

Director
Francisco Muñoz Jaramillo

Consejo Editorial
Jaime Arciniegas, Augusto Barrera,
Jaime Breilh, Marena Briones, Carlos Castro,
Galo Chiriboga, Eduardo Delgado,
Julio Echeverría, Myriam Garcés, Luis Gómez,
Ramiro González, Virgilio Hernández,
Guillermo Landázuri, Luis Maldonado Lince,
René Maugé, Paco Moncayo, René Morales,
Melania Mora, Marco Navas, Gonzalo Ortiz,
Nina Pacari, Andrés Páez, Alexis Ponce,
Rafael Quintero, Eduardo Valencia, Andrés Vallejo,
Raúl Vallejo, Gaitán Villavicencio

Coordinación Editorial de este número
Wilma Suquillo
David Echeverría

Edición
Raúl Borja

Diseño, portada y gestión de imágenes
Verónica Ávila / Activa Diseño Editorial

Impresión
Gráficas Iberia

Auspicio



FES - ILDIS
Avenida República 500,
Edificio Pucará
Teléfono (593) 2 2 562 103
Quito - Ecuador
www.fes-ecuador.org



CAFOLIS
Sevilla N24-349
y Guipuzcoa
Teléfono: (593) 2 2 322 6653
Quito - Ecuador
www.cafolis.org

Los editores no comparten, necesariamente, las opiniones vertidas por los autores, ni estas comprometen a las instituciones a las que prestan sus servicios. Se autoriza a citar o reproducir el contenido de esta publicación, siempre y cuando se mencione la fuente y se remita un ejemplar a la revista.

laTendencia
—revista de análisis político—

© de esta edición: cada autor
ISSN: 13902571
Marzo/Abril de 2011

laTendencia

—revista de análisis político—

Raúl Borja
Jorge León Trujillo
Juan Cuvigustavo Larrea
Norman Wray
Paco Moncayo Gallegos
Agustín Grijalva
Carlos Castro Riera
Luis Verdesoto
Gloria Ardaya
Diego Mancheno
Fernando Rosero
Humberto Cholango
Pedro Quimbiamba
Alberto Acosta
Henry Llanes
Gaitán Villavicencio
Fernando Buendía
Antonio Navarro:
Francisco Muñoz
Claudia Detsch
Iván Carvajal
Rosemarie Terán Najas
Napoleón Saltos

11

feb/mar 2011

Coyuntura



5

Editorial
Balance político.
Consulta popular
Francisco Muñoz Jaramillo



12

Balance político.
Nudos críticos
y temas polémicos
Sistematización
de Raúl Borja

26

El referendun: una
estrategia para
acumular más poder
Jorge León Trujillo

33

¿Quién lucra de la
revolución ciudadana?
Juan Cuví



38 Del 30-S a la inflexión
del gobierno de Correa

Gustavo Larrea

43 La propuesta de
consulta pone en riesgo
el estado constitucional
de derechos y justicia

Norman Wray

48 Balance crítico del plan
de gobierno de Rafael
Correa

Paco Moncayo Gallegos

55 La consulta: una
violación infraganti
de la Constitución

Agustín Grijalva



59 Consulta,
reforma penal
y desmantelamiento
del estado
constitucional

Carlos Castro Riera



65 Escenarios políticos
ecuatorianos luego
del 30-S

Luis Verdesoto
y Gloria Ardaya

Política pública

77 La economía política y
la política económica
del gobierno:
¿ilusión o realidad?

Diego Mancheno

82 Tierra y conflicto
social en tiempos de
Rafael Correa

Fernando Rosero



89 El agua en Ecuador:
dos visiones
contradictorias

Humberto Cholango

93 La Ley de Aguas:
proyecto polémico que
se quedó en el limbo

Pedro Quimbiamba

95 La reforma a la ley
de hidrocarburos y la
renegociación de los
contratos petroleros

Alberto Acosta

104 La reforma petrolera
del gobierno de
Rafael Correa

Henry Llanes

109 Las invasiones de
tierras en Guayaquil:
historia y coyuntura
política

Gaitán Villavicencio

117 Los gobiernos
autónomos
descentralizados

Fernando Buendía



Internacional

123 Antonio Navarro:
La necesidad
de crear una
internacional
latinoamericana

Francisco Muñoz

127 La Conferencia de
Cancún: una mirada
con optimismo
relativo

Claudia Detsch



133 Echeverría: la
continuidad
del discurso crítico

Iván Carvajal

137 El ethos barroco
como forma de
"vivir lo invivable"

Rosemarie Terán Najas

143 El tiempo y la
revolución

Napoleón Saltos

Debate

Consulta, reforma penal y desmantelamiento del estado constitucional

“El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada”

(Artículo 1 de la Constitución)

Aprovechando el ambiente de inseguridad que se sufre en el país, algunos sectores políticos han planteado una reforma constitucional que implica también una reforma a la ley penal. Se utiliza la coyuntura para acelerar el desmontaje del Estado constitucional, con el pretexto de que la delincuencia es producto del “garantismo constitucional” y de una legislación “protectora de los delincuentes”. Los sectores que promueven la reforma a la Carta Política se rasgan las vestiduras ante normas constitucionales y penales que son el resultado de la evolución de la cultura jurídica de la humanidad, y pregonan el endurecimiento de las penas, la rebaja de las condiciones de imputabilidad a los menores de edad, la supresión de las garantías del debido proceso. En suma, abogan por una legislación inspirada en teorías penales totalitarias superadas en las sociedades modernas.

Carlos Castro Riera—
Doctor en Derecho,
Decano de la Facultad
de Jurisprudencia de
la Universidad de
Cuenca.



El incremento de la delincuencia ¿es culpa de las leyes que establecen garantías al debido proceso, a la víctima y al procesado? Si eso fuera así, los países más civilizados y democráticos del mundo estarían dominados por la criminalidad. En realidad, las causas de la criminalidad son más complejas que las indicadas por esa visión simplista y politiquera de echar la culpa de la inseguridad a una “legislación blanda y garantista”, en circunstancias que otros países tienen las mismas garantías procesales penales, y sin embargo tienen seguridad.

La doble moral de los reformadores del derecho penal

Es curioso ver como los beneficiarios de un sistema social despiadado, concentrador de la riqueza y aprovechador de la pobreza, son ahora los más entusiastas “reformadores” de una legislación a la que consideran “sangrienta”, como si los productos destilados por el propio sistema: la mendicidad, marginalidad, ignorancia, insalubridad, hambre, desocupación, alcoholismo, drogadicción, miedo y las condiciones inhumanas de vida de miles de personas, la prostitución, violencia machista, migración, pérdida de valores, carencia de vivienda, fueran causados por la Constitución y las leyes penales.

Los “ángeles” que ayer posaban en fotografías junto con matones espectaculares que fungían de organizadores de sus campañas electorales y que escoltaban a esos mismos personajes, ahora hablan de moral, ética, seguridad, combate a la delincuencia cuando ellos han sido los protagonistas del mal ejemplo, los beneficiarios de negocios turbios, los adalides de la doble moral y la doble contabilidad, el

soborno, la evasión tributaria, la devastación de bosques y manglares, el lenguaje procaz, la violencia, el tráfico de influencias para ganar poder, los dueños de la justicia, los beneficiarios de la banca cerrada y de la impunidad.

Los sectores promotores de la reforma a la Carta Política pretenden asestar un duro golpe a la Constitución por partida doble: lograr la reforma constitucional y más tarde aprobar una legislación secundaria que contradiga sus principios. Esta es una tendencia que en forma sostenida se ha venido desarrollando en el país, con la que desgraciadamente han coincidido sectores de adentro y afuera del gobierno de Rafael Correa. En esta oportunidad toman como pretexto para sus fines políticos el aumento de la delincuencia y la inseguridad.

De las reformas anti-delincuenciales al referéndum y la consulta

Ante el anuncio del Presidente de la República de su intención de reformar algunas garantías constitucionales, aquellos sectores políticos exigieron que se convoque a una consulta popular para allanar el camino del endurecimiento de las penas, y ver “*quiénes están a favor de los delincuentes y quiénes a favor de la sociedad*”

Sin embargo, lo que empezó como una amenaza de reformas penales y constitucionales ha devenido formulación de una propuesta de convocatoria a referéndum y consulta popular de trascendencia política, que no solo tiene en la mira la inseguridad ciudadana, sino el control político de la justicia y la opinión pública.

La propuesta presidencial de referéndum es inconstitucional por el fondo y la forma, ya que trata de limitar derechos y garantías como las establecidas en los artículos 77-9 (los plazos para la caducidad de la prisión preventiva) y 77-1 (medidas sustitutivas de prisión preventiva). Su contenido viola lo prescrito en el Art. 84 de la Constitución que dice:

“La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución”.

La propuesta presidencial de referendum pretende por una parte sustituir transitoriamente (por 18 meses) las funciones del Pleno del Consejo de Judicatura, por una graciosa comisión que reestructure el sistema judicial. Por otra parte, propone modificar la composición del Consejo de la Judicatura. Estas dos reformas implican una alteración esencial de la estructura fundamental de la Constitución y el carácter y elementos constitutivos del Estado. Más aún, se está posibilitando la intervención de unas funciones del Estado en otra (la Judicial), rompiendo la forma de organización republicana del Estado ecuatoriano, establecido en el artículo 1 de la Constitución de Montecristi.

Las vías de la enmienda y de la reforma constitucional

La Constitución de Montecristi establece tres procedimientos para introducir cambios en la Carta Política. La Corte Constitucional calificará cual de los procedimientos previstos corresponde en cada caso (Art.443). Los caminos previstos son:

(i) La **enmienda** a la Constitución, para cambios que no alteren su estructura fundamental o el carácter y elementos constitutivos del Estado, o que no establece restricciones a los derechos y garantías, o que

no modifica el procedimiento de reforma a la Constitución. La enmienda se realizará mediante referéndum. (Art. 441)

(ii) La **reforma parcial** a la Constitución, cuando los cambios no impliquen una restricción a los derechos y garantías constitucionales, ni modifiquen los procedimientos de reforma de la Carta Política. La reforma parcial será tramitada a través de la Asamblea Nacional y una vez aprobado el proyecto se convocará a referéndum dentro de los 45 días siguientes. (Art.442)

(iii) Para el caso de un **cambio a una nueva Constitución**, éste se efectuará únicamente por la vía de una Asamblea Constituyente, que puede ser convocada a través de una consulta popular solicitada por el Presidente de la República, o por las dos terceras partes de la Asamblea Nacional, o por el 12% de las personas inscritas en el registro electoral. En este caso, la nueva Constitución será aprobada mediante referéndum con la mitad más uno de los votos válidos. (Art. 444)

En el presente caso se trata de un proyecto de reformas que por un lado tiene por objetivo restringir el alcance de los Derechos de Protección, más concretamente, de las garantías frente a la privación de la libertad; y por otro, altera la estructura fundamental de la Constitución y el carácter y elementos constitutivos del Estado. Por lo tanto, los cambios deberían tramitarse de acuerdo con el procedimiento previsto en el Art. 444 de la Constitución, a través de la convocatoria a una Asamblea Constituyente.

En resumen, el procedimiento escogido por el Presidente Rafael Correa para tramitar las reformas a la Constitución que restringen derechos y garantías, y alteran la estructura fundamental de la Constitución y el carácter y elementos constitutivos del Estado, es inconstitucional.

Retorno al pasado y con remiendos...

Apenas a dos años de haber sido aprobada la nueva Constitución se pretende reformarla, remanando de esta forma una cadena de violaciones

“ Los promotores de la reforma a la Carta Política pretenden asestar un golpe a la Constitución por partida doble: lograr la reforma constitucional y más tarde aprobar una legislación secundaria que contradiga sus principios. Esta es una tendencia con la que desgraciadamente han coincidido sectores de adentro y afuera del gobierno de Rafael Correa. ”

constitucionales que se han sucedido en este lapso, volviéndose a repetir la conocida maniobra de los poderes oligárquicos: vaciar el contenido de la Constitución por medio de sucesivas reformas, o creando una legislación secundaria (leyes) inconstitucional que nadie la objeta, peor aún en circunstancias como las actuales, en las que el control constitucional está subyugado por el poder ejecutivo, algo que ya ha ocurrido en otras oportunidades de la vida política del Ecuador.

El objeto en la mira del poder ejecutivo es el mismo que en otras ocasiones: el control de la justicia, aunque las formas y los escenarios varíen. En esencia, lo que está ocurriendo en la actual coyuntura política es la continuación del desmantelamiento del Estado Constitucional, bajo la mascarada de la reforma a la Carta Política y de la reforma a la ley penal, supuestamente para poner fin al auge delincencial, incrementando los remiendos a una legislación compuesta por retazos que conforman un mosaico jurídico cuya maraña propicia la impunidad.

En la exposición de motivos del anteproyecto de Código Orgánico de Garantías Penales, preparado por el Ministerio de Justicia, se señala que en el país se han promulgado cinco Códigos Penales: 1837, 1871, 1906, 1938 y la Codificación de 1971; y que, desde esta última codificación, se han efectuado cuarenta y cuatro reformas. En cuanto al Código de Procedimiento Penal, se indica que hemos tenido cinco leyes de Procedimiento Penal, siendo el último Código el del año 2000 que introdujo el sistema acusatorio, y que se lo ha reformado en trece ocasiones. A su vez, el Código de Ejecución de Penas que data de 1982 ha experimentado nueve reformas, Código que no guarda armonía con las normas penales y procesales, dando como resultado un sistema de ejecución inconsistente.

Estamos, pues, ante una legislación penal remendada, ajustada a necesidades coyunturales, presta a satisfacer el descontento popular del momento, lo que deja traslucir que en materia de reforma penal se ha actuado con demagogia y populismo, bajo el convencimiento de que no importa la norma pues a la final se imponen los poderes económicos y políticos.

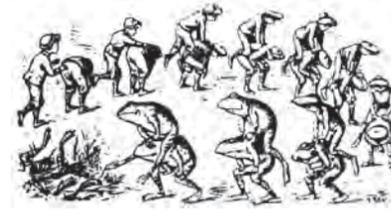
El acecho a la Constitución

Ahora se quiere añadir otra tanda de parches a las leyes penales, solamente para satisfacer demagógicamente el descontento ciudadano ante la inseguridad que se vive, a sabiendas que el endurecimiento penal no es el remedio para la delincuencia. Los “cruzados” del endurecimiento de las penas gastan recursos inútilmente, pues, de lo contrario, suficiente sería una reforma que diga: En adelante se triplican las penas establecidas en el Código Penal y veríamos como la delincuencia empieza a desaparecer al siguiente día.

La Constitución manda a la Asamblea Nacional y a todo órgano con potestad normativa el “*adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y tratados internacionales*” (Art.84), pero en vez de cumplir con este mandato constitucional, los “duros” de la penalidad tratan de asaltar la Constitución y empiezan a dejarla en soletas, como ya se lo hizo en 1946 con la Constitución de 1945.

Veamos el asunto de fondo: la Constitución vigente tiene como matriz teórica el neo-constitucionalismo social, que incluye el garantismo penal, que no significa garantizar al delincuente, como afirman con perversa intencionalidad quienes están al acecho de la Constitución de Montecristi, sino la consideración de que la actuación de las autoridades judiciales y no judiciales que intervienen en las instancias penales, deben someter sus actuaciones a la Constitución y la ley, y ser responsables por su actos.

En nombre del “combate a la delincuencia” no podemos volver a los tiempos del terrorismo de Estado, donde campea la inseguridad, la criminalización de la pobreza, los operativos policiales arbitrarios, la violación de los derechos humanos, los allanamientos de domicilios, la tortura y las desapariciones forzadas, el autoritarismo policial, la instrumentación del derecho penal al servicio del ajuste de cuentas, las persecuciones políticas, el ejercicio de la justicia por mano propia, las detenciones arbitrarias y la incomunicación de los detenidos, la prisión preventiva como pena previa...



“ La contradicción presente en la Carta de Montecristi y en el propio gobierno entre hiperpresidencialismo y constitucionalismo garantista se ha resuelto radicalmente a favor de la primera tendencia. Este desenlace implica una ruptura con las bases estructurales de la Carta Política.

En resumen, si bien es cierto que vivimos una sociedad desesperada por la criminalidad, ese sentimiento legítimo no debe ser manipulado con fines protervos, pues la defensa social no puede desconocer la Constitución e implantar el **totalitarismo penal**.

¿Garantismo penal o totalitarismo penal?

Al tenor de la inmediatez y en medio de la mediocidad intelectual que prevalece en la Asamblea Nacional se tramita una nueva reforma penal, dando rienda suelta a la demagogia para contentar a una ciudadanía afligida por la inseguridad, aunque aquello implique lesionar la Constitución vigente, dejando a un lado los principios constitucionales que conforman el Estado Constitucional de Derechos y Justicia, eje articulador de la Carta Política de Montecristi. En efecto, en el ámbito punitivo, el Estado Constitucional incluye la concepción del “garantismo penal” o “derecho penal mínimo” opuesto al “derecho penal del enemigo” o “totalitarismo penal”.

Sintetizamos al garantismo penal como el predominio de los siguientes principios: la proporcionalidad y la ponderación en la aplicación de los derechos; la presencia relevante y activa de los jueces frente a los legisladores; el pluralismo valorativo en oposición a la homogeneidad ideológica; el constitucionalismo atravesando todas las áreas del Derecho; la garantía jurisdiccional de la Constitución: su fuerza vinculante y la aplicación directa de las normas constitucionales por los jueces; la reconstitución de la unidad entre el Derecho y la Moral, y entre la validez jurídica y la Justicia.

El garantismo penal se fundamenta, en la práctica, en el respeto absoluto a los derechos de las personas: la limitación de derechos debe ser discutida en juicio y con procedimientos que garanticen el debate, la contradicción de pruebas, el derecho a la defensa técnica; los actos que limiten derechos deben ser controlados judicialmente; las autoridades judiciales y no judiciales en el proceso penal deben tener mínima posibilidad de discrecionalidad; la obligación de justificar sus actos y ser responsables de los mismos; la intervención penal debe ser la mínima necesaria para evitar la impunidad y proteger a la víctima.

Por el contrario, en el derecho penal del enemigo o “totalitarismo penal”, subyacen conceptos como: la sociedad se divide en no-desviados –a los que hay que proteger– y desviados que deben ser perseguidos y sancionados preventivamente; los “enemigos” de la sociedad son individuos que se han apartado del derecho presumiblemente de un modo duradero y no solo accidental, y se han excluido del ámbito de las personas; por lo tanto, cabe el adelantamiento de la punibilidad y el rechazo a la reducción proporcional de penas; el debilitamiento o supresión de las garantías penales; el endurecimiento de las penas; la diferenciación entre el individuo “delincuente ciudadano” que puede tener un desliz (alzarse con los depósitos bancarios, por ejemplo) y el “delincuente enemigo” (reincidente, habitual, profesional del delito, integrado a organizaciones del crimen); en resumen, el derecho excluye al enemigo, pero en forma y modo que vincula a los ciudadanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la invocación de la peligrosidad al imponer penas mayores “sustituye el Derecho Penal del

acto propio del sistema de una sociedad democrática, por el Derecho Penal del autor, que abre la puerta al autoritarismo en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía. Sobre ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos”.

La necesaria reforma penal en el Ecuador

La reforma penal no puede estar al margen de la influencia de estas grandes tendencias penales de la actualidad: la democrática y la totalitaria. A la inseguridad y a la delincuencia hay que combatirlos todos los días, pero con la Constitución y la ley en la mano, siendo implacables con su aplicación; con policías preparados para ser ejemplo de ciudadanía; con fiscales que no se presten a la manipulación política; con jueces independientes, sabios y probos; con ciudadanos cumplidores de su palabra, deberes y compromisos, pro-activos de la no-violencia; con autoridades que dejen a un lado la campaña electoral permanente, gasten menos en imagen pública y hablen más con su vida, obra y testimonio; con funcionarios y empleados públicos con mística de servicio, no prepotentes y abusivos; con participación ciudadana organizada; con inversión en laboratorios de criminalística; con la creación de una verdadera policía judicial, técnica e independiente con servidores judiciales preparados; con campañas de educación cívica y de valores; con depuración del sistema policial, del poder acusatorio, del sistema judicial y del sistema de resocialización.

Por supuesto, hay que cambiar la legislación penal, procesal penal y de ejecución de penas, pero en forma integral con un cuerpo normativo unitario, sistemático, coherente y completo, vertebrado según los mandatos rectores de la Constitución, recogiendo

la experiencia acumulada de nuestro país y sobre todo con un plan con políticas y estrategias serias sin cálculos politiqueros y demagógicos.

Igualmente, es necesario distinguir la delincuencia común, de la delincuencia organizada o institucionalizada, o como se dice ahora, el crimen organizado a nivel nacional e internacional, para estructurar una política de defensa o seguridad ciudadana que sea eficaz y que no quebrante el régimen democrático en nombre del combate a la criminalidad.

Con la reforma penal en marcha y la propuesta de reformas constitucionales de Rafael Correa estamos ante la perspectiva real de un desmantelamiento del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, que viene reduciéndose a mera ideología jurídica, y la articulación de un modelo de dominio político concentrador de todas las funciones del Estado, sustituyéndose la organización republicana y democrática del poder por un régimen autocrático, concentrador, que se corresponde con un modelo de acumulación económico neocapitalista moderno en marcha.

Se pretende justificar la propuesta diciendo que el pueblo es el depositario de la soberanía, en cuyo caso el referéndum y la consulta popular son expresiones de la democracia directa, que legitima la actuación del poder político. Pero no cabe confundir democracia con manipulación de los sentimientos ciudadanos desesperados, buscando sin brújula un estado de seguridad y de justicia.

Concluyendo, una propuesta indecente al pueblo no puede enmascararse con una proclama a la democracia. Recordemos la historia de tantos caudillos valiéndose de su popularidad para conducir al pueblo tras sus visiones personales y obsesivas de poder, que jamás coincidieron con la necesidad de una verdadera democracia. 