

ECUADOR **Debate**

CONSEJO EDITORIAL

José Sánchez-Parga, Alberto Acosta, José Laso Ribadeneira, Simón Espinosa, Diego Cornejo Menacho, Manuel Chiriboga, Fredy Rivera, Jaime Borja Torres, Marco Romero.

DIRECTOR

Francisco Rhon Dávila
Director Ejecutivo CAAP

EDITOR

Fredy Rivera Vélez

ECUADOR DEBATE

Es una publicación periódica del **Centro Andino de Acción Popular CAAP**, que aparece tres veces al año. La información que se publica es canalizada por los miembros del Consejo Editorial. Las opiniones y comentarios expresados en nuestras páginas son de exclusiva responsabilidad de quien los suscribe y no, necesariamente, de ECUADOR DEBATE.

SUSCRIPCIONES

Valor anual, tres números:

EXTERIOR: US\$. 30

ECUADOR: US\$. 6

EJEMPLAR SUELTO: EXTERIOR US\$. 12

EJEMPLAR SUELTO: ECUADOR US\$. 2

ECUADOR DEBATE

Apartado Aéreo 17-15-173 B, Quito - Ecuador

Fax: (593-2) 568452

e-mail: Caap1@Caap.org.ec

Redacción: Diego Martín de Utreras 733 y Selva Alegre, Quito.

Se autoriza la reproducción total y parcial de nuestra información, siempre y cuando se cite expresamente como fuente a ECUADOR DEBATE.

PORTADA

Magenta Diseño Gráfico

DIAGRAMACION

Martha Vinuesa

IMPRESION

Albazul Offset



ISSN-1012-1498

ECUADOR DEBATE

52

Quito-Ecuador, abril del 2001

PRESENTACION / 3-5

COYUNTURA

Nacional: Dolarización: del vértigo devaluador a la pérdida de competitividad / 7-22

Wilma Salgado

Política: Economía política y economía moral: reflexiones en torno a un levantamiento / 23-34

Fernando Bustamante

Conflictividad socio-política: Noviembre 2000-Febrero 2001 / 35-44

Internacional: ¿Se aproxima una recesión global? / 45-54

Marco Romero Cevallos

TEMA CENTRAL

Construcciones Psicoanalíticas y síntomas de la cultura / 55-64

Antonio Aguirre Fuentes

Carencia de símbolo y lazo social: Menores infractores / 65-82

Marie-Astrid Dupret

¿Podríamos hablar de psicosis social? / 83-92

Marcel Czermak

La depresión, un malestar contemporáneo? / 93-98

Gino Alfredo Naranjo

Lo perverso en el discurso social y político / 99-106

Norma Alejandra (Marcia) Maluf

Silencio / 107-116

Alvaro Carrión

ENTREVISTA

Caducidad del Estado nacional, demandas étnicas y conflicto regional

Entrevista a Andrés Guerrero por Hernán Ibarra / 117-126

PUBLICACIONES RECIBIDAS / 127-134

DEBATE AGRARIO

Artesanía, competencia y la concertación de la expresión cultural en las comunidades andinas / 135-150

Rudi Colloredo

La percepción de la problemática ecológica y ética por los campesinos coccaleros en Bolivia / 151-162

H.C.F. Mansilla

ANALISIS

Reforma judicial y problemas de la justicia en el Ecuador / 163-178

Marco Navas Alvear

La objeción de conciencia al servicio militar: un apunte desde la perspectiva filosófica / 179-202

Manuel Lázaro Pulido

CRITICA BIBLIOGRAFICA

La reconstrucción neoliberal: Febres Cordero o la estatización del neoliberalismo en el Ecuador 1984-1988 / 203-210

César Montúfar; comentarios de Julio Echeverría

ANÁLISIS

REFORMA JUDICIAL Y PROBLEMAS DE LA JUSTICIA EN EL ECUADOR

Marco Navas Alvear*

Hay que tomar en cuenta la oposición que muchos grupos de interés económico pueden tener a la implementación de las reformas de justicia en el país, aunque "formalmente" se declaren a favor. La oposición podría tomar varias máscaras discursivas, especialmente cuando las acciones transformadoras comiencen a afectar los comportamientos prebendísticos y privilegios logrados muchas veces a través del manejo político del Estado. Resultaría peor aún si estos grupos de interés logran una adaptación de las reformas a sus hábitos. Esto es especialmente factible si solamente se maneja ésta desde el plano instrumental y no se logra socializarla a fondo. La reforma de la justicia tiene sentido en la medida que signifique una modificación de hábitos y culturas institucionales.

Desde inicios de los años noventa, la reforma de la Justicia ha sido uno de los procesos más importantes en el contexto de la transformación de la relación estado-sociedad que distintos sectores han pretendido implementar en nuestro país y en otros de la región.

Una de las características sobresalientes de este proceso radica en el vasto conjunto de argumentaciones que han buscado legitimarlo desde varias perspectivas. Consideramos, por lo tanto, que un análisis del mismo no puede abordarse completamente sin atender, a más de sus contenidos "objetivos", a los discursos que lo han impulsado. Desde

esta perspectiva propondremos algunas entradas temáticas que consideramos centrales para sistematizar la discusión sobre los problemas de la justicia ecuatoriana.

Cómo entender la justicia: Elementos para una noción

En su obra *¿Qué es la justicia?*, Hans Kelsen hace notar la dificultad de una respuesta categórica a esta interrogante, afirmando: "Ninguna otra pregunta ha sido planteada más apasionadamente que esta, por ninguna otra se ha derramado tanta sangre preciosa, ni tantas lágrimas amargas como por ésta, sobre ninguna otra pregunta han meditado más profundamente los espíritus

* Marco Navas Alvear. Unidad de Investigación y Posgrado en Derecho. PUCE

más ilustres desde Platón hasta Kant..." (1982, p. 8). Esta afirmación permite advertir la complejidad una categoría como la justicia, sobre la que se han propuesto innumerables acepciones, particularmente desde los terrenos de la filosofía, la política y el derecho. Desde estas disciplinas se ha intentado develar a la justicia como objeto del conocimiento humano, en el cual podemos advertir ciertos elementos de coincidencia y orientaciones fundamentales que vamos a exponer a continuación. Debemos anotar, sin embargo, que más que responder a qué es la justicia, lo que creemos prudente es tratar de entenderla a partir de tres perspectivas básicas:

En primer lugar se ha manejado una acepción de la justicia como virtud. Esta visión desde el ámbito subjetivo enfatiza en la capacidad de ser justo, necesaria para el perfeccionamiento del sujeto en su relación social. En un segundo lugar, la justicia ha sido abordada en cuanto un ideal prescriptivo del comportamiento de las personas. Se trata en este sentido de un valor supremo presente permanentemente en el discurso jurídico¹ que permite legitimarlo socialmente, vinculándolo a la vez con otros valores como la paz, la equidad distributiva, la igualdad, el bien común, etc.

De estas dos primeras acepciones podemos destacar cómo en ambas aparece "un principio de acción" (Pacheco, 1990, p. 481) desde un ámbito subjetivo en el primer caso, pero que compor-

ta también la aplicación de una serie de criterios objetivos plasmados en el derecho.

El derecho moderno pretende ser precisamente una expresión objetiva del ideal de justicia, estructurada mediante un proceso de mayor y más expresiva racionalidad, en un plano de oposición a lo arbitrario y subjetivo del ejercicio del poder, para plasmar el ideal aristotélico de la justicia reelaborado por los pensadores modernos en el sentido del "gobierno de las leyes" prevalente sobre el "de los hombres" (Bodenheimer, 1997, pp. 66 y ss; Bobbio, 1992, pp. 120 y ss).

Frente a este proceso moderno de *objetivación de la justicia* se han desarrollado distintas posiciones teóricas², entre las cuales consideramos interesante la sostenida por Ilmar Tammelo como aplicación a este tema de las llamadas *Teorías de la Argumentación*. Este autor rechaza una visión objetivista (asumir que la justicia constituye un concepto inmutable), afirmando que "la justicia no es un valor que exista por sí mismo de modo intemporal y al margen de todo contexto o situación particular. No es una cosa, un dato establecido, un ser equiparable a los objetos de la naturaleza y que se pueda comprender como prefijado al margen o con anterioridad a toda convención lingüística" (C. Amado, s/f p. 335). Esta postura nos permite

1 Para comprender mejor la noción de discurso jurídico véase Correas 1993 p. 41 y ss.

2 Cfr. Pacheco pp. 491-493.

ver que el tema de la justicia, más que conocimiento puro, comportaría la opinión y adhesión racionales. Un tema que se comprende en las argumentaciones.

La finalidad de una teoría de la justicia, dice Tammelo, es aportar con conceptos de referencia que permitan someter a examen racional lo que de subjetivo y puramente emotivo se muestra en toda utilización de la noción justicia. La clave del uso de estos criterios formales estriba en su socialización y en la instrumentalización de un diálogo a partir de ellos. El elemento lingüístico desempeña un papel central a la hora de establecer una visión operativa de la justicia. La razón es el elemento regulativo de la noción de justicia. Según Tammelo en toda formulación de criterios formales de justicia como los destacados históricamente: "a cada uno según sus méritos", "a cada uno según sus necesidades", "obra conforme a una regla cuya aplicación pueda elevarse a una regla universal para los casos semejantes" etc., se ha de entender tácitamente la idea de racionalidad. Por razón no se concibe aquí "un capital seguro", una medida evidente e indubitada, sino la histórica capacidad del hombre para conducir sus destinos y cuestionar sus propias creencias (G. Amado s/f pp. 337 - 338). Se destaca así a la justicia como un producto histórico, que en sentido moderno tiene una vinculación muy importante con el tema

del ejercicio de un escrutinio crítico que rebasa el campo del derecho para afianzarse en los territorios de la política y la ideología (como espacios de ejercicio de la discusión social).

Una tercera perspectiva es la que enfoca a la justicia como institución social, que como tal supone un aparato complejo estructurado en base a competencias muy específicas, orientadas a abordar el tratamiento de diversas relaciones sociales conflictivas. En ese sentido es importante destacar dos enfoques:

a) Dentro de la idea de Luhmann de que las instituciones son respuesta a la necesidad de reducir la complejidad en sociedades modernas (Luhmann, 1977, Pts. 1-3; G. Amado 1988), la justicia constituiría un subsistema social que procuraría absorber una serie de tareas relacionadas con la conflictividad: procesar controversias según las reglas del derecho, sancionar y reparar, ejecutar sanciones y procurar el cumplimiento de las reparaciones, etc. Las actividades propias de la justicia mantienen continuas relaciones con otros subsistemas sociales como el económico o el político, asegurando su operación. Vista como conjunto sistemático (más o menos abierto) la justicia poseería su propio límite de sentido, su particular lógica construida a base de un discurso con características peculiares, que es operado por unos determinados actores de

forma privilegiada, pero que al ser abierto concierne a toda la sociedad.³ Así puede explicarse cierta autorreferencialidad de la cultura desarrollada por los operadores de la justicia, signada por una serie de rituales y prácticas tradicionales resistentes a las exigencias de cambio provenientes de otros campos y fundadas en discursos y enunciados de naturaleza diferente.

b) Sin que Luhmann lo explicita, todas estas actividades que la justicia cumple se hallan en relación al desempeño de la mayor organización social: el Estado. Así la justicia debería verse a la vez que como aparato o subsistema específico, como parte de unos determinados arreglos mayores entre instituciones sociales dentro de un esquema cooperativo en base al cual un Estado desarrolla su función política y social (Rawls, 1971, p. 54). Así, los principios de justicia no se aplican a acciones o decisiones particulares, sino a la estructura básica de la sociedad –sus instituciones fundamentales que reglan las relaciones entre los individuos–, y las de estos con el poder estatal. El Estado moderno, valga insistir, es el lugar social de la institución de justicia en cuanto entidad que monopoliza el poder social, pues al dictar las reglas conduce normativamente a la sociedad (Poggy 1978 Caps I, V y VI).

Dentro del campo de la Teoría del Estado se ha discutido mucho acerca de

cómo enfocar la institución de la justicia: como un poder o más actualmente como una función. Esta distinción enfatiza, ya sea en su eventual autonomía y equilibrio con otros poderes emanados del soberano, en el primer caso; o bien en un poder de mismo origen ejercido racionalmente mediante distintas asignaciones con la presencia de un sistema de controles pre establecido. De esta discusión surgieron las reivindicaciones acerca de una auténtica independencia de los operadores judiciales.

En todo caso, más allá del debate puntual sobre la ubicación de la justicia dentro de la estructura estatal, creemos muy relevante destacar su carácter de servicio público basado en un sistema de reglas que define posiciones y funciones, cometidos, competencias y límites sociales, de quienes aplican las reglas a los conflictos de la colectividad (Rawls p. 54) y de esta manera desarrollan el derecho situándose lo más cerca posible de los ciudadanos en sus contingencias más urgentes, como un ente imparcial, *supra partes*, independiente de los intereses particulares.

Este servicio de justicia, si bien reside fundamentalmente en los tribunales organizados que, bajo la idea de unidad, constituyen el *órgano judicial*, en varios casos –como los de las “democracias” latinoamericanas– se han situado también en segmentos de la adminis-

3 La noción de sistema abierto aplicada a la Justicia la desarrolla de una manera muy novedosa la historiadora Tammar Herzog (1995 pp. 297 y ss). Entre otras cosas el término abierto permite destacar la interacción con otros conjuntos de reglas, instituciones y actores sociales.

tración ejecutiva y la legislatura, restando posibilidades a una acción imparcial.

Justicia y democracia.

Una consideración de la justicia como institución social no puede prescindir de su vinculación necesaria con el sistema democrático, si partimos especialmente de la valorización de la vigencia del estado de derecho. Así, si bien son inevitables las transgresiones a los derechos ciudadanos precisamente por la libertad presente en las democracias, cuando se produce una violación, quien resulte agraviado o perjudicado puede recurrir al órgano jurisdiccional con su reclamo o pretensión al efecto de que restablezca el orden jurídico.

No es posible una democracia sin una "justicia democrática". Para ello es preciso examinar cuál es la estructura institucional más adecuada que permita ejercer el *jus dicere* (el poder de decir el derecho). De allí la necesidad de una visión o teoría política de la jurisdicción (Zaffaroni 1992 p. 1). El problema radica desde esta óptica en la noción de democracia que se maneje: si se piensa por ejemplo que es suficiente fortalecer aspectos como la independencia de los jueces y la objetividad de las reglas que aplican, o bien, además de lo anterior,

en una noción más amplia, se toma en cuenta como elemento vital la participación. Desde esta segunda idea, que es la que destacamos en este trabajo, se enfatiza en el logro de la justicia a través del mayor acceso al mundo de aplicación de las leyes a la ciudadanía, o a las ciudadanías, en distintos grados.

Lo cierto es que la postura que se adopte acerca del tema, de lo que se hace o no en el campo de la Justicia, de cómo se usa ese poder de decir lo justo, o cómo se deja de usar, incide en las democracias. Este asunto ciertamente rebasa los problemas de las continuas transferencias del sistema político y sus escándalos al poder judicial y del terrible fenómeno de convertir a la jurisdicción en receptáculo de los conflictos del sistema político. En un estado de derecho democrático la tarea de los jueces es evaluar el grado de conformidad de la Ley positiva con los derechos ciudadanos en sus dimensiones civiles, políticas, sociales, culturales, económicas, colectivas, etc. El último estrato de la actividad judicial y de la democracia residen en el respeto de la condición humana.⁴

En definitiva, el debate sobre la democracia y Justicia es, como dice Raúl Zaffaroni, "nuclear" en la problemática política latinoamericana (1991, p. 12), y

4 Así, como expresa Cerda: "Sin jueces que hayan internalizado el valor humanista, imposible resulta concebir un Poder Judicial rejuvenecido" En un régimen democrático una administración de justicia debe servir íntegramente al Estado de Derecho, por dos razones básicas: A) el concepto moderno de estado de derecho adquiere sentido a partir de una noción humanística básica, conforme a la cual es la persona humana la razón de ser del derecho. B) No hay ámbito del quehacer público que encuentre su legitimidad sustancial fuera del parámetro humanístico. Más aún la jurisdicción. 1992. p. 308.

es en estos terrenos, los de la política y de la prometida democracia, donde este debe generarse.

Las reformas a la Justicia

Sin tratarse de un fenómeno nuevo, la "crisis" de la administración estatal de justicia ha venido recibiendo un mayor interés por parte de la sociedad ecuatoriana a partir de la última década del siglo XX. Surgen entonces descripciones y planteamientos más claros respecto del *problema de la justicia*. Se enfatiza entre otros aspectos en la necesidad establecer ciertos indicadores como el número de conflictos legales pendientes de resolución, la identificación de los procedimientos que tornan lenta la aplicación de justicia, el estudio de varios fenómenos asociados a la ineficiente acción de los jueces: corrupción, impunidad, interferencia de intereses particulares en las diversas instancias, etc. Esta problemática se lee también desde un cada vez más notorio malestar y desconfianza hacia la administración de justicia⁵, que crece cuanto más el sistema político y la democracia –recuperada en 1979 – evidencian sus limitaciones para resolver las tensiones sociales.

Otra dimensión crítica que se revela con fuerza tiene que ver con el surgimiento de lugares sustitutos para procesar los conflictos que la justicia institucional no resuelve adecuadamente, entre los que podemos destacar dos:

Aquellas manifestaciones sociales que expresan el recurso a una justicia por "mano propia" ejercida colectiva o individualmente sin la presencia de alguna modalidad de proceso previo.

La consideración de los medios de comunicación como espacios de vindicación donde tienen lugar "procesos paralelos" a los que se entabla o debería implementarse en la administración ordinaria de justicia (Pásara 1996 p. 24).

Estas evidencias han alimentado un debate conducente no solo a explicar el problema de la justicia sino a proponer reformas institucionales para la recuperación de la función de justicia. Estas iniciativas podemos describirlas a breves rasgos.

En este proceso podemos distinguir una primera etapa (1992 y 1995) en la que tiene lugar un debate generado y procesado por los "actores involucrados" y que se nutrió con la colabora-

5 Esto se pone de manifiesto en algunos datos estadísticos (encuestas). En varios documentos se cita una encuesta nacional de septiembre de 1996, en la que el 91% de la población considera que la justicia en el país no salvaguarda los intereses del ciudadano común. Podemos considerar en este mismo orden las últimas cifras sobre la desconfianza en la CSJ sistematizadas luego de los hechos del 21 de enero (CEDATOS), que arrojaban cerca de un 73% de desconfianza respecto de la CSJ

ción de algunas entidades nacionales e internacionales, a más de ciertos expertos y académicos.⁶ Durante estos años se discute sobre el significado de temáticas doctrinarias que informan el problema de la administración judicial, tales como la independencia judicial, la separación funcional entre órganos administrativos y judicaturas, los sistemas procesales y medios alternativos de solución de conflictos, entre otros.

Correlativamente, se promueven nuevas normas tendentes a autonomizar la Función Judicial de la influencia del sistema político y modernizarla "tornándola más ágil y eficiente". Entre otras novedades constitucionales se divide a la Corte Suprema de Justicia en salas especializadas, se suprime la tercera instancia en los procesos judiciales y se expide una "Ley de Casación", se establece el Consejo Nacional de la Judicatura, se crean nuevas instituciones para garantizar los derechos fundamentales como el Tribunal Constitucional y la Defensoría del Pueblo, y se modifica formalmente la función de la Fiscalía General de la Nación para posibilitar su intervención dentro de un esquema procesal acusatorio (oral). Así mismo, durante este período se crea, en 1995, Projusticia, entidad con representación legal propia, encargada de coordinar proyectos y el apoyo financiero de entida-

des como el Banco Mundial, BID y agencias de las NN.UU. para programas puntuales.

Un segundo tiempo de la reforma podríamos ubicarlo a partir de esta primera institucionalización (1995) hasta el presente. Durante este período se han consolidado algunos objetivos planteados anteriormente, no sin enfrentar riesgos y dificultades a los que haremos referencia en detalle más adelante.

En 1997, a partir de la crisis política de febrero, se impulsa una Consulta Popular efectuada el 25 de mayo del mismo año, mediante la cual se instituyó un mandato al Congreso para que incorpore "a corto plazo" en el ordenamiento jurídico modificaciones al sistema de designación de magistrados de la Corte Suprema y su período de duración que afiancen la independencia de la Función Judicial y la observancia a criterios de profesionalización y carrera judicial para garantizar la eficacia e imparcialidad de los jueces, además se impulsó la conformación definitiva del Consejo Nacional de la Judicatura como organismo que se encargaría de las tareas administrativas de la Función Judicial para que jueces y magistrados asuman la exclusiva función de administrar justicia. Esta legitimación del proceso por medio de la Consulta cons-

6 Se conforma en 1992, un grupo interinstitucional presidido por un miembro de la C.S.J., e integrado por delegados de instituciones del gobierno como la Presidencia de la República, Ministerio de Gobierno, Fiscalía y Procuraduría, que preparó un documento denominado *Plan integral de Reformas de la Administración de Justicia*, recogiendo, según sus productores, los distintos elementos de debate. Esta labor contó con el apoyo de varias agencias y organismos de desarrollo: USAID, Banco Mundial, Instituto Latinoamericano de las NN. UU. para la Prevención del delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD), Banco Interamericano de Desarrollo (BID), así como de ONGs locales.

tituyó una presión fuerte para que los actores políticos lo instrumenten y le dio un nuevo impulso.

Se estructuró una agenda más amplia que contemplaba reformas legales secundarias, además de actividades de espectro más amplio, hasta ese momento relegadas a la esfera de la discusión: mejora de la gestión procesal; desarrollo de instancias de mediación y conciliación; mejoras en infraestructura física e informatización; educación legal y acceso a la justicia.

En 1998 tiene lugar la elección de una Asamblea Constituyente que produce una Nueva Carta Fundamental, producto de la demanda social por crear nuevos espacios de participación y decisión acerca del carácter de los "grandes arreglos" a los que ya nos hemos referido. En este instrumento se termina por definir un modelo de Función Judicial más proclive a la democratización, recogiendo los puntos más relevantes del debate generado durante los años anteriores y que sintetizamos así:

En referencia al principio de unidad jurisdiccional, se busca mediante una norma transitoria concentrar la ad-

ministración de justicia en la Función Judicial.⁷

El tema de la independencia judicial que debe ser tanto externa, es decir frente a los otros organismos del Estado susceptibles de influenciar "políticamente" en la justicia, cuanto interna en el sentido que minimice la dependencia jerárquica entre las distintas judicaturas, pretende ser fortalecido en el texto constitucional.⁸

En cuanto a la administración de la judicatura se consolida al Consejo Nacional de esta materia como órgano de gobierno. Se remite a la Ley la determinación de su integración, forma de designación de sus miembros, su estructura y funciones administrativas y disciplinarias.

Respecto de los cambios procesales se destacan los aspectos que siguen: A) Respecto del nuevo esquema constitucional en donde se consagra como valor fundamental la "unidad en la diversidad" se introduce la posibilidad de administración de justicia por parte de los pueblos indígenas, legitimando sus prácticas judiciales tradicionales y consuetudinarias, siempre y cuando no con-

7 De esta forma algunos aparatos judiciales a cargo del poder Ejecutivo: justicia de menores, militar y policial deberán ser absorbidos. Solamente el control de la constitución se mantiene como una tarea de independencia relativa a cargo del Tribunal Constitucional, cuyas funciones se afinan y fortalecen.

8 Desde el punto de vista externo, la mayoría constituyente se ha propuesto evitar la "influencia política" contemplando un nuevo mecanismo de elección de los magistrados mediante el sistema de cooperación. Es decir deberá ser la misma Función Judicial mediante la Corte Suprema quien se encargará de la nominación de sus miembros cuando se produjeran vacantes. Esto amén de consagrar el carácter vitalicio de sus miembros (no sujetos a período fijo). Estos mecanismos deberían teóricamente conciliarse sin embargo con los criterios de profesionalidad y de carrera judicial que además deben regir las nominaciones en instancias inferiores del sistema.

tradigan los derechos fundamentales. Esta innovación deberá ser desarrollada a través de normas legales específicas que la organicen, que aún se hallan pendientes. Un aspecto crucial se relaciona con la compatibilidad de aquellas funciones con las del sistema judicial nacional. B) Se reconocen diversos sistemas de solución de conflictos: jueces de paz, arbitraje, mediación, conciliación y otros. () En relación al sistema procesal oral, esta modalidad, aunque con antecedentes en nuestra legislación, se ha visto como la posibilidad de introducir elementos democráticos en la justicia. Para lograr su aplicación la Asamblea estableció un plazo de cuatro años. En este tiempo, la función legislativa producirá las leyes imprescindibles para desarrollar el proceso oral contando con una activa participación del Consejo de la Judicatura. Un primer paso en este sentido constituye el nuevo Código de Procedimiento Penal.

En relación a esta materia se prevé también un papel de legitimación del proceso con una activa participación del Ministerio Público, buscando afirmar el respeto a los reforzados derechos fundamentales, particularmente el debido proceso. Se busca así prescribir un cambio cultural en las prácticas del sistema de represión estatal contra la criminalidad. En ese mismo sentido se estableció que la prisión preventiva, habitual práctica violatoria de los derechos fundamentales no pueda exceder de 6 meses en determinados casos. D) Se modificó también el concepto de gratuidad a fin de brindarle posibilidades de sustentabilidad a la justicia, restringien-

do ésta a las jurisdicciones laboral, de alimentos, menores y penal.

Hasta aquí hemos presentado una esquematización de los puntos relevantes de la reforma de justicia en el Ecuador. Sobre todo se ha destacado el contenido de la reciente normativa constitucional, que sin duda, es trascendental en cuanto legitima una serie de iniciativas de reforma y prescribe tareas que están por hacerse por parte de los distintos actores que participan del poder. Se ha producido así mismo, un Plan Estratégico Integral que contempla las iniciativas a desarrollarse hasta el año 2003. Sin embargo, aún no podemos considerar que la reforma de la Justicia es considerada como una Política de Estado que supere las contingencias de los distintos actores involucrados y sus discursos.

Distintas entradas al proceso

El tratamiento de este tema resultaría incompleto sino intentásemos entrar a él, como lo dijimos al principio, distinguiendo la variedad de ámbitos desde los cuales se ha movilizad la reforma.

Debido acaso a una suerte de sobre exposición social a un discurso modernizador de carácter general, que ha dado por asumida una convicción de distintos sectores sociales acerca de cambios fundamentales que reestructuren la relación entre Estado, sociedad y mercado, muchas veces se ha pasado por alto un tema vital: la legitimidad de los cambios en todos los ámbitos. Este elemento nos lleva a resaltar una pers-

pectiva política de los cambios estructurales, que favorezca el rescate de una democracia que alcance con sus beneficios a toda la sociedad ecuatoriana.

El debate sobre la justicia no ha estado exento del reinado de un discurso tecnocrático en el que hablar de la política solamente está permitido para referirse a uno de los mayores defectos de la administración judicial, su "politización", mas no para referirse una dimensión de afirmación de la participación ciudadana y a la necesaria consideración de que la administración de justicia cumple una función política al restablecer equitativamente el estado de derecho. A partir de esta forma discursiva se ha enfatizado en la adopción de medidas que apuntan a una modernización necesaria del sector judicial con miras a incrementar sus niveles de eficiencia, como un fin en si mismo más que como un medio de afirmación de la democracia. En este sentido daría la impresión de que las categorías del discurso con el que se ha descrito los problemas de la justicia como la "ineficacia", la "politización", etc. y se han propuesto estrategias -"reingeniería", "reingeniería del despacho", "independencia", "soluciones alternativas", etc.- derivan en una retórica que al volcarse sobre si misma pierde de vista las condiciones estructurales que perpetúan esquemas de exclusión de la justicia.

En este aspecto parece recrearse la tensión entre el afán de algunos sectores por propugnar una mayor participación democrática, el afianzamiento de los derechos humanos, incluidas sus di-

mensiones sociales, económicas y colectivas, frente a la necesidad de impulsar reformas estructurales que enfatizan en la vigencia de un modelo productivo de libre mercado.

Por estas razones, una forma de contribuir al análisis de esta temática parte de identificar de donde provienen las demandas que contribuyen a estructurar las argumentaciones acerca de la reforma judicial:

Desde la economía.- El tema justicia dentro de las políticas de reforma económica estructural ha venido tomando centralidad desde finales de la década de los 80, entre otras razones a causa de una mayor valorización del tema institucional dentro de las estrategias internacionales de desarrollo. El fortalecimiento institucional que tiene relación directa con una eficiente aplicación de sistemas de derecho se encamina a disminuir los niveles de discrecionalidad por parte de las administraciones, por lo que es perfectamente compatible con los planteamientos de reforma que abogan por un bajo perfil estatal en la vida social.

Así mismo, el mal funcionamiento de la administración de justicia ha sido vinculado con factores que obstan el desarrollo económico, como el aumento de costos en la colocación de capitales debido a la inseguridad jurídica respecto del cumplimiento de normativas contractuales dentro de una potencial libre economía global. Este incremento también se ha atribuido a fenómenos como la corrupción, que al no poder ser combatidos mediante las reglas del de-

recho, obstruyen el libre flujo de las fuerzas del mercado. Ese alto riesgo ha impulsado a los organismos internacionales de desarrollo incluir en sus agendas la reforma de los órganos judiciales que "al tiempo que reducen la capacidad regulatoria del poder administrador, sitúan al juez como una instancia de mucho mayor importancia en la resolución de conflictos económicos" (Pásara, p. 19).

Por estos motivos, organismos como el BM y el BID en menor medida, han tenido un indiscutible protagonismo en el financiamiento de los procesos de reforma judicial en América Latina. De forma tal que en el discurso de la modernización judicial han estado constantemente presentes las vinculaciones entre las necesidades de consolidación de un modelo de libre mercado y especialmente la protección a la iniciativa privada, y la reforma de la justicia.⁹ Esto planteado como una demanda de estos organismos de aseguramiento jurídico que tienda a eliminar la incertidumbre y rebajar costos a la economía.¹⁰ A esta demanda se han vinculado, desde luego, los sectores privados de la economía nacional.

Estos propósitos, empero, no necesariamente se concilian con el de democratizar el acceso al sistema para todos, pues de hecho, al tomar como *target* el aseguramiento del libre mercado, no se enfatiza necesariamente en procurar

que los portadores menos relevantes o excluidos de ese mercado tengan condiciones de mínima igualdad para acceder a la justicia estatal o bien a desarrollar iniciativas institucionales de solución de sus conflictos. No resulta fácil determinar si el énfasis dado al afianzamiento del modelo económico ha sido en realidad de mayor peso que otros argumentos dentro del discurso de modernización de la Justicia; pero sin duda se trata de un argumento fuerte, que resulta más visible en temáticas como el desarrollo de mecanismos alternativos de solución de controversias, en donde puede advertirse que se ha impulsado con primacía —al menos en los primeros años de la reforma— un uso comercial y empresarial en el que hay sin duda que tomar los resguardos suficientes para evitar imposición de condiciones abusivas.

Por otra parte, hay que tomar en cuenta la oposición que muchos grupos de interés económico pueden tener a la implementación de las reformas, aunque formalmente se declaren a favor, cuando estas comiencen a afectar sus comportamientos prebendísticos y privilegios, logrados muchas veces a través del manejo político del Estado. Resultaría peor aún si estos grupos de interés lograran una adaptación de las reformas a sus hábitos. Esto es especialmente factible si solamente se maneja ésta desde el plano instrumental y no se logra socializarla a fondo. La reforma de la jus-

9 Al respecto puede consultarse el artículo de E. Buscaglia (1997).

10 Según las estimaciones de estos organismos los costos por una justicia ineficiente para el sistema económico alcanzan cerca de 2000 millones de dólares por año.

ticia tiene sentido en la medida que signifique una modificación de hábitos que incumplen con la teoría del libre oferta y demanda.¹¹

La superación de los puntos críticos de la reforma tiene una dimensión financiera en la que se resalta un asunto de fondo: el Estado no puede evadir su obligación respecto de proveer los recursos necesarios para los cambios. La ayuda externa que se obtenga siempre será accesoria, y si no se acompaña de iniciativas más audaces para acometer una reforma amplia, podrán devenir en cambios de efímera vida.¹²

Demandas desde el sistema político.- La democracia tiene cuentas pendientes con la sociedad ecuatoriana. Y es que en 21 años su vigencia formal no ha producido resultados satisfactorios para vastas porciones sociales. Por el contrario, en su seno se han profundizado las diferencias. Existe un desencanto de la política que guarda relación con ciertas prácticas tradicionales abusivas y autoritarias, recompuestas en el fenómeno denominado *corrupción*.

En los últimos años, ha cobrado importancia un reclamo sobre el control social del ejercicio indebido del poder por parte de las élites político-partidistas. Las experiencias recientes en nues-

tro medio y otros países de la región ha acelerado la demanda de mecanismos institucionales de control del poder. El papel de la Justicia en la rendición de cuentas del sistema político es innegable. Esto evidencia una demanda más profunda: el acceso social hacia el conocimiento y uso del sistema de aplicación y restablecimiento del estado de derecho. El relato contrario, la influencia de los intereses elitistas en las judicaturas no se ha atenuado en estos años, mostrando la capacidad de estos grupos de imponer sus hábitos antidemocráticos por sobre los nuevos marcos que buscan independizar a la Justicia.

Se ha querido dotar de independencia a la Justicia a través del mecanismo de cooptación y duración indefinida de los miembros de la CSJ. Por un lado se ha sostenido que se requiere dar el beneficio del tiempo a esta modalidad para que una vez reemplazados los actuales magistrados altamente vinculados en su mayoría, a los intereses partidistas, se vaya depurando a sí misma la magistratura ya que al momento no existen evidencias del éxito de tal solución. Por otro lado, varios sectores han enfatizado en los peligros de resignar el papel legitimante que ejercían los poderes ejecutivo y legislativo al nombrar los magistrados. Se ha criticado también el carácter virtualmente vitalicio de sus

11 No olvidemos que a menor intervención del estado (como en el patético caso de la liberalización del sistema financiero, en particular durante las administraciones Durán-Ballén y Mahuad), se requiere de mecanismos de justicia bien afinados y efectivos, pero también democráticos.

12 Crear, por ejemplo, un juzgado piloto dotado de la infraestructura necesaria, con recursos humanos capacitados para el cambio, que implemente nuevos procedimientos, no tendrá mayor sentido sino se incorpora todo esto a la generalidad de los tribunales. Esto requiere de una importante inversión nacional (no solo pública).

miembros que restaría vigencia al principio de la responsabilidad.

Siendo el estado de independencia condición necesaria para un ejercicio democrático del poder es importante hallar mecanismos para su vigencia externa, pero también interna, por lo que hay que fijar los límites precisos en la acción de autocontrol del órgano judicial. Las existencia de distintas instancias no implica, como ha recordado Zaffaroni, "desigualdad en razón de su capacidad de juzgamiento –independiente–". Respecto de la imparcialidad, esta se logra, acota este jurista, "a través del pluralismo ideológico propio de la misma, es decir cuando la estructura de la magistratura es tal que permita la disparidad de ideas..." y más allá de eso el debate interno que ventile "las tensiones propias de los diferentes modos de concebir el mundo y al derecho" (1992, pp. 14-15). Insistimos en un carácter dinámico del derecho, en el cual el diálogo (en su sentido Habermasiano) es fundamental. En la democracia no hay mejor forma de imparcialidad que el diálogo, el debate.

La demanda política también se alimenta de la creciente centralidad que los temas de derechos humanos están alcanzando a nivel global. Esta temática siempre ha sido de difícil introducción,

pese a una vasta tradición desarrollada a partir de la ilustración en el pensamiento jurídico latinoamericano pues ha coexistido con el autoritarismo. La diferencia actual es quizá que las reivindicaciones son mucho más exitosas y el derecho internacional está alcanzando nuevos niveles de efectividad.

Tarea central del estado de derecho consiste en afirmar el régimen de derechos humanos perfeccionado por la Constitución de 1998. Esta Carta establece que son directamente aplicables por cualquier autoridad, mandato que atañe directamente a la Función Judicial a través de la exigencia de efectivizar su rol contralor de la Constitución. Debe en este sentido enfatizarse en una unidad jurisdiccional que pulverice los enclaves de impunidad que constituyen los fueros especiales.

Otro punto de reflejo de demandas políticas radica en el sistema procesal inquisitivo que desde la influencia napoleónica se consolidó en nuestro país, más como forma de control social que otra cosa. La oralidad en ese sentido puede ser una gran posibilidad de rescatar una forma que resocialice en base a valores democráticos los contenidos y discursos de la justicia en lugar de esconderlos en los inaccesibles *no lugares*, que son los archivos judiciales.¹³

13 Al respecto De la Barra observa como el proceso inquisitivo tradicional se despliega "desde el paraíso conceptual inmaculado de los principios jurídicos derivados por juristas diestros en las artes del razonamiento abstracto y racional, reproduciendo un exceso retórico que no se fundamenta ni surge de una relación dialéctica con la realidad sobre la cual se pretende actuar..." (1998, pp. 132-133). Se resalta entonces, como la retórica pierde su potencia dentro de modelos procesales tradicionales, como se torna en una apología del tecnocratismo legal y le resulta extraña al ciudadano común.

Situar en el terreno de la política el problema de la Justicia nos enfrenta al reto de un profundo cambio cultural de los actores responsables, frente a lo que Javier de Belaúnde ha denominado en el caso peruano "una justicia... atada a la estructura de la sociedad colonial..." Y quizá su reducto más resistente, siendo, como acota Luis Pásara al comentario de su connacional, "aquello que confiere estado de crisis grave a la situación de la administración de justicia no es la mera existencia de un variado conjunto de demandas insatisfechas, sino lo que Carlos Peña ha llamado en Chile 'la incapacidad adiestrada' de los jueces para responder a ellas... advertir defectos, diagnosticar problemas, diseñar mejoras y, al enmendar rumbos, producir una dinámica de signo positivo que responda a los desafíos socialmente planteados." (Pásara p. 21). Concordando con estas expresiones, consideramos que una de las mayores amenazas en este campo se ha expresado en una asunción formal de la reforma y su retórica por parte de quienes integran la Función Judicial, pero manteniendo la presencia de grandes resistencias subterráneas propias de una cultura judicial tradicional y secretista, separada de la sociedad.

Las percepciones desde los medios de comunicación.- Nadie discute hoy la importancia de la comunicación masiva en sociedades complejas. Actualmente los medios son los vehículos de la insatisfacción a cerca de la justicia. A través de sus espacios parecería materializarse de manera espectacular y dramática del colapso del aparato judicial, así como el desesperado correlato de diversos ciu-

dadanos que resuelven sus conflictos ante las cámaras y los micrófonos. Dentro de una sociedad de información y comunicación generalizadas se produce un efecto de rebasamiento sobre el viejo sistema de la justicia: las reglas del sistema judicial, diseñadas para ser aplicadas para otra *velocidad social*, amplias, rigurosas y lentas, son sustituidas por el versátil espacio virtual de los medios (Navas p. 9). Así, no pocas veces, los protagonistas del programa medial son juzgados antes de que estos sean procesados por la justicia dentro de "procesos paralelos", como los ha denominado Pásara. El proceso paralelo, anota este autor, es sin embargo, el que llega al conocimiento del gran público, el que se publicita (1996 p. 25).

Ante la inacción de la justicia, los medios adquieren una capacidad de procesar problemas sociales, antes asignados a la Justicia. Esta capacidad pasa por emitir veredictos virtuales dentro de una profunda interactuación simbólica entre públicos y mediadores, que refuerza el poder social de estos fallos frente a los judiciales que muchas veces terminan por subsumirse en una percepción performada de lo tratado en los medios. Esto cierra una suerte de *círculo vicioso* de la impunidad, pues refuerza la incredulidad en la justicia estatal a la vez que da al público la ilusión de participar. Otras consecuencias de esto pueden verse en la legitimación de la represión; en una suerte de sospecha permanente en los ciudadanos y una percepción fragmentaria a cerca de la prosecución de la actividad judicial. En consecuencia, resulta importante reflexionar sobre estos fenómenos y crear en

los medios compromisos hacia una labor de alta calidad profesional respecto de la información judicial. Es necesario que los comunicadores tengan mayor consciencia de los derechos humanos de quienes son objetos de su información, pues muchas veces por múltiples causas su acción se torna proclive a violaciones comenzando por la presunción de inocencia, el honor de las personas, etc.

Estas necesidades deben enfrentarse dentro de una suma positiva que respete la libertad expresiva y el derecho de todos a una información veraz, oportuna, plural y objetiva. El difícil reto radica en crear convergencias entre la Justicia y los medios. Esto pasa igualmente por una actitud verdaderamente transparente de autoridades y órganos de judiciales para estar sometidos al escrutinio público.

Líneas de avance: hacia una justicia democrática

Creemos importante integrar una visión de la justicia para examinarla en toda su complejidad articulando su carácter de discurso prescriptivo que alcanza al conjunto de la sociedad —con toda la carga histórica incluida—, con la acepción que la significa como institución dedicada a recrear y restablecer del estado de derecho.

Una visión de la justicia debe superar un objetivismo inmovilizante. En este sentido, no se puede dejar de lado el aspecto comunicacional: si consideramos que hacer justicia supone la ac-

ción de valorar, de atribuir una cualidad a determinado hecho o objeto. Por ello, como expresa Tammelo "no puede atribuirse objetividad en sentido estricto a juicios de justicia". Eso no significa fomentar un subjetivismo irracional. Por el contrario, la racionalidad de estos actos "resulta de si son intersubjetivamente plausibles". Para conseguirlo es necesario que se exponga la situación "objetiva y valorativa determinante". Todo esto, como insiste el autor, "significa remitir de modo decisivo la justicia al campo de la comunicación humana", de la argumentación, del diálogo" (G. Amado p. 338). Consecuentemente hay que enfatizar en el tema de la comunicación recreada en la oralidad procesal, pero también en recientes iniciativas que apuntan a la creación de espacios de educación legal ciudadana, de convergencia entre la comunicación y la Justicia, de control sobre la gestión judicial y la misma reforma, etc. El uso de nuevas tecnologías comunicativas podría contribuir decididamente a desarrollar estos procesos.

En el debate sobre el papel de la justicia y los cambios deseables no puede estar ausente el ámbito político. Por el contrario, se requiere relocalizar este proceso dentro del campo de una reforma política estructural. No se trata pues de un ejercicio de meramente instrumental, en donde las categorías se convierten en datos descriptibles. Relocalizar la discusión acerca de la justicia dentro de la complejidad de los aspectos políticos y culturales es una tarea indispensable si queremos desarrollar reales políticas de estado sobre el tema

BIBLIOGRAFÍA

- BID, "Reforma: Modernización del Sistema Jurídico en Ecuador", Doc. Quito, 1997.
- BOBBIO N., *El Futuro de la Democracia*, FCE, México, 1992.
- BODENHEIMER E., *Teoría del Derecho*, Bogotá, FCE, (Ed. 1997)
- BUSCAGLIA E., "Desarrollo Económico y Reforma Judicial en América Latina", en *Contribuciones*, CIEDLA, KAS, Caracas, 1997.
- y MERINO V., Estudio sobre la correlación entre la existencia de Justicia y la consolidación de la Democracia en el Ecuador, CLD, Quito, 2000.
- CERDA FDEZ. C., *Juris Dictio*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1992.
- CORREAS O., *Crítica de la ideología jurídica*, UNAM, México, 1993.
- DE LA BARRA C. R., "La Reforma Procesal Penal en Chile", en *Anuario, Universidad Internacional SEK*, Chile, 1998
- GARCIA AMADO J., "Teoría de la Justicia y Argumentación en Ilmar Tamelo", en *Homenaje al Profesor A. Fdez-Galiano*, UNED, Madrid, Separata, s/f.
- "Sociología Sistémica y Política Legislativa", *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, 1988.
- HERZOG T., *La Administración Como un Fenómeno Social: la Justicia Penal de la Ciudad de Quito (1650-1750)*, CEC, Madrid, 1995.
- KELSEN H., *Qué es la Justicia*, Ariel, Barcelona, 1982.
- LUHMANN N., *Statto diritto e sistema sociale*, Nápoli, 1977.
- NAVAS M., "Violencia Social y Medios de Comunicación", ILANUD, PRIVA, UCE, Quito, 2000.
- PACHECO M., *Teoría del Derecho*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1990.
- PASARA L., "Justicia y Periodismo, ¿Competencia o Convergencia?" en *Prensa y Justicia, desencuentro y encuentro*, PNUD, Guatemala, 1996.
- POGGY G., *The developement of the modern State*, a sociological introduction, Stanford, 1978.
- PROJUSTICIA, *Reforma del Sistema de Justicia, Plan Estratégico Integral 1999-2004*, Serie Projusticia No. 6, Quito, 1999.
- RAWLS J., *Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, 1971.
- ZAFFARONI R., "Dimensión Política de un Poder Judicial Democrático". San José, 1992.
- Otras fuentes: Diarios Hoy, El Comercio, La Hora.