

El Principio de los “Pesos y Contrapesos” en el Constitucionalismo Ecuatoriano Contemporáneo

The Beginning of the “Checks and Balances” in the Ecuadorian Contemporary Constitutionalism

David Israel González Pogo

Investigador Jurídico, Oficina de Procuración del Dr. Manuel Tandazo

Artículo Original (Revisión)

RFJ, No. 2, 2017, pp. 321-351, ISSN 2588-0837

RESUMEN: el presente artículo realiza una revisión sobre el principio de la división de poderes y los “checks and balances”, el cual se contiene en la rama constitucional del Derecho. Conscientes que la distribución del poder y el control que se ejercen entre los organismos públicos, es fundamental para garantizar los Derechos de las personas y formar un Estado, es menester analizar su origen e importancia con el Estado moderno de Derecho. Además, establecer algunas de las patologías por las que atraviesa el principio de la distribución de funciones. De igual manera, determinar cuál es el eje transversal por el cual se guía la Teoría de la Elección Racional, en relación con el poder público. Por lo tanto, la investigación es de carácter exploratorio, ya que revisa la literatura y doctrina sobre la que versa el principio, y de manera particular, se analiza la aplicación del principio en torno a la Constitución del Ecuador del 2008.

PALABRAS CLAVES: Pesos y contrapesos, separación de poderes, Estado de Derecho, poder público, elección racional.

ABSTRACT: this paper reviews the beginning of the division of power and the “checks and balance”, which controls itself in the Constitutional branch of the Law. You consent that the distribution of the power and the control that is exercised between the public organisms is fundamental to guarantee the rights of the personas and to form a State, it is necessary to analyze his origin and importance with the modern State of Law. In addition, to establish some of the pathologies for which it crosses the beginning of the distribution of functions. Of equal way, to determine which is the transverse axis by which there

is guided the Theory of the Rational Choice, in relation to the public power. Therefore the investigation is of character exploratory, since it checks the literature and doctrine on which it turns on the beginning, and in a particular way, studies the application of the beginning concerning the Constitution of the Ecuador of 2008.

KEY WORDS: checks and balances, separation of power, rule of law, public power, rational choice.

INTRODUCCIÓN

Consagrar el principio de la división de poderes y los “Checks and Balances” como forma de organización del poder público estatal de manera constitucional, impide la centralización del poder, en otras palabras, frena la autocracia. Al respecto de la distribución del poder público Torres Ávila (2014) nace ante: “la necesidad de evitar que el poder público se concentre de manera tal que pueda someter y subordinar al pueblo a sus dictámenes.”¹ En tal virtud, el acontecimiento histórico que atañe al surgimiento del principio es la consolidación de las monarquías absolutas, las cuales se caracterizaban por monopolizar el poder, concedido por voluntad divina, en el monarca. Mencionada figura, detentadora de poder atropellaba los Derechos individuales y no mostraba sujeción alguna a límites en el ejercicio de su poder.

Dado ese acontecimiento, la edad moderna en su época de la Ilustración propone cambiar y romper el estatus quo a base de planteamientos académicos y doctrinarios, con la consecución de fines positivos. Por esa razón, surge la figura del Barón de Montesquieu quien en su gran obra “El Espíritu de las Leyes (1748)” hace énfasis en que el poder debe ser controlado por el poder, finalmente esa premisa se ve reflejada en el planteamiento de un modelo tripartito para la distribución del poder. El cual se funda en el equilibrio que deben tener los poderes y a su vez controlados en la concepción de los “Checks and Balances”. A merced de ello, el principio gana importancia y se convierte en pieza clave de las Constituciones y por ende de los Estados modernos, con el fin último de proteger los Derechos de las personas.

1 Torres Ávila, J. (2014). Los paradigmas del control de poder y el principio de división de poderes. *Justicia Juri* (10)1. 87-101.

Además, es menester analizar el poder público desde la óptica de la Teoría de la Elección Racional, y con ello, ofrecer el motivo de algunas patologías que presenta el principio y la realidad política, jurídica y social de un Estado.

Por ello, motivados en determinar cuál es la importancia inherente de este principio con la vida de un Estado se ha planteado la siguiente problemática: ¿Cómo se aplica el principio de separación de poderes y los “Checks and Balances” en el constitucionalismo ecuatoriano contemporáneo? Para el efecto, el objetivo que persigue la presente investigación es analizar la aplicación de este principio en torno a la Constitución ecuatoriana del 2008, previa revisión de literatura sobre el tema.

Del objetivo general se desprenden algunos específicos: primero, revisar las propuestas doctrinarias que han sustentado al principio; segundo, identificar la relevancia que presentan los “Checks and Balances” en un Estado de Derecho; y tercero, revisar los planteamientos de la Teoría de la Elección Racional en relación con el poder público.

Sin embargo, abordar el principio de los “Checks and Balances” o “pesos y contrapesos” únicamente a base de la Constitución ecuatoriana puede sembrar dudas y algunos vacíos. Es por ello que el presente artículo se organiza en el siguiente orden de prelación: capítulo II titulado “Origen y doctrina de Locke y Montesquieu” donde se aborda el contexto histórico que origina el principio y los planteamientos que fundaron al mismo, además, un breve análisis de cómo se ha manejado el principio en algunas Constituciones que ha tenido el Ecuador. El capítulo III denominado “Constitucionalismo ecuatoriano contemporáneo” versa sobre la importancia que guarda el principio con el Estado de Derecho, con el régimen presidencialista y de manera primordial, analiza la aplicación del principio en la Constitución del 2008. Luego, el capítulo IV titulado “Poder Público y Teoría de la Elección Racional”, el mismo que establece la relación que existe entre las decisiones del sujeto político y su determinación en el poder público, previa revisión de sus planteamientos. Además, en el mismo capítulo se aborda algunas de las patologías por las que atraviesa el principio en tratamiento. Finalmente, se resume a modo de conclusión los objetivos que plantea la investigación.

1. ORIGEN Y DOCTRINA DE LOCKE Y MONTESQUIEU

Para comprender la relevancia y el vínculo que guarda el principio de la separación de poderes y los “Checks and Balances” en el plano constitucional, se ha creído pertinente ofrecer en primer lugar un contexto histórico, el cual nos permitirá observar el impacto de la ilustración(-doctrina de Locke y Montesquieu), el quebrantamiento del estatus quo de la edad moderna, el resultado histórico de la caída del absolutismo, una breve historia constitucional ecuatoriana y de manera primordial: el vínculo sustancial que existe entre el principio de la separación de poderes, los “Checks and Balances” y el Estado de Derecho.

a. Motivación Histórica del Principio

El siglo XVIII – también conocido como Siglo de las Luces – se caracterizó por la Ilustración, Immanuel Kant: “movimiento intelectual en el cual los grandes pensadores sembraron las bases del pensamiento moderno en distintas esferas tanto política como cultural.”. Al poner en relieve y centro de ello la razón, para contrarrestar la ignorancia, las creencias y el despotismo predominante en la época. La misma que tuvo grandes precursores y mentores de entre los cuales se puede destacar a: John Locke, Charles Louis de Secondat o Baron de Montesquieu, Jean-Jackes Rousseau, David Hume, François-Marie Arouet también conocido como Voltaire, entre otros.

En Europa Occidental durante los siglos XVI y XVII y XVIII el poder estaba detentado por una sola persona conocido como “monarca”. Dicha forma de administrar el poder se la conoce como: “absolutismo”. Las monarquías absolutas como forma de administrar del poder se determinaban por justificar su poder en el mandato divino (encarnado en el monarca); oprimir a sus gobernados con impuestos excesivos y leyes injustas; además, no poseer límites a su ejercicio del poder, no presentar ni rendir cuentas e ir en atropello y menoscabo de los Derechos fundamentales y libertades de los individuos.

De esa manera, surgen grandes pensadores que cuestionan el estatus quo de la época y, además, plantean ideas para romper el nudo gordiano al cual estaban sometidos. Es en donde, los pensadores de la Ilustración critican el origen del poder, el mismo que debe emanar de la voluntad popular más no divina. En lo concerniente al sistema político y de gobierno, aparece la figura de John Locke, quién asienta las

bases, aunque de manera naciente, de lo que es el principio de separación de poderes en su manuscrito conocido como Segundo Tratado de Gobierno Civil (1690). Luego el mismo principio reforzado y consumado por Montesquieu en su libro “El Espíritu de la Leyes (1748)”, en el que plantea el sistema tripartito de división de funciones, a saber: Legislativo, Ejecutivo y Judicial, cuya finalidad radica en no concentrar el poder en una sola persona (evitar un actuar tiránico) sino distribuirlo o separarlo en funciones y a su vez, limitar el ejercicio del poder mediante el mecanismo de los “pesos y contrapesos”, con la consecución de respetar los Derechos de los individuos. Doctrina tradicional que se le asigna de modo primordial a Montesquieu.

Bajo esa óptica y con una clase burguesa – que para ese instante ya poseía gran importancia en comparación a los otros estamentos de la sociedad: nobleza y clero – ansiosa de fijar un nuevo rumbo a la realidad social y política de la época y acabar con el Antiguo Régimen, llevan a cabo un período de revoluciones conocidas también como “Revoluciones Burguesas” o “Revoluciones Liberales”, al ser la más relevante la Revolución Francesa de 1789.

Influenciados principalmente por la ideología de Locke y Montesquieu en los siglos XVII y XVIII, se llevan a cabo en primer lugar: la revolución Estadounidense de 1776, donde las trece colonias se libran del dominio británico. En la que tras promulgar su Constitución Federal, consagra el principio de división de poderes y el sistema de los “Checks and Balances”. Luego, el mayor ejemplo de las revoluciones burguesas, sin duda, es la Revolución Francesa². Donde se consolida, de igual manera, otra forma de gobierno el cual estriba en la separación de poderes, el equilibrio de los mismos y el respeto a los Derechos individuales.

En suma, lo que a través de las Revoluciones Liberales o Burguesas se buscó –y en efecto se consolidó – es la tradicional separación de poderes y de la mano de los “pesos y contrapesos” limitar el ejercicio del poder. Fundamentados en los planteamientos doctrinarios de John Locke y Montesquieu, los cuales tenían la consecución de acabar con el feudalismo y el régimen absolutista como forma de gobierno de la época.

2 Araya Ólmos, B. (2009). Incidencia Mediática y la Democracia Participativa. *El Foro*, 10, 45-51.

b. Principios básicos de Locke y Montesquieu

Locke y Montesquieu fueron los principales exponentes y creadores de esta teoría. Aunque corresponde a Montesquieu la autoría del principio de la división de poderes y los “frenos y contrapesos”, no obstante, es John Locke quien advierte sobre lo que conlleva la centralización de poder. Para ello se expondrán algunos de sus planteamientos recogidos de sus obras insignes a sus teorías.

John Locke, en “Dos ensayos sobre gobierno civil (1690)” describe acerca de sus planteamientos que en ciencia política han sido trascendentes. La epistemología política de Locke se desarrolló en torno algunos ejes. Uno de ellos es sobre las manifestaciones acerca de la separación de poderes. A decir de Torres Ávila (2014): “no se puede considerar el creador del principio de división de poderes, sino un gran difusor del mismo”³. En efecto, Locke identifica que el poder debe ser limitado: “el poder puede suponer una tentación excesivamente fuerte para la fragilidad humana”⁴. Al respecto de Locke, Ayala Olmos (2009): “sostuvo que el poder del gobierno debía ser limitado, pese a que nacía de un contrato social –posición que comparte con Hobbes– (...)”⁵ esto es, sin duda, lo que sustancialmente constituye la división de poderes: impedir el abuso del poder.

En él además subyace la idea de restricciones morales al ejercicio del poder, fundadas en la responsabilidad de quien lo detenta. Locke como fue mencionado, confiaba en la bondad humana a sabiendas que esta puede ser debilitada por distintos factores que lo corrompieran y descarriaran del objetivo común.

Otro de los ejes que se podría mencionar en palabras de Torres Ávila (2014) es: “tal poder, señala Locke solo puede surgir del consentimiento de cada uno de los individuos que busca la protección de sí mismo y de su propiedad.”. Este planteamiento lo podemos analizar desde dos aristas: la primera, en lo que se refiere es a la voluntad general (obligarse políticamente a la mayoría) para legitimar el acceso al

3 Torres Ávila, J. (2014). Los paradigmas del control de poder y el principio de división de poderes. *Justicia Juri* (10)1. 87-101.

4 Locke, J. (2006). *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*. Madrid : Alianza Editorial.

5 Araya Olmos, B. (2009). Incidencia Mediática y la Democracia Participativa. *El Foro*, 10, 45-51.

poder y así mismo la alternabilidad de los mismos, en contraposición a que el poder emane de la voluntad divina, además, de dejar en claro que lo celestial pasaría a un ámbito meramente particular distante de la concepción misma del Estado; lo segundo, se puede inferir en el respeto que debe poseer el Estado para con sus gobernados, es decir, respetar los Derechos de las personas.

Ahora bien, el modelo de Locke se opuso –como hemos planteado – al régimen monárquico absolutista, pero a decir de algunos autores, Locke tolera la monarquía, pero no de forma absoluta sino con la necesidad de mantener el orden y la paz. No obstante, a través de un pacto social y sumado a ello, que la plataforma del poder descansa en el pueblo y que este a su vez regresa. Determina que de forma esencial y principal de una República se debe establecer la existencia de dos fuerzas detentadoras de poder estas son: el legislativo y el ejecutivo. Empero, él establece que: “sólo puede haber un poder supremo que es el legislativo y al cual todos los demás deben estar subordinados”⁶. Además, Locke recalca que el pueblo puede derrocar al mismo.

Este primer poder: el legislativo, se basa en el pueblo, pero a su vez este debe delegar a representantes (personas reunidas en una asamblea), puesto que el pueblo en su conjunto, como tal, no puede hacerlo. Locke: “El poder Legislativo es aquel que tiene el Derecho de determinar cómo habrá de ser empleada la fuerza del Estado, a fin de preservar a la comunidad”.⁷ Además, dicha delegación es temporal bajo el concepto de la alternabilidad como uno de los ejes, y además, cimientos de la democracia representativa.⁸ En suma, le corresponde crear leyes. Función que no necesariamente deben ser de forma activa. Dichas leyes que deben ser de carácter imperativo para todos, sin excepción alguna (otro precepto básico del Estado de Derecho) incluso de quienes conformen el legislativo una vez que hayan cumplido la tarea en ellos por el pueblo encomendada.⁹

6 Locke, J. (2006). *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*. Madrid : Alianza Editorial. 154.

7 *Ibíd.* 151.

8 Ya que consideraba que: “debido a la fragilidad de los hombres (los cuales tienden a acumular poder) (...) el poder legislativo sea puesto en manos de diversas personas” (*Ibíd.* 151).

9 Otero Parga, M. (1997). División de Poderes antes y ahora. *Boletín de la Facultad de Derecho*, 12. 119-139.

Una vez que existe un poder que promulgue leyes, surge la necesidad de crear otro poder, que se encargará de ejecutar las leyes: el Ejecutivo. El poder Ejecutivo que por la esencia del principio debe estar separado del Legislativo, y según Locke el Legislativo es más supremo que el Ejecutivo debido a la representatividad que posee. Tiene como función primordial y de manera activa, llevar a cabo la realización de las leyes, además, posee la prerrogativa de disolver y llamar a convenciones, no por ello ganar superioridad. Y en sentido lógico, que quien lo detenta no guarda relación, menos aún pertenece al legislativo. Se ve obligado a ofrecerle cuentas y de alguna manera supeditarse al Legislativo.

Bajo este modelo de distribución de poder se determina que los dos poderes son distintos y que sobre ellos descansan algunas finalidades y ámbitos de acción, es por ello, que cabría también decir la denominación “función” en referencia a “poder”.

Al lado de los ya referidos poderes Legislativo y Ejecutivo surge otro, llamado Federal, al que lo cataloga en el marco de lo natural. La función que presenta el Federal es de mantener, regular y llevar a cabo las relaciones de manera externa, dicho esto en otras palabras, relaciones con otros Estados. Esta tercera manifestación que dicho sea de paso, no puede ser considerado como un poder, ya que está supeditado al Ejecutivo para mantener las riendas de la República, “entregar los poderes ejecutivo y federativo a personas diferentes (...) causaría tarde o temprano el desorden y la ruina”.¹⁰ Además, Locke adopta una postura un tanto altruista ya que, confía en la cordura y sapiencia con la que deben actuar los encargados, a sabiendas que, sobre ellos recae la decisión de la paz o la guerra, y a manera de diplomacia, la representación del Estado al que pertenecen en otros Estados.¹¹

En función de lo presentado, corresponde al: legislativo, producir leyes y ser órgano con competencias judiciales; Ejecutivo, ejecutar los mandatos que promulga –leyes- el Legislativo; y un tercero que menciona –que no constituye parte del poder público - el Federal, que tiene la prerrogativa de ejercer las relaciones con otros Estados. Ade-

10 Locke, J. (2006). *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*. Madrid : Alianza Editorial. 153.

11 Otero Parga, M. (1997). División de Poderes antes y ahora. *Boletín de la Facultad de Derecho*, 12. 119-139.

más, sus postulados denotan que entre los poderes deben controlarse y mantener un grado de armonía.

A modo de síntesis sobre la epistemología política de Locke, en palabras de Torres Ávila (2014), primero: “En Locke persiste la idea de la forma mixta del gobierno, de modo que se asegure a los diversos sectores sociales su intervención en el gobierno, especialmente en la elaboración de la ley”. Y luego: “Locke acepta cierto equilibrio entre los diversos poderes, con la supremacía del Parlamento, pero con un ejecutivo coordinado en cierto modo al legislativo por su intervención en el proceso mismo de legislar.”.

Una vez expuestos los postulados de Locke, corresponde exponer a Montesquieu a quién se debe la creación de los “Controles y Contrapesos” o “Checks and Balances”, para el equilibrio entre poderes

Montesquieu en su obra cumbre “El Espíritu de la Leyes (1748), menciona una distribución de funciones estatales, sin embargo, no plantea una división cortante de la misma, sino que estas se encuentran basadas en el equilibrio y control entre las funciones a fin de contrarrestar el absolutismo. Recordado que el control se ejerce entre función Ejecutiva y Legislativa, puesto que, el Judicial debe estar dotado de plena independencia para desempeñar su función jurisdiccional.

La teoría tripartita tradicional planteada por Montesquieu (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) que se conserva hasta la actualidad, la misma que es parte de la ingeniería constitucional de un Estado de Derecho, indistintamente que este sea Social o Liberal. Concomitante a ello surge la idea del control, <<para que no se pueda abusar del poder es preciso que, el poder frene al poder>>¹² es por ello que según Ayala Olmos (2009): “Montesquieu (...) aquilató la teoría de los frenos y contrapesos, autocontrol simultáneo entre los poderes políticos”¹³ Como fundamento para la separación de poderes y los “pesos y contrapesos” está la libertad política.¹⁴ El concepto de libertad que acuña Montes-

12 Montesquieu. (1984). *Del Espíritu de las Leyes*. Buenos Aires: Heliasta S.R.L

13 Araya Ólmos, B. (2009). Incidencia Mediática y la Democracia Participativa. *El Foro*, 10, 45-51.

14 Fuentes, C. (2011). Montesquieu: Teoría de la Distribución de Social del Poder. *Rev. de Ciencia Política*, 31 (1). 47-61.

quieu hace alusión a que el individuo pueda vivir seguro frente a los ataques ya sea de otros Estados o de los monarcas.¹⁵

Como hemos señalado, la teoría de Montesquieu no exige una tridivisión en sentido estricto de poderes, sino, Torres Ávila (2014): “Por el contrario tal separación no es clara en su obra. Su esfuerzo se localiza en un esquema de control coordinación”.

El modelo tripartito una concepción antiquísima, constituye para Páez Murcia (2006): “en el control autárquico que se ejerce entre las ramas del poder, es decir, que cada una de las ramas vigila el cumplimiento de las funciones y los deberes de las otras dos”¹⁶, la misma que en caso de arbitrariedades de alguno de los poderes las otras se ven en la obligación de adoptar mecanismos que restituyan el equilibrio de las tres ramas del poder.

De aquí surgen los “Checks and Balances”, que no son sino de manera general: un mecanismo mediante el cual una función estatal (Legislativo o Judicial) posee la prerrogativa – que está consagrada de manera constitucional – para ejercer un control a las acciones de la otra función y así evitar que una función se poseione sobre las demás o a su vez tenga un actuar arbitrario, tiránico.

En primer término, los controles: denotan la capacidad o facultad de un poder o función estatal para fiscalizar, vigilar o inspeccionar lo que llevan a cabo los otros poderes. Y los equilibrios aluden así mismo a las prerrogativas que posee uno de los poderes para limitar la acción del poder del otro. Y mantener un equilibrio o armonía entre los poderes o funciones.

Montesquieu plantea en un inicio la existencia de dos poderes el Legislativo y el Ejecutivo, ya que según algunos autores, al Judicial lo presenta como una dependencia del Ejecutivo, pero esto se desvanece cuando explícitamente establece las funciones de cada uno, “Como el poder ejecutivo no forma parte del legislativo más por su

15 García Macho, R. (1986). Problemática de la División de poderes en la actualidad. *Revista de Estudio Políticos* (Nueva Época), 53. 175 – 190.

16 Páez Murcia, Á., M. (2006). Aplicabilidad de la Teoría de la de División de Poderes en la actualidad, en algunos Estados de América Latina. *Dikaion: revista de actualidad jurídica*, 15. 247-269.

facultad de impedir”¹⁷. Al respecto, Ayala Ólmos (2009): “todo se irá por la borda, si en un mismo sujeto, o el mismo órgano administrativo, jurisdiccional o legislativo, ejerciese estos tres poderes, el de hacer la ley, ejecutar las resoluciones jurisdiccionales y el de juzgar crímenes o controversias (...)”, ya que como se aludió, en un inicio tanto Locke y de manera paradójica Montesquieu establecían que la función judicial estaba supeditada ya sea al ejecutivo o al legislativo. Lo cual queda obviado porque luego ya se aprecia la distribución tripartita del poder.

Es así que Montesquieu entiende por la función Ejecutiva, aquella que ejecuta las leyes, además de poseer la decisión respecto a la guerra o la paz, así como también velar por la seguridad externa. Como parte de los “pesos y contrapesos” posee el veto respecto a la ley que derive de la legislatura¹⁸. Asimismo, la función Legislativa es aquella que elabora, promulga, enmienda o deroga las leyes del Estado, así mismo, cabe resaltar que como parte de los controles de este poder sobre el Ejecutivo está el de destituir y juzgar a los ministros, además de velar el cumplimiento de las leyes. Finalmente, el Judicial aquel que se encarga de sancionar los delitos o juzgar los conflictos.¹⁹

Así es como Montesquieu establece que no existe libertad si el legislativo está unido al ejecutivo o en su defecto, tampoco existiría libertad si el judicial estuviese aunado al legislativo y ejecutivo. Además establece que el legislativo, bajo la premisa de “Como en un Estado libre todo hombre debe estar gobernado por sí mismo”²⁰ debe tener representación directa del pueblo, de manera democrática. Al mismo poder que lo considero como el más importante de su teoría. Respecto al ejecutivo lo encarga al monarca debido a que dicha función requiere acciones de manera constante y ágiles, por lo tanto, debe ser de carácter mono-cefálico.

Así es como podemos traer a colación respecto a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), en su Art. 16, donde expresamente se puede deducir que aquel conglomerado social que adolece de la garantía de Derechos y que no consagre la separación

17 Montesquieu. (1984). *Del Espiritu de las Leyes*. Buenos Aires: Heliasta S.R.L. 195.

18 Montesquieu dice “El poder ejecutivo (...) toma parte de la labor legislativa por su facultad de restricción o veto”. 195.

19 Otero Parga, M. (1997). División de Poderes antes y ahora. *Boletín de la Facultad de Derecho*, 12. 119-139.

20 Montesquieu. (1984). *Del Espiritu de las Leyes*. Buenos Aires: Heliasta S.R.L. 190.

de poderes no posee una norma fundamental. Se forma de esta manera, un precedente histórico para el constitucionalismo y la dignidad humana. En primer lugar, respecto a la relación existencial que exige el Estado de Derecho a la división de poderes o funciones, ya que ello es base primordial para restringir el ejercicio arbitrario del poder; y luego; ya que así, es un mecanismo viable para la garantía de los Derechos del individuo.

De esta manera Locke y Montesquieu dejaron la impronta en las “Revoluciones Liberales” y en la evolución histórica del constitucionalismo. Así se apuntala el precedente para evitar un monopolio o centralización de poder, con la garantía de la libertad y otros Derechos.

c. Breve análisis del principio en la vida constitucional del Ecuador

Una vez que se ha expuesto el contexto histórico que dio origen al principio de la separación de poderes y los “checks and balances” y la doctrina tradicional que sostiene al mismo, lo que nos ocupa ahora es determinar – a manera de introducción – la perspectiva histórica de lo que es la vida constitucional del Ecuador, para ello, no se lo realizará de manera holística, sino que se escogerán algunas Constituciones para resaltar dicho principio y determinar algunas manifestaciones, aunque incipientes, de los “pesos y contrapesos”.

El Ecuador desde 1830, fecha en la que se declara la Independencia redacta su Constitución plenamente autónoma, y que hasta la fecha posee 20 Constituciones políticas, expedidas por distintas asambleas constituyentes. Como es de conocimiento, la Constitución es aquella que da origen y organiza política y jurídicamente a un Estado.

La primera Constitución política del Ecuador data de 1830, realizada en la ciudad de Riobamba en aras de dar origen a la República del Ecuador. La misma que consagra la división de poderes de manera tradicional: en su título III, se refiere al Poder Legislativo; en su título IV, se refiere al Poder Ejecutivo; y finalmente, en su título V se refiere al Poder Judicial. Como parte del control entre poderes, se puede mencionar que dicha Constitución otorga al poder Legislativo la facultad de: “Decretar los gastos públicos en vista de los presupuestos que presente el Gobierno, y velar sobre la recta inversión de las rentas públicas” (en su Art. 26, numeral 1). Así mismo, otorga al poder Eje-

cutivo la facultad de: “Sancionar las leyes y decretos del Congreso” (en su Art. 35, numeral 3)²¹. Podemos colegir que los pesos y contrapesos dentro de esta Constitución no son lo suficientemente bastos como para controlar y equilibrar el ejercicio del poder.

La quinta Constitución política del Ecuador data de 1851²², la cual, en el marco de su parte orgánica consagra de igual manera la división de poderes, a saber: en sus capítulos VII, XI, XV sobre el legislativo, ejecutivo y judicial respectivamente. Ahora, como parte de los pesos y contrapesos que se ejercen entre funciones, podemos resaltar: respecto al ejecutivo, el legislativo tiene la potestad de aprobar o desaprobar de las cuentas que este le presente en relación con los bienes nacionales, o los gastos del tesoro público. Así como también, prestar o no la aprobación a los tratados que celebre el ejecutivo con otros Gobiernos; conocer las acusaciones contra el Presidente de la República; decretar la guerra o requerirle que negocie la paz a base de los argumentos que presentare el ejecutivo. Igualmente, el ejecutivo respecto al legislativo, puede sancionar con dictamen del Consejo de Estado las leyes u otros actos provenientes de la Asamblea Nacional, además de convocar a la misma a sesiones ordinarias; igualmente, con aprobación de la Asamblea nombrar generales y coroneles. Así también, informar sobre el Estado político de la Nación.

La décima Constitución política del Ecuador data de 1884, donde se conserva la distribución del poder en tres ramas: en su título VI trata del poder Legislativo –reconocido en este caso como Congreso – el cual está compuesto por dos cámaras, una de senadores y otra de diputados. En su título VII trata del poder Ejecutivo; y finalmente, en su título VIII versa sobre el poder Judicial. Ahora, el equilibrio y control entre poderes se manifiesta en: los diputados pueden acusar al Presidente de la República y poner al conocimiento de los senadores. En conjunto las dos Cámaras podrán admitir o no la propuesta del ejecutivo respecto a nombramiento de generales o coroneles; los senadores o diputados no podrán ser parte del ejecutivo; además, decretar los gastos públicos de manera anual, a base de los presupuestos que le presente el Ejecutivo; también, autorizar al ejecutivo para

21 Recuperado de:
http://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1830.pdf.

22 Recuperado de :
http://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1851.pdf.

contratar empréstitos sobre el crédito público. Asimismo, el ejecutivo puede sancionar las leyes y decretos del Congreso, así como, convocar al Congreso cada año y extraordinariamente cuando lo requiera.²³

La décima tercera Constitución ecuatoriana data de 1929²⁴, en la que, tradicionalmente en su parte orgánica afirma como principio rector de su ingeniería constitucional, la división de poderes y los “Checks and Balances”. Contempla un poder Legislativo (título V) de corte bicameral (senadores y diputados). También, al poder Ejecutivo (título VI), y finalmente – bajo la concepción tripartita – el poder Judicial (título IX). Los controles y contrapesos que establece la Constitución de 1929 son: el Congreso a través de los diputados examinará las acusaciones contra el Presidente de la República, así como ponerla a conocimiento del Senado; conocer las cuestiones que involucren el crédito nacional; decretar la guerra o pedir negociar la paz respecto a los informes del ejecutivo; conceder, retirar e inspeccionar las facultades extraordinarias al ejecutivo. De su lado, el ejecutivo puede sancionar las leyes emitidas por el Congreso; sujetarse al dictamen del Congreso respecto al Estado de guerra. En esta Constitución además podemos notar que la función Judicial no ejerce plena independencias, porque en unas de sus atribuciones el ejecutivo puede solicitar las medidas necesarias para la administración de justicia, así como velar por el trabajo de los jueces.

La décimo séptima norma fundamental ecuatoriana data de 1946²⁵, la cual conserva la distribución de poderes, no obstante, les da la denominación de funciones: título V, VI y VII, función Legislativa (compuesta por senadores y diputados), Ejecutiva y Judicial respectivamente. Como parte de los pesos y contrapesos se ejerce lo siguiente: de parte del legislativo, autorizar al ejecutivo para contratar empréstitos y cauciones sobre el crédito público; declarar la imposibilidad para el ejercicio del cargo al Presidente de la República, así como, negar o conceder las facultades extraordinarias al mismo; recibir cuentas de los asuntos del ejecutivo o dictar el presupuesto nacional conforme a la Constitución.

23 Recuperado de:
http://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1884.pdf.

24 Recuperado de:
http://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1928.pdf.

25 Recuperado de:
http://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1946.pdf.

Por parte del ejecutivo, en cambio, tiene la potestad de sancionar y promulgar las leyes y decretos del Congreso; convocar al Congreso a sesiones ordinarias o extraordinarias cuando lo crea conveniente.

En suma, se puede determinar que el Ecuador desde su fundación como República el principio, entre otros, que la determina como tal, es la división de poderes. Y parte del equilibrio que debe existir entre ellas está determinado por los “Checks and Balances” para reducir la fricción, se establece así un común denominador en las Constituciones analizadas, en referencia a que: por parte del ejecutivo se debe sancionar los proyectos de ley. Por su parte, el legislativo aprueba los presupuestos del fisco, entre otros.

2. CONSTITUCIONALISMO ECUATORIANO CONTEMPORÁNEO

Parte de la arquitectura constitucional se fundamenta en la separación de poderes y lo que es inherente a ello los “controles y contrapesos”, el mismo que se encuentra en las Constituciones de un Estado, de manera específica, en la parte orgánica.

Bajo esta perspectiva es que el principio de separación de poderes y la figura de los “Checks and Balances” son complementarios, puesto que dependen sustancialmente el uno del otro. Es por ello que merece realizar una analogía con un rompecabezas, en tanto un principio como los otros necesitan complementarse y formar la parte orgánica constitucional, con una misma meta: limitar, controlar y equilibrar el ejercicio del poder.

Cabe hacer un paréntesis para explicar algunas de las características que configuran el Estado de Derecho y con ello entender el consustancial que guarda con el principio de la separación de poderes en su concepción de “Checks and Balances”. Como primer punto podemos establecer la división de funciones, que vendría a ser la primera garantía a los Derechos humanos; como segundo punto está el reconocimiento y garantía de los Derechos fundamentales, ubicándolos como un principio superior del Estado, además, establece una serie de garantías constitucionales (jurisdiccionales, normativas, políticas públicas e institucionales); como tercer punto, la existencia de un ordenamiento jurídico claro, en el cual, la norma fundamental es la base y la fundamentación del mismo por su jerarquía normativa y la propia Constitución es norma jurídica; como cuarto punto, está el estableci-

miento de un sistema de “controles y contrapesos” que actúen a nivel legal, político, constitucional y económico. Chaux Donado (2013): “con la consagración de Derechos fundamentales, la estructuración de un esquema de separación de poderes y *checks and balances*, el respeto por los Derechos adquiridos y el debido proceso, permite la realización del denominado Estado de Derecho.”²⁶

El Estado y en específico el Estado de Derecho es por excelencia el que se sirve de este principio para fijar de manera constitucional el rumbo del gobierno en todas sus esferas, ya sean estas, políticas, jurídicas y sociales. Chaux Donado (2013): “La creación del Estado de Derecho se da para lograr los fines establecidos en la norma fundamental y para realizar esta tarea de manera adecuada; el poder público, siguiendo una formulación clásica, es dividido en tres funciones o ramas (...)” Porque establecerá las relaciones entre las distintas ramas del poder público y su límite. Cuyo fin último está destinado a la garantía de los Derechos fundamentales del individuo. Es preciso mencionar que este principio es connatural a un régimen democrático y republicano.

Una vez instaurada la división de poderes, surgen otros preceptos sobre los cuales debe descansar este principio y es la idea de una completa independencia en el sentido externo de las ramas del poder público. Para lo cual cabe preguntarse: ¿resulta acertado ofrecer una independencia total de los poderes? En respuesta a esta interrogante citamos a Malem Seña y Seleme (2013): “Si se exagera la necesidad de independizar a un poder de otro para maximizar la protección frente a la tiranía se corre el riesgo de producir la completa inoperancia del Estado.”²⁷ Una de las directrices del principio en cuestión son los Derechos del individuo, para ello el distribuir el poder es un avance, pero ofrecer una independencia purista de los mismos conlleva a que la actividad estatal se vuelva poco factible y poco realizable. Ello también puede acarrear otros problema, Malem Seña y Seleme (2013): “Si, además, se exagera la necesidad que las diferentes ramas del poder estatal actúen de modo mancomunado para que sea posible la acción estatal eficaz, se corre el riesgo de contar con un Estado operativo pero despótico.”

26 Chaux Donado, F. J, (2013). Ingeniería Constitucional. La Evolución del Checks and Balances en el Estado Social de Derecho. *Vniversitas*, 126, 89-121.

27 Malem Seña, J. y Seleme, H.O. (2013). Patologías de la División de Poderes. *DOXA, cuadernos de Filosofía del Derecho*. 36, 275-295.

Entretanto, lo que plantean los “Checks and Balances” es en primer lugar el control y luego, el equilibrio funcional sin una división tajante, para asegurar los Derechos. De modo análogo, en el constitucionalismo occidental se entiende la idea de este principio a base de dos aristas: “la primera, la introducción de una separación de las autoridades superiores del Estado y de su competencia; después, el establecimiento de una vinculación de influjo y contrapeso recíprocos de las facultados de estos poderes diferenciados.”²⁸

El Estado de Derecho pueden adoptar dos formas: Liberal o Social. Cuya diferencia radica en el grado de intervencionismo. El Estado Liberal posee poca intervención y el Social es un Estado intervencionista en las relaciones de distinta índole. Nuevamente bajo la lógica de la separación de poderes y de los “controles y contrapesos”, se evita el actuar arbitrario en la esfera pública. Empero, al tener un Estado que no regule otro tipo de relaciones a nivel privado como lo plantea Malem Seña y Seleme (2013), por ejemplo, laboral o de comercio – con un actor fuerte: el poder económico – se pasaría a una tiranía privada, puesto que crearía situaciones de desventaja y de vulnerabilidad entre privados. Es por ello que para solucionar algunas de estas patologías en la mecánica institucional del poder público, a base de la división de poderes y los “pesos y contrapesos” se debe, en palabras de Malem Seña y Seleme (2013): “encontrar un diseño institucional que permita que el poder ejercitado por los agentes privados se encuentre controlado por el poder político público”.²⁹ Además, en palabras del mismo autor: “es necesario que el poder que ejercita una rama del Estado se encuentre bajo el control de otras”. Por ende, lo que busca es distribuir el poder público, pero busca evitar que se vuelva ineficaz en su actuar frente al poder de los entes en la esfera privada., es un tópico particular que se ocupa el Estado Social.

En consecuencia, se puede distinguir en dos polos la forma política de un Estado, las cuales son: presidencialismo y parlamentarismo. El presidencialismo se funda de igual manera en las bases de la separación de poderes, en el que, el ejecutivo es de carácter monista o mono-cefálico,

28 Schmitt, C. (1982). *Teoría de la Constitución*, Ed. Alianza, 249. Citado en: Chaux Donado, F. J. (2013). *Ingeniería Constitucional. La Evolución del Checks and Balances en el Estado Social de Derecho*. *Vniversitas*, 126, 89-121.

29 Malem Seña, J. y Seleme, H.O. (2013). *Patologías de la División de Poderes*. *DOXA, cuadernos de Filosofía del Derecho*. 36, 275-295.

es decir, la asume el Presidente de la República. Se caracteriza además porque el presidente es el jefe de Estado y jefe de Gobierno, la misma dignidad que es entregada de forma democrática por la soberanía popular. El ejecutivo asume funciones de administración. El presidencialismo puede presentar una gran anomalía o gran antítesis, nos referimos al hiperpresidencialismo. Esta forma tiende a concentrar el poder por sobre las otras funciones, de manera autoritaria. Cabe mencionar que dicha antítesis al presidencialismo se caracteriza por conceder facultades o prerrogativas de forma constitucional al ejecutivo. Recordemos que el Ecuador es un país que adopta el modelo presidencialista, por ende, posee la división de funciones y los controles.

En consonancia con el problema y objetivos en este trabajo planteados, corresponde realizar la exégesis del principio que se ha tratado lo largo del ensayo con respecto a la Constitución de la República del Ecuador del 2008 la cual está vigente. Dicha Constitución es bastante peculiar, puesto que es una de las más garantistas de Derechos humanos (parte del neo constitucionalismo); también, reconoce Derechos a la naturaleza, y de manera especial en su parte orgánica establece dos funciones estatales más que la concepción tripartita tradicional Sin duda la enmarca en el constitucionalismo contemporáneo.

La Constitución ecuatoriana del 2008³⁰ en su título IV, al mismo que lo denomina “Participación y organización del poder”, en su contenido establece los órganos o ramas y la manera institucional de cómo está estructurado el poder público. Anteriormente se mencionó que la distribución de funciones en esta Constitución se ejerce a través de cinco órganos, la cual prescinde del modelo tradicional, estos son:

Capítulo segundo: Función Legislativa (unicameral)

Capítulo tercero: Función Ejecutiva

Capítulo cuarto: Función Judicial y justicia indígena

Capítulo quinto: Función de Transparencia y Control Social

Capítulo sexto: Función Electoral

30 Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

La teoría de los “Checks and Balances” se presentan de manera abstracta y general, pero de forma muy diáfana. Algunos autores han establecido categorías o clases en las cuales se pueden enmarcar las manifestaciones de los pesos y contrapesos. Estas pueden ser control político, administrativo, normativo, de fiscalización, económico, judicial y disciplinario.

En lo que sigue, se presentarán las que corresponden a cada función. Función Legislativa (legislar y fiscalizar), dentro de sus atribuciones encontramos:

Fiscalización: “Fiscalizar los actos de las funciones Ejecutiva, Electoral y de Transparencia y Control Social” (numeral 9. Art. 120)

Económico: “Aprobar el Presupuesto General del Estado” (numeral 12. Art. 120)

Político: “La Asamblea Nacional podrá ejercer el enjuiciamiento político de la Presidenta o Presidente o de la Vicepresidenta o Vicepresidente de la República” (Art. 129) Lo podrá ejercer también hacia los representantes de la función de Transparencia y Control Social (Art. 205)

Cabe hacer un paréntesis, para mencionar que el juicio político corresponde a un procedimiento con fines axiológicos y a una posible destitución de autoridad, que difiere de lo judicial, ya que no implica una sentencia. Pero, se pueden configurar elementos que determinen algún tipo de responsabilidad penal, lo cual constituye un procedimiento aparte, en una instancia judicial y con fuero que posea la autoridad.

Judicial: “Autorizar (...) el enjuiciamiento penal de la Presidenta o Presidente o de la Vicepresidenta o Vicepresidente de la República” (numeral 10. Art. 120)

Administrativo: “Conocer los informes anuales que debe presentar la Presidenta o Presidente de la República y pronunciarse al respecto” (numeral 4. Art. 120)

Disciplinario: “Declarar la incapacidad física o mental inhabilitante para ejercer el cargo de Presidenta o Presidente de la República” (numeral 2. Art. 120)

Normativo: “La Asamblea Nacional podrá destituir a la Presidenta o Presidente de la República” en lo que respecta a: “1. Por arrogarse funciones que no le competan constitucionalmente (...) 2. Por grave crisis política y conmoción interna”

El equilibrio y control también se puede manifestar internamente, en el caso de la Asamblea el ejemplo más claro es que para ciertos controles, para presentar proyectos de ley o enmiendas constitucionales se requiere un porcentaje mínimo de apoyo de los asambleístas. Además, los pesos y contrapesos que ejerce el órgano legislativo son en número mayor a las otras funciones y en su mayoría, por no decir casi todos, están dirigidos al ejecutivo. Aquello se puede justificar por dos razones: la primera, porque por excelencia el legislativo posee la capacidad de fiscalizar el poder público; y la segunda, porque el Ecuador es un régimen presidencialista y por ende requiere mayores controles para mantener el equilibrio.

En la Función Ejecutiva por su parte es la encargada de la administración pública, además de sus deberes, como parte de los controles que puede ejercer encontramos:

Normativa: “Sancionar los proyectos de ley aprobados por la Asamblea Nacional y ordenar su promulgación en el Registro Oficial” (numeral 12. Art.147). Una vez aprobado el proyecto de ley en la Asamblea, el presidente actúa como colegislador, y posee la prerrogativa de vetar un proyecto de ley. Este tratamiento en nuestra legislación presenta dos aristas: primero la objeción parcial; y luego, la objeción total. Este control es característico de los sistemas presidencialistas.

Administrativo: “Convocar a la Asamblea Nacional a períodos extraordinarios de sesiones, con determinación de los asuntos específicos que se conocerán” (numeral 12. Art.147)

En su Art. 148 establece una figura jurídica y política conocida con una denominación informal de “muerte cruzada”. Ahí expresa lo siguiente: “La Presidenta o Presidente de la República podrá disolver la Asamblea Nacional cuando, a su juicio, esta se hubiera arrogado funciones que no le competan constitucionalmente”. Ahí surge el dilema en cuanto a sí esta figura – abordada con profundidad en su procedimiento – constituye un sesgo hacia el hiperpresidencialismo.

La función ejecutiva ostenta en esta Constitución también la figura de máxima autoridad de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional a más de las que por régimen presidencialista le corresponde.

Como fue mencionado, la función judicial escapa de los controles porque se afectaría a la administración de justicia, en el numeral 1 del Art. 168: “Los órganos de la Función Judicial gozarán de independencia interna y externa.” Sin perjuicio que afecte a la operatividad estatal.

Respecto a la Función de Transparencia y Control Social posee prerrogativas como el control de las entidades y organismos del sector público (Art.204). Esta función está representada por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social que posee como eje transversal la participación ciudadana. El dilema surge cuando los representantes de dicha entidad no son elegidos democráticamente, a sabiendas que sobre sus manos recae la designación de la primera autoridad de algunos órganos de control, tal es el caso de la Contraloría General del Estado, las Superintendencias, Defensoría del Pueblo, entre otras. Estos órganos mencionados son subespecies de la función de Transparencia y Control Social. Como parte de los “Checks and Balances” se puede citar lo siguiente:

Fiscalización: “Establecer mecanismos de rendición de cuentas de las instituciones y entidades del sector público, y coadyuvar procesos de veeduría ciudadana y control social”

Respecto a la Contraloría General del Estado y otros órganos de control, algunos autores³¹ se han preguntado si estos órganos pueden ser una cuarta rama del poder. Para ello se debe considerar el contexto en el que plantearon su interrogante, ya que, la mayoría de Estados conserva la concepción tripartita tradicional de la división del poder y por ende dichos órganos son parte de otras dependencias. Ahora, en el caso ecuatoriano esta pregunta tiene una respuesta afirmativa, es decir, la Contraloría y otros órganos de control sí constituyen una rama del poder al encontrarse incluidos en la Función de Transparencia y Control Social.

31 Tal es el caso de Ángela María Pérez Murcia (2006) en su paper titulado: Aplicabilidad de la Teoría de División de Poderes en la actualidad, en algunos Estados de América Latina. Publicado en *Dikaion: Revista de actualidad jurídica*. N. 15.

La quinta función, la Electoral una vez revisadas las normas jurídicas que componen su naturaleza, se puede colegir que son pocos los controles que ejerce sobre las otras funciones, pero podemos mencionar:

Económica: “Ejecutar, administrar y controlar el financiamiento estatal de las campañas electorales y el fondo para las organizaciones políticas” (numeral 10. Art. 219)

En síntesis, la aplicabilidad del principio de la separación de poderes en su concepción de los “Checks and Balances” en el marco constitucionalismo ecuatoriano contemporáneo ha tornado un giro distinto al tradicional, puesto que, disloca el poder de distinta manera al aumentar dos funciones más. Funciones que están sujetas a muchas críticas, que no nos ocupa en este ensayo, pero que dicho sea de paso podemos mencionar, que tienen la inclinación a obedecer los intereses partidistas del oficialismo y con ello fomentar un hiperpresidencialismo, incluso al dejar de lado la columna vertebral de la democracia. La Constitución del Ecuador para garantizar el equilibrio y los “pesos y contrapesos” de sus ramas de poder público, a través de las atribuciones que le confiere a cada una, convertidas en normas jurídicas, establece controles como la fiscalización, rendición de cuentas, revisión de presupuestos, vetos a la ley, entre otros. En contraste al tratamiento que se le da al mismo principio en un Estado organizado federalmente, tal es el caso de Estados Unidos, se puede decir que, en este los controles y equilibrios son en un grado mayor y de los cuales el poder judicial no escapa.

3. PODER PÚBLICO Y LA TEORÍA DE LA ELECCIÓN RACIONAL

El paradigma del principio de separación de poderes y de los “Checks and Balances” de forma pragmática se ve obstruido, es decir, su eficiencia no garantiza la esencia intrínseca del principio, ya que presenta algunas patologías. Patologías que van desde la injerencia entre poderes hasta los intereses individuales o partidistas de quienes componen estos órganos de poder público.

a. Exposición de la teoría

A sabiendas que, en el caso de la función legislativa y ejecutiva son de elección popular, es necesario correlacionarlo con la Teoría de la Elección Racional (TER).

La Teoría de la Elección Racional (en lo sucesivo, TER) nació de la Economía, de manera precisa en la rama microeconómica. En dicha rama tiene el objetivo de suponer que el individuo tiende a obtener mejores beneficios y aminorar riesgos, costos. Es así que, los planteamientos de esta teoría fueron llevados a otras ciencias, en las que el común denominador es que se involucran procesos para la toma de decisiones a escoger de entre varias opciones. Tal es el caso de las Ciencias Sociales: Sociología y la Ciencia política, es esta última la que nos ocupa, y otras como la Psicología y Antropología.³²

La TER en ciencia política sostiene, en palabras de Montecinos (2007) que: “los actores políticos tienen un comportamiento racional motivado y orientado a maximizar sus objetivos individuales.” En esa misma línea de investigación, la TER se funda en los comportamientos políticos, en primer término, de los sujetos a ejercer el voto, luego de los políticos. Respecto a los votantes se los puede encuadrar en el marco de lo psicosocial, en el sentido que se pueden determinar algunos factores, los mismos que pueden ser comportamientos decisivos para tomar la decisión: el sesgo ideológico o afinidad por determinado partido político o por determinado personaje político, y, el nivel de influencia del proselitismo político, ejemplos de ello son los *spots* publicitarios. Como se puede colegir, el acto decisivo en el que se ve reflejado la TER en ciencia política es por excelencia el voto, el mismo que proviene de los regímenes democráticos, ya que el poder radica en el pueblo o lo que se conoce como voluntad o soberanía popular.

Ahora bien, la TER como lo dice William Riker no exige o establece cánones de cómo deben estar regidas las preferencias del individuo, sino, admite que los individuos conocen sus preferencias.³³ No obstante, la TER de forma general considera al sujeto directo de su epistemología como “individuo racional”, y por ende un concepto muy lógico con ello es la racionalidad. Entonces surge la gran cuestión ¿las personas actuamos a base de la racionalidad? Para la presente teoría la respuesta es afirmativa, porque la racionalidad es imperante a la hora de decidir y más aún cuando el individuo posee la consecución de maximización a través de su opción elegida. Sin

32 Vidal de la Rosa, G. (2008). *La Teoría de la Elección Racional en las ciencias sociales. Sociológica*, 23(67). 221-236.

33 Montecinos, E. (2007). Análisis del comportamiento electoral: De la elección racional a la teoría de redes. *Revistas de Ciencias Sociales*, XIII (1). 9-22.

prescindir que la racionalidad del individuo en su sentido estricto y completo se ve afectado por influencias de alguna índole.

En referencia a que el individuo busca optimizar sus entornos, es preciso mencionar al individualismo metodológico, ya que constituye un precepto de la misma. El individualismo metodológico, nos plantea que los cambios sociales son originados por las características individuales del ser humano, ya sea estas: idiosincráticas, de cosmovisión, actitudinales, aspiraciones, entre otras. Esto sin duda guarda un gran vínculo con la toma de decisiones porque muchas de las veces, por no decir todas, los individuos obedecen a dichas cuestiones.

La acción de sufragar señala una cuestión de costo y beneficio, en tanto que, el beneficio debe primar. Lo cual constituye una motivación para el elector. Para mencionada acción, Montecinos (2007) nos plantea tres aspectos de manera teórica sobre la cual se puede explicar la decisión de votar, estos son: primero, “los beneficios derivados que el candidato o el partido preferido por el elector sea elegido (Downs, 1957). Estos beneficios pueden ser materiales, como la reducción de impuestos, o inmateriales como la gratificación psicológica que el candidato preferido sea el elegido.” Segundo, “la probabilidad que su voto determine el resultado de la elección, sin embargo, esta probabilidad es minúscula incluso en elecciones muy competitivas.” Finalmente, “los costos de votar.” Para este último podemos citar los recintos a los cuales debe acudir el votante.

Bajo esa línea de la racionalidad en la toma de decisiones, se pueden distinguir algunas consecuencias, patologías o problemáticas: El padrón electoral – o ciudadanos – en muchos casos se sienten obligados a hacerlo ya que el no hacerlo acarrea sanciones pecuniarias, en otros, es menester realizarlo por fines cívicos, patrióticos, de compromiso y de apoyo o rechazo a una determinada ideología.

La patología respecto al voto que presenta el caso ecuatoriano y de manera similar otros países de la región es que se enfrentan a postulantes de corte populista, oportunista, con conducta mesiánica y otras antítesis a la democracia y bienestar. Dichos aspirantes están bajo la línea de la demagogia, pertenecen a oligarquías o partidocracias, para lo cual, a la ciudadanía que no posee un verdadero interés, se le dificulta realizar el proceso de abstracción para elegir su elección. Es por ello, que son más propensos a sugestionarse y creer las ideas que pregonan los políticos, las mismas que se supeditan a los beneficios que persi-

que el elector. Sumemos a ello, que para acceder a cargos de elección popular y en consecuencia, tomar decisiones al detentar poder, en la legislación ecuatoriana no se establecen requisitos académicos.

En tal virtud, la administración estatal recae en malos gobiernos, que adoptan características contrarias al bienestar colectivo y Derechos del individuo, recalco que las vicisitudes a mencionar no son de manera generalizada. Entre otras consecuencias encontramos que: obedecen a intereses de élites, partidistas o individuales; la Economía va en detrimento; las estructuras sociales se configuran a niveles mayores; la corrupción es la vía por la cual buscan beneficiarse las dignidades a base de sus decisiones; las leyes tienden a los intereses de los gobiernos de turno; la división poderes no se respeta y la independencia interna de las funciones son víctimas de injerencia.

Por tanto, la TER, bien hace al decir que el individuo persigue su interés personal, lo cual está sujeto a muchas críticas. Para muchos, la democracia en su Derecho al voto está en vilo, por cuanto sostienen que debe ser facultativo, en aras de quién lo haga sea consciente de la consecuencia sustancial que depara al Estado. En contraposición, surge la idea que suscitan problemas de legitimidad y ausencia de votantes, por ende, la democracia se vuelve frágil y se considera una ruptura de la misma.

Solucionar de un solo tajo este nudo gordiano puede resultar utópico, pero podría decir que: los políticos deben poseer una ideología superior y directora que es el Bien Común y sujetarse a los principios axiológicos del Estado; por otro, a los ciudadanos a darle la importancia que merece el voto, e interesarse por la ciencia que atañe a la dinámica política y social.

b. Desde un modelo de Agencia

Una vez analizado como el poder público y la TER se aúnan y relacionan, es preciso realizar un análisis de principal y agente, por cuanto, los ciudadanos mediante el voto delegan las riendas de la vida política de un país a una persona. Dentro de ese precepto, las autoridades delegan la conformación de ciertas instituciones de acción social; por otro, instituciones que se conforman de funcionarios elegidos vía concurso, los cuales, no escapan de maximizar sus beneficios e ir en contra del servicio que deben estas instituciones a la sociedad. Sin duda, los dos configuran un problema de agencia.

El modelo principal – agente, plantea que un actor o ente depende del desarrollo de las acciones de otro actor, los mismo que se conocen como principal y agente, respectivamente. Entonces, al tener instituciones que han sido conformadas por democracia directa, y estas a su vez olvidan la misión en ellas encomendadas, por satisfacer sus intereses, sin duda, el principal afectado es la ciudadanía. En ese precepto, la administración pública no presentará el debido desenvolvimiento, y por ende, tendrá la repulsa de la ciudadanía, consiente que parte de su membresía estatal es contribuir con impuestos.

Así, a manera de ejemplo se puede citar que, entidades que conforman el poder público en nuestro medio, son calificadas por la negligencia con la que se manejan respecto a quienes acuden a los servicios. Dichos problemas pueden ser remediados, aunque no en su totalidad, mediante litigios; a través de la correcta y proba designación de las autoridades que van a regentar las entidades; una fiscalización por parte de los ciudadanos, entre otros.

En suma, la TER en relación con el poder público también es analizada desde la óptica del problema de principal – agente, ya que el poder se organiza a través de entidades. A su vez, estas pueden ser elegidas democráticamente o por designación, con el común denominador que quienes lo componen tienden a maximizar sus intereses. Por ende, la ciudadanía puede verse afectada porque las actividades que realizan los agentes no son las adecuadas o apropiadas.

4. CONCLUSIONES

El principio constitucional de la división de poderes y los “Checks and Balances” se le atribuye a Montesquieu. Dicha ecuación resulta imprescindible y fundamental para que se erija un Estado de Derecho, para el ejercicio de la democracia, para el modelo republicano, así como para garantizar los Derechos de los individuos y también para evitar la autocracia. La distribución del poder no exige una división en sentido estricto, sino que, estos deben mantener un determinado equilibrio, el mismo que está vigilado por los “Checks and Balances”.

El paradigma de los “frenos y contrapesos” doctrinalmente se encuentran de manera abstracta y genérica, en el sentido que no indican específicamente cuáles deben ser estos, sino, a voluntad del constituyente recaerán los controles que se deban ejercer entre poderes. El

caso ecuatoriano es muy singular puesto que, a la concepción anti-quisima del sistema tripartito de funciones, le añade dos más. A base de ello, entre los controles que se consagran tenemos, entre otros: la fiscalización de la asamblea, con la figura del juicio político contra las autoridades, pero de manera especial podemos señalar al representante del ejecutivo; también, uno de carácter económico en el cual, la asamblea aprueba el presupuesto general del Estado. En cuanto al Ejecutivo, por excelencia podemos mencionar la facultad de sancionar o vetar las leyes aprobadas por el órgano legislativo. Además, ubicados en un contexto histórico, la vida constitucional del Ecuador ha tenido la constante de consagrar la división de poderes dentro de su parte organizativa del Estado.

La Teoría de la Elección Racional en la ciencia política por su parte, sirve para estudiar al individuo actuar a base de su racionalidad al escoger o tomar la alternativa que mejor satisfaga sus menesteres o beneficie positivamente su condición. Al ser el poder público proveniente de la voluntad o soberanía popular, el voto ejercido democráticamente tiende a inclinarse al político que, primero, pregone propuestas que vayan de acuerdo a la necesidad del elector, o luego, políticos o ideologías que sean afines al elector.

Finalmente, el principio constitucional de los “Checks and Balances” presenta algunas patologías que impiden el correcto ejercicio de la misma, tal es el caso de la injerencia entre funciones, el desobediencia a los controles, el hiperpresidencialismo. Debido a quienes componen los órganos, principalmente del ejecutivo y legislativo, satisfacen los intereses individuales, partidistas, o hacia cierta élite. Lo que se explica por la TER, y por otro como se ha mencionado, la consecuencia trascendental del voto.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Araya Olmos, B. (2009). *Incidencia Mediática y la Democracia Participativa*. El Foro, 10, 45-51.

Caballero Míguez, G. (2007). *Nuevo institucionalismo en ciencia política, institucionalismo de elección racional y análisis político de costes de transacción: una primera aproximación*

Chaux Donado, F. J. (2013). *Ingeniería Constitucional. La Evolución del Checks and Balances en el Estado Social de Derecho*. Vniversitas, 126, 89-121.

Cristiano, L. (2006). Racionalidad de la acción y racionalidad de la teoría (Rationality of Action and Rationality of Theory). *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 113, 135-153.

Cruz R.J.C. (2014). Implicaciones políticas de la teoría de la racionalidad de Raymond Boudon Andamios. *Revista de Investigación Social*, 11(25). 341-359

Deeks, A. (2016). *Checks and Balances from Abroad*. The University of Chicago Law Review, 83 (1). 65-88

Daron Acemoglu, J.A. and Torvik, R. (2013). Why Do Voters Dismantle Checks and Balances?. *The Review of Economic Studies*, Vol. 80, 3 (284). 845-875

Ferrajoli, L. (2008). *La esfera de lo indecible y la división de poderes*. *Estudios Constitucionales*, 6(1), 337-343

Fuentes, C. (2011). *Montesquieu: Teoría de la Distribución de Social del Poder*. *Rev. de Ciencia Política*, 31 (1). 47-61

Garcia Macho, R. (1986). Problemática de la División de poderes en la actualidad. *Revista de Estudio Políticos* (Nueva Epoca), 53. 175 – 190

García Roca, J. (2000). Del Principio de la División de Poderes. *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), n. 108. 41-75

García-Leal, Ó. (2009). Racionalidad en la elección y el efecto del costo irrecuperable. *Revista Colombiana de Psicología*, 18(2). 193-197

Garrido Peña, F., López Fernández, L. A. y Gil García, E. (2009). La Gripe A desde la teoría de la elección racional: Propuestas para la toma de decisiones de Políticas Preventivas. *Revista Española de Salud Pública* 83 (6). 785-790

Green, D. y Murillo Saldaña, L. (1994). *La política explicada por la teoría de la elección racional. ¿Por qué es tan poco lo que esta teoría nos ha enseñado?*. *Foro Internacional*, 3 (137). 363-403

Jiménez Asensio, R. (2014). *Frenos al Poder (Una introducción al principio de separación de poderes y al control de las instituciones en los sistemas constitucionales)*. R.V.A.P, 99(100), 1753-1774

Keefer, P. and Knack S. (2007). Boondoggles, Rent-Seeking, and Political Checks and Balances: Public Investment under Unaccountable Governments. *The Review of Economics and Statistics*, 89 (3). 566-572

Locke, J. (2006). *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*. Madrid: Alianza Editorial.

Lopez Peña, E. (2014). *Relatividad de contenido del interés general por su dependencia al principio de Estado Social y Democrático de Derecho*. Ciencia Jurídica. Departamento de Derecho. División de Derecho Política y Gobierno, Universidad de Guanajuato, 6. 159-166

Lucas Garín, A. (2009). *Nuevas Dimensiones Del Principio de División de Poderes en un Mundo Globalizado*. Estudios Constitucionales, 7(2), 241-253

Malem Seña, J. y Seleme, H.O. (2013). Patologías de la División de Poderes. *DOXA, cuadernos de Filosofía del Derecho*. 36, 275-295.

Montecinos, E. (2007). Análisis del comportamiento electoral: De la elección racional a la teoría de redes. *Revistas de Ciencias Sociales*, XIII (1). 9-22

Montesquieu. (1984). *Del Espiritu de las Leyes*. Buenos Aires: Helias-ta S.R.L.

Morales Sánchez, A. y Segoviano Contreras, E. L. (2016) *Una perspectiva económico-institucional de la toma de decisiones: solución de problemas en situación de incertidumbre*. Investigación Económica, 75 (298). 57-75

Müller, G. (2005). *La dirección del Estado y la división de poderes en Suiza*. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 9. 227-237

Nuñez Rivero, C. (2012). La División de Poderes en el origen del Constitucionalismo Hispanoamericano. *Revista de Derecho UNED*, 11, 635-649.

Otero Parga, M. (1997). División de Poderes antes y ahora. *Boletín de la Facultad de Derecho*, 12. 119-139

Páez Murcia, Á.M. (2006). Aplicabilidad de la Teoría de la de División de Poderes en la actualidad, en algunos Estados de América Latina. *Dikaion: Revista de actualidad jurídica*, 15. 247-269

Reyes Matheus, X. (2011). *Volver a la Racionalidad Jurídica del Estado: Doscientos años de constitucionalismo iberoamericano*. Cuadernos de Pensamiento Político, 29. 205-2013

RIPS. Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas, 6(2). 9-27

Santiváñez Vivanvo, M. (2013). *Controlando al Leviatán: corrupción, anticorrupción e islas de autoridad*. Cuadernos de Pensamiento Político, 38. 59-72

Torres Ávila, J. (2014). *Los paradigmas del control de poder y el principio de división de poderes*. Justicia Juri (10)1. 87-101

Vega Encabo, J. (2011). *¿Es la racionalidad de la ciencia una especie de la racionalidad práctica?* Diánoia, LVI (67). 13-41

Vidal de la Rosa, G. (2008). *La Teoría de la Elección Racional en las ciencias sociales*. Sociológica, 23 (67). 221-236

Vidal de la Rosa, G. (2008). *La Teoría de la Elección Racional en las ciencias sociales*. Sociológica, 23(67). 221-236

Marco Legal

Constitución De La República Del Ecuador. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

Websites

Ministerio De Relaciones Exteriores Y Movilidad Humana. El Ministerio. Constituciones del Ecuador desde 1830 hasta 2008. Recuperado de <https://www.google.com.ec/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=13&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiPipuKwNz->

YAhWCNd8KHRLZAWYQFgheMAw&url=http%3A%2F%2Fwww.cancilleria.gob.ec%2Fconstituciones-del-ecuador-desde-1830-hasta2008%2F&usg=AOvVaw2mYty2V6gYQAjO67oK_Gxf

Recibido: 11/08/2017

Aceptado: 28/11/2017

David Israel González Pogo: Investigador jurídico de la Oficina de Procuración y Mandato del Doctor Manuel Tndaza.

Correo electrónico: suquito11@gmail.com