

**Universidad Andina Simón Bolívar**

**Sede Ecuador**

**Área de Derecho**

Maestría Profesional en Derecho Constitucional

**Independencia de la Corte Constitucional del Ecuador, considerando  
la forma de designación de sus jueces**

Franklin Germánico Hermosa Guano

Tutor: Christian Rolando Masapanta Gallegos

Quito, 2020





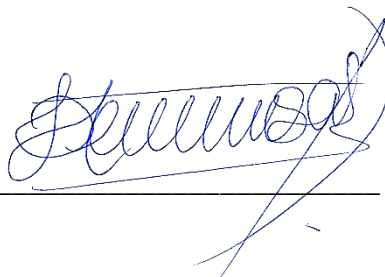
## Cláusula de cesión de derecho de publicación

Yo, Franklin Germánico Hermosa Guano, autor de la tesis intitulada **“Independencia de la Corte Constitucional del Ecuador, considerando la forma de designación de sus jueces”**, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho Constitucional en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

29 de octubre del 2020

Firma: \_\_\_\_\_





## Resumen

Este trabajo desarrollará el concepto de la tan ansiada independencia judicial en referencia estricta a los jueces de la Corte Constitucional que dicho sea de paso están día a día interpretando una norma con abundante contenido político, más en el caso de un texto que se le ha denominado “garantista” y exponente del nuevo constitucionalismo latinoamericano, cuyos postulados requieren entre otros temas, de jueces blindados de la injerencia y presión política.

De igual forma se examinará la forma de designación de los jueces del ex Tribunal Constitucional en el marco del anterior ordenamiento constitucional 1998-2008, en donde los conceptos de representación y corporativismo eran parte determinante de este proceso, en contraste con la designación diseñada a la luz de la Constitución de Montecristi que enarbolaba en el discurso la elección de jueces a partir de consideraciones meritocráticas individualistas cuestionando con esto el esquema anterior. No obstante, de aquello, la investigación da cuenta de los límites prácticos de estos planteamientos, que significaron la estructuración de una Corte Constitucional a la medida cuyos jueces eran peligrosamente cercanos al movimiento hegemónico que ostentaba el poder político, dando como resultado el funcionalismo y la predisposición política de los jueces constitucionales.

**Palabras clave:** independencia judicial, Corte Constitucional, representación, corporativismo, meritocracia, poder político, funcionalismo, predisposición política



Este trabajo desarrolla entre sus líneas la puesta en evidencia de la crisis cíclica del sistema judicial de la que no ha escapado la administración de justicia constitucional, pero a su vez contiene la esperanza de días mejores, de una sociedad distinta, más justa y solidaria cuyo cambio estructural se verá necesariamente reflejado en el Derecho como parte de la superestructura y cuya intelectualidad como nueva élite emergente se alejará paulatinamente de los tecnicismos, las poses y la escritura sofisticada dirigida a los privilegiados acercándose cada vez más a la realidad y a la praxis para la transformación social.

Dedico esta tesis con la sencillez y convicción de que su contenido aportará en el proceso de liberación intelectual a todos quienes tenemos la firme esperanza y compromiso de luchar por un mundo mejor en donde la justicia no responda a intereses de clase, en donde el poder se construya desde abajo y se mande obedeciendo, en ese Quijotesco anhelo las líneas que a continuación se desarrollan precisamente van cargadas del amor infinito por los más humildes, por los desposeídos, por los que cuestionan el orden establecido, por los que remuerden sus labios de impotencia ante las injusticias, por los olvidados, en definitiva por y para los que algún día deberán gobernar nuestra patria, con la legitimidad que otorga la razón y el conocimiento.





## **Agradecimientos**

Una de las más valiosas virtudes que debe cultivar el ser humano es precisamente la gratitud, como muestra plena de agradecimiento a las personas que han coadyuvado a la consecución de los objetivos propuestos. Es así que en el arduo camino de la academia que he decidido caminar no puedo dejar de mencionar a la Universidad Andina “Simón Bolívar” que me abrió sus brazos y permitió en su seno volar mi pensamiento, a todos los distinguidos docentes de esta casa de estudios, en especial a mi Tutor Christian Masapanta Gallegos que con su guía y dedicación permitió concluir este trabajo. A mis amigos por su permanente colaboración, a mi familia, por su apoyo y confianza de siempre, a mi compañera de vida María José por su paciencia y comprensión, a mis hijos Marcos Abimael y Victoria Estefanía, que con una simple sonrisa revitalizan mis anhelos de continuar por la áspera pendiente hacia la cumbre.



## **Tabla de contenido**

Introducción.....	13
Capítulo primero La independencia judicial en el Estado constitucional de derechos y justicia.....	17
1.- La independencia judicial y la realidad social .....	17
2.- La independencia judicial y la justicia constitucional.....	27
3.- Normativa que refiere a la independencia judicial a nivel internacional .....	35
4.- Cortes Constitucionales independientes o funcionalistas: Análisis de los pronunciamientos constitucionales en Colombia y Bolivia respecto a la re elección presidencial.....	38
5.- La complejidad de la valoración y determinación de la independencia judicial. –	44
Capítulo segundo La forma de designación de los jueces del ex Tribunal Constitucional y de la Corte Constitucional del Ecuador .....	47
1.- Análisis de la designación de los jueces del ex Tribunal Constitucional, desde la perspectiva de la representación y del corporativismo y la transición a la “meritocrática” Corte Constitucional .....	47
1.1.- Algunas ideas acerca de la democracia representativa.....	47
1.2.- Algunas ideas acerca del corporativismo .....	51
2.- Análisis de la designación de los jueces del ex Tribunal Constitucional y su relación con los partidos políticos en el Congreso Nacional.....	53
3.- El juicio político como mecanismo de control al ex Tribunal Constitucional .....	55
4.- La transición del Tribunal Constitucional a la Corte Constitucional y la cruzada contra el corporativismo en tiempos de la revolución ciudadana.....	58
5.- La paradoja de la estabilidad institucional como factor incidente en el posicionamiento de los jueces constitucionales.....	61
6.- El sistema de selección de jueces de la Corte Constitucional del Ecuador y sus debilidades. – .....	63
7.- La Corte Constitucional ecuatoriana: entre la meritocracia y la peligrosa cercanía al gobierno .....	65
Conclusiones.....	81
Bibliografía.....	83
ANEXOS .....	87

SENTENCIA No. - 001-10-SIN-CC de 18 de marzo del 2010 Ley de Minería..... 87

Dictamen No. - 001-14-DRC-CC de 31 de octubre del 2014 ENMIENDAS  
CONSTITUCIONALES..... 88

Sentencia No. - 018-18.SIN-CC de 01 de agosto del 2018 Constitucionalidad de las  
enmiendas efectuadas en el 2015..... 89

## Introducción

Este estudio surge a raíz de la necesidad de indagar dentro de un campo específico si los postulados del proceso constituyente que dieron a luz a nuestra Constitución del 2008, en la práctica han cumplido sus fines, analizando los conceptos, los planteamientos discursivos en relación con la realidad yendo más allá de los presupuestos teleológicos. Y es que, al hablar del campo específico, refiero a la tan mentada independencia judicial de la máxima corte en materia constitucional, es de esta forma que en el primer capítulo se desarrolla y profundiza lo referente a la independencia de los jueces como una necesidad para la correcta administración de justicia, así como una utopía que se mantiene en el permanente “deber ser”. En aquel sentido el objeto de mi investigación será analizar si dentro de la realidad ecuatoriana la forma de designación de los jueces constitucionales aporta a fortalecer la independencia de la Corte Constitucional.

Necesariamente en este entramado constitucional surge la necesidad de desarrollar una investigación comparativa en cuanto a la forma de designación de los jueces constitucionales con el esquema de la Constitución de 1998 y con el nuevo marco constitucional vigente. En esta línea de ideas, aparecen dos conceptos fuertes que están presentes indefectiblemente al momento de hablar de democracia y de la forma de designación de los jueces del ex Tribunal Constitucional, los cuales son: la representación y el corporativismo. Estos conceptos son parte de la panacea denominada “democracia representativa” que en el Ecuador llegó a topar fondo -por así decirlo- en la década de los noventa que, junto a otras prácticas como la corrupción, los cacicazgos partidarios, etc. generaron una inestabilidad política e institucional sin precedentes, misma que fue el caldo de cultivo para que la sociedad ecuatoriana exija un cambio y acoja con beneplácito discursos y tesis novedosas, rechazando todo lo que huelga a pasado.

Este nuevo discurso en el plano institucional en lo que refiere al sector justicia, vino cargado de una fuerte dosis de cuestionamientos a la democracia representativa y de los corporativismos, satanizando su concepto e inaugurando el “cambio de época” de la mano de la meritocracia y de nuevos procesos de designación que en el discurso permitirían que los más aptos, los mejores ocupen -en este caso- la magistratura constitucional.

No obstante, de aquello, los serios límites de la farsa meritocrática, han sido descubiertos gracias a un enfoque epistemológico, histórico y doctrinario del concepto, así como del análisis de la realidad social, que ha demostrado la mutación de la meritocracia en una nueva forma de elitismo social.

Este trabajo corrobora y amplía a Santiago Basabbe,<sup>1</sup> en torno a que paradójicamente, a menor estabilidad institucional en sus períodos, con la posibilidad de ser enjuiciados políticamente los jueces del ex Tribunal Constitucional ejercían un “voto sincero”, mientras que, a partir de la Constitución del 2008, con una mayor estabilidad institucional y adicional sin la opción de ser sujetos pasibles de juicio político los jueces de la Corte Constitucional ejercen un “voto estratégico”, léase funcional a los intereses del gobierno que ejerce el poder de turno, lo cual va imbricado con los procedimientos de su designación y los nombres de los elegibles, pues es de conocimiento público la cercanía al poder político por parte de los jueces de la Corte Constitucional durante el régimen de Correa, dejando serias dudas sobre la transparencia de los procesos de selección, lo que nos lleva a reflexionar seriamente en el hecho que el diseño y esquema de designación de los jueces del ex Tribunal Constitucional, al final de cuentas resultaba más democrático que lo que poseemos en la actualidad.

El voto estratégico o funcional de los jueces constitucionales se podría ver materializado en sus sentencias y pronunciamientos, es de esta forma que se han escogido dos sentencias y un dictamen de constitucionalidad emitidos por la Corte Constitucional, entre los años 2010 y 2018, las cuales son de gran relevancia dentro del debate jurídico y político en el país. Estas sentencias son: a) Sentencia No. 001-10-SIN-CC, del 18 de marzo del 2010, que versa sobre el dictamen de constitucionalidad de la Ley de Minería; b) Dictamen No. 001-14-DRC-CC, de fecha 31 de octubre del 2014, la cual analiza la solicitud de proyecto de enmiendas constitucionales impulsados por los asambleístas de Alianza País y que las viabiliza mediante enmienda; y, c) Como contraparte a lo anterior la Sentencia No. 018-18-SIN-CC, que trata sobre la demanda de inconstitucionalidad de las enmiendas aprobadas por la Asamblea Nacional el 03 de diciembre del 2015, las cuales han sido analizadas y resumidas como parte de los anexos de este trabajo.

Finalmente, resta decir, que esta investigación pretende ser un documento de debate jurídico y político que aporte y oriente la discusión respecto a la gran tarea de construir verdaderamente un Estado constitucional de derechos y justicia, rebatiendo las

---

<sup>1</sup> Santiago Basabbe, autor de la obra titulada Jueces sin toga: Políticas judiciales y toma de decisiones en el Tribunal Constitucional del Ecuador (1999-2007) FLACSO-SEDE ECUADOR, año 2011.

falacias y desenmascarando las trabas institucionales diseñadas por el poder que evitan concretar los cambios radicales que requiere nuestra sociedad, rompiendo los esquemas del *statu quo* y empleando en este propósito al derecho como una herramienta contrahegemónica, navegando con la brújula de una democracia de alta intensidad<sup>2</sup> aún en ciernes.

---

<sup>2</sup> Santos, Boa Ventura de Sousa. Para una democracia de alta intensidad (Tema Central) En: Ecuador Debate. ¿La democracia en sus límites?, Quito: Centro Andino de Acción Popular CAAP, (no. 80, agosto 2010): pp. 63-76. ISSN: 1012-1498





## **Capítulo primero**

### **La independencia judicial en el Estado constitucional de derechos y justicia**

#### **1.- La independencia judicial y la realidad social**

Para desarrollar este punto, es necesario abordar temas que nos darán mayor claridad respecto al devenir de la independencia judicial desde sus primeras concepciones hasta la actualidad, a decir: a) Se precisa realizar algunas pequeñas reflexiones sobre la real dimensión de la independencia judicial a más de dos siglos después de sus primeros enunciados, b) La crisis del Estado y del Derecho en palabras de Ramiro Ávila Santamaría y la asunción de un Constitucionalismo Moderno con aires mesiánicos; y c) El alcance posible de la independencia judicial dentro de un Estado Constitucional de derechos y justicia.

a.- Los postulados filosóficos y jurídicos que se desarrollan en cada época de la humanidad, se los debe analizar tomando en cuenta el momento histórico, las condiciones objetivas y la ideología de cada uno de los pensadores que es fruto precisamente de esa estructura. Así con la Revolución Francesa de 1789, aparecen pensadores de la talla de Montesquieu, el cual plantea la tesis de la “separación de poderes”, traducida en un “liberalismo aristocrático” que cuestionaba una realidad feudal y monárquica, pero que colocaba a otra casta en el poder político, continuando éste detentado por la nobleza y el clero. En esta línea de ideas, la tesis de la separación de poderes va más dirigida al Poder Ejecutivo y al Parlamento no identificando aún al judicial como un poder, pues éste era entendido como un apéndice del Ejecutivo.

La división de poderes es a la vez jurídica y política, pues justamente el rasgo específico de la teoría de Montesquieu no es otro que la inclusión de la política en la Constitución; además esta imbricación de la política no supone para él abandonar el terreno de la apreciación jurídica de las funciones del Estado porque, como hemos visto, el derecho no se concibe en Montesquieu al modo de la dogmática jurídica: el derecho tiene según él, siempre una referencia a su justificación y, por lo tanto a la política.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Thury Cornejo, et al, *Juez y División de Poderes Hoy* (Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 2002), 372.

De lo expuesto, Montesquieu tenía claro la relación entre poder y derecho, obviamente se encontraba en un momento de agitación social en donde la monarquía se hallaba totalmente desgastada y se pretendía que el nuevo gobierno posea en el Derecho a un aliado incondicional y no una posible traba, de ahí entonces la necesidad de la Ley 16/24 de 1790, en la que se prohibía a los jueces interferir a los gobernantes bajo pena de delinquir, en estos términos: “Las funciones judiciales son distintas y permanecerán siempre separadas de las funciones administrativas; los jueces no podrán, so pena de prevaricar, perturbar de cualquier manera que sea las operaciones de los cuerpos administrativos, ni citar ante ellos a los administradores en razón de sus funciones”.<sup>4</sup>

Durante el siglo XX, el poder judicial va adquiriendo mayor importancia política, principalmente después de la Segunda Guerra Mundial, en donde se debate tesis sobre la necesidad de la independencia para el desarrollo del poder judicial, yendo incluso más allá con el establecimiento de tribunales y cortes constitucionales como órganos de control y guardianes del fiel cumplimiento de los textos constitucionales, constituyéndose como un contrapoder con base a la tesis práctica que el abuso de la fuerza es menos probable cuanto más pequeña sea la porción de fuerza que se tenga, así tenemos el Tribunal Federal Alemán, el Tribunal Constitucional Italiano, entre otros, los cuales van configurando a la teoría de separación de poderes de una forma flexible, entendido más bien como un control recíproco de los mismos, exigiéndose colaboración e incluso complementariedad en miras de la realización del poder estatal.

En los Estados modernos, principalmente en América Latina, durante las últimas décadas hemos sido testigos, como se han ido superando, problemas de gobernabilidad, en lo que refiere a las pugnas en otrora entre el Ejecutivo que no poseía mayoría en el Parlamento, el cual se constituía como una “piedra en el zapato” para los regímenes, mientras que varios gobiernos han llegado al poder teniendo un partido político hegemónico, dirigiendo el poder Ejecutivo y con una mayoría absoluta en el Poder Legislativo, de ahí que algunos autores señalan que el poder judicial en la modernidad es la única garantía de la idea de las separación de poderes.

---

<sup>4</sup> Ley 24 de agosto de 1790, Francia

b.- El mundo contemporáneo y los Estados vienen atravesando severas crisis de institucionalidad, de falta de credibilidad y consigo el Derecho, como instrumento de coerción y permanencia del statu-quo tampoco ha escapado a esta realidad, Ramiro Ávila Santamaría parafrasea a Ferrajoli en este sentido, demarcando dos crisis: Credibilidad del Derecho e Impotencia del Derecho.<sup>5</sup>

En lo que respecta a la credibilidad del Derecho, es claro que en las últimas décadas los Estados han suscrito un sinnúmero de tratados e instrumentos internacionales de protección y garantía de los Derechos Humanos, de protección del medio ambiente, han renovado sus legislaciones con normativa rimbombante que predica equidad, derechos, participación y protección; sin embargo a la par también se suscriben cuantiosos contratos de extracción minera y petrolera que afectan a pueblos, comunidades y a la naturaleza, se legisla, pero la legislación tiene aún ese aire del tan acertado comentario popular de “hecha la ley, hecha la trampa”.

En nuestro país esta contradicción ha sido muy palpable, por ejemplo es el primer texto constitucional del mundo que considera a la naturaleza como sujeto de derechos; pero es lamentable recordar que tenemos una Ley de Aguas y una Ley de Minería que fueron aprobadas sin el consentimiento de los pueblos y nacionalidades indígenas, esto con la anuencia del máximo órgano de control constitucional como lo es la Corte Constitucional, por otro lado la minería a gran escala, con el impacto socio-ambiental que esto conlleva, fue una política del régimen correísta, que hablaba de una “minería responsable” tildando de “ecologistas infantiles”<sup>6</sup> y censurando a quienes se oponen legítimamente y con sobradas razones al extractivismo. Resulta paradójico que con el cambio de la matriz productiva se pretenda salir del extractivismo con extractivismo.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> Ramiro Ávila Santamaría, *El Neo constitucionalismo transformador*, (Quito-Ecuador, 2011), 27.

<sup>6</sup> Entrevista a Rafael Correa Canal RTU, el 15 de enero del 2010.

<sup>7</sup> Corriente Resources es una de las grandes empresas, cuyas operaciones conjuntas hacen parte de un distrito minero de oro y cobre, ubicado al sur de la Amazonía del país, en las provincias de Morona Santiago y Zamora Chinchipe. Para ilustrar la incidencia político-geográfica de tal distrito, podemos mencionar que solamente en Zamora Chinchipe existen aproximadamente 400.000 hectáreas concesionadas, lo que representa casi el 50% de la superficie de la provincia. Las mayores concesionarias han sido las empresas canadienses Corriente Resources Inc . y Kinross (antes Aurelian).

Las cifras que nos proporciona la investigación realizada por parte de la Comisión Ecuamélica de los Derechos Humanos, describen una realidad que nos obliga a reflexionar respecto al grado de incidencia territorial y consecuentemente económica que se ha otorgado a las grandes transnacionales mineras, solapados bajo un discurso de desarrollo nacional y de primacía del ser humano sobre la naturaleza, lo que contrasta groseramente con la prédica de los derechos de la naturaleza y del respeto a los territorios ancestrales de los pueblos indígenas.

Otra arista que genera en la población la falta de credibilidad del derecho, es lo concerniente al área económica, si tomamos en cuenta únicamente el “servicio” de telefonía celular, vemos que se encuentra controlado por dos monopolios que mantendrán sus contratos hasta el 2023, los cuales son CONECEL; Claro y OTECEL; Movistar. De igual forma se ha producido un incremento en los ingresos de los trece grupos económicos más importantes según datos que corresponden a los años 2008-2012, por tomar los cinco mejor situados: La Corporación Favorita en el año 2008, registra ingresos por 1.428,90 USD y en el año 2012 2.189,10 USD., Almacenes El Juri, en el 2008 posee ingresos por 1.279,10 y para el año 2012 un ingreso de 2.143,10 USD, Banco Pichincha en el 2008 registra 1.447,10 USD y para el año 2012 obtiene un ingreso de 1.641,80 USD., General Motors en el 2008 registra un ingreso de 1.205, 60 USD y para el año 2012 1.720, 50 USD., Cervecería Nacional en el año 2008 registra un ingreso de 778,10 USD mientras que para el año 2012 posee un ingreso de 1.111,31 USD. Manteniéndose la tónica con los restantes ocho grupos.<sup>8</sup> Las cifras nos demuestran en términos simples que los ricos hoy son más ricos, el sinsabor que queda es que el Derecho ha perdido la batalla por la justicia social en el campo del libre mercado.

La banca es una de las más ganadoras en la “Década Ganada”, Alberto Acosta, en el año 2012 manifestó al Diario en línea Ecuador Libre Red: “...uno de los principales beneficiarios de este Gobierno ha sido en particular el Banco de Guayaquil. Más del 40% de los depósitos a la vista y a plazo fijo en el año pasado estaban en el Banco de

---

<sup>8</sup> Pablo Dávalos, *Alianza País o la Reinvención del Poder, Siete Ensayos Sobre El Posneoliberalismo en el Ecuador* (Colombia: Ediciones Desde Abajo, 2014), 138.

Guayaquil. Este es la realidad de este Gobierno que dice estar en contra de los grandes grupos económicos y a ellos es a los que les ha beneficiado".<sup>9</sup>

La acumulación del capital ha sido plenamente reconocida por el propio ex presidente de la República, quien textualmente ha dicho: "Básicamente estamos haciendo mejor las cosas con el mismo modelo de acumulación, antes que cambiarlo..."<sup>10</sup>

Lo dicho, es una pequeña muestra, tomando como análisis la historia reciente del Ecuador, esto se repite en mayor o menor similitud en los diferentes países del continente. Lo expuesto en líneas anteriores para el caso ecuatoriano ha ido generando una erosión de la institucionalidad y cierta frustración pues el auge del nuevo constitucionalismo generaba expectativas prometedoras, que fueron desvaneciéndose paulatinamente en amplios sectores de la sociedad con diferentes matices, a decir: cuestionando la crecida del aparataje estatal durante el régimen de Correa, subestimando el papel de la legislatura pues no ejerció crítica o cuestionamiento a las políticas del Ejecutivo, peor aún fiscalización, sin embargo esto era percibido; en ciertos sectores, como correcto pues facilitaba la praxis del caudillo, de a poco se va desmantelando la telaraña de corrupción a niveles estratégicos de la administración pública, establecimiento de un sistema de persecución judicial dirigido por el Estado, circunstancias que hacen sopesar hoy la real eficacia de los postulados de la Constitución de Montecristi, sin perjuicio de que habrá más de uno que catalogue al nuevo constitucionalismo simplemente como un bonito discurso, que ha cambiado todo para que nada cambie.

Por otro lado, la impotencia del Derecho, se ve reflejada en casos trágicos que nos deben poner a meditar. En Ecuador, se ha implementado una dura política judicial respecto a los delitos, en donde se prioriza la prisión preventiva, se han impuesto sentencias "aleccionadoras"; sin embargo la inseguridad campea entre las quejas más recurrentes de la población, a tal punto de llegar a la barbarie humana, linchando a cuatro personas en el cantón Posorja, provincia de El Oro, por confundirlos con secuestradores de menores.<sup>11</sup> Este hecho, no puede pasar desapercibido, pues denota claramente que el

---

<sup>9</sup> Alberto Acosta, Gobierno de Correa ha beneficiado a los grandes grupos económicos, *Libre Red*, <http://www.ecuadorlibrered.tk/politica/4778-gobierno-de-correa-ha-beneficiado-a-los-grandes-grupos-economicos-dice-acosta>.

<sup>10</sup> Rafael Correa, publicado en diario El Telégrafo, 15 de enero del 2012.

<sup>11</sup> EL COMERCIO, lunes, 22 de octubre del 2018.

Derecho ha sido impotente para brindar seguridad y certidumbre a la ciudadanía, degenerando la situación en que la población tome venganza por sus propias manos, pasando de víctimas a victimarios en cuestión de minutos.

Así mismo, sigue latente en el imaginario de las personas que la cárcel se ha hecho para los desposeídos, mientras que para quienes han ostentando el poder político y han ocupado las más altas magistraturas del Estado, los mecanismos para evadir a la justicia han sido eficaces, teniendo varios ex funcionarios prófugos, cuyos procesos penales pendientes son de lavado de activos, cohecho, peculado, etc., es decir tipos penales que hacen referencia a un incremento de su patrimonio en miles y miles de dólares, con el agravante de que hasta el momento no se han podido determinar mecanismos eficaces para recuperar el dinero de todos los ecuatorianos, hechos que se encuadran en una impotencia del Derecho, en palabras de Ferrajoli.

Este es el escenario que matiza la vida diaria del Derecho y en su seno del constitucionalismo ecuatoriano moderno o llamado por algunos neo constitucionalismos. En palabras de Ramiro Ávila contextualiza a estas ideas modernas diciendo: “Esta corriente constitucional moderna, trajo consigo variaciones notables dignas de destacarse, entre ellas: La expansión de los derechos. El control de constitucionalidad por parte de todos los jueces. El redimensionamiento del Estado. El constitucionalismo económico encaminado a la equidad. El Hiperpresidencialismo.”<sup>12</sup>

En lo que respecta al control de constitucionalidad por parte de todos los jueces o control difuso, el Ecuador, se alejó de este criterio, decantándose la Corte Constitucional por un modelo de control concentrado de constitucionalidad, explicitado en la sentencia No. - 055-10-SEP-CC, dentro del caso No. - 0213-10-EP, Acción Extraordinaria de Protección seguida por la SUPERCOM en contra de Teleamazonas.

Todo esto sin duda ha propiciado la discusión en torno al contenido de la Constitución ecuatoriana, más allá del grado de aplicabilidad de la misma y del respeto a sus postulados -deuda aún no saldada por parte del Estado- hecho que en efecto es positivo, pero lo novedoso, innovador y cambiante pasa también por un comportamiento

---

<sup>12</sup> Ramiro Ávila, *El neoconstitucionalismo transformador* (Quito: Edit. Abya Yala, 2011), 60.

actitudinal de la sociedad, dentro de los Estados que pretenden superar el eclipse vivido, judicializando cada vez más la vida social, por ello la ciudadanía progresivamente se ha empoderado de la defensa de sus derechos, en primer lugar; situación que de por sí es un avance, llegando incluso enarbolar banderas de otros sectores en una especie de solidaridad de causas, como sucede con el respaldo a la lucha de los grupos GLBTI, derechos de los animales, temas referentes a los migrantes, entre otros.

Lo mismo ha ocurrido con la academia que ha ido progresivamente masificando el discurso con un lenguaje entendible y didáctico para los amplios sectores sociales no relacionados con el lenguaje técnico jurídico del sistema de justicia que a fuerza ha tenido que tramitar y debatir causas complejas, antes ni siquiera pensadas, tanto por la inviabilidad jurídica como por la cultura imperante y también, porque no decirlo, de los profesionales del derecho que han abierto sus mentes a las tesis modernas, que van superando la simple subsunción jurídica de los casos fáciles avanzando al encuentro con los valores y principios, realizando en cada caso una construcción argumentativa, incluyendo dentro de las fuentes del Derecho, no sólo a la ley, la doctrina y la jurisprudencia sino también con un preponderante énfasis en la realidad; es decir la realidad concebida como fuente primigenia del Derecho.

El proceso de esta construcción constitucional contempla una gama de elementos que influyen y se reflejan en los textos constitucionales. Por ello: “La constitucionalización es un proceso englobable dentro del más abarcativo de la juridificación y como tal es definible como la progresiva regulación por el derecho de los elementos políticos que antes se encontraban fuera de su alcance”.<sup>13</sup>

El avance del constitucionalismo -por lo menos en el campo de la teoría- se entendería por la incorporación en el debate y posteriormente en el texto constitucional de aspectos políticos que se evidencian en la realidad y que necesitan ser visibilizados dentro del texto jurídico más político, como lo es la Constitución.

c.- Cumplimos ya doce años desde la promulgación de la Constitución de Montecristi, que trajo consigo todo este intenso debate y ajetreo sin duda, en medio del cual debe hablarse de la independencia judicial. Con un Estado benefactor que se ha fijado

---

<sup>13</sup> Thury Cornejo et al, *Juez y División de Poderes Hoy* (Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 2002), 245.

como deber primordial garantizar el goce efectivo de todos los derechos reconocidos en la Constitución, con derechos que son iguales entre sí, con un amplio espectro de derechos, con garantías jurisdiccionales que viabilizan el cumplimiento de los mismos el tema de la independencia judicial debe también variar en cuanto a su alcance, dimensión y aplicabilidad.

La independencia judicial, no sólo debe analizarse desde la óptica del constitucionalismo moderno sino también desde la realidad de los Estados hoy en día, los cuales poseen sociedades altamente complejas, desiguales, diversas, con un acceso masificado a la información, redes sociales, etc. Así como también la influencia de gobiernos populistas y desarrollistas, que en varios países de América Latina han ascendido al poder y se han mantenido por varios períodos. Tradicionalmente se ha hablado de que a la justicia debe garantizársele la independencia orgánica institucional que refiere a la independencia del sistema de justicia respecto a otras instituciones del Estado también conocida como independencia externa, aquí es donde se habla de evitar la presión o influencia de las otras Funciones del Estado; Ejecutiva, Legislativa, Participación y Transparencia y Electoral, así como de todos los órganos que forman parte del andamiaje estatal, Procuraduría, Contraloría, Superintendencias, Gobiernos Autónomos Descentralizados, etc.

La independencia orgánica funcional respecto a presiones de jueces superiores o influencias internas del mismo sistema de justicia, denominada también como independencia interna, el caso ecuatoriano es muy gráfico respecto al papel del Consejo de la Judicatura y su arma disuasiva del “error inexcusable”, durante los últimos años.

Sin embargo, otra variante de la independencia externa para la cual no se han estructurado soluciones hasta el sol de hoy, refiere a la independencia respecto de los denominados poderes fácticos; presión social, medios de comunicación, grupos económicos, organizaciones delincuenciales, entre otros, que sin formar parte de la institucionalidad terminan siendo fuertes influyentes, que, a más de un juez, de seguro lo pusieron a pensar dos veces, antes de emitir un fallo.

Si partimos de lo anterior, es fácil prever de forma muy sencilla, que el deber ser de la independencia judicial hoy, es que sea absolutamente independiente, que posea independencia externa, interna y respecto a los poderes fácticos, pero, no es tan sencillo como parece, pues se debe propender a que la Función Judicial se consolide como un



verdadero contrapoder democrático. Leyendo a Montesquieu hoy, la separación de poderes no puede implicar un desentendimiento absoluto de las Cortes con el resto de la institucionalidad y de la sociedad, sino que por el contrario, los jueces -principalmente en las más altas magistraturas-deben mantener un diálogo fluido, con el resto de funciones, así como con los actores sociales, sin que esto deba entenderse como cabildeos, sino que por el contrario como espacios académicos que permitan sintonizar las demandas sociales así como los postulados de diferentes sectores, debemos ir más allá de los *amicus curiae* en materia constitucional.

Hoy más que nunca para administrar justicia no debe sólo leerse libros de Derecho, sino además sociología, economía, ecología, antropología, filosofía, se debe escuchar, para así interiorizar conocimientos que ayuden a crear Derecho y no sólo a aplicarlo, teniendo los jueces en la motivación de las sentencias, la herramienta sólida para enfrentarse al escrutinio social y ganar su legitimidad. La independencia no puede ser sinónimo de autarquía, pues el debate de la independencia debe darse dentro del terreno del conflicto epistemológico respecto a la separación de las esferas de actuación.

El dogma de la apoliticidad de la justicia, de su reducción a la mera aplicación técnica de la norma no constituye sino la hipótesis de una concreta ideología (...) No niego que para amplios sectores la asepsia política de la administración de Justicia y de los funcionarios que la sirven es una exigencia elevada a la categoría de mito y como tal no susceptible de discusión; las preocupaciones del juez no pueden mancharse con las impurezas de las tensiones socio-políticas en que viven los demás hombres. Tal vez en esto está la clave de la cuestión: en que la función de administrar justicia descienda del olimpo en que interesadamente se le ha colocado, en que se encarne en la comunidad del pueblo de donde ha salido; en que manche las manos (o mejor se las limpie) en las inevitables tensiones de la sociedad civil; sólo así una justicia merecerá el calificativo de democrática, calificación que no es sino la verdadera esencia de aquella.<sup>14</sup>

Por lo expuesto, el deber ser de la Independencia Judicial hoy, es constituirse un fin y a la vez un medio como tal, que permita viabilizar la consolidación de la Función Judicial como un contrapoder democrático. Para ello, podemos teorizar y revisar varios aspectos formales tendientes a ir generando un proceso de independencia judicial, entre los cuales tenemos: períodos fijos de ejercicio, salarios dignos, existencia de una carrera judicial, destinación de presupuesto asegurado para el gasto en justicia, procesos claros de control y disciplina, control constitucional de legalidad, temas que han sido incluidos en los textos constitucionales; sin embargo, vemos que a pesar de existir todos estos

---

<sup>14</sup> Alejandro Nieto, *El Desgobierno Judicial* (Fernández: Editorial Trotta, 2005)

dispositivos, que de seguro benefician, y fortalecen el Estado de Derecho, el objetivo aún no se encuentra cumplido del todo, debiendo volcar la mirada hacia el Estado de Hecho, pues en efecto no es posible cambiar la realidad por decreto, observando que los dispositivos formales no bastan, ni mucho menos son garantía de una independencia judicial, pues en términos simples los jueces tienen la independencia que los políticos estén dispuestos a cederles, por ejemplificar, Gran Bretaña es una democracia parlamentaria que no posee una separación de poderes, su alta Corte proviene del parlamento, sin embargo la percepción que se tiene de los jueces británicos es de imparciales e independientes, lo contrario sucede en regímenes cuyo ordenamiento jurídico e institucional ha estado diseñado para evitar que el Poder Ejecutivo se entrometa en la administración de justicia, ha ocurrido que en Argentina se despida altos magistrados a voluntad, en Perú el ex Presidente Fujimori, a pretexto de modernizar la justicia y hacerla más eficiente-discurso similar al utilizado por Correa en Ecuador- edificó un sistema de justicia acorde a sus intereses, en Venezuela Hugo Chávez, destituyó alrededor del 25% de magistrados que eran considerados un obstáculo para su proyecto político.

Por otro lado, la independencia judicial ha sido considerada como instrumento de nobles fines como el desarrollo social, la protección de los Derechos Humanos, la estabilidad democrática; sin embargo, hay muy reducido respaldo empírico y pocas investigaciones desde la ciencia social al respecto. A decir, el autor Terri Peretti, en su ensayo “Una evaluación científica del conocimiento científico social sobre la independencia judicial”, manifiesta que Charles Cameron –un estudioso sobre la realidad jurídico-social- no encontró estudios que evidencien la relación entre independencia judicial y estabilidad democrática, así mismo refiere a que las investigaciones Yaminishi D.S. (2000) no logró éste corroborar que la independencia judicial tuviera un resultado positivo en el crecimiento económico.

En la misma línea de ideas, algo importante y que llama mucho la atención y a su vez a la reflexión, es el dato que nos proporciona Peretti al traernos el criterio de Lewis Kornhauser, el mismo que afirma: “la independencia judicial no es una condición necesaria para la estabilidad o para el desarrollo económico” (Kornhauser 2000) destacando que a pesar de la falta de independencia judicial, Japón posee un gobierno muy estable y un evidente crecimiento económico constante, al igual que las naciones que forman parte de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico

(OCDE) poseen estabilidad y desarrollo económico a pesar de que tienen en su marco institucional estructuras adjudicativas.

En lo que infiere a la relación proporcional entre independencia judicial y protección de los Derechos Humanos, existen pocos estudios que evalúen objetivamente esta conexión, sino que por el contrario la historia nos muestra casos contradictorios, por decir la Corte Norteamericana aparentemente más independiente, durante la era McCarthy o el período de guerra, no defendió eficazmente la libertad de expresión. Por otro lado, durante la Guerra Fría, en países como Francia, Inglaterra o Australia que no poseían cortes independientes, éstas ejercieron un mejor papel en la protección y garantía de libertades civiles, libertad de conciencia y disentimiento político que la misma Corte Suprema de los Estados Unidos.

## **2.- La independencia judicial y la justicia constitucional**

Es innegable el carácter político del proceso de construcción de una función judicial independiente, nos referimos en estas líneas y en el resto del presente trabajo a la interferencia en litigios estructurales; que son de trascendencia nacional, que afectan tanto a quienes formamos parte del debate jurídico, así como al ciudadano común y corriente y en algunos casos a los más desprotegidos del sistema.

Por un lado, la independencia se va consolidando con el accionar de los propios jueces y por otro lado por los cambios que se pueden producir en el tablero político. En lo primero, los jueces de las máximas cortes, por ejemplo cortes o tribunales constitucionales, en el momento oportuno, al emitir sus dictámenes, pueden frenar leyes abiertamente inconstitucionales o antidemocráticas, ejemplo paradigmático la sentencia No.- C-141/2010 de la Corte Constitucional de Colombia, que declaró inconstitucional la ley 1354 de 2009, que pretendía llevar a referendo al pueblo colombiano para reformar la Constitución de 1991, en torno al tema de la reelección, hecho que fue impulsado por el propio Presidente en funciones Álvaro Uribe Vélez, en el mismo sentido pueden anular intenciones, catalogadas como verdaderas blasfemias jurídicas de emplear las garantías jurisdiccionales a favor del Estado y en contra de personas naturales o jurídicas.

En este contexto, algo que se encuentra dentro de la esfera de competencia de los propios jueces es ir generando certidumbre respecto a su línea jurisprudencial, sin que ésta varíe en tiempos de elecciones o con nuevos gobiernos de turno, pues en varios casos se realiza un cálculo por parte de las cortes, en ocasiones se producen cambios de 180 grados, lo que era en un gobierno constitucional en otro régimen se declara inconstitucional, parecería algo imposible, sin embargo ha sucedido en Ecuador que el cambio de coyuntura ha terminado cambiando la óptica de los jueces constitucionales.

El otro aspecto escapa ya del dominio absoluto de los jueces, entrando en disputa varios factores en el tablero político, uno de ellos tiene que ver con el establecimiento de una mayoría del Ejecutivo en el Parlamento, cosa que antes se dificultaba pero que en los últimos años ha sido factible en varios países del continente, esta consolidación de un Partido o Movimiento Político hegemónico sumado a estrategias populistas y desarrollistas de gobierno, han permitido reelecciones, teniendo un caudillo y su partido o movimiento el poder político por varios quinquenios, circunstancias que son el mejor caldo de cultivo para que colapsen los muros de la independencia judicial y empiece a filtrarse influencias e incluso designios del poder político sobre la Función Judicial y sobre las altas cortes y tribunales constitucionales.

(...) cuando el poder político está controlado por un solo partido o movimiento muy compacto y unido durante un período prolongado de tiempo, se aumentan la capacidad y los incentivos del ejecutivo y el legislativo para introducir normas que conlleven la subordinación de los jueces y las cortes y, especialmente la neutralización de sus poderes de control. Si bien pudieren existir límites constitucionales que eviten en el mediano plazo cambios abruptos, la Constitución misma puede ser variada y en cualquier caso se pueden dar prácticas informales al margen y contravía del marco formal.<sup>15</sup>

Como se había mencionado en líneas anteriores de acuerdo al escenario político vivido en el Ecuador en el anterior régimen, la independencia judicial viene a ser el único vestigio de la tesis de la separación de poderes, que para nuestro pesar no pudo mantenerse incólume, pues al tener un caudillo experto en llevar el populismo a un nivel más tecnificado y estilizado, que lo llevó a su reelección, con un partido o movimiento político hegemónico que tuvo una mayoría absoluta en la Asamblea, con una propaganda de “Participación Ciudadana” para designar autoridades supuestamente en base a sus

---

<sup>15</sup> Germán Burgos, *Independencia Judicial en América Latina* (Bogotá: Publicaciones ILSA, 2003), 19.

méritos, fue el escenario propicio, que llevó al gobierno sin mayores contratiempos a cerrar su argolla de poder, controlando también el sistema de justicia.

Las Cortes Constitucionales, de a poco se han ido proyectando como importantes referentes dentro de los Estados de Derecho y a la vez han entrado cada vez con mayores responsabilidades y pugnas con el poder político, pues su campo de debate refiere al texto más político de los textos jurídicos y al más jurídico de los textos políticos, expuestos en mayor medida a pronunciarse dentro de los litigios estructurales, circunstancia que ha hecho que en Brasil por ejemplo se discuta mecanismos para que los jueces ordinarios no puedan dejar sin piso una medida ministerial, lo propio en Colombia, se ha venido discutiendo el ir cercando el margen de alcance del control constitucional de los Estados de excepción, de igual forma el limitar el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad de normas luego de transcurrido un cierto tiempo.

El poder en cierta medida determinante que poseen los jueces es explicado de forma muy convincente en los siguientes términos: “Cuando no se puede establecer una exacta proporción entre las partes constitutivas del Estado, o causas invencibles alteran sin cesar sus relaciones, surge una magistratura particular que no debe participar del poder legislativo ni del ejecutivo, pero que por esto mismo es su poder más grande porque no pudiendo hacer nada puede impedirlo todo.”<sup>16</sup>

Considero que esa magistratura particular como la denomina el tratadista Andrés Nanclares, debe necesariamente aparecer en el escenario nacional para constituirse en el catalizador del poder político, mas no el tener “jueces genuflexos”<sup>17</sup> y calculadores deseando simpatizar con el gobierno de turno, no es imposible pensar en que este anhelo se convierta en realidad, lo sucedido en 2010 con la Corte Constitucional de Colombia frenando los deseos de reelección del Presidente en funciones y enfrentando en esta lid al Congreso Colombiano es una muestra de aquello.

La visión de la independencia judicial se va tornando menos cristalina conforme nos adentramos en materia constitucional y litigio estructural, pues obviamente el debatir sobre principios dejando a un lado las reglas que a momentos son insuficientes para

---

<sup>16</sup> Andrés Nanclares Arango, *Los Jueces de mármol*, (Colombia: Grupo Editorial Ibáñez, 2011)

<sup>17</sup> Daniel Herrendorf, *El Poder de los Jueces* (Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot, 1998)

resolver determinados casos difíciles o de alta complejidad junto a la adjudicación de mayor peso a la ponderación frente a la subsunción mecánica, preponderancia de la Constitución sobre la ley y desplazamiento del centro de gravitación en el plano del poder de los legisladores hacia los jueces, sumado esto a fuertes intereses en disputa, hace que entremos al terreno del conflicto no sólo de intereses sino de categorías y razonamientos epistemológicos aplicados a la ciencia jurídica, como la discusión aparentemente superada pero que cobra vigencia, entre el gobierno de las leyes o el gobierno de los hombres, dentro de este último una sub discusión, el gobierno de los elegidos democráticamente o el “gobierno de los jueces.”<sup>18</sup>

Bobbio, dentro del Estado de Derecho, entendido como el “gobierno de las leyes” ha hecho un razonamiento en torno al gobierno *per leges* y el gobierno *sub lege*, el primero hace referencia a las autoridades vinculadas directamente con la política, entendiendo al Derecho como un instrumento de la política para alcanzar fines sociales, mientras que el segundo refiere a las autoridades encargadas de aplicar el derecho, jueces como fines de la ley, en sentido abstracto, toda esta explicación estaría dentro del gobierno de las leyes.<sup>19</sup>

Ahora bien, desentrañando lo dicho en líneas anteriores y vinculándolo al “gobierno de los hombres”, se entiende que tanto el gobierno *per lege*, como el *sub lege*, son creaciones del ser humano, por ende, abiertamente falibles; es decir desde el punto de su creación son producto del ser humano y desde la óptica de su aplicación también. Esto nos conduce a entender que lo que existe no es tanto un conflicto, sino más bien una relación dialéctica entre el gobierno de las leyes y el gobierno de los hombres. Si ejemplarizamos esto podría decirse que un juez argumenta su decisión con falacias jurídicas que dejan de lado una normativa que pudiendo ser justa es distorsionada o inaplicada por el administrador de justicia, lo opuesto, ocurre cuando una norma abstracta entendida en el plano de la abstracción como justa y necesaria, trasladada al plano fáctico, se convierte en un serio problema que hace que el más demócrata y preclaro de los hombres entre en una seria confusión, no olvidemos lo ocurrido en los Estados Unidos en

---

<sup>18</sup> “(...) la expansión del radio de acción de las cortes o de los jueces a expensas de los políticos y/o de los administradores, en otras palabras, el desplazamiento de las competencias decisionales desde el legislativo, el ejecutivo o la administración pública, a las cortes”. Ver Torbjörn Vallinder, et al. *The Global Expansion of Judicial Power*, 13.

<sup>19</sup> Norberto Bobbio, *El Futuro de la Democracia* (Barcelona: Ed. Plaza Janés, 1985).

plena guerra civil de secesión, en donde los Estados del norte empezaban a cuestionar la tenencia de esclavos y los Estados del sur defendían las tesis del esclavismo, en este escenario Abraham Lincoln, conocido y considerado un ícono de la democracia, ejemplo de estadista, se decantó al final del día por la tesis de los sureños esclavistas, arguyendo que se auto identificaba como un acérrimo defensor de la Constitución Norteamericana, la cual contemplaba el respeto de la propiedad privada como un derecho de los ciudadanos y al ser los esclavos propiedad de los esclavistas, él no era el llamado a contradecir la norma suprema.

Por lo expuesto, el gobierno de las leyes refiere al derecho falible y el gobierno de los hombres a la forma en que cada juez aplica ese derecho falible, teniendo al final una doble falibilidad la de la norma por sí y la del juez que la aplica, pues no es menos cierto que jueces independientes actúen según sus preferencias ideológicas y no siempre apegados a la ley, lo cual en ciertos casos no sería tan cuestionable, si pensamos que a un juez le pudiera suceder lo ocurrido con Lincoln, en un determinado caso.

De ahí que lo expuesto por Josep Aguiló Regla, referente a que sería independiente el juez que aplica el derecho (actúa en correspondencia con el deber) y que lo hace movido por las razones que el derecho le suministra (actúa movido por el deber)<sup>20</sup> no es tan cierto del todo, más en cuestiones complejas con altas dosis de subjetividad propias del derecho constitucional, con criterios matizados por el derecho y la política, con principios que se superponen sobre las reglas en determinados casos, con anomias en las cuales el mecánico ejercicio de subsunción resulta inservible ante lo que corresponde crear Derecho con la argumentación jurídica que incluso supera criterios constitucionales debiendo recurrir a razones convencionales o a lo que se ha denominado principios generales extra sistémicos.

La Corte Constitucional Colombiana, en Sentencia C-083 de 1995, señaló:

Si un juez recurre a la equidad como fundamento de su fallo, no habrá hecho nada diferente de proyectar al caso sub judice su concepción de lo que es la justicia, constituyendo a partir de ella, de la equidad, un principio que materialmente no hace parte del sistema, pero que encuentra en el su fundamento formal. El juez en cuestión deberá,

---

<sup>20</sup> Isonomía, “Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica”, *Revista de teoría y filosofía de derecho*, (1997), <file:///C:/Users/User/Downloads/independencia-e-imparcialidad-de-los-jueces-y-argumentacin-jurdica-0.pdf>

entonces, esmerarse por mostrar que su decisión está justificada por un principio ético o político (o en todo caso extrajurídico) al que el adhiere y a cuya invocación lo autoriza expresamente el derecho positivo. No será pues, su determinación arbitraria la que informe el fallo, sino las ideas, genéricamente mentadas por el ordenamiento como derecho natural o equidad, esta última en el más riguroso sentido aristotélico del término. Uno y otra sirven, pues, al propósito de que el fallo sea siempre razonable y proporcionado.<sup>21</sup>

Concomitantemente con esto Andrés Nanclares nos ilustra al decir:

Estos principios constituyen, juntos, como puede verse, un nuevo paradigma interpretativo. Mediante su empleo, el juez no opera con un simple criterio de constatación entre el hecho y la norma. Los criterios que emplea son juicios de valor. No debe preocuparle tanto la aplicación pura y simple de la norma, sin atender la realidad, sino el desentrañamiento de su sentido, en orden a que su decisión sea compatible con los valores constitucionales y esté signada por la proporcionalidad.<sup>22</sup>

Tanto la Corte Colombiana como Andrés Nanclares, explican y legitiman el actuar de los jueces que van más allá de la subsunción, que buscan hacer justicia y no simplemente aplicar la norma, el hacer justicia empleando razonamientos, principios y valores que muchas veces no están positivizados es una tarea digna de admiración, pues requiere un mayor esfuerzo argumentativo y a su vez un compromiso del juez con su trabajo. Esta posibilidad en materia constitucional y litigio estructural aumenta ostensiblemente, pues su fallo puede desencadenar toda una ola de agitación social, afectación al medio ambiente, a pueblos indígenas, a la democracia, etc., obligando a los jueces constitucionales -no genuflexos obviamente- a buscar justificar sus argumentos dentro del marco del Derecho en pos de garantizar los postulados constitucionales, a pesar de con aquello estar en oposición de la clase política electa.

En las últimas décadas se ha empezado a agudizar el “choque de trenes” como se suele denominar a la pugna que a momentos se genera entre las cortes o tribunales constitucionales como órgano contra mayoritario y el parlamento, ganando en ciertos casos los primeros, llegando desde la óptica del poder a irse configurando lo que algunos se han dado en llamar “el gobierno de los jueces”.

---

<sup>21</sup> Corte Constitucional Colombiana, “Sentencia” C-083 de 1995 (En Nanclares Pp93)

<sup>22</sup> Andrés Nanclares Arango, *En Los Jueces De Mármol* (Colombia: Grupo Editorial Ibáñez, 2011), 97.



Esta denominación fue acuñada por Edouard Lamber, en su obra “Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats Unis, l'expérience américaine du controle judiciaire des lois”<sup>23</sup> más conocida como “El gobierno de los jueces”, en la cual se destaca la encrucijada en torno a ¿Cómo entender que un mínimo grupo de personas, designadas muchas veces por coyunturas políticas puede atribuirse la competencia para contradecir lo realizado por el legislador que representa la voluntad democrática del pueblo? ¿O para reformular, cuestionar y censurar las actuaciones del Ejecutivo que goza de una legitimidad democrática directa?

En medio de este conflicto contra mayoritario, es que se va conjeturando el llamado gobierno de los jueces, considerándose el caso más cercano a nuestra realidad el de Colombia, en donde a partir de la Constitución de 1991, el Tribunal Constitucional ha venido ganando protagonismo jurídico y político debido a sus sentencias muchas de las cuales han sido seriamente analizadas, precisamente por contraponerse a la voluntad del legislador tomando decisiones políticas que a criterio de varios autores escapan de su campo de acción, con fallos que van en contra de autoridades administrativas por violación de Derechos Fundamentales, sentencias de diversa gama, que han sido muy controversiales, como la legalización del uso y posesión de drogas ilegales que según analistas acentuó la imagen de Colombia como una narco-democracia, sentencias varias de inconstitucionalidad de norma, la declaratoria de inexequibilidad de la prohibición de aumento de salarios de funcionarios del Estado o la inconstitucionalidad de la jurisprudencia del Consejo de Estado, lo que demuestra un gran “activismo” del máximo Tribunal de Justicia Constitucional de Colombia, acciones que irían materializando el gobierno en manos de los jueces.

En este punto se vuelve necesario hablar de la pugna existente entre formalismo vs. activismo judicial. La visión del juez como aplicador de la ley y de la ley como la voluntad del soberano es la clara visión del primer modelo. No debemos olvidar que el sistema formalista emerge con un discurso del derecho como un sistema cerrado, con respuestas a toda la problemática que pudiera ponerse enfrente, este discurso persigue fines políticos, pues la ley como expresión del soberano por medio del legislador -como

---

<sup>23</sup> Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats Unis, l'expérience américaine du controle judiciaire des lois” 1928

el exponente claro de la democracia representativa- no podía estar sujeta a interpretación creativa por parte de ninguno de los poderes estatales, a pretexto de anomías o antinomias.

Este modelo con el paso del tiempo empezó a ser cuestionado esgrimiendo los factores de su problemática, entre ellos una eficacia simbólica, un lenguaje sobre especializado, congestión procesal, primacía de lo normativo, que se desarrolló con la exégesis de la ley y la aplicación mecánica de esta por parte del juzgador, considerando al Derecho única y estrictamente como una creación estatal, que tenía en la ley la respuesta a todas las interrogantes de la vida diaria, sin embargo la realidad va por delante del Derecho y en muchos casos la norma positiva no tuvo los elementos suficientes para la solución de conflictos o en otros se encontraba distanciada del más elemental sentido de justicia, llevando a los formalistas a incurrir en errores históricos como el de Lincoln, expuesto en líneas anteriores.

Ante esta situación surgió la alternativa de lo que se ha denominado principialismo materializado a través de un activismo judicial, en donde los jueces interpretan la norma, de forma por así decirlo “creativa” en algunos casos o en otros definitivamente crean Derecho, como sucede al evidenciar lagunas normativas. Esta interpretación creativa o creación la realizan en base a un razonamiento basado en los principios y valores no positivizados, que en su criterio se acercan más a los ideales de justicia, ejemplos contundentes de aquello lo tenemos en Colombia en donde por medio de los jueces se han dispuesto incluso políticas públicas, situación que también ha tenido sus detractores indicando en primer lugar que este activismo judicial, basado en el principialismo sería aplicable en la medida de los casos a una parte de la esfera del derecho, en específico al derecho constitucional, pero que sería un error gravísimo pretenderlo aplicar por ejemplo en materia penal, tomando en cuenta que en esta área está prohibido cualquier tipo de interpretación extensiva o creación de derecho a pretexto de lagunas so pena de atentar contra la legalidad y la necesaria taxatividad de la norma penal.

Así mismo se ha mencionado que el crear derecho sin contar con la norma positiva, en aras de la justicia, constituye un peligro, partiendo que justicia es un término polisémico que incluso luego de milenios sigue estando en construcción, además que lo que para un juez es justo en su criterio, para otro ante los mismos hechos su fallo se encontrará en posición contraria al primero, cayendo en errores similares del formalismo

decimonónico. Por otro lado, quienes cuestionan al activismo indican que este generaría absoluta incertidumbre e inseguridad jurídica, pues no se establece los límites ni los medios para llegar a ese razonamiento y porque nada asegura que la verdad jurídica se encuentre ideológicamente encubierta tras la argumentación del juez.

Lo cierto es que quienes critican -desde una posición conservadora- el activismo judicial, en defensa de la legalidad y taxatividad de la norma, no hablan por ejemplo de la Constitución de Japón de 1946 de ocupación, la cual estableció que ese país no podía tener Fuerzas Armadas, sin embargo posteriormente cuando Japón se constituyó en un aliado de los EE.UU, se establecieron casi como necesidad imperiosa la creación de las denominadas “Fuerzas de Seguridad Nacional”, que hoy por hoy tienen un poder bélico envidiable. Esto, nos lleva a la conclusión de que si tenemos textos constitucionales con muchos principios, valores, ideales de justicia social, equidad, más la adhesión a un sin número de tratados e instrumentos de Derechos Humanos, necesariamente va a existir el camino idóneo para que con más frecuencia tengamos sentencias inspiradas en el activismo judicial, tomando en cuenta que el antiformalismo o activismo judicial no debe ser necesariamente anti normativista, parafraseando a Geny, se dirá: por la norma pero más allá de la norma.<sup>24</sup>

El análisis del escenario colombiano y la pugna entre activísimo y formalismo nos lleva a repensar el papel del juez en la sociedad, por un lado, es innegable que el juez –más aún el constitucional- ha dejado de ser mera “Boca de la Ley” en términos de Rousseau, para convertirse en cerebro de la Constitución, llegando a crear derecho en sus fallos. Esto evidentemente resulta positivo, pues hablamos de un juez consciente de un realismo jurídico; sin embargo, es un error de concepción dejar en manos de los jueces la solución de los problemas sociales.

### **3.- Normativa que refiere a la independencia judicial a nivel internacional**

La independencia judicial ha sido un tema controversial en diferentes épocas y prácticamente se podría decir que no existe Estado que no haya debatido en uno u otro momento lo que concierne a la independencia de los jueces. Esto ha llevado a que en el concierto internacional también existe la preocupación por asegurar la independencia de

---

<sup>24</sup> François Geny, “Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo”, en trad. de José Luis Monereo Pérez (Granada: Comares, 2000).

los tribunales de justicia, por medio de la suscripción de instrumentos internacionales que en primer lugar consagren la necesidad de Estados que respeten la separación de poderes.

En este sentido, el instrumento internacional que codifica, armoniza el derecho internacional es el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, suscrito en Viena en mayo de 1969, entrando en vigencia el 27 de enero de 1980. En este Convenio se define lo que es Tratado Internacional, como un acuerdo celebrado entre Estados por escrito, cualquiera que sea su denominación en particular.<sup>25</sup>

Se debe mencionar que la independencia judicial es una preocupación recogida en varios instrumentos internacionales, como por ejemplo: la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948,<sup>26</sup> la Convención Americana sobre Derechos Humanos,<sup>27</sup> el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos,<sup>28</sup> la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de los trabajadores y de sus familiares,<sup>29</sup> la Carta Africana

---

<sup>25</sup> Convenio De Viena Sobre El Derecho De Los Tratados Art. 2

<sup>26</sup> 1.- Declaración Universal de Derechos Humanos adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, menciona:  
Art. 10.- “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.”

<sup>27</sup> Convención Americana Sobre Derechos Humanos. - Artículo 8 Garantías Judiciales

1. “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”

<sup>28</sup> Pacto Internacional De Derechos Civiles y Políticos. - Artículo 14

1. “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.”

<sup>29</sup> Convención Internacional Sobre La Protección De Los Derechos De Los Trabajadores Y De Sus Familiares.

Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990

Art. 18.- 1. Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán iguales derechos que los nacionales del Estado de que se trate ante los tribunales y las cortes de justicia. Tendrán derecho a ser oídos públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ellos o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.

sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta De Banjul),<sup>30</sup> el Convenio Europeo de Derechos Humanos,<sup>31</sup> entre otros.

Como se observa los instrumentos internacionales citados, en la redacción de su texto refieren a la autonomía requerida de los tribunales de justicia, en términos generales, en relación a los ciudadanos o personas a quien se les pretende garantizar por parte de los Estados un juicio justo ante un tribunal independiente e imparcial. No obstante, merece particular atención, la independencia de las cortes constitucionales respecto del poder político, en mérito de la responsabilidad del juez constitucional y el alcance de sus decisiones a nivel nacional. Precisamente esa altísima responsabilidad se ha desarrollado en mejor medida y claridad en sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; CIDH, por ejemplo en el caso: Aguirre Roca vs. Perú o también conocido como Tribunal Constitucional vs. Perú, la Corte de forma explícita manifiesta que en efecto es necesario garantizar la independencia del juez en todo Estado de Derecho, y de forma especial del juez constitucional, precisamente por la naturaleza de los asuntos sometidos a su conocimiento.<sup>32</sup>

Así mismo, con el precedente de este caso, posteriormente la CIDH, analiza el caso *Camba Campos vs. Ecuador*, en donde en esta misma línea de ideas, manifiesta: “(...) Es importante señalar que la independencia judicial no sólo debe analizarse en relación con el justiciable, dado que el juez debe contar con una serie de garantías que hagan posible la independencia judicial (...)”.<sup>33</sup>

Con estos criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos va delineándose en mayor y mejor medida, la independencia judicial para el caso de las altas

---

<sup>30</sup> Carta Africana Sobre Los Derechos Humanos Y De Los Pueblos (Carta De Banjul) Aprobada el 27 de julio de 1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, reunida en Nairobi, Kenya.

1. Todo individuo tiene derecho a que sea visto su caso, lo cual implica:  
d) el derecho a ser juzgado dentro de un plazo de tiempo razonable por un tribunal imparcial.

Art. 26.- Los Estados firmantes de la presente Carta tendrán el deber de garantizar la independencia de los tribunales de justicia y permitirán la creación y la mejora de instituciones nacionales apropiadas que se ocupen de la promoción y la protección de los derechos y libertades garantizados por la presente Carta.

<sup>31</sup> Convenio Europeo De Derechos Humanos Art. 6.- Derecho a un proceso equitativo. -

1. “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley.”

<sup>32</sup> Corte IDH. “Sentencia”. *Caso: Tribunal Constitucional vs. Perú*. párrafo 75.

<sup>33</sup> Corte IDH. “Sentencia”. *Caso Camba Campos Vs Ecuador*. Párr. 197.

cortes constitucionales, en su faceta institucional sistémica e individual con relación al juez.

#### **4.- Cortes Constitucionales independientes o funcionalistas: Análisis de los pronunciamientos constitucionales en Colombia y Bolivia respecto a la re elección presidencial**

En efecto, como se ha manifestado en reiteradas ocasiones, las cortes y tribunales constitucionales, merecen especial atención al momento de analizar su independencia respecto al gobierno u otros poderes, porque su actividad se encuentra ligada al texto jurídico que posee relevancia política nacional, en donde una decisión con carácter erga omnes, obliga al resto a sujetarse a los criterios desarrollados por los jueces constitucionales, aunque en algunos casos sus razonamientos jurídicos se encuentren revestidos por intereses y presiones políticas.

A nivel latinoamericano, por ejemplo se citará dos ejemplos de los más altas cortes y tribunales constitucionales, que tienen que decidir sobre un tema netamente político como lo es el de la reelección presidencial, encontrándose en funciones el Presidente de la República que aúpa estas tesis y que en su momento se podría beneficiar de una sentencia constitucional, me refiero a la Corte Constitucional de Colombia y al Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, que poseen fallos diametralmente opuestos, encontrándose analizando un mismo tema en similares circunstancias. No se realizará opinión respecto a la legitimidad o acierto de los pronunciamientos de ambas cortes, sino únicamente lo que se pretende es señalar la posibilidad real de razonamientos y argumentaciones distintas en escenarios y temas similares.

El Presidente Evo Morales asumió las funciones como presidente de Bolivia, el 22 de enero del 2006, con un gran respaldo popular, en 2009 fue reelecto, asumiendo el poder en enero del 2010, luego de esto postuló por una reelección la cual la ganó. En su tercer mandato se pone sobre la mesa el debate de una nueva reelección presidencial que le permita terciar en unas nuevas elecciones presidenciales que prolonguen su poder hasta el 2024. En 2016, el Ejecutivo impulsa un Referendo a fin que el pueblo boliviano se pronuncie respecto a modificar la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia, para que se viabilice la posibilidad de que Evo Morales se postule por cuarta ocasión a la

Presidencia de la República del país andino, en este referendo el pueblo boliviano le dijo “No” a la tercera reelección presidencial, imponiéndose este resultado por un estrecho margen con respecto al “Si”, 51,30% frente a un 48,70%.<sup>34</sup>

Luego de su derrota estrecha en el referendo, el gobierno buscó una alternativa que le permita dejar de lado su primera derrota electoral, nada más indicado que el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, que tramitó una causa que demandaba la inconstitucionalidad de la Ley de Régimen Electoral, que hablaba en términos generales que a las dignidades de elección popular “podrán ser reelectos por una sola vez de manera continua” desarrollado en los artículos 52, que refiere al Presidente y Vicepresidente, 64 a las autoridades Ejecutivas Departamentales, 65, Asambleístas, 71 respecto a alcaldes y 71, respecto a concejales. En el mismo sentido se demanda la inconstitucionalidad de varios artículos de la Constitución, 156, 158, 285, 288, que hablan de la reelección por una sola vez de manera continua para las autoridades de elección popular.

Ante esto el Tribunal Constitucional Plurinacional se pronuncia en su sentencia No. - 0084/2017 de 28 de noviembre del 2017, dentro de esta sentencia, se esbozan algunos criterios:

La Constitución en su artículo 256, cede primacía a los Derechos Humanos, pues dispone que éstos se aplicarán de manera preferente, incluso sobre disposiciones constitucionales, en este sentido la CADH, dispone normas más beneficiosas sobre participación política de los ciudadanos, no teniendo limitación expresa respecto a reelección de quien está en funciones.

Se habla de una “contradicción intra constitucional” realizando el TCP, una interpretación conforme a los artículos 13, 256 y 410 II de la Constitución y 1.1, 23, 24 y 29 de la Convención Americana de DD. HH, sobre los artículos 156, 158, 285, 288 de la

---

<sup>34</sup> Javier Lafuente, et al., “Bolivia le dice no a la intención de Evo Morales de buscar otra reelección”, *Revista El País*, 24 de Febrero del 2016, párr. 5, [https://elpais.com/internacional/2016/02/24/actualidad/1456274986\\_514912.html](https://elpais.com/internacional/2016/02/24/actualidad/1456274986_514912.html)

misma Constitución boliviana, argumentando que el TCP, está obligado a realiza un control difuso de convencionalidad.

(...) por **una sola vez de manera continua**", texto resaltado que como se sabe, su constitucionalidad y convencionalidad han sido puestas en tela de juicio por los accionantes. Al respecto, cabe señalar que la frase en cuestión, efectivamente constituye en sí misma una medida de exclusión, restricción y/o distinción de quienes en determinado momento se encuentran ejerciendo los cargos antes señalados, frente a los que aspiran acceder a los mismos en virtud a un proceso electoral a realizarse en dicho tiempo; puesto que en aplicación y observancia del precepto indicado, quienes ostenten esos cargos y si ya fueron reelegidos una vez, no podrán postularse nuevamente y menos participar de las elecciones donde se vote o renueve su cargo, otorgándose así un trato diferente y preferente a los últimos en relación a los primeros, ya que quienes estén en ejercicio de esos puestos luego de una primera reelección, en definitiva, quedarán impedidos o imposibilitados de intervenir en el proceso electoral de que se trate, al encontrarse de antemano anulada cualquier posibilidad de hacerlo; situación que sin lugar a dudas deriva o genera en una afectación a sus derechos, pues no pueden ejercer su derecho político de participar libremente en la formación, ejercicio y control del poder político, previsto por el arto 26.I de la CPE y más específicamente a "ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores", consagrado por el arto 23.1 inc. a) de la CADH...<sup>35</sup>

El TCP refiere además la "falibilidad del constituyente", pues existen normas constitucionales inconstitucionales, el control de estas normas no lo tiene de forma expresa el Tribunal Constitucional dentro de sus competencias, por lo que argumentan que tendrían una "facultad extendida", realizando una interpretación con ayuda del método histórico, retrotrayéndose a las actas de debate constituyente, luego de lo cual concluyen que la voluntad del constituyente fue la "reelección consecutiva por voluntad del pueblo", texto inicial que posterior se modificó a: "por una sola vez de manera continua".

La Constitución posee valores principios desarrollados en los derechos y garantías que se deben superponer a normas constitucionales reglas, por lo que concluye declarando la "aplicación preferente" del artículo 23 de la CADH, sobre los artículos 156, 168, 285. II y 288 de la Constitución, así mismo declara la inconstitucionalidad de los artículos 52.III, en la expresión: "por una sola vez de manera continua"; 64 inc. d), 65 inc. b), 71

---

<sup>35</sup> Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia "Sentencia No. - 0084/2017. 28 de noviembre del 2017", 75,76.



inc. e) y 72 inc. b) en el enunciado "de manera continua por una sola vez" de la Ley del Régimen Electoral -Ley 026 de 30 de julio de 2010.<sup>36</sup>

Con esta sentencia constitucional Evo Morales, terminó consiguiendo su objetivo de postular a una nueva contienda electoral a pesar de haber perdido el referéndum. El accionar del TCP, fue netamente político, cediendo ante la presión del gobierno, debiendo señalar que la mitad de las autoridades de aquel Tribunal Constitucional que habilitó a Morales, posteriormente ocupó cargos en el aparato gubernamental boliviano.<sup>37</sup>

Ahora bien, la otra cara de la moneda en este análisis de reelección, democracia, separación de poderes y participación e interpretación constitucional, es lo ocurrido en el caso colombiano.

Álvaro Uribe Vélez, fue electo Presidente de Colombia, para un período inicial que comprendía del 2002 al 2006, luego del cual tras impulsar una reforma constitucional que permitía la reelección inmediata, aprobada en 2004 por el Congreso y declarada su constitucionalidad el 19 de octubre del 2005 por parte de la Corte Constitucional, mediante sentencia C-1040/05, postuló para una reelección, siendo favorecido por el voto popular para un segundo mandato presidencial comprendido del 2006 al 2010.

A la Corte Constitucional de Colombia le correspondió la revisión de constitucionalidad de la Ley 1354 de 2009, "por medio de la cual se convoca a un referendo constitucional y se somete a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional", con lo cual sectores afines al gobierno de Álvaro Uribe Vélez, pretendían la segunda reelección presidencial. El texto de la precitada ley, a ser consultado en las urnas era el siguiente:

#### **Artículo 1o.**

El inciso 1o del artículo 197 de la Constitución Política quedará así:

---

<sup>36</sup> Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia "Sentencia No. - 0084/2017. 28 de noviembre del 2017", 75-76.

<sup>37</sup> BBC noticias, 05 de diciembre del 2018, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-46450251>

“Quien haya sido elegido a la Presidencia de la República por dos períodos constitucionales, podrá ser elegido únicamente para otro período”.<sup>38</sup>

La Corte Constitucional ante esto, se pronuncia mediante su sentencia No. - C-141/2010, de fecha 26 de febrero del 2010, de forma sucinta la corte desarrolló su argumentación con estos aspectos relevantes:

1.- La prevalencia absoluta de la Constitución como una de las máximas garantías del respeto a los derechos fundamentales.

“(…) El principio de supremacía constitucional permite que hombres y mujeres consideren la Carta Política como un factor de cohesión, el alero protector que a todos nos cobija”.<sup>39</sup>

2.- La Corte advierte que la esencia de la Constitución es intocable limitando el poder reformatorio del parlamento incluso a consecuencia de iniciativa ciudadana, a diferencia del caso boliviano en que el TCP, realizó una interpretación histórica del texto constitucional y de la intención del constituyente a pesar que lo constante en actas difería de cómo se publicó el texto oficial del articulado constitucional.

“La Corte reitera su jurisprudencia en relación con los límites del poder de reforma de la Constitución, insistiendo en que el poder constituyente derivado tiene competencia para reformarla, más no para sustituirla, por lo cual todo cambio en la identidad del texto constitucional implica un vicio de competencia por exceso en el ejercicio del poder reformatorio (…)”<sup>40</sup>

3.- En lo que refiere a la Ley 1354 de 2009, la Corte manifestó que plantear una reforma constitucional que viabilice una segunda reelección presidencial, atenta principios esenciales del estado democrático como el de separación de poderes, la alternancia y períodos preestablecidos, el sistema de pesos y contrapesos, el derecho de igualdad. Un aspecto que merece ser resaltado es que, mientras el TCP fundamenta su decisión en la CADH, en lo que atañe al derecho de igualdad y participación política en

---

<sup>38</sup> Ley 1359, 08 septiembre de 2009.

<sup>39</sup> Corte Constitucional de Colombia, “Sentencia No. - C-141/2010”

<sup>40</sup> Ibid.

referencia estrictamente al ciudadano que se encuentra ejerciendo funciones habiendo ya sido reelecto, para el caso colombiano la corte introduce al debate el análisis de la separación de poderes, la alternancia etc., como principios esenciales y fundamentales de la democracia.

4.- La Corte colombiana en una especie de activismo judicial va más allá de analizar únicamente los elementos de la democracia que se verían afectados al dar paso a un referendo para reformar la Constitución que podría abrir el camino para una segunda reelección presidencial, sino que se pronuncia a las condiciones en las cuales se llevó a cabo la campaña de recolección de firmas para la iniciativa ciudadana que dio inicio a la Ley 1354, indicando que primero superó en demasía el techo de gastos para la campaña llegando en ciertos casos de los aportes individuales a ser 30 veces superiores a lo permitido, así mismo indica que existió un “cambio de camisetas” de cinco miembros del partido Cambio Radical, indicando la Corte de manera contundente que: “(...) Un cambio de partido en las condiciones específicas, y como parte de una cadena de vicios y de irregularidades, no puede ser instrumento para desconocer la Constitución.”<sup>41</sup>

En el caso boliviano, el Tribunal Constitucional Plurinacional, en su análisis no se pronuncia en lo absoluto por ejemplo en el triunfo del “NO” dentro del referendo para viabilizar una tercera reelección del Presidente Evo Morales.

Con estas consideraciones esenciales la Corte Constitucional de Colombia declara INEXEQUIBLE la Ley 1354 de 2009, por medio de la cual se convoca a un referendo constitucional y se somete a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional”.

Como se ha desarrollado en estas líneas, el tema de la reelección presidencial en una coyuntura política similar ha sido abordado desde diferentes enfoques, por parte del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia y por la Corte Constitucional de Colombia, generando pronunciamientos disimiles, situación que nos acerca a decantarnos por el hecho de que las cortes constitucionales en efecto; adoptan decisiones políticas

---

<sup>41</sup> Corte Constitucional de Colombia, “Sentencia No. - C-141/2010”

revestidas de un lenguaje jurídico en donde la independencia de las mismas respecto del poder político es aún una aspiración.

### **5.- La complejidad de la valoración y determinación de la independencia judicial. –**

El carácter multidimensional y multicausal de la independencia judicial, en este caso enfocado a la Corte Constitucional dificulta de sobremanera su medición. Por ello, existe consenso entre los autores que han dedicado trabajos a la independencia judicial respecto a que se adolece de suficiente evidencia empírica que permita tener criterios concluyentes al respecto.

De ahí que el análisis del grado o nivel de independencia de las cortes o tribunales constitucionales no pasa únicamente por el tema del diseño institucional que corresponde en el caso materia de análisis a la forma de designación de los jueces, sino que influyen varios factores, como el tiempo de permanencia en sus cargos, su renovación periódica, la remuneración que perciben, la autonomía financiera, entre otros. Empero de aquello, todas estas variables son en definitiva hipótesis que en cierta medida nos generan un acercamiento a la independencia del sistema justicia.

Explicando lo anterior, por ejemplo, en términos generales, se señala que una forma de consolidar la independencia judicial es que los jueces sean vitalicios como en el caso estadounidense, sin embargo, podría también manifestarse que la perennización en la judicatura podría consolidar hegemonías e influencias, de igual forma en torno a la remuneración se ha manifestado que una remuneración excesiva puede ser una forma de garantizar la sumisión a otros poderes,<sup>42</sup> por lo que todos los postulados deben considerarse relativos.

Así mismo, la independencia judicial es un valor instrumental mas no un final, al punto de manifestarse que la independencia no puede ser absoluta, pues los jueces pueden ser independientes de unos sectores, pero dependientes de otros, sus fallos pueden ser independientes en asuntos de particulares y dependientes en asuntos de interés del gobierno, a más que sus decisiones siempre van a tener necesariamente influencias sean axiológicas, epistémicas y de conducta o cálculo estratégico.

---

<sup>42</sup> Rico, José M. y SALAS, Luis. “*Independencia Judicial en América Latina: replanteamiento de un tema tradicional*”, Centro para la Administración de Justicia. (Florida Internacional University, 1989).

Por ello se vuelve complejo dimensionar la independencia de la justicia, partiendo del criterio expresado por Sebastián Linares,<sup>43</sup> en donde explica que la independencia en términos simples es la ausencia de un vínculo entre un sujeto y un objeto. De ahí que esta dimensión presupone una mera forma lógica, sin referente objetivo, pues la ausencia de algo es inobservable, en el desarrollo del presente trabajo que refiere a la variable de la forma de designación de los jueces, así como la cercanía de ciertos jueces con el poder político durante el gobierno de Correa, el tema se complica aún más, pues se ha incluido un elemento adicional que es difícil de medir y observar, hablamos del poder.

---

<sup>43</sup> Sebastián Linares, “*La Independencia Judicial: conceptualización y medición*”, (Universidad de Salamanca, 2000).



## **Capítulo segundo**

### **La forma de designación de los jueces del ex Tribunal Constitucional y de la Corte Constitucional del Ecuador**

En lo que respecta a la realidad jurídica contemporánea ecuatoriana veremos la forma de designación de los miembros del otrora Tribunal Constitucional en contraste con la designación de los miembros de la Corte Constitucional a la luz de los conceptos de corporativismo y meritocracia, analizando a su vez las consideraciones que realizaron los constituyentes que dieron a luz a los textos fundamentales de 1998 y 2008 respectivamente en lo referente al juicio político para los máximos jueces constitucionales, lo cual abonará el terreno para incursionar en el debate sobre la meritocracia apologética como mecanismo de selección de jueces constitucionales que terminaron complaciendo al poder político; y finalmente esbozaremos una propuesta de designación que fortalezca los principios democráticos, con la protagónica participación de la veeduría ciudadana y que sea en su conjunto una posible alternativa a considerarse.

#### **1.- Análisis de la designación de los jueces del ex Tribunal Constitucional, desde la perspectiva de la representación y del corporativismo y la transición a la “meritocrática” Corte Constitucional**

En la época de vigor de la Constitución anterior a la vigente; 1998 a 2008, la designación de los jueces del Tribunal Constitucional, tenía una fuerte dosis de dos conceptos presentes en toda democracia, estos son: la representación y el corporativismo. Ambos han sido cuestionados con la venida de la Constitución de Montecristi, no obstante, de aquello, en el desarrollo de esta temática se constatará que las fuertes críticas que se han vertido entorno de la representación y del corporativismo constituyen la negación de una parte sustancial de la democracia.

##### **1.1.- Algunas ideas acerca de la democracia representativa**

La democracia es un concepto tan debatido y amplio que hasta el sol de hoy no logra ser perfeccionado, incluso tal vez nunca lo sea. Se ha escrito tanto acerca de la democracia que incluso una tesis sobre esta en específico resultaría insuficiente para abarcarla en su integralidad; a pesar de aquello, se tratará de explicar su desarrollo

histórico en cuatro momentos, reiterando que constituye un resumen muy modesto en su profundidad.

La democracia representativa es el resultado del perfeccionamiento de la democracia griega, pues esta era practicada de forma directa, debido a las particularidades de la época, entre ellas el número reducido de personas que tenían el derecho de opinar sobre lo público, así como la cierta homogeneidad social, hacían que la práctica de la democracia se la haga de forma pública incluso en lo concerniente al ejercicio del voto. El interés público era el impulso del debate en las asambleas populares, se difundía el compromiso cívico del interés general traducido en el planteamiento individual de las propuestas, sin que exista cabida para la sola idea de agremiaciones, pues éstas velarían por intereses particulares egoístas con el bien común, siendo este el retrato del primer momento.

Con el paso de los siglos, el aumento poblacional, la visibilización de sectores sociales, entre otros factores, hacían imposible la vigencia de la democracia a la usanza de la antigua Grecia. Por lo que se planteó la necesidad de buscar “representantes” de la sociedad en general, es ahí donde el parlamento empieza a tomar mayor protagonismo junto con el desarrollo de la teoría de la democracia representativa. No obstante, los “representantes” tenían otro tipo de conjeturación a lo que hoy aceptamos respecto a la relación con sus electores, pues estos eran independientes de aquellos, componían una especie de aristocracia, eran superiores al pueblo en base a sus virtudes e ilustración, siendo el pueblo no un mandante sino un simple votante, constituyéndose -en la práctica- la democracia no en el gobierno del pueblo sino en el gobierno de sus representantes. Cabe mencionar que existía un voto censitario y restricciones para la candidatización, quedando así establecido un segundo momento.

Un tercer momento es cuando la democracia censitaria pasó a constituirse en una democracia de masas, con partidos políticos de masas en disputa en la arena electoral. La agremiación en torno a intereses similares de la población que en un momento fue cuestionada ahora ganaba terreno, las facciones sociales irrumpían contra la “uniformidad”<sup>44</sup> Dentro de la teoría de la democracia representativa se debía considerar

---

<sup>44</sup> María Antonieta Martínez, “La representación política y la calidad de la democracia”. *Revista mexicana de sociología* versión on-line, [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S018825032004000400003&script=sci\\_abstract&tlng=en](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S018825032004000400003&script=sci_abstract&tlng=en)



necesariamente como sus elementos: a) La autorización, mediante el voto de los ciudadanos; b) La rendición de cuentas como práctica del electo ante sus electores.<sup>45</sup>

De lo expuesto, tomando en cuenta que la democracia representativa se encuentra muy arraigada en los estados latinoamericanos, se observa aún complicaciones en su desarrollo, pues la “representación” enfrenta una pregunta que trastoca las propias bases de la democracia: ¿Representación de quiénes? Es así que, en este momento, los partidos políticos fuertes se atribuían el título de ser representantes de las mayorías, el concepto de democracia se asimila únicamente con el llamamiento periódico a elecciones, las minorías no tienen representación, entre otros temas, lo que nos obliga a recurrir al advenimiento necesario de un cuarto momento.

El cuarto momento está aún por establecerse, trata de ir conjeturando y delineando las bases de lo que Boaventura de Sousa Santos llama una “democracia de alta intensidad”<sup>46</sup>, este proyecto parte de evidenciar los límites y contradicciones de la democracia representativa para a partir de aquello esbozar posibles mejoras al sistema democrático de nuestros países.

Es de esta forma que el diseño del Estado Liberal con su panacea de la “democracia representativa” va denotando su insuficiencia y en cierto grado su caducidad histórica, al no poder satisfacer las demandas de participación e inclusión en sociedades cada vez más diversas y heterogéneas, con grupos sociales disimiles que persiguen intereses diferentes y en ciertos casos grupos denominados minoritarios que no poseen una plena identificación u organización, como es el caso de las denominadas “culturas urbanas”, por citar un ejemplo.

En Ecuador, el sistema de representación llegó a topar fondo con el descrédito de la clase política y de sus respectivos partidos y organizaciones, generando un rechazo generalizado de la ciudadanía, con matices de organización momentánea y auto convocatorias que desembocaron en la defenestración de los gobiernos de Bucaram, Mahuad y Gutiérrez, levantando la consigna de: “que se vayan todos”<sup>47</sup>. Una lectura simple de la agitada vida política nacional en la década de los noventa e inicios de la siguiente nos demuestra el colapso de la democracia representativa, la que sirvió en un

---

<sup>45</sup> Boaventura de Sousa Santos, “Para una democracia de alta intensidad (Tema Central)” *En: Ecuador Debate. ¿La democracia en sus límites?*, (Quito: Centro Andino de Acción Popular CAAP, 2010), 63-76.

<sup>46</sup> *Ibid.*

<sup>47</sup> El Telégrafo, “El grito “que se vayan todos” le llegó a Lucio dos años después”, 02 de Febrero del 2013, <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/actualidad/1/el-grito-que-se-vayan-todos-le-llego-a-lucio-dos-anos-despues>

momento dado de la historia, emergiendo como alternativa viable, Roberto Gargarella decía: “(...) se hizo un esfuerzo especial, entonces para que la realeza, la aristocracia y el pueblo contaran con un espacio institucional formal, de modo tal que representantes de tales sectores se encargaran directamente, del cuidado de sus propios intereses”.<sup>48</sup>

Empero de aquello la evolución social confirma que debe ser repensada la democracia representativa y a su vez complementada con una democracia más amplia deliberativa y participativa, lo cual es motivo de análisis más profundos ajenos a este trabajo.

La Constitución Política del Ecuador del año 1998, en adelante CPE, se mantuvo durante los convulsionados años de los gobiernos caóticos -en el plano institucional y económico- de Bucaram, Mahuad y Gutiérrez, mismos que terminaron siendo derrocados, los cuales se desarrollaron dentro del marco de la democracia representativa. Con lo vivido en Ecuador y crisis similares en otros países, es que en la región se empieza a discutir sobre la necesidad de redefinir la democracia y dotarla de una fuerte dosis de participación ciudadana –al menos en el plano discursivo- ideas que fueron plasmadas en la Constitución de 2008, se hace necesaria esta referencia a fin de contrastar con el anterior texto constitucional, en términos generales.

De forma laxa se puede determinar que existía (1998) la división tradicional de poderes; Ejecutivo, Legislativo y Judicial, teniendo al Tribunal Supremo Electoral y a la Comisión Nacional Contra la Corrupción, que no eran una función o poder adicionales<sup>49</sup> sino órganos autónomos con competencias definidas. En la CRE 2008, se trastoca el diseño institucional tradicional y se amplían dos funciones adicionales; la Función Electoral y la Función de Transparencia y Control Social, cuya designación no provenía ya de los representantes de partidos políticos designados por el Congreso Nacional -en el primer caso- y adicional eran individualidades, cuyas candidaturas eran sometidas a procesos de méritos y oposición –al menos en el deber ser-.

El Legislativo poseía mayores atribuciones y competencias en comparación con la Asamblea actual, lo que guarda coherencia con los planteamientos de la

---

<sup>48</sup> Roberto Gargarella, “La concepción de la democracia y la representación política sobre los déficits del sistema de frenos y contrapesos, ponencia presentada ante el VI Congreso Nacional de Ciencia Política”, *En Democracia participativa y meritocracia ¿Entre la división de poderes y la participación ciudadana?* Ed Vicente Solano, (Quito: Biblioteca UASB, 2003), 20.

<sup>49</sup> Para motivos de este trabajo no entraremos en la discusión de la diferenciación entre poder o función, sino que los consideraremos como similares.

representatividad, al dar atribuciones a quienes son los representantes del pueblo y que gozan de legitimidad democrática directa.

Con la expedición de la Constitución del 2008, los procesos de designación de varias autoridades corresponden al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social; CPCCS y a las “comisiones”<sup>50</sup> conformadas para el efecto, como en el caso del proceso para nombrar a los jueces de la Corte Constitucional.

En el ámbito de los GADS, para el 2008 se incorpora la figura de la silla vacía<sup>51</sup>, como forma de incentivar la participación social en la toma de decisiones y en los asuntos de interés público.

Con este muy breve análisis, queda reafirmado la concepción representativa de la democracia en tiempos de la CPE, 1998 y los esfuerzos por avanzar a la democracia participativa con el texto del 2008.

Una idea fuerte de Boaventura de Sousa Santos, establece que el conceptualizar a la democracia representativa y a la democracia participativa como sistemas opuestos constituye un error, por el contrario, debemos entenderlas como una complementariedad, pues no existen barreras infranqueables entre ambos modelos; así, la democracia representativa posee elementos de participación y a su vez la democracia participativa de representatividad.

## **1. 2.- Algunas ideas acerca del corporativismo**

Un aspecto que se conjuga con la democracia representativa es el denominado “corporativismo”. Este término en estricto se lo acuñó para describir la iniciativa estatal de ir reduciendo la conflictividad laboral, agrupando en corporaciones profesionales a los sujetos en conflicto, tanto a empresarios como a trabajadores.<sup>52</sup>

Sin embargo, vemos que el alcance social e histórico de este término, sobrepasa la definición dada por la Real Academia de la Lengua Española, empleándolo para encasillar a todos los grupos organizados en torno a particularidades e intereses comunes, llámese sindicatos, colegios profesionales, organizaciones indígenas, gobiernos

---

<sup>50</sup> LOGJCC, Art. 177.- Principios del procedimiento de selección y designación. - “(...) Todas las deliberaciones de la Comisión Calificadora serán públicas.”

<sup>51</sup> CRE. Art. 101.- “Las sesiones de los gobiernos autónomos descentralizados serán públicas, y en ellas existirá la silla vacía que ocupará una representante o un representante ciudadano en función de los temas a tratarse, con el propósito de participar en su debate y en la toma de decisiones.”

<sup>52</sup> Real Academia Española de la Lengua. - Corporativismo. Doctrina política y social que propugna la intervención del Estado en la solución de los conflictos de orden laboral, mediante la creación de corporaciones profesionales que agrupen a trabajadores y empresarios.

seccionales, universidades, cámaras de la producción, entre otros, por citar algunos ejemplos, debiendo diferenciar dos corrientes del corporativismo: el estatizante, en que el Estado reconoce a la sociedad civil organizada para ser parte de determinados cuerpos colegiados; y, el privatizante,<sup>53</sup> en que sectores del propio Estado, se agremian para participar en asuntos de su interés y competencia, la organización del movimiento indígena y la asociación de municipalidades son ejemplos claros de una y otra corriente respectivamente.

Por su parte, O'Donnell denomina corporativistas a: “(...) las estructuras desde las que se ejerce oficialmente la representación de “intereses privados” frente al Estado, por parte de organizaciones funcionales (no territoriales), sujetas por lo menos formalmente en su existencia y en su derecho de representación a autorización o aceptación por parte del Estado (...)”.<sup>54</sup>

Se podría decir que el corporativismo es un concepto transversal en cuanto a la democracia representativa, pues ésta busca apoyarse en las diferentes agrupaciones que, valga la redundancia “representan” a un conglomerado homogéneo de la sociedad, con el objeto de ir legitimando por parte del Estado la toma de decisiones y la inclusión de organizaciones -reconocidas por este- en los quehaceres públicos, siendo en su momento la forma más democrática de ejercer el gobierno de lo público, por ello O'Donnell, entiende al corporativismo como un módulo, un conjunto de estructuras que vincula al Estado con la sociedad.<sup>55</sup>

La democracia representativa y el corporativismo, constituyen el coctel del orden constitucional anterior, en donde el parlamento que posee legitimidad democrática directa designa autoridades de entre ternas presentadas por corporaciones o gremios a más de las ternas presentadas por los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Para explicitar esto y al ser materia de este estudio, tomaremos el caso de la forma de designación de los vocales del otrora Tribunal Constitucional del Ecuador.

---

<sup>53</sup> Guillermo O'Donnell, “Acerca del corporativismo y la cuestión del Estado”, párr. 4, <http://repositorio.cedes.org/bitstream/123456789/3292/1/>

<sup>54</sup> Ibid., 5

<sup>55</sup> Guillermo O'Donnell, “Acerca del corporativismo y la cuestión del Estado”, párr. 6, <http://repositorio.cedes.org/bitstream/123456789/3292/1/>

## **2.- Análisis de la designación de los jueces del ex Tribunal Constitucional y su relación con los partidos políticos en el Congreso Nacional**

La Constitución Política del Ecuador en su artículo 275, hacía referencia a la designación de los vocales del Tribunal Constitucional, estableciendo que el Congreso los nombrará, entre otros, uno de la terna enviada por los alcaldes y prefectos, uno de la terna enviada por las centrales de trabajadores y las organizaciones indígenas y campesinas de carácter nacional legalmente reconocidas y uno de la terna enviada por las Cámaras de Producción, muestra palpable de una concepción representativa y a la vez corporativista de la democracia.

No profundizaremos algunas dudas que pudieren surgir al respecto de lo anterior, como el hecho de que para el caso del sector indígena y de los trabajadores deben ser organizaciones a nivel nacional reconocidas por el Estado; es decir, es el propio Estado quien regula la participación de estos sectores, desde la visión del poder, pues como se explicó anteriormente esto sería parte de la corriente corporativa estatizante.

Lo que sí cabe mencionar es que resultaba obvio que los diferentes sectores o agrupaciones proponían ternas con profesionales afines a sus intereses, de tal forma que no era difícil prever cuál iba a ser la postura de uno u otro vocal en temas puntuales inherentes a los sectores de los cuales provino su postulación, lo cual aparece *prima facie* como más honesto y franco pues existía una representación de sectores posiblemente antagónicos en ciertos temas –sindicatos y cámaras de la producción- en donde se conoce y puede predecir los razonamientos y la línea argumentativa de tal o cual vocal, llevando esto a enriquecer el debate y, a que exista más de un criterio, a diferencia de pseudo “jueces independientes” que en su conjunto respondían a intereses del ejecutivo, como se analizará en el capítulo final de este trabajo.

Por otro lado, es interesante hablar sobre la relación pos-designación, existente entre los jueces constitucionales y los partidos políticos al interior del Congreso Nacional, en base a la investigación sesuda de Santiago Basabe, sobre el comportamiento de los jueces, estudiando para esto la conformación de fuerzas políticas, acuerdos y mayorías creadas al interior del Congreso Nacional y revisando la historia política reciente de nuestro país dentro del espacio comprendido entre 1998 y 2008 -que es el tiempo de vida

de la CPE, anterior a la vigente- podemos coincidir que el parlamento fue uno de las arenas políticas más fraccionadas en América Latina durante aquella época.<sup>56</sup>

En efecto existía una gran diversidad de sectores políticos que van encasillados en diferentes tendencias ideológicas; a decir: derecha, centro derecha, izquierda, centro izquierda o socialdemocracia, populismo, sin que ninguno tenga por si solo una mayoría consolidada; sino que, por el contrario, los acuerdos y coaliciones de varios de estos permitían concretar el avance de la agenda legislativa. Además, acotando que el partido o movimiento del ejecutivo no poseía tampoco mayoría en el Congreso Nacional, esto fue algo aislado que únicamente ocurriera en 1976 con el CFP y Jaime Roldós y en 1988 la Izquierda Democrática (ID) con Rodrigo Borja como presidente de la República.

Entonces, la gran diversidad del parlamento obligaba a que operen ciertas coaliciones, negociaciones o acuerdos entre los diferentes bloques de congresistas, sin escaparse de ello los siempre necesarios “independientes”,<sup>57</sup> sólo así se lograba el número de votos requerido para elegir a los nuevos jueces constitucionales de entre las ternas propuestas. “Por la diversidad de arenas y actores involucrados, alcanzar la nominación a juez del TC dentro de una de las ternas no es una cuestión de fácil consecución ni exenta de un proceso previo de negociación e intercambio”.<sup>58</sup>

El autor Basabe, en su estudio entre una de sus conclusiones expone que la preferencia ideológica explica la forma que asume el voto el juez constitucional y esta preferencia en mucho la podemos anticipar en base al lineamiento del sector del que provino su moción para que conformen las ternas respectivas -sin que esto sea una camisa de fuerza- y del accionar previo del juez en su actividad profesional a consecuencia de su afinidad ideológica,<sup>59</sup> realidad que contrasta con la idea de que los jueces respondían subordinadamente a quienes los nombraron.<sup>60</sup>

---

<sup>56</sup> Santiago Basabe, *Jueces sin toga: Políticas judiciales y toma de decisiones en el Tribunal Constitucional del Ecuador*, (Ecuador: Flacso, 2011), 74.

<sup>57</sup> Independiente. - es la denominación dada a los legisladores que no son miembros de ningún partido o movimiento político, en la mayoría de los casos se desafiliaron de la organización política que auspició su campaña.

<sup>58</sup> Ernesto López Freire, opinión recogida: *En Jueces sin toga: Políticas judiciales y toma de decisiones en el Tribunal Constitucional del Ecuador*, (Ecuador: FLACSO-SEDE ECUADOR, 2011), 70.

<sup>59</sup> Santiago Basabe expresa al respecto: “(...) las preferencias ideológicas de los jueces es el factor que con holgura explica la forma que asume el voto judicial”. Ver Santiago Basabe, *En Jueces sin toga: Políticas judiciales y toma de decisiones en el Tribunal Constitucional del Ecuador*, 116.

<sup>60</sup> “Al respecto, los resultados del análisis estadístico son reveladores pues, más allá de la confirmación explícita que hacen respecto al voto sincero de los jueces, dan cuenta de que su comportamiento al interior del TC sigue patrones de conducta que orientaron sus actividades privadas previas. Tal hallazgo resulta relevante pues tensiona con el criterio generalizado que señala que los jueces constitucionales se alinean a los posicionamientos ideológicos de las agrupaciones partidistas que los

### 3.- El juicio político como mecanismo de control al ex Tribunal Constitucional

La alta pluralidad en el Congreso durante el decenio de vigor de la Constitución de 1998, hace que por lógica surja el siguiente razonamiento inversamente proporcional: a mayor número de actores políticos en el parlamento, que tienen la responsabilidad de designar a los jueces del Tribunal Constitucional, existen menos probabilidades de que los jueces nombrados respondan a intereses concretos o puntuales de los bloques legislativos.

> Número de partidos o Movimientos políticos	< posibilidad de jueces de responder a intereses definidos de legisladores
----------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------

De forma muy clara el autor de “Jueces sin toga”, de lo anterior expresa: “En otras palabras, cuando el cargo judicial es el resultado de la agregación de diversas preferencias ideológicas halladas en la legislatura, los vínculos entre jueces y diputados se tornan más difusos, abonando así a un incremento de la autonomía de los juzgadores al momento de tomar decisiones”.<sup>61</sup>

Con esta primera idea sentada, corresponde comentar otras que nos van aclarando el panorama de lo que ocurrió en el ex Tribunal Constitucional, dentro de lo más relevante, con la confluencia de negociaciones, presiones políticas e inestabilidad institucional.

Durante el gobierno de Lucio Gutiérrez, el ejecutivo promovió la convocatoria para un período extraordinario de sesiones del Congreso Nacional, el cual en pleno con 52 votos a favor destituyó a los jueces de la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Constitucional, lo que allanó el camino para la conformación de la denominada “Pichi Corte”.<sup>62</sup>

En noviembre del 2004 vocales del TC constitucional son destituidos por el Congreso con 55 votos a favor y 34 abstenciones por una supuesta ilegalidad formal en

---

eligen. Ver Santiago Basabe, *En Jueces sin toga: Políticas judiciales y toma de decisiones en el Tribunal Constitucional del Ecuador*, 157.

<sup>61</sup> Santiago Basabe, *Jueces sin toga: Políticas judiciales y toma de decisiones en el Tribunal Constitucional del Ecuador*, (Quito: FLACSO-SEDE ECUADOR, 2011), 47.

<sup>62</sup>Corte IDH, “Sentencia”, *Caso Camba Campos y otros vs Ecuador*.

su designación; el mecanismo en plancha, designación efectuada en sesión del 19 de marzo del 2003.

Acto seguido por decirlo así, el Congreso Nacional consideró que es factible llamar a juicio político a los vocales del Tribunal Constitucional, a pesar de ya haber sido destituidos, pues la Constitución Política en su artículo 130, inciso 9, manifestaba que los magistrados podían ser enjuiciados “durante el ejercicio de sus funciones y hasta un año después de terminadas”, las mociones de censura fueron principalmente por la postura y decisión de los vocales en dos resoluciones, específicamente la No.- 004-2003-TC, del 29 de abril del 2003, sobre la inconstitucionalidad del décimo cuarto sueldo, con cinco votos a favor y cuatro votos salvados; y Resolución No.- 025-2003-TC, de 17 de febrero del 2003, sobre la inconstitucionalidad de la aplicación del Método de D Hondt, con, cinco votos a favor y cuatro votos salvados.

Se convocó a sesión del Congreso para tratar las mociones de censura en contra de seis jueces y un juez suplente del TC, para el 01 de diciembre del 2004, en esta sesión comparecieron los vocales llamados a juicio político, Osvaldo Cevallos, Miguel Camba Campos, René de la Torre, Manuel Jaramillo, Jaime Nogales, Luis Rojas y Simón Zavala, en dicha sesión no se aprobó ninguna de las mociones de censura presentadas.

El 05 de diciembre del 2004, el Presidente de la República, Lucio Gutiérrez, convocó a sesión extraordinaria del Congreso Nacional, amparado en el artículo 171, num.8 de la Constitución de 1998, el Congreso se reunió el 08 de diciembre del 2004, con 53 legisladores de 100, sesión que no fue informada a los vocales del Tribunal Constitucional.<sup>63</sup>

Hubo argumentos en los cuales se dijo que la votación ya fue realizada y que es una cosa juzgada, otros indicaron que las mociones de dos diputados fueron acumuladas; a pesar de que en una moción no incluía a uno de los jueces mientras que la otra sí, se aprobó por mayoría que se vuelva a realizar las votaciones de censura, es así que prosperó la censura respecto a la decisión de los vocales referente al método D’ Hondt, siendo esta aprobada con 57 votos a favor.

El nuevo Tribunal Constitucional nombrado el 25 de noviembre del 2004, emitió una decisión, curándose en sano, y cerrando el margen de posibilidades y vías judiciales

---

<sup>63</sup>CPE Art. 171.- Serán atribuciones y deberes del Presidente de la República los siguientes: (...) 8.- Convocar al Congreso Nacional a períodos extraordinarios de sesiones. En la convocatoria se determinarán los asuntos específicos que se conocerán durante tales períodos.



que pudieren tener los vocales que fueron destituidos mediante resolución del Congreso Nacional, por una “ilegalidad de forma” en la designación realizada, aplicando la votación en plancha, es así que esta decisión determinaba que para suspender los efectos de una resolución parlamentaria inconstitucional en el fondo o forma, la única vía idónea es la acción de inconstitucionalidad ante el propio Tribunal Constitucional, mas no las acciones de amparo ante los jueces ordinarios, esto tomando como referente una Resolución de la Corte Suprema de Justicia del 27 de junio del 2001.

Este entuerto político y jurídico constituye el antecedente fáctico del caso *Camba Campos y otros vs. Ecuador*, en el cual la Corte IDH, consideró que la decisión de cese por la supuesta ilegalidad en la forma de designación fue una justificación para imponer en la práctica una sanción a los vocales fundamentalmente por sus fallos, tomando en cuenta que la resolución de cese no tenía fundamento constitucional en vista que la única forma de destituir a los vocales era mediante juicio político, cosa que en el presente caso no existió, lo cual fue reconocido por el Estado, declarando la responsabilidad del Estado ecuatoriano por parte de la Corte en detrimento de los derechos de los magistrados constitucionales. Es así que en lo principal la Corte declara: “El Estado es responsable por la cesación arbitraria y la afectación arbitraria a la permanencia en el ejercicio de la función judicial, los juicios políticos ocurridos, hechos que generaron la violación de las garantías judiciales y la consecuente afectación a la independencia judicial y a la garantía de imparcialidad”.

Otro momento clave es a partir del 26 de abril del 2005, fecha en que el Congreso Nacional dejó sin efecto la Resolución de noviembre del 2004, que destituyó a los vocales del Tribunal Constitucional y designó a otros, pero en esta ocasión no se estableció la reincorporación de nuevos vocales. En 2006 se eligió a un nuevo Tribunal mismo que fue destituido en 2007, se conformó un nuevo Tribunal Constitucional, que a su vez no duró mucho pues en noviembre de 2007 se convoca a una Asamblea Nacional Constituyente, que redactó la Constitución aprobada en octubre del 2008.

Otro capítulo dentro de los entuertos del constitucionalismo ecuatoriano, tiene como génesis las elecciones presidenciales de 2006, en que Alianza País, había llegado al poder y entre sus propuestas de campaña estaba la de convocar a una asamblea nacional constituyente -razón por la que incluso no presentó candidaturas para congresistas- en abril del 2007 el Tribunal Supremo Electoral destituyó a 57 diputados por interferir en el proceso electoral, ante esto el Tribunal Constitucional decidió restituir a 51 de los 57 diputados. En respuesta a aquello los diputados que se habían principalizado en suplencia

de los titulares destituidos, deciden cesar en sus funciones a los jueces del Tribunal Constitucional, no se aplicó la figura del juicio político, sino que se argumentó que se habían extralimitado en el período.

#### **4.- La transición del Tribunal Constitucional a la Corte Constitucional y la cruzada contra el corporativismo en tiempos de la revolución ciudadana.**

El contenido orgánico de la Constitución de Montecristi, hablaba sobre instituciones no existentes dentro de la institucionalidad del Estado ecuatoriano, mismas que debían ser creadas. Para el efecto, el constituyente incluyó dentro del texto constitucional el denominado “régimen de transición” para viabilizar este proceso.

En lo atinente a la Corte Constitucional, este régimen de transición disponía que una vez conformadas las funciones Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social, cada función podrá proponer nueve candidatos y se establecerá una comisión calificadora encargada de designar a los jueces de la Corte Constitucional conforme al procedimiento establecido por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.

El artículo 27 del régimen de transición explicaba -entre otros funcionarios- que los miembros del Tribunal Constitucional culminarían su período una vez que se posesionen los jueces de la nueva Corte Constitucional, lo que daba entender que el Tribunal Constitucional, se mantendría funcionando durante la transición.

A pesar de aquello, los jueces del Tribunal Constitucional, se declararon como los nuevos jueces de la Corte Constitucional para el período de transición, el 22 de octubre del 2008, mediante una cuestionada sentencia interpretativa No.- 001-08-SI-CC del 28 de noviembre del 2008.<sup>64</sup>

Esta Corte Constitucional “Transitoria” estuvo en funciones desde el 2008 al 2012, siendo sus integrantes: Patricio Pazmiño, Edgar Zárate, Roberto Bhrunis, Patricio Herrera, Alfonso Yunez, Hernando Morales, Nina Pacari, Ruth Seni, y Manuel Viteri. El 6 de noviembre del 2012, en el pleno de la Asamblea Nacional, se posesionó la primera Corte Constitucional -luego de la Corte de Transición- en la cual se mantuvieron; por así

---

<sup>64</sup> Se argumentaba entre otros temas: “Los vocales del TC en funciones prorrogadas soslayaron la voluntad popular expresada en el referéndum del 28 de septiembre, al violar los artículos 25 y 27 del Régimen de Transición.” Diario la Hora “Autoproclamación de la CC en entredicho”, publicado el 12 de noviembre del 2008.

decirlo, tres de los nueve jueces que fueron parte del ex Tribunal Constitucional: Patricio Pazmiño, Ruth Seni y Manuel Viteri.

Con este preludio *brevitatis causae*, se debe mencionar que, a partir de 2008, llegamos a un nuevo momento político del país, en donde el corporativismo fue criticado y pretendió ser desmontado desde el poder. Para explicar aquello considero de gran valía analizarlo a partir de las ideas de sus detractores más pragmáticos que lo cuestionaron en su momento, evidentemente desde su posición de gobierno. En este contexto, Fernando Bustamante, quien fuera Ministro de Gobierno y Asambleísta Nacional, por el movimiento Alianza País, cuestionaba las prácticas corporativistas del pasado, incluyendo prácticamente este término, dentro de los negativos del léxico político nacional, junto con partidocracia, clientelismo o corrupción.

Los argumentos destacados de Fernando Bustamante, para criticar el corporativismo, como lo aclara Pablo Ospina Peralta,<sup>65</sup> se cimientan en dos ideas fuertes: a) Entendía al corporativismo como una práctica que defendía y promovía intereses particulares que no tenían una visión o sentido nacional; b) Lo acusa de pervertir a las organizaciones de la sociedad civil inmiscuyéndolas en ámbitos y competencias estatales, siendo finalmente cooptadas por el Estado; y finalmente añadiría una tercera en la lógica del correísmo, c) Limita el accionar libre de la ciudadanía porque la obliga a encasillarse o agremiarse.

Sus tesis anti corporativas tenían un enfoque de gobierno y de control del poder, mismas que las fueron aplicando de forma sistemática, desde la Constitución de Montecristi, modificando la forma de designación de los jueces de la Corte Constitucional, hasta la modificación de la conformación de cuerpos u órganos en diferentes áreas; Pablo Ospina nos recuerda, por ejemplo: mediante Decreto Ejecutivo 1585 del 15 de febrero del 2009, el Presidente Rafael Correa suprimió la autonomía política de la Dirección Nacional de Educación Bilingüe; DINEIB, con esto se atribuyó al Ministro de Educación la potestad de nombrar al Subsecretario de diálogo intercultural al Director Nacional de la DINEIB y a sus directores provinciales, cosa que antes estaba dentro de las potestades del sector indígena, a los que se los acusó de tener “viejas prácticas corporativistas”, “sesgo político” y “etnocentrismo”.

---

<sup>65</sup> Pablo Ospina Peralta, “Corporativismo Estado y revolución ciudadana. El Ecuador de Rafael Correa” en *Culturas políticas en la región andina*, ed. Christian Buschges / Olaf Kaltmeier / Sebastian Thies (España, 2011).

En la expedición de la Ley de Soberanía Alimentaria, en el 2009, mediante veto presidencial se eliminó el Consejo de Soberanía Alimentaria, esto generó discrepancias entre Ejecutivo y Legislativo, al final se mantuvo el consejo, pero era de carácter consultivo, no conformado por representantes de la sociedad civil organizada sino designados por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.

Cosa similar sucedió con la Unión Nacional de Educadores, UNE, sindicato al cual se le quitó su personería jurídica el 18 de agosto de 2016, mediante la aplicación del Decreto Ejecutivo No. - 16 -luego 739- de 4 junio del 2013, que contemplaba un Reglamento para el “Sistema Unificado de Información de las Organizaciones Sociales y Ciudadanas” en el que constaban las causales de su disolución.

Igual suerte corrió la Fundación Pachacama adscrita al Ministerio de Ambiente. Por su parte, Fundamedios tuvo dos intentonas de disolución que no se concretaron gracias a la presión internacional.<sup>66</sup> El lineamiento anti corporativista durante el gobierno de Correa deja en claro que buscaba eliminar las organizaciones gremiales en ciertos casos, en otras debilitarlas dividiéndolas y creando organizaciones paralelas.

Esta postura del régimen, permite ir conjeturando ciertas apreciaciones al respecto, entre ellas: La figura del presidente de la República, no admitía la existencia de otros actores en su libreto, que básicamente era un monólogo. El gobierno de Correa, no estaba dispuesto a negociar o disputar con sectores gremiales de la sociedad civil, pues estos mientras más grandes y organizados eran, representaban un peligro para la estabilidad del régimen. Su vanidad y prepotencia venía de la legitimación por medio de sus triunfos en los procesos electorales, al punto de manifestar públicamente: “si quieren el poder nos vemos en las urnas en el 2017”, “Ojalá frente a su nuevo fracaso se den cuenta de que son minorías y paren sus intentos golpistas”;<sup>67</sup> refiriéndose a la oposición, expresiones vertidas durante una concentración en la Plaza Grande en julio del 2015 a propósito de manifestaciones que se daban en contra de su gobierno por parte de diversos sectores.

Se pretendió dirigir y vigilar a las organizaciones sociales por parte del Estado - yendo incluso en contra de sus propias tesis que indicaban la cooptación y absorción de

---

<sup>66</sup> Ecuador Plan V, “Decreto 193: sigue la sombra de la disolución”, *Sección Política*, 30 de Octubre del 2017, <https://www.planv.com.ec/historias/politica/decreto-193-sigue-la-sombra-la-disolucion/>.

<sup>67</sup>Ecuador El Telégrafo, “Si quieren el poder nos vemos en las urnas”, *Sección política*, 21 de Abril del 2011, <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/politica/3/correa-si-quieren-el-poder-nos-vemos-en-las-urnas-en.2018>

los gremios por parte del Estado como uno de los presuntos males del corporativismo- a fin que no comprometan la seguridad de este y sus intereses, a riesgo de su disolución.<sup>68</sup>

La idea de la representación de la sociedad civil organizada fue sustituida por la de escoger los “mejores ciudadanos” en base a méritos, tarea a cargo del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, generando un choque natural entre el discurso de la democracia participativa y la aplicación de políticas meritocráticas, como se estudiará más a fondo en líneas posteriores.

La política anti corporativa se extendió a toda la organización del Estado, situación a la que no escapó la Corte Constitucional cuyos jueces ya no eran nombrados por el Legislativo de ternas presentadas por las organizaciones indígenas, los alcaldes y prefectos y las cámaras de la producción a más del Ejecutivo, Legislativo y Judicial como lo establecía el texto constitucional vigente antes de la denominada “revolución ciudadana”.

## **5.- La paradoja de la estabilidad institucional como factor incidente en el posicionamiento de los jueces constitucionales**

El grado de inestabilidad política e institucional que vivía el país en la década de los noventas hasta gran parte de la primera década del segundo milenio, con Presidentes derrocados, alta conflictividad social, desazón jurídica, pues desde 1996 hasta prácticamente el 2007, hubieron siete presidentes, sin que ninguno concluya el período constitucional de cuatro años, teniendo a Bucaram (1996-1997), Rosalía Arteaga (1997 apenas un día en el poder), Fabián Alarcón (1997-1998), Jamil Mahuad (1998-2000) Gustavo Noboa (2000-2003), Lucio Gutiérrez (2003-2004), Alfredo Palacio (2005-2007), teniendo un promedio de ejercicio en el poder en años de 1,57 aproximadamente, situación que en el plano del Tribunal Constitucional se vio reflejada en una inestabilidad laboral, pues para muestra basta un botón, existió la cesación anticipada de funciones a los jueces constitucionales en noviembre del 2004 y abril del 2007 donde no existió mayor resistencia de los jueces destituidos, excepto de aquellos jueces principales y

---

<sup>68</sup> Reformas al Reglamento para la aprobación de estatutos, reformas y codificaciones, liquidación y disolución y registro de socios y directivas de las organizaciones previstas en el código civil y en las leyes especiales, Decreto Ejecutivo 982, 25.03.2008. Art. 13.- “Son causales de disolución de las organizaciones constituidas bajo este régimen, a más de las establecidas en el Estatuto Social, las siguientes: a) Incumplir o desviar los fines para los cuales fue constituida la organización. b) Comprometer la seguridad o los intereses del Estado, tal como contravenir reiteradamente las disposiciones emanadas de los Ministerios u organismos de control y regulación.”

suplentes cesados en 2004, donde su caso llegó a la Corte IDH, existiendo al momento una sentencia a favor de los ex magistrados.

Todo este panorama institucional influía en los jueces, los cuales sabían que tarde o temprano dejarían sus cargos, dando prácticamente por sentado que las probabilidades de concluir su período eran mínimas; esto sumado también a que las probabilidades de ser nuevamente nombrados jueces del Tribunal Constitucional igual eran ínfimas, por decir lo menos, debido a la alta fragmentación del parlamento y a las negociaciones o acuerdos previos a nivel partidista que les permita consensuar alrededor de un nombre.

De esto, los jueces eran plenamente conscientes y de acuerdo a Basabe, los conducía a votar “sinceramente”. En el anterior Tribunal Constitucional el incentivo del “voto sincero” era entonces actuar fieles a sus ideas ya marcadas previo a entrar en funciones y con esta actitud volver al libre ejercicio y aumentar su cartera de clientes, -dejando también el autor, el llamado a investigar sobre aquellos casos en que los jueces se mantenían en el servicio público,<sup>69</sup> situación que difiere de los jueces que han pasado por la Corte Constitucional (2008-2018) cuya aspiración clara y evidente era avanzar y mantenerse en altos cargos de la administración pública.

Contrario a lo que se pudiera creer, la menor estabilidad laboral de los jueces, por así decirlo, producto de la agitada vida política nacional, de las pugnas entre ejecutivo y legislativo que abonaban el debate de la ingobernabilidad, durante el decenio anterior al 2008, al final del día arrojaron, según la investigación de Santiago Basabe, jueces constitucionales “sinceros”, etiqueta que se traduce en votos; podría decirse consecuentes con su afinidad ideológica, resaltando que al interior del pleno existían magistrados con posturas que iban desde las más cercanas a la izquierda y a la derecha, pasando por los moderados, como se había dicho, situación que resulta evidentemente más transparente y franco hacia los beneficiarios o receptores de sus sentencias, mientras que durante un período de estabilidad institucional -no voy a pronunciarme respecto a qué costo- con jueces constitucionales que terminaron todos, sin inconvenientes sus períodos, sin la posibilidad de ser enjuiciados políticamente, con un partido hegemónico que dirigía el Ejecutivo y poseía una amplia mayoría en el legislativo, tenemos votos “estratégicos” que comulgan con las tesis del gobierno de turno.

---

<sup>69</sup> Santiago Basabe al respecto: “Sobre todo, en el caso de aquellos jueces que luego de desempeñar funciones en el TC acceden a otras instancias de la administración de justicia, o en general, a cargos en el servicio público, tal ejercicio investigativo podría clarificar posibles intercambios y pagos que surgirían como resultado de determinadas decisiones judiciales o de arreglos en otros escenarios políticos.” Ver Santiago Basabe, *Jueces sin Toga*, 159.

Esta paradoja de la institucionalidad y gobernabilidad del Estado, nos lleva a la conclusión que en fin de cuentas la estabilidad no aporta al desarrollo de la independencia judicial, menos aún a la estructuración de verdaderas tesis jurídicas plasmadas en las sentencias, con una fuerte argumentación y con una bagaje de amplio debate de ideas que en muchos de los casos son antítesis unas de otras, al final todo debate resulta positivo, la defensa de ideas enriquece a las partes, no es casualidad que en el período 1999-2009 las decisiones del Tribunal Constitucional se adoptaron en un 74,42% de manera no unánime; es decir la divergencia de criterios hacía complicado la concertación al interior del pleno, por lo menos nos queda entonces la certeza de que existía debate.

## **6.- El sistema de selección de jueces de la Corte Constitucional del Ecuador y sus debilidades. –**

Es preciso iniciar indicando que en un marco general existen dos sistemas de selección plenamente identificados que son: mediante sufragio universal y el denominado discrecional.

En cuanto al sistema de selección de jueces por sufragio universal, consiste en que la población acude a las urnas para ejercer su voto luego de lo cual salen electos los nuevos jueces constitucionales. Esta modalidad la tenemos en Bolivia, sin embargo, la población no elige directamente por cuanto existe un filtro político, que es el parlamento, quien se encarga de seleccionar a los candidatos.<sup>70</sup>

En lo que refiere al sistema discrecional o directo fundamentalmente radica en la selección de jueces que vienen propuestos por parte de las funciones del Estado, sea Ejecutivo, Legislativo y Judicial, como es el caso de Chile y Colombia. En ciertos casos se privilegia a un poder, por ejemplo, al legislativo como sucede en Perú o el Ejecutivo como es el caso de Estados Unidos.

Nuestro país posee este sistema para la selección de jueces constitucionales, en donde intervienen tres de las cinco funciones, Ejecutivo, Legislativo y de Transparencia

---

<sup>70</sup> Art. 158.- Son atribuciones de la Asamblea Legislativa Plurinacional, además de las que determina esta Constitución y la ley:

5.- Preseleccionar a las candidatas y a los candidatos para la conformación del Tribunal Constitucional Plurinacional, Tribunal Supremo de Justicia, Tribunal Agroambiental y Consejo de la magistratura.

y Control Social, no participan gremios, tampoco la Función Judicial, y el proceso está enmarcado mediante concurso público.

Ahora corresponde analizar los puntos más débiles del sistema de selección de jueces constitucionales que podrían afectar la tan perseguida independencia de la Corte Constitucional. En este sentido tenemos:

**La Comisión Calificadora.** - es importante entender que la calidad de los jueces, así como el análisis de su posible cercanía al gobierno, pasa por el tamiz de esta Comisión Calificadora, es decir son quienes al final del día deciden los nombres de los postulantes que han sido designados para formar parte de la Corte Constitucional, de ahí que la conformación de esta comisión merece especial atención. Es de esta forma que la Comisión Calificadora está conformada por seis personas presentadas precisamente por las funciones del Estado que deben nombrar a los postulantes por cada función, esto es el Ejecutivo, el Legislativo y de Transparencia y Control Social.

No debemos olvidar que el Consejo de Participación Ciudadana y Control social; CPCCS, es quien dirige y organiza el concurso para seleccionar a los jueces de la Corte Constitucional, propone dos miembros para conformar la comisión calificadora y a su vez presenta candidatos, lo que evidentemente es una muestra de falta de imparcialidad.

Todos estos elementos considero le restan credibilidad y legitimidad a la Comisión Calificadora pues podría pensarse que sus integrantes responderán a quien los nombró y buscarán favorecer a los postulantes presentados por la función del Estado a la que representan, lo que no constituye ninguna garantía de independencia.

**Falta de participación ciudadana.** – a más de lo que ya se ha manifestado en este trabajo sobre la ausencia de representación de organizaciones y sectores sociales en la Corte Constitucional, debido al sistema de designación de jueces en el cual la totalidad de ellos vienen de la institucionalidad del Estado, durante el procedimiento se ha notado una debilidad en torno a las impugnaciones a los postulantes y la falta de veedurías ciudadanas.

Debe fortalecerse las veedurías, tomando en cuenta su finalidad y alcance. En esta línea de ideas vale citar el Reglamento General de Veedurías Ciudadanas, emitido por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social; CPCCS, que manifiesta en lo pertinente:



Art. 5.- (...) constituyen mecanismos de seguimiento, vigilancia, fiscalización y control social de la gestión pública, de las personas naturales o jurídicas de derecho privada que manejen fondos públicos, presten servicios públicos o desarrollen actividades de interés público, con el objeto de conocer, informarse, monitorear, opinar, presentar observaciones, previo, durante o posterior a su ejecución, así como exigir rendición de cuentas y contribuir al mejoramiento de la administración de lo público.

De lo expuesto se infiere que la ciudadanía debe también empoderarse de este tipo de procesos pues se está definiendo la conformación de la más alta corte en materia constitucional del país. Estas veedurías podrían aportar en mucho a limitar y frenar la injerencia política en la designación de los jueces constitucionales.

Esto cobra mayor importancia debido a que incluso los propios miembros del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social; CPCCS, en la época de Rafael Correa, han manifestado que este organismo está parcializado hacia el Ejecutivo, como lo recoge la periodista Nancy Verdesoto, sobre las opiniones del señor David Rosero, en el año 2013, entonces vocal del CPCCS mismo que respecto a las limitantes de las veedurías ciudadanas manifiesta: “(...) esto se debe a que la mayoría del consejo es cercano al Ejecutivo y se ha encargado de dejar sólo en el papel la participación de la gente.”<sup>71</sup>

Esto se ve ratificado incluso por autores que han hecho estudios en la práctica y no sólo en la teoría formal, así Mirte Postema (2012) manifiesta que en la práctica los magistrados son nombrados acorde a la “cercanía personal y política con los poderes establecidos y no en la idoneidad de los candidatos” p.3

Esto en el caso de la Corte Constitucional durante el gobierno de Correa, es algo que ha sido percibido por la sociedad ecuatoriana y más de cerca por quienes son los usuarios del sistema, esta cercanía “peligrosa” se desarrolla en el siguiente subtema.

## **7.- La Corte Constitucional ecuatoriana: entre la meritocracia y la peligrosa cercanía al gobierno**

Desde el aparecimiento de los diferentes estados en la antigüedad, la estructura organizativa de los mismos contaba con personal que viabiliza los designios del gobierno, sea en lo militar, en la servidumbre y en la consejería más cercana al emperador o rey,

---

<sup>71</sup> Nancy Verdezoto, “La voz de las veedurías se ha quedado en papel”, recuperado el 15 de octubre de 2013 de [www.elcomercio.com](http://www.elcomercio.com)

funcionarios que se encasillan dentro de lo que denominamos actualmente “burocracia”, de ahí que desde siempre este concepto ha ido íntimamente ligado al de “Estado” ocupando espacios de análisis e investigación en la Sociología Política y en otras ramas del saber cómo lo son la gobernabilidad, la administración pública, la economía política, etc. Sin embargo, este concepto de burocracia ha adquirido mayor relevancia en la sociedad moderna capitalista, no sólo porque se lo ha empleado en forma despectiva en algunos casos sino porque en fin de cuentas los Estados modernos -en mayor o menor medida- para la consecución de sus fines, cuentan necesariamente con miles de hombres y mujeres burócratas.

Se ha empezado hablando sobre la burocracia, porque es el concepto originario que ha ido perfeccionándose con el desarrollo de la administración pública, para pasar en un segundo episodio a la “tecnocracia” y por este a la tan mentada “meritocracia”.

La relación burocracia y derecho; como explica Max Weber, dentro del sistema estatal, lo burocrático se mezclaba con el derecho en el punto de la administración de justicia, donde jueces en un momento dado eran autómatas que aplicaban silogismos entre hechos y normas codificadas de forma mecánica, tanto así que el propio Weber afirma que la justicia empírica puede sublimarse en una tecnología.<sup>72</sup>

Ahora bien, al burócrata rutinario, le surge el funcionario público, con mayor capacitación y especialización en un área específica, cuya preparación académica –en ciertos casos foránea- le habilita para ejercer cargos y funciones de importancia dentro del andamiaje estatal, hablamos entonces del surgimiento del “tecnócrata” que se va multiplicando y que va consolidando con su número, pero sobre todo con su influencia en la toma de decisiones trascendentales una “tecnocracia”<sup>73</sup>.

El tecnócrata aparece en el escenario de la administración del Estado, como una alternativa cierta legitimada por su conocimiento, por su sabiduría, que aparentemente no tendría inclinación ideológica, pues se ha vendido muy bien la idea de que el conocimiento no conoce de colores o ideologías; sin embargo, a pesar de tener argumentos sólidos en teoría, la realidad nos desencanta y nos demuestra que el saber en

---

<sup>72</sup> Max Weber, *¿Qué es la burocracia?* (Buenos Aires: Editorial Leviatán), 56.

<sup>73</sup> Tecnocracia. - “Una estructura de poder en la cual los técnicos condicionan o determinan la toma de decisiones, tendiendo así a sustituir al político (o sustituyéndolo definitivamente) en la fijación de las *policies* y a los burócratas tradicionales en la operacionalización de las decisiones o en su participación en la decisión misma.” García Pelayo, *Burocracia y Tecnocracia y otros escritos*, (Madrid, Alianza. 1974), 33.

primer lugar siempre ha sido elitizado e incluso dirigido<sup>74</sup> y en segundo lugar las tesis académicas, sus postulados así como la forma de aplicarlos posee un alto contenido ideológico.

El autor Alfredo Ramos Jiménez, en su obra que aborda la burocracia, la tecnocracia y la meritocracia, siguiendo a *Jean Meynaud* entre lo característico de la denominada tecnocracia refiere que esta élite no va a poner en discusión su poder en contiendas electorales, pues no poseen ni de lejos legitimidad democrática; aunque tampoco les interesa, su nivel de asesoramiento los vuelve no responsables al escrutinio social, como sí lo son los políticos. Prefieren la discusión confidencial al debate abierto, ya que sus opiniones son planteadas en reuniones de gabinete, en conferencias, no requiriendo someterse a justificar sus conocimientos ante gente que a su criterio no va a entender la complejidad de sus propuestas.

Lo anterior conlleva a que propendan al autoritarismo, imponiendo el criterio “técnico” a las demás consideraciones que pudieren existir y finalmente expone que dejan entrever su desconocimiento de las realidades políticas, muchas veces por su falta de diálogo con la gente o en otros casos por su afán de implantar de forma mecánica modelos europeos a realidades latinoamericanas, por citar algo puntual.<sup>75</sup>

Esta breve pero acertada caracterización de la nueva élite nos deja en claro que la tecnocracia entra en conflicto con la democracia, tensión que a primera vista no parece existir, pero a medida que desentrañamos su esencia, podemos ir identificando ciertas incompatibilidades, partiendo del hecho que el poder tecnocrático se apoya en una concepción meritocrática del poder político que viene a ser una versión mejorada del elitismo político, esto se sustenta en la creencia de la incapacidad de las masas para manejar los asuntos públicos.

Tomando las ideas de Alfredo Ramos, desde su origen la tecnocracia va destacando como una nueva élite política de gobierno, cuyo principal postulado es la meritocracia como consideración esencial para seleccionar a los mejores, los más

---

<sup>74</sup> “En un distrito en que las calles están bien pavimentadas y limpias, los hogares son amplios y rodeados de espacios verdes y árboles, el lenguaje de los compañeros de juego de los niños es puro, y donde la vida en general está impregnada con el espíritu y los ideales de los Estados Unidos, es obvio que las necesidades educativas de un niño que vive aquí son radicalmente diferentes de las de otro que habita en un barrio de extranjeros y casas de vecindad. “The Industrial Education Movement”. A. Gartner, et al, *Nuevo ataque contra la igualdad de oportunidades Cociente intelectual y estratificación social*, 1999, explica el razonamiento del Superintendente de las escuelas en Cleveland, paradójicamente este razonamiento de mantener la estratificación social empleando la educación fue muy difundido y aceptado en los Estados Unidos, sin descartar que los principios de este direccionamiento se mantengan hasta nuestros días.

<sup>75</sup> Autor de “Problemas ideológicos del siglo XX, Barcelona, 1968. La tecnocracia: mito o realidad.

preparados, los más académicos, a fin de ocupar las magistraturas restantes del poder político, refiero a las que poseen poder pero no requieren del voto popular, sino más bien del beneplácito de los mismos tecnócratas, sus pares, que elaboran los requisitos, los perfiles, califican las carpetas y en definitiva son los titulares de la parafernalia de los concursos y selección de los mejores hombres y mujeres en relación a sus méritos, convirtiéndose la meritocracia en medio y a su vez en sistema.

Teorizando un poco sobre este concepto moderno de meritocracia, tenemos autores que lo han explicado de formas poco halagadoras. Christopher Lasch, indica que la meritocracia es una “parodia de la democracia”<sup>76</sup>, en síntesis, fundamenta su argumento en torno a la movilidad social que otorga la educación, mediante la promesa de mejores días para quienes se esfuerzan, esto romantizado con la ficción de la igualdad de oportunidades. Por otro lado, indica que quienes han logrado “progresar” ingresan a lo que el autor denomina la “aristocracia de cerebros” la cual de por sí constituye una clase privilegiada que dirige el debate público e impone incluso políticas estatales.

Michael Young,<sup>77</sup> por su parte, explica que -en un inicio- la distinción en base al mérito, la inteligencia y el esfuerzo, surgió como un cuestionamiento y a la vez alternativa ante los privilegios de clases parásitas otorgados fundamentalmente por la herencia familiar.

De las ideas de estos autores, se colige que la meritocracia como herramienta para combatir la desigualdad de oportunidades producto de la herencia familiar -que en su momento hacía viable la asunción a cargos importantes dentro del Estado- con el paso del tiempo empieza a perder este encanto, pues la herencia y el mérito se han terminado juntando, resultando que ahora la herencia se mantiene, pero unida al mérito. Los hijos cuyos padres han logrado destacar en sus numerosos posgrados, ocupando puestos importantes en la administración de cualquier Estado, ahora son beneficiarios de privilegiadas oportunidades de acceso a esa intelectualidad, creándose lo que podríamos llamar como el nepotismo de la inteligencia.

En este mismo sentido, si adherimos a la tesis de Lasch, en torno a que la meritocracia se opone a la democracia, concluimos entonces que constituye una falacia hablar de democracia participativa y meritocracia a la vez, dentro de un mismo momento

---

<sup>76</sup>Christopher Lasch, *La Rebelión de las élites y la traición a la democracia* (España: Paidós Ibérica, S.A., 1996), 43

<sup>77</sup>Michael Young, *The rise of meritocracy*, 1958.

histórico y proyecto de Estado, pues son términos que en su desarrollo conceptual tienen elementos opuestos.

Con esta necesaria aclaración conceptual, puntualizamos que hemos sido testigos de la propaganda entorno a la “meritocracia” en el sector justicia, en el Ecuador de los últimos años, como mecanismo de selección de los jueces de la Corte Constitucional y en definitiva como el justificativo para designar a quienes ocuparían los más altos cargos como Fiscalía, Procuraduría, Contraloría, entre otros.

La meritocracia fue saludada por la ciudadanía ecuatoriana que se encontraba con una especie de “fatiga cívica”<sup>78</sup> de descontento hacia lo público, que fue el mejor escenario para que su discurso de excelencia académica, de “mentes lúcidas y corazones ardientes”, calara en el imaginario de la población y de cierta forma legitimara todo ese proceso, nadie vislumbraba siquiera toda la farsa que se estaba montando pues únicamente a la luz de hoy podemos visualizar la magnitud real de todo este artificio institucional.

No obstante, el centro del debate de este trabajo está enfocado al sector justicia y de este en particular a la Corte Constitucional ecuatoriana. Como se dijo en líneas anteriores la tensión entre meritocracia y democracia no luce tan evidente, más aún en lo que respecta a la administración de justicia constitucional, empero de aquello cada vez más sectores se han unificado en propender dar matices democráticos al sistema de justicia en general, pudiendo destacar en el plano normativo el pleno reconocimiento de la justicia indígena, el establecimiento de juzgados de paz, el incentivo de medios alternativos para la solución de conflictos<sup>79</sup> a nivel constitucional.

En el plano de los procesos de designación de funcionarios, tenemos la aplicación de acciones afirmativas en torno a minorías étnicas, ruralidad, entre otros; en el plano de la accesibilidad destaca el fortalecimiento de la Defensoría Pública, por traer a colación algunos temas que nos demuestran que los principios democráticos ampliamente entendidos no son lejanos tampoco a la administración de justicia.

Esto se hace cada vez más explícito si tomamos en cuenta que ese intelectual, comprometido con las causas sociales, consciente de la realidad que lo rodea, debe

---

<sup>78</sup>Alfredo Ramos Jiménez, *La construcción del orden democrático. Burocracia, Tecnocracia y Meritocracia* (Mérida-Venezuela: Centro de Investigaciones de Política Comparada. Universidad de los Andes, 2014), 23.

<sup>79</sup> Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, art. 171, 178, 189 y 190.

sobrepasar las fronteras de su entorno académico y buscar el diálogo con otros sectores menos favorecidos, al que lo que llaman el “intelectual público”<sup>80</sup>.

Alfredo Ramos Jiménez, cita a Altamirano, respecto de lo anterior en este sentido: “Al intervenir en el debate o al suscitarlo –advierte Altamirano- en la introducción de su escrito crítico-, el intelectual público suele valerse de su competencia en alguna disciplina, pero pretende una comunicación que no se limite a sus colegas ni al campo disciplinario al que pertenece. La democracia es su ambiente propicio”.<sup>81</sup>

La explicación que se hace sobre el intelectual público, refiere a esa persona especializada que traspasa los márgenes de su auditorio externo, ampliándolo a aquello que no son sus pares o colegas e incluso a quienes poseen otro tipo de conocimientos o especialización, a fin de democratizar por medio de la comunicación el conocimiento y poner al debate sus tesis. El actuar del intelectual público va sintonizándose con el deber ser del juez constitucional, por más difícil que parezca, tomando en cuenta que la propia Corte Constitucional, ha esgrimido como uno de los elementos de la motivación -necesaria de toda sentencia o resolución administrativa- a más de la razonabilidad y la lógica, le ha sumado la comprensibilidad, explicada esta última en los siguientes términos: “Comprensibilidad, requisito que exige que todas las decisiones judiciales sean elaboradas con un lenguaje claro y sencillo, que permita su efectivo entendimiento por parte del auditorio social”.<sup>82</sup>

En esa línea argumentativa también la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, ha reconocido la necesidad de la comprensibilidad en su artículo 4, numeral 10, desarrollándolo bajo el término de comprensión efectiva<sup>83</sup>.

En lo que concierne al alineamiento o predisposición política, en el caso de la Corte Constitucional no existe la divergencia ideológica marcada, como en algunos casos

<sup>80</sup> Alfredo Ramos Jiménez, *La construcción del orden democrático. Burocracia, Tecnocracia y Meritocracia* (Mérida-Venezuela: Centro de Investigaciones de Política Comparada. Universidad de los Andes, 2014), 208.

<sup>81</sup> Carlos Altamirano, “Intelectuales. Notas de investigación sobre una tribu inquieta”, en *La construcción del orden democrático. Burocracia, Tecnocracia y Meritocracia*, Alfredo Ramos Jiménez (Mérida-Venezuela: Centro de Investigaciones de Política Comparada. Universidad de los Andes, 2014), 208.

<sup>82</sup> Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. - 086-16-SEP-CC, caso No. - 0476-13-EP

<sup>83</sup> Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Art. 4, num. 10.- Comprensión efectiva. - Con la finalidad de acercar la comprensión efectiva de sus resoluciones a la ciudadanía, la jueza o juez deberá redactar sus sentencias de forma clara, concreta, inteligible, asequible y sintética, incluyendo las cuestiones de hecho y derecho planteadas y el razonamiento seguido para tomar la decisión que adopte.

citados en la obra “Jueces sin Toga” en donde en escala de 1 a 10 ubica a los jueces del Tribunal Constitucional, siendo los cercanos a 01 aquellos de tendencia de izquierda mientras que los cercanos al 10 catalogados de derecha, sino que por el contrario el análisis va por la cercanía partidista hacia el movimiento político hegemónico; es decir Alianza País<sup>84</sup>, pues como se ha investigado los nombrados jueces constitucionales en su mayoría eran cercanos a los círculos del poder gobernante a esa época.

La Corte Constitucional que se posesionó en 2012, luego de la de transición, admitió a trámite 12.863 casos, de los cuales sólo 2.635 tuvieron sentencia (20,4%), mientras que 10.228 aún esperan una resolución, según se puede establecer al consultar el propio portal de la institución, según información proporcionada en un reportaje elaborado por el portal web de investigación Plan V del 21 de mayo del 2018<sup>85</sup>.

Por ello conviene estudiar la independencia de la Corte Constitucional del Ecuador desde dos aristas que son las garantías formales y las prácticas informales, que viene a ser dos caras de la misma moneda. Las primeras constituyen todas las instrumentalizaciones que constan en el texto constitucional y en la ley para intentar asegurar la independencia, mientras que las segundas se encuentran en el plano de lo político, de las lealtades políticas, de las supuestas simpatías o cercanías de los jueces con el poder.

En el plano de lo formal entonces podemos ver que la Asamblea Constituyente diseñó un modelo que en efecto da a suponer las claras intenciones de blindar a los jueces de la máxima corte del país frente al poder político. Por ello tenemos, la imposibilidad de ser enjuiciados políticamente, a diferencia de lo que ocurría con la Constitución de 1998 y los vocales del ex Tribunal Constitucional. En el mismo sentido, el hecho de que no pueden ser destituidos por la autoridad que los eligió o designó, sino que sólo pueden ser destituidos por el propio pleno de la corte.

En torno a la forma de designación en teoría se buscaba eliminar la influencia política de los jueces que en otrora eran propuestos, entre otros, por sectores que

---

<sup>84</sup> Alianza País, no logró constituirse como un partido político sino como un movimiento, pero para fines de este trabajo se empleará ambos términos de manera similar

<sup>85</sup>Ecuador Plan V, “Los pecados capitales de la corte constitucional”, Sección Política, 21 de mayo del 2018, párr. 4, <https://www.planv.com.ec/historias/politica/pecados-capitales-la-corte-constitucional>.

representan intereses corporativistas, cambiando esto por un discurso de meritocracia, designados por una comisión especial del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social. Lo que no se avizoró es el escenario en que la hegemonía de un grupo o sector político, tenga influencia directa sobre las diferentes funciones del Estado, dirigidas desde el Ejecutivo, que desencadenó en designaciones de ciertos jueces con cercanías al gobierno, lo que se enmarca en el plano de las denominadas prácticas informales.

Lo anterior es una postura que guarda coherencia si se toma en cuenta que existe una relación directa de independencia con la separación de poderes, desde la Revolución francesa se avizoraba esta correspondencia, pues la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 consideraba en su artículo 16 que: “toda sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de poderes definida, no tiene Constitución”.

El hablar de designaciones de jueces con “cercanías”, “lealtades políticas” o “teóricas simpatías” en igual forma, como ha quedado manifestado se encuentra dentro de un plano subjetivo, posible, por lo que la forma o método de designación de jueces constitucionales lo que hace es aproximarnos al análisis de la independencia de la Corte Constitucional.

En esta línea de ideas, la forma de designación y los posibles vínculos o cercanías de los jueces sí forman parte de tantas consideraciones que permiten formarse un criterio sobre el nivel de independencia no total o absoluto, pero si sugerente.

Por ejemplo, en el estudio realizado por Diaz Rivillas y Ruiz Rodríguez Leticia, titulado, “Percepciones sobre independencia judicial en Nicaragua”, los autores detallan la variable del Sistema de nombramiento de jueces, como parte de la dimensión de Política interna, teniendo como indicadores: evaluación general del sistema de nombramiento, importancia de contactos para convertirse en juez, existencia de familiares en política y existencia de familiares en el organismo judicial.<sup>86</sup>

De este estudio se infiere entonces que es viable tener en cuenta indicadores que nos sugieran posibles inferencias respecto a la independencia de la Corte Constitucional del Ecuador, siendo de utilidad mencionar que desde antes de su elección esta Corte Constitucional estuvo marcada con su cercanía con el gobierno de Correa, tanto que dentro de las personas que conformaban la comisión para la selección encontramos nombres como Néstor Arbito, quien fue ex funcionario del Ministerio de Justicia,

---

<sup>86</sup> Diaz Rivillas, Borja and Leticia Ruiz Rodriguez - Latin American ... (yumpu.com)



Derechos Humanos y Cultos, o como Juan Cevallos Alcívar, ex asesor de Ricardo Patiño y que en julio del 2008 fue posesionado como vocal del Tribunal Supremo Electoral (TSE) en representación de Alianza PAIS, fue además asesor jurídico en el Ministerio del Litoral, y en el Ministerio de la Política. En lo que respecta a los jueces constitucionales podemos detallar la cercanía al gobierno por parte de estos, según el siguiente detalle:

Tabla No 1  
Cercanía política de los ex jueces constitucionales con el gobierno

JUEZ CONSTITUCIONAL	CERCANÍA CON EL GOBIERNO DE CORREA
Patricio Pazmiño	Presidente de la Corte Constitucional (2008-2016). Mociónado por el gobierno de Correa ante la OEA, para conformar la Corte IDH. Cuestionado por su cercanía al ex presidente Correa y a Ricardo Patiño, hecho que no ha ocultado en declaraciones a la prensa en Washington, como lo recoge el diario brasileño O Globo. Actual Vicepresidente de la Corte IDH.
Wendy Molina	Asesora del entonces presidente de la Corte Constitucional, Patricio Pazmiño, desempeñando esa función participó para jueza de la Corte y ganó. Trabajó en la Procuraduría General del Estado y en el Ministerio del Ambiente. Dentro del proceso del caso “Sobornos 2012-2016” se conoció sobre negociaciones con Pamela Martínez para reelección. Esta información fue extraída de su celular por la Fiscalía. Fue juez ponente en el dictamen que dio paso a las enmiendas constitucionales entre ellas el tema de la reelección indefinida.
Marien Segura	Postulada por el expresidente Rafael Correa para jueza de la Corte Constitucional. Antes de su designación como jueza constitucional trabajó en el Ministerio de Justicia, siendo Directora de la penitenciaría de máxima seguridad del Litoral, La Roca, como analista de Rehabilitación Social, también fue abogada de la misma Cartera de Estado, trabajó en la Subsecretaría del Litoral, después pasó a formar parte

	de Ministerio de Salud y finalmente se desempeñó como jueza de la Niñez y Adolescencia del Guayas.
Tatiana Ordeñana	Fue asesora del Ministerio del Litoral en 2008, además de consejera en el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social de 2010 a 2012. La jueza de la Corte Constitucional, Tatiana Ordeñana, contrajo matrimonio civil en el Palacio de Gobierno con Marco Navas Alvear, miembro del Consejo de Educación Superior, CES, y otro adherente del proceso correista. Es investigada por presunto delito de lavado de activos.
Roxana Silva	Fue asesora en el Ministerio de Desarrollo Social y en el INFA, en el 2009 integró el primer Consejo de Participación Ciudadana Transitorio, del 2011 al 2015 fue vocal del Consejo Nacional Electoral; CNE. En el 2015 asumió como Jueza de la Corte Constitucional y fue cesada en 2018 por el CPCCS Transitorio acusada de conflicto de intereses a raíz de sus vínculos con la Función Ejecutiva. Según datos de la Superintendencia de Compañías, es accionista de Cervecería Nacional con el 0,0002% de participación. A su nombre constan ocho bienes: seis en Quito y dos en Guayaquil, cuyo avalúo total aproximado es de USD 1.1 millón de dólares. Es investigada por el delito de lavado de activos.
Manuel Viteri Olvera	Fue el juez con más ausencias en sesiones del pleno en el período 2012-2018, con un total de 115. Es investigado desde 2018 por presunto lavado de activos.
Francisco Butiñá	Fue propuesto como para el proceso por el presidente Correa, se desempeñó como asesor de la Secretaría Nacional de Gestión de Riesgos, del Ministerio del Deporte y también en el Ministerio de Transporte y Obras Públicas.
Alfredo Ruiz	Se lo relaciona con Alexis Mera Giler. También figura como cercano Ivolé Zurita, registrador de la propiedad de Guayaquil. Fue Decano de Jurisprudencia de la Universidad de Guayaquil, en épocas anteriores

	fue muy cercano al Partido Socialista, aliado incondicional de correísmo.
Pamela Martínez	En el 2015 para la renovación de la Corte Constitucional obtuvo la calificación perfecta de 100 puntos, curiosamente fue Presidenta de la Comisión de calificación del CPCCS para el concurso de jueces de la Corte Constitucional en 2012. De los jueces tal vez Martínez haya sido la más cercana a Correa, siendo Asesora del despacho presidencial, de 2009 a 2012, Su hermano Jorge Martínez desempeñó el cargo de asesor en la Presidencia, mientras que su otro hermano Mauricio Martínez fue asesor del Ministerio del Interior, su esposo el Abg. Jimmy Salazar fue asesor de la Corte Constitucional en 2011. <u>Esta ex jueza fue sentenciada dentro del sonado caso sobornos 2012-2016, el pasado miércoles, 08 de abril del 2020, por parte de la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia.</u>

Fuente: <https://www.elcomercio.com/actualidad/criticas-patricio-pazmino-elegido-corteidh.html>;  
<https://www.eluniverso.com/noticias/2017/12/21/nota/6535738/corte-constitucional-admite-juicio-politico-jorge-glas>  
<https://www.eluniverso.com/noticias/2019/01/31/nota/7166768/discrecionalidad-vinculos-riesgo-marcaron-corte-constitucional>

Elaborado: Franklin Hermosa G.

De lo expuesto, se podría sugerir que la cercanía de los postulantes a jueces con el gobierno de Correa, terminó finalmente en su designación, cuya viabilidad se consolidó con el diseño del método para el efecto, lo que luego se materializó en un funcionalismo de la Corte Constitucional hacia el gobierno de turno, considerando sus pronunciamientos en temas relevantes como por ejemplo la sentencia respecto a la Ley de Minería, el dictamen de constitucionalidad que dio paso a las enmiendas en 2014 durante el gobierno de Correa y la sentencia que declara la inconstitucionalidad por la forma de las enmiendas realizadas en 2014 por parte de la Asamblea nacional, esto ya en el gobierno de Lenin Moreno, cuyos detalles explicativos constan en los anexos de este trabajo.

Muchos podrán mencionar por otro lado, que estas sentencias no constituyen elementos determinantes que nos lleven a concluir la falta de independencia de la Corte Constitucional, pues el derecho constitucional permite un amplio margen de posibilidades de solución de una problemática, en donde todas perfectamente pudieran ser idóneas

dependiendo del punto de vista del análisis, como ya quedó demostrado en este trabajo cuando se trajo a colación sentencias disimiles de la Corte Colombiana y del Tribunal Constitucional de Bolivia en un mismo tema -reelección indefinida- y en circunstancias muy parecidas, lo que nuevamente nos devuelve al mar de la subjetividad, lo que no nos debe asustar debido a la particularidad del asunto. Linares que habla de la dimensión positiva (argumentación, aplicación normativa) y negativa (preferencias, cercanías, injerencias) nos da cuenta de esto, en los siguientes términos:

“Cualquiera de estas dos dimensiones es de naturaleza “invisible”. Se trata, como se ha dicho, de un auténtico concepto de “caja negra” (Schedler, 2000, p. 393) porque no podemos observar sus referentes objetivos: la mente del juez y su manera de razonar (dimensión positiva) están totalmente fuera de nuestra observación directa y sucede lo mismo con su contraparte (la dimensión negativa): las simpatías preconcebidas, las lealtades, coerciones o injerencias impropias en la aplicación de la ley rara vez son directamente observables.”<sup>87</sup>

Esto es evidente pues no tenemos tampoco la realidad de Nicaragua -por citar un caso concreto- en donde en la década de los noventa e inicios del nuevo milenio, los jueces de la Corte Suprema de Justicia eran designados por el Congreso de la República y la gran mayoría de los magistrados habían sido antes diputados o incluso fundadores o militantes de los partidos políticos influyentes.

Una forma de aproximación a la valoración de la independencia judicial, podría ser la percepción de credibilidad de la Corte Constitucional por parte de expertos, miembros o ex miembros de la propia corte, así como de los usuarios de la administración de justicia constitucional, método que ha sido empleado por Diaz Rivillas y Ruiz Rodríguez en su estudio sobre la independencia judicial en Nicaragua.<sup>88</sup>

Para el caso ecuatoriano bien podría planificarse un sondeo de opinión con un universo considerable en el que se formule la siguiente interrogante: ¿Cuál cree usted que es el grado de incidencia que tuvo el poseer amistad o vínculos cercanos con el gobierno

---

<sup>87</sup> KORNHAUSER, Lewis, “*Is Judicial Independence a Useful Concept? Capítulo 3 en: Judicial Independence at the Crossroads. An interdisciplinary Approach. Burbank S. y Friedman*”, (B. Editores. Sage Publicaciones, 2002). pp. 45-55.G

<sup>88</sup> Diaz Rivillas, Borja; Ruiz Rodriguez, Leticia. Percepciones sobre independencia judicial en Nicaragua. Artículo presentado en LASA 2003.

para la designación de los jueces de la Corte Constitucional del Ecuador durante el gobierno de Rafael Correa? Para el efecto se debe considerar una escala de 01 a 10, siendo 01 poco importante y 10 muy importante.

Acto seguido se podría proponer una segunda interrogante en los siguientes términos: ¿Cree usted que las garantías institucionales (inexistencia de juicio político, estabilidad, forma designación y destitución) han coadyuvado a establecer la independencia de los jueces de la Corte Constitucional del Ecuador en el gobierno de Correa?

De seguro, al interpretar los resultados nos encontraríamos con inferencias muy interesantes, por lo pronto lo que se tiene son los porcentajes de credibilidad del sistema de justicia actual en dónde sólo tres de cada diez ecuatorianos creen en la justicia, según un especial del noticiero 24 Horas del canal Teleamazonas,<sup>89</sup> lo que da cuenta de un criterio mayoritario de desconfianza, obviamente salvando las diferencias con la Corte Constitucional que no pertenece a la Función Judicial pero que si es asumida por la población como parte de la idea de justicia, lo que nos brinda una idea de la percepción ciudadana.

Al final del día, todos los estudios e informes al respecto serán aproximaciones sugerentes al desentrañamiento de la realidad, siendo percibida esta de diferentes formas y enfoques a razón de los métodos que se empleen, no olvidemos el estudio de Gargarella respecto a la independencia de la Corte Suprema de Justicia de Argentina en el período comprendido entre 1990 y 1997, el cual concluía en que esa judicatura poseía características y actuaciones con una “consistencia axiológica estable”<sup>90</sup> que la encasillarían como independiente. Al contrario de esto surgieron otros estudios con otros enfoques basados en la percepción de los usuarios del sistema, que llegaban a una conclusión totalmente antagónica, es decir de una dependencia política mientras se tenía la certeza de que el gobierno continuaría en el poder.

Completando la tesis de Santiago Basabe que indica que en escenarios de inestabilidad institucional y desazón frente a su permanencia en el cargo los jueces votan

---

<sup>89</sup> Jueces ecuatorianos se encuentran en los últimos lugares de credibilidad (teleamazonas.com)

<sup>90</sup> Sabastian Linarea, “La independencia judicial: conceptualización y mediación”, (Revista: Política y Gobierno-vol.XI, 2014), 103.

de forma “sincera”<sup>91</sup>, con lo ocurrido en la Corte Constitucional durante el gobierno de Correa, podemos invertir el resultado quedando la premisa de la siguiente manera: a mayor estabilidad los jueces presentan un voto estratégico alineado al gobierno.

Resumiendo:

Tabla No 2  
**Relación entre estabilidad y voto en los jueces del Tribunal Constitucional y de la Corte Constitucional**

	<b>ESTABILIDAD</b>	<b>VOTO</b>
JUECES TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	MENOR	SINCERO
JUECES CORTE CONSTITUCIONAL	MAYOR	ESTRATÉGICO

Fuente: Autor  
Elaboración: Autor

A manera de corolario; en el período 2008-2018, las sentencias de la Corte Constitucional, que pudieren considerarse estratégicas o de impacto nacional fueron adoptadas por votación de mayoría, entre ellas las sentencias dentro de las demandas de inconstitucionalidad de la Ley de Minería, Ley Orgánica de Comunicación, así como el dictamen de constitucionalidad que dio paso a las enmiendas constitucionales en 2015, fueron en base a ocho votos a favor de nueve posibles, pronunciamientos que han sido muy cuestionados por la opinión entendida en la materia y que se resumen en los anexos de este trabajo, hecho que confirmaría la viabilidad de la idea del voto estratégico afín al gobierno, demostrando que al interior del pleno todos terminaban alineándose a las tesis del poder político.

Por otro lado, se podría manifestar también que el juicio político a los jueces constitucionales *per se* no constituye garantía de control cívico, sino que por el contrario puede ser una herramienta de presión en ciertos casos y en otros, resultaría ineficaz sin ser siquiera empleado dentro de cierta coyuntura política con la existencia de grupos o partidos que gobiernan el país y que a su vez están representados a través de mayorías aplastantes al interior del parlamento.

---

<sup>91</sup> Santiago Basabe, *Jueces sin toga: Políticas judiciales y toma de decisiones en el Tribunal Constitucional del Ecuador*, (Quito: FLACSO-SEDE ECUADOR, 2011), 152.

En este sentido, se justifica por ejemplo la garantía formal establecida constitucionalmente de la imposibilidad del juicio político a los jueces de la máxima corte del país, misma que mantiene en pie los muros que impiden a los políticos arremeter contra los jueces de la Corte Constitucional, siempre y cuando la selección de estos últimos sea más democrática, abierta y transparente a fin de garantizar su idoneidad e independencia política.

Para el efecto, una posible alternativa, que está lejos de ser la solución a todos los males y que amerita mayor análisis y perfeccionamiento -sin duda- contendría en resumen los siguientes aspectos:

- Impulsar una reforma al proceso de designación de los jueces constitucionales, llevando a cabo un concurso con postulación abierta y no necesariamente desde la institucionalidad, dentro del cual se incluya una valoración a los participantes promocionados por los colegios de abogados, universidades, organizaciones sociales, ecologistas y de Derechos Humanos, entre otras, expidiéndose para el efecto un reglamento con los aportes de la academia, los colegios de abogados a nivel nacional, la Defensoría del Pueblo, las organizaciones de Derechos Humanos y los jueces de la Corte Constitucional.

- Una de las inhabilidades a considerarse sería el haber ejercido una función pública de confianza en los últimos cinco años.

- Las listas de los mejores ubicados se someterán a un proceso de escrutinio público con la apertura para una protagónica veeduría ciudadana, estableciendo plazos razonables para el efecto, así como para el descargo ante posibles cuestionamientos, los cuales serán resueltos por el pleno del CPCCCS, en sesión pública, transmitida por los canales del Estado.

Es así que, la realidad que vivimos se ve marcada por la complejidad de garantizar la independencia absoluta de los jueces constitucionales junto a un discurso falso de la meritocracia, las formas y métodos de designación y la peligrosa cercanía de los magistrados al poder político, son aspectos que nos proporcionan indefectiblemente ejemplificaciones prácticas y públicas -materializadas a través de sentencias- que denotan cierto grado de funcionalismo de los jueces de la Corte Constitucional hacia el gobierno que ejerce el poder, conforme nos llevaría a pensar los fallos que se incluyen como anexos de este trabajo.





## Conclusiones

Los albores primigenios de lo que hoy entendemos como independencia judicial aparecen con la tesis de la separación de poderes, que en su primer esbozo planteaba en estricto, el debido distanciamiento entre el Legislativo y el Ejecutivo principalmente, pues la administración de justicia formaba parte de este último.

En este sentido, la separación de poderes y la independencia judicial en la modernidad no puede entenderse como el divorcio absoluto de las funciones del Estado; sino por el contrario la relación simbiótica entre la institucionalidad entre sí y esta a su vez con la sociedad, con mecanismos de diálogo y participación que permitan superar el modelo de Estado autista.

Es de esta forma que con el avance del constitucionalismo social el juez constitucional ha ganado protagonismo, en lo que se ha denominado como activismo judicial; accionar que constituye una respuesta ante la problemática que atraviesan los sectores más vulnerables; sin embargo, como ha quedado de manifiesto, este actuar obedece a una reacción desesperada de ciertos administradores de justicia constitucional, ante la ineficacia de los gobiernos, no siendo una práctica que aspiremos se perennice, pues no podemos dejar la solución de los problemas de la sociedad en manos los jueces, ya que esto nos mantendría en un permanente litigio intra institucional.

Un aspecto importante a destacar es la forma de designación de los jueces del Tribunal Constitucional, que preveía la Constitución de 1998, en su artículo 275, misma que sin duda estaba marcada por los conceptos de representación y corporativismo, pues eran elegidos por el Congreso Nacional de ternas presentadas por los alcaldes y prefectos, por las centrales de trabajadores y las organizaciones indígenas y campesinas de carácter nacional legalmente reconocidas y por las Cámaras de Producción, a más de las propuestas por el Ejecutivo, Legislativo y la Corte Suprema de Justicia, esto implicaba que la composición del Tribunal Constitucional sea evidentemente diversa en torno a la afinidad política e ideológica.

En contraposición a este método, con la Constitución del 2008 y con el gobierno de Correa, se desarrolló todo un esquema que en el discurso planteaba la meritocracia e independencia individual de los jueces constitucionales electos. No obstante, de aquello, la evidencia nos ha demostrado la falsedad de la meritocracia en su esencia y aplicación, teniendo una Corte Constitucional cuyos miembros han sido peligrosamente cercanos al

movimiento político hegemónico siendo funcional a los intereses del gobierno, con ejemplos groseramente palpables de aquello.

De esto, se colige que la Corte Constitucional en temas considerados de interés nacional ha ido adecuando su postura de manera funcional a los intereses del gobierno que ostenta el poder, en su momento Correa y en lo posterior Moreno, ubicándose como una pieza estratégica dentro de la institucionalidad y muy lejos de la tan ansiada independencia judicial.

El modelo actual entorno al procedimiento de designación de jueces constitucionales, en términos democráticos no ha sido mejor que el anterior, pues si bien por un lado ha vendido muy bien las tesis de la meritocracia, en la práctica hemos visto que el procedimiento de designación de jueces de la Corte Constitucional, con un régimen presidencialista y una influencia importante del ejecutivo en todas las funciones del Estado han desencadenado una peligrosa cercanía de los jueces al poder político.

De ahí que, la forma de designación de los jueces de la Corte Constitucional, establecida a partir de la Constitución de 2008, no representa un aporte que coadyuve a fortalecer la independencia de esta magistratura, pues considera candidatos propuestos desde la institucionalidad; es decir de las funciones del Estado, que en ciertos casos pueden responder a un partido hegemónico -como ha sucedido- debiendo avanzar a un proceso de participación abierto que viabilice la representación de las organizaciones sociales y grupos de la academia, esto junto sumado a una fuerte dosis de veeduría ciudadana.

Si bien es cierto, el modelo actual posee mecanismos formales que en la teoría coadyuvan a aumentar la independencia de la Corte Constitucional, no terminan siendo absolutas garantías por lo que se debe profundizar los estudios en los hechos reales y en las prácticas informales.

## Bibliografía

- Acosta, A. (s.f.). *Libre Red*. Obtenido de Gobierno de Correo ha beneficiado a los grandes grupos económicos : <http://www.ecuadorlibrered.tk/politica/4778-gobierno-de-correa-ha-beneficiado-a-los-grandes-grupos-economicos-dice-acosta>.
- Astudillo, C. (2008). Laciencia del Derecho Procesal. En E. F. Mac-Gregor, *Teoría General del Derecho Procesal* (pág. 265). Mexico: Universidad Autónoma de Mexico.
- Ávila Santamaría, R. (2011). *El neo constitucionalismo transformador*. Quito: Abya Yala.
- Bassabbe, S. (2011). *Jueces sin toga: Políticas judiciales y toma de decisiones en el Tribunal Constitucional del Ecuador*. Ecuador: FLACSO.
- Bobbio, N. (1985). *El Futuro de la Democracia*. Barcelona: Plaza Janés.
- Burgos, G. (2003). *Independencia Judicial en América Latina*. Bogotá: ISLA.
- Calderon, F. R. (1996). *La Rebelión de las élites y la tradición a la democracia*. España: Paidós Ibérica.
- Cornejo, T. (2002). *Juez y División de poderes hoy*. Buenos Aires : Ciudad Argentina.
- Correa, R. (14 de Enero de 2010). (C. RTU, Entrevistador)
- Correa, R. (15 de Enero de 2012). *Diario el Telégrafo*.
- Dávalos, P. (2014). *Alianza País o la Reinención del poder, siete ensayos sobre el pos neoliberalismo en el Ecuador*. Colombia: Desde Abajo.
- Díaz Rivillas, Borja; Ruiz Rodríguez, Leticia. Percepciones sobre independencia judicial en Nicaragua. Artículo presentado en LASA 2003
- Edouard, L. (2010). *El gobierno de los jueces*. Madrid: Tecnos.

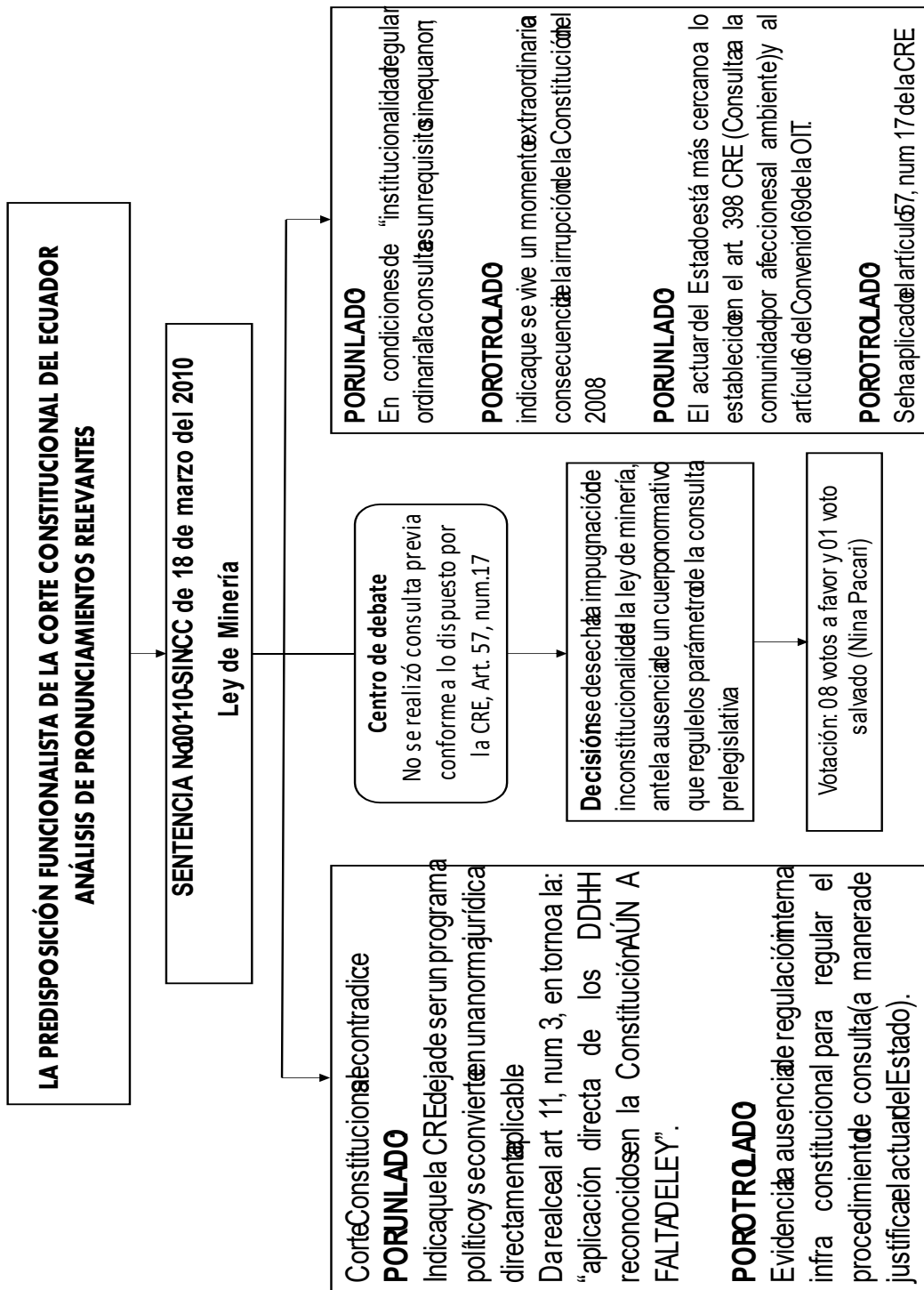
- Gaegarella, R., Arrimada, L., & Rzoncinsky, F. O. (2009). *Teoría Crítica del derecho constitucional* (Vol. Tomo I democracia). Buenos Aires: Abeledo Perrot S.A.
- Geny, F. (2000). *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Granada: Comares.
- Herrendorf, D. (1998). *El Poder de los jueces*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Isonomía. (1997). Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica. *Revista de teoría y filosofía de derecho*.
- Lafuente, J. (24 de Febrero de 2016). *Bolivia le dice no a la intención de Evo Morales de buscar reelección*. Obtenido de Revista El País: [https://elpais.com/internacional/2016/02/24/actualidad/1456274986\\_514912.html](https://elpais.com/internacional/2016/02/24/actualidad/1456274986_514912.html)
- Lasch, C. (1996). *La Rebelión de las élites y la traición a la democracia*. España: Paidós Iberica.
- Martínez, M. A. (s.f.). *Revista Mexicana de sociología*. Obtenido de Cielo: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid>
- Nanclares, A. (2011). *Los jueces de mármol*. Colombia: Grupo Ibañez.
- Nieto, A. (2005). *Fundación Alfonso Martín Escudero, en el Desgobierno Judicial*. Fernández: Trotta, tercera edición.
- O'Donnell, G. (s.f.). *Acerca del corporativismo y la cuestión del Estado*. Obtenido de <http://repositorio.cedes.org/bitstream/123456789/3292/1/>
- Ospina, P. (2011). Corporativismo Estado y revolución ciudadana. El Ecuador de Rafael Correa. En C. Buschges, *Culturas políticas en la región Andina*. España.
- Oyarte, R. (2005). El juicio político en la Constitución Ecuatoriana. *Revista de Derecho*.
- Pelayo, G. (2014). Burocracia y Tecnocracia y otros escritos. En A. R. Jiménez, *La construcción del orden democrático* (pág. 62). Mérida, Venezuela: Universidad de los Andes.

- Quintana, L. (2007). *Segundo V. Tratado de Interpretación Constitucional, Tomo I*. Buenos Aires: LexisNexis.
- Quintana, L. (2007). Segundo Volumen. En C. Laplacette, *Tratado de interpretación Constitucional* (pág. 566). Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Ramos, A. (2014). *La construcción del orden democrático. Burocracia, tecnocracia y Meritocracia*. Merida-Venezuela: Universidad de los Andes.
- Resumen Ejecutivo, C. E. (s.f.). *Resumen Ejecutivo, Comisión Ecuménica de Derechos Humano*. Obtenido de Caso Coriente Resource: <https://www.fidh.org/IMG/pdf/Resumen-Ejecutivo-Intervencion-Minera.pdf>
- Reyes, M. A. (1988). El control parlamentario como control político. En *Estudios en homenaje al Dr. Hector Felix Zamudio Tomo I* (pág. 3). Mexico: UNAM.
- Santos, B. d. (2010). Para una democracia de alta densidad. En *Ecuador Debate ¿La democracia en sus límites?* (págs. 63-76). Quito: CAAP.
- Tribunal Constitucional vs. Perú, Sentencia (CIDH 2001, párrafo 77).
- V, E. P. (30 de Octubre de 2017). *Decreto 193: sigue la sombra de la disolución*. Obtenido de <https://www.planv.com.ec/historias/politica/decreto-193-sigue-la-sombra-la-disolucion/>
- Weber, M. (s.f.). *¿Qué es la burocracia?* Buenos Aires: Leviatan.
- Young, M. (1958). *The rise of meritocracy*.



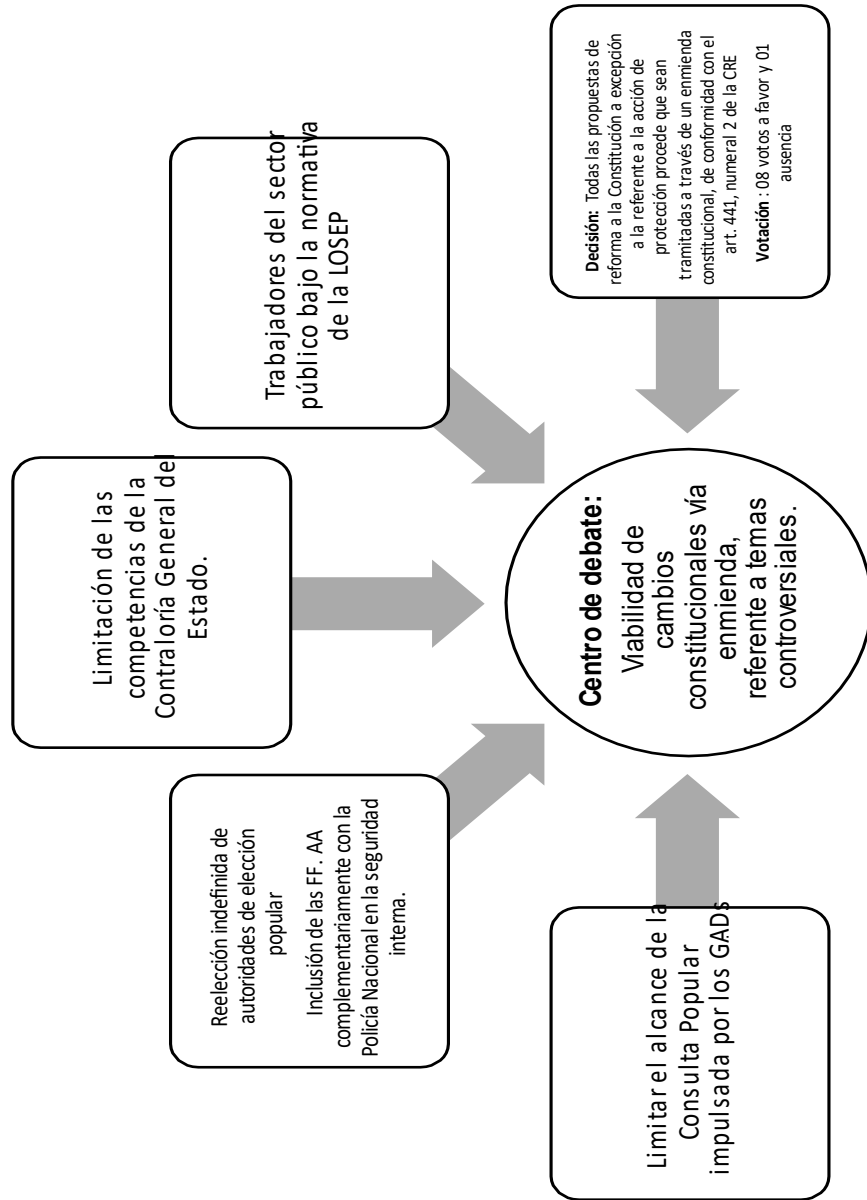
ANEXOS

SENTENCIA No. - 001-10-SIN-CC de 18 de marzo del 2010 Ley de Minería



**Dictamen No. - 001-14-DRC-CC de 31 de octubre del 2014**  
**ENMIENDAS CONSTITUCIONALES**

**Dictamen No. - 001-14-DRC-CC de 31 de octubre del 2014**  
**ENMIENDAS CONSTITUCIONALES**





**Sentencia No. - 018-18.SIN-CC de 01 de agosto del 2018**  
**Constitucionalidad de las enmiendas efectuadas en el 2015**

