

ECUADOR

Debate

CONSEJO EDITORIAL

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

Director: Francisco Rhon Dávila. Director Ejecutivo del CAAP
Primer Director: José Sánchez Parga. 1982-1991
Editor: Hernán Ibarra Crespo
Asistente General: Margarita Guachamín

REVISTA ESPECIALIZADA EN CIENCIAS SOCIALES

Publicación periódica que aparece tres veces al año. Los artículos y estudios impresos son canalizados a través de la Dirección y de los miembros del Consejo Editorial. Las opiniones, comentarios y análisis expresados en nuestras páginas son de exclusiva responsabilidad de quien los suscribe y no, necesariamente, de ECUADOR DEBATE.

© ECUADOR DEBATE. CENTRO ANDINO DE ACCION POPULAR

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

SUSCRIPCIONES

Valor anual, tres números:

EXTERIOR: US\$ 45

ECUADOR: US\$ 15,50

EJEMPLAR SUELTO: EXTERIOR US\$. 15

EJEMPLAR SUELTO: ECUADOR US\$ 5,50

ECUADOR DEBATE

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

Tel: 2522763 . Fax: (5932) 2568452

E-mail: caaporg.ec@uio.satnet.net

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

PORTADA

PuntoyMagenta

DIAGRAMACION

Martha Vinuesa

IMPRESION

Albazu Offset

ECUADOR DEBATE 83

Quito-Ecuador, Agosto del 2011

PRESENTACION / 3-6

COYUNTURA

Diálogo sobre la coyuntura / 7-24

Conflictividad socio-política Marzo-Junio 2011 / 25-34

TEMA CENTRAL

Independencia Judicial y derechos en Ecuador

Agustín Grijalva / 35-42

Abogados, justicia y poder: una aproximación empírica

Luis Pásara / 43-60

¿Cambio de personas para cambiar la justicia?

Cultura jurídica, neoconstitucionalismo y transformación social

Ramiro Ávila / 61-74

Entre el derecho y la protesta social

Roberto Gargarella / 75-94

Economía y política como determinantes del voto judicial: explorando la toma de decisiones en la Corte Suprema del Ecuador (1993-2009)

Santiago Basabe / 95-108

Cambios en la administración de justicia indígena en Ecuador

después de la Reforma Constitucional de 1998

Solveig Hueber / 109-126

DEBATE AGRARIO-RURAL

La relación del gobierno de Rafael Correa y las bases indígenas: políticas públicas en el medio rural

Luis Tuaza / 127-150

2 Índice

ANÁLISIS

La huelga de los mineros de la Escondida de Agosto de 2006

Francisco Zapata / 151-170

La reforma al mercado de valores (I)

Luis Rosero / 171-186

RESEÑAS

Los trabajos de la memoria / 187-190

TEMA CENTRAL

Independencia Judicial y Derechos en Ecuador

Agustín Grijalva*

La crisis del poder judicial ha sido un tema recurrente en el país. La constitución del 2008 convirtió a los jueces en garantes constitucionales de los derechos de los ciudadanos, pero si los jueces son subordinados políticamente, los derechos quedan limitados o eliminados. La intervención del ejecutivo y las demás funciones del Estado sobre el sistema judicial afectará negativamente a la protección de los derechos constitucionales. Además, los jueces deben estar capacitados adecuadamente puesto que sin esa capacitación cualquier diseño institucional estará destinado al fracaso.

En este artículo sostengo que el debilitamiento de la independencia judicial en Ecuador, que a mi modo de ver se profundizara a raíz de los resultados en la consulta del siete de Mayo del 2011, y especialmente al implementarse los cambios establecidos en las preguntas cuatro y cinco relativas a la administración de la Función Judicial, puede tener un efecto inmediato y significativamente negativo sobre los niveles de protección de los derechos constitucionales, y sobre la calidad de la democracia.

Casi ignorado por las ciencias sociales ecuatorianas e incomprensido por el formalismo predominante en los estudios jurídicos en el país, el problema de la independencia judicial es objetivamente uno de los problemas políticos más importantes y recurrentes en el Ecuador. Como ejemplos, bastaría recordar como

desde los años ochenta del siglo veinte, jueces y tribunales, incluyendo la Corte Suprema, el Tribunal Supremo Electoral y el Tribunal Constitucional se hallaron permanentemente en medio de los conflictos entre Ejecutivo y Legislativo.

Así mismo, la crisis política que derivó en la destitución presidencial de Gutiérrez en abril del 2005 constituye una de las experiencias históricas donde se observa más claramente la relación estructural entre independencia judicial, democracia y derechos. De hecho, la profunda crisis judicial y política del 2005 constituye un antecedente directo del proceso constituyente impulsado por el actual gobierno, proceso en el cual éste planteó generar una nueva institucionalidad en el sistema judicial, que asegurase su independencia de los partidos políticos.

* Profesor de la Universidad Andina Simón Bolívar.

No obstante, y pese a las ofertas de campaña y a la propia consulta, es evidente que hoy el país presencia una nueva crisis judicial. Lamentablemente, en esta ocasión la extensión y profundidad de la crisis judicial incluso se ha ahondado comparada con las anteriores, pues no se limita a las cortes de mayor jerarquía sino al sistema judicial en su conjunto, no se limita a la presión política sobre juicios específicos sino a toda la administración de la función judicial, cuya cabeza es el Consejo de la Judicatura. En definitiva, la actual crisis judicial se despliega mucho más a nivel estructural que coyuntural y por ello, lamentablemente, se proyecta a mediano o incluso largo plazo en el tiempo y, al desactivar el sistema de control que al final constituyen los jueces, está produciendo las escaladas en violencia estatal, delincuencia y corrupción que hoy observamos. Frente a todo esto el gobierno del Presidente Correa evidencia una profunda y preocupante incompreensión de la naturaleza misma de los jueces y de su importancia para los derechos y la democracia. Aquí presento algunos elementos sobre esta relación.

Jueces como Garantes de los Derechos

Una innovación fundamental de la Constitución de Montecristi fue el trans-

ferir a los jueces ordinarios¹ la competencia para conocer y resolver la mayoría de los tipos de acciones inherentes a las garantías constitucionales, las cuales fueron además ampliadas y fortalecidas respecto a la Constitución de 1998.²

Esta ampliación y fortalecimiento se produjo con el habeas corpus cuya primera instancia³ pasó de la competencia de los alcaldes a la de los jueces ordinarios, y cuya segunda instancia pasó del Tribunal Constitucional a las cortes provinciales. Igual cambio se produjo con el amparo que fue sustituido por la acción de protección, la cual según la actual Constitución es conocida por todos los jueces, mientras que la apelación de esta acción como la del habeas corpus y el habeas data, pasaron también del anterior Tribunal Constitucional a las actuales cortes provinciales.

Este cambio fue y es objeto de críticas en el sentido de que en el país muchos jueces comunes no están en condiciones adecuadas para conocer y resolver adecuadamente procesos constitucionales. Al respecto caben varias preguntas: ¿estaban los alcaldes más capacitados que los jueces para resolver habeas corpus? ¿Estaban los jueces civiles y penales bajo la Constitución de 1998 más capacitados que los jueces de otras materias hoy en día? ¿Pueden estos

-
- 1 Los jueces ordinarios son los que juzgan en base a leyes civiles, penales, tributarias, etcétera, en contraste a los jueces constitucionales, que resuelven violaciones a la Constitución, especialmente a los derechos establecidos en ella.
 - 2 Artículos 86-2 de la Constitución del 2008 y artículo 7 de la ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Para una revisión general ver Ramiro Ávila, *Las Garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos. Avances Conceptuales en la Constitución del 2008* en Ramiro Ávila, Agustín Grijalva y Rubén Martínez (editores), *Desafíos Constitucionales*, Quito, Ministerio de Justicia, 2008.
 - 3 Se llama primera instancia al ejercicio de una acción ante un primer juez, y segunda instancia al conocimiento de esta misma acción ante un juez o corte de apelación.

jueces ordinarios, de quienes se dice que no se les debe confiar derechos constitucionales, violar esos mismos derechos constitucionales en el marco de procesos ordinarios? La respuesta a estas preguntas evidencia que el problema de la calidad de los jueces viene desde antes, afecta diversas materias, no solo la constitucional y dificulta o imposibilita cualquier sistema de control jurisdiccional constitucional.

Es cierto que para que los jueces resuelvan bien las garantías constitucionales aquellos deben estar capacitados adecuadamente, pero entonces lo que existe es un problema de capacitación judicial, no de diseño institucional. Sin esta capacitación el actual o cualquier diseño institucional fracasará, cualquier innovación naufragará, y esta falta de innovación perpetuará e incluso profundizará las deficiencias.

En definitiva, todos los jueces ordinarios, independientemente de si resuelven o no procesos constitucionales, deben actuar como garantes de la Constitución, y ello exige una cultura constitucional adecuada. Lo contrario sería concebir el respeto y la protección de derechos constitucionales como algo especializado y aislado de la actividad de la justicia ordinaria.

En todo caso, dadas estas nuevas competencias de los jueces del país, la reorganización de la administración de

la Función Judicial aprobada en la consulta mediante las preguntas cuatro y cinco impactará no solo sobre la justicia ordinaria sino también sobre la justicia constitucional. Este no es un asunto menor, pues nos estamos refiriendo a reformas que afectarán directamente la protección jurisdiccional de los derechos humanos de todos quienes habitamos el país, y por esta vía nos referimos también a las condiciones institucionales de la supremacía constitucional, es decir las posibilidades reales de que la Constitución limite, regule e informe las normas infraconstitucionales y los actos y políticas de las autoridades públicas.⁴

Estas consecuencias, posiblemente no suficiente meditadas al proponer las preguntas cuatro y cinco de la consulta, se producen porque el sistema jurídico es eso, un sistema. Por tanto las intervenciones que se realicen sobre algunos elementos del mismo, tal como la designación de jueces y su gobierno administrativo y disciplinario, necesariamente afectan otros elementos como la independencia e imparcialidad de los jueces, y por esta vía impactan sobre la protección de derechos constitucionales y el estatus mismo de la Constitución.

En efecto, hay un nexo estructural entre independencia judicial y derechos constitucionales.⁵ Primero, porque la independencia judicial en si misma integra un derecho: el derecho a un juez

4 El artículo 88 de la Constitución, por ejemplo, establece la posibilidad de interponer acción de protección contra políticas públicas violatorias de derechos constitucionales.

5 He realizado un estudio sobre la necesidad de independencia del Tribunal o Corte constitucional en mi artículo "Independencia, Acceso y Eficiencia de la Justicia Constitucional en Ecuador" publicado en Varios, *Un Cambio Ineludible: La Corte Constitucional*, Quito, Tribunal Constitucional, 2007.

independiente e imparcial⁶, y segundo, porque los jueces, por vía de la tutela que proveen, constituyen garantes claves de todos los demás derechos constitucionales, y para proveer esa garantía deben ser independientes e imparciales.

Se entiende por *independencia* la ausencia de presiones indebidas provenientes desde fuera o desde dentro del sistema judicial sobre los actos decisivos del juez, los cuales deben responder a su propio y profesional entendimiento de la ley, en tanto la *imparcialidad* se refiere al esfuerzo de objetividad⁷ que realiza el juez en la aplicación de normas y estimación de hechos para resolver un caso.⁸ Por supuesto, independencia e imparcialidad se hallan vinculadas: un juez amenazado, presionado, no puede esforzarse por ser objetivo en la aplicación de la ley.

Aunque analíticamente diferenciables es claro que la falta de independencia e imparcialidad de los jueces genera una distorsión sistémica en los procesos judiciales y también constitucionales. Así, por ejemplo, principios como los de tutela judicial efectiva, debido proceso o igualdad van a ser necesariamente afectados por la actuación de jueces instrumentalizados por intereses político-partidarios o económicos.

Es justamente por este carácter esencial y trascendente de la independencia

e imparcialidad de los jueces que la reorganización judicial aprobada en la consulta se enrumba al fracaso sino asegura estas condiciones. Podrá mejorarse la infraestructura, la tecnología informática, incluso la gestión administrativa, pero sin independencia es simplemente imposible que los jueces hagan bien su trabajo.

Un juez básicamente es un tercero imparcial que resuelve un conflicto entre dos o más partes conforme a Derecho. Pero sin independencia al juez se lo empuja a favorecer a alguna de las partes, no puede ser imparcial y por tanto no puede cumplir su función esencial, puesto que se le impide desarrollar e imponer sobre las partes, como un tercero, su particular interpretación de las normas jurídicas pertinentes para resolver el litigio.

El juez constitucional parcializado a favor de la autoridad pública que interviene en el proceso constitucional tenderá a dejar sistemáticamente en la desprotección los derechos de los ciudadanos y sus colectivos. De este modo, el juez constitucional deja de ser garante de derechos para convertirse en legitimador de sus violaciones.

Ésta ha sido la experiencia en América Latina durante las dictaduras y durante los regímenes autoritarios de todo signo ideológico. Bajo condiciones de

6 Artículo 75 de la Constitución del Ecuador; artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 8-1 de la Convención Americana, entre otros.

7 Me refiero a esfuerzo de objetividad y no simplemente a objetividad porque sin duda el juez tiene consciente o inconscientemente sus propias pre-concepciones (prejuicios, ideología, valores, etc.).

8 Luis Pásara, *El Uso de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos en la Administración de Justicia*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

solapada o abierta amenaza o efectivo ejercicio de retaliación política la mayoría de jueces han sido renuentes a limitar el poder de los funcionarios públicos, dejando correlativamente desamparados a los ciudadanos en la protección de sus derechos constitucionales.

Por otro lado, la función de garantía de estos jueces no solo protege intereses particulares de alguien, es decir derechos subjetivos, sino que busca además una protección objetiva de los derechos constitucionales. En otras palabras, no se busca solo la protección de bienes jurídicos de titulares individuales y colectivos, sino también de los derechos constitucionales concebidos como instituciones objetivas.

Así, por ejemplo, la desprotección jurisdiccional de derechos constitucionales como el derecho de opinión e información no afecta solo al periodista o medio de comunicación individual que reclama, sino a la institución de la libertad de información, como componente indispensable de una sociedad democrática. Algo similar podría decirse del derecho individual a participar en la vida política. Así mismo la desprotección del derecho a la salud, la educación, u otros derechos sociales, no solo afecta al titular que los reclama sino al desarrollo del Estado Social.

Este carácter objetivo o institucional de los derechos constitucionales nos revela incluso que la falta de independencia de la justicia constitucional puede tener consecuencias de mayor alcance sobre el sistema jurídico y político que

la falta de independencia de la justicia ordinaria. Sin independencia de los jueces constitucionales no solo quedan desprotegidos derechos subjetivos esenciales sino derechos que son instituciones estructurales del Estado Democrático, el Estado de Derecho y el Estado Social.

Pero el riesgo no proviene solo de la ineffectividad en la protección de los derechos constitucionales sino además, como se enunció anteriormente, de la manipulación del discurso de los derechos, la manipulación del garantismo, de la constitución y del constitucionalismo. Jueces subordinados políticamente tienden a utilizar el discurso de los derechos para legitimar arbitrariedades de autoridades públicas. Paradójicamente, se apela a los derechos para violarlos.

En el país asistimos a una *sui generis* manipulación de los derechos y las garantías jurisdiccionales, en tanto se presenta como titular de los mismos al Estado y no a los ciudadanos, justamente para hacer prevalecer los intereses del primero sobre los segundos.

Así, por ejemplo, muchas acciones extraordinarias de protección⁹ son interpuestas por instituciones públicas bajo el argumento de que en un proceso judicial se ha violado su derecho constitucional al debido proceso. Por otra parte, las autoridades públicas amenazan a los jueces en nombre de la justicia, como sucedió en el caso del coronel Carrión. También en el reciente caso de la destrucción de maquinaria para explotación minera en Esmeraldas se recurrió a una

9 Acciones para defender los derechos de los ciudadanos cuando éstos son violados por el juez en el curso de un proceso judicial.

petición judicial de medidas cautelares por parte del Ministerio de Justicia.

Hay en todos estos casos, más allá de su diversidad, como elemento común una grave distorsión de los derechos y las garantías constitucionales, pues derechos y garantías son en principio bienes jurídicos y medios de defensa de los ciudadanos y sus organizaciones, no del Estado que, como lo establece el artículo 3 de la Constitución, tiene el deber primordial de respetarlos y efectivizarlos. No deben por tanto derechos y garantías servir de justificación para asegurar un inconstitucional predominio de los intereses o legitimación de los procedimientos arbitrarios de entidades o autoridades públicas sobre los legítimos derechos de los ciudadanos.

Ahora que en cumplimiento de la aprobación de las preguntas 4 y 5 de la consulta se iniciará una reorganización del sistema judicial, resulta urgente observar y evaluar el desempeño de los antiguos y nuevos jueces como garantes de derechos.

En síntesis, la Constitución de Montecristi convirtió a los jueces en garantes jurisdiccionales de nuestros derechos, si estos jueces son subordinados políticamente, los derechos quedan limitados o eliminados. Los jueces en la Constitución tienen la función de controlar el poder y sancionar sus abusos, no de legitimar las violaciones a los derechos de los ciudadanos, para cumplir esta función es totalmente esencial su independencia. Jueces sometidos y corruptos crean condiciones ideales para cualquier arbitrariedad de las autoridades públicas y por tanto para la ineficiencia y la corrupción de la propia administración.

Impactos sobre la Democracia

Si aceptamos que la intervención del ejecutivo y las demás funciones sobre el sistema judicial afectará negativamente a la protección de los derechos constitucionales, cabe preguntarse sobre las consecuencias que esto pueda tener para la democracia en el país.

Por supuesto, la respuesta dependerá de cómo concebamos la democracia. Si la concebimos como un mero procedimiento de decisión de la mayoría, puede sostenerse, sin mayor solidez, que la consulta independientemente de su contenido y resultado fue un paso de consolidación democrática puesto que expresó la voluntad mayoritaria; este es el argumento típicamente plebiscitario.

Este argumento, empero, no tiene mayor solidez debido a dos razones, una de orden procedimental y otra sustantiva. En cuanto a lo primero, lo procedimental, para que la mayoría que se expresa en una consulta lo haga legítimamente debe seguirse el procedimiento que la mayoría constituyente estableció en la Constitución. Varias de las reformas que el ejecutivo planteó debían hacerse sea por vía constituyente, con aprobación de la Asamblea o mediante ley. En Ecuador, durante la última consulta una mayoría fue plebiscitariamente inducida a violar la voluntad de la mayoría constituyente expresada en la Constitución. Este acto de grave irresponsabilidad política lamentablemente deteriora profundamente el Estado Constitucional en el país.

No importa para este efecto que la Corte Constitucional haya autorizado la consulta, pues la argumentación de la

Corte no logró sostener la corrección jurídica de su decisión. El control de la Corte adoleció de serias deficiencias procedimentales y argumentativas, y ello no solo debido a la Corte misma sino a la imposibilidad jurídica de construir una interpretación constitucional razonable para defender la viabilidad constitucional de la consulta.

En segundo lugar, en cuanto a lo sustantivo, la aprobación de la consulta jurídicamente restringe o tiene el potencial de restringir derechos constitucionales. Empero, estos derechos son justamente los criterios de validez de las normas infra-constitucionales y de los actos de autoridad pública.

No importa que una mayoría, menor en número y legitimidad a la mayoría constituyente, haya autorizado o supuestamente autorizado esta restricción a los derechos. Primero, porque se tomó la decisión violando los procedimientos constitucionales establecidos por la mayoría constituyente, y segundo, porque no se puede volver constitucional por mayoría de votos lo que es inconstitucional por lógica, por principios y por su propio contenido.

En efecto, en un Estado Constitucional los derechos, es decir los límites u obligaciones de los diversos poderes no pueden ser jurídicamente removidos por mayorías electorales. Si esto llega a hacerse puede dar lugar a actos y normas existentes, formalmente vigentes, pero nunca constitucional y materialmente válidos.

En el Estado Constitucional la validez está ligada estructuralmente a la conformidad material o de contenido de normas y actos con los derechos constitucionales, y la ausencia de esa

conformidad deriva inexorablemente en invalidez. Esta conformidad es una condición jurídica y lógica que no puede crearse ni alterarse mediante votación. En otras palabras, no es posible convertir la legitimidad electoral de los resultados de la consulta en coherencia normativa, allí donde persisten antinomias, ni en normas jurídicas allí donde existen vacíos o lagunas.

Siendo así, el efecto paradójico de la consulta es que la creciente vigencia y efectividad de las normas inconstitucionales o la ejecución de actos o políticas inconstitucionales derivados de ella necesariamente implicarán lo que Ferrajoli ha llamado un *proceso deconstituyente*, es decir una erosión progresiva y grave de la supremacía de la Constitución y de su poder para limitar y encauzar efectivamente al poder. En un proceso deconstituyente los ciudadanos vemos, como lo estamos viendo, acelerada y progresivamente limitados nuestros derechos constitucionales. Esta erosión de los derechos constitucionales, especialmente de derechos políticos como los de expresión, información, asociación, entre otros, debilita la democracia misma, pues restringen la participación de los ciudadanos.

La paradoja se ahonda porque en el caso de la llamada Revolución Ciudadana el eje de su propuesta política era, al menos formalmente, la nueva Constitución, como se ha dicho, la constitucionalidad o inconstitucionalidad de varias de las propuestas de la consulta no se resuelven electoralmente. En consecuencia, lo inconstitucional sigue siéndolo independientemente del número de votos obtenidos, y en tal caso la Consti-

tución se vuelve contra sus gestores, tornándose ahora en una fuente de invalidez de sus propias políticas, incluyendo normas y actos, mientras los derechos, independientemente de los resultados en las urnas, continúan deteriorándose.

Para que los jueces, según el diseño constitucional, protejan derechos se requiere, como lo dice la Constitución, independencia, no simplemente ganar una consulta.