enriquecimiento de los procesos de construcción de normativa, cuyo perfeccionamiento y permanente actualización van en beneficio de todas y todos los ecuatorianos, que somos quienes, a través de nuestros representantes y de las instancias prelegislativas de participación, construimos las leyes para la verdadera democracia: nuestra democracia, la del pueblo ecuatoriano.

Sin duda este *Compendio* de ponencias sobre Derecho Parlamentario, Ciencia Política y Técnica Legislativa que ponemos a disposición de la ciudadanía, los compañeros asambleístas, los profesionales del derecho, los asesores y los servidores públicos en general es una herramienta importante que aporta cualitativamente al mejoramiento de la gestión parlamentaria.

Gabriela Rivadeneira Burbano

PRESIDENTA DE LA ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR

INTRODUCCIÓN

El trabajo de la Legislatura de una nación supone una dimensión fundamental de análisis, reflexión y comprensión progresiva de los procesos teóricos y prácticos que posibilitan la creación de las normas producidas por la sociedad a través de sus representantes. Esta reflexión y compresión permiten estrechar las relaciones entre el proceso de producción de leyes y las líneas de pensamiento crítico que la ciudadanía articula para abordarlo y enriquecerlo.

Por ello, la Asamblea Nacional del Ecuador, en el presente periodo, ha propiciado espacios de discusión y debate para acoger y nutrirse de esta dinámica entre la práctica parlamentaria concreta de nuestra Legislatura y las corrientes contemporáneas de pensamiento que coadyuvan en su problematización teórica y su desarrollo pragmático. Constituyen parte de esta nueva visión los dos seminarios internacionales dedicados a la Técnica Legislativa, la Seguridad Jurídica, el Derecho Parlamentario y la Ciencia Política, desarrollados en el Parlamento ecuatoriano, en 2013 y 2014, respectivamente.

Como resultado de estos aportes teóricos y prácticos se ofreció a la ciudadanía el *I Compendio de Técnica Legislativa*, publicación que reunió las ponencias del primer seminario, desarrollado en octubre de 2013, y cuya versión electrónica está disponible gratuitamente en la página web de la Asamblea Nacional.

Bajo esa misma línea de trabajo, se presenta ahora este *II Compendio de Derecho Parlamentario, Ciencia Política y Técnica Legislativa* en el que se compilan las ponencias y reflexiones presentadas por destacados especialistas ecuatorianos y extranjeros en el marco del II Seminario de Derecho Parlamentario, Ciencia Política y Técnica Legislativa, realizado entre el 21 y el 22 de octubre de 2014.

Este Compendio contiene artículos académicos que revelan, desde su respectivo ámbito de reflexión, aspectos axiales del quehacer legislativo ecuatoriano. En primer lugar, la especialista italiana Claudia Storini realiza una revisión teórica de las relaciones entre el Derecho y la Política, en tanto instancias cuyo origen y sentido descansa finalmente, según el sistema de contrapesos de las democracias modernas, en los y las ciudadanas. Por su parte, el doctor Richard Ortiz propone, a su vez, una comprensión de la producción normativa ecuatoriana a partir de las relaciones –muchas veces conflictivas– entre la Función Ejecutiva y la Legislativa, durante el período reciente de retorno a la democracia. En esta perspectiva se muestran

reveladoras evidencias con respecto a la iniciativa legislativa y al éxito legislativo, entendido como el total de leyes aprobadas. A continuación el doctor Jhoel Escudero analiza la naturaleza argumentativa de dos ámbitos discursivos complementarios, aunque no pocas veces conflictivos: el político y el jurídico; en esta relación, la Constitución de la República muestra cómo ambas formas argumentales pueden contribuir al diálogo democrático desde la contradicción y el desacuerdo. Por otro lado, con una perspectiva histórica, el doctor Julio Verdugo elabora un análisis acerca de los niveles de conexión conceptual y pragmática entre los Parlamentos y las formas diversas de democracia. A través de la noción de representación política se observa cómo esa vinculación puede constituir la figura de un mandato programático. De inmediato, la magíster Mónica Rodríguez y el doctor Willian Carrillo exponen las principales perspectivas de los Consejos Nacionales para la Igualdad desde el ámbito legislativo y su importancia para la difusión del enfoque de no discriminación en las políticas públicas nacionales. En la siguiente sección, con todo acierto, la doctora Libia Rivas manifiesta que, en un Estado constitucional de derechos y justicia como el nuestro, la técnica legislativa constituye una herramienta fundamental en el proceso de elaboración de las normas, la cual no solo asegura el principio de seguridad jurídica, sino, principalmente, el principio de supremacía constitucional. Un nuevo aporte propone la doctora colombiana Floralba Padrón Pardo, sobre la base de la revisión de los conceptos fundamentales del proceso de control de constitucionalidad de las normas colombianas. El análisis se enriquece con una breve y detallada presentación de casos que han creado jurisprudencia en el país vecino. Finalmente, la experta argentina María Alejandra Svetaz trabaja una minuciosa revisión de la importancia que tiene la técnica legislativa para la creación de las normas y, por ende, para la seguridad jurídica de una nación. Su trabajo propone un esquema ágil, y a la vez minucioso, de los aspectos concretos que deben tomarse en cuenta al momento de concebir y redactar una propuesta de ley.

A través de la publicación de este *II Compendio de Derecho Parlamentario, Ciencia Política y Técnica Legislativa,* la Asamblea Nacional del Ecuador busca ofrecer a toda la ciudadanía un acercamiento sucinto hacia las líneas contemporáneas de pensamiento que enriquecen las labores del Parlamento ecuatoriano y, a través de él, de la vida en común de todas y todos nosotros.

Mónica Rodríguez Ayala

COORDINADORA DE LA UNIDAD DE TÉCNICA LEGISLATIVA

Política y Derecho

Claudia Storini

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA DEL ECUADOR

Política y Derecho

Claudia Storini [*]

"La contemplación por el alma de la realidad inteligible es efecto del conocimiento del arte del diálogo".

Platón

Relación entre política y derecho

Si se considera que el poder político determina la eficacia del derecho al aplicarlo y el derecho legitima al poder político al regularlo, resulta evidente la existencia de una conjunción entre política y derecho que se basa en la reciprocidad (Bobbio, 1993).

Asumir esta afirmación como correcta implica partir del presupuesto de que, en los ordenamientos jurídicos, la política y el derecho mantienen contactos permanentes que no permiten separarlos claramente. Como consecuencia de ello resulta la necesidad de crear un modelo de interrelación para su estudio que permita ver lo que hay de uno en el otro y lo que va del uno al otro.

Así, si una parte de la política es la teoría del poder y una parte del derecho es la teoría de las normas, la relación existente entre soberanía (Poder Constituyente) y Constitución debe considerarse como paradigmática de la circularidad y complementariedad de los dos conceptos objetos de este escrito.

[*] Doctora en Derecho por la Universidad de Valencia. Licenciada en Ciencias Políticas y en Derecho por la Universidad de Roma "La Sapienza". Licenciada en Derecho por la Universidad de Castilla La Mancha. Catedrática de Teoría del derecho en la Universidad de Roma "La Sapienza".

La norma nace del poder último o soberano y produce otros poderes. El poder instituido nace de normas y produce otras normas. El ordenamiento jurídico puede ser visto en su estructura jerárquica como una sucesión de normas pero también como una sucesión de poderes y, por tanto, "el ordenamiento jurídico en su conjunto es un entrelazado de normas y poderes, de poderes que producen normas y de normas que a su vez dan vida a nuevos poderes" (Bobbio, 1993, p. 298).

En este sentido la teoría política valora el poder a través de tres parámetros que son: legitimidad, legalidad y efectividad; mientras la teoría jurídica valora el derecho a través de: validez, justicia y eficacia. Para la teoría política, el poder actúa legítimamente cuando cumple con sus atribuciones constitucionalmente definidas y, legalmente, si respeta las reglas prescritas para tal acción. La legitimidad está por tanto relacionada con el origen del poder y puede determinar si el poder tiene o no una competencia fundada que le permita esperar obediencia del administrado.

La legalidad, en cambio, es la calidad relativa a la manera de ejercer el poder que se sustancia en el deber de ajustarse a determinadas prescripciones a la hora de ejercerlo, prescripciones que, en caso de no ser acatadas, potencializan la actitud del administrado de salirse del deber de obediencia. El Parlamento aprueba una ley en un solo debate cuando debería aprobar la ley mediante dos debates. Hay legitimidad, mas no legalidad.

"Justicia es la legitimidad de la norma y validez es su legalidad constitucional" (Kelsen, 1998, pp. 66-67). Así la legitimidad será presupuesto de la justicia del poder y la legalidad de su validez.

En nuestras sociedades el derecho remite siempre a la política y la política al derecho. Esto es así en todos los planos en los que se organizan tales experiencias.

De esta forma, la relación entre los dos siempre es de conjunción, nunca hay una clara disyuntiva, pero tampoco hay posibilidad de que exista una jerarquía estable en tanto que: ni siempre el derecho se sobrepone a la política ni siempre la política se superpone al derecho.

En este sentido son paradigmáticas las palabras del Kelsen, quien, al explicar las razones por las que se dedicó a escribir una "teoría pura del derecho" y no una "teoría del derecho puro", sostuvo la inexistencia de un tal derecho puro, pues siempre está mezclado con la moral, con los usos sociales, con la política (Frosini, 1983, p. 20).

Si se pasa a la relación entre derecho y Constitución, podría plantearse la siguiente pregunta: ¿en qué se funda la norma fundamental?

Es una norma que se legitima en relación con su eficacia y en la medida en que las obligaciones que de ella se derivan sean observadas. Por tanto, el poder que ella instituye solo puede ser legítimo si la misma es efectivamente acatada.

Parecería entonces que hablar de "poder supremo" y colocarlo en la cúspide no significa necesariamente hacer referencia a la soberanía absoluta en cuanto carente de todo limite, monopolio total, fuerza o violencia sin reglas; así como tampoco utilizar la expresión "norma fundamental" significa aludir a la ausencia de la política, al origen puro de todo ordenamiento, al instante en que emerge el poder primario.

Poder supremo y norma fundamental guardan, sin duda, una fuerte dependencia tanto en el momento de creación del ordenamiento como en relación con los otros niveles que dicho ordenamiento instituye, ya que en estos niveles es donde se encuentran las condiciones de su existencia dispersas en sus necesidades de validez, eficacia, justicia, legitimidad, legalidad y efectividad.

En otras palabras, tanto la condición de superioridad del poder como la de fundamentalidad de la norma solo pueden explicarse y fundamentarse en las dinámicas que adquieren los seis componentes mencionados en los niveles inferiores.

Lo apuntado coincide en parte con la relación entre normalidad y normatividad en la que Heller (2004, p. 274) fundamenta su teoría del Estado. Según este autor: la Constitución normada jurídicamente no consiste nunca de modo exclusivo en preceptos jurídicos autorizados por el Estado sino que, para su validez, precisa siempre ser complementada por los elementos constitucionales normados y por aquellos otros normados pero no jurídicos. El contenido y modo de validez de una norma no se determina nunca solamente por su letra, ni tampoco por los propósitos y cualidades del que la dicta, sino, además y sobre todo, por las cualidades de aquellos a quienes la norma se dirige y que la observan.

Esta consideración permite afirmar que no hay autonomía entre "norma fundamental" o "poder supremo" y poderes y normas inferiores, ni están conformados por una estructura distinta.

A pesar de la importancia de las consideraciones antes expuestas, más importante parece ser la especial relación que puede plantearse entre poder supremo y norma fundamental. Bobbio (1960) afirma: "El poder mismo es el fundamento, el único fundamento de legitimidad, de la norma fundamental. Extraña norma, la norma fundamental: se la invoca para fundar un poder del que después tiene necesidad ella misma para ser fundada". La norma última viene así inventada para fundar el poder último al mismo tiempo que el poder último viene requerido para fundar la norma última (p. 23).

Hay que entender, por tanto, que en la relación dinámica entre poder y norma, el poder último es al mismo tiempo el primero y la norma última es aquella hacia a la que debe conducirse el ejercicio del poder.

Hay que apuntar, entonces, a un modelo que permita articular las teorías generales del derecho y de la política y que no se limite a justificar un poder de hecho en un caso determinado.

Esta articulación se sustancia en el hecho de que, aunque sea formalmente, el poder supremo debe invocar una norma como su propio fundamento y una norma solo puede llegar a ser fundamental con el apoyo del poder. Ello significa que el uno no puede prescindir del otro ya que de otra manera dejarían de ser lo que son.

Poder, política y derecho

En esta dinámica entre derecho y política, ¿qué papel juega el ejercicio de la fuerza?; es decir, si el derecho consiste en mandatos acerca de la utilización de la fuerza –y aun en órdenes respaldadas por amenazas–, ¿cuál es el elemento que permite diferenciar el mandato de un ladrón de bancos (la bolsa o la vida) del mandato de las autoridades estatales (debes pagar los impuestos)?

Probablemente este es uno de los puntos más significativos y complejos del análisis inherente a las relaciones entre el derecho y la política.

El principal elemento en común entre el derecho y la política es el poder. De allí entonces hay que preguntarse acerca del lugar que ocupa el poder, fundamento último de la política en el ordenamiento jurídico.

Como ya se apuntó, esto se expresa en la cuestión acerca de si el derecho debe ser entendido como un conjunto de "órdenes respaldadas por amenazas" o de un conjunto de "reglas acerca de la fuerza". Lo cual quiere decir que, para responder a la pregunta antes formulada, habrá que determinar si el poder se limita a respaldar al derecho en el perseguimiento de sus finalidades y, por tanto, si está por fuera del él (fuerza bruta aplicada a razones jurídicas) y su contenido es cualquier otra cosa o, por el contrario, si "el poder constituye la sustancia del derecho y, en consecuencia, su contenido característico es la regulación del poder y nada más" (Bobbio, 1990, p. 302).

A pesar de la importancia que este debate cobró hacia mediados del siglo XX, hoy, al menos por parte de la teoría del derecho, parece olvidado. En este sentido, puede afirmarse que la posición que Bobbio defiende al respecto no fue ni superada ni rebatida, sino más bien olvidada, y ello a causa de las dominantes tendencias axiologizantes en el estudio del derecho.

Los teóricos del derecho se preocuparon por determinar el contenido del derecho en términos materiales, así, por ejemplo, todos aquellos cuyo ámbito de reflexión casi exclusivo son los principios o los derechos fundamentales.

De esta manera, y seguramente sin que estos autores se lo propusieran, el derecho resultó un derecho "axiológico" pero al mismo tiempo "apolítico" o "despolitizado". El interés de los investigadores se concentró en la preocupación filosófica inherente acerca de cuál debía ser su contenido, sin estimular la preocupación relativa a su relación con el poder, el cual fue una vez más expulsado del territorio de la metodología del derecho hacia el campo de estudio propio de la teoría y la ciencia política. La consecuencia de este proceso consistió en que el derecho adquirió cierta legitimidad derivada exclusivamente de sus contenidos materiales, excusándose en la mayoría de los casos su conexión con la realidad del poder o con su misma puesta en marcha.

La cuestión es, entonces, el poder como algo externo al derecho o el poder dentro del derecho, es decir, poder como instrumento necesario para el conseguimiento de los fines del Estado o poder como el objeto específico de regulación del derecho. Bobbio suscribe la construcción de Kelsen, inspirada en Ihering, de acuerdo con la cual la esencia del derecho radica en ser un conjunto de "reglas acerca de la fuerza" y no en "órdenes respaldadas por amenazas" (Kelsen, 1981; Ihering, 1954; Bobbio, 2003).

Kelsen afirma, en primer lugar, que la coacción caracteriza al derecho y que, en segundo lugar, es parte del mismo. Por tanto la afirmación según la cual la coacción es un instrumento al servicio de los fines del derecho es insatisfactoria e incorrecta, ya que (la teoría general del derecho) "no se refiere a los motivos reales de la conducta de los individuos sometidos al orden jurídico, sino al contenido de este (...)"; o también, "una norma es jurídica no porque su eficacia esté asegurada por otra que establece una sanción; es jurídica en cuanto establece ella una sanción. El problema de la coacción (compulsión, sanción) no es un problema de aseguramiento de la eficacia de las normas, sino un problema sobre el contenido de las mismas" (Kelsen, 1958, p. 34). Es esta la razón por la que Kelsen utiliza el término "coercibilidad" que subraya mejor la posibilidad de recurrir a la violencia legítima, en lugar de "coerción", que se refiere al hecho actual de su ejercicio.

De allí que según Bobbio: "(...) el ámbito del derecho queda reducido: no regula ya todos los comportamientos humanos que tienen alguna relación con la vida en sociedad, sino exclusivamente los comportamientos coactivos, es decir, los comportamientos dirigidos a obtener, mediante la fuerza, ciertos resultados" (1992, p. 103).

En esta línea argumentativa, la respuesta a la pregunta anteriormente formulada (¿de qué comportamiento es el derecho la regla?) consiste en decir que el objeto específico de regulación del derecho es exclusivamente el uso de la violencia legítima.

El derecho, en tanto que conjunto de normas que disciplinan el uso de la violencia legítima, tiene relación con el poder coactivo, que es el objeto de la regulación, según las siguientes funciones: en primer lugar, establecer las condiciones bajo las cuales el poder coactivo puede o debe ser ejercitado; en segundo lugar, determinar las personas que pueden y deben ejercerlo; en tercer lugar, describir el procedimiento que debe ser seguido en esas determinadas circunstancias y por esas determinadas personas y, finalmente, el *quantum* de fuerza de que puede y debe disponer quien, observando ciertos procedimientos, está encargado de ejercer en determinadas circunstancias el uso legítimo de la fuerza.

Decir que el derecho es la regla de la fuerza significa, en otras palabras, decir que el derecho es el conjunto de las normas que regulan el cuándo, el quién, el cómo y el cuánto del ejercicio del poder coactivo (Bobbio, 1990, p. 342).

La pregunta inicialmente formulada, acerca de la diferencia entre el mandato de una autoridad legítima y el mandato del ladrón, puede ser respondida a través de las siguientes

formulaciones: la orden dada por un funcionario estatal es objetivamente ordenamiento jurídico porque mediante exámenes de validez es reconducible hasta lo alto de la pirámide normativa. Por contraste, la orden del ladrón no se deriva de un orden jurídico no solo porque él mismo sabe que es así, sino porque el juicio de validez acerca de esa orden no permite establecer su pertenencia a un determinado ordenamiento jurídico de referencia. Entonces, si el mandato del funcionario es diferente del mandato del bandido porque goza de una autorización, se puede llegar a la conclusión de que la connotación del derecho se hace a través de la cualidad específica de la norma jurídica más que del poder.

Estas órdenes serán válidas solo a condición de que las normas jurídicas sean observadas, es decir, a condición de que el ordenamiento jurídico en su conjunto sea efectivo. No obstante, esta efectividad general dependerá siempre de un poder capaz de imponerla.

Para que un ordenamiento jurídico pueda ser considerado como tal, requiere un poder de creación y aplicación de sus mandatos y esto es el elemento que le falta a la banda, a los terroristas y al grupo revolucionario: pueden crear, pero no aplicar de manera general sus normas.

Y no pueden hacerlo, tal vez, porque no tienen la capacidad o el poder de crear dentro de un determinado espacio un ordenamiento idóneo para que una determinada orden pueda ser derivada de él o inscrita en su interior.

A este respecto, si se considera la larga duración de los fenómenos políticos, podría afirmarse que estos poderes podrían llegar con el tiempo a establecer su propio espacio de juridicidad, como ha ocurrido con todos los poderes constituidos y estables que hoy se consideran como legítimos. Si se piensa bien, todos los procesos revolucionarios son exactamente una lucha para la fundamentación y legitimación de un determinado tipo de poder, de un nuevo poder sobre otro.

Por lo general, la doctrina no se ha preocupado de estudiar ese tipo de puntos intermedios y ha dejado a un lado los fenómenos del tipo de la transición política, el quiebre de las democracias, los momentos revolucionarios, las rupturas en la continuidad del poder, en los cuales no es fácil definir, ni usar la doctrina tradicional, qué es el derecho.

Las reflexiones acerca del contenido del derecho solo se aproximaron a la política por la vía del poder, un poder entendido como coacción o como posible coercibilidad, es decir, ejercicio de la fuerza actual o potencial.

Sin duda, la ventaja de tal conclusión era la de no desconocer el binomio fuerza-poder como elemento de la política, pero su debilidad o insuficiencia se demostraba ante el intento de convertirse en el camino a través del cual caracterizar el derecho.

El enfoque estructural, si bien estudia el derecho en su relación con el ejercicio de la fuerza, tiene la desventaja de detenerse en el momento en que aparecían otras funciones que no eran de ninguna utilidad para responder a la pregunta acerca de quiénes pueden hacer uso de la fuerza, mediante qué procedimientos, con que límites, etc. (Sánchez Azcona, 1976; Luhmann, 1983).

No obstante, como ya se apuntó, las constituciones contemporáneas ensanchan su propia organización y centran sus actividades en cumplir una inmensa cantidad de funciones que, además de regular los aspectos mencionados, buscan promover el mejoramiento de las condiciones materiales de la población. De esta manera, la función promocional del derecho cobra importancia sobre su función reguladora.

Desde tal perspectiva se introduce la noción de control social como comprehensiva de muy diversas formas de orientar las conductas humanas, incluso por vías estatales institucionales; en este sentido, el Estado contemporáneo persigue sus fines a través de formas de control social que pueden ser definidas como no forzadas y a las que Bobbio (1967) denomina "técnicas de alentamiento" para diferenciarlas de las clásicas "técnicas represivas".

El control democrático del poder

Como es sabido, el modelo de Estado transitó hacia expresiones más o menos definidas bajo rótulos tales como "Estado de postbienestar", "Estado contemporáneo", "Estado reprivatizador", definido con dificultad por descriptores o fenómenos de enorme amplitud como la desnacionalización, el neoliberalismo, la desoberanización, la globalización, la desterritorialización, entre muchos otros.

Lo que aquí interesa es la relación entre política, derecho y control democrático en el constitucionalismo contemporáneo y, sobre todo, en el nuevo constitucionalismo latinoamericano.

La posibilidad de ejercer el control democrático del poder comienza cuando en una sociedad existen ciudadanos que tienen un conocimiento pleno de los asuntos del Estado y, por tanto, su efectividad exige que el poder no actúe en secreto sino en público.

Solo si los ciudadanos tienen acceso a la información se cerrará el camino al poder autocrático. En este sentido, Bobbio (2002, p. 100) manifiesta que la única manera de hacer converger la política con el derecho es la institucionalización de su publicidad y la condena del secreto de los actos de gobierno. Se hace por tanto necesaria la introducción de una serie de reglas que obliguen al Estado a rendir cuentas de todas sus decisiones a la sociedad.

Es por ello que la defensa del derecho en un Estado democrático resulta la fórmula más idónea para que la sociedad gobierne al Estado y no a la inversa.

Las políticas de gobierno como acción que da respuesta a los problemas políticos no pueden estar aisladas del papel que juega la sociedad en las políticas, ya que, como parte del ejercicio democrático del poder, los diferentes grupos sociales organizados deben siempre estar incluidos en la puesta en marcha y desarrollo de los programas de gobierno. Por tanto, la administración pública, por no verse rebasada, debe responder siempre en tiempo real a los problemas que pueden surgir.

En este sentido, la complejidad bajo la cual se debe reconstruir el papel del Estado, como un ente político cada vez más democrático, es un asunto mayor y que sin duda está siendo desatendido.

La crisis de la democracia representativa tenía como origen la incapacidad de los gobiernos para proporcionar la gobernabilidad y la confianza en los valores democráticos.

Es a partir de esta época que comienza a cobrar relevancia la llamada sociedad civil, como parte central del cambio político en las democracias modernas. La estructura participativa ya no se refleja exclusivamente en los partidos políticos y estos últimos deben tener un pie en la sociedad civil y otro en las instituciones. Son las instituciones las que deben poder responder a las demandas de la sociedad civil.

Así que hoy en día la contribución que realiza la sociedad civil en este proceso puede llegar a ser decisoria, máxime cuando los gobiernos no logran enfrentar los problemas sociales.

Esto produce crisis de legitimidad, y si la legitimidad, como se apuntó, es presupuesto de la justicia del poder, ella se convertirá en el atributo del Estado que consiste en "la existencia de un grado de consenso tal que asegura la obediencia sin que sea necesario, salvo casos marginales, recurrir a la fuerza" (Bobbio, 1996, p. 32).

De allí que se puede llegar a la conclusión de que, cuando un gobierno pierde la legitimidad, es decir, pierde el consenso que lo sustenta y que se traduce en la capacidad de transformar "la obediencia en adhesión", correrá el riesgo de ser inestable (Camou, 2001, p. 39).

Los problemas de legitimidad tienen que ser resueltos en función de procedimientos democráticos, participativos y abiertos, que puedan derivar en acuerdos sustanciales entre los diversos actores políticos y sin necesidad de caer en la ilusoria salida de la violencia. El consenso y el disenso, que se hacen de dominio público a través de los medios de comunicación, deben tener como objetivo conformar una opinión pública madura, plural pero a la vez tolerante. Las instituciones democráticas son en este proceso fundamentales, necesarias e imprescindibles. Y por ello las democracias contemporáneas deben apostar al fortalecimiento de las instituciones como moderadoras del conflicto social.

Las instituciones representan el poder legítimo, esto es, aquel poder cuyas decisiones son aceptada y cumplidas en tanto que emanadas de una autoridad a la que toda la sociedad le reconoce el derecho de tomar decisiones válidas para todos. Entonces, cuando el gobierno como parte organizada del Estado toma decisiones contrarias al sentir de la comunidad, los problemas de legitimidad no podrán ser solucionados satisfactoriamente y más bien se profundizarán.

En este proceso la sociedad civil tiene una responsabilidad histórica, ya que puede ayudar a encontrar nuevas fuentes de legitimación y por tanto nuevos espacios de consenso (Bobbio, 2006).

Vitale (2012) considera que esas constituciones se encuentran en peligro, no apela a una verdad trascendente, dogmática, sino que considera que tiene buenos argumentos para sostener que en esas cartas se encuentran diseñados los principios y las normas que representan el punto más elevado del progreso moral y civil que la humanidad haya logrado traducir en el derecho positivo hasta nuestros días (. . .), que debe defenderse y conservarse oponiendo resistencia ante las formas de regresión y de barbarie del poder político, económico, ideológico (p. 131).

En la misma línea Häberle defiende que "en un orden democrático funcional solo puede darse el derecho de resistencia en un sentido conservador", (…), mientras que el mandato de la última ratio sigue siendo irrenunciable: "pero incluso el Estado constitucional desarrollado corre en ocasiones el peligro de no reconocer en absoluto abusos graves o hacerlo demasiado tarde" (2003, pp. 293-294).

La demostración de la relevancia del papel de las instituciones en la regulación del conflicto entre Estado y sociedad civil resulta paradigmática en la Sentencia No. 31/2014 de la Sala Penal de la Audiencia Nacional Española, con la que se absuelven a una docena de acusados de delitos contra las instituciones del Estado, y otros por actos realizados en el marco de una protestada convocada por el movimiento surgido los días 14 y 15 de junio de 2011 ante el Parlament de Catalunya. Entendió la mayoría de Sala Penal de la Audiencia Nacional que:

> (…) las acciones que las acusaciones pretenden incriminar consistían en la expresión pública de la crítica a quienes ostentaban en aquel momento la representación popular, por parte de un grupo de personas que se confrontaban con sus parlamentarios, para trasladarles un comunicado de repulsa ante las decisiones que iban adoptar en la sesión plenaria, algo que se integra en el núcleo de la democracia, en el corazón del sistema, en la medida que expresa participación ciudadana directa, libertad de expresión, pluralismo político y acceso al espacio público de las voces de disenso de los desfavorecidos por las políticas públicas de austeridad, es decir, remoción de los obstáculos a la igualdad (y que) la democracia se sustenta en un debate público auténtico, en la crítica a quienes detentan el poder, aunque transitoriamente y sometido a elecciones periódicas, estas libertades que suponen una expresión pública de la ciudadanía deben ser objeto de especial atención y protección.

Estas son las razones, entre otras, por las que el Tribunal consideró que los actos que el Ministerio Fiscal calificó como delitos en el marco de la protesta "suponían (en realidad) la defensa de la Constitución y de sus contenidos básicos. No trataban de cambiar el marco de relaciones jurídico-políticas, sino plantear que se estaba operando un vaciamiento de los derechos fundamentales y hacer resistentes las garantías de los derechos".

El diálogo y la construcción de espacios de neutralidad para la discusión de los problemas son valores que deberían ser siempre aprovechados y valorados tanto por el poder político como por la sociedad y defendido por el poder jurisdiccional.

Un Estado democrático debe ser capaz de garantizar que siempre existan las condiciones indispensables para el ejercicio de las libertades bajo cualquiera de sus expresiones. Y ello porque no habría nunca que olvidar que si el poder deja de fundamentarse en el derecho y esencialmente en la Constitución, tarde o temprano será derrotado, y si el derecho no se funda en el poder máximo que deriva del pueblo, tarde o temprano será derogado o inobservado.

Las relaciones de poderes en el Estado constitucional
El rol del Legislativo y Ejecutivo en la producción normativa

Richard Ortiz Ortiz

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA DEL ECUADOR

Las relaciones de poderes en el Estado constitucional

El rol del Legislativo y Ejecutivo en la producción normativa

Richard Ortiz Ortiz*

"En los momentos de crisis,
solo la imaginación es más
importante que el conocimiento.
El conocimiento es limitado.
La imaginación circunda el mundo".
Albert Einstein

Esta Ponencia busca ilustrar las relaciones entre los poderes en la producción normativa y mostrar el "diverso peso" que tienen la Legislatura y el Ejecutivo en la presentación de proyectos de ley (iniciativa legislativa) y en el total de leyes aprobadas (éxito legislativo). En este análisis se intenta sostener la tesis de que la misión constitucional básica de la función legislativa es "impedir que el Gobierno desarrolle su programa político al margen del control del órgano parlamentario, en el que se hallan también representantes de las minorías" (Pons, 2012, p. 334).

* Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Las Américas, Ecuador. Doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Doctor en Ciencias Políticas (PhD) por la Universidad de Heidelberg, Alemania.

Hablar de la "crisis de los Parlamentos" es tan común como hablar de la crisis de los partidos políticos. Estas dos instituciones centrales del sistema representativo están permanentemente expuestas a la crítica y a la fricción con la opinión pública. La crisis del Parlamento se traduce en los siguientes síntomas:

1. Lentitud de sus actuaciones y centro de conflictos constantes.
2. El Ejecutivo lo ha desplazado del centro político por la expansión inusitada de sus ámbitos de actuación.
3. La personalización de la política acentuada por los medios de comunicación pone en segundo plano la lógica parlamentaria.
4. El papel reactivo frente a las iniciativas legislativas del Ejecutivo.
5. El reemplazo de la soberanía parlamentaria por la soberanía de la Constitución.
6. El déficit de representación versus los mecanismos de democracia participativa.

Frente a este panorama, se plantean las siguientes cuestiones: ¿cuál es el rol que cumple el Parlamento en el Estado constitucional actual?, ¿cómo deben entenderse sus relaciones con el Poder Ejecutivo? y, ¿cómo se configuran esas relaciones en la producción legislativa?

La idea principal de estas reflexiones es que, a pesar del arrinconamiento de los Parlamentos en las democracias modernas, estos siguen cumpliendo sus funciones clásicas (representar, controlar y legislar), pero que deben ser actualizadas al nuevo contexto. Además, en la producción legislativa, el principal papel de los Parlamentos no es redactar leyes, sino "controlar las iniciativas del Ejecutivo", el que –como conductor del Estado y responsable de las políticas públicas– tiene interés de impulsar reformas legales que le permitan realizar su plan de gobierno.

Para desarrollar estas ideas, se procede a:

1. Ubicar al Parlamento en el Estado constitucional.
2. Describir cómo se relaciona con el Poder Ejecutivo.
3. Analizar cómo se configuran las relaciones en la producción normativa.
4. Presentar aquellos factores institucionales que influyen en las relaciones entre funciones.
5. Resumir las principales conclusiones de esta ponencia.

El Legislativo en el Estado constitucional

Históricamente los Parlamentos surgieron como cuerpos colegiados de ciertos estamentos sociales que defendían sus derechos frente al rey. Es decir que no formaban parte del Estado, sino que se oponían a él. Cuando los Parlamentos se transforman en "cuerpos representativos", se integran a las instituciones estatales, se convierten en un órgano bifronte: "Los parlamentos deben representar siempre a los representados [...], pero también deben representar y tutelar las exigencias del Estado" (Sartori, 2007, p. 217). Esta característica dual acompaña a la Legislatura hasta la actualidad.

El Parlamento ecuatoriano, la Asamblea Nacional, debe cumplir con esta doble función que está definida en el artículo 118.1 y 127.1 de la Constitución de la República del Ecuador (CRE). El artículo 127.1 establece que "las asambleístas y los asambleístas ejercerán una función pública al servicio del país y actuarán con sentido nacional, serán responsables políticamente ante la sociedad de sus acciones u omisiones [...]". Por tanto, por un lado, la Asamblea Nacional es un órgano del Estado al que se le confía la Función Legislativa (artículo 118.1) y, por otro, un cuerpo colegiado que debe actuar con sentido nacional y reflejar la pluralidad de fuerzas políticas y sociales imperantes en la sociedad (cfr. artículo 108 CRE: pluralidad; artículo 116 CRE: principio de representación proporcional). Lo que distingue a la Función Legislativa en nuestro sistema constitucional es la atribución del **monopolio de la creación de normas primarias,** creadoras de derecho (artículo 132 CRE). En esta creación de normas, el Legislativo cuenta con lo que ha llegado a denominarse libertad de configuración, siempre que actúe dentro de los límites constitucionales. Es esta libertad la que el legislador debe resguardar sobre todo frente al control constitucional.

Por otra parte, en el núcleo de sus funciones también está la de controlar al gobierno y la Función Legislativa, en tal sentido, también puede ser vista como una forma más de control y limitación de la actuación del Ejecutivo. Si se mira en perspectiva histórica, "(...) el Parlamento no se convierte en un cuerpo legislativo (...) para hacer leyes, sino para impedir que el rey las hiciera a su discreción" (Sartori, 2007, p. 219). Por tanto, la Función Legislativa también puede ser vista como una función de control. En realidad, el procedimiento legislativo es un mecanismo de control, puesto que somete a un examen democrático las iniciativas del Ejecutivo y, con la nueva legislación, se le imponen límites materiales a su actuación.

Desde esta perspectiva, los legisladores se denominan así no porque "saben legislar" sino porque "se les ha atribuido el poder de aprobar o rechazar una legislación" (Sartori, 2007, p. 219). No es la misión constitucional de la Legislatura competir con el Ejecutivo en la presentación de proyectos de ley –que lo puede hacer–, sino el ejercicio intenso de su poder de aprobar o desaprobar leyes.

Por ende, los Parlamentos en el Estado constitucional tienen como principal función el control de los actos del gobierno, y ese control, en la actividad legislativa, no se traduce en proponer sus propios proyectos, sino en "someter a un examen democrático, público y transparente las iniciativas del Ejecutivo".

Sin embargo, la literatura especializada ha tendido a calificar negativamente el trabajo de los Parlamentos en función de su producción normativa en aspectos cuantitativos y ha olvidado mirar la función de legislar como una forma de control.

Ante estas consideraciones, a continuación se pretende ilustrar que, en el Ecuador, la participación en el número de proyectos presentados y en las leyes aprobadas del Ejecutivo y del Legislativo es más diferenciado de lo que supone un observador superficial y que la calidad de un Parlamento no se mide por cuántos proyectos ha presentado por propia iniciativa y cuántas leyes aprobadas le corresponden, sino por un examen minucioso de los proyectos de ley que provienen del Ejecutivo.

Para entender esta dinámica en la producción de leyes, se explicarán primero las diferencias estructurales entre los sistemas presidenciales y parlamentarios; luego pasaremos a analizar dos períodos de producción normativa en el Ecuador, esto es, 1995-2002 y 2009-2012. Estas fases no pretenden mostrar toda la complejidad de las relaciones entre poderes en la creación normativa, pero sí nos permiten observar cómo la participación del Legislativo y Ejecutivo varían según factores políticos, especialmente por el modo en que se configuran las mayorías o coaliciones parlamentarias a favor o en contra del gobierno.

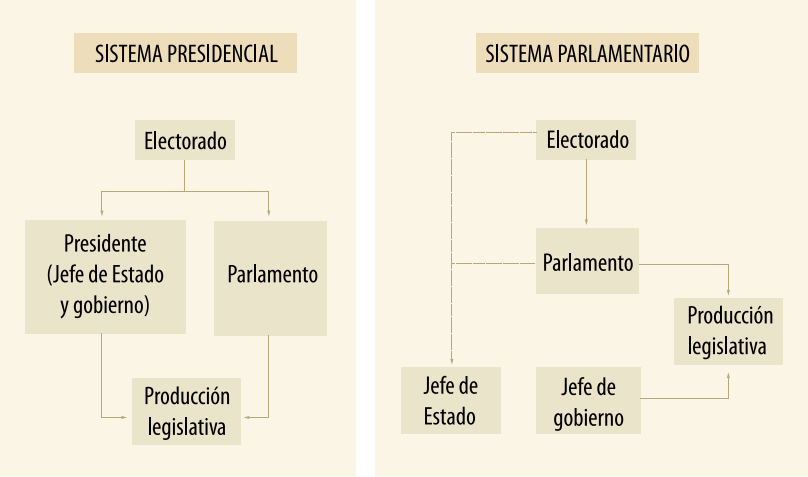
Relaciones de poderes y producción normativa

La división de poderes en los sistemas presidenciales

En cuanto a los sistemas de gobierno, la idea central es que en los sistemas presidenciales los instrumentos de control en la producción legislativa son mayores que en los sistemas parlamentarios. Según cómo se constituyen las mayorías en las legislaturas y su relación con el gobierno, en los sistemas de división de poderes, el procedimiento legislativo puede ser muy tortuoso y hasta puede estancarse.

El Gráfico 1 ilustra la diversa estructura de los sistemas de gobierno. Se puede observar que, en el sistema presidencial, el Presidente y el Legislativo son elegidos directamente y por separado por el electorado. Esto provoca generalmente que el partido del Presidente no cuente con una mayoría segura en el Parlamento. La diversidad de fuerzas políticas en el Ejecutivo y el Legislativo entorpece la actividad legislativa y conduce a un conflicto constante de poderes.

Gráfico 1. Estructura de los sistemas de gobierno y producción legislativa



Fuente: Richard Ortiz Ortiz

En cambio, en el sistema parlamentario, el gobierno tiene su origen en la mayoría parlamentaria y cuenta con su respaldo continuo en la producción legislativa. Puesto que la mayoría en el Parlamento está interesada en que su gobierno funcione y permanezca estable, las iniciativas del Ejecutivo son aprobadas disciplinadamente.

En los sistemas parlamentarios, la negativa de aprobar un proyecto de ley del Ejecutivo puede leerse como un voto de censura al jefe de gobierno. En consecuencia, hay más incentivos institucionales para imponer la unidad del gobierno y del Parlamento. Por su parte, en el presidencialismo, "existen menos incentivos para forzar la cooperación entre los poderes en la producción normativa", a menos que el Presidente cuente con una mayoría parlamentaria importante y más o menos disciplinada.

En el presidencialismo, la pugna de poderes en la producción normativa marca el inicio de una crisis institucional y del bloque que amenaza con desestabilizar el sistema democrático. En el parlamentarismo, el desencuentro entre mayoría parlamentaria y Ejecutivo en la aprobación de leyes es el final del jefe de gobierno y su gabinete. Por tanto, mientras que las crisis presidenciales no encuentran salidas institucionales eficientes, la flexibilidad de los sistemas parlamentarios les permite cambiar de gobierno cuando cambia la relación de fuerzas en el Parlamento (Linz, 2013).

La pugna de poderes y la producción normativa

Desde el regreso a la democracia en 1979 hasta 2006, la "pugna de poderes" resume muy bien la historia de la dinámica del sistema de gobierno ecuatoriano (Sánchez, 2008, pp. 111-154). La etapa de 2007 a 2008 se puede considerar de transición, pues, en ella, una Asamblea Constituyente expidió una nueva Constitución y se organizaron elecciones generales. Desde 2009 –como se mostrará más adelante– cambian las relaciones de poderes entre Legislativo y Ejecutivo.

Tabla 1. Formación de mayorías en las elecciones presidenciales 1978-2013

Año	Candidato ganador	Porcentaje de votos	Segundo mejor votado	Diferencia	Segunda vuelta	Nc
1978/79	J. Roldós (CFP)	27,7	23,9	3,8	68,5	6
1984	L. Febres Cordero (PSC)	27,2	28,7	1,5a	51,5	9
1988	R. Borja (ID)	24,5	17,6	6,9	54,0	10
1992	S. Durán Ballén (PUR)	31,9	25,0	6,9	57,3	12
1996	A. Bucaram (PRE)	26,3	27,2	0,9a	54,5	9
1998	J. Mahuad (DP)	34,9	26,6	8,3	51,2	6
2002	L. Gutiérrez (PSP)	20,6	17,4	3,2	54,8	11
2006	R. Correa (AP)	22,8	26,8	4,0a	56,7	13
2009	R. Correa (AP)	52,0	28,2	23,8	b	8
2013	R. Correa (AP)	57,2	22,7	34,3	b	8

Nota: Nc = número de candidatos.
a. En la segunda vuelta ganó el candidato que obtuvo la segunda mayoría en la primera vuelta.
b. No fue necesaria la segunda vuelta.

Fuente: Ortiz (2007), www.cne.gob.ec

Como se muestra en la Tabla 1, una de las primeras debilidades del sistema político ecuatoriano, en la fase de 1979 a 2006, se materializó en la "inexistencia de partidos mayoritarios". Ningún candidato presidencial logró ganar en la primera vuelta y solo uno consiguió acaparar más de un tercio de los votos (Mahuad 34,9%). La diferencia entre los dos mejor votados fue mínima (promedio de 4,4 puntos porcentuales). Y en la segunda vuelta solo un candidato obtuvo una mayoría contundente (Roldós 68,5%). En consecuencia, la doble vuelta no logró la finalidad de asegurar una legitimidad más amplia para el Presidente de la República. Tampoco la reforma introducida en 1998, elección con mayoría relativa con barrera, produjo algún efecto positivo. Ningún presidente logró superar la barrera del 40% ni tampoco lograr una diferencia de 10 puntos en relación al segundo candidato mejor votado.

Sin embargo, a partir de 2009, las dos últimas elecciones presidenciales fueron favorables al candidato de Alianza País (AP), quien superó en la primera vuelta la mayoría absoluta de votos. Por primera vez desde el regreso a la democracia, se cuenta con un Presidente con amplio respaldo popular (2009: 52,0% y 2013: 57,2%).

Tabla 2. Estatus del partido del Presidente en el Parlamento

Año	Presidente	Partido o coalición	Mandatos	Mandatos en %
1979	J. Roldós (CFP)	CFP (1), DP	29	42,0
1982	O. Hurtado	DP	5	7,2
1984	L. Febres Cordero (I)	PSC (2), PCE, PLRE	15	21,1
1986	L. Febres Cordero (II)	PSC (2), PCE, PLRE	18	25,4
1988	R. Borja (I)	ID(1), DP	39	54,9
1990	R. Borja (II)	ID (2)	14	19,4
1992	S. Durán Ballén (I)	PUR (3), PCE	18	23,4
1994	S. Durán Ballén (II)	PUR, PCE	9	11,7
1996	A. Bucaram	PRE (2)	19	23,2
1998	J. Mahuad	DP (1)	32	26,7
2003	L. Gutiérrez	PSP, MUPP-NP	18	18,0
2007	R. Correa (I)	AP	00	00,0
2007	R. Correa (II)a	AP	80	61,5
2009	R. Correa (III)	AP	57	46,0
2013	R. Correa (IV)	AP	100	73,0

Nota: Los números en paréntesis indican la posición del partido en relación con las mayorías parlamentarias; por ejemplo, el CFP fue la primera (1) mayoría en el Congreso de 1979. Los números romanos en paréntesis describen el cambio del apoyo parlamentario del gobierno. a) El caso de Rafael Correa es especial. Para las elecciones presidenciales de 2006, el movimiento de Correa no presentó candidatos al Congreso; pero, después de imponer un referéndum para elegir una nueva Asamblea Constituyente, el Presidente contaba con el suficiente apoyo parlamentario para ciertas iniciativas legislativas y para el nombramiento de varios funcionarios públicos.

Fuente: Ortiz (2007), www.cne.gob.ec

La Tabla 2, en cambio, muestra la fuerza parlamentaria del Ejecutivo. Todos los ejecutivos, desde 1979 hasta 2006, fueron "gobiernos divididos" o minoritarios. Ningún presidente logró alcanzar con su partido una mayoría en el Parlamento. Solo en el período 1988-1990 se concretó una coalición formal mayoritaria clara con el 54,9% de mandatos. Únicamente en tres ocasiones (1979, 1988 y 1998) el partido del Presidente logró ser la primera fuerza política en el Parlamento, pero esta posición inicial les sirvió de muy poco. En 1979, el partido del gobierno se distanció rápidamente del Presidente; la mayoría de 1988-1990 fue pulverizada en las elecciones de medio tiempo de 1990, y el gobierno inaugurado en 1998 se desplomó estrepitosamente en enero de 2000. Los demás presidentes tuvieron que negociar acuerdos políticos coyunturales y con altos costos políticos, para lograr concretar algunas iniciativas legislativas.

La "inestabilidad del sistema político", reflejada en la destitución de tres presidentes elegidos democráticamente (1997, 2000 y 2005), es el correlato de la debilidad institucional en el Ecuador y la dificultad de elaborar políticas públicas a largo plazo. Todos los presidentes desde principios de los ochenta se esforzaron con distinta intensidad por introducir reformas económicas para cubrir el déficit fiscal y pagar la deuda externa. En ese intento tuvieron que enfrentar la oposición del Legislativo y de otros actores con veto (de bloqueo).

Con las elecciones de 2009 se inaugura una nueva etapa en la vida política del Ecuador. Junto a la victoria clara de Rafael Correa, su partido obtiene mayorías significativas en el Parlamento: en 2009, el 46% y en 2013, el 73%. Esta constelación de fuerzas políticas entre el Legislativo y el Ejecutivo influyeron decididamente en la producción normativa.

Para ilustrar el hecho de que un gobierno dividido y la pugna de poderes tienen efectos en la baja participación del Ejecutivo en la producción normativa, se tomó como fase de estudio el período de 1995 a 2002; y para mostrar cómo un gobierno con claro respaldo parlamentario aumenta su participación legislativa, la fase de 2009 a 2012. Se escogieron estos periodos porque se cuenta con estudios sobre la primera fase (García, 2007) y, para la segunda, se dispone de los datos contenidos en el Informe de Labores de la Asamblea Nacional 2009-2013.

Producción normativa en los períodos 1995-2002 y 2009-2012

Para estudiar cómo se han configurado las relaciones Ejecutivo-Legislativo en la producción normativa, se tomó como referencia el trabajo de Mercedes García Montero (2007) para distinguir el grado de participación en la presentación de proyectos de ley (iniciativa legislativa), por una parte, y el grado de participación en el total de leyes aprobadas (éxito legislativo), por otra.

Generalmente se sostiene que los presidentes son dominantes en la producción normativa. Pero una mirada más atenta a las distintas fases del procedimiento legislativo nos muestra que, tendencialmente, los Parlamentos dominan la fase de iniciativa con la presentación de un número considerable de proyectos de ley y que los ejecutivos alcanzan porcentajes más altos en el conjunto de proyectos aprobados. Sin embargo, en Ecuador esos supuestos no se verifican completamente.

Para comprender el peso del Ejecutivo y Legislativo en la producción normativa, se puede clasificar el papel de los presidentes en esta actividad en cinco tipos diferentes, según la experiencia latinoamericana (García, 2007):

1. La mayoría de sistemas presidenciales latinoamericanos se caracterizan por ejecutivos que dominan la aprobación de leyes con parlamentarios reactivos, es decir, con poca iniciativa legislativa. A los presidentes en estos sistemas se los puede calificar de "dominantes o preponderantes".

2. En cambio, en el otro extremo están los sistemas en los que el Ejecutivo se enfrenta a un Parlamento proactivo y tiene un bajo éxito legislativo. A los presidentes en estos sistemas se los puede calificar de "débiles o colaboradores".

3. En una situación intermedia están los sistemas presidenciales en los cuales los jefes de gobierno alcanzan una tasa media de aprobación de sus iniciativas, pero comparten el éxito en el total de leyes aprobadas. A estos presidentes se los califica de "negociadores".

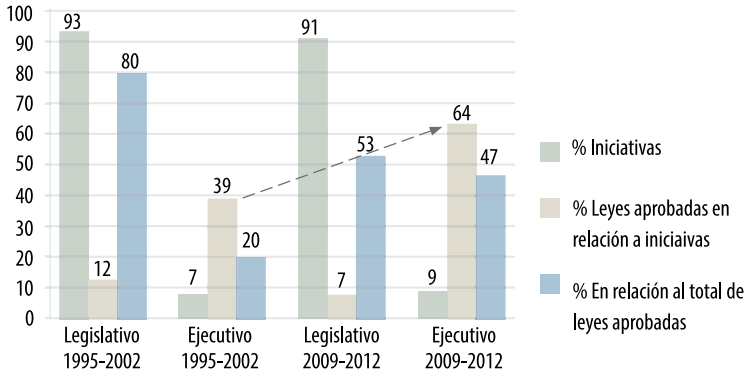
El Gráfico 2 resume con más detalle las características de estos tipos de jefes del Ejecutivo.

Gráfico 2. Tipología de presidentes según su peso en la producción normativa

Fuente: García (2007)

La experiencia ecuatoriana muestra la utilidad de esta tipología. Como ilustra el Gráfico 3, en la fase 1995-2002, la producción normativa se caracteriza por el dominio del Parlamento sobre el Ejecutivo tanto en la presentación de proyectos de ley (93% vs. 7%) como en la participación de las leyes aprobadas (80% vs. 20%). Es decir que el Parlamento presentó treinta y dos veces más proyectos de ley que el Ejecutivo y cuadruplicó su éxito en las leyes aprobadas. Esto se explica por la presencia minoritaria del Presidente en el Parlamento y las constantes situaciones de pugna de poderes que caracterizaron no solo a la fase de 1995-2002, sino a todo el periodo democrático hasta 2006.

Gráfico 3. Relación de poderes en la producción normativa



Fuente: García (2007); Asamblea Nacional (2013)

En consecuencia, y como señala García (2007, pp. 13-14), los presidentes ecuatorianos eran en el "periodo 1995-2002 los más débiles de América Latina" en la producción normativa. En cambio, el Legislativo se caracterizaba por ser el más fuerte de la región en la presentación de proyectos de ley. En consecuencia, en esta etapa, las relaciones de poderes se distinguían por un dominio del Parlamento, pero con una tasa de éxito global inferior al 26% en la aprobación de leyes, lo que demostraba la falta de eficiencia del sistema del gobierno en general y problemas de gobernabilidad.

Para la segunda fase (2009-2012), el movimiento político del Presidente de la República, Alianza País (AP), tuvo una mayoría parlamentaria segura del 46% de total de los mandatos y, por tanto, el Ejecutivo puede alcanzar un mayor éxito legislativo en relación con sus iniciativas (64%). Aunque en AP se producen deserciones, otros grupos parlamentarios e independientes hacen posible que los proyectos de ley del gobierno concluyan con éxito el trámite parlamentario (cfr. Ramírez, 2013).

Así, en esta etapa, el éxito en la aprobación de los proyectos del Ejecutivo se incrementa en 25 puntos en relación con la fase anterior (39% vs. 64%) y también aumenta su participación en el total de las leyes aprobadas en 27 puntos (20% vs. 47%). Esta circunstancia hace que el presidencialismo ecuatoriano se transforme de un presidencialismo débil en un presidencialismo negociador en cuanto a la producción normativa.

La Tabla 3 resume lo expuesto en el contexto latinoamericano: los presidentes ecuatorianos de la fase 1995-2002 se ubicaron como presidentes débiles, es decir, con Parlamentos proactivos y con una significativa participación en las leyes aprobadas, mientras que los Ejecutivos fueron tímidos en la presentación de proyectos de ley y tuvieron un bajo éxito en la aprobación de sus proyectos. En cambio, en la segunda fase de análisis (2009-2012), el Ejecutivo, con una clara mayoría parlamentaria y con colaciones coyunturales, logró aumentar claramente su cuota de éxito en los proyectos de su iniciativa y, también, su participación en las leyes aprobadas creció, lo que trajo como consecuencia que abandone su rol secundario y se convierta en un protagonista importante en el proceso de producción de normas. La flecha de la Tabla 3 señala la "evolución de presidentes débiles a un presidente negociador" (Rafael Correa) en Ecuador.

Tabla 3. Comportamiento del Ejecutivo y del Legislativo en la actividad legislativa

Poder Legislativo	Poder Ejecutivo				
	Dominante	Preponderante	Negociador	Colaborador	Débil
Especialmente reactivo	Honduras (1990-2000)				
Reactivo		México (1982-2003) Chile (1994-2004) Bolivia (1997-2001) Uruguay (1995-2002) Panamá (1994-2002)			
Proactivo			Argentina (1983-2004) Paraguay (1989-2002) ECUADOR II (2009-2012)		
Especialmente proactivo				Perú (1995-2003) Venezuela (1959-1989)	ECUADOR I (1995-2002)

Fuente: tomado, con algunas modificaciones, de García (2007, p. 25)

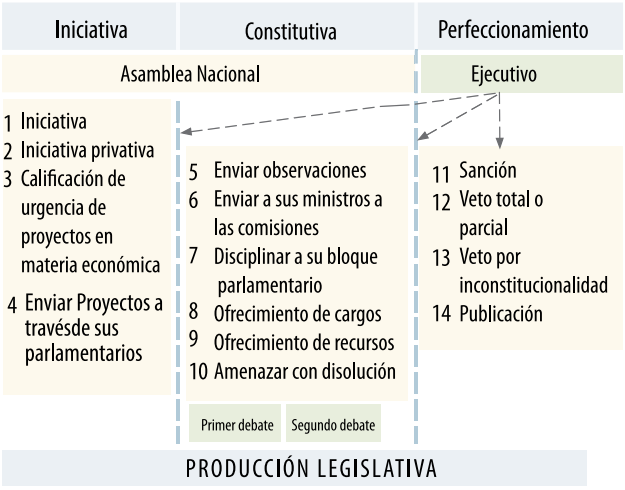
Sobre cómo evolucionen las relaciones de poderes en la producción normativa en la fase 2013 a 2017, depende de cómo se administre la clara mayoría parlamentaria que supera los dos tercios (73% del total de mandatos). Pero es de esperarse que con un presidente para el que es importante la disciplina de su partido, la participación del Ejecutivo en la producción normativa aumente y evolucione hacia un presidencialismo preponderante.

A más de la configuración del sistema de partidos, lo que explica el rol del Ejecutivo en la producción normativa es sus recursos institucionales, políticos y materiales para influir en las diversas fases del procedimiento legislativo. Estos recursos presidenciales se presentan a continuación.

Factores institucionales de la producción normativa

La efectividad de los Ejecutivos en los sistemas presidenciales, en el proceso de producción normativa, se explica por el amplio abanico de recursos con que cuentan los jefes de Estado. Ellos juegan comúnmente el papel de "colegisladores", pues intervienen en el proceso de formación de la ley tanto con su poder de iniciativa como con el dominio en la fase de perfeccionamiento o eficacia del procedimiento legislativo. A estos recursos institucionales se suman los políticos que se traducen sobre todo en la fortaleza del partido de gobierno en el Parlamento. Y, finalmente, el Presidente cuenta con recursos materiales para ganar adeptos que apoyen sus iniciativas legislativas.

Gráfico 4. Recursos del Presidente en el proceso de producción de normas en las tres fases del procedimiento legislativo



Fuente: Richard Ortiz Ortiz

En el gráfico 4 se resumen catorce diferentes recursos con los que cuenta el Presidente de la República para potenciar su participación en las distintas fases del procedimiento legislativo. En la "fase de iniciativa", el jefe del Ejecutivo cuenta con por lo menos cuatro herramientas para activar el proceso de producción de normas:

1. Iniciativa en todas las materias (artículo 134, numeral 2 CRE).

2. Iniciativa privativa en ciertos asuntos (artículo 135 CRE).

3. Iniciativa de proyectos de ley calificados de urgentes (artículo 140 CRE).

4. Envío de proyectos a través de sus parlamentarios.

Los primeros son recursos institucionales y el último es político.

En la "fase constitutiva" dominan los recursos políticos y materiales. El Presidente cuenta con los siguientes recursos para incidir en el trabajo de las comisiones, en los debates parlamentarios y en las votaciones:

5. Enviar observaciones a los proyectos de ley, él mismo o por medio de los legisladores de su partido.

6. Enviar a sus ministros o algún otro funcionario a las comisiones o reuniones de bloque para impartir instrucciones.

7. Disciplinar a su bloque parlamentario en los debates y en las votaciones.

8. Ofrecer cargos públicos.

9. Poner a disposición recursos financieros para políticas locales u otras prebendas, con el fin de lograr apoyo a los proyectos estratégicos para el Ejecutivo.

10. Amenazar a la Asamblea Nacional con su disolución (artículo 148 CRE).

Finalmente, en la "fase de perfeccionamiento", el Ejecutivo domina plenamente y tiene

recursos efectivos para incidir en la producción normativa y su resultado. Posee las siguientes herramientas:

11. Sancionar las leyes y ordenar su publicación (artículo 137.3 CRE).

12. Vetar totalmente un proyecto de ley, que solo puede ser conocido por la Legislatura hasta un año después, el veto más fuerte a nivel regional (artículo 138.1 CRE), o vetar parcialmente un proyecto de ley, medio muy eficaz, pues el Presidente de la República no solo puede objetar parcialmente textos completos de un proyecto de ley sin límites, sino que puede proponer textos alternativos a su antojo, con el único límite de no incluir temas no contemplados en el proyecto. Además, este veto solo puede ser superado con dos tercios de los votos de los miembros del Legislativo (artículo 138. 3 CRE).

13. Vetar total o parcialmente un proyecto de ley por considerarlo inconstitucional y forzar así un control preventivo de la Corte Constitucional (artículo 139).

14. Ordenar la publicación de las leyes aprobadas, lo que podría ser utilizado para evitar que una ley entre en vigencia si se niega a enviarla al Registro Oficial (veto de bolsillo; artículo 137.3 CRE).

Como se puede notar, el jefe del Ejecutivo en el Ecuador, en condiciones partidistas favorables, está en una posición privilegiada en la producción de normas, es decir, se parlamentariza el sistema. Sin embargo, sí hace una gran diferencia que, a pesar del posible dominio de Presidente en la Legislatura, sus proyectos se sometan al procedimiento parlamentario, pues este está construido de tal manera que somete las iniciativas legales a un intenso proceso de debate, acomodamiento de intereses, participación de la ciudadanía y sociedad civil (sobre todo en las comisiones) y la exposición pública de ideas contradictorias. Así, Sartori (2007, p. 228) afirma que "por el solo hecho de existir, **un parlamento condiciona el poder**, y en este sentido ejerce una función preventiva invisible pero, sin embargo, preventiva en un sentido cautelar y limitativo del poder (énfasis añadido)".

Por tanto, es misión primordial de la Asamblea Nacional asegurar un control eficaz sobre las iniciativas del Ejecutivo a través de:

1. El uso intenso del derecho a presentar observaciones concretas a los proyectos de ley, con propuesta de textos alternativos y su respectiva fundamentación.

2. El trabajo de las comisiones como espacios democráticos para conciliar diferentes intereses que permita que el producto legislativo sea el resultado de un amplio consenso.

3. La intensa participación de la ciudadanía y grupos de la sociedad civil en las comisiones, con el fin de democratizar el proceso de producción de leyes. Es importante hacer publicidad de estas actividades.

4. El debate público e intenso en el Pleno de la Asamblea Nacional, como espacio para la exposición motivada de posiciones sobre los proyectos de ley, con el fin de contribuir a la formación de la opinión pública.

5. El uso de los medios de comunicación de la Asamblea Nacional y de las redes sociales para informar constantemente del trabajo legislativo.

Conclusiones y reflexiones finales

De lo expuesto podemos extraer las siguientes conclusiones:

1. La sola existencia de un Parlamento hace una diferencia importante en el funcionamiento democrático de un sistema político; constituye un límite importante a las iniciativas legislativas del Ejecutivo y un mecanismo de control imprescindible en la producción normativa.

2. De las dos fases analizadas, los Parlamentos ecuatorianos siempre han tenido una participación importante en la iniciativa legislativa y en el porcentaje de leyes aprobadas.

3. En la primera fase –que se puede extender a toda la fase democrática desde 1979 a 2006–, los presidentes ecuatorianos son considerados como políticamente débiles en la producción normativa, lo que se explica por su posición minoritaria en la Legislatura y la relación de conflicto entre las

Funciones (pugna de poderes). Estos presidentes pueden ser caracterizados como institucionalmente fuertes (por el conjunto de sus potestades constitucionales), pero como políticamente débiles por su poca capacidad de maniobra ante Parlamentos hostiles.

4. En la segunda fase estudiada, el presidente cambia su posición en la producción normativa. El Ejecutivo pasa a tener una tasa mayor de aprobación en las leyes en relación con sus propias iniciativas, lo que se explica por una mayoría parlamentaria clara, las coaliciones coyunturales en la Asamblea Nacional y su fuerte liderazgo para disciplinar a su bloque parlamentario.

5. El procedimiento legislativo sirve como un medio de control efectivo de las iniciativas del Ejecutivo, pues las expone al debate contradictorio y a enmiendas provenientes de los miembros de la Asamblea y de los ciudadanos.

La crisis de los Parlamentos debe constituirse en retos que se deben superar y, para ello, hay que: explicar a los ciudadanos que hacer leyes implica tiempo y que todos tienen derecho a exponer su punto de vista. Considerar que en los aspectos principales, el Ejecutivo siempre requiere de un marco legal adecuado para actuar; su facultad reglamentaria nunca puede suplir la labor del legislador. Comunicar que la lógica parlamentaria es colegiada y expresa la diversidad del país. Entender que los legisladores no están para redactar normas, sino para asegurarse que ninguna ley sea aprobada sin su consentimiento, asegurando un debate democrático, una participación amplia y una publicidad intensa. Defender la libertad de configuración del legislador dentro de los límites constitucionales. La Asamblea Nacional es el intérprete político más importante de la Constitución. Explicar que la centralidad del Parlamento en la vida democrática se complementa con los mecanismos de democracia directa. No están en conflicto la democracia representativa y la participativa, sino en una relación de complementariedad: los mecanismos de democracia directa corrigen y potencian a la democracia indirecta.

Dos enfoques diferentes de un mismo texto

La argumentación política y jurídica de la Constitución

Jhoel Marlin Escudero Soliz

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA DEL ECUADOR

Dos enfoques diferentes de un mismo texto

La argumentación política y jurídica de la Constitución

Jhoel Marlin Escudero Soliz*

"La sombra es la luz que no ves".
Albert Einstein

La Constitución es única, suprema y su finalidad es limitar al poder. Es única, porque no existe otra norma dentro del Estado que tenga las características de la Constitución; organiza el poder y es fuente de producción del derecho. Es suprema, porque funda política y jurídicamente la comunidad. Es jerárquicamente superior, porque se ubica en la cúspide del sistema de fuentes del derecho (Garrorena, 2011, p. 85). Impone límites cuando divide los poderes del Estado y garantiza derechos a los pueblos, colectivos, naturaleza e individuos. De otro lado, la Constitución es lo que el poder quiere que sea (Lasalle, 1999, p. 28), es indeterminada y no es perfecta, pero sí un buen plan (Hamilton, Madison y Jay, 2006, p. 373).

Lo mencionado no corresponde a una definición completa de Constitución, tampoco es un concepto de Constitución; son algunos argumentos generales a favor y en contra de la Constitución, con los cuales podemos estar o no de acuerdo. Probablemente habrá que dar la razón a las dos explicaciones y así podríamos iniciar una discusión, de lo que es o no la Constitución. El debate nos llevará a concluir que la Constitución es una norma de compleja definición.

* Doctor en Derecho (c) y Máster en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador (UASB-E). Doctor en Jurisprudencia, Abogado y Mediador, por la Universidad Central del Ecuador. Profesor de Derecho Constitucional y Oratoria Forense de la Universidad de las Américas (UDLA). Profesor invitado de Garantías Constitucionales de la UASB-E y de Interpretación Constitucional de la Universidad de Especialidades Espíritu Santo (UEES).

Sobre la Constitución existen acuerdos y desacuerdos generales, uno de ellos es la forma cómo se explica la Norma desde el poder político y jurídico. La constante contradicción se sustenta entre lo que la Constitución es y lo que debe ser. La idea central del presente artículo es tratar la argumentación jurídica y política de la Constitución como sistemas totalmente diferentes que explican un mismo texto. Asimismo se analizará el principio de *in dubio pro legislatore* como un postulado intermedio que se inserta en la lógica de comprender los argumentos políticos y, en ocasiones, desplazar los argumentos jurídicos que explican la Constitución.

La organización temática del artículo explorará los aspectos centrales y generales de la argumentación jurídica, la argumentación política y el principio *pro legislatore* de la Constitución. Colocados en contacto, estos elementos expresan desacuerdos irreconciliables, expuestos desde el derecho y la política.

Vicio por no respetar la disciplina de bancadas

referendo popular para aprobar la reelección presidencial

El control de constitucionalidad se sustenta en los principios de aplicación directa, supremacía y rigidez constitucional. Las constituciones que aseguran estos principios son garantizadas porque autorizan la protección de la Constitución al sistema de justicia e imponen un límite al legislador para que no sea reformada mediante ley ordinaria (Guastini, 2001, p. 193).

El control de constitucionalidad, conforme con el órgano u órganos jurisdiccionales que tienen la facultad de no aplicar normas o declararlas inconstitucionales, se clasifica en: difuso, concentrado y mixto.

El control difuso, de fuente estadounidense, fue creado en 1803. Se caracteriza por autorizar a todos los jueces del país la inaplicación de normas en un caso concreto, siempre y cuando estas sean contrarias a la Constitución (Sentencia Madison vs. Marbury, 1803).

El control concentrado puro de constitucionalidad, creado en Austria (Kelsen, 1995), tiene como finalidad expulsar normas del ordenamiento jurídico en abstracto cuando sean contrarias a la Constitución. Autoriza el control constitucional a un órgano extrapoder llamado Corte o Tribunal Constitucional.

Finalmente, el control mixto de constitucionalidad, de origen latinoamericano, autoriza a todos los jueces del país a no aplicar normas en casos concretos y al mismo tiempo establece una Corte o Tribunal Constitucional para que expulse las normas en abstracto.

El Ecuador es un Estado Constitucional y la máxima autoridad de control e interpretación es la Corte Constitucional (Grijalva, 2011, p. 188). Es un órgano extrapoder, con intenciones monopólicas de controlar la constitucionalidad de las leyes. Conforme las Sentencias No.-0040-07-TC y 001-13-SCN-CC, de inconstitucionalidad la primera, y de consulta de norma la segunda, la Corte ha desplazado el principio de aplicación directa de la Constitución y ha concentrado, de forma absoluta, el control de Constitucionalidad (artículo 428 de la Constitución).

En el primer caso, sobre la inconstitucionalidad del código de ejecución de penas y su reglamento, se afirmó que negar el derecho de prelibertad, sustentado en el pasado judicial, contradice la Norma Suprema. En esa ocasión, la Corte se pronunció sobre normas anteriores a la Constitución y consideró que el control de normas viejas, mediante la cláusula de derogatoria general, corresponde únicamente a la Corte Constitucional.

El segundo caso, sobre una consulta de norma, la Corte afirmó que los jueces, aun cuando estén seguros de la inconstitucionalidad de una norma, siempre deberán consultar a la Corte Constitucional, es decir, quedan vedados de realizar cualquier inaplicación de normas contrarias a la Constitución.

En Ecuador, el único órgano con capacidad para controlar la constitucionalidad de las leyes es la Corte Constitucional. En ese sentido cabe examinar la argumentación constitucional.

En sentido general, argumentar es convencer dando las mejores razones; no consiste en dar afirmaciones sin más (Otero e Ibáñez, 2010, p. 3). Para convencer o dar los argumentos que corresponden a cada caso, se usan varios criterios, como la credibilidad, la solidez del argumento y la veracidad (Aristóteles, Quintiliano Cicerón). Además, se deben explicar las razones de las posiciones, las cuales deben estar justificadas.

La argumentación jurídica no es muy distinta de la general, versa sobre hechos del pasado, jurídicamente regulados (Aristóteles, 2007, p. 13). Es un debate entre acusación y defensa. Las regulaciones sobre las cuales se desarrollan los argumentos jurídicos son racionales y están basadas en una estructura u ordenamiento jurídico, contenido o motivación y formas o procedimientos.

Habermas considera que el escenario en el cual se desarrolla la argumentación jurídica afecta a la libre deliberación porque los participantes están obligados a argumentar en un proceso judicial; mientras que en las deliberaciones públicas dicha obligatoriedad no existe (Feteris).

Sobre el tema existen desarrollos doctrinarios que no difieren en mayor medida de los clásicos. Así, Alexy (1985) y McCormick (1997) consideran que la argumentación jurídica es un discurso práctico sustentado en la veracidad de los hechos y la seguridad de las premisas con las cuales se explican los hechos en relación con las normas. Perelman (1999) se enfoca en los auditorios jurídicos, que se consideran particulares por la forma en la que deben ser convencidos. Finalmente, Atienza (1993) establece una forma de analizar la argumentación y su solidez mediante las interconexiones fácticas y normativas, a través de un árbol de análisis. Debido al espacio, no se pueden agotar los esquemas argumentativos de las teorías estándar, pero para nuestra finalidad, sí es necesario tener claro cómo deben argumentar los jueces sus sentencias.

Es central en la decisión judicial y la argumentación jurídica definir cómo se deben resolver los casos y con qué criterios, en particular, en materia constitucional. La argumentación jurídica identifica dos tipos de casos judiciales: fáciles y difíciles. Los casos fáciles se resuelven con la aplicación de una norma a un hecho determinado. En esta tipología, existe una regla jurídica clara y un hecho claro y en consecuencia se aplica un silogismo. La justificación es interna porque no ha sido necesario explorar por fuera de la regla su interpretación o problema de aplicación. Por ejemplo, el homicidio: si alguien mata a otra persona, será sancionado a XY años de reclusión. Es decir que A mató a B y entonces A debe ser sancionado a XY años de reclusión.

Pero como el derecho no es tan fácil, existen los casos difíciles que requieren de justificación externa por la necesidad de interpretación y solución de problemas de aplicación. En este tipo de casos, tanto en sus normas jurídicas como en los hechos fácticos, se presentan una o más complejidades. Los problemas de las normas generalmente son la ambigüedad, la vaguedad, la generalidad y la contradicción (Nino, 2001, p. 260). Los dos primeros supuestos requieren de interpretación, mientras que el tercero requiere de reglas de aplicación o solución de antinomias en abstracto (jerarquía, especialidad y temporalidad).

El criterio de aplicación de este tipo de justificación es que frente a cada complejidad debe plantearse un silogismo, una cadena que conduzca hasta la solución adecuada. Se llama externa porque obliga al operador de justicia a explorar las fuentes del derecho para solucionar el problema que presentan las normas (Martínez, 2010, p. 45). Por ejemplo, dadas dos normas que regulan de forma distinta a los autos mal parqueados: la Ley Nacional de Tránsito y Transporte Terrestre, por un lado, impone una multa económica moderada que no supera los 70 dólares, mientras que las ordenanzas municipales sancionan el mismo hecho con multas más altas. ¿Cuál es la norma aplicable? Conforme con el artículo 425 de la Constitución, las normas deben aplicarse de acuerdo con el principio de jerarquía, pero con respeto del principio

de competencias. Como la de tránsito corresponde a los gobiernos municipales, esta sería la aplicable. La ilustración nos permite verificar el uso de un criterio por fuera de las reglas para poder aplicar el derecho.

Si consideramos que el ordenamiento jurídico está compuesto por varios tipos de normas: reglas, principios y valores, podremos determinar que las leyes están predominantemente compuestas por reglas, es decir, normas con supuestos de hecho y consecuencias jurídicas, las cuales podrían resolverse mediante justificación interna, siempre y cuando no existiera ninguna complejidad. Mientras que la Constitución contiene de forma elevada valores y principios (Dworkin, 2012), normas téticas o carentes de supuestos de hecho y consecuencias jurídicas, como el derecho a la igualdad. Este tipo de normas que requieren de métodos de interpretación para darles contenido y determinar sus obligaciones, en consecuencia, siempre requieren de justificación externa (Zucca, et al., 2011). Es la razón por la que los casos que involucran la aplicación de la Constitución resultan difíciles. También presentan antinomias de tipo contingente, esto es que si bien los principios en abstracto no son contradictorios, se vuelven contradictorios por un hecho fáctico o caso concreto (Sanchís, 2014, p. 143). Por ejemplo, la libertad de expresión y el derecho al honor no son contradictorios en cuanto a su redacción, pero si una persona es insultada a causa de su incapacidad por un diario, resulta que tenemos que resolver estos derechos como una antinomia fáctica, por ello resulta indispensable la ponderación.

También la ponderación es un instrumento útil para el enjuiciamiento de normas que resulten ser contrarias a la Constitución. El test de proporcionalidad incluye los subprincipios de idoneidad (adecuación de los medios al fin constitucional), necesidad (la decisión menos grave para los derechos) y el último paso que es la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación (Alexy, 2008, p. 14).

Como afirma Prieto Sanchís (2014), la aplicación de la solución de antinomias en abstracto supone la contradicción de dos normas contenidas en cuerpos jurídicos distintos y causa un problema de validez de la norma que es desplazada; mientras que la ponderación provoca un problema de aplicación que no invalida a la norma desplazada. En líneas generales, se puede afirmar que el derecho requiere de argumentación establecida por criterios y principios jurídicos que limitan la actuación del juez.

Por su parte, la necesidad de interpretación del derecho requiere de métodos que permitan dotar de significados adecuados a las normas. Por adecuados me refiero a que los significados que se den a un principio o a una regla deben estar dentro del ordenamiento jurídico, no por fuera de este porque resultaría arbitrario (Escudero, 2009, p. 76).

Ahora bien, ¿cuáles son los criterios con los que los jueces deben juzgar los casos concretos? Con los criterios del noble sueño de los principios, como lo haría el Juez Hércules, de Dworkin (2002, p. 209), para quien no existe caso difícil y siempre toma decisiones objetivas y justas. O con los criterios del juez Herbert Hart, quien considera la aplicación de las reglas frías sin ninguna consideración de justicia, lo cual es una pesadilla (Rodríguez, 2012, p. 66). Lo cierto es que los jueces deben pronunciarse.

Como se explicó, existen criterios de los cuales los jueces no pueden escapar para construir sus decisiones: la imparcialidad, la razonabilidad, la proporcionalidad, la objetividad del derecho, los métodos de interpretación y la aplicación del derecho. Elementos que ciertamente vuelven ilusorio tal derecho, debido a que resulta muy complejo valorar las cosas sin que se involucren al menos sus creencias personales.

Para Rawls, los jueces deben explicar sus decisiones basados en su comprensión de la Constitución, así como de las leyes y de los precedentes. Este hecho compromete al juez a buscar buenos argumentos; además de que sus decisiones son públicas. En ese sentido, los jueces no pueden basar sus argumentos en su moral personal, en los ideales y virtudes que comparten con la sociedad en general ni en valores políticos. Todo lo contrario a lo que hacen los ciudadanos comunes o los legisladores (Gargarrella, 2008, p. 290).

La Asamblea Nacional y la argumentación política de la Constitución

La argumentación política se basa en la deliberación y es concebida como el discurso del futuro (Aristóteles, 2007). A diferencia del discurso jurídico, que se encarga de casos individuales, el político presenta las soluciones para casos en general. La Asamblea Nacional cumple con importantes funciones como la fiscalización del Poder Ejecutivo, así como posesionar, destituir, enjuiciar políticamente al Presidente de la República, nombrar ternas para concurso de jueces y magistrados, ratificar tratados internacionales, crear leyes, enmendar la Constitución, entre otras. El Parlamento, por esencia, es un órgano de desacuerdos, lo cual supone altos niveles de argumentación. Verdaderamente, el debate político se entiende como una necesidad de realizar los valores democráticos medulares (Farejohn, et al., 2008, p. 18).

Ahora bien, si la Corte Constitucional está revestida de un estatus que la presenta como protectora de la Constitución (Núñez, 2013, p. 50), cabe preguntarse cuál es el rol del Parlamento en este escenario. Para el constitucionalismo, de hecho, el Parlamento ha generado preocupaciones respecto de los derechos, en el sentido de que la Función Legislativa pueda convertirse en una mayoría que atente constantemente en contra de la Constitución al existir la tentación de traspasar los límites establecidos por los derechos. (Waldron, 2005, p. 19). Consideración que ha cambiado en el tiempo, debido a que, según Hobbes, los Parlamentos encarnaban al soberano y se asumía que siempre desarrollaban la Constitución (Friedrich, 1997, p. 131). De otro lado, el Parlamento es una garantía política que fortalece el sistema democrático representativo mediante la pluralidad de opiniones que representan en su conjunto (Storini, 2009).

Otro elemento que distingue a los Parlamentos de las cortes es su tamaño, sus desacuerdos y su estructura. Está compuesto por organizaciones de movimiento y partidos políticos, por una estructura deliberativa (debate) y toma decisiones mediante procedimientos de votación. Asimismo, su función es la de crear derecho.

En cuanto a su tamaño, se afirma que, mientras más grandes sean, habrá más deliberaciones, pero con algunas consecuencias. Primero, cuanto más numerosa es la Asamblea, prevalecerá la pasión sobre la razón. Segundo, la variedad en la instrucción y el origen de sus miembros (en términos democráticos el pueblo debe estar reflejado en la Asamblea). Tercero, la elocuencia y habilidad de debatir será captada por un pequeño número de personas que llevará la voz de los más débiles (Hamilton, Madison y Jay, 2006, p. 249).

Para lograr una adecuada deliberación racional de temas, la Asamblea cuenta con una estructura organizacional basada en comisiones, es decir, grupos más pequeños. Finalmente, los votos motivados imponen una condición moral de explicar y justificar las razones por las cuales un asambleísta considera justa o no una decisión. Estos elementos proyectan una manera de argumentar totalmente distinta a la de las cortes, en donde se priorizan los métodos.

Por un lado, tenemos las garantías normativas que exigen el pronunciamiento de la Asamblea Nacional mediante debate, desacuerdos y toma de decisiones, lo cual es adecuado en una democracia; sin embargo, es importante también el rol de las cortes como entes de control de las arbitrariedades, considerando que existe una constante tentación de afectar los derechos.

Para finalizar, los distintos enfoques estructurales y de métodos entre la Asamblea y las cortes, en cuanto a los argumentos, se pueden resumir en los siguientes:

- Las cortes interpretan la Constitución como una norma moral.
- Las cortes usan argumentos técnicos basados en instrumentos de interpretación y aplicación del derecho.
- Las cortes usualmente no están expuestas al voto popular.
- Los Parlamentos deliberan sobre los derechos y necesidades de la población.
- Los Parlamentos son más susceptibles a interpretar la Constitución desde los intereses de grupos, las creencias políticas e incluso preferencias personales.
- Los Parlamentos basan sus decisiones en desacuerdos sobre la Constitución.
- Los Parlamentos están expuestos al voto popular.

Esta contextualización de distintas formas de argumentar se concreta mediante diferentes estrategias y métodos; no se trata de afirmar cuál es la mejor, sino que las dos funcionen y cumplas sus roles. Podemos sostener que los dos enfoques de explicación de la Constitución conviven en un Estado y podrían causar contradicciones entre lo que se dice que debe ser la Constitución a través de la Corte Constitucional y lo que el Parlamento dice que es la Constitución. La primera explica la Norma Suprema desde la técnica moral deóntica del derecho, el deber ser; mientras que el segundo crea el derecho desde la realidad, los intereses de grupos y la visión política de la Constitución. Para poder identificar con claridad esta relación es importante revisar las sentencias de la Corte Constitucional desde el principio *in dubio pro legislatore*, en las que se proyecta una conexión de esta relación.

El principio ***in dubio pro legislatore*** en las sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador

Sobre la base del principio democrático del Estado Constitucional, existe la presunción de constitucionalidad de las leyes, mientras no se declare lo contrario. El principio *in dubio pro legislatore* impone una carga argumentativa a quien presume que una norma es contraria

a la Constitución y exige que se justifique porque la norma cuestionada no puede ser interpretada conforme con la Constitución. De encontrar que la explicación y la justificación generan dudas sobre la incompatibilidad de la ley con la Constitución, esta se mantendrá en el ordenamiento jurídico.

Ferreres (2012, p. 131) sostiene que un juez debe suponer que la ley está conforme respecto de la Constitución, no lo contrario. Sobre la base de la tesis de James Thayer, sostiene que los jueces deben tener claro que no pueden invalidar todas las leyes que consideren inconstitucionales, sino solo aquellas que se presentan de forma manifiesta, que no dejen espacio a la duda razonable. El acto de declarar la inconstitucionalidad de una ley es sumamente grave para la organización de la República. Asimismo, se debe considerar que las leyes, para ser declaradas inconstitucionales, deben pasar por un estricto control de interpretación, como el test de proporcionalidad (Pulido, 2011).

El beneficio de la presunción de constitucionalidad cumple con tres condiciones:

1. Argumento epistémico: el juez debe presumir la validez de la ley porque la solución del conflicto de intereses presentada por el legislador tiene más valor que la solución judicial.

2. Argumento de la igual dignidad política: el juez debe presumir la validez de una norma porque lo contrario afecta al principio de igual consideración de la dignidad de las personas. La razón es de fondo porque un juez desautoriza el argumento de una mayoría.

3. Argumento de corregibilidad de errores: en caso de duda el juez debe presumir la validez y futura corrección del error, por parte del Parlamento, en lugar de invalidar la ley (Ferreres, 2012, p. 151).

De otro lado existen argumentos a favor del control judicial de constitucionalidad de las normas. El activismo judicial y el neoconstitucionalismo, en sus versiones más profundas, buscan empoderar a los jueces para preservar los criterios morales de la Constitución con el desplazamiento de normas cuya constitucionalidad es dudosa e impulsan que los jueces desarrollen políticas públicas. En cualquiera de los dos escenarios, se deja en claro que no pueden tolerarse violaciones claras y expresas a la Constitución, debe haber una forma de protegerla, sin que se llegue a generar una discrecionalidad o gobierno judicial (Tushnet, 2013, p. 85).

La Corte Constitucional del Ecuador ha recurrido constantemente al principio *pro legislatore* para mantener las normas en el ordenamiento jurídico. Sin embargo, con el mismo argumento, ha elaborado sentencias modulativas, cuya finalidad es realizar correcciones a la legislación, con invasión de las competencias legislativas. Lo cual resulta contradictorio porque el principio en favor del legislador protege que las decisiones sean tomadas únicamente por el órgano democrático y no por los jueces. Mientras que el activismo judicial y el garantismo son un control positivo de constitucionalidad que justifica la intervención del juez en los espacios legislativos. Esta contradicción es latente en los fallos de la Corte Constitucional del Ecuador. El principio *pro legislatore* está reconocido en el artículo 76.3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

La Corte Constitucional, mediante Sentencia de Acción Extraordinaria de Protección No.- 110-14-SEP-CC, aplicó el principio *pro legislatore* sosteniendo que los jueces están obligados a aplicar las normas que están revestidas de constitucionalidad, mientras la Corte no haya declarado lo contrario, con lo que se reafirma el control concentrado, los jueces no pueden inaplicar normas por considerarlas contrarias a la Constitución. La Sentencia No.- 005-10-SIO-CC, por omisión constitucional, también se refiere al mismo principio para afirmar que la declaratoria de omisión constitucional a cargo del legislador es de *ultima ratio* (Valle, 2010). En este particular caso aplica el principio frente a la inexistencia de norma.

La Sentencia que hace referencia a este principio de conservación del derecho es la No. 001-10-SIN-CC, sobre la inconstitucionalidad de la Ley de Minería, en la que la protección al legislador permitió que la Corte fungiera como legislador positivo, a través de reglas jurídicas con efectos generales. Esta forma de actuar desvirtúa el principio *pro legislatore* que no necesariamente autoriza a que la Corte elabore reglas a modo de normas generales que remplacen la labor del legislador.

Finalmente, este principio logra que los argumentos del Parlamento sean comprendidos dentro del contexto de la forma en que estos funcionan, como es la deliberación y los desacuerdos. Sin embargo, no es una carta abierta para que el órgano jurisdiccional tome decisiones propias de la política.

Conclusiones

Este trabajo se enfoca en la construcción de argumentos de la Asamblea Nacional y la Corte Constitucional e identifica sus diferencias. Asimismo, explica que los mecanismos con los cuales se toman decisiones son totalmente distintos, lo que puede afectar al resultado de la creación e interpretación del derecho.

La objetividad del método jurídico y los criterios de interpretación y aplicación del derecho se contraponen a la libre deliberación de los Parlamentos, a su tamaño y criterios; pero las dos formas de entender la Constitución son igualmente válidas y buscan contribuir en la construcción de un diálogo desde la contradicción y los desacuerdos.

Se trata de analizar y ubicar la forma cómo se crea y explica el derecho. El trabajo es una visión general sobre las diferentes maneras de argumentar desde lo jurídico y político un mismo texto, la Constitución.

El rol del Legislativo en las democracias contemporáneas: Legislativo(s) y democracia(s): niveles de conexión

Julio Verdugo

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA DEL ECUADOR

El rol del Legislativo en las democracias contemporáneas: Legislativo(s) y democracia(s): niveles de conexión

Julio Verdugo*

"No hay democracia sin determinación".
Julio Anguita

Las facultades con las que cuentan las funciones legislativas en la actualidad, por lo menos en las democracias occidentales, permiten sostener que su rol es clave en el escenario democrático.

La democracia es un término polisémico de difícil comprensión. Los roles legislativos y las democracias pueden ser analizados desde diferentes dimensiones como política, social, económica, cultural.

El nivel político es importante cuando se trata de analizar los roles legislativos (Asambleas, Congresos, Parlamentos) frente a la democracia, porque considera una cuestión central: la representación política. La noción que se tenga de esta, posibilita intuir cuál es el tipo de democracia que se desea o que en definitiva se practica en un país.

* Doctor (PhD) en Ciencias Sociales FLACSO (México). Doctor en Jurisprudencia y Abogado, Universidad de Cuenca. Magíster en Derecho, Mención Derecho Constitucional, y Especialista Superior en Derecho Administrativo, por la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador.

Democracia: la complejidad de su abordaje

Dahl (1989) considera a la democracia como un sistema político hipotético que puede darse en el futuro, pero que no existe entendido en su concepción ideal, por lo que llama poliarquía a los sistemas que se le acerquen.[1] Por otra parte, Sartori (1988, p. 133) diferencia entre lo que se entiende hoy por democracia frente al concepto usado en la antigüedad y afirma que lo que existe es "homonimia" más no "homología" considerando que:

> (. . .) resulta sorprendente la escasa atención prestada al hecho de que el concepto actual de democracia se parece poco, si es que existe algún parecido, al que se desarrolló en el siglo V antes de Cristo. Cuando empleamos la misma palabra llegamos a la conclusión errónea de creer que nos estamos refiriendo a la misma cosa o a alguna similar.[2]

Rafael de Águila (2003, pp.139-140) alerta[3] sobre el desacuerdo existente al momento de definir la democracia y manifiesta que:

> El término Democracia, es hoy una de las pocas buenas palabras que existen en el vocabulario político. Pero por mucho que su uso actual sea positivo, esto no debería hacernos perder de vista dos hechos. Primero, que ese uso positivo es realmente muy reciente. En efecto resulta complicado encontrar simpatías con la democracia hasta bien entrado el siglo XIX (...) en toda la historia de la teoría política es difícil encontrar argumentos favorables a la democracia hasta que las luchas por el sufragio universal aparecen durante el siglo XIX y se desarrollan en el XX (...) El segundo hecho que hay que reseñar es que ésta democracia que hoy es casi indiscutida, resulta difícil de definir por la multitud de significados políticos que se asocian a ella.

Rafael de Águila (2003, pp.139-140) alerta sobre el desacuerdo existente al momento de definir la democracia y manifiesta que:

> El término Democracia, es hoy una de las pocas buenas palabras que existen en el vocabulario político. Pero por mucho que su uso actual sea positivo, esto no debería hacernos perder de vista dos hechos. Primero, que ese uso positivo es realmente

1 Dahl, R. (1989). La Poliarquía, Madrid: Tecnos. Según este autor, son poliarquías aquellos sistemas que presentan los siguientes rasgos: 1. Funcionarios electos. 2. Elecciones libres y limpias. 3. Ser removidos mediante medios pacíficos. 4. Derecho a presentarse a ocupar cargos públicos. 5. Libertad de expresión. 6 información alternativa 7. Autonomía de asociación. Estos permiten: a) formular las preferencias b) manifestar las preferencias y c) recibir igualdad de trato por parte del gobierno en la ponderación de las preferencias.

2 Sartori, G. (1988). Teoría de la democracia. Madrid: Alianza. Dice, además, que aunque la palabra es griega, lo que nosotros denominamos democracia nació fuera de Grecia y sobre bases que el pretendido temperamento liberal de la política griega ignoraba completamente.

3 Del Águila, R. (2003). La Democracia. En Del Águila, R. (editor). Manual de Ciencia Política, Madrid: Trotta.

> muy reciente. En efecto resulta complicado encontrar simpatías con la democracia hasta bien entrado el siglo XIX (...) en toda la historia de la teoría política es difícil encontrar argumentos favorables a la democracia hasta que las luchas por el sufragio universal aparecen durante el siglo XIX y se desarrollan en el XX (...) El segundo hecho que hay que reseñar es que ésta democracia que hoy es casi indiscutida, resulta difícil de definir por la multitud de significados políticos que se asocian a ella.

Tipos de democracia y el rol del Parlamento

Aunque autores como Juan Linz (1998, p. 227) abogan[4] por la supresión de los diferentes adjetivos que se le dan al término democracia, en la realidad de los hechos su polisemia hace inevitable la emergencia de diferentes concepciones o tipos de democracia y da valor a la afirmación de Sartori en el sentido de que, en la política cotidiana, la palabra democracia será suficiente; mas, en Teoría de la Democracia,[5] David Held (2001) señala que básicamente hay dos tipos o modelos de democracia: representativa y directa. Por su parte, en la actualidad los doctrinarios hablan de la democracia semidirecta,[6] así como de democracia participativa.

Las tipologías sobre democracia adquieren importancia para entender el rol del Parlamento, pues uno será el que despliegue en un sistema representativo y otro en uno participativo.

Aunque autores como Sartori, en su obra mencionada, sostienen vehementemente que en la actualidad todas las democracias son indirectas no se puede desconocer que los postulados de la democracia directa encuentran acogida y siguen siendo objeto de debate, por lo que no se podría hablar de democracias indirectas en sentido estricto.

En la antigüedad el sinónimo de la democracia directa fue la Asamblea –ecclesia–, pues en Atenas todo giraba alrededor de esta. Sartori (1988, p. 349) indica que la democracia griega era una construcción muy simple y primitiva.[7] Por su parte, con respecto a la Asamblea, Del Águila (2003, p. 145) dice:

4 Linz, J. (1998). Los problemas de las democracias y la diversidad de democracias. En Vallespín, F. y Del Águila R. (compiladores). La democracia y sus textos, Madrid: Alianza. El autor sostiene que la democracia en primer término es un sistema político para gobernar, que se fundamenta en la libertad legal para formular y proclamar alternativas políticas en una sociedad donde se reconozca y respete libertades como la de asociación, expresión, con competencia libre entre líderes, no violenta, con alternabilidad en el poder y manifestación de preferencias políticas.

5 Held, D. (2001). Modelos de democracia. Madrid: Alianza Editorial.

6 Ver: Molas, I. (1998). Derecho Constitucional, Madrid: Tecnos; Vanossi, J.R. (2000). El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social, Buenos Aires: Eudeba; Njaim, H. (2000). Las Implicaciones de la Democracia Participativa: un tema Constitucional de nuestro tiempo. En Fundación Manuel García Pelayo (compiladora). Constitución y Constitucionalismo hoy, Caracas: s/e. En esta misma obra Escobar Fornos califica a este tipo de mecanismos como de democracia "semirrepresentativa".

7 Sartori sostiene que (al igual que democracia) el termino griego demos no estaba exento de ambigüedad demos en el siglo V antes de Cristo significó la comunidad ateniense, cuando se traduce por populus latino aumentan las ambigüedades. Luego el término evoluciona a popolo que en francés y alemán transmiten la idea de una entidad única, pero en ingles people indica una pluralidad.

> Así en Atenas no existían (en su sentido moderno) ni elecciones, ni representación, ni gobierno, ni oposición, ni partidos, ni derechos civiles, ni división de poderes, etc., la Asamblea era el centro de la vida política en la que los ciudadanos participaban directamente, cumplían con funciones legislativas (esto es votaban directamente las leyes que les serían de aplicación) ocupaban por sorteo y durante períodos muy breves cargos ejecutivos (excepto en el caso de los estrategos –generales– que eran elegidos) ejercían directamente funciones judiciales en los jurados populares, etc. Lo esencial en esta forma de democracia directa era la participación activa del cuerpo de ciudadanos, que se autogobernaba por turnos mediante los principios de isonomia, (igualdad política) e isegoría (libertad para tomar la palabra en la asamblea).

En estricto sentido la forma de democracia que se practicó en la Atenas de Pericles difiere de los rasgos que hoy consideramos básicos en este sistema. Sartori acierta cuando manifiesta que la democracia moderna no es un mero agregado del ideal griego y de algunos aditamentos posteriores. Considerar, pues, que "la democracia que practicamos y en la que creemos es la democracia liberal" no es totalmente acertado.

Gran parte de las decisiones de interés público y general (de gobierno) son tomadas en el Parlamento compuesto por representantes políticos elegidos para el efecto, mediante procedimientos libres y limpios (característica fundamental de la democracia liberal-representativa pura), sin embargo, existen ciertos arreglos institucionales inspirados en los postulados de la democracia directa que permiten la participación de los gobernados en la toma de decisiones de gobierno.

La democracia directa moderna se manifiesta a través de ciertos mecanismos de participación popular que tienen como elemento característico común la posibilidad de que los gobernados tomen decisiones de gobierno por sí mismos prescindiendo de la actuación de representantes políticos. Esto no significa que en los regímenes actuales no exista representación política (hecho evidente e inevitable) sino que bajo la noción actual de democracia directa la sumisión de determinados mecanismos de participación popular a dicha noción no depende de la mera inexistencia de representantes (que de hecho existen) sino de que dicha inexistencia se produzca al momento de tomar una decisión. Es decir, que las diversas decisiones que se toman a través de estos medios no sean hechas por representantes del pueblo, sino por este directamente.
Esto indica el tipo de rol que el Parlamento desempeña en la actualidad, pues ya no es un

mero escenario en el que se concentran los representantes políticos a tomar decisiones cuyos efectos repercuten en los gobernados, sino que los gobernados al poseer mecanismos de participación que ya no se limitan al voto para elegir representantes, elaboran una coyuntura en la que existe interrelación necesaria entre gobernantes y gobernados, y cuya noción de representación política está vigente aunque bajo características diferentes a las tradicionales.
Democracia y Parlamento: la noción de representación política

Democracia y Parlamento: la noción de representación política

El término representación etimológicamente proviene del latín *representare*. Cuando se habla de representación confluye, además, el concepto de mandato que proviene del latín *mandatum*. Mandato y representación son conceptos de difícil definición, oscuros y plurales en su significación, debido a que ambos engloban diferentes enfoques de la representación, sea esta simbólica, sociológica, escenográfica, así como la que comprende la sustitución de algo o alguien haciendo sus veces.[8]

El mandato y la representación política son construcciones teórico-doctrinarias que devienen de un proceso histórico y que emergieron como medio para materializar el gobierno y la organización de la sociedad. Se suele sostener que, ante la imposibilidad que se pueda ejercer la democracia directa, se hizo necesaria la representación política (democracia representativa), con el fin de hacer posible la toma efectiva de decisiones acerca del gobierno y los asuntos de interés general.[9]

La representación política y el mandato imperativo medieval

El concepto de representación política tiene algún antecedente en la Antigüedad, pero no aparece propiamente hasta la época medieval.[10] Durante la Edad Media, la participación política giraba alrededor del monarca, en quien radicaba la soberanía y cuyo origen era divino. Dicha participación estaba reservada única y exclusivamente a los propietarios de tierras y riquezas, quienes en un primer momento eran la nobleza y el clero. Luego, mediante un

8 Sobre la polisemia de representación ver: Accarino, B. (2003). Representación. Buenos Aires: Nueva Visión, p.17 y ss.

9 En este sentido ver: Sartori, G. (1997). ¿Qué es la Democracia? México: Patria, p. 140 y ss.

10 García Guerrero, J. (2000). La representación política. En López Garrido, D., Massó Garrote M., Pegoraro L. (directores). Nuevo Derecho Constitucional Comparado, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 572.

proceso de adquisición de bienes, la burguesía adquiere calidad patrimonial y logra derecho de participación y representación ante el monarca, como contraprestación a los impuestos que se les reclamaban, de ese modo se pudieron incorporar representantes de burgos y condados.

Se trata de una sociedad estamental feudal en la que no existe la figura del Estado-nación tal como hoy se la conoce. La relación de los estamentos entre sí y de estos frente al rey[11] se efectuó mediante representantes de estos sectores, quienes actuaban en sustitución, por nombre y cuenta del representado, sin iniciativa de ninguna clase, con la finalidad de arrancar dádivas del monarca y evitar que se les inculcara cualquier tipo de cargas.[12]

Dicha representación se materializaba en las denominadas "asambleas estamentales", que aparecen en el Reino Unido en el siglo XIII y en Francia en el XIV. Dichas asambleas constituyen el antecedente más claro y el origen de la representación política (equivalente a los actuales Parlamentos). La representación de los burgos en las asambleas estamentales no aparecía ligada a la elección, aunque con el transcurso del tiempo la elección se fue imponiendo (García Guerrero, 2000, p. 572).

La representación política moderna y el mandato libre

La representación política moderna se caracteriza por el denominado mandato representativo libre, que tiene relación con la prohibición de las instrucciones y de la revocación hacia los representantes y que, por lo tanto, es la contraparte del mandato y representación político-imperativa. El mandato representativo libre fue una construcción teórica europea impulsada por los burgueses como medio de combate político ante las fuerzas de la nobleza y el clero, en la coyuntura de la caída de los regímenes monárquico-absolutistas (Torres del Moral, 1991, p. 348). El mandato representativo libre se constituye a causa y en consecuencia de la denominada

11 Los estamentos no fueron los únicos que ejercían la representación política. El monarca, ante quien actuaban los representantes de los estamentos, también ejerció una representación, aunque de otro tipo, pues no actuaba ante los estamentos como representante o sustituto de algo o alguien; eran los estamentos los que actuaban ante él. El monarca no representaba a su reino pues él constituía ese reino (L'etat c'moi) todo iniciaba y terminaba en su ser.

12 Por ejemplo, los representantes de los burgos tenían como mandato u obligación eludir el pago de nuevos impuestos. En definitiva, dicha interrelación política se ejerció bajo características análogas al mandato del Derecho Privado, por el cual "el mandante o representado ordenaba al mandatario o representante un comportamiento político ajustado a las instrucciones que se le entregaba y se reservaba el poder de revocarlo en cualquier momento." Torres del Moral, A. (1991). Estado de Derecho y Democracia de Partidos. Madrid: Universidad Complutense Facultad de Derecho, p. 345.

"democracia representativa", cuyos hitos de inicio son las Revoluciones Estadounidense y Francesa.[13] La entrada en vigor del mandato representativo polemiza la cuestión de la representación, puesto que "la edad moderna trastocó por completo la representación haciéndola cada vez más abstracta" [14] complicando el entendimiento acerca de la relación entre quienes representan y quienes son representados.

Torres del Moral (1991, p. 346) enseña que hay algunos leves antecedentes del mandato representativo a finales del siglo XV, pero que –salvo en Inglaterra– la evolución política durante los siglos posteriores fue poco favorable a su consolidación y que, como muestra, basta recordar que los Estados Generales no se reunieron en Francia desde 1614 hasta 1789.

El mandato representativo libre se sustenta principalmente en las teorías de la soberanía nacional que, bajo la ficción de la nación entendida como un ente abstracto de naturaleza amplia (conjunto de las generaciones pasadas, presentes y futuras, la cultura, los sentimientos y los intereses colectivos) y la necesidad de abogar por su unidad política suprema, permite a la burguesía desechar el mandato imperativo medieval (obsoleto e inservible para el nuevo régimen y las intenciones burguesas de afianzarse en el poder), consolidar sus posiciones, defender el poder arrebatado a la monarquía, así como protegerse del acecho de la nobleza y del clero y, además, no perderlo a favor de las clases desfavorecidas que fueron mayoritarias.[15]

La representación política moderna se manifiesta a través del Parlamento, que se constituye en el paradigma que evoca la dinámica de la representación en sentido puro. En definitiva este se constituyó como el órgano representativo por excelencia.

Las características esenciales de un Parlamento tradicionalmente se expresaban en los siguientes hechos:

13 La representación "sociológica" alude al tipo de un grupo como cuando se dice que un individuo es representativo del americano medio o aparenta determinada edad. Representar "escenográficamente" tiene que ver con encarnar un personaje (ejecutando una obra dramática, cuyo nombre antiguo precisamente era representación). Representar es hacer presente con palabras o figuras una cosa que la imaginación retiene (como cuando se representa algo en una pintura o un poema). Diccionario Enciclopédico Castell (s.f.) Tomo 7, p.1866. La representación "simbólica" alude a ser imagen de algo, un escudo, una bandera, un himno, simbolizan un país o un equipo de fútbol; la cruz y la balanza simbolizan al cristianismo y a la justicia.

14 Rivero Rodríguez, A. (1996). Sobre la Constitución de la comunidad política y su representación. En La Política. Revista de estudios sobre el Estado y la sociedad, Barcelona: Paidós. No. 4, p. 216.

15 Torres del Moral (1991) manifiesta que "si bien el mandato representativo fue adoptado en unas circunstancias históricas que lo hacían progresista, recibió una fundamentación teórica muy deficiente.".

a) Los representantes políticos representaban a toda la nación y no solo a las circunscripciones por las que fueron elegidos.

b) No podían recibir mandato imperativo y gozaban de plena libertad de acción. En este sentido, los representantes tienen libertad general en la toma de decisiones y no responden ante las instrucciones de sus representados (electores de circunscripción) sino a la nación.

La representación política inspirada en la soberanía popular

En el ocaso del siglo XVIII e inicios del XIX, caído el régimen feudal monárquico estamental, como consecuencia de la independencia de la corona inglesa, destrucción de la monarquía absoluta francesa y la Revolución estadounidense, durante el proceso de construcción del sustento teórico y un nuevo sistema de organización política y de gobierno para el régimen naciente, la democracia representativa no fue la única disponible, pues existió otra alternativa: la democracia directa cuya defensa fue inspirada por Rousseau, quien alentó su implantación y estableció como unidad alternativa a la soberanía del monarca, la unidad del pueblo como detentador de dicha soberanía. Rousseau sostuvo que como todos los hombres nacen libres e iguales, ninguno, ni siquiera el monarca, tiene el derecho de mandar sobre los demás, por lo que solo podrá mandar el conjunto de todos los hombres, es decir, el pueblo.

Se establece así el principio de la "soberanía popular", que pertenece a todos y cada uno de los integrantes del pueblo, quienes ejercen una porción proporcional de esta y desde ahí deviene la necesidad de la democracia directa o sin representantes como forma adecuada de ejercerla. Rousseau (2008, p. 98) dice: "La soberanía no puede ser representada por la misma razón que no puede ser enajenada; consiste esencialmente en la voluntad general y la voluntad general no se representa, o es ella misma o es otra, no hay término medio". [16]

Ante la imposibilidad de la democracia directa y, por lo tanto, la necesidad de la representación política, Rousseau admitió como mal menor que cada hombre ejercite su porción de soberanía eligiendo a unos representantes que gobiernen por y para los representados en el Parlamento. Él manifiesta: "los diputados del pueblo no son ni deben ser representantes; no son más que sus delegados, no pueden concluir nada definitivamente.

16 Rousseau J. (1998). *Del Contrato Social Discurso sobre las ciencias y las artes. Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*. Madrid: Alianza Editorial.

Toda ley que el pueblo en persona no ha ratificado es nula; no es una ley".

Se evidencia que Rousseau defiende un tipo de mandato político imperativo. Para él, las autoridades deben cumplir con las aspiraciones del pueblo y, en consecuencia, materializar la voluntad general.

Las tesis rousseaunianas tuvieron influencia posterior, pues fueron la base que, ante una serie de vicios que evidenció la democracia representativa pura, permitieron la reaparición de las tesis de la democracia directa y la implantación de los postulados acerca de la soberanía popular. Estos postulados que inspiraron un proceso de concienciación del pueblo, que al reconocerse como detentador de la soberanía pidieron y exigieron mayor intervención y participación en los asuntos del gobierno, asimismo supusieron la emergencia de nuevas modalidades de democracia denominadas semidirectas y participativas.

La crisis de la representación política

La democracia del mandato representativo libre que se instaura a fines del siglo XVIII y se extiende a lo largo del XIX y gran parte del XX (siglo en el que este paradigma comienza a debilitarse) tiene una característica clave: la elección de representantes por parte de los ciudadanos, mas dichos ciudadanos no contaban con mecanismos que les permitieran pedir cuenta a los representantes sobre la defensa efectiva del interés general. Este período de la democracia liberal se caracterizaba por el hecho de que, una vez ejecutado el acto de la elección, los electores perdían contacto con los elegidos, quienes tomaban decisiones por ellos mismos, sin ningún tipo de consideración o consulta ni responsabilidad hacia los electores, hecho que se sustenta en la construcción teórica, según la cual los representantes responden ante la nación (ente abstracto) así como en la idea de que "el pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes" [17]. Esta dinámica se mantiene en la actualidad, por lo que, a pesar de que teórica y normativamente asistimos al desarrollo de las democracias participativas, la brecha entre gobernantes y gobernados se mantiene.
Cabe manifestar que si bien la representación política se remite tradicionalmente al paradigma Parlamento (es decir los representantes políticos por antonomasia según la

17 No existía un lazo de responsabilidad para los representados por parte de los representantes. La participación del ciudadano se limitaba única y exclusivamente a consignar su voto en la elección de autoridades. El ejercicio del voto estaba restringido para aquellas personas que reunían características patrimoniales. En el siglo XIX el cuerpo de participantes en el proceso electoral no tenía las mismas características generales que hoy se observan, puesto que el voto restringido y censitario de características patrimoniales (basado en el principio de soberanía nacional) era ejercido –según era la regla– por una minoría letrada y adinerada, por lo que quienes participaban constituían un reducido número en comparación con la población total. Con el fin de contrarrestar los vicios de la democracia representativa, se inicia la lucha hacia la consecución del voto universal, los derechos sociales, la aparición de diferentes formas de asociación y grupos de presión, la reducción de la jornada laboral, etc. En la Constitución Francesa de 1848 se consagra el voto universal. En Inglaterra se amplía el número de participantes en la formación de la representación política mediante diversas leyes de ampliación del sufragio entre 1832 y 1918, proceso que otorga un nuevo matiz al proceso democrático. Naranjo Mesa V. (1990) Teoría Constitucional e Instituciones Políticas, Bogotá: Temis, p. 342.

democracia decimonónica), en la contemporaneidad política la categoría de mandatario político no recae exclusivamente sobre estos, sino en todos y cada uno de los representantes elegidos básicamente por medio de votación popular.

Mandato programático y reconfiguración del rol del Parlamento

El mandato programático es un producto evolutivo del mandato popular inspirado en la doctrina de Rousseau. Este tipo de mandato político se hace presente en el proceso de consolidación de la democracia participativa desde el paradigma de la globalización y la crisis de la unidad política Estado-nación. El mandato programático evoca la obligación que tienen los funcionarios de elección popular de cumplir con el programa de propuestas presentado en el proceso electoral previo a su elección. En este sentido, el electorado vota a favor no únicamente de una persona en particular, sino de un programa político y de trabajo.

Mediante el mandato programático se establece un nexo de responsabilidad entre gobernantes y gobernados, pues el funcionario de elección popular que no cumpla a cabalidad el programa de propuestas sobre el cual giró el proceso previo a su elección, puede ser sujeto de diversas medidas por las cuales responda por su responsabilidad y rinda cuentas. El incumplimiento del programa equivale al quebrantamiento del mandato. En este sentido, candidato y programa político forman una unidad, en principio indisoluble.

Los ciudadanos gobernados no están representados únicamente por un individuo considerado en su particularidad, sino por una abstracción dual compuesta de individuo y plan ideológico-programático, el cual debe desarrollarse en el lapso que dure dicha representación. El mandato programático no es un mandato imperativo *stricto sensu*, pues los ciudadanos en goce de sus derechos políticos no dan un "cuaderno de instrucciones" (al estilo medieval) a sus representantes, sino que deliberan sobre diferentes propuestas que presentan los mismos aspirantes al cargo representativo de elección popular. De esta manera, no existe una suerte de imposición de órdenes en dirección ascendente, sino un acuerdo que se forja en la dinámica de la lucha por el poder político en el campo de la elección de autoridades.

La ficción según la cual el representante "lo es de la nación toda y no de la circunscripción a la que pertenece" está agotada por insuficiente, es decir, porque no ofrece mecanismos ciertos que permitan la rendición de cuentas, en tanto tal rendición depende de mecanismos en los

cuales, ilógicamente, no intervienen los actores principales (los gobernados), sino que estos se sujetan a mecanismos intraorgánicos (juicio político y destitución), cuyo funcionamiento no se ha producido en la generalidad de los casos.

En la democracia representativa decimonónica, la no sujeción a coacciones ni medidas por parte de los electores hacia los representantes políticos abstraídos en la defensa de "intereses políticos superiores" se ejerció con la intención teórica de asegurar dichos intereses supremos, pues lo contrario significaba la defensa de intereses de facciones. El mandato programático protege el mismo bien supremo (interés general), mas lo hace institucionalizando la obligación, sin abstraerse del cuerpo político (pueblo) detentador de la soberanía.

El mandato programático sirve como constancia material del acuerdo configurado entre los aspirantes a autoridades de elección popular y los ciudadanos de una circunscripción determinada (nacional o local), cuyo desarrollo tiene como eje el interés general. A su vez dicho acuerdo (constancia material) es la evidencia que permite tomar medidas tendientes al control y la responsabilidad mutua, es decir, se constituye en el título jurídico-político que legitima la resistencia de los gobernados ante los gobernantes, en el evento de que el interés general se rompa.

La relación tradicional entre quienes deciden y quienes son sujetos –beneficiarios o perjudicados– de dichas decisiones ha implicado la ficción de que los gobernantes toman siempre decisiones positivas en pro del interés general. Por ello la posibilidad de rendir cuentas al electorado posibilitaba que los intereses sectoriales traten de imponerse. Esta ficción no siempre se verifica en la praxis y ha imposibilitado el ejercicio de la soberanía por su titular, básicamente por no existir un sustento material y dogmático que fundamente la teórica sumisión de los gobernantes ante los gobernados.

La rendición de cuentas del representante político ante su electorado no es un obstáculo, pues dicha rendición deberá ejecutarse sobre la base del programa político que se nutre del interés general. Esta es una aclaración necesaria en el caso de los representantes en el Parlamento, donde la identificación directa entre representante y representado se complica, porque normalmente dichos funcionarios tienen como origen una elección plurinominal, con métodos de repartición de escaños que vuelven abstracta la relación, a diferencia de las autoridades de elección uninominal entre las que la relación es directa.

En esta dinámica juegan un papel fundamental los partidos políticos, que construyen las líneas políticas e ideológicas generales en torno de las cuales deben girar los programas

de actuación de las autoridades de elección popular en los diferentes niveles. El mandato programático necesariamente debe acompañarse de diversos dispositivos que garanticen su cumplimiento para que ejerzan la fuerza necesaria que obligue a los intervinientes en el proceso deliberativo, entendidos en su dimensión individual (ciudadano candidato) así como colectiva (partido político), a defender principios de acción practicables y no demagógicos.

El mandato no es un mandato imperativo, pues se basa en el proceso deliberativo que busca la teoría de la democracia. Al respecto Nino (2004, p. 236) indica lo siguiente:

> Desde el punto de vista de la concepción deliberativa de la democracia epistémica, la representación es vista como un mal necesario, dados el tamaño de las comunidades políticas modernas, la escasez de tiempo con que cuentan los ciudadanos para dedicarse a los asuntos públicos y la complejidad de muchas decisiones. El modo más generoso de concebir a la representación bajo la visión epistémica de la democracia consistiría en entenderla como una delegación para poder continuar la deliberación que ha tenido lugar entre los ciudadanos antes de que los representantes hayan sido electos. La discusión debería continuarse sobre la base de las plataformas aprobadas por los electores cuando eligieron a sus representantes.[18]

La institucionalización de las plataformas de acción o programas de gobierno consolidan el proceso de lucha contra la demagogia y la corrupción debido a que el candidato está en la obligación ineludible de presentar planes y proyectos viables. Lo contrario podría desembocar en el incumplimiento, y esto, a su vez, en la resistencia de quienes le otorgaron el poder.

18 Nino, C. (2004). La Constitución de la Democracia Deliberativa, Barcelona: Gedisa. 2004.

Perspectivas de los Consejos Nacionales para la Igualdad desde el ámbito legislativo

- Mónica Rodríguez Ayala
- Willian Carrillo Espín

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA DEL ECUADOR

Perspectivas de los Consejos Nacionales para la Igualdad desde el ámbito legislativo

- **Mónica Rodríguez Ayala**[*]
- **Willian Carrillo Espín**[**]

"El único Estado estable es aquel en que todos los ciudadanos son iguales ante la ley".
Aristóteles

La desigualdad social en el Ecuador y Latinoamérica es una de las consecuencias de la conquista española que impuso un código de exclusión y de jerarquía racial a las comunidades conquistadas.

Las comunidades afroecuatorianas e indígenas participaron en las guerras de independencia contra España, pero una vez expulsado el conquistador ibérico, la situación de exclusión de esos grupos se mantuvo inalterable. Un ejemplo paradigmático de esta realidad es el hecho de que el sistema de explotación hacendario estuvo vigente en la región andina hasta bien entrado el siglo XX. De esta forma, se mantuvo un sistema de exclusión institucionalizada y discriminación a causa del color de la piel, favorecido por un ordenamiento jurídico complaciente, que siempre estuvo enfocado a los intereses de los grupos de poder.

* Magíster en Derecho, período de docencia para la obtención del título de Doctor en Derecho, Universidad Alcalá de Henares de Madrid, España. Magíster en Asesoría Jurídica de la Empresa, Universidad Carlos III de Madrid-España. Magíster en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Universidad Complutense de Madrid, España. Licenciada en Derecho (abogada) por la Universidad Complutense de Madrid, España. Licenciada en Ciencias Políticas y de la Administración, Especialización en Estudios Latinoamericanos, Universidad Complutense de Madrid-España.

** Doctor en Jurisprudencia por la Universidad Católica de Cuenca. Especialista en Derecho Procesal por la Universidad de Otavalo en convenio con la Universidad Andina Simón Bolívar. Licenciado en Ciencias Públicas y Sociales por la Universidad Central del Ecuador. Licenciado en Comunicación Social por la Universidad Técnica del Norte.

Si bien la Constitución de 1998 significó un avance en el reconocimiento de los derechos de los colectivos y la plurinacionalidad, es la Constitución de 2008 la que por primera vez reconoce el carácter plurinacional y multicultural de Ecuador.

La aprobación de la Ley Orgánica de los Consejos Nacionales para la Igualdad es el resultado de un proceso de reconocimiento de los enfoques de igualdad, que actualmente tienen una dimensión transversal que se proyecta a toda la política pública diseñada por las entidades rectoras del sector estatal.

El mandato constitucional de Montecristi planteó un nuevo escenario que favorece el reconocimiento de los derechos de sectores históricamente marginados y la participación de los mismos en la elaboración y seguimiento de las políticas públicas orientadas a los grupos de atención prioritaria. Esto constituye un rasgo distintivo del cambio político impulsado por la Revolución Ciudadana, sobre todo cuando instauró el Estado Constitucional de Derechos y Justicia y el Régimen del Buen Vivir como los paradigmas que orientan la transformación de nuestro país.

En la sesión No. 083 de la Asamblea Nacional Constituyente, celebrada el 12 de julio de 2008, los constituyentes debatieron la necesidad de crear una instancia coordinada, plural y paritaria, con participación del Estado y la sociedad civil, que se encargara de garantizar la plena vigencia de los derechos de los ciudadanos ecuatorianos consagrados en la Constitución de la República. En esta sesión se decidió la creación de los Consejos Nacionales para la Igualdad.

Posteriormente, el Estado ecuatoriano estableció el marco institucional y normativo de los Consejos Nacionales: de género, intergeneracional, de pueblos y nacionalidades, de discapacidades y de movilidad humana, con la expedición de la Ley Orgánica para los Consejos Nacionales para la Igualdad en el año 2014.

Durante los debates de la Ley Orgánica de los Consejos para la Igualdad, realizados en la Comisión Especializada Permanente de los Derechos Colectivos, Comunitarios y de la Interculturalidad de la Asamblea Nacional, celebrados los días 07 y 08 de agosto de 2013 y 16 de diciembre de 2013 y 28 de abril de 2014, se resaltaron como las principales motivaciones para la expedición de la propuesta normativa las siguientes:

1. Las brechas que limitan el ejercicio de los derechos constitucionales a determinados sectores sociales y económicos, lo que origina su marginación.

2. La desigualdad y la exclusión como dos graves problemas sociales. Ambos se manifiestan con especial fuerza en determinados grupos humanos, en razón de su género, etnia, religión, lengua, edad o condiciones materiales de vida.

3. El Estado ecuatoriano ha establecido un marco institucional idóneo, que le permite aplicar medidas de acción afirmativa en favor de los grupos excluidos, para disminuir las iniquidades existentes en la sociedad.

4. Los esfuerzos de la Revolución Ciudadana para combatir la desigualdad tienen como marco rector a la Constitución de 2008, que dispone la creación de los Consejos Nacionales para la Igualdad como instancias estatales encargadas de formular e implementar políticas públicas que garanticen la igualdad y la no discriminación de personas, pueblos, nacionalidades y colectivos teniendo en cuenta las diferencias existentes en el Ecuador como Estado plurinacional e intercultural.

Con ese fundamento, la Asamblea Nacional del Ecuador, encabezando la lucha contra las iniquidades enraizadas en la sociedad ecuatoriana, aprobó la Ley Orgánica de los Consejos Nacionales para la Igualdad, norma que empezó a regir el 07 de julio de 2014.

Ley: estructura y articulado

La Ley Orgánica de los Consejos Nacionales para la Igualdad tiene la jerarquía de normativa orgánica, pues regula la organización y funcionamiento de la institucionalidad creada originalmente por el artículo 156 de la Constitución de la República para la protección de derechos. La norma tiene trece artículos, diez disposiciones transitorias, ocho disposiciones reformatorias, seis derogatorias y dos finales.

El objeto de la Ley es establecer el marco institucional y normativo de los Consejos Nacionales para la Igualdad, regular sus fines, naturaleza, principios, integración y funciones, de conformidad con la Constitución.

Los Consejos Nacionales para la Igualdad son los responsables de crear, dirigir y hacer cumplir la política pública para la igualdad en derechos y no discriminación de mujeres, personas con distintas opciones sexuales, niñas, niños, adolescentes, adultos mayores, discapacitados, migrantes, refugiados, desplazados, apátridas, pueblos y nacionalidades indígenas.

Los Consejos tienen como finalidades principales:

1. Asegurar la plena vigencia y el ejercicio de los derechos consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

2. Promover, impulsar, proteger y garantizar el respeto al derecho de igualdad y no discriminación de las personas, comunas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos, en el marco de sus atribuciones y en el ámbito de sus competencias, a fin de fortalecer la unidad nacional en la diversidad y la construcción del Estado Plurinacional e Intercultural.

3. Participar en la formulación, transversalización, observancia, seguimiento y evaluación de las políticas públicas a favor de personas, comunas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos, dentro del ámbito de sus competencias relacionadas con las temáticas de género, étnicas, generacionales, interculturales, de discapacidad y movilidad humana, fomentando una cultura de paz que desarrolle capacidades humanas orientadas hacia la garantía del derecho de igualdad y no discriminación; medidas de acción afirmativa que favorezcan la igualdad entre las personas, comunas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos; y, la erradicación de actos, usos, prácticas, costumbres y estereotipos considerados discriminatorios.

4. Existen cinco Consejos Nacionales para la Igualdad:

    a. De género
    b. Intergeneracional
    c. De pueblos y nacionalidades
    d. Discapacidades
    e. Movilidad humana

Para ser consejero o consejera de los Consejos Nacionales para la Igualdad se requiere participar en un concurso público y ser parte de los grupos a los que va dirigida la política pública, de acuerdo con los cinco enfoques reseñados anteriormente para cada Consejo.

Las principales funciones de los Consejos Nacionales de Protección de Derechos, según el artículo 9 de la Ley, son:

1. Participar en el proceso de formulación y evaluación del Plan Nacional del Buen Vivir,

en coordinación con las instituciones de planificación del órgano ejecutivo para transversalizar los enfoques de igualdad y no discriminación.

2. Conformar y convocar, en el ámbito de sus competencias, consejos consultivos para el cumplimento de sus fines.

3. Poner en conocimiento de las instituciones competentes casos de amenaza o violación de derechos, dar seguimiento de las denuncias y, de ser necesario, solicitar a través del Defensor del Pueblo el planteamiento de medidas cautelares ante las juezas y jueces de garantías constitucionales.

4. Crear e institucionalizar un sistema de gestión de información de igualdad y no discriminación.

5. Construir de forma participativa con los consejos consultivos y ciudadanía las Agendas para la Igualdad en el ámbito de su competencia, a fin de que se integren al Sistema Nacional de Planificación.

6. Conocer y aprobar las Agendas para la Igualdad y los demás informes que provengan de la Secretaria Técnica.

7. Desarrollar mecanismos de coordinación con las entidades rectoras y ejecutoras de la política pública y los organismos especializados por la garantía y protección de derechos en todos los niveles de gobierno.

8. Elaborar los informes de Estado, en coordinación con las demás instancias responsables ante los organismos que realizan seguimiento de la aplicación de las recomendaciones de los instrumentos internacionales de derechos humanos en el ámbito de sus competencias.

9. Los Consejos Nacionales para la Igualdad establecerán y harán el seguimiento y la evaluación de las políticas de acción afirmativa. Para ello desarrollarán indicadores y otros instrumentos de seguimiento que permitan evaluar el avance obtenido en el logro de sus objetivos de igualdad.

10. Las demás que establezcan esta Ley y su Reglamento.

De estas funciones de los Consejos cabe destacar la elaboración de las Agendas para la Igualdad, que son instrumentos que contienen las propuestas de políticas públicas de cada Consejo Nacional para la Igualdad. Estas Agendas son discutidas y consensuadas en los Consejos Sectoriales de la Política para su articulación con la política sectorial y posterior ejecución por parte de los ministerios de Estado y demás organismos competentes.

Los Consejos Nacionales para la Igualdad están conformados paritariamente (en igualdad de condiciones) por consejeras y consejeros que representan a las funciones del Estado y de la sociedad civil. Cada Consejo Nacional tiene diez consejeros con sus respectivos suplentes, que duran cuatro años en sus funciones y pueden ser elegidos por una sola vez. Están presididos por el representante del Presidente de la República, quien tiene voto dirimente.

Beneficios

1. Establece el marco institucional y normativo y regula la integración, designación, funciones, fines y funcionamiento de los Consejos Nacionales para la Igualdad.

2. Participa en la formulación, observa y da seguimiento a las políticas públicas relacionadas con las temáticas de género, étnicas, generacionales, interculturales y de discapacidad y movilidad humana.

3. Garantiza la igualdad y no discriminación de las personas, pueblos, nacionalidades y colectivos, a fin de fortalecer la unidad nacional en la diversidad y la construcción del Estado plurinacional e intercultural.

4. Crea cinco Consejos Nacionales para la Igualdad: Género, Intergeneracional, Pueblos y Nacionalidades, Discapacidades y Movilidad Humana

5. Los Consejos podrán participar en la formulación, transversalización, observancia, seguimiento y evaluación de las políticas públicas a favor de personas, comunas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos, dentro del ámbito de sus competencias, relacionadas con las temáticas de género, étnicas, generacionales, interculturales, de discapacidad y movilidad humana, fomentando una cultura de paz que desarrolle capacidades humanas orientadas hacia la garantía del derecho de igualdad y no discriminación.

6 Fomenta medidas de acción afirmativa para fortalecer la igualdad entre las personas, comunas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos, así como la erradicación de actos, usos, prácticas, costumbres y estereotipos considerados discriminatorios

Aplicabilidad

La Ley Orgánica de los Consejos Nacionales para la Igualdad está en estos momentos en plena aplicación, pese a ser una norma de reciente promulgación. Las instituciones han logrado los siguientes avances, a partir de la aplicación de esta norma:

1. En la actualidad, todos los Consejos participan coordinadamente en la elaboración de metodologías para relacionamiento con el territorio, sistemas y herramientas para la observación de la política pública, estudios para la integralidad de las políticas públicas sectoriales y diseño de sistema de gestión de información de igualdad y no discriminación.

2. Los Consejos Nacionales para la Igualdad son los responsables de crear, dirigir y hacer cumplir la política pública para la igualdad en derechos y no discriminación de mujeres, personas con distintas opciones sexuales, niñas, niños, adolescentes, adultos mayores, discapacitados, migrantes, refugiados, desplazados, apátridas, pueblos y nacionalidades indígenas.

3. Con la vigencia de esta normativa, los Consejos Nacionales para la Igualdad tienen la base legal para su proceso de consolidación institucional y su funcionamiento en pro de la eficacia de derechos humanos. Para dar cumplimiento a la Ley, los Consejos Nacionales para la Igualdad trabajan coordinadamente en la propuesta de reglamentos para su funcionamiento y conformación efectiva (Consejo Nacional para la Igualdad de Género, 2015). El Reglamento General de la Ley Orgánica de los Consejos Nacionales para la Igualdad fue aprobado en junio de 2015.

4. Los Consejos Nacionales para la Igualdad, en coordinación con SENPLADES, lanzaron las cinco Agendas Nacionales para la Igualdad en septiembre de 2014 con el fin de transversalizar los enfoques de igualdad en una planificación que efectivice los derechos de mujeres, personas con diversas opciones sexuales, niños, niñas, adolescentes, adultos mayores, personas con discapacidad, migrantes, refugiados, desplazados, apátridas, pueblos y nacionalidades indígenas (SENPLADES, 2014).

5. Tras la vigencia de la Ley, el Consejo Nacional para la Igualdad de Género ha concluido el proceso de transición operativa, administrativa y ha asumido como nueva razón social "Consejo Nacional para la Igualdad de Género". Este Consejo consta ya como institución en el SENPLADES y en el Ministerio de Finanzas, lo que permite incluirlo en las fases de planificación, presupuesto y estructura programática.

6. Para cumplir la nueva Ley, también se ha elaborado los documentos base para el diseño de la matriz de competencias, que está en la fase final de aprobación por el SENPLADES. De esta se despliega la definición del modelo de gestión y la estructura orgánica, funcional y presupuestaria del Consejo para 2015. Además, en coordinación con los otros Consejos, se elabora una propuesta para la gestión de los Consejos en territorio y su relacionamiento con las instancias locales en los diferentes niveles de gobierno, con el fin de brindar asistencia técnica, transferencia de información estratégica y metodologías para la gestión pro derechos humanos de mujeres y personas LGBTI en los gobiernos locales (Consejo Nacional para la Igualdad de Género, 2015).

7. El Consejo Nacional para la Igualdad Intergeneracional, a partir de la aprobación de la Ley Orgánica de los Consejos Nacionales, definió como líneas de acción: construcción y definiciones de acción institucional en coordinación con la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo (SENPLADES), relacionamiento con las entidades del Estado y la ciudadanía y la implementación progresiva de los mandatos constitucionales y del Plan Nacional del Buen Vivir (Consejo Nacional para la Igualdad Intergeneracional, 2015).

8. Con el fin de dar cumplimiento a la Disposición Transitoria Décima de la Ley, en el caso de aquellos cantones en los que no se hayan creado los Consejos Cantonales de Protección de Derechos, los Consejos Cantonales de la Niñez y la Adolescencia están transformándose en Consejos Cantonales de Protección de Derechos. El Consejo Nacional de Igualdad Intergeneracional ha trabajado para conformar y activar 188 Consejos de Protección de Derechos. (Consejo Nacional para la Igualdad Intergeneracional, 2015).

9. El artículo 9 de la Ley establece como función del Consejo la conformación participativa de consejos consultivos. A nivel nacional, el Consejo ha dirigido la creación de 191 consejos consultivos de niñez y adolescencia, 88 de jóvenes y 13 de adultos mayores. (Consejo Nacional para la Igualdad Intergeneracional, 2015).

10. Es importante destacar el avance del Consejo, en coordinación con SENPLADES, en relación con la formulación y evaluación del enfoque de igualdad generacional e intergeneracional en el Plan Nacional del Buen Vivir, además de la elaboración y aplicación de metodologías e instructivos para la formulación, monitoreo y evaluación de la Agenda Nacional para la Igualdad Intergeneracional y el diseño e implementación de sistemas de gestión de la información (Consejo Nacional para la Igualdad Intergeneracional, 2015).

11. El Consejo, con la Secretaría Nacional de la Administración Pública, promueve la inclusión de igualdad intergeneracional en los servicios públicos para adecuarlos a los requerimientos de niños, niñas, adolescentes, jóvenes y adultos mayores (Consejo Nacional para la Igualdad Intergeneracional, 2015). Con el Ministerio de Finanzas realiza el seguimiento al clasificador orientador del gasto por grupos etarios, a fin de conocer y analizar la evolución de la inversión pública dirigida a garantizar los derechos y reducir las brechas sociales y económicas entre niñez, adolescencia, juventud y adultos mayores (Consejo Nacional para la Igualdad Intergeneracional, 2015).

12. El Consejo Nacional para la Igualdad Intergeneracional trabaja con la Asamblea Nacional en la elaboración del anteproyecto del Código Orgánico de Ciclo de Vida con la finalidad de crear una normativa integral de protección y garantía de los derechos de las personas y considera los diferentes grupos etarios.

13. El Consejo Nacional para la Igualdad de Discapacidades, con la existencia de la nueva Ley, ha fortalecido las bases para su funcionamiento, encaminado a sensibilizar a la sociedad sobre el respeto a las personas con discapacidad y a fomentar el reconocimiento de sus derechos y su dignidad. Ha emprendido una lucha contra los estereotipos y las prácticas nocivas que atentan a la integridad de las personas con discapacidad y la promoción de la toma de conciencia de los aportes que brindan las personas con discapacidad. Con esta misión, sus acciones se han centrado en la formulación de políticas públicas sobre discapacidades y la transversalización, observancia, seguimiento y evaluación de las políticas públicas en discapacidades (Consejo Nacional para la Igualdad de Discapacidades, 2015).

14. Sobre la formulación de políticas públicas se estableció la Agenda Nacional para la Igualdad en Discapacidades 2013-2017. Con respecto a la transversalización, se logró la conformación de 79 Consejos Cantonales de Protección de Derechos en 16 provincias del país. Se ha sensibilizado y capacitado a 51 049 funcionarios de 30 entidades públicas mediante la Plataforma Virtual sobre Discapacidades. En su observancia apoyaron la Conformación del Observatorio Ciudadano sobre Discapacidades, que cuenta con tres delegaciones regionales. Sobre la evaluación, están definidos los indicadores de seguimiento de las políticas públicas en discapacidades con ministerios rectores y ejecutores. Se diseñó una herramienta informática a fin de realizar el seguimiento de la política pública, en coordinación con el Ministerio de Finanzas, con la aplicación y uso del Clasificador Orientador de Gasto para Políticas de Equidad Fiscal, entre las acciones más destacadas (Consejo Nacional para la Igualdad de Discapacidades, 2015).

15. La institucionalización de los Consejos Nacionales para la Igualdad de Movilidad Humana y de Pueblos y Nacionalidades está en proceso de consolidación.

16. Los Consejos Nacionales para la Igualdad participan en la elaboración del Plan Nacional del Buen Vivir. Para ser elegido como Consejera o Consejero de la Sociedad Civil de cualquier Consejo Nacional para la Igualdad, se requiere participar en el concurso público de méritos y ser parte de los grupos a los que va dirigida la política pública.

Técnica legislativa y control constitucional

Libia Rivas Ordóñez

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA DEL ECUADOR

Técnica legislativa y control constitucional

Libia Rivas Ordóñez*

"La ley suprema es el Bien del pueblo".
Marco Tulio Cicerón

Aproximación histórica a la técnica legislativa

La reflexión sobre las leyes, así como su elaboración, tiene una larga historia en la cultura occidental[19]. En su obra *Las Leyes*, Platón se ocupa, en sus tres primeros libros, de la labor legislativa y afirma que las mejores leyes son las que ayudan al desarrollo de todas las virtudes de los hombres con la templanza al frente. El legislador tiene la obligación de dictar las mejores.[20]

Aristóteles, en *Ética a Nicómaco y Política,* analiza las 158 leyes identificadas como Constituciones de la Magna Grecia. Marco Tulio Cicerón, en su *Tratado de las Leyes* considera que el origen de las leyes es divino, con un lugar especial en la propia naturaleza humana.[21] Santo Tomás de Aquino, en su Tratado de la Ley, al preguntarse acerca de la esencia de la ley, y siguiendo el pensamiento aristotélico, concluye "que la ley es algo que pertenece a la razón".[22]

* Doctora en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Postgrado en Derecho Administrativo por la Universidad de Salamanca, candidata a magíster en Derecho Constitucional por la UASB, candidata Magíster en Derecho Parlamentario por la Universidad Castilla La Mancha. Especialista en Contratación Pública por la UASB, Especialista en Derecho Administrativo por la UASB, Especialista en Derecho Constitucional por la UASB.

19 González J. y Bernardo S. (2006). *Técnica, Ciencia y Epistemologías Legislativas,* México: Fontamara.

20 Platón. (1991). *Las Leyes, Epinomis, El político.* México: Porrúa.

21 Marco Tulio Cicerón (1997). *Tratado de la República. Tratado de las Leyes.* Catilinarias. México: Porrúa.

22 Tomás de Aquino. (1990). *Tratado de la Ley. Tratado de la justicia. Gobierno de los príncipes.* México: Porrúa.

Montesquieu (2003),[23] por su parte, en su obra *El Espíritu de las Leyes,* dedica un libro especial a "Del modo de componer las leyes" y señala: "(…) el espíritu de moderación debe ser el que inspire al legislador; el bien político, lo mismo que el bien moral, está siempre entre dos límites (…)".

Mientras que, si buscamos los antecedentes históricos de la técnica legislativa como tal, los encontramos entre los siglos XVII y XVIII, dentro de las escuelas afines al positivismo.

El término se adoptó dentro de la corriente codificadora del siglo XIX, en la obra colectiva de François Geny titulada *Código Civil.* Sin embargo, es a principios del siglo XX que la técnica legislativa alcanzó –con el desarrollo de la Escuela Histórica del Derecho de Savigny– un papel preponderante en la creación normativa.

En el Estado contemporáneo, el derecho trata de acercarse a la cientificidad de la legislación, así como a la búsqueda óptima de la producción de las leyes, por ello se desarrolla el cultivo de la técnica legislativa como una parte de la metodología jurídica.

Para Atienza (1977), la ciencia de la legislación se interesa, por un lado, en la ley como producto que debe tener ciertos caracteres formales, además de generar determinados efectos en el sistema jurídico y en el sistema social y, por otro, en el análisis de lo que sucede con las normas una vez que ha concluido el procedimiento legislativo, es decir, con su promulgación.

Este autor parte de considerar el proceso de producción de las leyes como una serie de interacciones que tienen lugar entre elementos distintos: emisores, destinatarios, sistema jurídico, fines y valores. Al mismo tiempo, propone cinco modelos de racionalidad desde los que puede contemplarse la legislación: una racionalidad lingüística, una jurídico-formal, una pragmática y una teleológica.

En el nivel del derecho comparado, para conseguir una adecuada técnica legislativa en el proceso de aprobación de las leyes, se han desarrollado varios modelos aplicados a la elaboración de proyectos de ley, de los cuales, Enrique Soriano diferencia entre el modelo europeo, el anglosajón y el británico.

[23] Atienza, M. (1997). *Contribución a una teoría de la legislación.* Madrid: Civitas.

En Europa existen dos modelos para la elaboración de proyectos de ley que tradicionalmente se han definido como: el modelo de redacción concentrado, con el Reino Unido como referente, y el modelo de redacción difusa, cuyo ejemplo es Alemania.[24]

El modelo de origen anglosajón se caracteriza por la existencia de un órgano reducido, la OPC *(Office of Parliamentary Counsel),* compuesta por funcionarios especializados *(draftsmen)* que acompañan la tramitación parlamentaria, tanto asesorando en el debate parlamentario como redactando enmiendas que el Gobierno pueda proponer o aceptar.

El modelo británico, al igual que el modelo estadounidense, es un sistema profesionalizado y concentrado, con la importante diferencia de que el segundo es un sistema presidencialista, donde el Ejecutivo carece de capacidad de iniciativa legislativa.

La Oficina de Asesoramiento Legislativo del Parlamento *(Office of the Legislative Counsel)* presta servicios imparciales de redacción legislativa a diputados, senadores y comités de las dos cámaras y participa en todos los estadios del proceso legislativo: preparan propuestas para su presentación, redactan enmiendas, participan en reuniones.[25] La oficina analiza el impacto en los diversos niveles de las propuestas desde una óptica imparcial en cuanto a las políticas. La relación entre el redactor y sus "clientes" es de confidencialidad y sujetas al secreto profesional.[26]

Como señala Soriano (2008), el modelo alemán, al que se califica de redacción difusa, comporta la adopción de directrices y de cuestionarios. La redacción descentralizada supone que los anteproyectos de ley se elaboren en cada ministerio, no en un único centro directivo. Se utilizan cuestionarios o *checklist*. La *Blaue Liste*, aprobada por el Gobierno Federal el 11 de diciembre de 1984, sustituyó a las primeras listas, dictadas en 1981. Se trata de un conjunto de directrices en forma de cuestionarios que deben tenerse en cuenta desde el inicio de la redacción de los proyectos legislativos. En el cuestionario se plantea la necesidad de la norma o de la actuación, las posibles alternativas, la necesidad o no de elaborar una ley, la oportunidad de la norma que se pretende aprobar, si esa actuación es considerada por los ciudadanos como necesaria y la razonabilidad de la relación costes-beneficios.[27]

---

24 Casals, M. y Viver S. (1990). ¿Quién redacta las leyes?: Los modelos de redacción concentrada y de redacción difusa de los proyectos de ley. En *Revista Las Cortes Generales*, número 21, pp. 8-34.

25 Ruiz García, J. (2003). Técnica Legislativa en Estados Unidos. En *La proliferación legislativa, un desafío para el Estado de Derecho: seminario organizado por el Colegio Libre de Eméritos en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 11 y 12 de noviembre de 2003*. Madrid: Civitas.

26 Soriano Enríquez, E (2014). *Técnica Legislativa e Iniciativa Legislativa.* Valencia: Universidad de Valencia.

27 Casals, M. (1989) La técnica de las Checklisten. En *Cuadernos y Debates 14, Curso de Técnica Legislativa*, Gretel, Grupo de estudios de Técnica Legislativa, Serie de Técnica Legislativa I, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pp. 253-290.

El control y el principio de supremacía constitucional

Una de las reglas para determinar la inserción armónica de una norma implica analizar su constitucionalidad, es decir, verificar que no contradiga lo establecido en la Constitución, la cual es la primera norma positiva de reconocimiento porque establece los procesos y los órganos de creación de las normas inferiores, así como los contenidos prohibitivos, permisivos o potestativos de las normas inferiores.

Esto tiene relación con el principio de supremacía constitucional, consagrado en el artículo 424 de la Constitución de la República del Ecuador, que manda: "La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica".

De la lectura de esta norma surgen tres interrogantes: ¿qué órgano tiene la competencia para verificar la conformidad de las leyes con las normas constitucionales? ¿Qué procedimiento se debe adoptar? y ¿con qué etapa de la producción normativa se relaciona?

La respuesta a la primera interrogante la encontramos en el artículo 429 de la misma Constitución, que reconoce a la Corte Constitucional como máximo órgano de control, interpretación constitucional y administración de justicia. Respecto del principio de supremacía constitucional, la Corte Constitucional ha manifestado: [28]

> El constitucionalismo representa en la actualidad una fuerte corriente de renovación del Derecho, evidenciándose de esta forma lo que suele denominarse como **"supremacía de la Constitución"**, en donde todos los poderes públicos así como los particulares nos hallamos sometidos a las normas contenidas en la Carta Fundamental. Empero no solo las personas y autoridades están sujetas a esta **"supremacía"**; sino que todo el ordenamiento jurídico de un determinado Estado debe guardar relación con los preceptos constitucionales; surgiendo así la figura del control como un elemento inseparable del concepto de Constitución:

[28] Sentencia No. 001-10-SIN-CC, Casos No. 0008-09-IN y 0011-09-IN

> "(...) En miras a asegurar la supremacía de la Constitución es que se crea un procedimiento, que permita, en toda circunstancia, la verificación de los actos jurídicos emanados de los cuerpos ejecutivo y legislativo, para evaluar si están conformes a la Constitución o al menos no opuestos a ella".

Es preciso señalar que si bien el control de constitucionalidad tiene relación con la etapa poslegislativa, el análisis que realizaré permitirá establecer ciertas consideraciones que, al ser tomadas en cuenta en el procedimiento de elaboración de las leyes, garantizarán que las normas jurídicas cumplan con los preceptos constitucionales y legales.

El artículo 436 numeral 2 de la Constitución señala: "La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones: (…) 2. Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos autoridades del Estado. (…)".

Por su parte, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en su artículo 113, señala: "La Corte Constitucional ejercerá el control constitucional formal y material sobre las normas legales de origen parlamentario que hayan sido impugnadas a través de una demanda de inconstitucionalidad".

De estas normas se desprende que la Corte Constitucional realiza un control formal y material de las normas expedidas por la Función Legislativa.

El plano formal, como señala Ferrajoli[29], tiene relación con el principio de legalidad, con la legitimación formal; mientras que, cuando analizamos el fondo, nos referimos al plano sustancial, en virtud del cual todos los poderes del Estado se encuentran al servicio de la garantía de los derechos fundamentales, lo que constituye su legitimación sustancial.

Con este antecedente, me referiré en primer lugar, a la legitimación formal de las normas y, luego, a su legitimación material.

---

29 Ferrajoli L. (1995). *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, p. 855.

1. Control formal

Con respecto al control formal, el artículo 114 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional señala: "El control formal tendrá en cuenta los principios y reglas previstos en la Constitución y la Ley que regula la Función Legislativa y el cumplimiento de los principios de publicidad y unidad de materia".

En relación con el control formal, dividiré el presente artículo en dos partes: primero, los principios y reglas previstos en la Constitución y la Ley Orgánica de la Función Legislativa, en referencia al procedimiento legislativo y, segundo, los principios de publicidad y unidad de materia, establecidos en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

a. Principios constitucionales: seguridad jurídica y técnica legislativa

Uno de los principios establecidos en la Constitución –y que la doctrina existente en términos de técnica legislativa señala como un fin a garantizar– es el de la seguridad jurídica.

Cuando hablamos de técnica legislativa, parecería que el único objetivo que se persigue es la buena redacción de las leyes, sin considerar que el propósito de la técnica legislativa es mucho más amplio. Como señala Camposeco (1998)[30], nos referimos al arte de redactar los preceptos jurídicos de forma bien estructurada, lógica, concisa, sin contradicciones internas o con el sistema jurídico, que cumplan con el principio de seguridad jurídica y los principios generales del derecho.

Para Segovia (1993)[31], la técnica legislativa es una disciplina multiforme y ambivalente relativa a la calidad de las normas y que comprende diversos aspectos como el procedimiento de elaboración, el estilo y el lenguaje legal, la lógica y la sistemática, la forma y estructura, las técnicas de evaluación de la efectividad e integración en el ordenamiento jurídico, los sistemas de codificación y especialización, el uso de instrumentos informáticos, entre otras materias.

Por su parte, Soriano (2014), al referirse a la técnica legislativa, considera a los destinatarios de las leyes: "Los ciudadanos a los que se destinarán las leyes, deben de tener la oportunidad de saber con claridad en qué modo estas les afectarán, o beneficiarán y cuál será su alcance.

30 Camposeco Cadena, M. A. (1998). Cuestiones de Técnica Legislativa. México: Cámara de Diputados, LVI Legislatura, p. 58.

31 Segovia, A. (1993). Técnica Legislativa, Seguridad Jurídica, Control de Constitucionalidad, Castilla-La Mancha: Junta de Castilla la Mancha.

Ello supone que deberá evitarse la existencia de normas contradictorias o de interpretaciones que generen confusión a los operadores jurídicos y a quienes van dirigidas las mismas".

De ahí que la técnica legislativa, si bien tiene relación con las características formales de un texto normativo como el uso del lenguaje, su estructura lógica, brevedad, claridad y la inserción armónica dentro del sistema jurídico, también tiene relación con el cumplimiento de las disposiciones constitucionales y legales.

Desde el punto de vista metodológico, entre los modelos que propone Atienza (1993) se encuentran: de racionalidad lingüística y de racionalidad jurídico-formal. La primera tiene relación con la claridad de las normas y depende de tres aspectos: estilísticos, ortográficos y léxico-semánticos; mientras que la segunda implica que cada una de las normas que se aprueban deben calzar de manera armónica en el ordenamiento jurídico. Para ello, la primera regla que debe determinar la inserción armónica de una norma debe tener en cuenta su constitucionalidad, es decir, que no sea contraria a la Constitución.

El artículo 82 de la Constitución de la República establece que el derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por autoridades competentes.

En España, para el Tribunal Constitucional, el principio de seguridad jurídica implica lo siguiente [32]:

> La exigencia del 9.3[33] relativa al principio de seguridad jurídica implica que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que se legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas como la que sin duda se genera en este caso dado el complicadísimo juego de remisiones entre normas que aquí se ha producido. Hay que promover y buscar la certeza con respecto a qué es Derecho y no, como en el caso ocurre, provocar juegos y relaciones entre normas como consecuencia de las cuales se introducen perplejidades difícilmente salvables con relación a la previsibilidad de cuál sea el Derecho aplicable, cuáles las consecuencias derivadas de las normas vigentes incluso cuáles sean estas.

32 Sentencia del Tribunal Constitucional, España, 46/90, de 15 de marzo FJ 4

33 Constitución de España: Art. 9.3 "La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos".

Por su parte, la Corte Constitucional ecuatoriana, respecto de la seguridad jurídica, ha señalado[34]:

> (…) la seguridad jurídica, la que debe entenderse como la certeza de todo ciudadano de que los hechos se desarrollarán de una determinada manera en virtud del mandato de las leyes que rigen un país, es decir, produce certeza y confianza en el ciudadano sobre lo que es derecho en cada momento y sobre lo que, previsiblemente lo será en el futuro (…)

Si bien la técnica legislativa apunta a garantizar la seguridad jurídica, no es menos cierto que no puede ser considerado su único fin. Por el contrario, en el marco de un Estado Constitucional de Derechos y Justicia como el nuestro, la técnica legislativa no solo está ni debe estar orientada a garantizar este principio, sino también todos aquellos contemplados en la Norma Fundamental, como el principio de legalidad o los principios de aplicación de los derechos establecidos en el artículo 11 de la Constitución, a los que me referiré más adelante al analizar el control material de las leyes.

b. Procedimiento legislativo

Otro de los factores que se deben considerar en el control de constitucionalidad tiene relación con las normas que regulan el procedimiento legislativo contempladas en nuestra Constitución y desarrolladas en nuestra Ley Orgánica de la Función Legislativa (LOFL).

Con respecto al procedimiento legislativo, la Constitución determina:

- La iniciativa para presentar proyectos de ley: artículos 134 y 135.
- Los requisitos que debe contener un proyecto de ley: artículo 136.
- El número de votos necesarios para la expedición, reforma, derogación e interpretación con carácter generalmente obligatorio de las leyes orgánicas: artículo 133.
- La obligación de que existan dos debates y la aprobación de los proyectos de ley: artículo 137.
- La objeción de los proyectos de ley: artículos 138 y 139.

34 Corte Constitucional, Héctor Canino Marty, jueces de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, st. http://repertorio.corteconstitucional.gob.ec/CASOS/ID/index.php[0035-09-SEP-CC], cs. 0307-09-EP, 09 de diciembre de 2009.

Aspectos que se encuentran desarrollados en la LOFL, por tanto, la Corte Constitucional verificará que, en la aprobación de una norma, se haya observado cada una de las fases del procedimiento legislativo.

De las disposiciones constitucionales citadas, para fines de esta ponencia, me referiré al artículo 137 de la Constitución:

> El proyecto de ley será sometido a dos debates. La Presidenta o Presidente de la Asamblea Nacional, dentro de los plazos que establezca la ley, ordenará que se distribuya el proyecto a los miembros de la Asamblea y se difunda públicamente su extracto y, enviará el proyecto a la comisión que corresponda, que iniciará su respectivo conocimiento y trámite.
>
> Las ciudadanas y los ciudadanos que tengan interés en la aprobación del proyecto de ley, o que consideren que sus derechos puedan ser afectados por su expedición, podrán acudir ante la comisión y exponer sus argumentos.
>
> Aprobado el proyecto de ley, la Asamblea lo enviará a la Presidenta o Presidente de la República para que lo sancione u objete de forma fundamentada. Sancionado el proyecto de ley o de no haber objeciones dentro del plazo de treinta días posteriores a su recepción por parte de la Presidenta o Presidente de la República, se promulgará la ley, y se publicará en el Registro Oficial.

Este mandato constitucional se encuentra desarrollado en la Ley Orgánica de la Función Legislativa de la siguiente manera. Una vez que una Comisión Especializada aprueba el informe de un proyecto de ley para primer debate, debe remitirlo a la Presidenta o Presidente de la Asamblea Nacional, quien, de conformidad con el artículo 12, numerales 3 y 5 de la LOFL, convoca a sesión del Pleno de la Asamblea Nacional, a fin de conocer como parte del orden del día el informe elaborado por la comisión (artículos 60 y 129, LOFL).

Durante el desarrollo de la sesión, luego de la intervención del ponente (artículo 130 LOFL), la Presidenta o Presidente de la Asamblea Nacional abre el debate (artículo 12, numeral 4, LOFL), durante el cual las y los asambleístas pueden solicitar la palabra a la Presidencia (artículo 130, LOFL) sin perjuicio de presentar sus observaciones por escrito hasta tres días después de concluida la sesión (artículo 134, LOFL).

Una vez cerrado el debate, y clausurada la sesión en la que se conoció el informe para primer debate, el proyecto regresa a la comisión especializada para que elabore el informe de segundo debate y, de ser el caso, recoge las observaciones efectuadas sobre el proyecto de ley (artículo 61, LOFL). Una vez que la comisión presenta el informe para segundo debate, el Presidente o Presidenta de la Asamblea Nacional ordena, por Secretaría General, la distribución del informe a las y los asambleístas.

Una vez cumplida esta etapa, el Presidente o Presidenta de la Asamblea convoca (numerales 3 y 5 del artículo 12, LOFL) a sesión del Pleno de la Asamblea Nacional, a fin de conocer, como punto del orden del día, el informe para segundo debate elaborado por la comisión (artículos 60 y 129, LOFL).

Durante el desarrollo de la sesión, luego de la intervención del ponente (artículos 61 y 130, LOFL), se abre el debate (artículo 12, numeral 4) y las y los asambleístas pueden intervenir (artículo 130, Constitución de la República). Una vez que el Presidente o Presidenta de la Asamblea Nacional cierra el debate y ordena la votación, se requiere de la mayoría absoluta para aprobar el proyecto de ley (artículo 133, CR). Ya aprobado el proyecto de ley, se lo remite al Presidente de la República, a fin de que lo sancione u objete (artículo 137, CR).

Si el proyecto de ley es sancionado, se lo publica en el Registro Oficial. Si es objetado totalmente, podrá volver a ser tratado solamente después de un año contado a partir de la fecha de la objeción; mientras que, si es objetado parcialmente, regresa la Asamblea Nacional (artículo 138, CR). La objeción parcial es remitida a la comisión especializada permanente que elaboró los informes de primer y segundo debate para que, de conformidad con el Reglamento de Comisiones Especializadas Permanentes y Ocasionales (artículo 25), elabore un informe no vinculante para conocimiento del Pleno de la Asamblea Nacional.

Con este informe, la Presidenta o Presidente de la Asamblea Nacional convoca a sesión del Pleno. Si durante el debate se mociona el allanamiento, solo se requerirá de mayoría simple para aprobarlo; mientras que si se mociona la ratificación del texto original, se requerirá del voto de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea para aprobarlo (artículo 138, CR).

Aprobado el allanamiento parcial o total, o la ratificación total o parcial, se remite el texto definitivo para su publicación en el Registro Oficial.

c. Principios del control formal de constitucionalidad

De conformidad con el artículo 114 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la Corte Constitucional debe verificar el cumplimiento de los principios de publicidad y unidad de materia.

c.1. El Principio de publicidad. Implica la verificación de la adopción de todas las medidas idóneas y eficaces para que las propuestas legislativas sometidas a debate y votación, así como las modificaciones que se introduzcan, sean conocidas por todas las y los asambleístas.

Para tal efecto la Corte Constitucional debe verificar, entre otras cosas, que:

- **Los proyectos parlamentarios incluyan un título o nombre que los identifique.** Este aspecto tiene estrecha relación con la técnica legislativa. El proyecto de ley debe contener un título o nombre que lo identifique y que precise, por un lado, la categoría de la ley, esto es, ordinaria, orgánica, urgente en materia económica y, por otro, que haga referencia al objeto que regula y que permita distinguirlo de otras leyes.

  Como señala García-Escudero (2014)[35] , "el título de la ley debe permitir la identificación de su objeto de forma precisa, diferenciada y completa. Mediante el título, una ley se individualiza y diferencia de las demás".

- **Los proyectos parlamentarios incluyan una exposición y una descripción de su contenido.** De conformidad con el artículo 136 de la Constitución, los proyectos de ley deben contener una suficiente exposición de motivos. Mediante la exposición de motivos, se dan a conocer las razones que motivan a modificar, reformar, derogar o expedir una ley, la determinación de su alcance, su razón y su justificación.[36]

- **Los proyectos parlamentarios sean dados a conocer con la antelación debida al inicio del debate y la aprobación parlamentaria.** De acuerdo con los artículos 60 y 61 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, las Comisiones Especializadas deben remitir los informes de primer y segundo debate a la Presidenta o Presidente de la Asamblea, quien ordena su distribución a los asambleístas a través de Secretaría General.

35 Corte Constitucional, Héctor Canino Marty, jueces de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, st. http://repertorio.corteconstitucional.gob.ec/CASOS/ID/index.php[0035-09-SEP-CC], cs. 0307-09-EP, 09 de diciembre de 2009.

36 López, M. (2000). Técnica Legislativa y Proyectos de Ley. En Elementos de Técnica Legislativa. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 115.

De igual forma, tal como dispone el artículo 129 de la misma Ley, para que se desarrolle el primer y segundo debate de un proyecto de ley, se debe notificar a las y los asambleístas el orden del día con por lo menos cuarenta y ocho horas de anticipación, a través del portal web de la Función Legislativa o de los correos electrónicos.

- **Las modificaciones al proyecto inicial sean dadas a conocer a todas las y los asambleístas.** En atención al principio de publicidad referido, las modificaciones que se realicen en el proyecto inicial deben ser puestas en conocimiento de las y los asambleístas, a través de los correos electrónicos o de la página web de la Asamblea Nacional.

La Corte Constitucional, en su Sentencia 003-14-SIN-CC, en relación con el principio de publicidad en el control abstracto de constitucionalidad, señaló "que las disposiciones constitucionales sobre la publicidad tienen el propósito de fomentar el debate, tanto al interior de la Asamblea Nacional cuanto entre los distintos actores de la sociedad civil, para lo cual resulta indispensable que se difunda el contenido del proyecto".[37]

El Tribunal Constitucional español, con respecto al principio de publicidad, se pronunció[38] de la siguiente manera:

> La Constitución en su art. 9.3 garantiza el principio de publicidad de las normas. Esta garantía aparece como consecuencia ineluctable de la proclamación de España como un Estado de derecho, y se encuentra en íntima relación con el principio de seguridad jurídica consagrado en el mismo art. 9.3 CE. Pues solo podrán asegurarse las posiciones jurídicas de los ciudadanos, la posibilidad de estos de ejercer y defender sus derechos, y la efectiva sujeción de los ciudadanos y los poderes públicos al ordenamiento jurídico, si los destinatarios de las normas tienen una efectiva oportunidad de conocerlas en cuanto tales normas, mediante un instrumento de difusión general que dé fe su existencia y contenidos, por lo que resultarán evidentemente contrarias al principio de publicidad aquellas normas que fueran de imposible o muy difícil conocimiento.

37 Sentencia N.° 003-14-SIN-CC, Caso N.° 0014-13-IN y acumulados N.° 0023-13-IN y 0028-13-IN

38 Sentencia del Tribunal Constitucional, España, 179/89 FJ 2

c.2. El Principio de Unidad de Materia.[39] Nuevamente la necesidad de utilizar una adecuada técnica legislativa se hace evidente. Este principio tiene relación con el artículo 136 de la Constitución, que establece, entre los requisitos de los proyectos de ley, que deberán referirse a una sola materia.

La verificación del principio de unidad de materia comprenderá, entre otras cosas, que:

- Todas las disposiciones de una ley se refieran a una sola materia, por lo que debe existir entre todas ellas una conexidad clara, específica, estrecha, necesaria y evidente, de carácter temático, teleológico o sistemático.

- La totalidad del contenido del proyecto se corresponda con su título.

- Para determinar la conexidad entre las disposiciones legales, la Corte Constitucional deberá tener en cuenta la exposición de motivos y las variaciones entre los textos originales y los definitivos, entre otros.

La Corte Constitucional del Ecuador, en la Sentencia N.” 003-14-SIN-CC, señaló que este principio “requiere de la legislatura el tratamiento de proyectos parlamentarios que cuenten con la suficiente coherencia en la determinación del título, la materia, el ámbito, así como una relación jurídica de correspondencia normativa”, sin embargo, también precisó en la sentencia No. 0028-12-SIN-CC que “el principio de unidad de materia solo resultaría vulnerado cuando el precepto de que se trate se muestre objetiva y razonablemente ajeno al contenido temático de la ley de la que hace parte”.

2. Control material de las leyes

En un Estado constitucional de “derechos” como el nuestro, garantizar los derechos consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales constituye, de conformidad con el artículo 3 de la Norma Suprema, un deber fundamental del Estado. De ahí que la Constitución de 2008 estableció nuevas garantías además de las ya contempladas en la Constitución de 1998: las denominadas garantías normativas (artículo 84, CR) y las garantías de políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana (artículo 85, CR).

39 Artículo 116 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Como señala Kelsen (2006):

> (…) al ser las Constituciones ya no solo reguladoras de la creación de las leyes, sino también de su contenido material, si bien engloban normas sobre los órganos y el procedimiento de legislación también fijan, además, derechos fundamentales que se convierten en principios, direcciones y límites para el contenido de las leyes futuras.

Para Carbonell (2005) [40], en el Estado Constitucional de derecho no solo el "ser" sino también el "deber ser" de las normas se halla "positivizado".

> La Constitución incorpora límites y vínculos a la producción jurídica que son de dos tipos: por un lado, los que condicionan la vigencia o la legitimidad formal de las normas, a los que ya me referí anteriormente, indicando los órganos con competencia normativa y los procedimientos para su ejercicio; y por otro, los que condicionan su validez o legitimidad sustancial, estableciendo el modelo axiológico (el catálogo de derechos y valores de justicia) que debe informar la legislación. Esto significa que las normas jurídicas, y particularmente las leyes, ya no solo deben respetar los requisitos formales que condicionan su "vigencia" o "existencia", sino que habrán de ser también congruentes con los principios y valores constitucionales que condicionan su validez.

Cuando nos referimos a la condición de validez de las normas, nos referimos a los derechos, cuyo contenido, como señala el artículo 11 numeral 4 de la Constitución, no puede ser restringido por ninguna norma jurídica. Por el contrario, al tenor del numeral 8 del mismo artículo, deben ser desarrollados de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas, sin perjuicio de que, tal como dispone el numeral 3 del citado artículo, puedan regularse las condiciones o los requisitos para su ejercicio.

Como resultado del mandato constitucional, los derechos son límites y vínculos del poder y en especial de los órganos con potestad normativa, los cuales, como manda el artículo 84 de la Constitución, "tienen la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades".

40 Carbonell, M. (2005). Diccionario de Derecho Constitucional, México: Porrúa, p. 276.

Esta obligación de adecuar formal y materialmente las leyes y demás normas jurídicas tiene estrecha relación con uno de los deberes establecidos en el artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos[41], cuya naturaleza es positiva, pues requiere que los Estados Partes adopten medidas afirmativas de índole judicial, legislativa y ejecutiva con el objetivo de "organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos".

El deber de garantizar comprende cinco obligaciones estatales primordiales: el deber de prevenir, de investigar, de sancionar, de remediar y de garantizar un contenido mínimo esencial. El deber de prevenir "abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien los cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales".

Entre estas medidas se encuentra el deber de normar, pues los Estados Parte, añade Melish (2003, p. 179), tienen el deber de imponer límites legales sobre la conducta pública y privada que pueda afectar la vigencia de los derechos humanos y establecer, como infracción sancionable según el ordenamiento jurídico interno, el incumplimiento de tales límites.

Ahora bien, para realizar este control material, de conformidad con el artículo 118 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, "la Corte Constitucional tendrá en cuenta los principios generales de la justicia constitucional y los métodos de interpretación establecidos en esta Ley". La doctrina recoge una serie de principios de la interpretación constitucional como el de unidad constitucional, el de corrección funcional, el de eficacia, el de fuerza normativa de la Constitución, el de interpretación conforme, entre otros.[42]

Algunos de estos se encuentran también entre los principios constitucionales que reconoce el artículo 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional,

41 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia del 29 de julio de 1988, No. 4, párrafo 166. En Melish, T. (2003). *La Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Quito: Orville H. Schell, Jr. Center for International Human Rights Yale Law School y Centro de Derechos Económicos y Sociales.

42 Porras, A. La Hermenéutica Constitucional. (2012). En *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional.* Montaña, J. Editor. Quito: Corte Constitucional, p. 165.

como el de aplicación más favorable a los derechos, el de optimización de los principios constitucionales, el de obligatoriedad del precedente constitucional y el de obligatoriedad de administrar justicia constitucional.

En particular, los principios que rigen el control abstracto de constitucionalidad, de conformidad con el artículo 76 de la misma Ley, son: de control integral, presunción de constitucionalidad de las disposiciones jurídicas, *in dubio pro legislatore*, permanencia de las disposiciones del ordenamiento jurídico, interpretación conforme, declaratoria de inconstitucionalidad como último recurso, instrumentalidad de las formas y procedimientos, control constitucional de normas derogadas y configuración de la unidad normativa.

Entre los principios que verifica la Corte Constitucional, se encuentra el de aplicación directa de la Constitución, que implica que:[43]

> Todas las normas y los actos del poder público deben mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; por lo tanto, legisladores, jueces y demás servidores públicos, así como los particulares, habrán de tomar a la Constitución como una norma de decisión, con las siguientes consecuencias: a) habrá de examinarse y compararse todas las normas con las disposiciones constitucionales para determinar, de forma legítima, si hacen parte o no del ordenamiento jurídico; b) en la solución concreta de conflictos jurídicos provocados por ausencia de ley o por evidentes contradicciones respecto de la Constitución, habrá de aplicarse directamente la Carta fundamental; y c) habrá de interpretarse todo el ordenamiento conforme con la Constitución.

La forma de interpretar las normas constitucionales, de conformidad con el artículo 427 de la Constitución, debe atender al tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad y, en caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional.

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional recoge, en su artículo 3, reglas, principios y métodos de interpretación constitucional. Así, existen reglas para solucionar antinomias, el principio de proporcionalidad, la ponderación, los métodos de interpretación: evolutiva o dinámica, sistemática, teleológica, literal, entre otros.

43 Sentencia No. 001-10-SIN-CC, Casos No. 0008-09-IN y 0011-09-IN.

Cabe señalar que, cuando la Corte Constitucional realiza el examen de constitucionalidad, como precisó en sentencia No. 003-14-SIN-CC[44], no solo contrasta la disposición impugnada con el mandato constitucional, sino también con los instrumentos internacionales de derechos humanos, tomando en consideración la Convención Americana de Derechos Humanos, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y todos aquellos instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el Ecuador.

Uno de los aspectos fundamentales por considerar en el examen de constitucionalidad es que, en atención al principio de conservación de la ley, y como lo mencionó la Corte Constitucional[45], se exige al juez constitucional.

> (…) "salvar", hasta donde sea razonablemente posible, la constitucionalidad de una ley impugnada, en aras de afirmar la seguridad jurídica y en especial la gobernabilidad del Estado, evitando, de esta manera, sustituir al constituyente o al legislador.
> Es decir, la expulsión de una norma del ordenamiento jurídico por inconstitucional, debe ser la *ultima ratio* a la que debe apelarse.
> Así, la simple declaración de inconstitucionalidad no debe ser utilizada, salvo si es imprescindible e inevitable.
> Ese es precisamente el efecto conciliador, pacificador del conflicto social que conlleva el control abstracto de constitucionalidad, proceso a partir del cual se propende a la armonización de las normas que integran el ordenamiento jurídico, y no la expulsión indiscriminada de normas que podrían incentivar un conflicto social severo.

De esto se desprende que el control material que realiza la Corte Constitucional tiene como finalidad determinar si el texto legal sometido a su conocimiento incurre en violaciones, vulneraciones, afectaciones, restricciones, entre otras, a los derechos, de forma tal que, en aplicación de los principios y métodos de interpretación establecidos en la Constitución, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la jurisprudencia y la doctrina, se determinará si una norma debe ser desechada o si, aplicando la facultad de la Corte para dictar sentencias modulativas, interpretativas, aditivas, sustitutivas, puede adecuar la norma de forma tal que, a partir del fallo, su texto se encuentre ajustado por completo al mandato constitucional.

44 Sentencia N.° 003-14-SIN-CC, Caso N.° 0014-13-IN y acumulados N.° 0023-13-IN y 0028-13-IN

45 Sentencia No. 001-10-SIN-CC, Casos No. 0008-09-IN y 0011-09-IN

3. Conclusión

En un Estado constitucional de derechos y justicia como el nuestro, la técnica legislativa constituye una herramienta fundamental en el proceso de elaboración de las normas, la cual no solo asegura el principio de seguridad jurídica, como ha sido comúnmente concebida, sino, principalmente, el principio de supremacía constitucional, pues la Norma Fundamental regula, por un lado, desde el punto de vista formal, los órganos con competencia para aprobar las leyes, los requisitos que deberán contener los proyectos de ley, el procedimiento que se debe seguir para aprobar las leyes y, por otro, desde el punto de vista sustancial, los derechos que deben ser respetados y garantizados en las mismas.

Los vicios en el procedimiento legislativo: apuntes sobre el control de constitucionalidad en Colombia

Floralba Padrón Pardo

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA DEL ECUADOR

Los vicios en el procedimiento legislativo: apuntes sobre el control de constitucionalidad en Colombia

Floralba Padrón Pardo*

"Cuanto más grande es el caos,
más cerca está la solución".
Albert Einstein

El presente documento tiene como objeto hacer una presentación de los vicios formales en el proceso de formación de la ley que produce la declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes en Colombia. En primer lugar nos referiremos al concepto de ley que existe en el ordenamiento constitucional colombiano, los requisitos para que la ley exista y sea válida en Colombia, los principios constitucionales que enmarcan el procedimiento legislativo y, en particular, la conformidad formal y material de la ley con la Constitución; y luego nos referiremos al concepto de vicios formales y/o de procedimiento, para lo cual haremos un inventario de los vicios, clases, cuando son susceptibles de ser saneados en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana.

Hablar sobre los vicios en el procedimiento legislativo resulta de la mayor importancia en el contexto colombiano, porque son estos los que han determinado uno de los ejes de las relaciones entre el Congreso y la Corte Constitucional, en tanto que, en virtud del control de constitucionalidad, la Corte revisa si la labor legislativa se ajusta a la Constitución. A la gran mayoría de las leyes en Colombia, que son objeto de control de constitucionalidad –de oficio o rogado– deben revisarles el cumplimiento de las reglas del procedimiento, como lo dispone el artículo 241 de la Constitución.

* Doctora en Derecho Constitucional. Docente investigadora del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia. Miembro de la línea de investigación en derecho parlamentario y reforma política de la misma casa de estudios.

El control constitucional tiene dos grandes partes: las consideraciones formales y las consideraciones materiales que realiza la Corte Constitucional sobre el proyecto de ley o sobre el texto de la ley.[46] Si en el estudio de las primeras, la Corte Constitucional encuentra un vicio de procedimiento que conduzca a la inconstitucionalidad, por regla general puede obviar el examen de los demás aspectos sustanciales del proyecto.[47] Sin embargo, en consonancia con el principio de la seguridad jurídica, la posibilidad de la presentación de demandas de inconstitucionalidad por vicios de forma solo puede hacérsela dentro del año siguiente a la promulgación de la ley y de los actos reformatorios de la Constitución, como lo disponen los artículos constitucionales 242 y 379. Adicionalmente, buena parte de las declaratorias de inconstitucionalidad obedece a la ocurrencia de vicios formales en el trámite de la respectiva ley o de la reforma de la Constitución.[48]

Sin embargo, han sido los vicios formales o de procedimiento en los actos reformatorios de la Constitución los que han permitido la construcción de la teoría del juicio de sustitución de la Constitución, es decir, la doctrina de la Corte Constitucional colombiana que afirma que existen límites materiales a la reforma de la Constitución.[49]

Si se realiza una reforma de la Constitución que tiene el objeto de sustituirla, es decir, convertirla en una diferente, el constituyente derivado actúa sin competencia, produciendo un vicio que antecede al estudio del procedimiento del acto. La Corte Constitucional ha determinado que cuando el constituyente derivado, el Congreso de la República, sustituye la Constitución, incurre en un vicio de competencia susceptible de afectar el procedimiento de elaboración de la reforma constitucional. Escapa al propósito de este escrito hacer una presentación de la teoría de la sustitución de la Constitución, pero es importante mencionarla para establecer que, a partir de esto, los vicios de competencia son vicios formales, pues en la doctrina

46 En Colombia, a la Corte Constitucional le corresponde el control de constitucionalidad abstracto de las leyes y las normas con fuerza de ley, así como el control de los actos reformatorios de la Constitución por vicios en el procedimiento de su formación. El control de constitucionalidad puede ser previo a la sanción, como en el caso de las leyes estatutarias y las leyes aprobatorias de tratados internaciones; puede ser posterior a la sanción, como en los proyectos que se someten a referendo; y puede establecerse después de que la ley sea publicada en el diario oficial. El control de constitucionalidad de las otras normas que no tengan fuerza de ley le corresponde al Consejo de Estado. Véanse artículos 43 a 49 de la Ley 270, de 1996. Al respecto puede consultarse: Estrada, J. (2003). *Las ramas Ejecutiva y Judicial del poder público*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

47 En el texto se expresa que, si encuentra un vicio formal, la Corte Constitucional puede detener el estudio de control de constitucionalidad. Sin embargo, discrecionalmente puede considerar conveniente hacer el examen de constitucionalidad de los aspectos sustanciales, como ocurrió en la Sentencia C-141 de 2010.

48 Desde 1997 hasta septiembre de 2014, se han proferido 126 sentencias de control de constitucionalidad de reforma de la Constitución mediante acto legislativo: 38 sentencias por vicios de procedimiento en su formación y 88 por vicios de procedimiento, que incluyen vicios de competencia, según información de la Relatoría de la Corte Constitucional, del 20 de octubre de 2014.

49 Sobre la reforma de la Constitución ver Ramírez Cleves, G. (2003). Límites a la reforma constitucional y garantías límites al poder constituyente: *los derechos fundamentales como paradigma.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Y sobre el juicio de sustitución Bernal Pulido, C. (2010). *Fundamentación y significado de la doctrina de la sustitución de la Constitución. Un análisis del control de constitucionalidad de las reformas a la Constitución en Colombia*. En Universidad Externado de Colombia. *VII Jornadas de la Jurisdicción Constitucional. Diálogos con el mundo*, Bogotá. Y ver la Sentencia C-141 de 2010 con los salvamentos de votos del Magistrado Humberto Sierra Porto.

constitucional no hay unanimidad sobre si estos son vicios formales o materiales. La propia Corte Constitucional colombiana antes los incluía en la categoría de vicios materiales.[50] Al respecto expresó en la Sentencia C-141, de 2010:

> En relación con el procedimiento de los actos reformatorios de la Constitución, a la Corte Constitucional se le ha asignado el control de los vicios de procedimiento en su formación (artículos 241-2 y 379 constitucionales), es decir, por violación del trámite exigido para su aprobación por la Constitución, en particular los dispuesto en el Título XIII y el Reglamento del Congreso (Ley 5 de 1992). El control constitucional recae entonces sobre el procedimiento de reforma y no sobre el contenido material del acto reformatorio.
>
> Si bien la sentencia C-551 de 2003 dio inicio a la línea jurisprudencial sobre la competencia de la Corte Constitucional para examinar los denominados vicios de competencia en el marco de una reforma a la Constitución, esta tesis ha sido posteriormente desarrollada por otras sentencias que resultan relevantes para entender que la tesis sobre los vicios de competencia puede tener distinto alcance según sea el objeto de control de constitucionalidad, o lo que es lo mismo, según sea la vía de reforma constitucional adoptada.
>
> En la Sentencia C-551 de 2003 se sostuvo que la inconstitucionalidad de una reforma no solo puede configurarse durante el trámite establecido, sino que también puede presentarse en un estadio anterior al desarrollo del respectivo procedimiento y afectar al sujeto llamado a cumplirlo y, especialmente, a la competencia de ese sujeto para adelantar la reforma, pues la competencia es presupuesto de la forma, en razón de que a esta solo puede acceder el sujeto calificado para verter en ella el contenido que de ese modo cobra significación jurídica. Se precisa, además, que el poder de reforma, por ser un poder constituido, tiene límites materiales, pues la facultad de reformar la Constitución no contiene la posibilidad de derogarla, subvertirla o sustituirla en su integridad. Este planteamiento, según la misma providencia, remite a uno de los problemas más complejos de la teoría y la práctica constitucionales, ya que implica la necesidad de definir cuál es el papel del pueblo en tanto poder constituyente originario y depositario de la soberanía, una vez que este ha dictado la Constitución. El poder constituyente originario radicado en el pueblo no está, entonces, sujeto a límites jurídicos, comporta un ejercicio pleno del poder político de los asociados y sus actos son fundacionales, pues por medio de ellos se establece el orden jurídico.

[50] Ver Sentencia C-543 de 1998

El poder de reforma o poder constituyente derivado, por su parte, se refiere a la capacidad que tienen ciertos órganos del Estado de modificar una Constitución existente, pero dentro de los cauces determinados por la Constitución misma, por lo que se trata de un poder establecido por la Constitución, que se ejerce bajo las condiciones fijadas por ella, y que comprenden competencia, procedimientos, etc. Es, en consecuencia, derivado, limitado y sujeto a controles.

Los límites al poder de reforma no solo son los formales derivados de las reglas procedimentales establecidas por la Constitución y las normas legales, sino también los que se derivan del alcance de su competencia, es decir, la de reformar la Constitución. En la Sentencia C-551 de 2003 se examinaba una ley convocatoria a un referendo constitucional de iniciativa gubernamental, en tanto que en la actualidad se trata de ejercer el control de constitucionalidad sobre una ley de convocatoria a un referendo con origen en una iniciativa ciudadana, por lo que la no aplicación de la tesis de la sustitución de la Constitución y de los vicios de competencia por la participación popular en la iniciativa legislativa no resulta aplicable en razón de que, pese a que se trata de una ley de iniciativa ciudadana, es un cuerpo normativo promulgado dentro de un procedimiento de reforma de la Constitución, sujeto a requerimientos procedimentales y a límites competenciales.

El único de los mecanismos contemplados en el artículo constitucional 374 que no está sujeto a límites de competencia es una Asamblea Nacional Constituyente, siempre que sea convocada para establecer una nueva Carta. La vía del referendo constitucional no es idónea para transformar los principios estructurales plasmados originalmente en el texto constitucional.

La ley: concepto y requisitos para su existencia y validez

En el ordenamiento constitucional colombiano existe un concepto de ley en sentido formal. De acuerdo con el artículo 157, para que un proyecto de ley se convierta en ley se requiere:

1) Haber sido publicado oficialmente por el Congreso, antes de darle curso en la Comisión respectiva.

2) Haber sido aprobado en primer debate en la correspondiente Comisión permanente de cada Cámara. El reglamento del Congreso determinará los casos en los cuales el primer debate se producirá en sesión conjunta de las Comisiones permanentes de ambas Cámaras.

3) Haber sido aprobado en cada Cámara en segundo debate.

4) Haber obtenido la sanción del Gobierno.

El contenido no es relevante para definir la ley. Sin embargo, el contenido de la ley nos sirve para entender el concepto de reserva de ley y determinar el alcance de la configuración legislativa. En Colombia, ley será todo aquello que se produzca cumpliendo las etapas del procedimiento legislativo establecidas en el Capítulo III de la Constitución y en la Ley Orgánica que contiene el reglamento del Congreso de la República (Ley 5 de 1992).

Una de las características de nuestra Constitución es la de su normatividad. Como consecuencia de ello, entre la ley y la Constitución existe una relación de libertad, pues la segunda tiene un carácter abierto, lo que implica que la cláusula general de competencia legislativa está encabezada por el Congreso de la República. Las Cámaras Legislativas tienen una amplia libertad en la configuración legislativa, pueden desarrollar todas las materias como lo establece el artículo constitucional 150. Sin embargo, el legislador tiene límites formales y límites materiales. En relación con estos últimos, resulta una consecuencia lógica del principio de supremacía constitucional la imposibilidad de que la ley vulnere o contraríe los contenidos y los límites establecidos en la Constitución.

En lo que tiene que ver con los vicios formales, hacemos alusión a la disconformidad entre acto realizado (la ley) y la norma que gobierna la manera en que debe realizarse (Constitución y/o Ley 5 de 1992). Dicho de otra manera, los vicios formales son la vulneración del procedimiento de elaboración de la ley. Sin embargo, en virtud de los principios de interpretación constitucional de conservación del derecho, es decir respeto por el principio democrático, no toda alteración en el procedimiento legislativo conduce a una declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes, como más adelante tendremos oportunidad de mencionar.

En Colombia existe un concepto formal de ley y varios tipos de ley. Por regla general, los tipos de ley en el ordenamiento constitucional colombiano son: ordinaria, orgánica y estatutaria. Estas son las tres grandes categorías de las leyes. La cláusula general de competencia está determinada para el desarrollo de la ley ordinaria, puesto que la ley orgánica y la ley estatutaria, en virtud de la técnica de la reserva, tienen unas materias cuya regulación solo debe hacerse por ese tipo especial y unas variaciones en el procedimiento de elaboración. Sin embargo, en atención al *nomen iuris* que poseen las leyes podemos hablar de otras, como la Ley del Plan Nacional de Desarrollo, la Ley de Facultades Extraordinarias, la Ley Marco, la Ley del Presupuesto General de la Nación, entre otras.[51] Todos estos tipos de ley se enmarcan dentro de la categoría de ley ordinaria en la medida que siguen el procedimiento ordinario para su expedición, sin perder sus connotaciones particulares, pues la Ley de Delegación de Competencias Legislativas se rige por los

51 Puede consultarse: Sierra Porto, H. (1998). Concepto y tipos de ley en la Constitución colombiana. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

parámetros establecidos en el artículo 150.10 sobre límites formales y materiales a las facultades extraordinarias; la Ley Marco es un reparto de competencias normativas entre el Gobierno y el Congreso; la Ley de Presupuesto es la ley matriz de los planes y proyectos del gobierno, entre otras cuestiones.

Los requisitos de existencia y validez de la ley son los contemplados en el artículo 157 de la Constitución Política, que considera la columna vertebral del procedimiento legislativo:

1) Publicación del texto del proyecto (iniciativa)

2) Debate en cada una de las Comisiones constitucionales permanentes en que están divididas las Cámaras (Debate y votación)

3) Debate en las plenarias de las cada una de la Cámaras

4) Sanción presidencial (sanción)

Adicionalmente, todo el procedimiento legislativo debe respetar los principios constitucionales: principio democrático, regla de mayorías y respeto de las minorías, publicidad, participación, unidad de materia, identidad y consecutividad, entre otros.[52]

Para que la ley exista es necesario que se cumpla con las etapas enunciadas y que durante el procedimiento se respeten los principios constitucionales que gobiernan el proceso de elaboración de la ley en Colombia. De acuerdo con lo establecido en la Constitución y en el artículo 227 de la Ley 5 de 1992, las reglas del procedimiento legislativo se aplicarán en lo que sea compatible con el procedimiento de elaboración de las reformas constitucionales. Desde la Sentencia C-222 de 1997[53], la Corte ha construido la línea jurisprudencial de las reglas del procedimiento que se aplican a los actos reformatorios de la Constitución. Por ejemplo, las sesiones conjuntas de las Comisiones y la convocatoria de sesiones extraordinarias para debatir son dos cuestiones que no son útiles para el procedimiento legislativo constituyente.

52 Puede consultarse: Castillo Aguilar M. y Padrón Pardo, F. (2002) *La entidad constitucional del procedimiento legislativo y los vicios formales en el proceso de elaboración de la ley*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

53 Ver también C-543 de 1998, C-208 de 2005, C- 1040 de 2005, C-178 de 2007, C-141 de 2010, C-524 de 2013, entre otras. Adicionalmente, ver Sentencia del Consejo de Estado que decretó la nulidad del Decreto convocatorio de sesiones extraordinarias, cuyo objeto era debatir las objeciones presidenciales, por inconveniencia y por inconstitucionalidad presentadas al texto de un reforma constitucional. Ver sentencia Consejo de Estado. Sala plena de lo contencioso administrativo. Ref.: 11001032400020120022000.

Principios constitucionales que orientan el procedimiento de elaboración de la ley

1) Principio democrático
2) Principio de publicidad
3) Principio mayoritario
4) Principio del pluralismo político
5) Principio de unidad de materia. Identidad y consecutividad
6) Principio de instrumentalidad de las formas

Hagamos unas precisiones en relación con el principio democrático, el principio de publicidad y el principio de instrumentalidad de las formas.

Principio democrático

En relación con el principio democrático, la Sentencia C-141 de 2010 expresó que, entre los órganos que integran las ramas del poder público, tanto por su origen como por su funcionamiento, el Congreso es el órgano representativo por excelencia debido a que en las elecciones que tienen lugar para su conformación compiten y obtienen escaños en su interior un número plural de fuerzas políticas y, principalmente, porque su funcionamiento debe respetar reglas de juego previstas para que la pluralidad de fuerzas políticas tenga oportunidad de manifestar, de forma útil, sus opiniones y pareceres. Los elementos democráticos en la composición y funcionamiento del Congreso justifican las funciones que le son atribuidas. La elaboración de la ley, la reforma de la Constitución, la elaboración del presupuesto del Estado, la investigación y el juzgamiento de los altos funcionarios del Estado y el control político son todas tareas esenciales que adquieren legitimidad democrática si son ejecutadas por el cuerpo de representantes del pueblo a nivel nacional. Además se estableció que en este procedimiento de reforma se aúnan mecanismos propios de la democracia participativa con el elemento definitorio por excelencia de la democracia representativa: el procedimiento legislativo. Por tal razón es necesario detenerse nuevamente en los principios que informan la actuación del Congreso.

Igualmente el desarrollo de las funciones a su cargo debe entenderse como una manifestación del principio democrático y, por consiguiente, los procedimientos por medio de los cuales se ejercen las competencias y se adoptan las decisiones correspondientes están sujetos a las mismas reglas que aportan legitimidad al Congreso en su conformación. Si bien el

principio democrático se manifiesta en todas las funciones del Congreso, interesa a la Corte profundizar especialmente en cómo se concreta tratándose de la labor legislativa. Las diversas manifestaciones del principio democrático pueden ser agrupadas en tres principios que integrarían, a su vez, el principio democrático en la actividad congresual: en el principio mayoritario o de decisión por mayorías, de pluralismo político y de publicidad.

El principio de publicidad

En la Sentencia C-786 de 2012, la Corte expresó que la regla democrática propia del Estado constitucional obliga a que las decisiones adoptadas por el Poder Legislativo estén precedidas de la aplicación de un procedimiento reglado, que garantice la adecuada formación de la voluntad democrática del Congreso. Uno de los supuestos que preceden a dicho procedimiento es el principio de publicidad. La jurisprudencia de la Corte ha destacado la importancia del principio de publicidad y su intrínseca conexidad tanto analítica como normativa con la realización del principio democrático y la significación que, en el contexto de un Estado constitucional y democrático de derecho, tienen las distintas normas constitucionales y legales que regulan el procedimiento de formación de las leyes.

Además, la misma Corte en la Sentencia C-141 de 2010, citada anteriormente, expresó que el principio de publicidad aporta un elemento trascendental en la actividad institucional dentro de un Estado democrático, consistente en la posibilidad de fiscalizar la actividad realizada por el poder público, examen que, en el caso del Congreso de la República, tendrá como sujetos activos tanto a la sociedad, como a los mismos integrantes del órgano legislativo, especialmente a las fuerzas minoritarias o de oposición, las cuales estarán interesadas en resaltar las disparidades de criterio jurídico o político con las medidas adoptadas por la mayoría. Por tanto este principio permite a la sociedad la observancia del funcionamiento de las Comisiones y Cámaras del órgano legislativo, lo cual se manifiesta en la existencia de mecanismos destinados para tal fin como la Gaceta del Congreso, el canal público de televisión mediante el cual se transmiten las actividades de este órgano, la celebración de audiencias públicas, la asistencia del público a las barras del Congreso para presenciar los debates, y la publicación de las leyes en el Diario Oficial una vez estas son sancionadas.

Asimismo debe garantizarse la transparencia al interior del Congreso, entendiendo que sus integrantes deben contar con todas las posibilidades de conocer los asuntos en los cuales se espera su participación, así como disponer de los medios necesarios para que sea perfectamente clara la agenda legislativa, el contenido de los temas por discutir en ella y

el momento en que se tomarán las decisiones por parte de la comisión o plenaria a la que se pertenezca. La transparencia en el ejercicio de las funciones públicas constituye un elemento de la moderna democracia institucional, que, aunque de amplia tradición, se ha renovado con las nuevas concepciones fruto del avance en las comunicaciones, que facilitan la concreción de principios como el de publicidad a través de herramientas como las páginas web, los correos electrónicos o los mensajes de texto en celulares. Este resulta un aspecto trascendental y redondea el sentido democrático del órgano legislativo, pues carecería de sentido el carácter representativo derivado de la elección de los miembros del Congreso, si la actividad que realizan como representantes no pudiera ser seguida por sus electores.[54]

Es este el significado del artículo 144 de la Constitución, que establece la regla general de la publicidad en las sesiones de las Comisiones y Cámaras legislativas, y confirma de ese modo el carácter de transparencia y apertura que debe tener la actividad de los representantes de la sociedad en un Estado democrático. La disposición legislativa en que se acoge el espíritu trazado por la Constitución es el artículo 85 del Reglamento del Congreso, que reitera la regla general de publicidad para las sesiones de las Cámaras; de igual forma, los artículos 70 y 71 de dicho estatuto concretan el postulado que aquella norma enuncia al establecer la libre asistencia de los periodistas a las sesiones de las Comisiones o de las Cámaras siempre que estas no sean reservadas. Igualmente, el público interesado podrá presenciar el desarrollo de cualquier sesión pública, asistencia cuya regulación está a cargo del presidente del respectivo órgano legislativo.[55] El artículo 157 superior establece que ningún proyecto será ley si no cumple con los requisitos de:

1) Haber sido publicado oficialmente por el Congreso, antes de darle curso en la comisión respectiva.

2) Haber sido aprobado en primer debate en la Comisión permanente de cada Cámara, salvo los casos en que el Reglamento del Congreso permita que sesione conjuntamente.

3) Haber sido aprobado en cada cámara en segundo debate.

4) Haber obtenido la sanción del Gobierno.

Por su parte, el artículo 88 del Reglamento reafirma el principio de publicidad cuando dispone la previsión de que las sesiones y debates de las Cámaras del Congreso, como órganos de representación popular, deben tener la mayor cobertura posible a través de programas semanales de televisión, comunicados

54 Ver Sentencia C-141 de 2010

55 Ibídem

periodísticos o transmisiones radiales, canales por medio de los cuales el Congreso mantiene una continua comunicación con la población nacional. Además, se consagra la posibilidad de oír a los ciudadanos durante el debate en comisión, lo cual, de acuerdo con los mandatos de los artículos 230 y siguientes del mismo estatuto, deberán desarrollar las Mesas Directivas de cada Comisión mediante la determinación del momento y el tiempo en que deba tener lugar este tipo de participaciones.

Además, el Acto Legislativo 01 de 2003 tiene como finalidad reforzar el principio objeto de estudio. Así el enunciado normativo añadido al artículo 160 de la Constitución exige el anuncio previo y en sesión diferente de los proyectos que se vayan a votar, ya sea en comisión o en plenaria, y la adición aprobada al artículo 133 de la Constitución que suma a la publicidad del voto su carácter nominal, lo que amplía la posibilidad de fiscalización respecto de las decisiones tomadas por los representantes.[56]

De esta manera, la Corte ha sostenido y reiterado que la debida conformación de la voluntad democrática del Legislativo está supeditada a un presupuesto epistemológico, esto es, a la debida y cumplida información, publicidad y conocimiento de los asuntos que se debaten. De esta manera, para que las Cámaras puedan adoptar una decisión informada y deliberada sobre los proyectos de ley deben establecerse mecanismos idóneos y suficientes con el fin de que los parlamentarios conozcan el contenido de las iniciativas. Es bajo esta lógica que la Constitución y la jurisprudencia constitucional han establecido y desarrollado el alcance de la obligación de que el procedimiento legislativo cumpla con el principio de publicidad, entendido como la obligación de que el proyecto de ley sea publicado en la *Gaceta del Congreso*, antes de darle curso en la comisión correspondiente, de acuerdo con lo ordenado en el numeral primero del artículo 157 C. P., precepto replicado por el artículo 156 del Reglamento del Congreso.[57] El principio de publicidad es predicable y exigible del procedimiento aplicado por las Comisiones accidentales de conciliación. Así, de conformidad con lo previsto en el artículo 161 C. P., cuando surgen discrepancias entre las Cámaras respecto de un proyecto de ley, ambas integrarán Comisiones de conciliadores conformadas por un mismo número de senadores y representantes, quienes, reunidos conjuntamente, acordarán los textos. El inciso segundo de esta Norma Superior establece que el informe de conciliación debe ser publicado con al menos un día de antelación a su debate y aprobación por las plenarias. En caso de que estas imprueben el texto conciliado, se archivará el proyecto.[58]

56 Ver Sentencia C-141 de 2010

57 Ver Sentencia C-786 de 2012

58 Ibídem

Principio mayoritario

Desde una perspectiva democrática puede afirmarse que las decisiones tomadas por la mayoría son las más adecuadas para integrar a las diferentes fuerzas o posiciones que participan en un proceso de elección. Dicha fórmula de toma de decisiones resulta acertada si se quiere mantener la igualdad entre quienes toman la respectiva decisión. Resultaría lógico afirmar que las decisiones con mayor legitimación serían aquellas apoyadas por todos quienes participan en la determinación o toma de estas. Sin embargo, resulta complicado pretender que exista unanimidad en la toma de dichas decisiones, sobre todo cuando dentro del órgano legislativo confluyen fuerzas con distintas ideologías políticas y formas de apreciar el deber ser de las actuaciones del Estado. Debido esto, resulta adecuado el establecimiento de un método de decisión mayoritario para garantizar la igualdad dentro del órgano legislativo.

La decisión mayoritaria tiene un profundo fundamento en la igualdad porque asigna idéntico valor a la participación de cada uno de los ciudadanos y toma como presupuesto la igualdad de oportunidades en el proceso participativo. Es decir, el sentido democrático de la decisión mayoritaria está fundado en dos pilares que se nutren del principio de igualdad: (i) el que las condiciones para participar en el proceso de decisión no tengan fundamento en parámetros discriminadores –tales como la renta o el nivel de preparación académica–; y, (ii) el idéntico valor asignado a la decisión de cada uno de los participantes, en cuanto que entre las participaciones válidas ninguna tendrá mayor peso que otra. De esta forma el principio mayoritario se convierte en realización del valor igualdad que a su vez se presenta como uno de los principales objetivos a garantizar en las labores de un Congreso vinculado, en su funcionamiento, con el principio democrático. [59]

La Constitución acoge esta idea en el artículo 146, en el cual consagra que, por regla general, las decisiones de las Cámaras y Comisiones del Congreso se tomarán por mayoría simple. La concreción del principio democrático a través del principio mayoritario implica, además de la decisión tomada por el mayor número de integrantes de la respectiva Corporación, el respeto de las posibilidades de participación de los grupos minoritarios, no solo en la discusión, sino en la efectiva toma de decisiones. Por esta razón es necesario que, como parte esencial del principio mayoritario, se derive el principio minoritario, que en un sistema democrático, lejos de ser contradictorio, resulta complementario.

59 Ver Sentencia C-786 de 2012

Respecto a lo anterior, la Corte Constitucional afirmó en la Sentencia C-141 de 2010 que implementar el principio minoritario es hacer partícipes a las minorías, si no de todas, de las decisiones más importantes adoptadas por las Cámaras legislativas, lo que no significa nada diferente a establecer mayorías cualificadas para los temas trascendentales de la vida estatal, dando así la posibilidad de que los grupos minoritarios participen activa y efectivamente en el desarrollo de los trabajos parlamentarios. Así, la Constitución de 1991 prevé una serie de mayorías especiales absolutas y cualificadas que responden a la necesidad de alcanzar consensos estables sobre algunas de las materias que decide el Legislativo.

De esta forma la decisión propia de la democracia será aquella que exija el apoyo o consenso de la mayoría de los integrantes del cuerpo que decide, de manera tal que para las decisiones más importantes se exija que formen parte del consenso minorías representativas del órgano legislativo. *Contrario sensu*, no será democrático el sistema que prevea un procedimiento en el que la minoría pueda expresar la voluntad definitiva del cuerpo legislativo, que sustancialmente se asemejará a una oligarquía y mucho menos aquel en que sea una persona la que tome las decisiones políticas reservadas a esta institución del Estado tal como ocurre en una dictadura.[60]

Principio del pluralismo político

Este principio resalta la integración plural del órgano legislativo y, aunque parezca redundante, de sus órganos internos, como son las plenarias de las Cámaras y las Comisiones. Además de la legitimidad derivada de su elección directa por parte de los ciudadanos, característica que comparte con el Presidente de la República, su legitimidad le viene dada porque en su integración participan las fuerzas políticas, que, de acuerdo con el procedimiento de decisión política, se destacan como las más representativas de la sociedad. [61]

La Corte Constitucional ha establecido que una manifestación de este principio tiene lugar en la elección de los miembros del Congreso. En efecto, el pluralismo de fuerzas políticas representadas en el órgano legislativo es fruto del procedimiento de escrutinio electoral que, contrariamente al de los cargos uninominales, desarrolla un sistema proporcional, es decir, uno cuyo principio será repartir los escaños entre las fuerzas políticas participantes en la contienda electoral, de acuerdo con el nivel de sufragios de apoyo obtenidos por cada una

60 Ver Sentencia C-141 de 2010

61 Ibídem

de ellas. Toda la participación de las fuerzas minoritarias tendrá sentido si estas son las que verdaderamente representan a los sectores ideológicos, pareceres políticos o concepciones sociológicas existentes en la sociedad representada. De manera que la base conceptual en la que se apoya el pluralismo es que del proceso electoral, a partir del cual se lleva a cabo la elección de los miembros del Congreso, se podrá obtener una representación refleja de la sociedad.

Adicionalmente, como antes se señaló, el pluralismo también rige el funcionamiento del Congreso. Desde esta perspectiva, el objetivo principal del pluralismo político es, como su nombre lo indica, hacer de la manifestación de voluntad de las Comisiones, Cámaras legislativas o Congreso en pleno, el resultado de un proceso integrador de las fuerzas políticas que lo conforman, de manera que estas puedan participar activamente en el proceso de determinación política. Esta manifestación es similar a la hecha con ocasión del principio mayoritario en cuanto que el mismo resulta, a su vez, de una integración de las minorías con asiento en la Cámara; sin embargo, el pluralismo no concentra su atención en la decisión que finalmente se toma, sino en el proceso que a ella conduce.[62]

Principio de unidad de materia. Identidad y consecutividad

Los principios de identidad, de consecutividad y de unidad de materia, por ejemplo, hacen parte de la regulación general del procedimiento legislativo ordinario, que, ante la ausencia de normas constitucionales expresas en estos asuntos frente a leyes especiales, son principios igualmente exigibles para estas, con la misma intensidad y eficacia con la que operan frente a la legislación común u ordinaria. Así, de conformidad con las previsiones contenidas en los artículos 157, 158, 160 y 161 de la Constitución Política, el Congreso de la República debe atender dichos principios en el proceso de formación de todo tipo de ley.

En relación con el principio de consecutividad y con fundamento en el artículo 157 de la Carta Política, la jurisprudencia constitucional sostiene que para que un proyecto se convierta en ley debe haber sido aprobado en cuatro debates, a menos que se trate de aquellos eventos en que, por disposición constitucional o de la Ley Orgánica del Congreso, el primer debate se produzca de manera conjunta por las correspondientes Comisiones constitucionales tres debates. En ambas modalidades, para que el proyecto de ley se considere válidamente aprobado deben surtirse los debates en forma completa e integral en las Comisiones y las plenarias de ambas Cámaras Legislativas.

62 Ver Sentencia C-141 de 2010

De otra parte, el principio de identidad garantiza que los cambios introducidos por las plenarias en segundo debate guarden relación con los temas discutidos y aprobados en primer debate. Al respecto, esta Corporación ha expresado que el principio de identidad ha sido relativizado al facultar a los congresistas para que durante el segundo debate puedan introducir en el proyecto las modificaciones, adiciones y supresiones que consideren necesarias, siempre que, durante el primer debate en la Comisión constitucional permanente, se haya aprobado el asunto o materia a que se refiera la adición o modificación.

Se resalta igualmente que la Carta autoriza la introducción de modificaciones o adiciones al proyecto de ley durante el segundo debate de cada Cámara, es decir, para que bajo estas formas se incluya un artículo nuevo, pero siempre y cuando la materia o el asunto al que se refiera haya sido conocido y aprobado durante el primer debate y sin que ello implique repetir todo el trámite, salvo cuando se trate de serias discrepancias con la iniciativa aprobada en Comisión o existan razones de conveniencia que justifiquen su reexamen definitivo.

En esos términos, la plenaria de una de las Cámaras no puede incluir un artículo nuevo si este no guarda unidad temática con la materia que se ha debatido y aprobado en las Comisiones, toda vez que en tal caso se desconocería la Constitución. De conformidad con la jurisprudencia constitucional, para que la introducción de artículos nuevos por parte de una de las plenarias del Congreso pueda ser objeto de la actividad de la comisión de conciliación designada para superar las discrepancias, es menester que se cumplan estos requisitos:

1) Que el asunto o materia sobre el que versa el artículo introducido por una de las cámaras haya sido debatido y aprobado por las Comisiones.

2) Que el asunto o materia a que se refiere el artículo haya sido abordado por las dos plenarias, directa o indirectamente.

3) Que el asunto sobre el que versa el artículo tenga una relación material con el asunto general del proyecto de ley.

Un ejemplo de ello lo encontramos en la Sentencia C-370 de 2006, por medio de la cual se analizó la constitucionalidad de la Ley 975 de 2005, Ley de Justicia y Paz. En ella se expresó:

Con el trámite impartido a los artículos 70 y 71 de la Ley 975/05 se desconoció el principio de consecutividad, ya que, como resultado de la indebida tramitación de la apelación

presentada en el Senado ante la decisión de negarlos adoptada por las Comisiones Primeras Constitucionales Permanentes, finalmente fueron remitidos a Comisiones Constitucionales que no eran competentes y, una vez aprobados por estas últimas sin tener competencia para hacerlo, fueron introducidos de manera irregular en el segundo debate ante la plenaria del Senado, como si hubiesen sido aprobados por las Comisiones Constitucionales facultadas para ello. [63]

Principio de instrumentalidad de las formas

En la Sentencia C-786 de 2012, la Corte expresó: "No cualquier falla procedimental constituirá vicio de inconstitucionalidad, pues en virtud del principio de instrumentalidad de las formas algunos defectos pueden ser intrascendentes, otros pueden ser suplidos por mecanismos expresamente previstos en las normas vigentes, otros pueden ser saneados a lo largo del proceso legislativo y otros serán vicios subsanables bajo ciertas condiciones".[64] Así pues, no toda irregularidad en el trámite del proyecto da lugar a la materialización de un vicio de procedimiento.

De acuerdo con la jurisprudencia, los vicios que conducen a la inexequibilidad de la ley o el proyecto de ley, definidos como "vicios de carácter sustancial", se caracterizan porque:

1) Vulneran algún principio o valor constitucional.

2) Afectan el proceso de formación de la voluntad democrática en las Cámaras.

3) Desconocen las competencias y estructura básica institucional diseñada por la Carta, lo que a su vez remite, en últimas, a la infracción de la Ley 5 de 1992 u otras prescripciones que regulen el procedimiento legislativo.

En desarrollo de este principio enunciado, la jurisprudencia constitucional ha puntualizado que de este se derivan al menos dos consecuencias, que pueden parecer contradictorias, pero que, en realidad, son plenamente complementarias: de un lado, la Constitución consagra un Estado social de derecho, que busca realizar ciertos principios y valores materiales

63 Sentencia C-669 de 2004

64 Como lo dispone el artículo 45 del Decreto 2067 de 1991: Cuando la Corte encuentre vicios de procedimiento subsanables en la formación del acto sujeto a su control, ordenará devolverlo a la autoridad que lo profirió para que dentro del término que fije la Corte, de ser posible, enmiende el defecto observado. Subsanado el vicio o vencido el término, la Corte procederá a decidir sobre la constitucionalidad del acto. Dicho término no podrá ser superior a treinta días contados a partir del momento en que la autoridad está en capacidad de subsanarlo.

(CP artículos 1 y 2), y señala explícitamente que en los trámites procesales prevalece el derecho sustancial (CP artículo 228). Por ello, esta Corte siempre ha interpretado el alcance de las normas que gobiernan la formación de las leyes teniendo en cuenta los valores materiales que esas reglas pretenden realizar. (...) Pero, de otro lado, lo anterior no significa que las formas procesales en general, y las normas constitucionales que rigen la aprobación de las leyes en particular, sean irrelevantes y puedan ser ignoradas. Por el contrario, ellas son importantes y deben ser respetadas, precisamente porque son las formas o procedimientos a través de los cuales se protegen los valores sustantivos significativos. Por ello, aunque la Constitución de 1991 flexibilizó las reglas de aprobación de las leyes, el respeto de esas normas procedimentales no ha perdido su importancia, precisamente para asegurar los valores superiores que protegen estas disposiciones de carácter procedimental.

Es por ello que, al analizar la trascendencia de un vicio de forma, es preciso tener en cuenta tanto el contexto en el cual este se presentó, como el conjunto integral del trámite legislativo, por cuanto, como se ha expresado, no toda vulneración de una regla sobre la formación de las leyes, contenida en la Constitución o en el respectivo Reglamento del Congreso, acarrea ineluctablemente la invalidez de la ley y su declaración de inconstitucionalidad.

Como consecuencia de lo anterior, la Corte ha fijado las reglas para determinar si un vicio de procedimiento tiene la entidad suficiente como para afectar la constitucionalidad de la norma así emanada. Al respecto ha sostenido que de conformidad con lo que establecen el parágrafo del artículo 241 de la Constitución y el artículo 45 del Decreto 2067 de 1991, la gravedad de la irregularidad ocurrida en el trámite legislativo se debe determinar atendiendo a los siguientes criterios:

1) Si ese defecto es de suficiente entidad como para constituir un vicio susceptible de afectar la validez de la ley.

2) En caso de que la irregularidad represente un vicio, debe la Corte estudiar si existió o no una convalidación del mencionado vicio durante el trámite mismo de la ley.

3) Si el vicio no fue convalidado, debe la Corte analizar si es posible devolver la ley al Congreso y al Presidente para que subsanen el defecto observado.

4) Si no se presenta ninguna de las anteriores hipótesis, la Corte debe determinar si es posible que ella misma subsane, en su pronunciamiento, el vicio detectado, de conformidad con los lineamientos arriba trazados y respetando siempre el principio de razonabilidad.

Por tanto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que no es de recibo la actitud deliberadamente pasiva orientada a preconstituir un vicio, como tampoco es admisible la omisión negligente de quien, por cualquier razón no justificada, se margina del debate y solo cuando este ha concluido, después de la votación, presenta objeciones que, oportunamente puestas a consideración de la corporación, a través de los mecanismos procedimentales específicamente previstos para el efecto, habrían permitido evitar o subsanar determinadas irregularidades de trámite. Quien debiendo actuar y teniendo la posibilidad de hacerlo se abstiene no puede pretender luego suplir su omisión trasladando la controversia que debió producirse en el curso del debate legislativo a la instancia del control de constitucionalidad.

En esa línea, por ejemplo, la Corte ha señalado que no existe vicio de procedimiento con aptitud para provocar la declaratoria de inejecutabilidad de una norma, cuando no se tramita una proposición, si quien la presentó no puso la diligencia necesaria para impulsar su consideración y la decisión en torno a la misma. Por consiguiente, la Corte ha considerado que las actitudes reticentes de los congresistas en el curso de los debates y las constancias posteriores a la conclusión del mismo y a la votación del proyecto constituyen comportamientos contrarios al citado deber de diligencia, que no pueden invalidar la expresión legítima de la voluntad democrática.

De esta manera, ha concluido que, en principio, es en el propio debate, empleando la mecánica que la Constitución y la ley han previsto para ello, en el que deben subsanarse las discrepancias y hacerse valer las garantías que el procedimiento legislativo ha previsto. Solo aquellas irregularidades que trasciendan ese ámbito o porque habiendo sido planteadas, no fueron atendidas o porque fueron inadvertidas o, porque no tuvieron ocasión de expresarse, tendrían la virtualidad de plantearse como eventuales vicios de procedimiento.

Etapas del procedimiento de elaboración de la ley y vicios en el procedimiento legislativo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

a. Etapa de iniciativa

La Ley 5 de 1992 dispone la posibilidad de que la iniciativa de presentación de un proyecto de ley no sea efectuada únicamente por los miembros del Congreso, el Gobierno y otras entidades o funcionarios del Estado (como la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia o el Defensor del Pueblo), sino que también abre la puerta para que la iniciativa provenga del pueblo. Dicha iniciativa puede venir de:

1) Un número de ciudadanos igual o superior al 5% del censo electoral existente en la fecha respectiva.

2) Un 30% de los concejales del país.

3) Un 30% de los diputados del país. Además, el Gobierno posee iniciativa privativa en algunas materias según su especialidad.[65]

Una vez recibido un proyecto de ley, la Secretaría ordena su publicación en la *Gaceta del Congreso*, y el reparto se efectúa por el Presidente a la Comisión Permanente respectiva. El proyecto se entrega en original y dos copias, con su correspondiente exposición de motivos. De ello se deja constancia en la Secretaría y se radica y clasifica según la materia que se desarrolle en dicho proyecto (autor, clase de proyecto y Comisión que deba tramitarlo). Un ejemplar del proyecto se envía por el Secretario para su publicación en la *Gaceta del Congreso*.

Algunos proyectos deben presentarse en una cámara específica para su trámite dependiendo de la materia, tal es el caso de los proyectos de ley relativos a tributos y presupuesto de rentas y gastos, que deben ser presentados en la Secretaría de la Cámara de Representantes, mientras que los de relaciones internacionales deben presentarse en el Senado.

65 Ver artículo 142 de la Ley 5 de 1992

Por último, el Reglamento del Congreso, en su artículo 147, dispone que ningún proyecto será ley si no cumple con los siguientes requisitos constitucionales, que hacen referencia al cumplimiento de las etapas del procedimiento legislativo. La disposición establece estos requisitos:

1) Haber sido publicado oficialmente por el Congreso, antes de darle curso en la Comisión respectiva.

2) Haber sido aprobado en primer debate en la correspondiente Comisión permanente de cada Cámara o en sesión conjunta de las respectivas Comisiones de ambas Cámaras, según lo dispuesto en el presente Reglamento.

3) Haber sido aprobado en cada Cámara en segundo debate.

4) Haber obtenido la sanción del Gobierno.

b. Etapa de debate y votación

La designación de los ponentes es una facultad que reside en la cabeza de la Mesa Directiva de la respectiva Comisión. Cada proyecto de ley tendrá un ponente o varios según se considere conveniente. En todo caso debe haber un ponente coordinador, quien además de organizar el trabajo de la ponencia ayudará al Presidente en el trámite del proyecto respectivo. Cuando un proyecto de acto legislativo o de ley sea presentado por una bancada, esta tiene derecho a designar el ponente o por lo menos uno de ellos cuando la ponencia sea colectiva.

El proyecto debe ser presentado por escrito, en original y dos copias, al secretario de la Comisión Permanente. Su publicación se hace en la *Gaceta del Congreso* dentro de los tres días siguientes. La iniciación del primer debate no debe tener lugar antes de la publicación del proyecto respectivo. No es necesario leer la ponencia, salvo que así lo disponga la Comisión por razones de conveniencia. El ponente debe absolver las preguntas y dudas que le formulen sobre la ponencia y después se da comienzo al debate.

En el debate el proyecto debe ser discutido artículo por artículo, incluso, inciso por inciso, si se considera conveniente. Respecto de esto, el artículo 158 de la Ley 5 de 1992 establece:

> ARTÍCULO 158. DISCUSIÓN SOBRE LA PONENCIA. Resueltas las cuestiones fundamentales, se leerá y discutirá el proyecto artículo por artículo, y aún inciso por inciso, si así lo solicita algún miembro de la Comisión.
>
> Al tiempo de discutir cada artículo serán consideradas las modificaciones propuestas por el ponente y las que presenten los Ministros del Despacho o los miembros de la respectiva Cámara, pertenezcan o no a la Comisión.
>
> En la discusión el ponente intervendrá para aclarar los temas debatidos y ordenar el trabajo. Se concederá la palabra a los miembros de la Comisión y, si así lo solicitan, también a los de las Cámaras Legislativas, a los Ministros del Despacho, al Procurador General de la Nación, al Contralor General de la República, al Fiscal General de la Nación, al Defensor del Pueblo, al vocero de la iniciativa popular, y a los representantes de la Corte Constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, y el Consejo Nacional Electoral, en las materias que les correspondan.

Además, cualquier congresista puede presentar enmiendas a los proyectos de ley siempre que se cumplan las siguientes condiciones:[66]

1) El autor o proponente de una modificación, adición o supresión podrá plantearla en la Comisión Constitucional respectiva, así no sea parte integrante de ella.

2) El plazo para su presentación es hasta el cierre de su discusión y se hará mediante escrito dirigido a la Presidencia de la Comisión.

3) Las enmiendas podrán ser a la totalidad del proyecto o a su articulado.

Cerrado el debate, y luego de aprobado el proyecto, este pasa de nuevo al ponente, o a otro miembro de la Comisión, según lo disponga la Presidencia, para que sea revisado, se ordenen las modificaciones y se redacte el respectivo informe para segundo debate. Este informe debe ser suscrito por su autor, o autores, y autorizado con las firmas del Presidente y Secretario de la Comisión. Entre el primer y el segundo debate no debe mediar un lapso superior a ocho días. También pueden presentarse sesiones conjuntas entre Comisiones homólogas de cada Cámara por disposición constitucional o por solicitud del Gobierno.

66 Ver artículo 160 de la Ley 5 de 1992

La designación del ponente para el debate en plenaria se lo hace bajo las mismas reglas que para el primer debate. En la etapa de discusión el ponente explica sucintamente la significación y el alcance del proyecto. Luego pueden tomar la palabra los oradores de conformidad. Si la proposición con la que termina el informe fuere aprobada, el proyecto se discute globalmente, a menos que un ministro o miembro de la respectiva Cámara pida una discusión de forma separada para algunos artículos. Las discrepancias que surjan entre las plenarias de las Cámaras y sus Comisiones Constitucionales acerca de proyectos de ley no pueden corresponder a asuntos nuevos, no aprobados, o negados en la Comisión Permanente respectiva. Si así es, las mismas Comisiones pueden reconsiderar la novedad y decidir sobre ella, luego de la remisión del proyecto dispuesta por la Corporación.

Cuando a un proyecto de ley le sean introducidas modificaciones, adiciones o supresiones durante el debate en Plenaria, estas pueden ser resueltas sin necesidad de que el proyecto tenga que regresar a la respectiva Comisión Permanente. Sin embargo, cuando se observen serias discrepancias con la iniciativa aprobada en Comisión, o se presenten razones de conveniencia, podrá determinarse que regrese el proyecto a la misma Comisión para su reexamen definitivo. Si este persiste en su posición, resolverá la Corporación en pleno.[67]

Aprobado un proyecto de ley por una de las Cámaras, su Presidente debe remitirlo con los antecedentes del mismo y con los documentos producidos en su tramitación al Presidente de la otra Cámara. Entre la aprobación del proyecto en una de las Cámaras y la iniciación del debate en la otra deben transcurrir por lo menos quince días, salvo que el proyecto haya sido debatido en sesión conjunta de las Comisiones Constitucionales, en cuyo caso puede presentarse la simultaneidad del segundo debate en cada una de las Cámaras.

c. Etapa de la sanción

Una vez aprobado el proyecto de ley por ambas Cámaras, este pasa al gobierno para su sanción. En caso de no presentarse objeciones se dispone que sea promulgado como ley. En caso de presentarse alguna objeción se debe remitir el proyecto a la Cámara de origen. El Gobierno dispone de seis a veinte días para realizar las objeciones dependiendo de la cantidad de artículos que tenga el respectivo proyecto.

La objeción a un proyecto de ley puede obedecer a razones de inconstitucionalidad o de inconveniencia.

67 Ver artículo 178 Ley 5 de 1992

Respecto a lo anterior, el Reglamento del Congreso establece dos reglas que se deben tener en cuenta:

1) Si fuere por inconstitucionalidad y las Cámaras insistieren, el proyecto pasará a la Corte Constitucional para que decida sobre su exequibilidad dentro de los seis días siguientes. Este fallo obliga al Presidente a sancionar la ley y a promulgarla. Pero, si se declara inexequible, se archivará el proyecto. Si la Corte Constitucional considera que el proyecto es parcialmente inexequible, así lo indicará a la Cámara en la que tuvo su origen para que, oído el Ministro del ramo, rehaga o integre las disposiciones afectadas en términos concordantes con el dictamen de la Corte. Cumplido este trámite, se remitirá a la Corte el proyecto para su fallo definitivo.

2) Si fuere por inconveniencia y las Cámaras insisten, aprobándolo por mayoría absoluta, el Presidente sancionará el proyecto sin poder presentar nuevas objeciones.

Concepto de vicios

De acuerdo con la Sentencia C-543 de 1998 se constituye como vicio de procedimiento en la formación tanto de la ley como de un proyecto de acto legislativo no observar alguno de los siguientes requisitos en el trámite del proceso legislativo y constituyente:

- Iniciativa legislativa
- Publicación en la gaceta
- Informe de ponencia
- Aprobación oportuna y cualificada en las dos Cámaras
- Respeto del principio de identidad (unidad de materia)
- Principio de consecutividad (cumplimiento de los términos legales de tiempo)
- Título

La Sentencia C-277 de 2007 ha expresado la importancia de la teoría de los vicios, así como delimita la competencia de la Corte Constitucional y el respeto del principio democrático:

> (E)l control de los vicios de procedimiento en la formación de las reformas constitucionales" es sin lugar a dudas una de las funciones más trascendentales de la justicia constitucional, en las democracias contemporáneas", dado que ,"... la soberanía popular hoy se expresa, en gran medida, a través de deliberaciones y decisiones sometidas a reglas procedimentales, que buscan asegurar la formación de una voluntad democrática de las asambleas representativas, que exprese obviamente la decisión mayoritaria, pero de tal manera que esas decisiones colectivas, que vinculan a toda la sociedad, sean un producto de una discusión pública, que haya permitido además la participación de las minorías.

De ahí que el rol del juez constitucional en el ejercicio de este control sea de suma importancia, pues su tarea consiste en verificar la regularidad y transparencia del proceso de aprobación de normas constitucionales, actividad que, de todas maneras, no significa exceso de ritualismo, "... ya que dichas formas y procedimientos juegan un papel esencial en la democracia, por cuanto pretenden asegurar que exista una verdadera formación de una voluntad democrática detrás de cada decisión legislativa".

Sin embargo, no toda alteración en el procedimiento es un vicio susceptible de afectar la constitucionalidad de la ley o, lo que es lo mismo, la permanencia en el ordenamiento jurídico. La Corte en la misma Sentencia C-277 de 2007 expresó:

> (…) en el trámite de las leyes (o sus proyectos) en general, así como de los actos reformatorios de las Constitución, es evidente que pueden presentarse -y de hecho se presentan- irregularidades, que solo llegarán a configurar vicios de procedimiento cuando sean de tal magnitud y significación que den lugar a la declaratoria de inexequibilidad del acto sometido a revisión. Esto es, que la Corte ha reconocido que no todas las falencias en el proceso de formación de las leyes y actos legislativos, tienen entidad suficiente para justificar su exclusión del ordenamiento jurídico mediante la declaratoria de inexequibilidad.

En efecto, no cualquier falla procedimental constituirá vicio de inconstitucionalidad, pues en virtud del principio de instrumentalidad de las formas algunos defectos pueden ser intrascendentes, otros pueden ser suplidos por mecanismos expresamente previstos en las normas vigentes, otros pueden ser saneados a lo largo del proceso legislativo y otros serán vicios subsanables bajo ciertas condiciones.

Así pues, no toda irregularidad en el trámite del proyecto da lugar a la materialización de un vicio de procedimiento.

De acuerdo con la jurisprudencia, los vicios que conducen a la inexequibilidad de la ley o el proyecto de ley, definidos como "vicios de carácter sustancial", se caracterizan porque:

1) Vulneran algún principio o valor constitucional.
2) Afectan el proceso de formación de la voluntad democrática en las Cámaras.
3) Desconocen las competencias y estructura básica institucional diseñada por la Carta, lo que a su vez remite, en últimas, a la infracción de la Ley 5 de 1992 u otras prescripciones que regulen el procedimiento legislativo.

En relación con lo anterior, cabe señalar que la Corte Constitucional ha distinguido la ocurrencia de vicios de procedimiento en la formación de las leyes (y actos legislativos), originados en la infracción de la ley de aquellos originados en la infracción de la Constitución. Pese a que, como se afirmó anteriormente, el incumplimiento de normas de rango legal relativas al trámite de las leyes y actos legislativos debe implicar igualmente la vulneración de la Constitución, como condición necesaria para la declaratoria de inexequibilidad por dicha razón; se ha sostenido que, en ambos supuestos, infracción de la ley e infracción de la Constitución se configuran vicios de procedimiento. Aunque, se insiste, con entidad distinta en el caso de los primeros, si es que el vicio en cuestión no vulnera, en últimas, los principios constitucionales, tal como se ha explicado.

Justamente, lo anterior define el caso del control de constitucionalidad del trámite de formación de las leyes y actos legislativos. Por ejemplo, para establecer si una determinada ley cumple las exigencias formales establecidas en el artículo 157 de la Constitución, como la exigencia de publicidad, el alcance de la norma constitucional debe determinarse con la comprensión de las normas de la Ley 5 de 1992 (Reglamento del Congreso). Lo que refuerza la conclusión ya expresada, según la cual la vulneración de los trámites propios de procedimiento legislativo que configuran vicios con entidad suficiente para declarar la inconstitucionalidad de una ley se pueden materializar a través de la infracción de disposiciones contenidas en la Ley 5 de 1992. Aunque, en este evento, la justificación de la inconstitucionalidad no es propiamente la vulneración de las normas de la mencionada Ley 5, sino la infracción de normas constitucionales que contienen principios que pretenden garantizarse mediante los trámites establecidos en la norma de rango legal en cuestión.

¿Cuándo los vicios se pueden sanear?

Como lo dispone el artículo 45 del decreto 2067 de 1991, cuando la Corte encuentre vicios de procedimiento subsanables en la formación del acto sujeto a su control, ordenará devolverlo a la autoridad que lo profirió para que, dentro del término que fije la Corte, de ser posible, enmiende el defecto observado. Subsanado el vicio o vencido el término, la Corte procederá a decidir sobre la constitucionalidad del acto.

En la Sentencia C-131 de 2009 la Corte habla del carácter subsanable de algunos vicios. La Corte Constitucional ha identificado que, al estudiar la gravedad de una irregularidad ocurrida en el trámite legislativo, le corresponde en el análisis constitucional examinar si el vicio tiene la entidad de afectar la constitucionalidad de la ley o del proyecto, como antes lo hemos anunciado.

La trascendencia de los vicios formales en el proceso legislativo radica, como ya se ha indicado, en que la Constitución Política señala los elementos fundamentales que deben reunir los debates en el Congreso. Debe recordarse, como lo expuso la Corte en la Sentencia C-473 de 2004, que los presupuestos para el examen están contenidos en los artículos 145, 146, 157 y 160 superiores, de la siguiente manera:

1) En primer lugar, el número mínimo de congresistas que deben estar presentes para iniciar la deliberación de cualquier asunto, así como para adoptar decisiones (artículo 145, CP).

2) En segundo lugar, la mayoría necesaria para adoptar decisiones en la respectiva corporación que, salvo que la Constitución exija una mayoría especial, debe ser la mayoría de los votos de los asistentes (artículo 146, CP).

3) En tercer lugar, el carácter imperativo de los debates en las Comisiones y en las plenarias, sin los cuales ningún proyecto puede llegar a ser ley (artículo 157, CP).

4) En cuarto lugar, la necesaria publicidad de lo que va a ser sometido a debate como presupuesto mínimo para garantizar la participación efectiva de los congresistas (artículo 157, CP).

5) En quinto lugar, el período mínimo que debe mediar entre debates como garantía de que la decisión del Congreso sobre el proyecto de ley es producto de una reflexión ponderada (artículo 160, CP).

6) Y en sexto lugar, la votación de lo discutido como finalización del debate (artículo 157, CP).

El principio de instrumentalización de las formas se encamina a que las formas procesales "deben interpretarse teleológicamente al servicio de un fin sustantivo", esto es, el valor material pretendido con las reglas, sin que ello vaya en detrimento del respeto de las normas procesales, pues son las encargadas de proteger "valores sustantivos significativos".[68] La importancia de acudir al principio de instrumentalización de las formas frente a la trascendencia de un vicio en el procedimiento de formación de una ley fue reiterada en la referida sentencia C-473 de 2004, como quiera permite establecer la verdadera existencia de un vicio que conlleve la inexequibilidad de la norma o de una irregularidad que no afecta aspectos sustanciales. Al respecto se indicó:

> (…) lo que debe ser objeto de análisis de constitucionalidad dentro de un Estado democrático de derecho, es la verificación del cumplimiento de todas las garantías constitucionales involucradas en el debate parlamentario, independientemente de qué grupo esté siendo perjudicado con su pretermisión, y en ese sentido, dicha función está encaminada a permitir que tanto minorías como mayorías tengan la posibilidad de conocer y estudiar los textos sometidos a su consideración y por lo tanto de discutirlos previamente a su aprobación.

Por ello, para determinar si un vicio de procedimiento relativo al debate parlamentario genera la inconstitucionalidad del proyecto de ley o se trata de una irregularidad irrelevante que no afecta valores sustantivos, es preciso acudir al principio de la instrumentalidad de las formas. Entre otros aspectos relevantes y siguiendo las pautas de la sentencia C-737 de 2001 ya referida, se indicó que pueden existir eventos en los cuales una irregularidad sea convalidada dentro del mismo proceso que llevó a la formación de una ley siempre que "se haya cumplido con el propósito que la regla de procedimiento pretendía proteger, o la irregularidad haya sido expresamente subsanada por una autoridad que tenía competencia para efectuar ese saneamiento".

68 Puede consultarse: Castillo Aguilar M. y Padrón Pardo, F. (2002) *La entidad constitucional del procedimiento legislativo y los*

Estudio de casos:

Vicios por no realizar la consulta previa a las comunidades indígenas y afrocolombianas. Sentencia C-030 de 2008 (Ley Forestal)

Cabe señalar que la obligación de consulta prevista en el literal a) del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT no puede interpretarse con el alcance de que toda la regulación del Estado, en cuanto que sea susceptible de afectar a las comunidades indígenas y tribales, deba someterse a un proceso de consulta previa con dichas comunidades, por fuera de los escenarios ordinarios de participación y deliberación democrática, y que dicho deber solo se predica de aquellas medidas que, en el ámbito de la aplicación del Convenio, sean susceptibles de afectar directamente a tales comunidades.

Con todo, es preciso tener en cuenta que la especificidad que se requiere en una determinada medida legislativa para que, en relación con ella, resulte predicable el deber de consulta en los términos del literal a) del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT puede ser el resultado de una decisión expresa de expedir una regulación en el ámbito de las materias previstas en el convenio, o puede provenir del contenido material de la medida como tal, que, aunque concebida con alcance general, repercuta de manera directa sobre las comunidades indígenas y tribales.

En los anteriores términos, sería necesario establecer en cada caso concreto si opera el deber de consulta, bien sea porque se esté ante la perspectiva de adoptar una medida legislativa que de manera directa y específica regula situaciones que repercuten en las comunidades indígenas y tribales o porque del contenido material de la medida se desprende una posible afectación de tales comunidades en ámbitos que les son propios.

(...) al margen de los criterios generales que puedan decantarse en torno a la manera como debe surtirse la consulta para que pueda entenderse cumplido el compromiso derivado del Convenio 169 y que resulte satisfactorio con el derecho de participación previsto en la Carta, observa la Corte que son varios los interrogantes que pueden plantearse en relación, específicamente, con el deber de consulta frente a medidas legislativas.

En primer lugar debe precisarse el momento en el que debe hacerse la consulta y la autoridad responsable de llevarla a cabo. El convenio establece una obligación para los gobiernos, pero cabría preguntar si, en un sentido más amplio, dicha obligación puede hacerse extensiva a otros escenarios, particularmente, cuando, como en el caso de las medidas legislativas, es otra la instancia del Estado encargada de adoptarlas.

De este modo, podría decirse que el Gobierno tiene el deber de promover la consulta cuando se trate de proyectos de ley que sean de su iniciativa. Pero ¿qué ocurre cuando, en desarrollo de la iniciativa que les confiere la Constitución, otros sujetos que los previstos en el artículo 155 de la Constitución, distintos del gobierno, deciden presentar a consideración de las cámaras legislativas proyectos de ley cuyo contenido sea susceptible de afectar de manera directa a las comunidades indígenas y tribales?

Parecería necesario que, en tal caso, el gobierno, tan pronto advierta que cursa un proyecto de ley en relación con el cual debe darse el proceso de consulta, acuda a las instancias que para ese efecto se hayan previsto en la legislación, como la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas, creada por el Decreto 1397 de 1996, o a otras que se estimen pertinentes, para definir, en ese escenario, cuáles serían las instancias y los mecanismos de consulta más adecuados.

En la Sentencia C-891 de 2002 la Corte fijó unas pautas para la consulta que debe realizarse en relación con los proyectos de iniciativa gubernamental. Al efecto señaló en primer lugar que: "No es contrario a la Constitución que una entidad gubernamental elabore de manera autónoma un proyecto de ley sobre un asunto que milita en el ámbito de sus competencias, aún siendo del interés de los pueblos indígenas, pues tal actividad hace parte del ejercicio de sus funciones", pero que, sin embargo, "(...) es claro que, en ese caso, la entidad debe brindarle a las comunidades, en un momento previo a la radicación del proyecto en el Congreso de la República, las debidas oportunidades para que ellas no solo conozcan a fondo el proyecto sino, sobre todo, para que puedan participar activamente e intervenir en su modificación, si es preciso.

Expresó la Corte que ese proceso de consulta puede entenderse cumplido cuando exista evidencia de que antes de radicar el proyecto de ley en el Congreso de la República, su texto se haya divulgado entre las comunidades interesadas, se haya avanzado en la ilustración de tales comunidades sobre su alcance y se hayan abierto los escenarios de discusión que sean apropiados.

En esa oportunidad la Corte advirtió, por un lado, que el escenario previo a la radicación del proyecto no es el único espacio deliberativo en el que los pueblos indígenas pueden participar durante el proceso tendiente a la expedición de normas que los afectan, toda vez que en el Congreso de la República dicho proceso participativo no se interrumpe, sino que, por el contrario, allí los pueblos indígenas cuentan con un espacio de discusión y participación en el marco de un Estado democrático, en el que pueden canalizar sus propuestas a través de los congresistas elegidos, y, por otro, que

> (...) la consulta previa a la ley es adicional a la participación que se les debe dar a los pueblos indígenas a partir de su entrada en vigencia, esto es, con posterioridad a la expedición de la respectiva ley; destacándose el especial cuidado que deben observar las autoridades que tienen a su cargo el desarrollo administrativo de la misma, particularmente en lo tocante a la adopción de las medidas administrativas susceptibles de afectar directamente los intereses de tales pueblos.

En primer lugar, ha sido reiterado por la jurisprudencia que ese derecho a la consulta es susceptible del amparo constitucional, vía a través de la cual las comunidades indígenas pueden lograr que no se hagan efectivas las medidas que no hayan sido previa y debidamente consultadas y que se disponga la adecuada realización de las consultas que sean necesarias.

Tratándose de medidas legislativas, la situación puede tornarse compleja, porque, como se señaló, el ejercicio del control abstracto de constitucionalidad frente a la omisión de consulta previa a la adopción de una medida legislativa comporta la verificación en torno a un procedimiento, cuya ausencia, sin embargo, se proyecta sobre la materialidad misma de la ley.

En ese evento sería posible, en determinadas circunstancias, encontrar que la ley como tal es inconstitucional, pero también cabe que, en una ley que de manera general concierne a los pueblos indígenas y tribales y que los afecta directamente, la omisión de la consulta se resuelva en una decisión que excluya a tales comunidades del ámbito de aplicación de la ley; o puede ocurrir que, en un evento de esa naturaleza, lo que se establezca sea la presencia de una omisión legislativa, de tal manera que la ley, como tal, se conserve en el ordenamiento, pero que se adopten las medidas necesarias para subsanar la omisión legislativa derivada de la falta de previsión de medidas específicamente orientadas a las comunidades indígenas y tribales. Si la ley no tiene esas previsiones específicas, habría un vacío legislativo derivado de la necesidad de que –en una materia que si bien afecta a todos, lo hace con los indígenas en ámbitos propios de su identidad– contemple previsiones especiales y que las mismas sean previamente consultadas. En ese caso, en la medida en que la ley general estuviese llamada a aplicarse a los indígenas, se decretaría una omisión legislativa por ausencia de normas específicas y previamente consultadas.

En el mismo sentido, la Sentencia C-461 de 2008, en la cual se revisó la constitucionalidad de Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010.

Vicio en la etapa de la iniciativa

En la Sentencia C-668 de 2004 se declaró inexequible la ley por vulneración de la reserva de iniciativa del gobierno. Nota: la declaratoria de inexequibilidad se dio debido a que no hubo discusión del artículo acusado en la plenaria de la Cámara durante la segunda vuelta.

Vicio en el debate y votación

Tramite de la ley que desarrolla los compromisos sobre derechos de autor y propiedad intelectual derivados del Tratado de Libre Compromiso suscrito con Estados Unidos de Norteamérica.

Se declaró la inconstitucionalidad de la ley por tramitarse en una Comisión constitucional permanente distinta de la que debía realizarse. En la Sentencia C-011 de 2013 se estableció:

> La Corte constató la existencia de un vicio en el procedimiento de formación de la Ley, ya que siendo la materia predominante, en la misma, la regulación de derechos de autor y sus derechos conexos, al igual que la propiedad industrial, sin desconocer que dicha ley se expedía con el fin de implementar compromisos adquiridos por el Estado colombiano, la competencia por razón de la especialidad para su aprobación en primer debate correspondía a las Comisiones Primeras de Senado y Cámara, y no a las Segundas como efectivamente ocurrió.

A este respecto, como antecedente se cita la Sentencia C-975/02, en la que se consideró que la falta de competencia de las Comisiones Permanentes constituyen un vicio insubsanable.

Vicio por error en el tipo de ley

En la Sentencia C-193 de 2005 la Corte expresó que, para armonizar las exigencias de la Carta en materia de leyes estatutarias y no vaciar de contenido la competencia general asignada al legislador ordinario por el artículo 150-2 de la Constitución, según el cual le corresponde al Congreso expedir por medio de leyes ordinarias códigos en todas las ramas de la legislación, la Corte ha interpretado el mandato previsto en el artículo 152 de la Carta de manera sistemática y restrictiva, teniendo en cuenta las demás disposiciones constitucionales que tratan la materia y analizando en cada una de las hipótesis previstas en ese precepto constitucional los criterios determinantes para la aplicación de la reserva de ley estatutaria.

De tal forma que, según la jurisprudencia reiterada de esta Corte, en principio los códigos se tramitan como leyes ordinarias. Sin embargo, este criterio nominal relativo a la denominación que el legislador le da a una ley es insuficiente. El legislador no podría, por ejemplo, dictar una ley que regule los principales derechos fundamentales y establezca reglas para su interpretación como si fuera una ley ordinaria, simplemente porque optase por llamarla "Código de Derechos Fundamentales". Por eso, esta Corte ha señalado criterios adicionales al meramente nominal para determinar cuáles son las materias reservadas al legislador estatutario.

En la definición de criterios para determinar si un asunto está o no sometido a la reserva de ley estatutaria, la Corte ha identificado diversos criterios:

Una prelación de los criterios materiales sobre los puramente formales o nominales. Por ejemplo, la Corte ha rechazado que los criterios formales, como que la ley en cuestión haga referencia a alguna de las materias del artículo 152, sean suficientes por sí solos para obligar al trámite de ley estatutaria. Así lo dijo la Corte en la Sentencia C-247 de 1995:

> (...) la reserva de ley estatutaria, si bien debe exigirse como requisito de forma indispensable cuando la materia del proyecto corresponda a cualquiera de los temas señalados en el artículo 152, no es exigible de manera absoluta en todas las ocasiones en que alguno de aquellos sea objeto de mención o referencia. No todo precepto que de alguna manera guarde relación con ellos debe ser aprobado mediante el trámite excepcional previsto para esa clase de leyes.
>
> (...) el correcto entendimiento del artículo 152 de la Constitución no puede consistir en que el legislador evada las exigencias formales de excepción para aquellos casos en que, según la Carta, tiene lugar la ley estatutaria, pero tampoco en que esta modalidad legislativa abarque, sin un criterio razonable que encaje dentro del sistema positivo colombiano, todas las normas que integran el orden jurídico.

De las anteriores consideraciones se infiere que –a partir de los criterios generales señalados en la jurisprudencia para delimitar la distribución de competencias entre el legislador ordinario y el legislador estatutario– la Corte ha analizado dos tipos de cargos contra leyes ordinarias. El primero es el cargo global consistente en que toda la ley ordinaria ha debido ser tramitada como ley estatutaria en razón de su materialidad. En ese caso, la Corte se ha limitado a estudiar la constitucionalidad de la ley, globalmente considerada, como ocurrió en la Sentencia C-646 de 2001. Es decir, cuando el cargo del demandante va dirigido contra la ley en su integridad

porque a su juicio toda ella ha debido ser estatutaria, la Corte aborda el cargo desde esa perspectiva global, pero sin examinar aislada y separadamente artículos específicos de la misma. Así se evita un control oficioso de la Corte y se estudia el cargo que presentó el actor en los términos por él planteados.

El segundo tipo de cargo es el consistente en que algunos artículos de la ley ordinaria, en razón del contenido específico de cada uno de ellos, regulan materias que son de competencia del legislador estatutario. En ese caso, el demandante acusa unos artículos específicos y la Corte juzga los artículos demandados, no la ley globalmente considerada, como sucedió en la sentencia C-620 de 2001.

Vicios en la unidad de materia

Identidad y consecutividad

En la Sentencia C-669 de 2004 se desarrolló el concepto de principios de identidad y consecutividad. Los principios de identidad, de consecutividad y de unidad de materia, por ejemplo, hacen parte de la regulación general del procedimiento legislativo ordinario, que, ante la ausencia de normas constitucionales expresas en estos asuntos frente a leyes especiales, son principios igualmente exigibles para estas, con la misma intensidad y eficacia con la que operan frente a la legislación común u ordinaria. Así pues, de conformidad con las previsiones contenidas en los artículos 157, 158, 160 y 161 de la Constitución Política, el Congreso de la República debe atender dichos principios en el proceso de formación de todo tipo de ley.

En relación con el principio de consecutividad y con fundamento en el artículo 157 de la Carta Política, la jurisprudencia constitucional sostiene que, para que un proyecto se convierta en ley, debe haber sido aprobado en cuatro debates, a menos que se trate de aquellos eventos en los que, por disposición constitucional o de la Ley Orgánica del Congreso, el primer debate se surta de manera conjunta por las correspondientes Comisiones Constitucionales tres debates. En ambas modalidades, para que el proyecto de ley se considere válidamente aprobado deben surtirse los debates en forma completa e integral por las Comisiones y las plenarias de ambas Cámaras Legislativas.

De otra parte, el principio de identidad garantiza que los cambios introducidos por las plenarias en segundo debate guarden relación con los temas discutidos y aprobados en primer debate. Al respecto, esta Corporación ha expresado que el principio de identidad ha sido relativizado al facultar a los congresistas para que durante el segundo debate puedan introducir en el proyecto las modificaciones, adiciones y supresiones que consideren necesarias, siempre que durante el primer debate en la Comisión constitucional permanente se haya aprobado el asunto o materia a que se refiera la adición o modificación.

Ha resaltado igualmente que la Carta autoriza la introducción de modificaciones o adiciones al proyecto de ley durante el segundo debate de cada Cámara, es decir, para que bajo la forma de adición o modificación se incluya un artículo nuevo, pero siempre y cuando la materia o el asunto al que se refiera haya sido debatido y aprobado durante el primer debate y sin que ello implique repetir todo el trámite, salvo cuando se trate de serias discrepancias con la iniciativa aprobada en Comisión o existan razones de conveniencia que justifiquen su reexamen definitivo.

En esos términos, no puede la plenaria de una de las Cámaras incluir un artículo nuevo si el mismo no guarda unidad temática con el tema que se ha debatido y aprobado en las Comisiones, toda vez que en ese caso se desconocería la Constitución.

Así entonces, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, para que la introducción de artículos nuevos por parte de una de las plenarias del Congreso pueda ser objeto de la actividad de la Comisión de conciliación designada para superar las discrepancias, es menester que se cumplan estos requisitos:

1) Que el asunto o materia sobre el que versa el artículo introducido por una de las Cámaras haya sido debatido y aprobado por las Comisiones.

2) Que el asunto o materia a que se refiere el artículo haya sido abordado por las dos plenarias, directa o indirectamente.

3) Que el asunto sobre el que versa el artículo tenga una relación material con el asunto general del proyecto de ley. Un ejemplo de ello lo encontramos en la Sentencia C-370 de 2006, por medio de la cual se analizó la constitucionalidad de la Ley 975 de 2005, Ley de Justicia y Paz. En ella se expresó:

   > Con el trámite impartido a los artículos 70 y 71 de la Ley 975/05 se desconoció el principio de consecutividad, ya que como resultado de la indebida tramitación de la apelación presentada en el Senado ante la decisión de negarlos adoptada por las Comisiones Primeras Constitucionales Permanentes, finalmente fueron remitidos a Comisiones Constitucionales que no eran competentes; y una vez aprobados por estas últimas sin tener competencia para hacerlo, fueron introducidos de manera irregular en el segundo debate ante la plenaria del Senado, como si hubiesen sido aprobados por las Comisiones Constitucionales facultadas para ello.

La Corte desarrolló también el tema referente a los vicios por violación del principio de unidad de materia en la Sentencia C-015 de 2013, ocasión en la cual señaló que las disposiciones de un proyecto de ley en el que el legislador derogue disposiciones sobre las sociedades comisionistas de bolsa y a sus administradores y el tratamiento contable y tributario de los contratos de *leasing*, en una ley que regula el marco general para la libranza o descuento directo debido a no existir conexidad entre ello y el núcleo de la ley. Al respecto estableció la Corporación que no satisface el principio de la unidad de materia una disposición que, contenida en una ley regulatoria del régimen o marco general de la libranza o descuento, como su materia dominante, incorpore disposiciones relativas a (i) regulaciones de las sociedades comisionistas de bolsa y (ii) el régimen tributario y contable de los contratos de *leasing* con opción de compra y para proyectos de infraestructura, por carencia de conexidad con el núcleo temático de dicha ley.[69]

Vicio por falta de competencia de las Comisiones permanentes

En la Sentencia C-011 de 2013 la Corte constató la existencia de un vicio en el procedimiento de formación de la ley, ya que, siendo la materia predominante la regulación de derechos de autor y derechos conexos, al igual que la propiedad industrial, sin desconocer que dicha ley se expedía con el fin de implementar compromisos adquiridos por el Estado colombiano, la competencia por razón de la anterior especialidad correspondía, para su aprobación en primer debate, a las Comisiones primeras de Senado y Cámara, y no a las segundas como ocurrió en el presente caso. Respecto a este tema la Corte cita la Sentencia C-975/02 en la que se consideró que la falta de competencia de las Comisiones Permanentes constituye un vicio insubsanable.

En el presente caso la Corte estableció que las competencias temáticas obedecen a un criterio de especialidad, en la medida en que la Comisión especializada en determinada materia va a ser más eficiente debido a su mayor cualificación por experticia para regularla. En el caso concreto que ahora ocupa a la Corte, se observa que las Comisiones primeras fueron expresamente designadas por la Ley 3 de 1992 para dar primer debate a los proyectos de ley o de acto legislativo que versen sobre "propiedad intelectual". Las Comisiones segundas, por su parte, se ocuparán de tramitar aquellas que guarden relación con política internacional, defensa nacional y fuerza pública, tratados públicos, carrera diplomática y consular, comercio exterior e integración económica, política portuaria, relaciones parlamentarias, internacionales y supranacionales, asuntos diplomáticos no reservados constitucionalmente al Gobierno, fronteras, nacionalidad, extranjeros, migración, honores y monumentos públicos, servicio militar, zonas francas y de

69 Ver Sentencia C-015 de 2013

libre comercio y contratación internacional. Esto implica que las áreas de especialización de estas últimas no tienen relación alguna con los derechos de autor ni la propiedad intelectual y que, en esa medida, a pesar de haberse surtido en su seno los trámites de las leyes aprobatorias del Acuerdo Comercial con los Estados Unidos, su protocolo modificatorio y su carta adjunta, en virtud de los cuales se implementan algunos compromisos relativos a la propiedad intelectual, las Comisiones competentes, por expresa disposición legal, eran las primeras y no dejan de serlo por el solo hecho de que las leyes aprobatorias de dichos instrumentos internacionales se hayan tramitado en primer debate por las Comisiones segundas, que eran las competentes para el efecto.[70]

Además, en la Sentencia C-975 de 2002, la Corte declaró la inexequibilidad de la Ley 719 de 2001 por haber sido tramitada en primer debate en las Comisiones sextas de Cámara y Senado que carecían de competencia para ello, en tanto la materia regulada era precisamente la de derechos de autor, adscrita a las Comisiones primeras constitucionales permanentes del Congreso de la República, lo cual, a juicio de la Sala, configuró un vicio insubsanable en el procedimiento de formación de la ley.[71]

Vicio por no respetar la disciplina de bancadas
(referendo popular para aprobar la reelección presidencial)

En la Sentencia C-141 de 2010, el cambio de partido fue propiciado por el parágrafo transitorio del artículo primero del Acto Legislativo 01 de 2009, que estableció esta posibilidad con miras a las elecciones que tendrían lugar en el año 2010, mas no para propiciar la formación de mayorías coyunturales durante el debate y aprobación de una ley convocatoria a un referendo para modificar la Constitución y establecer una segunda reelección presidencial inmediata, actuación con la que queda evidenciada la trasgresión del artículo constitucional 108, pues en este caso, el transfuguismo fue un cambio consciente y deliberado de partido con fines claramente coyunturales, específicamente para conformar las mayorías en una votación particular durante el trámite de la Ley 1354 de 2009, el cual supuso el quebrantamiento de la disciplina de bancada, la vulneración del artículo constitucional 108 y una maniobra deliberada para escapar del poder disciplinario de su bancada original.

Esta Corporación considera que la Mesa Directiva de la Cámara de Representantes, al haber sido advertida oportunamente de la sanción impuesta por el Consejo de Control Ético del

70 Ver Sentencia C-011 de 2013

71 Ver Sentencia C-975 de 2002

Partido Cambio Radical, no debió permitir que los congresistas afectados por la misma participaran en la votación que tuvo lugar el 01 de septiembre de 2009, pues estos habían recurrido al cambio de partido para escapar del poder sancionador de dicha agrupación política.

En razón de que no era posible tener como votos válidos los depositados por los representantes sancionados con suspensión del voto, la anulación de los mismos no genera automáticamente un vicio procedimental, pues la anulación de los votos de determinados congresistas no necesariamente afecta la voluntad de toda la Cámara legislativa a la que pertenecen. En estos casos la doctrina ha sostenido que debe aplicarse la llamada "prueba de la resistencia", que, para la Corte, resulta de una coherencia lógica incontestable; este ejercicio postula que, ante la anulación del voto de algún o algunos congresistas, se verá afectada la voluntad de la Cámara o Comisión únicamente en aquellos casos en los que la sustracción de estos votos afecte el número de apoyos mínimo exigido para alcanzar la mayoría prevista por las disposiciones constitucionales para la aprobación de un determinado acto.

En el presente caso, referido a la aprobación del informe de conciliación en el trámite de la Ley 1354 de 2009, restar de los votos a favor obtenidos los de los congresistas suspendidos arroja como resultado un respaldo que no alcanza la mayoría que la Constitución y el Reglamento del Congreso exigen para su aprobación en la Cámara de Representantes, por lo que se presenta un vicio de carácter insubsanable, pues no se alcanzó uno de los presupuestos de aprobación del informe de conciliación, cual es el respaldo de la mayoría absoluta de la Cámara de Representantes.

Vicio por omisión del requisito de votación nominal y pública en las plenarias de las Cámaras del informe de objeciones gubernamentales

En la Sentencia C-328 de 2013 la Corte estableció que la omisión de la votación nominal y pública en las plenarias de las Cámaras del informe de objeciones gubernamentales derivaba en un vicio que ameritaba declarar la inexequibilidad en el caso. Si bien se trata de un vicio subsanable la Corte decidió fallar en el sentido mencionado.

Al respecto la Corporación afirmó que la posibilidad de aceptar la alteración del procedimiento legislativo o la ampliación de los plazos o términos constitucionales, legales o judiciales otorgados para subsanar errores en el trámite de un proyecto de ley, tal y como lo pretende el Congreso en este asunto, o avalar el cumplimiento extemporáneo de los requisitos inicialmente incumplidos, supondría llevar la formación de las leyes a un ámbito de absoluta aleatoriedad.[72]

Además expresó la Corte que al haber establecido un término razonable para que el Congreso rehiciera las votaciones de aprobación del informe de las objeciones presidenciales, fijó unas reglas a las que deben someterse tanto el legislador como la propia Corte, por lo que ha de respetarlas en tanto máximo juez constitucional. Por ello, no es factible que la Corporación, por petición injustificada del Legislativo, readecúe sus decisiones cada vez que se le requiera, en detrimento de los principios de legalidad y seguridad jurídica, desbordando sus competencias constitucionales.[73]

Conclusiones

Según lo expuesto resulta acertado concluir que puede configurar un vicio dentro del procedimiento legislativo la no observancia de alguno de los siguientes requisitos en el trámite del proceso legislativo y constituyente:

- Iniciativa legislativa
- Publicación en la gaceta
- Informe de ponencia
- Aprobación oportuna y cualificada en las dos Cámaras
- Respeto del principio de identidad (unidad de materia)
- Principio de consecutividad (cumplimiento de los términos legales de tiempo)
- Título

72 Ver Sentencia C-011 de 2013

73 Ibídem

Además, el control de constitucionalidad por vicios en este procedimiento constituye una garantía del principio democrático, como lo ha afirmado la Corte Constitucional en su jurisprudencia, ya que, según esta Corporación, el rol del juez constitucional en el ejercicio de este control es de suma importancia, pues su tarea consiste en verificar la regularidad y transparencia del proceso de aprobación de normas constitucionales, actividad que, de todas maneras, no significa exceso de ritualismo "(...), ya que dichas formas y procedimientos juegan un papel esencial en la democracia, por cuanto pretenden asegurar que exista una verdadera formación de una voluntad democrática detrás de cada decisión legislativa".

Los vicios que conducen a la declaratoria de inexequibilidad de una ley son los denominados vicios sustanciales, que se caracterizan por:

1) Vulnerar principios constitucionales.

2) Afectar el proceso de formación de la voluntad democrática en las Cámaras.

3) Desconocer las competencias y estructura básica institucional diseñada por la Carta.

Es decir que no cualquier vicio tiene como consecuencia la declaratoria de inxequibilidad, sino solamente aquellos que cumplan con las anteriores condiciones. Respecto a lo anterior la Corte ha utilizado el principio de instrumentalidad de las formas para determinar cuándo un vicio puede ser saneado. En la sentencia C-786 de 2012, la Corte expresó que no cualquier falla procedimental constituirá vicio de inconstitucionalidad, pues, en virtud del principio de instrumentalidad de las formas, algunos defectos pueden ser intrascendentes, otros pueden ser suplidos por mecanismos expresamente previstos en las normas vigentes, otros pueden ser saneados a lo largo del proceso legislativo y otros serán vicios subsanables bajo ciertas condiciones.

Agregando que, al analizar la trascendencia de un vicio de forma, es preciso tener en cuenta tanto el contexto en el cual este se presentó como el conjunto integral del trámite legislativo, por cómo se expresó, no toda vulneración de una regla sobre la formación de las leyes, contenida en la Constitución o en el respectivo Reglamento del Congreso, acarrea la invalidez de la ley y su posterior declaratoria de inconstitucionalidad. Debido a lo anterior, y como fue expresado anteriormente, la Corte ha fijado las reglas para determinar si un vicio de procedimiento tiene la entidad suficiente como para afectar la constitucionalidad de una norma así emanada. Al respecto, ha sostenido que,

de conformidad con lo que establecen el parágrafo del artículo 241 de la Constitución y el artículo 45 del Decreto 2067 de 1991, la gravedad de la irregularidad ocurrida en el trámite legislativo se debe determinar atendiendo a los siguientes criterios:

1) Si ese defecto es de suficiente entidad como para constituir un vicio susceptible de afectar la validez de la ley.

2) En caso de que la irregularidad represente un vicio, debe la Corte estudiar si existió o no una convalidación del mencionado vicio durante el trámite mismo de la ley.

3) Si el vicio no fue convalidado, debe la Corte analizar si es posible devolver la ley al Congreso y al Presidente para que subsanen el defecto observado.

4) Si no se presenta ninguna de las anteriores hipótesis, la Corte debe determinar si es posible que ella misma subsane, en su pronunciamiento, el vicio detectado, de conformidad con los lineamientos arriba trazados y respetando siempre el principio de razonabilidad.

Trascendencia de la técnica legislativa en la práctica parlamentaria

María Alejandra Svetaz

ASAMBLEA NACIONAL
REPÚBLICA DEL ECUADOR

Trascendencia de la técnica legislativa en la práctica parlamentaria

María Alejandra Svetaz*

"Las leyes, como las casas, se apoyan unas a otras".
Edmund Burke

Como uno de los temas por desarrollarse en el marco del II Seminario Internacional de Derecho Parlamentario, Ciencia Política y Técnica Legislativa, organizado por la Unidad de Técnica Legislativa de la Asamblea Nacional de Ecuador, se me ha propuesto analizar el tema: Trascendencia de la técnica legislativa en la práctica parlamentaria.

He aceptado con gusto la tarea y compuesto el presente trabajo, en el cual sistematizo conocimientos adquiridos a través de la práctica parlamentaria, ilustrados por nociones propias del derecho, la ciencia política y la filosofía del derecho.

En primer lugar he creído necesario informar al lector sobre el concepto y los alcances que se atribuyen a la técnica legislativa en la actualidad, así como su ubicación en el ámbito de una ciencia de la legislación.

Luego, describo los momentos del trámite parlamentario que requieren conocimientos de técnica legislativa para determinar su nivel de trascendencia. En este punto he optado por la clasificación del proceso legislativo en tres fases, tal como lo describe Manuel Atienza en su obra *Una contribución a una teoría de la legislación*.

* Abogada con especial dedicación al derecho parlamentario y la técnica legislativa. Asesora y redactora legislativa del Congreso Nacional Argentino, desde 1984. Docente universitaria en Derecho Constitucional. Consultora Internacional en temas de gestión y capacitación parlamentaria.

En tercer lugar repaso los aportes concretos de los técnicos legislativos que abonan fundamentalmente la trascendencia de la disciplina en el quehacer legislativo; pregunto sobre las razones que llevan a rechazar las reglas técnicas, tanto por parte de los legisladores como del personal legislativo y sugiero formas de resolver esta cuestión.

Finalmente consigno brevemente algunos temas que deben necesariamente incluirse en estudios futuros y más específicos.

Técnica legislativa. Concepto y alcances

La técnica legislativa, entendida como conjunto de destrezas e instrumentos requeridos para la elaboración correcta de los textos normativos, está presente en la historia de Occidente desde la época de esplendor de la civilización griega.

En un breve repaso podemos mencionar algunos textos y autores emblemáticos de este arte de legislar.

En Grecia recordamos las enseñanzas de Pitágoras contenidas en el *Biblion* o *Libro de las leyes morales y políticas* y luego las recomendaciones de Platón expuestas en los diálogos de *Las leyes*. En Roma, los decenviros redactaron la *Ley de las XII Tablas* aplicando reglas griegas y propias de técnica legislativa y existieron también pautas o directrices para la redacción de los senadoconsultos.

En 1748, Montesquieu incorporó en el Libro XXIX de su obra *El Espíritu de las leyes* propuestas para la composición de las leyes bajo el título *De la maniere de composer les lois*. Entre 1811 y 1831, Jeremías Bentham escribió *Nomografía o el arte de redactar leyes*. En 1869 se conformó en Inglaterra un órgano que persiste hasta la actualidad: el Office of the Parliamentary Counsel[74]. Su primer responsable fue lord Henry Thring autor de *The Simplification of Law*. En sus artículos Thring sostenía que los asuntos o materias sobre los que versan los actos parlamentarios, así como las provisiones que hacen que las leyes se ejecuten, pueden admitir ser reducidos a un cierto grado de

74 La oficina funciona en la actualidad dentro de la oficina del Gabinete (Cabinet Office).

uniformidad, es decir, que era posible uniformar la estructura de los textos normativos y la redacción[75]. Entre 1914 y 1924 Geny *escribió La technique legislative dans la codification civile moderne.*

En Argentina, Colmo (1927) dedicó a Geny su obra *Técnica legislativa del Código Civil Argentino*, en cuyo prólogo dice:

> Voy a comenzar un estudio, el de la Técnica Legislativa de nuestro código fundamental de derecho privado, con el grave temor de no llevarlo a buen término. Tengo que vencer al efecto dos órdenes primordiales de dificultades. Desde luego, hay carencia de precedentes en estas cosas, pues no sé de ningún trabajo análogo, si se prescinde de uno que otro esbozo y de esta o aquella alusión más o menos directa o incidental. Además, suscita prevención en lo común de las mentes eso de la técnica; o se la mira como una superchería, aduciéndose que la inteligencia de los códigos no requiere tal quinta rueda, por lo mismo que basta, y sobra, con la cabal noción de sus preceptos; o se la juzga como una rémora, en cuanto las reglas técnicas pueden trabar el juego espontáneo y libre del legislador, y en cuanto la mayoría de los códigos del mundo no han obedecido a cánones técnicos de ningún género y no se han encontrado peor por eso.

Entre los antecedentes consultados, el profesor Colmo menciona a Montesquieu, Bentham, Geny, Ihering, Zitelman, Stammler, entre otros. Otros autores argentinos continuaron con la misma temática y así vieron la luz dos obras: *Teoría y técnica Legislativas*, de José Héctor Meehan (1976), e *Introducción a la técnica legislativa*, de Clavell Borrás (1984).

Distintos manuales de técnica legislativa fueron producidos en Europa a partir de los años setenta y las directrices para la elaboración de textos normativos cobraron protagonismo en los años ochenta en Bélgica, Francia e Italia. Los autores y las obras se suceden hasta nuestros días sin que exista un estudio completo y exhaustivo sobre el tema[76]. La última novedad, tal

75 "The subjects of Acts of Parliament, as well as the provisions by which the law is enforced, would admit of being reduced to a certain degree of uniformity; that the proper mode of sifting the materials and of arranging the clauses can be explained; and that the form of expressing the enactments might also be the subject of regulation". Thring, H. (2014, 14 octubre). *Practical legislation; or the composition and language of Acts of Parliament*. Londres: Parliamentary Counsel Resource Archive, History of the Office of Parliamentary Counsel. Obtenido el 14 de octubre de 2014, de https://archive.org/stream/thringpracticall00thri#page/n5/mode/2up

76 Marchili, L. A. (2009). *Cómo legislar con sabiduría y elocuencia*, Buenos Aires: Dunken, p. 39, dice: Hubiese sido de gran utilidad poseer una historia del perdido arte de legislar, desde la Antigüedad hasta nuestros días, para continuar los esfuerzos realizados por los predecesores…No habiéndola encontrado, pese a las intensas búsquedas efectuadas, el autor se ha tenido que conformar con el siguiente esbozo…Sería muy satisfactorio, si además, se pudiere entusiasmar a otros en la búsqueda de los textos olvidados...

vez, sea la norma IRAM 30701 "Técnica Legislativa. Requisitos del texto de la ley" aprobada en Argentina en 2013 por el Instituto Argentino de Normalización y Certificación[77].

Lo cierto es que a lo largo de más de dos mil años, juristas, filósofos y experimentados funcionarios legislativos se han ocupado de la técnica legislativa, definiendo su contenido y alcances y nombrándola de diferente manera[78]. Estas variaciones conceptuales dependen de diversas cuestiones que deben tenerse en cuenta en cada caso para no cometer errores en la interpretación de los distintos textos.

En primer lugar es preciso determinar si el enfoque adoptado por el autor ha sido jurídico-teórico o político-legislativo, o ambos, es decir si la definición es aportada por un jurista o por prácticos legislativos con diferente formación profesional o si se trata de expertos que reúnen ambas condiciones. Indagar luego cuál es la concepción del derecho que elige el autor. ¿Reduce el derecho a normas escritas y vigentes o acepta que el derecho es parte de la política? Si son juristas ¿son iusnaturalistas, positivistas, realistas, trialistas, etc.? En consecuencia: ¿se interesan solo la por la interpretación y aplicación del derecho o incluyen en sus estudios el proceso de la elaboración de normas?[79]

También es ilustrativo conocer si los autores de estas definiciones tienen o no experiencia concreta en la elaboración de textos normativos. De la definición adoptada derivará la concreta ubicación que otorgan a la técnica legislativa como disciplina en el marco del derecho y la política[80] y la descripción de las partes que la componen. ¿Es una técnica jurídica, comprendida en el derecho parlamentario, una rama de la ciencia de la legislación (Castells) o de la teoría de la legislación (Atienza) aún no desarrolladas?

77 Esta norma del Instituto Argentino de Normalización y Certificación (IRAM) es fruto del consenso técnico entre los diversos sectores involucrados, los que a través de sus representantes han intervenido en los Organismos de Estudio de Normas correspondientes. El IRAM es una asociación civil sin fines de lucro cuyas finalidades específicas son establecer normas técnicas, sin limitaciones en los ámbitos que abarquen, además de propender al conocimiento y la aplicación de la normalización como base de la calidad, promoviendo las actividades de certificación de productos y de sistemas de la calidad en las empresas para brindar seguridad al consumidor. IRAM es el representante de la Argentina en la *International Organization for Standardization* (ISO), en la Comisión Panamericana de Normas Técnicas (COPANT) y en la Asociación MERCOSUR de Normalización (AMN).

78 Una lista bastante completa de autores y materiales referidos a la técnica legislativa pueden consultarse en: Garcia-Escudero P. (2010). *Materiales para el Estudio de la Técnica Legislativa*. Obtenido de: http://www.i3sistemas.com/idp/webtemp/docs/docs/105-tecnica_legislativa-actualizado_09-2010.pdf

79 "En líneas generales la transición del iusnaturalismo al positivismo supone el desplazamiento de la razón desde la creación a la aplicación del derecho" Prieto, L. (1987). *Ideología e interpretación jurídica*. Madrid: Tecnos, p. 28.

80 La técnica legislativa es una rama de la técnica jurídica. El derecho es parte de la política.

> La cuestión acerca de cómo se incardina la Técnica Legislativa en las teorías de la legislación quedó en un claro segundo plano, en una cierta penumbra teórica pobremente arropada por la idea de que la ciencia o teoría de la legislación es un saber interdisciplinar, tributario de disciplinas tan dispares como pueden ser, solo entre otras, la filosofía moral y política, las doctrinas generales del derecho, la historia, la sociología y otras ciencias sociales, la lingüística, el derecho constitucional y las restantes ramas o ciencias jurídicas –en el sentido de la palabra alemana *Rechtswissenschaft*-.[81]

En mi opinión, reducir el derecho a la norma escrita y vigente, desconociendo los aspectos sociológicos y axiológicos presentes en el proceso de la elaboración de las normas, no es una opción teórica válida para explicar el proceso prelegislativo y legislativo propiamente dicho. Es decir, tanto la etapa previa a la presentación de la iniciativa legislativa, como la correspondiente al tratamiento en comisiones y sanción en el pleno de un proyecto de ley. Suscribo las palabras del profesor Ciuro Caldani, cuando enseña desde su enfoque trialista del derecho que "para producir una norma se parte de un caso, se pasa por los valores y llega a la norma"[82].

Por ello, entiendo que la técnica legislativa debe abandonar toda concepción restringida que la circunscriba solo a la redacción de textos legislativos correctos y avanzar hacia un concepto que incluya las dimensiones axiológicas y sociológicas de las normas. Dice Granado Hijelmo (2000)[83] que la técnica legislativa ha de ser puesta en tensión de tridimensionalidad, es decir, no solo ha de atender medio a las implicaciones dogmáticas de la legalidad y seguridad de la norma, sino que ha de atender también a las dimensiones axiológicas y sociológicas de la misma.[84]

Ubertone (1998) al definir la técnica legislativa indica que una mayor precisión sobre el contenido y su alcance puede extraerse –mejor que de las definiciones– "de una cuidadosa exploración de los subtemas que cada autor incluye en sus obras. Más dicen sobre el contenido de la materia los índices de los subtemas incluidos que las más primorosas definiciones". [85]

---

81 Salvador Cordech, P. (2004). Técnica legislativa y teorías de la regulación. En Pineda Garfias, R. (2014, 14 octubre). *Teoría de la Legislación. Algunos planteamientos generales. Obtenido el 14 de octubre de 2014, de: http://www.derechosfundamentales.cl/revista/03.137-156.Pineda.pdf*

82 Ciuro Caldani, M. (1992) Hacia la comprensión plena de la elaboración de normas. En *Jornada sobre Filosofía, Ciencia y Técnica en la elaboración de normas. Cátedra I Introducción al Derecho–UNR en homenaje a Elisa Méndez de Smith* (p. 26). Obtenido el 14 de octubre de 2014, de file:///C:/Users/Master/Downloads/663-4123-1-PB.pdf

83 Granado Hijelmo, I. (2000). Técnica Legislativa y Función Consultiva. La Rioja: Universidad de La Rioja. Obtenido el 2 de noviembre de 2014, de file:///C:/Users/Master/Downloads/Dialnet-TecnicaLegislativaYFuncionConsultiva-206586.pdf

84 Manuel Atienza dice que "la técnica legislativa que ahora se está gestando no debería seguir los pasos de la dogmática y desarrollarse de espaldas del saber social (en particular de espaldas a la sociología)". Citado por Marcilla G. (1999, 14 octubre). Sobre Contribución a una Teoría de la Legislación de Manuel Atienza. En Revista Isonomía. No. 11, octubre de 2009. Obtenido el 14 de octubre de 2014, de http://www.cervantesvirtual.com/obra/sobre-contribucion-a-una-teoria-de-la-legislacion-de-manuel-atienza/

85 Ubertone, F. P. (1998). Técnica legislativa interna y externa. En *El Derecho en la Legislación Argentina.* Buenos Aires: EDLA. 24 de julio de 1998, Boletín No. 25.

Ubertone está en lo cierto: en sus obras, los autores extienden hoy día el alcance de la técnica legislativa más allá de las definiciones que nos brindan e incorporan aspectos sociológicos y dikelógicos que no aparecen en ellas:

1) Clavell Borrás en su *Introducción a la técnica legislativa*, publicada en 1988, incluye un Capítulo I dedicado a la "Crisis del Poder Legislativo" y uno segundo en el cual trata las "Causas de la Deficiente Legislación" y entre ellas menciona la falta de estudios científicos y de expertos calificados, la labor legislativa apresurada.

2) En el libro *Curso de técnica legislativa GRETEL*, Serie de Técnica Legislativa, publicado en España en 1989, se incluye un trabajo de Casals sobre planificación de la intervención legislativa.

3) Muñoz Quesada, en el *Manual centroamericano de técnica legislativa*, publicado en el año 2000, incorpora temas como negociación y aprobación política, relación entre los objetivos de la técnica legislativa y la gobernabilidad, evaluación de la ley, impacto socioeconómico de la ley.

4) Marcello escribe sobre ética del redactor legislativo en su artículo *Ethics and Politics of Legislative Drafting*.

El Instituto de Ciencia y Técnica Legislativa en Argentina, asociación civil dedicada a la investigación, consultoría y capacitación en temas de técnica legislativa incluye en sus cursos de técnica legislativa los distintos aspectos de la construcción política y técnica de la ley, prácticas de deliberación, estrategia legislativa y relación entre los poderes del Estado y con la sociedad.

El International Legislative Drafting Institute de la Universidad de Tulane, en los Estados Unidos, ofrece un programa anual de dos semanas sobre técnica legislativa, en el cual ofrece a sus participantes distintas presentaciones sobre la importancia de la participación ciudadana y de los grupos de interés en el proceso de redacción de los textos legales. Coincidimos con esta visión ampliada acerca de la técnica legislativa que, además, se refleja en su tradicional división en técnica legislativa interna y externa.

Por ejemplo, Clavell Borrás (1984)[86] nos dice que la técnica legislativa externa o formal comprende los modos y procedimientos para elaborar las leyes, en especial la organización y funcionamiento del poder legislativo (procedimiento parlamentario: bases de la ley, elaboración del proyecto, debate, sanción, promulgación), y la técnica legislativa interna o substancial: los requisitos del texto legal para que sus disposiciones logren las indispensables cualidades de certeza o seguridad jurídica, unidad, orden, precisión, flexibilidad y claridad.

Pérez Bourbon (1990)[87] dice:

> Llamaremos Técnica Legislativa externa a todo lo que es el mecanismo de funcionamiento del Parlamento y de ambas Cámaras en el caso del Congreso Nacional o de las legislaturas bicamerales, en cuanto a cómo es el circuito o el sistema de tratamiento de un proyecto hasta que ese proyecto se transforma en una ley. Que pasa a comisiones, que se discute en el recinto, que pasa de una Cámara a otra, que vuelve o no vuelve con correcciones, etc. Esto conformaría lo que sería la Técnica Legislativa externa (…) la Técnica Legislativa interna, en la cual podemos distinguir dos aspectos: lo que es la estructura externa de la norma, de lo que es la estructura interna.

Ubertone (1998) es más preciso y entiende que son temas de técnica legislativa interna:

1. La redacción legislativa: estilo, terminología, uso de definiciones, remisiones internas y externas, etc.

2. La estructura de la ley –tanto la estructura formal como la sustancial– que incluye las formas externas de la ley, las divisiones de la ley (títulos, capítulos, etc.), la unidad del texto normativo (el artículo), el epigrafiado, las divisiones del artículo (párrafos, incisos, subincisos) y los anexos; en los decretos, el visto, los considerandos y la parte dispositiva, etc.

3. La lógica de los sistemas normativos, tanto en sus aspectos estáticos como dinámicos. Este, en principio, es un tema de la teoría de la legislación, pero cuando los conocimientos teóricos son desarrollados hacia lo práctico y aplicados al análisis de un documento normativo concreto, entonces esa parte corresponde a la técnica interna.

86 Clavell Borrás, J. (1984). *Introducción a la Técnica Legislativa*, Buenos Aires: Fundación Banco de Boston, p. 10.

87 Pérez Bourbon, H. (1990). Técnica Legislativa y política legislativa. En: De lucía, D. et. al. *Primeras Jornadas de Perfeccionamiento y Actualización Parlamentaria.* Mendoza: Centro de Capacitación Superior de la Legislatura de la Provincia de Mendoza, p. 7.

El profesor Castells describe la ciencia de la legislación como conocimiento sistemático, verificable y aplicable, subdividido en teoría legislativa y técnica legislativa; dentro del marco de la técnica legislativa (métodos y técnicas adecuados para legislar correctamente) ubica la técnica legislativa interna (estructura, lógica interna y redacción del texto normativo) y la técnica legislativa externa (órganos y procedimientos, asesoramiento especializado, capacitación, información e instrucción).

Por su parte, Camposeco Cadena (1998)[88] considera que es una técnica omnicomprensiva ya que toma conocimientos propios de la lógica, la semántica, la lingüística, el derecho, la información, únicamente en cuanto se refiere a la construcción formal propia de cada norma jurídica. Y de todas las ciencias, artes y técnicas, en lo referente a los contenidos sustantivos de la norma en gestación. La forma será jurídico-normativa, en tanto que los contenidos tutelados serán de los respectivos "sujetos-objetos sociales" concernidos.

Diez González, portavoz del Grupo Parlamentario Unión Progreso y Democracia en España, en su proposición de ley de noviembre de 2013, habla de la técnica legislativa como una "disciplina multiforme". López Olivera (2000)[89] agrega que la técnica legislativa hoy día ha superado el arte de redactar proyectos correctos para ocuparse también de "construir un ordenamiento jurídico bien estructurado".

Cordech (2024) se suma a la interpretación amplia de los alcances de la técnica legislativa cuando dice que "la realidad de la participación de los grupos de intereses ciudadanos en la elaboración de las leyes y demás disposiciones[90] jurídicas debería ser tomada en consideración por la Técnica Legislativa del siglo XXI", de igual modo los "eventuales procesos de negociación que tienen lugar en el seno de cada poder del Estado, así como entre los distintos poderes públicos".

Para Muñoz Quesada (2000), la técnica legislativa se integra con conocimientos sobre negociación y construcción colectiva de consensos. La técnica de la negociación se convierte en una herramienta esencial "para lograr la adopción de las decisiones políticas en el seno

88 Camposeco Cadena, M. (1998, 14 de octubre). *La Técnica Legislativa*. Obtenido el 14 de octubre de 2014, de http://www.legislarbien.com.ar/home.php?s=verA&id=20

89 López Olivera, Miguel. (2000, 14 de octubre). Técnica Legislativa y proyecto de ley. En Carbonell M. y Pedroza S. (Coordinadores) *Elementos de técnica legislativa*. México: UNAM. Obtenido el 14 de octubre de 2014 de http://portal.uacm.edu.mx/LinkClick.aspx?fileticket=X2hHgTCHT68%3D&tabid=1502

90 Salvador Cordech, P. (2004, 14 noviembre). Técnica legislativa y teorías de la regulación. En *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*. Madrid: Editorial Thomson Civitas. Obtenido el 14 de noviembre, de http://www.indret.com/pdf/208_es.pdf

de los Parlamentos; la negociación como ciencia y como técnica, hay que comprenderla para entender el proceso de construcción de la ley".[91]

Por último, completo la descripción de temas que debe abordar una nueva técnica legislativa con las cuestiones de razonamiento jurídico, ya que como señala Marcilla (1999): "El proceso de legislación tiene como objetivo alcanzar decisiones racionales siguiendo un procedimiento institucionalizado, igual que ocurre en los procesos judiciales".

Sin pretender dar una definición propia, mediante la conjugación de los distintos aspectos antes señalados, entiendo que la técnica legislativa es el arte de redactar textos normativos correctos que permitan construir un ordenamiento jurídico bien estructurado, con el uso de un conjunto de recursos y procedimientos que resuelvan las distintas implicancias sociológicas, normativas y axiológicas de las normas por proyectar.

No tengo dudas con respecto de la ubicación de la técnica legislativa en el ámbito de la ciencia de la legislación y de su división en interna y externa en los términos que propone el profesor Ubertone y completa Castells. La elaboración de normas es una actividad compleja, especializada, que exige de los técnicos diversos saberes y destrezas. Como dice Angelesco (1930): "En ella es necesario, más que en ningún otro caso, una conjugación de vocación y aptitudes, un juicio prudente y justo, disciplina intelectual, estudios largos y profundos. No basta la intuición para realizarla, pues no se improvisa un legislador, como no se improvisa un abogado, profesor o médico".[92]

La técnica legislativa y su trascendencia en el trámite legislativo

Desde una concepción amplia de la disciplina y de sus alcances, tal como quedó expresado en el punto anterior, es posible identificar los distintos momentos en los cuales el legislador y el técnico recurren a su auxilio a lo largo de todo el procedimiento parlamentario.

91 Muñoz Quesada, H. (2000). *Manual Centroamericano de Técnica legislativa.* San José: Foro de Presidentes de los Poderes Legislativos de Centroamérica (FOPREL), Unidad para la Promoción de la Democracia, OEA, p. 6.

92 Angelesco, A. (1930). *La Techique legislative en Matire de Codificacion Civile.* Paris: E. de Boccard, p. 34. Citado por Cifuentes B. y Tapia Valdés, J. (1964). Misión de las facultades de derecho en la Técnica legislativa. En *III Conferencia de Facultades de Derecho Latinamericano,* 1963. (punto II, p.11). Obtenido el 11 de octubre de 2014, de http://www.revistas.uchile.cl/index.php/RDPU/article/viewFile/31546/33316

Las múltiples ocasiones en las cuales se necesita de los recursos que proporciona la técnica legislativa durante el proceso parlamentario y la gran cantidad de ellos, disponibles en la actualidad, ratifican la trascendencia de la disciplina y la necesidad de su continuo desarrollo con el fin de atender las mayores complejidades que presenta el proceso de elaboración de normas en nuestro siglo.

Coincido con el profesor Castells (1988) en cuanto a que la técnica legislativa abarca la mayor parte del proceso normativo y, dividiendo este en las tres fases que propone Manuel Atienza, podemos determinar cuáles son los aportes concretos de la disciplina en cada instancia.[93]

Etapa prelegislativa

El proceso de elaboración de una ley se inicia con la detección, por parte del legislador, de una necesidad social insatisfecha o la recepción de una demanda social articulada por uno o más grupos de interés. El legislador analiza el problema que se plantea, decide si este debe resolverse o no por medios legales (modificación, derogación de una legislación vigente o la aprobación de una nueva norma) y, en su caso, solicita a sus colaboradores la redacción de un proyecto de ley. Esta decisión es de naturaleza política y el legislador la toma basado en su propia convicción, con equilibrio de sus motivaciones personales, ideología política y pertenencia a un partido, a la vez que sopesa la información y el asesoramiento disponibles.

La técnica legislativa aporta procedimientos y herramientas útiles para hacer menos compleja y más eficiente esta etapa de génesis de la ley.

Entre sus aportes se encuentran:

1) Los listados de verificación que ayudan a la toma de la decisión, por ejemplo, en el *checklist* del Gobierno Federal de Alemania (1993) [94] se consignan preguntas que ayudan a

93 Esta clasificación es expuesta por Manuel Atienza en su *Contribución para una teoría de la legislación y utilizada en el modelo circular de Noll.* Es también compatible con nuestros conocimientos sistematizados a través de la experiencia parlamentaria y que se encuentran reflejados en distintas publicaciones del Instituto de Ciencia y Técnica Legislativa.

94 Para Hugo Alfonso Muñoz Quesada, "el concepto de técnica legislativa se amplía con la incorporación de un conjunto de preguntas, que se conocen como el "cuestionario alemán" -así llamado por ser en ese país donde se comenzó a utilizar-. Esas interrogantes permiten al legislador tomar en cuenta aspectos fundamentales antes de elaborar la ley, los cuales se refieren no solo a la técnica de redacción de los textos, sino a aspectos sociológicos, políticos, económicos cuyo conocimiento resulta de gran utilidad a la hora de preparar los proyectos. Esas consideraciones desbordan la concepción original de la técnica legislativa, que se reducía únicamente a aspectos lingüísticos y jurídicos, para abarcar el impacto social, económico y político de la norma y otros aspectos de repercusión en la gobernabilidad de un país. En efecto, la ley es más que un instrumento jurídico, es una respuesta política de un poder del Estado a una comunidad que reclama soluciones oportunas. Ver Muñoz Quesada H. (2001). La Técnica Legislativa en la Asamblea Legislativa de Costa Rica. En Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *Técnica Legislativa en Centroamérica y República Dominicana*. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

la toma de una decisión de calidad, tales como: ¿es necesario legislar para dar solución al problema? ¿Se ha interpretado correctamente la demanda? ¿Cuál es el problema planteado? ¿Existen otras alternativas de solución? ¿Es preciso actuar ahora? ¿Qué ocurrirá si no se resuelve nada ahora? ¿Cuáles son las personas y sectores afectados? ¿Es razonable la relación costos beneficios?

2) La sistematización en etapas del proceso de elaboración del texto normativo y los aportes específicos en materia de conocimientos, método y herramientas para cada etapa. En mi trabajo sobre Etapas en la Elaboración de un Proyecto[95] describo nueve etapas:

- **Primera etapa:** comprensión general del tema. En este caso el técnico debe determinar con precisión el objeto de la ley que se proyecta, sus sujetos, ámbito de aplicación territorial y vigencia; todo ello a partir de la decisión política que se le comunica y cuenta para ello con sus capacidades técnicas, su conocimiento del derecho parlamentario y el apoyo de *checklists* o listados de verificación.

- **Segunda etapa:** búsqueda de antecedentes. Requiere de acceso a las fuentes internas de asesoramiento y externas al órgano legislativo y de listados de verificación.

- **Tercera etapa:** análisis de impacto del proyecto a través de las directrices y manuales que facilitan el análisis de viabilidad, oportunidad y conveniencia que realiza el legislador; uso de técnicas de evaluación de impacto de la futura norma (análisis del posible impacto de la ley sobre diversas variables que pueden afectar a los actores en particular y a la sociedad en general y que refieren a aspectos legales, económicos, sociales, constitucionales, derechos humanos, institucionales).

- **Cuarta etapa:** elección de la forma de presentación y diseño de estructura. En esta instancia el técnico debe analizar el proyecto con relación a las formas de presentación que determinan las normas reglamentarias del cuerpo legislativo y adoptar las que correspondan: luego diseñará la estructura del texto normativo. Recurrirá a reglamentos, manuales, reglas o directrices y *checklists* de técnica legislativa.

95 Svetaz, M. (1998). La elaboración de un proyecto legislativo. En Svetaz, M.; Grosso, B.; Luna, M.; Pérez Bourbon, H.; Ubertone, F. *Técnica Legislativa*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, pp. 146-151.

- **Quinta etapa:** redacción del texto normativo. En este caso también las herramientas de la técnica legislativa están presentes en forma de manuales, reglas o directrices y *checklists* de técnica legislativa.

- **Sexta etapa:** consulta con el legislador.

- **Séptima etapa:** revisión final.

- **Octava etapa:** presentación sujeta a formalidades de cada cuerpo parlamentario.

- **Novena etapa:** seguimiento del proyecto en todo su trámite legislativo.

a) Los principios y reglas que, en cada órgano legislativo, articulan la relación del trabajo del asesor técnico legislativo y el legislador.

b) Las normas éticas que guían la actividad del redactor legislativo, si las hay. Marcello (1995)[96] señala que las reglas de conducta que en su país se aplican para los abogados que actúan ante el Poder Judicial y Ejecutivo pueden ser la base para el diseño de reglas éticas para el redactor legislativo, aunque este no fuera abogado. En principio son reglas que obligan a la confidencialidad, objetividad, no intromisión en la decisión política exclusiva del legislador, no abogación por intereses particulares o de un sector determinado, etc.

c) Las pautas y criterios de argumentación y negociación. En la etapa prelegislativa el legislador debe convencer a sus colegas de acompañarlo en la presentación del proyecto, lograr apoyo de la comunidad, etc.

En la clasificación que realiza Atienza sobre los tipos o niveles de racionalidad que puede alcanzar la legislación en esta etapa pueden verificarse la racionalidad teleológica, es decir, si la ley alcanzará los fines sociales perseguidos, y la racionalidad ética, es decir, si las conductas prescritas y los fines perseguidos son susceptibles de justificación ética.

[96] Marcello, D. (1995). *The Ethics and Politics of Legislative Drafting*. Tulane Law Review. Obtenido el 12 de noviembre de 2014, de http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tulr70&div=87&id=&page=

Etapa legislativa

La etapa legislativa se inicia con la presentación del proyecto, continúa con su tratamiento en comisión, luego sigue el debate y sanción en el Plenario y concluye con la promulgación y publicación por parte del Poder Ejecutivo.

En todo este camino, la técnica legislativa está presente con sus reglas, principios y procedimientos establecidos en los reglamentos internos del cuerpo parlamentario, contenidas en normas constitucionales o legales (por ejemplo la fórmula de sanción que establecen las constituciones, las leyes de caducidad de proyectos), a través de reglas específicas de técnicas legislativas aplicables a los dictámenes o despachos de Comisión y al texto final sancionado. A todo ello agregamos las pautas de negociación parlamentaria, las pautas de análisis de impacto para la futura ley, etc.

El nivel de racionalidad que en esta etapa reclama Atienza es el de la racionalidad ética y la lingüística, esta última exige que el legislador como emisor deber ser capaz de transmitir con fluidez el mensaje (la ley) al destinatario.

Etapa poslegislativa

Se produce a partir de la entrada en vigor de la ley. Consiste en la revisión de la ley sancionada conforme distintos parámetros para, en su caso, aconsejar su modificación, derogación o sanción de una nueva ley. Cierra el ciclo de manera circular, ya que puede generar una nueva iniciativa legislativa (modelos de Atienza y Noll).[97]

La técnica legislativa también brinda recursos para esta etapa: evaluación de impacto, *ex post*, listados de verificación o *checklist*, técnicas de implementación, etc.[98]

El nivel de racionalidad exigido según Atienza es jurídico formal (la ley debe insertarse armoniosamente en el sistema jurídico), pragmática (la conducta de los destinatarios

97 Atienza, M. (1989). Contribución para una teoría de la legislación. Ponencia presentada por el autor en *II Congreso de la Federación de Asociaciones de Sociología del Estado Español septiembre-octubre de 1989*. Obtenido el 14 de octubre de 2014, de http://www. Iluisvives.com/servlet/ Sirve0bras/doxa/01361620813462839088024/cuaderno6/Doxa6_21.pdf

98 Véase en la Cámara de Diputados de la Nación Argentina el proyecto de ley de la Diputada Paula M. Bertol sobre Comisión de Revisión Legislativa entre cuyas funciones se enumeran: examinar periódicamente la legislación sancionada y recomendar su modificación por razones de anacronismo, derogación implícita, contradicciones o lagunas normativas, y recibir, considerar las sugerencias y propuestas de modificaciones a la legislación vigente que formulen los jueces, funcionarios públicos, las asociaciones intermedias, colegios profesionales y los ciudadanos en general. Documento obtenido el 14 de octubre de 2014, de http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=0008-D-2013

tiene que adecuarse a lo prescrito) y teleológica (la ley tiene que alcanzar los fines sociales perseguidos).

Indudablemente, la trascendencia que la disciplina adquiere a lo largo de todo el proceso legislativo –indispensable en cada fase ya que sus recursos y procedimientos son necesarios para atender la complejidad dogmática, pero también sociológica y axiológica, del proceso de elaboración de normas– requiere de una participación activa de los actores internos, legislador y técnico.

¿Qué se demanda de cada uno de ellos?

El legislador es el principal proveedor de un orden normativo cierto y comparte con el Poder Ejecutivo la responsabilidad de hacerlo público y conocido por todos.

Su discrecionalidad encuentra límites en lo jurídico[99]; la decisión política no puede nunca extralimitarse violando derechos ni garantías fundamentales y debe respetar el orden supranacional; su hacer se facilita con el auxilio de normas técnicas (*checklist*, pautas de evaluación de costo-beneficio, reglas éticas, etc.) y los conocimientos e información disponibles.

Por su parte, el técnico legislativo es responsable de volcar con precisión la voluntad política en un texto escrito. Debe asegurar que el acto legislativo resulte oportuno y conveniente, sea reflejo de la realidad social, económica, cultural o política que se pretende describir y anticipe una efectiva aplicación.

Siguiendo a Meehan[100] el técnico debe hacer uso de todos los recursos que la técnica legislativa le proporciona para lograr que el acto legislativo que promueve reúna las características de:

1) Integralidad: debe ser un acto legislativo completo, que contenga todas las normas pertinentes y que no presente lagunas técnicas que requieran de otros actos legislativos.

2) Irreducibilidad: no debe expresar más de lo necesario y no debe contener reiteraciones ni excesos legislativos.

[99] El legislador no puede decidir fuera del marco de las normas constitucionales ni tampoco invadir la esfera de decisión de los otros poderes del Estado.

[100] Meehan, J. H. (1976). *Teoría y técnica legislativas*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, pp. 75-82.

3) Coherencia: no debe presentar contradicciones, inarmonías ni soluciones diferentes para iguales supuestos.

4) Correspondencia: el acto legislativo debe insertarse correctamente en el ordenamiento jurídico, indicando con precisión las derogaciones y modificaciones de otras normas.

5) Realismo: el acto legislativo debe ser producto de un análisis integral de la realidad social y predecir que producirá los efectos que se persiguen a través de él.

Principalmente, el técnico provee a la seguridad jurídica del sistema elaborando textos claros, precisos y concisos en cuanto a su redacción y estructura y cuya formulación lógica evite la existencia de contradicciones, redundancias o lagunas que dificulten su interpretación y aplicación.

La técnica legislativa establece una serie de reglas o pautas que deben respetarse para garantizar la seguridad jurídica, a saber:

1. El contenido del texto normativo debe limitarse estrictamente a las materias que se reconocen como competencias propias del órgano legislativo del que se trate.

2. La forma y modo de presentación del proyecto ante el órgano legislativo debe ajustarse a lo dispuesto por el reglamento interno de funcionamiento del cuerpo legislativo o las disposiciones en la materia.

3. Debe dotarse al texto de una estructura que facilite el conocimiento e identificación de sus normas, que se enumeran en:

   - Limitar las remisiones a otras leyes vigentes en los casos estrictamente necesarios, identificando con exactitud la norma a la que se remite.

   - Diseñar un nuevo texto legal, con estructura y redacción propias, cuando las modificaciones que deben introducirse al texto vigente resulten excesivas.

   - Indicar en forma precisa los artículos de la norma que deben reglamentarse. La función de reglamentación, propia de los poderes ejecutivos, adquiere especial importancia en los casos en que la ley dispone que gran parte de sus disposiciones se deben completar por este procedimiento. Esta situación puede obedecer a

razones de índole política que impidieron alcanzar un acuerdo legislativo mayor que el que resulta del texto sancionado o al excesivo tecnicismo de la materia que regula la norma.

4. La correcta formulación lógica de las normas debe proporcionar un texto sin contradicciones (dos o más soluciones diferentes para un caso dado) ni redundancias (dos o más soluciones iguales para un caso contenidas en distintas normas).

5. Especial atención debe dispensar el redactor legislativo a la formulación de las normas que regulan la entrada en vigencia de la ley.

Sin embargo, legisladores y funcionarios legislativos suelen rechazar el aporte de la técnica legislativa a su tarea diaria...[101]

¿Por qué ocurre esto? ¿Por qué se proclama siempre la naturaleza "política" del órgano legislativo por encima de su carácter técnico? ¿Por qué es tan difícil la coexistencia de política y técnica en el proceso de formación de las leyes?

Podemos aventurar una respuesta general y otra particular desde la perspectiva del legislador o de los funcionarios legislativos involucrados. Desde un punto de vista general, siempre se han confundido los ámbitos de actuación del decisor político y del técnico legislativo. No se ha comprendido que la ley es el producto final de un proceso que tiene su origen en una demanda social y en el que se interrelacionan dos funciones básicas que se complementan, pero poseen características marcadamente distintivas:

1) La función política, que compete al legislador exclusivamente, quien percibe la demanda social, considera distintas soluciones y expresa una voluntad política que se plasmará en un proyecto de ley, de declaración o de resolución, o en el acompañamiento o rechazo de un dictamen.

2) La función técnica que descansa en el redactor, asistente o asesor legislativo, quien transforma en un texto escrito la voluntad política del decisor.[102]

[101] Svetaz, M. (2013). Política y técnica en los procesos de modernización parlamentaria. En *Calidad legislativa: diez años de investigación 2003-2012*. Buenos Aires: Instituto de Ciencia y Técnica Legislativa, p. 313.

[102] Svetaz, M. (2001) Marco Teórico. En *Hacia una técnica legislativa centroamericana*. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH).

En lo particular, el legislador suele rechazar las normas técnicas por:

1) Desconocimiento de las normas

2) Falta de asesoramiento adecuado

3) Porque no se interesa en la creación del derecho sino en imponer políticas públicas por fuerza del número de votos.

En el último caso, hablamos de "desinterés del legislador" y nos situamos en el contexto que describe Sartori (2003) cuando establece una diferencia entre "gobernar en las leyes", es decir, en el ámbito de las leyes y controlado por ellas, o "gobernar mediante leyes" y sustraerse así a su control.

Cuando el órgano legislativo produce leyes en serie y gobierna a través de una producción indiscriminada de normas no está en modo alguno interesado en la creación del derecho, sino en imponer políticas determinadas haciendo uso de la ventaja que otorga una mayoría circunstancial de votos. En este supuesto al legislador le "interesa" poco o nada la calidad técnica de las normas. Si su intención no es crear derecho, tampoco estará interesado en controlar posteriormente la ejecución de las leyes; por lo que no se preocupará por dotar al ordenamiento jurídico de normas claras, precisas y concisas de aplicación posible.

Cuando el órgano legislativo gobierna en el ámbito de las leyes y se interesa por la creación del derecho considerará las normas técnicas de redacción legislativa y el aporte de los servicios de información y referencia como insumos importantes en su tarea. Le interesará todo aporte técnico que le permita mejorar la calidad de las leyes.

Por su parte, el funcionario legislativo puede rechazar los aportes técnicos y rehusarse a revisar la calidad técnica de un proyecto por:

1) Temor a ser desautorizado por el político o incluso removido de su puesto.

2) Desconocimiento de las normas técnicas por falta de capacitación.

3) Carecer de recursos informáticos o materiales de trabajo adecuados, ágiles y modernos.

4) Desinterés

Es posible acortar caminos entre la política y la técnica legislativa

¿Cómo podemos amigar la política con la técnica en nuestros ámbitos de trabajo? De varias maneras:

1) Si el distanciamiento obedece a desconocimiento o falta de información:

   - Con una capacitación sistemática e ininterrumpida al personal legislativo.
   - Con canales de información a los legisladores sobre las distintas herramientas disponibles para facilitar su tarea y las nuevas tecnologías.

2) Si el distanciamiento es por falta de adecuado asesoramiento:

   - Organizar y mantener una estructura profesional de asesoramiento interno propia de la legislatura –de vertiente política e institucional– que se complete con un sistema de asesoramiento externo proveniente de universidades y centros de estudio.
   - Incrementar la capacidad de investigación y análisis legislativo de los organismos de asesoramiento permanentes.
   - Dotar a los asesores de recursos materiales adecuados y retribución acorde con su experiencia.
   - Promover relaciones de cooperación en materia de información y consulta entre las legislaturas y las universidades.
   - Procurar espacios de estudio y análisis de la problemática legislativa, a través de la formación de institutos de derecho parlamentario y congresos sobre la materia.

3) Si el distanciamiento obedece a la falta de recursos informáticos o materiales de trabajo adecuados:

   - Definir prioridades respecto de la aplicación de los recursos existentes y equipamiento de las oficinas de los legisladores (todos los legisladores deben tener la posibilidad de acceder a los mismos recursos desde el inicio de su función).

- Buscar financiamiento de organismos internacionales para solventar los gastos de incorporación de nuevas tecnologías.

4) Si el distanciamiento obedece al temor de ser reprendido o removido del puesto de trabajo:

   - Promover la carrera técnico-administrativa.
   - Profesionalizar al funcionario parlamentario.
   - Generar un régimen de premios y castigos.
   - Informar a los legisladores sobre los roles, funciones, derechos y deberes del personal legislativo.

5) Si el distanciamiento obedece al desinterés del legislador en los términos definidos en este trabajo:

   - Promover la reflexión sobre las funciones del Parlamento.
   - Debatir los roles de las mayorías y minorías parlamentarias.
   - Encauzar a la mayoría a gobernar en el ámbito de la ley y controlar su ejecución.

En manera alguna las reglas y procedimientos técnicos pueden cortar las posibilidades de expresión personales o colectivas. "Ellos no son fijos ni absolutos, admiten variaciones, acondicionamiento a las mutaciones que experimenta una realidad como la jurídica, en constante evolución. Además, no son algo antojadizo, concebido independientemente de la realidad del derecho, sino que, por el contrario, son supuestos *sine qua non* de su formación y realización".[103]

[103] Cifuentes, H. y Tapia Valdés, J. (1963). Misión de las facultades de derecho en la Técnica legislativa. Documento de trabajo presentado en III Conferencia de Facultades de Derecho Latinamericano, 1963. Obtenido el 11 de octubre de 2014, de http://w.revistas.uchile.cl/index.php/RDPU/article/viewFile/31546/33316

Temas pendientes

En la actualidad el derecho parlamentario y la técnica legislativa se encuentran en una situación inmejorable para producir recursos teóricos y técnicos a partir del avance que se registra en los múltiples saberes que necesariamente confluyen en todo proceso de elaboración de normas.

Estas acciones permitirán afrontar las demandas propias de una sociedad en la cual la ley atraviesa por un proceso de crisis tanto en su concepto como alcances y efectividad. A continuación algunas cuestiones que creo deben promoverse en el corto plazo, sin pretensión de exhaustividad en la enumeración:

1) Mejorar el funcionamiento parlamentario para responder a las demandas complejas de la sociedad actual. Es indispensable incorporar nuevas tecnologías de comunicación, fortalecer la cooperación interinstitucional y la circulación de conocimientos.

2) Promover órganos de asesoramiento técnico altamente calificados e integrados por profesionales de las distintas especialidades para acompañar el proceso de elaboración de normas.[104]

Como bien señala Delmas-Marty, en la redacción, interpretación o justificación de las normas debemos superar nuestros patrones de pensamiento aún influenciados por reglas precisas, razonamientos silogísticos y valores homogéneos y comprender la complejidad actual de las normas.

3) Analizar e identificar las herramientas técnicas necesarias para afrontar la tan mentada crisis de la ley, es decir, recursos técnicos que permitan:

   - Abordar los problemas que derivan de la superposición de múltiples competencias en materia de legislación, facultades legislativas concurrentes entre distintos sujetos estatales.

   - Promover nuevos tipos de leyes (leyes bases, leyes programa).

104 Delmas-Marty, M. (1999). Citada por Ost, F. y Van de Kerchove, M. Constructing the complexity of the law: towards a dialectic theory. En Wintgens, L. (editor) *The law in philosophical perspectives.* Dordrecht, The Netherlands: Kluwer Academic Publishers. Dice Delmas-Marty sobre la complejidad de la ley: "Whether concerned to prescribe a norm, to interpret it or to justify it by reference to meta-judicial values, our patterns of thinking are still strongly influenced by the age of enlightenment. Precise rules, syllogistic reasoning and homogeneous values -in short, a "monological" order- are vastly preferred by the legal profession. But it is also true that the law does not belong to lawyers and that it has evolved without them, sometimes in spite of them, towards a complexity that cannot be merely deplored and with which we are obliged to get to grips.".

- Abordar los temas de supralegalidad.
- Analizar la expansión normativa de las constituciones y de los principios.
- Revisar las competencias de los poderes legislativos en regímenes presidencialistas y encauzar su abrumadora iniciativa parlamentaria; limitar las facultades legislativas extraordinarias en cabeza de ese poder, como los decretos de necesidad y urgencia, las facultades delegadas y la proliferación de la llamada legislación de emergencia.
- Promover las técnicas de confección de textos ordenados y digestos.
- Diferenciar las técnicas de elaboración de textos normativos de las de proyectos a través de los cuales se cumplen funciones de control o se imponen políticas públicas.
- Profundizar el desarrollo de técnicas legislativas específicas para normas penales, tributarias, económicas y de organización administrativa del Estado.

4) Promover el desarrollo y uso de nuevas tecnologías para el trabajo legislativo (*software* de redacción de textos, plataformas de gestión de conocimientos, tableros de gestión legislativa, etc.).

Conclusión

En el proceso de elaboración de las normas se integran las tres dimensiones jurídicas: hechos, normas y fines o valores. Solo en el marco de esa tridimensionalidad, dice Caldani (1992), el mundo jurídico se integra en el mundo político, de manera que elaborar una norma resulta una decisión jurídico-política integrada con las otras ramas de dicho mundo: política económica, política sanitaria, política científica, política artística, política religiosa, política ecológica, política educacional, política de seguridad, política cultural en general, etc.

Se trata de un proceso complejo caracterizado por:

1) La multiplicidad de actores que participan: legisladores, técnicos, funcionarios, ciudadanos individualmente o agrupados ejerciendo su derecho de petición a las autoridades, órganos legislativos y ejecutivos.

2) Los saberes diversos que se requieren. Tal como señala Davobe (2012):

- La labor legislativa se desenvuelve al hilo de perspectivas filosóficas y políticas amplias, ya sean estas implícitas o explícitas. Así como también, en el mejor de los casos, se pone en marcha en relación con saberes científicos interdisciplinarios… Los operadores jurídicos se vincularán, como mínimo, a través de un fondo básico de conocimientos empíricos o populares acerca del derecho y, como máximo, sobre un conjunto de conocimientos de vanguardia, provenientes de la ciencia, la técnica y la filosofía.[105]

- La necesidad de sostener un proceso deliberativo para alcanzar un consenso racional que no sea la suma de preferencias individuales o sectoriales egoístas, que derive de un debate público en el que se asegure la participación de todos que no sea una simple agregación de preferencias individuales. De la deliberación surge la racionalidad[106]. En términos concretos, el proceso deliberativo implica: reciprocidad, igualdad de acceso a la información, publicidad y responsabilidad con respecto a los representados que resulten afectados directa o indirectamente por la decisión que se adopte.

- La necesidad de fundar las decisiones. Según Atienza no solo es importante cómo los juristas llegan a tomar sus decisiones, sino también cómo llegan de hecho a esa decisión (cuál es el proceso mental, cuál es el proceso argumentativo).

- La exigencia de textos normativos que sean a la vez creadores de derecho e instrumentos de comunicación efectiva.

El desafío permanente es, pues, generar desde las distintas áreas de conocimiento teórico y práctico los insumos necesarios para que el procedimiento de elaboración y sanción de normas reúna estos estándares.

---

105 Davobe, M. (2012). El derecho como complejidad de saberes diversos. En *Ideas y Derecho. Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho*. Obtenido el 20 de abril de 2012, de http://bit.ly/IBu9hs

106 La pregunta es si los parlamentarios en la actualidad realmente deliberan. La respuesta está vinculada directamente al grado de desarrollo democrático que tenga la institución, a su historia y a las relaciones de poder entre los bloques parlamentarios y sobre todo, a su forma de funcionamiento, así como al rol del legislador y su dificultad de articular discursos convincentes. La presencia de los medios masivos de comunicación, que imponen agendas legislativas, lleva a los parlamentarios a abandonar las viejas habilidades para polemizar, debatir y a entrenarse para apariciones cortas, producidas a gusto de los medios. Otro fenómeno que impacta decididamente es la irrupción de las nuevas tecnologías (TIC) en particular la web 2.0 en cuanto a la comunicación directa con el electorado.

Referencias bibliográficas

Albendea Pabón, J. (1997). *Teoría Constitucional y Ordenamientos Comparados.* Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

Alcántara, M. y Sánchez, M. (2001). Las relaciones ejecutivo-legislativo en América Latina: un análisis de la estructura de veto-insistencia y control político. En *Revista de Estudios Políticos*. No. 12, pp. 53-76.

Alexy, R. (1985) La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica, en E. Garzón Valdés, (ed.) *Derecho y Filosofía*, Alfa, Barcelona-Caracas.

Alexy, R. (2008). La fórmula del peso. En Carbonell, M. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional.* Quito: Ministerio de justicia y Derechos Humanos.

Aristóteles. (2007). *La Retórica*. Buenos Aires: Gradifco.

Asamblea Nacional (2013). *La Asamblea del Buen Vivir. Informe de labores 2009-2013*. Quito: Asamblea Nacional.

Atienza, M. (1993). *Teorías de la argumentación jurídica, las razones del derecho.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Ávila, R. y Benavides G. (2012). El *desarrollo normativo como garantía de derechos. Balance de la producción normativa de la Asamblea Nacional.* Quito: Universidad Andina Simón Bolívar. Sede Ecuador. Obtenido el 7 de octubre de 2014, de http://repositorio.uasb. edu.ec/bitstream/10644/2924/1/Avila, R-Benavides-G-CON-001-EI%20desarrollo.pdf

Bernales Ballesteros, E. y Otárola Peñaranda, A. (1999). *La Constitución de 1993. Análisis Comparado.* Lima: Editora Rao SRL.

Bobbio, N. (1960). *Teoria dell'ordinamento giuridico.* Torino: Giapichelli.

Bobbio, N. (1977). *Dalla Struttura alla Funzione.* Nuovo Studi Di Teoria del Diritto. Milán: Edizioni Di Comunitá.

Bobbio, N. (1990). *Contribución a la Teoría del Derecho.* Madrid: Debate.

Bobbio, N. (1992). *Diritto e Potere: saggi su Kelsen,* Nápoles: Scientifiche Italiane.

Bobbio, N. (1996). *Liberalismo y Democracia.* México: Fondo de Cultura Económica.

Bobbio, N. (2002). *Entre dos Repúblicas. En los orígenes de la democracia italiana.* México: Siglo XXI.

Bobbio, N. (2003). *Teoría general de la Política*. Madrid: Trotta.

Bobbio, N. (2006). *Stato, Governo e Societá. Frammenti di un Dizionario Político*. Torino: Giulio Einaudi Editore.

Caminal, M. (1999). La representación y el parlamento. En *Manual de Ciencia Política.* Madrid: Tecnos, pp. 405-426.

Camou, A. (2001). *Los desafíos de la gobernabilidad. Estudio preliminar y compilación*. México: Plaza y Valdez-Flacso-Iisunam.

Cox, G. y Morgenstern, S. (2001). Legislaturas reactivas y presidentes proactivos en América Latina. En *Desarrollo Económico*. 41/163, pp. 373-393.

Dahl, R. (1989). *La Poliarquía*. Madrid: Tecnos.

Diccionario Enciclopédico Castell (1986). Tomo VI. Madrid: Castell.

Dworkin, R. (2002). *Los derechos en serio*. Madrid: Ariel.

Dworkin, R. (2012). *Una cuestión de principios*. Buenos Aires: Siglo XXI.

Escudero, J. (2009). El cambio de cultura jurídica en la interpretación constitucional. En Cordero, D., Aguilar, J., Ávila, R. y otros. *Nuevas instituciones del Derecho Constitucional Ecuatoriano.* Quito: Serie de investigación No.14, INREDH.

Farejohn, J., Asolabehere, K., Dallas, A. y Uprimmy, R. (2008). *Los jueces: entre el derecho y la política*. Bogotá: ILSA.

Ferreres, V. (2012). *Justicia Constitucional y Democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Friedrich, C. (1997). *La filosofía del derecho.* México: Fondo de Cultura Económica.

Frosini, V. (1983). Kelsen e Romano. En *Rivista Internazionale di Filosofía del Diritto,* Vol. 60.

García, M. (2007). La actividad legislativa en América Latina: sobre el papel reactivo y proactivo de presidentes y parlamentos. En *Lateinamerika Analysen.* 17/2, pp. 1-31. ---------- (2004). El procedimiento legislativo en América Latina. En América Latina Hoy, No. 38, pp. 17-55. ---------- (2008). *Instituciones y actividad legislativa en América Latina.* Barcelona: CIDOB.

García Pelayo, M. (1999). *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid: Alianza Editorial.

Gargarella, R. (2008). John Rawls, la razón pública y el papel del poder judicial. En *Revista Praxis filosófica*, Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, Universidad Tocuato di Tella y Universidad de Caldas, Colombia.

Garrorena, A. (2011). *Derecho Constitucional, Teoría de la Constitución y Sistema de Fuentes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Grijalva, A. (2011). *Constitucionalismo en Ecuador.* Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Corte Constitucional del Ecuador.

Guastini, R. (2001). *Estudios de Teoría Constitucional*. México: Fontamara.

Häberle, P. (2003). *El Estado Constitucional*. México: UNAM.

Heller, H. (2004). *Teoría del Estado*. Granada: Editorial Comares.

Hamilton, A., Madison, J., y Jay, J. (2006). *El Federalista*. México: Fondo de Cultura Económica.

Ibáñez, R. y Otero, M. (2010). *Los argumentos de la argumentación jurídica*. México: Porrúa.

Ihering, R. (1954). *La lucha por el derecho*. Buenos Aires: Atlántida.

Ismayr, W. (2013). *Der Deutsche Bundestag*. Bonn: BPB.

Jiménez de Parga, M. (1987). *Los Regímenes Políticos Contemporáneos.* Madrid: Tecnos.

Kelsen, H. (1958). *Teoría general del Derecho y del Estado*. México: UNAM.

Kelsen, H. (1981). *Teoría pura del derecho.* México: Editora Nacional.

Kelsen, H. (1995). *¿Quién debe ser el guardián de la Constitución?* Madrid: Tecnos.

Kelsen, H. (2006). *De la esencia y valor de la Democracia.* Oviedo: KRK Ediciones.

Larenz, K. (1980). *Metodología de la ciencia del Derecho.* Barcelona: Ariel.

Larenz, K. (1985). *Derecho Justo.* Madrid: Civitas.

Linz, J. (1998). Los problemas de las democracias y la diversidad de democracias. En Vallespín, F. y Del Águila, R. (compiladores). *La democracia y sus textos*. Madrid: Alianza Editorial.

Linz, J. (2013 [1990]). Los peligros del presidencialismo. En *Revista Latinoamericana de Política Comparada*. No. 7, pp. 11-31.

Loñ, F. y Morello, A. M. (2003) *Lecturas de la Constitución.* Buenos Aires: Librería Editora Platense-Lexis Nexis Abeledo Perrot.

Luhmann, N. (1983). *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

MacCormick, N. (1997). *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Clarendon press.

Molas, I. (1998). *Derecho Constitucional*. Madrid: Tecnos.

Naranjo Mesa, V. (1990). *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*. Bogotá: Temis.

Nino, C. (2001). *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Astrea.

Nino, C. S. (2004). *La Constitución de la Democracia Deliberativa*. Barcelona: Gedisa.

Nino, C. (2013). Una teoría de la justicia para la democracia. Buenos Aires: Siglo XXI.

Njaim, H. (2000). Las Implicaciones de la Democracia Participativa: Un tema Constitucional de nuestro tiempo. En Fundación Manuel García Pelayo (compiladores). *Constitucionalismo hoy*. Caracas: s/e.

Nohlen, D. (2012). El presidencialismo: análisis y diseño institucionales en su contexto. En *Revista Latinoamericana de Política Comparada*. No. 6, pp. 49-76.

Núñez, D. (2013). Estatus de una Corte Constitucional: Corte de Precedentes. En Benavides, J. y Escudero, J. (Coordinadores). *Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Corte Constitucional del Ecuador.

Ordóñez Espinosa, H. (1999). *Hacia la Democracia Participativa la Constitución de 1998*. Cuenca: Fondo de Cultura Ecuatoriana.

Ortiz, R. (2007). *Demokratie in Gefahr.* Marburg: Tectum.

Pasquino, G. (2011). Parlamentos y representación. En *Nuevo curso de ciencia política*. México: Fondo de Cultura Económica, pp. 195-224.

Perelman, C. (1999). *Retóricas.* (2.ª ed.) Trad. San Paulo. De Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 1999.

Pérez Escobar, J. (1997). *Derecho Constitucional Colombiano.* Bogotá: Temis.

Pons, E. (2012). La ley. En Aparicio, M. y Barceló M. (coordinadores). *Manual de Derecho Constitucional.* Barcelona: Atelier, pp. 329-348

Pulido, B. (2011). *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Ramírez, F. (coordinador). (2013). La dinámica de las fuerzas políticas en las Asamblea Nacional 2009-2012. En *Nuda Política*. Quito: FES-ILDIS y FLACSO, pp. 21-48.

Rafael Del Águila, R. (editor) (2003). *Manual de Ciencia Política*. Madrid: Trotta.

Rivero Rodríguez, A. (1996). Sobre la Constitución de la comunidad política y su representación. En *La Política. Revista de estudios sobre el Estado y la sociedad.* Barcelona: Paidós. No. 4.

Rodríguez, G. (2012). *La decisión judicial, el debate Hart-Dworkin* (7.ª reimpresión). Bogotá: Siglo del hombre, Universidad de los Andes.

Saa Velasco, E. (1996). *Teoría Constitucional General*. Medellín: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

Sáchica, L. C. (1992). *Nuevo Constitucionalismo Colombiano.* Bogotá: Temis.

Salgado Pesantes, H. (1996). *Lecciones de Derecho Constitucional.* Quito: Asociación Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

Sánchez Azcona, J. (1976). *Derecho, poder y marxismo.* México: Porrúa.

Sánchez, F. (2008). *¿Democracia no lograda o democracia malograda?* Quito: FLACSO.

Sanchís, L. (2014). *Apuntes de teoría del derecho.* Madrid: Trotta.

Sartori, G. (1993). *¿Qué es la Democracia?* México: Tribunal Federal Electoral. Obtenido de http://Biblio.Juridicas.Unam.Mx/Libros/Libro.Htm?L=1135

Sartori, G. (1997). *¿Qué es la Democracia?* México: Patria.

Sartori, G. (1988). *Teoría de la democracia*. Madrid: Alianza editorial.

Sartori, G. (2007). Parlamento. En *Elementos de teoría política.* Madrid: Alianza, pp. 201-231.

Storini, C. (2009). Garantía Constitucional de los en la constitución Ecuatoriana de 2008. En Grijalva, A.; Andrade, S, y Storini, C. *La nueva Constitución del Ecuador, Estado e Instituciones*. Quito: Corporación Nacional de Estudios y Publicaciones, Universidad Andina Simón Bolívar.

Torres del Moral, A. (1991). *Estado de Derecho y Democracia de Partidos.* Madrid: Universidad Complutense Facultad de Derecho.

Tushnet, M. (2013). *Constitucionalismo y Judicial Review*. Lima: Palestra.

Vallés, J. (2006). Capítulo 14: La distribución funcional del poder. Parlamentos. En *Ciencia Política. Una introducción.* Madrid: Tecnos, pp. 215-228.

Vanossi, J. R. A. (2000). *El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social.* Buenos Aires: Eudeba.

Vila Casado, I. (2002). *Nuevo Derecho Constitucional Antecedentes y Fundamentos.* Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

Vitale, E. (2012). *Defenderse del poder. Por una resistencia constitucional.* Madrid: Trotta.

Waldron, J. (2005). *Derechos y desacuerdos.* Madrid: Marcial Pons.

Zucca Llariguet, G., Martínez, D., y Álvarez, S. (2011). *Dilemas constitucionales.* Madrid: Filosofía y Derecho, Marcial Pons.

Internet

Escobar Fornos, I. (2002). En Concha Cantú, H. A. (coordinador). *Sistema Representativo y la Democracia Semidirecta.* Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Serie Doctrina Jurídica. No. 100, 1.ª ed., p. 139. Obtenido de http://www. bibliojuridica.org /libros/ libro.htm?!=345ISBN 970-32-0004-4

Hernández, A. M. (2003). *Derecho Municipal Parte General.* México: Instituto de Investigaciones Jurídicas Serie Doctrina Jurídica. No. 159, p. 398. Obtenido de: http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1099 ISBN 970-32-1101-1

Lasalle, F. (1999). *Qué es la Constitución.* Bogotá: Elpha. Obtenido el 05 de enero del 2015, de: http://norcolombia.ucoz.com/libros/Lassalle_Ferdinand-Que_Es_Una_Constitucion.pdf

Orozco Henríquez, J. y Silva Adaya, J. C. (2002). Consideraciones sobre los instrumentos de democracia participativa en las entidades federativas de México. En Concha Cantú, H. A. (coordinador). Sistema Representativo y la Democracia Semidirecta. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Serie Doctrina Jurídica. No. 100, 1.ª ed. Obtenido de: http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?!=345ISBN 970-32-0004-4

Zovatto, D. (2002). La práctica general de las instituciones de democracia directa en América Latina. Un balance comparado: 1978-2000. En Concha Cantú, H. A. (coordinador). *Sistema Representativo y la Democracia Semidirecta.* Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Serie Doctrina Jurídica. No. 100, 1ª ed., p. 139. Obtenido de: El Sistema Representativo y la Democracia Semidirecta. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Concha Cantú, Hugo A., coord. [en línea], Universidad Nacional Autónoma de México, Serie Doctrina Jurídica, No. 100, 2002. Internet: http:// www.bibliojuridica.org/ libros/ libro.htm?!=345ISBN 970-32-0004-4

Valle, A. (2010). Inconstitucionalidad por omisión de la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana, sentencia No.- 001-11-OI.SCN-CC. En Foro *Revista de Derecho Foro.* Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional. Recuperado el 06 de enero de 2015, de: http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2898/1/10-Jurisprudencia.pdf

Jurisprudencia

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No.- 001-10-SIN-CC
Sentencia No.- 005-10-SIO-CC
Sentencia No.- 110-14-SEP-CC
Sentencia No.- 0040-07-TC
Sentencia No.- 001-13-SCN-CC