



**UNIVERSIDAD DE ESPECIALIDADES ESPIRITU SANTO
FACULTAD DE DERECHO, POLITICA Y DESARROLLO**

**TITULO: RETORNO A LA CLÁSICA DIVISION DE TRES
PODERES DEL ESTADO ECUATORIANO**

**TRABAJO DE TITULACIÓN QUE SE PRESENTA COMO
REQUISITO PREVIO PARA OPTAR POR EL GRADO DE
ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA DEL
ECUADOR**

AUTOR:

PATRICIO EDGAR BUENDÍA NOROÑA

TUTOR:

DR. DANIEL KURI GARCÍA. MSc.

SAMBORONDON, ABRIL 2018

RETORNO A LA CLASICA DIVISION DE TRES PODERES DEL ESTADO ECUATORIANO

Retorno a la clásica división de tres Poderes del...

Patricio Edgar Buendia Noroña, Universidad de Especialidades Espíritu Santo Ecuador, pbuendia@uees.edu.ec, Facultad de Derecho, Política y Desarrollo, Edificio P, Km 2.5 Vía Samborondon

Resumen

La oportunidad histórica de poder cuestionar los procesos de cambios de la receta internacional del Socialismo del Siglo XXI, con la constitución de Montecristi del 2008, arroja resultados nefastos, que la sociedad ha empezado a revisar y cuestionar, sobre todo en lo referente a la forma cómo está estructurado el poder estatal: a la división clásica tripartita de poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), se le agregaron dos funciones más: la Electoral y la de Transparencia y Control Social, esta última controvertida debido a su expresa adhesión al partido político imperante. Basta con observar su *modus operandi* en los cuestionados Concursos de Merito y Oposición, que, *vox populi, permitía al ejecutivo ubicar en los organismos del estado a funcionarios de su total confianza y obediencia, socavando así al estado desde sus cimientos*. Es posible terminar con este Leviatán estatal pentapartito (de cinco cabezas), retornando a la estructura tripartita del estado, en la que no hay división de poderes sino solo de funciones, pues el poder es uno solo. Evidentemente que no es una panacea o la solución a los problemas que aquejan al país, pero sí, por un lado, fortalece la independencia de poderes y, por otro, el control entre ellos, garantizando de esta forma la institucionalidad del país.

Palabras Clave: Poderes, Estado, Funciones, Division tripartita, democracia participativa, libertad

RETORNO A LA CLASICA DIVISION DE TRES PODERES DEL ESTADO ECUATORIANO

Abstract

The historical opportunity to be able to question the processes of change of the international recipe of Socialism of the XXI Century, whose process of constitutional change in our country began in 2008, yields results that the society in its delegating function of powers to maintain a social order , We need to review and restructure, at the level of the tripartite, powers of the state: Executive, Legislative and Judicial, we add the Electoral Function and the Function of Transparencies and Social Control, the latter controversial due to the political Caudill's that was accused to all members of a single political party that encompassed all the functions of the state, subtracting institutionally, weakening the functions of control, whose Modus Operandi were the contested Merit and Opposition Contest, of which was the popular word, the inclusion by finger of the Executive in all the Functions of the Ecuadorian State. There is no division of points of command only of the functions the power of one, the independence of the functions that guarantees the institutionally of the political order of a society, the return to the independence of the classic Tripartite State of powers of the site is not the panacea of the structure of social order, but it strengthens the indigence of powers and control.

Key Words: Powers, State, Functions, Tripartite Division, participatory democracy, freedom

RETORNO A LA CLASICA DIVISION DE TRES PODERES DEL ESTADO ECUATORIANO

Introducción

La actual estructura orgánica del estado ecuatoriano, por mandato de la constitución de Montecristi del 2008, es pentapartita, es decir, está conformada por cinco funciones: Legislativa (art. 118), Ejecutiva (art. 141), Judicial y de Justicias Indígena (art. 167), de Transparencia y Control Social (art. 207), y la Electoral (art. 217). Pero, desde la fundación de la República del Ecuador (1830), el poder estatal siempre conservó la clásica división tripartita de las funciones del estado: ejecutiva, legislativa y judicial.

Para los creadores del estado ecuatoriano pentafuncional, la división del estado en ejecutivo, legislativo y judicial, fortalecía en demasía el presidencialismo y relegaba a un segundo plano al legislativo (Asamblea Nacional), enarbolando la democracia participativa en la planificación política como determinaba Dieterich “La democracia participativa como nueva calidad de convivencia pacífica de los ciudadanos, debe reflexionarse avanzadas al futuro democrático” (1998, Pág. 47). La forma más innovadora para coadyuvar en el contrapeso era crea una nueva función del estado ecuatoriano: la Función de Transparencia y Control Social. Sin embargo, las continuas intromisiones del ejecutivo en las decisiones de las cuatro funciones y las denuncias de actos de corrupción perpetrados en este primer decenio de vigencia de este estado pentapartito, llevan a colegir que las intenciones de contrapeso entre las funciones del estado, quedaron en letra muerta, tal como se evidencia en los informes del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social Transitorio, al establecer vínculos partidistas de la mayoría de los vocales del Consejo de la Judicatura, además de incumplimiento de sus funciones. Consejo Participación Ciudadana y

RETORNO A LA CLASICA DIVISION DE TRES PODERES DEL ESTADO ECUATORIANO

Control Social Transitorio (2018, 06 04). Boletín de prensa recuperado de <http://www.cpccs.gob.ec/es/el-cpccs-t-cesa-en-funciones-a-vocales-del-consejo-de-la-judicatura/>

Al respecto, cabe preguntar: ¿Qué es el estado tripartito? ¿En qué consiste el estado pentapartito ecuatoriano? ¿Conviene mantener esta estructura del Estado? ¿Es necesario volver a la división tripartita del estado en nuestro país? El presente trabajo de investigación procura responder a estas interrogantes. No se trata de ofrecer un recetario jurídico político sobre lo que podría contener una nueva constitución respecto a un nuevo estado tripartito ecuatoriano, sino una fundamentación teórica de la necesidad de volver al esquema trifuncional del estado en nuestro país.

Así pues, en primer lugar, se expondrá la génesis, naturaleza y atributos del estado tripartito; en segundo lugar, analizaremos las razones por las cuales el estado pentapartito ya no es conveniente para el futuro de la nación; finalmente, daremos a conocer los fundamentos filosóficos, jurídicos y políticos de la necesidad de volver al esquema clásico de la división tripartita del Estado ecuatoriano.

1. Génesis y Naturaleza del Estado Tripartito

1.1 Un poco de historia

El paradigma del estado tripartito tiene su origen en la filosofía griega de Platón y Aristóteles, que abogaban, por una bifurcación del poder en ejecutivo-legislativo y judicial, en una monarquía democrática (Platón), o aristocrática (Aristóteles) según la polis (estado-ciudad.). Para Aristóteles “el político y el legislador no tienen en cuenta otra cosa que el Estado en todos sus trabajos; y el

RETORNO A LA CLASICA DIVISION DE TRES PODERES DEL ESTADO ECUATORIANO

gobierno no es más que cierta organización impuesta a todos los miembros del Estado” (Aristóteles, Pág. 52). Posteriormente, en Roma, el emperador asume el poder ejecutivo y el senado lo legislativo y judicial. Como lo han señalado Loewenstein y Jellinek, no existía repugnancia en que un miembro del jurado desempeñase al mismo tiempo una magistratura o, por supuesto, interviniera en la asamblea” (Solozabal, 2000, pág. 1981).

La sociedad si se puede llamar así en las época del primitismo proto medieval (siglos V –VIII) corresponde no esencialmente al primitivo hombres de las cavernas ni a la ausencia de civilización, obedece más bien a la ausencia de cualquier tipo de organización política, es la costumbre la que orienta posteriormente una transformación de realidades sociales en leyes formales, según Grossi “ el carácter ya normativo del hecho consuetudinario y su connatural disponibilidad para transformarse en LEX esta limpiamente grabado en la conciencia popular” (1996, pág. 104). En la Edad Media se fortalece la concepción de un estado mixto (monarquía y república), tal como lo desarrollo y consolido el Common Law de Inglaterra en el siglo XI –XIII especialmente a través de la llegada al trono del monarca Enrique II con la unificación del sistema legal ingles que se envió a los jueces a oír y resolver las disputas a lo largo y ancho del reino (Moreno, F. 2013. Liberalismo.org.: Elogio del Common Law.). pero que se verá cuestionado después de la revolución inglesa de 1653 y en base a los cuestionamiento realizados por Charles Dallinson sobre la división tripartita del poder estatal en su obra “The Royalist Defense”, exponiendo la separación de podres, su necesidad y superioridad por encima del estado mixto, argumentando que “un sistema satisfactorio de gobierno sólo puede resultar otorgando distintas

RETORNO A LA CLASICA DIVISION DE TRES PODERES DEL ESTADO ECUATORIANO

funciones de gobierno en manos separadas para que todos estén restringidos, y sujetos dentro de sus propios límites (Tuteleers, 1982, pág. 83).

En este ambiente geopolítico, Locke, en su obra “El Ensayo sobre el gobierno civil”, propone más bien la división del poder en: “poder legislativo, poder de hacer leyes permanentes y conocidas por el pueblo y que comprende también el de juzgar mediante jueces rectos e imparciales; el poder ejecutivo, que respalda con la fuerza las decisiones legales, cuidando de su ejecución mientras estén vigentes, y el poder federativo o poder de relaciones exteriores” (Solozabal, 1981, pág. 2019), como declarar la guerra y la paz, constituir alianzas. Pero en la visión de Locke las tres acciones del estado no estaban designadas a organismos independientes pues, por ejemplo, mientras la legislatura la compartía el parlamento y el rey, el ejecutivo al rey y al Consejo, y la federativa exclusivamente al rey.

Finalmente, a mediados del siglo XVIII, el filósofo francés, Montesquieu, en su obra “L’Esprit des Lois” (El Espíritu de las Leyes), de 1748, propone la división tripartita del poder estatal en legislativo, ejecutivo y judicial, con el fin de evitar el abuso del poder y la concentración del mismo en una sola persona: “Todo estaría perdido si el mismo hombre, o el mismo cuerpo de los próceres o de los nobles o del pueblo, ejerciese estos tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las diferencias de los particulares”. (pág. 228)

Es evidente que existe una diferencia entre Locke y Montesquieu. Así lo deja entrever Ferrajoli (2008), pues mientras Montesquieu dividía al estado en las tres funciones clásicas (legislativo, ejecutivo y judicial), Locke “se refería

RETORNO A LA CLASICA DIVISION DE TRES PODERES DEL ESTADO ECUATORIANO

simplemente a dos poderes, el legislativo y el ejecutivo” (pág. 339). En efecto, Locke reduce señala como atribuciones del legislativo las funciones de crear leyes e impartir justicia, mientras que el rey es el representante del ejecutivo y el promotor de la parte federativa del reino.

Las ideas de Montesquieu las recoge la Constitución norteamericana (1787) y la revolución francesa (1789). Luego, en el siglo XIX, pasará a las colonias españolas, francesas, inglesas, las que implementarán en sus constituciones el sistema tripartito.

1.2 Terminología política

Conviene establecer en la presente exposición, la definición de algunos términos, como estado, poder, funciones y órganos de gobierno. En efecto, se ha confundido la terminología montesquiana, al emplear el término “poder” como sinónimo de función u órgano, cuando, en realidad, el poder que posee el estado es único, mientras que las funciones que ejerce pueden ser numerosas y diversas, de tal modo que lo entendía el padre del estado moderno era “una jerarquía o gradación de los poderes, y no una separación formal” (Carré, 1998, pág. 326).

Llamamos *poder* a la capacidad que tiene alguien para dirigirse a un determinado fin a través de medios idóneos. El poder es inherente a la persona o a un grupo humano determinado (familia, organizaciones sociales, políticas). Pero aquí lo referimos al poder que posee el estado. Este se “traduce en la relación de mando y obediencia, global y suprema, que tiende a establecer un orden socio-político y una organización sobre la base de la idea política determinante en la sociedad” (Badeni, 2004, 223). En esta relación socio-política, el estado es el que manda y la sociedad es la que obedece. La sociedad le transfiere este poder al

RETORNO A LA CLASICA DIVISION DE TRES PODERES DEL ESTADO ECUATORIANO

estado, con el fin de conservar el orden social justo en lo político, económico, cultural, administrativo, etc. Tal transferencia no implica una renuncia por parte de la sociedad de esta capacidad de autodeterminación. Más aún, supone que poder tiene la sociedad para conferirlo, de manera parcial o absoluta.

El término *estado* debe entenderse no en su dimensión social, como “la sociedad política y jurídicamente constituida dentro de un espacio físico y para fines comunes” (Flores, 2004, pág.51), sino como un sistema político investido de poder, esto es, la “estructura permanente del poder en una comunidad política” (Rodríguez, 2014, pág. 205). Al igual que la sociedad, el estado es una realidad permanente, pero con una forma definida: una estructura social y política: Social, en sentido de aglutinar personas o grupos humanos denominados funcionarios o empleados públicos que interactúan con la comunidad a la que sirven; y, es una estructura política por cuanto tiene como fin servir a la sociedad de instituciones u organismos (presidencia, congreso, juzgados, etc.) investidas de prerrogativas que le permiten tomar decisiones que son vinculantes colectivamente hablando.

Sin embargo, el estado, aun cuando comparte con la sociedad características como ser una realidad organizacional y permanente, no se confunde con ella. Es más, el estado no es sinónimo tampoco de “gobierno”, pues éste es el ejercicio transitorio del poder estatal por parte de las autoridades de turno, o como expone Badeni, es “el conjunto de personas u órganos a los cuales se encomienda el ejercicio del poder político correspondiente a la organización global” (2004, pág.215). Es decir, se trata del medio que tiene el estado para conducir la política, la economía, la justicia y en general, las relaciones con la sociedad, sea de un modo ascendente, por ejemplo, con el pago de tributos, o descendente, a través de

RETORNO A LA CLASICA DIVISION DE TRES PODERES DEL ESTADO ECUATORIANO

la ejecución de obras (carreteras, puentes, hospitales, escuelas, etc.) y prestación de servicios (agua, luz, alcantarillado).

La *Sociedad* es el sujeto activo que le delega el poder, pero también es a la vez sujeto pasivo del ejercicio del poder por parte del estado (acción teleológica), la comunidad concreta de sujetos (el pueblo ecuatoriano, por ejemplo) con su historia, cultura, ciencia, religión, economía, afincada en un determinado territorio. En este sentido, concebimos al estado como sociedad política y a la sociedad simplemente como sociedad civil (Rodríguez, 2004, pág. 589).

La *función* es el ejercicio del poder por parte del estado. Las funciones (legislativa, ejecutiva y judicial) no “dividen” el poder estatal, ni mucho menos lo “separan”. Más bien lo especializan en una determinada acción política, tratando en lo posible de que exista subordinación y coordinación en la función legislativa, ejecutiva o gubernativa y judicial o llamada también jurisdiccional. En un Estado, estas funciones tienen un carácter tripartito horizontal, sin que ninguna se sobreponga a la otra, teniendo sus actos carácter soberano y vinculante. Aunque la doctrina y la praxis constitucional desarrollan el tema de la división de poderes, se debe más bien hablar de división de funciones, que, como señala Héctor Fix-Zamudio citado por Carmona “se debe a la influencia de las constituciones revolucionarias francesas, apoyadas ideológicamente en el pensamiento de John Locke, Montesquieu y Rousseau” (2007, pág. 178). Estas funciones no se pueden delegar a las organizaciones sociales y políticas entes no estatales, ni mucho menos pueden ser asignadas a otros entes estatales, como si el acto de impartir justicia penal se le confiere por delegación a la asamblea nacional.

RETORNO A LA CLASICA DIVISION DE TRES PODERES DEL ESTADO ECUATORIANO

Por último, el término *órgano* (u organismo) se refiere a la persona, grupo de personas o instituciones públicas que ejercen el poder estatal de acuerdo con las funciones establecidas en la constitución. Al respecto, debemos distinguir entre “el órgano jurídico —el conjunto de competencias— y el órgano físico, o sea, la persona llamada a ejercer esas competencias” (Gordillo, 2017, Cap. XII, pág. 3). En este sentido, al órgano legislativo le corresponde crear, modificar o derogar leyes, fiscalizar los actos de los funcionarios de las otras funciones; al órgano ejecutivo toca aplicar o ejecutar las leyes, así como administrar la res pública; y al órgano judicial dirimir las controversias jurídicas que se le planteen en base a dichas leyes.

1.3 Naturaleza del estado tripartito

El Estado tripartito posee un *quid* o esencia específica. No es un individuo sino una realidad social, en la que existe relaciones *ad intra* (entre los funcionarios y órganos de gobierno) y *ad extra* (con la sociedad y los demás estados) que tiene su origen en la naturaleza misma de toda relación social, sino una realidad inherente a la naturaleza social de la persona. El hombre tiende a crear el estado como un orden social político para alcanzar el bien común de todos. Aquí radica su diferencia específica con la familia y cualquier asociación. El término “política(o)” proviene del griego “polis”, que, como señala gallego en tiempos de la Grecia Clásica se empleaba para designar a ciudades-estados ((2017) pág. 19). La política, pues, era el acto dirigir con autoridad a las ciudades estados griegas.

Max Weber concibe el término política, en *sentido amplio*, como “toda actividad directiva autónoma de cualquier grupo o comunidad” y *en sentido*

RETORNO A LA CLASICA DIVISION DE TRES PODERES DEL ESTADO ECUATORIANO

estricto, como “la dirección o la influencia sobre la trayectoria de una entidad política, aplicable en nuestro tiempo al Estado.” (Weber, 1919, pág. 5) Aquí se emplea el término política en sentido estricto, aclarando que, como poder de dirección, no se agota ni se reduce al estado, sino que es propia de toda persona o grupo social distinto al estado, que busca el bien como último fin de sus actos.

Así pues, en esencia, el estado tripartito es un orden social político que ejerce el poder dirigiendo a una determinada comunidad a la consecución del bien común a través de su accionar ejecutivo, legislativo y judicial.

1.4 Atributos

Cabe preguntar si el estado tripartito, al ejercer en tres direcciones el poder, no se diluye o pierde su carácter originario. Pues no, por cuanto mantiene la unidad en la diversidad de funciones, es democrático, republicano, de carácter electivo y representativo.

El poder es uno solo. En este sentido:

sí se parte de la unidad del poder del Estado puede aceptarse sólo la distribución de funciones en órganos diferentes, pero nunca su separación, que opere con límites precisos y definitivos una delimitación absoluta de las funciones (...) El valor de la tesis de Montesquieu consiste fundamentalmente en los principios de coordinación, equilibrio y especialización que la nutren (Cassagne, 1963, pág. 55).

La comunidad elige de forma decisiva en sufragio universal y secreto, como expresión de su libertad, a aquellos que ejercen el poder. Este poder delegado se ejerce además en nombre del pueblo, por ejemplo, como jefe del estado y/o de gobierno. Sin embargo, en un estado democrático, la máxima

RETORNO A LA CLASICA DIVISION DE TRES PODERES DEL ESTADO ECUATORIANO

representación no reside en un solo órgano monocrático (presidencia), sino en uno pluricrático, esto es, la legislatura, pues, “cuando frente al pueblo de los electores, que cuenta con millones de individuos, no hay más que un único individuo como elegido, la idea de la representación del pueblo pierde necesariamente la última apariencia de fundamento” (Kelsen, 1984, pág. 1239).

1.5 Las tres funciones de un solo estado

En orden de prelación, la función legislativa es la más importante de un estado republicano y democrático. En ella está representada toda la sociedad, desde el individuo común corriente hasta las organizaciones sociales, políticas, económicas, culturales. Se ejerce a través de un órgano público denominado congreso, parlamento, asamblea, y puede ser unicameral o bicameral. Su accionar se dirige a la existencia de las normas y a la fiscalización de los actos de los funcionarios públicos. En efecto, la legislatura “formula y establece las normas generales y obligatorias de la convivencia social.” (Borja, 2003, pág. 640), es decir, crea, modifica e incluso deroga la normativa generada en su seno y que rige en todo el territorio nacional. La fiscalización es el análisis del accionar de los funcionarios públicos, sobre todo de elección popular y de aquellos que representan a los entes de control, ante la denuncia de posibles actos de corrupción de los mismos.

De otro lado, la función ejecutiva, o gubernativa, es la que desarrolla toda la actividad concreta y tangible del estado. El ejecutivo “asume no sólo la conducción administrativa del Estado sino la solución de los problemas reales de la sociedad” (Borja, 2003, pág. 638), y sume la prerrogativa de Jefe de Estado y/o de gobierno.

RETORNO A LA CLASICA DIVISION DE TRES PODERES DEL ESTADO ECUATORIANO

Finalmente, la función judicial constituye la garantía de la seguridad jurídica, debido al carácter de independencia de sus funcionarios públicos, pues no son elegidos por el pueblo, lo que le permite juzgar los actos de los representantes de las dos funciones antedichas. Constituye “una emanación de la soberanía del pueblo, por ello solo puede ejercerla aquellos órganos y funciones establecidos en la Carta Fundamental, que es el instrumento que recoge y materializa tal soberanía” (Andrade, 2009, pág. 248). Básicamente, sus órganos, esto es, las cortes, tribunales y jueces, no hacen la ley, sino imparten la justicia, resuelven las reclamaciones de las demandas y denuncias ciudadanas, creando el derecho consuetudinario o positivo de una nación.

2. Análisis Crítico de la División del Poder en el Estado Ecuatoriano actual

2.1 Origen del estado pentapartito

A principios del siglo XXI, cuando nuestro país pasaba por una crisis económica, política y social sin precedentes, se tornó una necesidad la reforma de la constitución de 1998 y por lo mismo, la transición del estado social de derecho a un estado constitucional de derechos. Al respecto, fueron claves “las críticas europeas a la filosofía del derecho liberal que se engloban en la corriente del neoconstitucionalismo, y la crítica a la democracia liberal representativa, elaborada al interior de los movimientos sociales latinoamericanos, cuya divisa común es el propósito de instaurar una democracia participativa o directa” (Andrade, 2012 40).

Bajo la promesa de un “nuevo país” se creó, a través de la Constitución de Montecristi de 2008, el estado pentapartito, un estado institucional de “Derechos y de justicia” (art. 1), dejando a un lado la visión del estado social de derecho. Y es

RETORNO A LA CLASICA DIVISION DE TRES PODERES DEL ESTADO ECUATORIANO

que, según, para los asambleístas constituyentes el neoliberalismo había puesto al capital por encima de la persona, existía un hiper presidencialismo atroz, el manejo de la legislatura y de la justicia por parte de un solo partido, la ineficiencia de los entes de control, los actos de corrupción, y, sobre todo, la condición económica paupérrima del país después del feriado bancario. Según Dieterich “La humanidad ha caído en manos de una elite delincencial, compuesta por unos diez mil banqueros, industriales y políticos profesionales que usan los recursos del planeta y los frutos de nuestro trabajo, para sí”. (1996, pago. 51). Esta receta de democracia participativa impulso el concurso de ciudadanos en las decisiones políticas de los gobiernos centrales, locales y seccionales incorporándolos a la selección de hombres y mujeres cuyo mérito podían cambiar el país, dejando de lado la participación de los partidos políticos en la selección y envió de ternas para los principales puestos de control.

El viraje dado por la nueva carta política a la naturaleza misma del estado ecuatoriano permite establecer, en relación con el estado normado en la constitución de 1998, semejanzas y diferencias.

2.2 Semejanzas y diferencias

a. Semejanzas

Existen semejanzas entre las dos concepciones del estado ecuatoriano. En primer lugar, ambos estados tienen como fundamento la constitución. En la constitución de 1998 (artículo 272) y en la del 2008 (artículo 424) se establece a la constitución como la norma suprema que prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico, es la sustentadora de la vida política, social, económica del país.

RETORNO A LA CLASICA DIVISION DE TRES PODERES DEL ESTADO ECUATORIANO

En segundo lugar, ambos estados conservan la mayoría de los órganos representativos de las funciones estatales, como, presidencia, vicepresidencia, ministerios, secretarías, así como el nombre de los entes de control: Procuraduría, Contraloría, Fiscalía, Policía Nacional y las Fuerzas Armadas, etc.

b. Diferencias

Sin embargo, las diferencias son notorias al momento de señalar la naturaleza de ambos estados, la concepción del derecho, sus prioridades, las prerrogativas del ejecutivo y la administración de justicia.

En cuanto a la naturaleza del estado, El de la constitución de 1998 se basa en el principio de legalidad: la ley, o derecho objetivo, es la fuente del derecho de las personas; en cambio, el estado de la constitución del 2008, el derecho subjetivo es la fuente de todo, incluso de la ley, como resultado de las nuevas tendencias de estructurar un estado más cerca de las personas “en la medida en que crece el rechazo a la idea de un Estado de derecho meramente formal y desprovisto de contenido material”(Casado, 2007, pág. 393),

En cuanto a la concepción del derecho, el estado tripartito de 1998 salvaguarda su aspecto “formal”: lo esencial es el derecho positivo, la norma regulante: la ley está por encima de los derechos de las personas; en cambio, el estado actual prioriza lo “material” del derecho, lo “regulado” por la ley positiva, produciendo un viraje constitucionalista: lo decisivo es el valor “derecho” que le concede el “ser” a la norma o ley. Es por ello que se señala que el Derecho actual en nuestro país “se caracteriza por vincular el poder del Estado a determinados principios y valores superiores del derecho, y porque el centro de gravedad de la actividad estatal no se entiende orientada sólo a asegurar las garantías formales de

RETORNO A LA CLASICA DIVISION DE TRES PODERES DEL ESTADO ECUATORIANO

la libertad, sino también a establecer una situación jurídica justa en sentido material” (Casado, op. cit, pág. 392).

La constitución de 1998 establece una economía liberal, a través de un sistema de “economía social de mercado” (Art. 244), promoviendo desarrollo de actividades y mercados competitivos e impulsando la libre competencia”, esto es; en cambio, en la actual constitución la “economía” no ocupa un papel preponderante en el accionar del estado, y se aboga más bien por una economía “solidaria”. Se trata, a mi parecer, de una visión más filosófica que económica, pues el artículo 283 dice que “El sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir”.

Por último, si bien la administración de justicia en el estado de 1998 y del 2008 contempla un órgano de gobierno, administración y disciplina, como lo es el Consejo de la Judicatura (en la constitución de 1998 se denominaba Consejo Nacional de la Judicatura, artículo 206)), sin embargo, este organismo asume en la actual constitución una prerrogativa más, que es la de “vigilancia” (Art. 178), lo que la convirtió en un supra organismo, por encima de los jueces. No sin razón, en el 2014, apenas un año de posesionado el Pleno de este Consejo (23 de enero del 2013), José Miguel Vivanco, Director de la División de las Américas de la Human Rights Watch, en una carta de fecha 29 de enero del 2014, remitida al Pleno del Consejo de la Judicatura, señala que este organismo “ha modificado sustancialmente la composición del poder judicial al designar y destituir a cientos

RETORNO A LA CLASICA DIVISION DE TRES PODERES DEL ESTADO ECUATORIANO

de jueces, incluidos todos los magistrados de la Corte Nacional de Justicia, a través de mecanismos sumamente cuestionables que, según creemos, atentan contra la independencia judicial en él”.

2.3 Crítica

Ahora bien, a diez años de vigencia de este nuevo modelo de estado, cabe señalar los puntos críticos del mismo.

En primer lugar, a pesar de que existe la homologación de los nuevos derechos, los civiles y políticos, frente a los sociales y económicos, éstos no tienen su origen en la persona, sino que es el estado el que los otorga. Estamos, pues, frente a un estado cien por ciento legalista. De nada nos sirve pregonar que tenemos “el más elevado número de derechos y, más concretamente, de derechos sociales de todo el constitucionalismo comparado” (Palacios, 2008, pág. 42), si su vigilancia y control está en la cancha del estado y no de la sociedad. Así pues, se trata de un mito el estado constitucional de derechos, y no una realidad que incluso pueda ejercerse en contra del estado, cuando éste se convierte en causa de la vulneración de los derechos subjetivos.

En el nuevo Estado, El Órgano de la Función Legislativa, la Asamblea Nacional, deja de ser el génesis” de la ley, pues el ejecutivo tiene atribuciones legislativas, con poder de veto ante las leyes de la Asamblea Nacional, a la que puede disolver a través de la muerte cruzada. Crear leyes y fiscalizar quedan en el papel de la Constitución, tal como lo demuestra la praxis legislativa abstentiva en el control de los actos de las demás funciones del estado.

Un asunto que preocupa es con relación a la tercera función, la judicial, que carece de identidad e independencia propias. En primer lugar, por cuanto,

RETORNO A LA CLASICA DIVISION DE TRES PODERES DEL ESTADO ECUATORIANO

existen dos funciones en una misma función: “Función Judicial y Justicia Indígena” (Constitución, Capítulo IV). No se trata de dos “órganos” de la función judicial, sino de “dos” tipos de administración de justicia. Es como hablar de dos personas en un mismo cuerpo con un mismo nombre y apellido. En segundo lugar, la función judicial está bajo la lupa de un ente que lo “vigila”, a modo de supra organismo: el Consejo de la Judicatura, cuyo accionar ha sido cuestionado por la Human Rights Watch, por la ciudadanía y por el actual Consejo de Participación Ciudadana y Control Social Transitorio, que, dicho sea de paso, el 4 de junio del 2018, cesó en sus funciones al Pleno del Consejo de la Judicatura, por haberse abrogado funciones ajenas a su naturaleza.

La Función de Transparencia y Control Social, supuestamente iba a concretar “la idea del Poder Popular como control democrático y poder negativo del pueblo sobre los gobernantes” (Ávila, 2008, pág. 152). Algo parecido se prometió con la creación de la Corte Constitucional, es Tribunal Constitucional, a modo de control constitucional “de los actos legislativos, de la administración pública y de la administración de la justicia ordinaria” (Echeverría, 2009, pág. 17). Pero en concreto, el pueblo ni participó en las decisiones gubernamental, ni mucho menos controló y fiscalizó el accionar de los funcionarios de alto rango.

3. Necesidad del Estado Tripartito en la República del Ecuador

Demostrada la inconveniencia del estado pentapartito, resta por establecer la necesidad de que la “*res pública*” de nuestro país esté dirigida y regulada por un estado tripartito. Para ello, se presentan argumentos de carácter filosóficos, políticos y jurídicos.

3.1 Argumentos filosóficos.

RETORNO A LA CLASICA DIVISION DE TRES PODERES DEL ESTADO ECUATORIANO

Es preciso acudir a las nociones de naturaleza y causa. En primer lugar, las palabras “expresan lo que las cosas son, es decir, su esencia, lo que los define, al margen de otras determinaciones accidentales y mudables” (Alvira, 1989, pág. 29). La naturaleza es la esencia de algo, aquello que hace que una cosa sea lo que es, lo que lo diferencia de los demás (el auto de un árbol), e incluso de aquellas que le son semejantes. (una constitución de una ordenanza municipal). Así pues, ¿Cuál es la naturaleza del estado?: ser un orden social político que ejerce el poder con tres funciones (legislativo, ejecutivo y judicial), con el fin de lograr el bien común de la comunidad a la que dirige. Todo lo que se le añade le es ajeno a su naturaleza o esencia

En segundo lugar, se observa que unos seres influyen en otros, como la luna sobre las mareas en la tierra, o que una persona le ordena a otro a realizar algo (comprar una computadora). Santo Tomás de Aquino, citado por Pausan, define a la causa como “aquello de cuyo ser se sigue otro” (Pausan, 1920, No. 3). Es decir, causa es aquello que influye en otro, haciéndolo depender de algún modo de sí, como, la madre respecto del hijo. La causa, según la doctrina aristotélica tomista, se divide en: causa material, formal, eficiente, final e instrumental.

3.2 Argumentos políticos.

En la familia encontramos en germen la expresión del *poder* en sentido tripartito: así se dice que el padre es la cabeza de la familia, la madre la administradora y los dos son los que señalan qué acciones están ceñidas a la justicia.

RETORNO A LA CLASICA DIVISION DE TRES PODERES DEL ESTADO ECUATORIANO

Pero de nada le serviría a una sociedad si, al delegar el poder a un estado determinado, éste limita o anula la libertad a quienes sirve. Entendida la libertad como la autodeterminación de la persona para dirigirse a su propio bien, cabe hacer la distinción realizada por Isahias Berlinh, entre libertad positiva (ausencia de interferencia) y libertad negativa (ausencia de dominación). La libertad positiva es la toma personal de decisión por sí mismo, ser uno mismo su propio amo: “Quiero que mi vida y mis decisiones dependan de mí mismo, y no de fuerzas exteriores, sean estas del tipo que sean” (1958, pág. 60). La libertad negativa es el ejercicio de esa libertad sin presión externa de otros, como cuando decido casarme sin presión de mis padres. “Ser libre en este sentido quiere decir para mí que otros no se interpongan en mi actividad. Cuanto más extenso sea el ámbito de esta ausencia de interposición, más amplia es mi libertad” (pág. 4).

Debemos, pues, hablar por tanto de la libertad en relación con el estado, a la que llamamos con Isahias Berlinh “libertad política”: la no interferencia del estado en los asuntos privados, sin dominio alguno. Pero, acotemos algo, empleando las palabras de Pettit, que ante el no-dominio y el autodomio existe el ideal de la no dominación, esto es la “república”. es posible que los miembros de la sociedad, al delegar el poder al estado tripartito para que administre, crea leyes y juzgue, y en cierto modo interfiera, limitando su libertad en beneficio de todos. “De acuerdo con el concepto republicano de libertad, también es verdad que puede haber interferencia sin menoscabo de la libertad. En particular, hay interferencia sin pérdida alguna de libertad cuando la interferencia no es arbitraria y no representa una forma de dominación: cuando está controlada por los intereses y las opiniones de los afectados y es requerida para servir a esos intereses de

RETORNO A LA CLASICA DIVISION DE TRES PODERES DEL ESTADO ECUATORIANO

manera conforme a esas opiniones” (Pettit, 1999, pág. 12). En este sentido, ni caemos en el imaginario autogobierno, ni peor aún en el autoritarismo moderno, disfrazado de socialismo o neoconstitucionalismo iusnaturalista, concebido como “un estado o una tendencia hacia el sometimiento a poderes que no han sido aceptados libremente y que no son revocable” (Therborn, 2017, pág. 211).

3.3 Argumentos jurídicos.

Tiene que ver con el origen legal e histórico positivista del estado tripartito. Por *ley natural*, el estado hunde sus raíces en la naturaleza social de la persona humana. El estado constituye una de las formas naturales más perfectas, junto a la familia y a la sociedad, de una institución que supone relaciones entre sus miembros ad intra y ad extra. Pero se trata de un orden social político de carácter instrumental, a través del cual la sociedad ha decidido ejercer su poder, concediéndole la autoridad a este grupo social estructurado, para que crea normal, las ejecute e imparta justicia.

La historia contada y vivida es una demostración a posteriori de que los hombres, bajo el gobierno monárquico (europeo, americano, africano, asiático e oceánico) o republicano al estilo greco romano, medieval, han establecido que, por ejemplo, el monarca asume en sí el poder para dirigir el reino, impartir leyes y juzgar, o que, ya no era conveniente que en un solo hombre estuviera todo el poder conferido por Dios o por el pueblo y que era mejor dividirlo en tres estamentos, tal como lo propuso Monstequieu, y lo acogieran en su Constitución los Estados Unidos de Norteamérica o la naciente república francesa, después de su revolución, y por los nuevos países latinoamericanos, incluido el nuestro, tal como sucedió el 23 de septiembre de 1830, en la ciudad de Riobamba, en cuya

RETORNO A LA CLASICA DIVISION DE TRES PODERES DEL ESTADO ECUATORIANO

primera Constitución se norma el ejercicio del “poder” legislativo a través de un congreso (artículo 21), del poder ejecutivo, por medio de un “Presidente del Estado” (artículo 32), y del poder judicial, mediante una “alta Corte de Justicia, Cortes de apelación, y por los demás tribunales” (artículo 45). Sea que el poder tripartito estuviera en un solo hombre o que se ejerza a través de tres órganos distintos, pero coordinados, el origen positivo del estado demuestra una vez más su necesidad intrínseca y natural de ejercer el poder en las tres direcciones tan abundantemente comentadas en este trabajo.

4. Conclusiones

La concepción y puesta en marcha de un Estado pentapartito, carece de justificativo histórico, filosófico, político y jurídico, pues, no ha permitido, por un lado, que la sociedad alcance el bien común deseado, el buen vivir, y, por otro lado, ha limitado el ejercicio de la libertad personal y asociativa. En este sentido, resulta contradictorio que en el estado pentapartito, el pueblo, por un lado, sea quien transfiera la autoridad para que el Estado, y a la vez sea él mismo “una función más trasvés de la “Función de Transparencia y Control Social”. Es insostenible la existencia de un Consejo de la Judicatura como supra organismo, cuando su naturaleza es ser un ente de gobierno, de administración y de disciplina dentro del a función judicial. Conviene y es necesario que volvamos a la estructura natural del Estado que ejerce el poder de forma tripartita. Y, para ello, el pueblo debe pronunciarse al respecto a través de una asamblea constituyente. Solo así la sociedad civil, causa eficiente del poder, pueda alcanzar su fin: el bien común.

RETORNO A LA CLASICA DIVISION DE TRES PODERES DEL ESTADO ECUATORIANO

Referencias Bibliográficas

- Alvira, T.,** LCavell, L., Melendo, T. (1989). Metafísica. Pamplona. Eunsa.
- Aristóteles,** Política. Traducción de Patricio de Azcárate C (1873). Madrid. Medina. Medina y Navarro, Editores.
- Ávila, A.** (2008). Ecuador Estado Constitucional de Derechos y Justicia: La Constitución del 2008 en el contexto andino. Quito. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Ávila y otros.** (2008). Desafíos constitucionales: La Constitución ecuatoriana del 2008 Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Badeni, G,** Teoría de Derecho Constitucional. Tomo I. Buenos Aires. Fondo de Derecho Constitucional y Economía.
- Berlinh, I.** (1958). Dos conceptos de libertad (Conferencia fue dada como «Inaugural lecture» en la Universidad de Oxford el 31 de octubre de 1958) Oxford. Clarendon Press.
- Borja, R.** (2003). Enciclopedia de la Política. Quito. Fondo de Cultura Económica.
- Calderón, F.** (2017). Los Límites de la Democracia. Buenos Aires. Clacso
- Casado, V.** (2007). Fundamentos del Derecho Constitucional Contemporáneo. Tomo I. Bogotá. Legis.
- Carré, D.** (1998). Teoría General del Estado. México D.F. Fondo de Cultura Económica UNAM.

RETORNO A LA CLASICA DIVISION DE TRES PODERES DEL ESTADO ECUATORIANO

Cassagne, C. (1983). Derecho Administrativo. Tomo I (pp. 54-55) Buenos Aires. Abeledo Perrot.

Dieterich, H. (1996). El Socialismo del Siglo XXI. Fica (Fundación para la Investigación y la Cultura). México

De Marlberg, C. (1948). Teoría General del Estado. México. FCE.

Ferrajoli, L. (2008). La esfera de lo indecible y la división de poderes. Estudios Constitucionales. Año 6, No. 1, pp. 337-343.

Flores, F, y otros. (2004). La participación política en el Ecuador. Quito. Corporación Editora Nación.

García, J. (2000). Del principio de la división de poderes. Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), Núm. 108 (abril-junio), pág. 51.

Gordillo, A. (2017). Tratado de derecho Administrativo y obras selectas. Tomo I. Buenos Aires. Fundación de Derecho Administrativo.

Kelsen, H. (1984). La democracia. Tratado II, Mulino, Bologna.

Lorenzo, P. (2009). Dictadura, democracia, república: Un análisis conceptual. Primer Encuentro internacional sobre el poder en el pasado y el presente de América Latina (pp. 29-60). México.

Morales, J. y Noguera, A. (2008). Participación, Función Electoral y Función de Control y Transparencia Social”.

Omar Aguilar, N. (2006). Estado, mercado y sociedad civil. Una mirada desde la sociología. *Némesis*, 5, 131-150.

RETORNO A LA CLASICA DIVISION DE TRES PODERES DEL ESTADO ECUATORIANO

Pauson, J. (1950). Saint Thomas Aquinas. De principiis naturae. Friburgo. Societé. Traducción, introducción y notas de Emilio García Estébanez.

Paredes Zambrano, H. (2014). Derechos de la naturaleza en el ordenamiento constitucional vigente. Quito. 2014.

Pettit, Ph. (1999). Una teoría sobre la libertad y el gobierno. Madrid. Editorial Paidós.

RAE (Real Academia Española y Asociación de Academias de la Lengua Española (2014). Diccionario de la lengua española (23.^a Ed.). Madrid. Espasa

Solozabal Echavarría, J. (1984). Una nota sobre el concepto de política. *Nueva Época*, 42 (noviembre-diciembre), 140.

Solozabal Echavarría, J. (1981). Sobre el principio de la separación de poderes. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, 24, (noviembre-diciembre), pág. 219.

Tamayo Jiménez, D. (2012). Teoría Política, México DF. Red Tercer Milenio S.C.

Tuteleers, S. Sobre la separación de los poderes del estado. En: [https://repositorio.uc.cl/bitstream/handle/11534/11045/000353386.pdf?sequence=](https://repositorio.uc.cl/bitstream/handle/11534/11045/000353386.pdf?sequence=1)

1

Weber, M. (1919). El político y el científico. Título original: *Wissenschaft Als Beruf / Politik Als Beruf*. Bercebus.

RETORNO A LA CLASICA DIVISION DE TRES PODERES DEL ESTADO ECUATORIANO

Vivanco, J. (2014). Carta sobre independencia judicial en Ecuador, 29 de enero de 2014. Recuperado de: <https://www.hrw.org/es/news/2014/01/29/carta-sobre-independencia-judicial-en-ecuador>

Consejo Participación Ciudadana y Control Social Transitorio (2018, 06 04). Boletín de prensa recuperado de <http://www.cpccs.gob.ec/es/el-cpccs-t-cesa-en-funciones-a-vocales-del-consejo-de-la-judicatura/>