



LW
LP

U^QFQ

LAW WORKING PAPERS





LAW WORKING PAPERS

Transcripción: “Enmiendas Constitucionales en Ecuador: Flexibilidad en favor de la Democracia”.

Andrés Martínez Moscoso

Ponente

Arely Anahí Cano Herrera

Transcriptor

2024 / 02

USFQ Law Working Papers

Colegio de Jurisprudencia
Universidad San Francisco de Quito USFQ
Quito, Ecuador

En contestación a: n/a

Recibido: 2023 / 01 / 19

Difundido: 2024 / 02 / 05

Materias: derecho constitucional

DOI: <https://doi.org/10.18272/usfqlwp.162>

Citación sugerida: Cano Herrera, Arely Anahí. *Enmiendas Constitucionales en Ecuador: Flexibilidad en favor de la Democracia*, ponencia de Martínez Moscoso, Andrés (Quito, Ecuador: USFQ Law Working Papers, 2024/02), <https://doi.org/10.18272/usfqlwp.162>.

© Arely Anahí Cano Herrera

El presente constituye un documento de trabajo (*working paper*). Puede ser descargado bajo acceso abierto en: <http://lwp.usfq.edu.ec>. Sus contenidos son de exclusiva responsabilidad de los autores, quienes conservan la titularidad de todos los derechos sobre su trabajo. USFQ Law Working Papers no ostenta derecho o responsabilidad alguna sobre este documento o sus contenidos.

Acerca de

USFQ Law Working Papers

USFQ Law Working Papers es una serie académico-jurídica de difusión continua, con apertura autoral para profesionales y de acceso abierto. Introduce en Ecuador un novedoso tipo de interacción académica que, por sus características particulares, tiene el potencial de ser pionero en rediseñar el discurso público del Derecho. Su objetivo es difundir documentos de trabajo (*working papers*) con impacto jurídico, que pueden abarcar cualquier asunto de las ramas de esta ciencia y sus relaciones con otras áreas del conocimiento, por lo que está dirigida a la comunidad jurídica y a otras disciplinas afines, con alcance nacional e internacional.

USFQ Law Working Papers difunde artículos académicos y científicos originales, entrevistas, revisiones o traducciones de otras publicaciones, entre otros, en español o inglés. Los contenidos son de exclusiva responsabilidad de sus autores, quienes conservan la titularidad de todos los derechos sobre sus trabajos. La difusión de los documentos es determinada, caso a caso, por el Comité Editorial. Se prescinde de la revisión por pares con el fin de dar a toda la comunidad académica la oportunidad de participar, mediante la presentación de nuevos trabajos, en la discusión de todos los contenidos difundidos.

USFQ Law Working Papers nace, se administra y se difunde como una iniciativa de la profesora Johanna Fröhlich (PhD) y un grupo de *alumni* del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito USFQ (Ecuador). Su difusión se realiza gracias al apoyo del Instituto de Investigaciones Jurídicas USFQ (Ecuador).

Más información: <http://lwp.usfq.edu.ec>

Título de la ponencia: Enmiendas constitucionales en Ecuador: Flexibilidad en favor de la democracia¹.

Ponente: Andrés Martínez Moscoso²

Transcriptor: Arely Anahí Cano Herrera³

Resumen:

En su ponencia, el profesor Fernando Andrés Martínez Moscoso analizó el papel que tienen las posibles enmiendas dentro de la Constitución ecuatoriana, en el contexto de la consulta popular del 5 de febrero del 2023. De esta manera, examinó las repercusiones de las preguntas de la consulta tanto en las funciones del Estado y su implementación en la práctica como dentro del enfoque social y político. Además, dentro de lo que concierne al derecho ambiental, consideró el papel de las áreas de protección hídrica relacionadas con las preguntas 7 y 8 de la consulta popular.

Palabras clave:

Consulta popular; enmienda; derecho constitucional; control constitucional; derecho ambiental; áreas de protección hídrica.

Abstract:

In his presentation, professor Fernando Andrés Martínez Moscoso analyzed the role of possible amendments within the Ecuadorian Constitution, in the context of the popular consultation of February 5, 2023. In this way, the repercussions of these questions were considered both in the functions of the State and its implementation in practice as well as within the social and political approach. In addition, regarding environmental law, the role of water protection areas related to questions 7 and 8 of the popular consultation was analyzed.

Keywords:

Popular consultation; amendments; constitutional law; constitutional control; environmental law; water protection areas.

¹ El evento tuvo lugar el miércoles, 11 de enero de 2023, a las 12h00 (ECT, UTC -5) en Quito, Ecuador, y en modalidad telemática.

² Afiliación: Universidad San Francisco de Quito. Correo electrónico: amartinez@usfq.edu.ec

³ Afiliación: Universidad San Francisco de Quito. Correo electrónico: acanoh@estud.usfq.edu.ec

INTERVENCIÓN

Muchas gracias. Muy buenas tardes. Un saludo cordial a los asistentes, de manera particular a mis colegas panelistas que me acompañan el día de hoy. Realmente es un gusto estar aquí, aunque sea virtual, en casa, en la universidad y debatir estos temas.

La universidad es universalidad de ideas, de conceptos y precisamente es el espacio apropiado para ver que no todo es blanco y negro. Y por supuesto que en el caso específico de una propuesta como la que vamos a vivir y la que vamos a asistir a elegir en la consulta popular del 5 de febrero, es fundamental no solamente a nivel de candidatos, sino por supuesto también con respecto a las enmiendas constitucionales que por lo menos leamos de las preguntas y los anexos.

De la misma manera que muchas veces para poder elegir a un candidato, vemos cuál es su propuesta y su perfil, de la misma manera, es necesario verlo también desde la perspectiva de las enmiendas porque penosamente en ocasiones tanto de una u otra posición, se intenta realizar una campaña cien por ciento “sí”, cien por ciento “no” y creo que el debate tiene que ir más allá de eso. Cada una de las preguntas tienen una profundidad y sobre todo, es importante entender que si bien es cierto, están las preguntas, también existen anexos en los cuales precisamente se explica cuál es la repercusión que se tiene, no solamente al momento de realizar la enmienda, sino también hay un íterin en algunas preguntas, que no me voy a referir a cada una de ellas, pero que obviamente van a tener una responsabilidad tanto la Asamblea Nacional o, por ejemplo, los ministerios, que tendrán que viabilizar en caso de que triunfe en estas enmiendas. Entonces también hay que estar atentos y alerta respecto, a lo que se plantea en esos momentos.

Yo voy a dividir mi intervención en tres momentos. Quiero hacer una pequeña introducción donde me quiero referir de manera particular a que es un proceso de consulta popular y qué es lo que vamos a vivir. En segundo lugar, quiero hablar rápidamente de estos tres ejes que se plantean dentro de la consulta. Y, en último lugar, me voy a referir a algo que muy pocos mencionan y que nadie toma en cuenta y son las olvidadas preguntas en materia ambiental. Desde mi experiencia, yo trabajo precisamente en temas ambientales y en temas de derecho de agua, entonces creo que es necesario tomar en cuenta esta cuestión y alerto aquí una noticia muy importante para todos, en el reporte global de riesgos de dictado por el fórum económico mundial, en el top 10 de los riesgos más importantes para el mundo, 5 son ambientales, en consecuencia, es necesario poner énfasis en estas cuestiones y por supuesto, hablar precisamente de una crisis climática,

temas relativos a recursos hídricos y, por supuesto, también hablaremos rápidamente a qué se refiere esto de los servicios ambientales, que en ocasiones parecería algo que no nos llega, pero que creo que es muy importante tenerlo a consideración.

En primer lugar, dentro de nuestra Constitución, si bien es cierto, se habla de democracia directa, de democracia participativa y por supuesto de democracia representativa, dentro de una consulta popular es bastante interesante saber cómo ha venido desarrollándose en los últimos años. En ocasiones, los presidentes o, en su defecto, los políticos en general, activan a través de estos mecanismos, formas a través de las cuales el deber ser es que la ciudadanía participe directamente y escucharle, que tomen directamente sus decisiones frente a determinadas cuestiones, pero, por otro lado, también hay una carga política muy importante que sirve de una u otra manera, no solamente a nivel del Ecuador sino a nivel mundial como un pequeño balón de ensayo con el propósito de saber cuál es la popularidad que tiene un presidente. Véase lo que ocurrió en Venezuela en su momento con el señor Chávez, que cada vez utilizaba los mecanismos, pero veamos también situaciones donde no siempre el experimento ha salido bien; el caso del Reino Unido, por ejemplo, con el Brexit. Veamos del propio caso colombiano con el tema de la paz, donde políticamente correcto el deber ser era que todo el mundo iba a votar por la paz y no sucedió eso. Hay que hacer un análisis mucho más profundo respecto a esas situaciones y es lo mismo que pasó el año pasado con Chile, donde en teoría había un proceso constituyente y parecía que era lo más progresista, lo de más de avanzada, y la gente decidió que no. Entonces, en este sentido, hay una oportunidad bastante interesante, donde la ciudadanía se va a pronunciar respecto a estas preguntas.

En cuanto a la segunda cuestión, que es la relativa al control constitucional que hizo la Corte Constitucional y tiene un dictamen previo donde ya se pronunció, es decir, a veces hay críticas, se dice esas preguntas son inconstitucionales. Pero pensemos que ya pasó un filtro de la Corte Constitucional y ya hizo una revisión, sin embargo, en el supuesto todavía quedaría activada, que si bien es cierto podrían llegarse a aprobar, todavía podría pasar un control posterior por parte de la Corte y esta, en su momento podría expulsar por supuesto estas normas, pero esto es irnos un poco más allá.

Pero hablemos rápidamente de estos tres ejes de estas 8 preguntas. ¿Yo creo que las preguntas son políticamente correctas? Sí, y cuando quiero decir que son políticamente correctas, es más o menos como si tú tomas de este momento un sondeo a nivel nacional y preguntas, ¿cuáles son las preocupaciones que tienen los ecuatorianos? Los ecuatorianos tienen preocupaciones en materia de economía, tienen preocupaciones en

materia de seguridad, tienen preocupaciones al nivel de la Asamblea. Las últimas encuestas indican que la Asamblea Nacional no tienen más del 11% de aceptación, y por supuesto estamos dentro de una generación X y Y respectivamente, donde la mayor parte de electores son de esta generación, tienen siempre un tema, un clic, un guiño, respecto de los temas ambientales. Les importa mucho. En consecuencia, van a ser muy importantes en este sentido.

Yo pienso que es interesante lo que se hace con el concepto de participación ciudadana y control social. Siempre he sido muy crítico. Creo que es un híbrido que nació mal y terminará mal. En consecuencia, lo que se está haciendo es restarles la posibilidad de elegir y designar autoridades de algo que, insisto, empezó mal y terminó mal y que obviamente se traslada y se lo devuelve al legislativo. Vamos a ver ahí cómo esto termina. Tampoco creo que es la solución, sin embargo, quiero referirme en estos minutos que me quedan a las preguntas 7 y 8.

La primera tiene que ver con las áreas de protección hídrica y la gran pregunta es ¿qué son las áreas de protección hídrica? Piensen ustedes que más del 90% de los recursos hídricos que utilizamos los ciudadanos ecuatorianos provienen de los páramos. En consecuencia, lo que se busca es proteger las áreas geográficas de donde nacen esas fuentes y la gran pregunta frente a esto es, ¿existe o no protección respecto de estas fuentes? Y la respuesta es sí, existe la Ley Orgánica de Recursos Hídricos y ha tomado en cuenta las áreas de protección hídrica y entonces ¿por qué lo quieren hacer? Porque la Ley Orgánica de Recursos hídricos fue declarada inconstitucional el año pasado por parte de la Corte, no por temas de fondo, sino por temas de forma; por no realizar la consulta prelegislativa.

Muchos decían, y ¿por qué no sé plantea más bien la pregunta, donde digan que no se pueden hacer actividades extractivas en fuentes de agua? Yo les respondo: al contrario, si leemos en contexto la Constitución, lo que se busca es enmendar su artículo 405, incluyendo las áreas de protección hídrica dentro de los subsistemas, la consecuencia práctica que una vez que están dentro del artículo 405 tienen ya la protección del artículo 407, dicho artículo dice donde no se pueden realizar actividades extractivas, con lo cual la respuesta es interesante. Ha habido críticas también respecto de que sería un subsistema híbrido, porque los subsistemas de protección ambiental son estatales de gobiernos autónomos, descentralizados, comunitarios y privados y ¿dónde entraría el hídrico? No tendría en teoría coherencia. Sin embargo, para las personas que hacen esas críticas es importante recordar que el tema de las áreas de protección hídrica ya existe, existen casi

una veintena de áreas de protección hídrica. Sin embargo, el Ministerio del Ambiente no ha logrado registrarlo y respecto del tema de servicios ambientales, es fundamental tener en cuenta qué es lo que se busca, y esto es que las personas, pueblos y nacionalidades indígenas puedan beneficiarse por el pago de servicios ambientales. La Constitución en su redacción fue demasiado garantista y yo creo que con muchos celos respecto de esta cuestión y de manera específica, lo que se busca es, por ejemplo, compensaciones que ya en la COP27 [Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático] y COP15 [Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Diversidad Biológica] del 2022 se buscó, es decir, que los países que están contaminando de una u otra manera, busca mecanismos de pago de compensaciones ambientales, a través del pago de servicios ambientales, veamos temas de bonos de carbono, veamos el tema de lo que hacen manglares, veamos lo que sucede, comparamos, etcétera. Es decir, vamos a tener una herramienta económica para poder generar recursos para poder proteger el ambiente, una situación que es crítica y por supuesto siempre restan los recursos.

PREGUNTAS

¿El concepto de enmiendas constitucionales es bueno o malo para la democracia en Ecuador?

Voy a contestar tu pregunta, pero veo que también hay una pregunta por interno sobre la pregunta 7, si al final me concedes 1 minuto más simplemente para contestar a Melania.

Yo creo que hay que tener en cuenta tres cuestiones respecto a tu pregunta respecto de la democracia, primero es como se planteó, entre otras cosas, creo que es interesante tener en cuenta que los últimos procesos de consultas populares en el Ecuador, la mayor parte casi, no todas, pero el 98% de las mismas han funcionado cuando el presidente de la República es quien plantea.

Sin embargo, si revisamos el texto constitucional, no son las únicas opciones de democracia directa, las otras opciones son cuando pregunta precisamente los gobiernos autónomos descentralizados. Y en tercer lugar, algo que es muy importante, que son los ciudadanos, lo cual desde un punto de vista práctico, ha sido casi letra muerta de nuestra Constitución, siendo un tema súper retórico porque pongo un ejemplo, en el caso de los últimos cinco años, donde se ha activado por vías no del Presidente de la República, ha sido precisamente la consulta popular en el cantón Cuenca sobre la protección de los recursos hídricos en temas de minería, porque se pudo plantear porque fue a partir

precisamente desde el Gobierno autónomo descentralizado por parte del Consejo cantonal, y esto hay que hacer una referencia bastante particular, sobre todo quienes estudiamos el derecho constitucional, porque el control que se ha hecho a las preguntas que vienen del Presidente de la República, no me refiero al actual periodo, me refiero en los últimos diez años la Corte ha sido a veces demasiado laxa, dejando pasar precisamente a las preguntas del Presidente de la República, no así con las preguntas que han hecho los ciudadanos, pongo casos particulares, por ejemplo, el primero es el caso Yasunidos, el caso duerme en los laureles porque no se sabía previamente si primero tenían que recoger las firmas o tenían que obviamente, pasar por el control constitucional. Primer caso y el segundo caso, también podemos estar, no de acuerdo, pero hay un activista ambiental que el señor Yaku Pérez, él hizo en algunas oportunidades un planteamiento respecto a la protección de los recursos hídricos y la Corte fue muy enfática y realizó un control.

Respecto a los otros dos temas, yo creo que ahí se habla sobre los temas relativos al tema de hasta qué punto estamos hablando de democracia, cambiamos el diseño constitucional porque el constituyente en su momento dijo que la forma de elegir a las autoridades será a través de este híbrido consejo de participación ciudadana y control social, donde los ciudadanos de una u otra manera, van a ser los que eligen, se regresa a un método tradicional que es a través precisamente de una democracia representativa con la Asamblea Nacional, con el legislativo.

Y donde sí creo que hay que poner precaución y, sobre todo, podíamos hacer incluso otro webinar, solo para conversar de esto es respecto de la reducción de los asambleístas, porque, que si bien es cierto, yo creo que hay muchos aspectos positivos que podrían llevar a plantearnos la reducción de los mismos, también valdría la pena preguntarnos, que ocurre con aquellas pequeñas provincias, hablemos de Bolívar, hablemos de provincias pequeñas donde se quedarían simplemente con un asambleísta, ahí estaríamos hablando precisamente de un tema de representatividad que al menos nos llama la atención y que deberíamos preguntarnos sobre todo porque para esas provincias sería regresivo.

Y, para terminar, hay una pregunta por parte del público. Melania pregunta si no sería suficiente con reformar el Código orgánico del ambiente para incluir las áreas de protección hídrica en el SNAP [Sistema Nacional de Áreas Protegidas del Ecuador] que hago la comparación, para que se me entienda, claramente la idea de la pregunta 7 es incluirlas en el artículo 405 porque si nosotros revisamos la prelación de las normas precisamente a nivel constitucional, obviamente va a ser más importante, incluso vamos

a tener un candado constitucional ahí y sobre todo, tendría los efectos para el 407. Pongamos un ejemplo, porque ella dice que el 40% de las autorizaciones de agua se encuentran dentro de concesiones mineras, con esto se generaría un candado especial, porque siempre y cuando sean áreas de protección y de las áreas de protección hídrica para que me entiendan, tendrían el mismo nivel de protección que un parque nacional o un área protegida, con lo cual ustedes saben que un área protegida a un parque nacional no se pueden hacer actividades extractivas con lo cual al incluirlos dentro de la constitución ya no podría venir una ley orgánica o una ley ordinaria a cambiar y a modificar esta cuestión por eso creo que no haría falta solamente reformar el Código Orgánico del Ambiente, sino que sí es positivo hacerlo a nivel constitucional.

CONCLUSIÓN

Lo que se busca es que la ciudadanía se informe. Eventos permiten saber que esto no se trata de blanco y negro y no necesariamente se debe que tener en cuenta quién pregunta, yo creo que hay que darse cuenta precisamente qué se pregunta, sobre el contenido, porque lo que se va a enmendar es la Constitución y esta va a durar más allá de un período presidencial o de gobierno.

En segundo lugar, creo que hace falta también estar muy atentos y hacer un seguimiento respecto de una posible implementación, para que esto no quede simplemente en un tema de buenas intenciones. Y por supuesto tampoco hay que dejar de lado la valoración desde una perspectiva política, porque precisamente los resultados que se den a partir de esta consulta podrán o no posicionarse, dejar en mejor lugar o no, al Presidente de la República, tengamos en cuenta que ha pasado a lo largo de la historia con los procesos de consulta popular en Ecuador.

Me voy a referir a casos contradictorios, uno de ellos fue el del señor Sixto Durán Ballén, un Presidente que gozó de gran popularidad durante el conflicto bélico que tuvimos con el Perú, sin embargo, cuando intentó hacer ciertas reformas, el momento de su popularidad no ayudó precisamente para que se lleven a cabo algunas reformas que él planteaba, sobre todo a nivel de modernización del Estado; veamos casos opuestos donde la alta popularidad hizo que preguntas que no eran políticamente correctas terminaran triunfando, como los casos precisamente del señor Correa o del señor Moreno, respectivamente.

Yo creo que esas son algunas reflexiones y sobre todo que a partir del 5 de febrero posterior a ello debemos debatir y conversar y por supuesto, hacer el seguimiento del caso.