

SUSCINTO COMENTARIO SOBRE LAS CINCO PREGUNTAS DEL REFERENDUM CONSTITUCIONAL

*Iván Castro Patiño**

1. CONSULTA POPULAR-REFERENDUM-PLEBISCITO

Consulta popular es el género; referéndum y plebiscito son las especies.

La consulta popular es el acto por medio del cual se pregunta al pueblo soberano si aprueba o desaprueba, el o los temas sometidos a su consideración. Cuando la consulta se refiere a la aprobación o reforma de una Constitución o una norma de carácter legal estamos en el caso del referéndum. Cuando la consulta refiere a otros temas importantes, pero que no implican, al menos en forma automática, una reforma constitucional o legal estamos en el caso del plebiscito.

El presente artículo se referirá exclusivamente a las cinco primeras preguntas de la consulta popular convocada para el próximo 7 de Mayo, que son las que proponen reforma a la Constitución. El análisis de cada una de ellas será breve, refiriéndome exclusiva-mente a algunos aspectos que particularmente me han llamado la atención, considerando que en este mismo libro, otros distinguidos profesores realizan exhaustivos y profundos comentarios particularizados sobre cada una de estas cinco preguntas.

2. LA ENMIENDA DE LA CONSTITUCIÓN

El Art. 441 de la CRE dice “La *enmienda* de uno o varios artículos de la Constitución, que no altere su estructura fundamental, o el carácter y

* Decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil. Profesor de las materias de Derecho Constitucional y de Derecho Laboral. Profesor de pre y pos grado sobre temas constitucionales.

elementos constitutivos del Estado, que no establezca restricciones a los derechos y garantías, o que no modifique el procedimiento de reforma de la Constitución, se realizará: 1. Mediante referéndum solicitado por la Presidenta o Presidente de la República, o por la ciudadanía con el respaldo de al menos el ocho por ciento de las personas inscritas en el registro electoral. 2. Por iniciativa de un número no inferior a la tercera parte de los miembros de la Asamblea Nacional... La reforma sólo se aprobara si obtiene el respaldo de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea Nacional.”

Como vemos, la CRE en este artículo utiliza la palabra *enmienda*, aparentemente distinguiéndola de la reforma constitucional.

En los Estados Unidos de Norte América, cuando se utiliza el término de “Enmienda de la Constitución”, se refieren a aspectos centrales, a modificaciones de fondo en el contenido constitucional, como por ejemplo las diez primeras enmiendas, aprobadas entre los años 1789 y 1791, que incorporaron toda la parte dogmática, de la que originalmente carecía la Constitución aprobada en Filadelfia en 1787.

En Ecuador, por el contrario, el término “enmienda” utilizado en el Art. 441 de la CRE, se refiere a cambios no sustanciales pues a través de una enmienda no se podría alterar la estructura fundamental de la Constitución, o el carácter o elementos constitutivos del Estado; tampoco se podría establecer restricciones a los derechos o garantías, ni modificar el procedimiento de reforma a la Constitución.

La redacción de lo que constituye enmienda según el Art. 441 de la CRE, da lugar a equívocos en cuanto a saber qué “estructura fundamental” prohíbe alterar mediante la enmienda: ¿la de la Constitución o la del Estado? Una primera interpretación, utilizando el método gramatical, nos llevaría a concluir que mediante enmienda no se puede alterar la estructura fundamental de la Constitución, como se aprecia en la parte pertinente de la redacción del Art. 441: “La enmienda de uno o varios artículos de la Constitución que no altere su estructura fundamental... ”; Sin embargo, la Corte Constitucional ha interpretado que la estructura fundamental a la que se refiere dicha disposición es la estructura fundamental del Estado, como se desprende del dictamen # 001-11-DRC-CC, publicado en el suplemento del registro oficial # 391 del 23 de Febrero del

2011, particularmente en las consideraciones formuladas en relación a las preguntas 4 y 5.

A lo expuesto debemos agregar que el mismo Art. 441 comienza utilizando el término de enmienda en su primer inciso, pero termina utilizando el término reforma en el tercer inciso. Por todo lo expuesto, caben las preguntas: ¿Es distinto la enmienda constitucional de la reforma constitucional? ¿Estamos utilizando a contracorriente de la concepción norteamericana el término enmienda para referirnos a las modificaciones menos profundas de la Constitución?

Nuestra LOGJCC, en su Art. 99, en vez de aclarar, complica más las cosas pues, al referirse a las modalidades del control constitucional, establece: "Para efectos del control constitucional de las enmiendas, reformas y cambios constitucionales, la Corte Constitucional intervendrá a través de los siguientes mecanismos: ... 3. Sentencia de constitucionalidad de las enmiendas, reformas y cambios constitucionales". Como se aprecia, no solo que si existirían las enmiendas y reformas de la Constitución, sino que además existen los cambios constitucionales. En otra oportunidad podríamos analizar a profundidad este tema y referirnos también a lo que la doctrina denomina mutación constitucional, que es distinto a la enmienda, a la reforma, y al cambio, en tanto que mientras las tres primeras constituirían casos de modificación voluntaria e intencionada del texto constitucional, la mutación implicaría una modificación no necesariamente acompañada por la intención o la conciencia del cambio .

3. CÓMO SE PUEDE REFORMAR O DICTAR UNA NUEVA CONSTITUCION EN EL ECUADOR

Una de las características de las constituciones rígidas, como es la del Ecuador, es que prevén en sus textos procedimientos especiales y por lo general complejos para proceder a la reforma constitucional. La supremacía formal de la Constitución exige que su reforma esté ligada a un procedimiento distinto y más dificultoso que el de la simple reforma legal.

Hay una razón de fondo para exigir requisitos especiales en la reforma constitucional y es la necesidad de preservar la seguridad jurí-

dica y mantener el pacto político contenido en la Constitución. Si la Carta Suprema pudiese modificarse mediante procedimientos que no requirieran mayorías especiales y un análisis profundo del tema por parte de todos los componentes de la sociedad, se pondría en riesgo la permanencia de las reglas fundamentales que rigen el sistema jurídico nacional, así como el contrato social configurado en la Constitución.

La primera de las Constituciones modernas, que es la de los Estados Unidos de América, estableció en su art. V un complejo procedimiento para la reforma constitucional y, a partir de ese modelo, todas las demás constituciones de los diferentes países, en mayor o menor medida, han sido rígidas en cuanto a su procedimiento de reforma, llegando inclusive en algunos casos a establecer cláusulas pétreas o irreformables.

En la Constitución ecuatoriana, los artículos referentes a la reforma constitucional van desde el 441 al 444 y componen el capítulo III (Reforma de la Constitución) del título IX (Supremacía de la Constitución). Son disposiciones redactadas con una muy mala técnica jurídica que las hace poco comprensibles en una primera lectura, debiendo recurrirse necesariamente, para una mejor comprensión, a las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) , particularmente a los Art. 100 y 101.

Otro defecto consiste en la redacción en negativo, que contiene los Art. 441 y 442 de la CRE, lo que necesariamente obliga a una interpretación a contrario *censu* para saber cómo operan los casos de reforma constitucional establecidos en dichos artículos. Un tercer defecto consiste en la denominación del capítulo III del título IX ya que la misma queda diminuta frente al contenido de los artículos, en donde no solo se prescriben los casos de "Reforma de la Constitución", sino que además se establece la posibilidad de aprobación de una nueva Constitución.

Más allá de lo anotado y para efectos didácticos y de comprensión ciudadana, establecemos los casos, materia, procedimiento, iniciativa y base constitucional y legal de las posibilidades de reforma o dictado de una nueva constitución, que establece la CRE.

CASO I

Contenido de la enmienda:

En los casos de que las reformas se refieran a temas que no impliquen:

- a) Alterar la estructura fundamental o el carácter y elementos constitutivos del Estado;
- b) Restricción a los derechos y garantías constitucionales ; y,
- c) Modificar el procedimiento de reforma a la Constitución.

Trámite:

- A) Referéndum;
- B) Ante Asamblea Nacional: Dos debates (el segundo en los 30 días siguientes al primer año después del 1er debate); requiere voto favorable de 2/3 partes de miembros Asamblea Nacional.

Iniciativa:

Para convocar a referéndum:

- a) - Presidente de la República;
- b) - 8% de inscritos en Registro Electoral

Para proyectos ante Asamblea Nacional

- 1/3 miembros Asamblea Nacional.

Base legal:

- Art. 441 Constitución
- Art. 101 # 2 LOGJCC

CASO II

Contenido de la reforma:

Si se refiere a alterar la estructura fundamental o el carácter del Estado o sus elementos constitutivos.

Trámite:

Se lo realiza ante Asamblea Nacional

2 Debates (al menos 90 días entre 1era y 2da discusión).

Luego aprobado el proyecto de reforma por la Asamblea Nacional, se requiere la aprobación, en referéndum (Más de la mitad de los votos válidos).

Iniciativa:

- Presidente de la República.
- Al menos 1% de inscritos en Registro Electoral.
- Resolución aprobada por mayoría Asamblea Nacional.

Base legal:

- Art. 442 Constitución
- Art. 101 # 2 LOGJCC

CASO III

Contenido de la reforma:

Si se refiere

A) *restringir derechos o garantías*

B) *modificar el procedimiento de reforma constitucional*

Trámite:

Requiere que se instale una Asamblea Constituyente, que aprueba la reforma

Iniciativa:

- Presidente de la República o
- 2/3 partes de la Asamblea Nacional o
- 12% de inscritos en Registro Electoral

Cualquiera de ellos convoca a Consulta Popular para que el pueblo decida si quiere Asamblea Constituyente. La Consulta debe incluir forma de elección de representantes y reglas del proceso electoral.

Base legal:

- Art. 444 Constitución
- Art. 101 # 1 LOGJCC

CASO IV

Contenido del cambio:

Dictar una nueva Constitución

Trámite:

Asamblea Constituyente que elabora el proyecto y se aprueba mediante Referéndum con más de la mitad de los votos válidos.

Iniciativa:

Convocatoria a consulta popular solicitada por:

- Presidente de la República o
- 2/3 partes de la Asamblea Nacional o
- 12% de inscritos en Registro Electoral

Cualquiera de ellos convoca a Consulta Popular para que el pueblo decida si quiere Asamblea Constituyente. La Consulta debe incluir forma de elección de representantes y reglas proceso electoral.

Base legal:

- Art. 444 Constitución.

4. PREGUNTAS DEL REFERÉNDUM:

PREGUNTA 1 ¿Está usted de acuerdo en enmendar el numeral 9 del artículo 77 de la Constitución de la República, incorporando un inciso que impida la caducidad de la prisión preventiva cuando esta ha sido provocada por la persona procesada y que permita sancionar las trabas irrazonables en la administración de justicia por parte de juezas, jueces, fiscales, peritos o servidores de órganos auxiliares de la función judicial, como se establece en el anexo 1?

SI () NO ()

Anexo 1.-

Incorpórese a continuación del primer inciso al numeral 9 del artículo 77, uno que dirá:

"La orden de prisión preventiva se mantendrá vigente y se suspenderá ipso jure el decurso del plazo de la prisión preventiva si por cualquier medio, la persona procesada ha evadido, retardado, evitado o impedido su juzgamiento mediante actos orientados a provocar su caducidad. Si la dilación ocurriera durante el proceso o produjera la caducidad, sea esta por acciones u omisiones de juezas, jueces, fiscales, defensor público, peritos o servidores de órganos auxiliares, se considerará que estos han ocurrido en falta gravísima y deberán ser sancionados de conformidad con la ley."

BREVE COMENTARIO:

Esta pregunta fue considerablemente modificada por la Corte Constitucional; originalmente se planteaba que la ley cambie los plazos razonables para la caducidad de la prisión preventiva enmendando el #9 del Art.77 de la Constitución. De haberse mantenido el texto original remitido por el Presidente de la República dicha reforma solo hubiese sido posible mediante la convocatoria a una Asamblea Constituyente, puesto que estaría restringiendo una garantía de la libertad establecida en la Constitución.

El Presidente de la República acogió la modificación efectuada por la Corte Constitucional; también hubiera podido rechazarla y entonces, simplemente, la pregunta # 1 no hubiera podido ser consultada.

Con el texto actual, lo que se ha hecho es constitucionalizar la norma infra constitucional constante en el Art. 1 de la ley interpretativa del Art. 169 del código de procedimiento penal, publicada en el segundo suplemento del R.O. # 194 del 19 de Octubre del 2007, que hace relación expresa a la suspensión de los plazos determinados para la caducidad de la prisión preventiva, cuando esta haya sido provocada por la persona procesada.

Considero que el principio de la presunción de inocencia se ha salvaguardado y que se está planteando fortalecer la disposición legal que impide que la persona procesada salga en libertad cuando la medida cautelar de prisión preventiva ha caducado por su propia mora o culpa; se propone además que, si dicha caducidad se produce por acciones u omisiones de los operadores de justicia, se considerará que éstos han incurrido en falta gravísima, por lo que deberán ser sancionados.

La aprobación de esta pregunta, en la que votaré positivamente, no traerá mayores cambios en la administración de justicia si, en la práctica, no existen operadores judiciales que tornen eficaz dicha disposición, que ya la debieron haber aplicado por encontrarse actualmente vigente como norma en el código de procedimiento penal.

PREGUNTA 2. ¿Está usted de acuerdo que las medidas sustitutivas a la privación de la libertad se apliquen bajo las condiciones y requisitos establecidos

en la ley, ENMENDANDO LA CONSTITUCIÓN DE ACUERDO AL ANEXO 2?

SI () NO ()

Anexo 2.-

El artículo 77 numeral 1 dirá:

"La privación de la libertad no será la regla general y se aplicará para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, el derecho de la víctima del delito a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones, y para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin fórmula de juicio por más de veinticuatro horas. Las medidas no privativas de libertad se aplicarán de conformidad con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley."

El artículo 77 numeral 11 dirá:

"La jueza o juez aplicará las medidas cautelares alternativas a la privación de libertad contempladas en la ley. Las sanciones alternativas se aplicarán de acuerdo con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley."

BREVE COMENTARIO:

Originalmente esta pregunta que pretende modificar dos numerales del Art. 77 de la Constitución fue formulada por el Presidente de la República, incurriendo en el mismo error que en la pregunta #1, pues pretendía restringir garantías y derechos de los ciudadanos, aumentando el tiempo por el cual, en los casos de delitos fragantes, podría tenerse detenida una persona sin formula de juicio de 24 a 48 horas; y, restringiendo la aplicación de medidas cautelares distintas a la prisión preventiva, sólo a determinados juicios que se ventilan mediante procedimientos especiales.

La Corte Constitucional modificó la redacción originalmente propuesta, bajo el argumento de que los numerales 1 y 11 del Art. 77 de la Constitución son principios y no reglas y que en consecuencia deben ser entendidos como mandatos de optimización que alcanzan en la mayor medida posible su grado de aplicabilidad en función a las reglas a las que están concatenadas.

Mi lectura es que se ha superado el inconveniente de la restricción de las garantías y derechos, en el caso del numeral 1 del Art.77, no así en el caso del numeral 11 del referido artículo, ya que el texto actual de la Constitución establece que *"la jueza o juez aplicará de forma prioritaria sanciones o medidas cautelares a la privación de libertad contempladas en la ley..."*, en tanto que, la reforma suprime la obligación de aplicar prioritariamente las sanciones o medidas cautelares alternativas. Puede ser que ello sea ventajoso pero, es una reforma que no procede a través de un referéndum y requeriría la convocatoria a una Asamblea Constituyente.

PREGUNTA 3. *¿Está usted de acuerdo con prohibir que las instituciones del sistema financiero privado, así como las empresas de comunicación privadas, de carácter nacional, sus directores y principales accionistas, sean dueños o tengan participación accionaria fuera del ámbito financiero o comunicacional, respectivamente, ENMENDANDO LA CONSTITUCIÓN COMO LO ESTABLECE EL ANEXO 3?*

SI () NO ()

Anexo 3.-

En el primer inciso del artículo 312 de la Constitución dirá:

"Las instituciones del sistema financiero privado, así como las empresas privadas de comunicación de carácter nacional, sus directores y principales accionistas, no podrán ser titulares, directa ni indirectamente, de acciones y participaciones, en empresas ajenas a la actividad financiera o comunicacional, según el caso. Los respectivos organismos de control serán los encargados de regular esta disposición, de conformidad con el marco constitucional y normativo vigente."

En el primer inciso de la DISPOSICIÓN TRANSITORIA VIGÉSIMO NOVENA, dirá:

"Las acciones y participaciones que posean las instituciones del sistema financiero privado, así como las empresas de comunicación privadas de carácter nacional, sus directores y principales accionistas, en empresas distintas al sector en que participan, se enajenarán en el plazo de un año contado a partir de la aprobación de esta reforma en referendo."

BREVE COMENTARIO:

En esta pregunta la Corte Constitucional prácticamente ha aceptado como constitucional el texto enviado por el Presidente de la República para modificar el Art. 312 de la Constitución así como la disposición transitoria vigésimo novena.

La Corte reconoce que la propuesta plantea una limitación al derecho fundamental de algunos ecuatorianos a tener una libre iniciativa económica, de conformidad con lo establecido en el Art. 66 # 15 de la Carta Magna; sin embargo, acepta la referida limitación argumentando que éstas tienen un origen constituyente, puesto que en la Asamblea de Montecristi se evidenció la intención de poner fin "a los tradicionales abusos de ciertos sectores políticos, económicos y sociales que llegaron a apropiarse del estado como si fuera un bien privado".

Reconoce la Corte Constitucional que el medio encontrado por el constituyente para lograr este fin anteriormente referido es ciertamente controvertido, según se desprende del Art. 312 de la Constitución. Sin embargo, afirma, es el soberano el que decidió auto limitarse en su ámbito de autonomía.

Hay que recordar que el Art. 312 de la Constitución se refiere a que las entidades o grupos financieros no podrán poseer participaciones permanentes en empresas ajenas a la actividad financiera y no podrán participar en el control del capital, la inversión o el patrimonio de los medios de comunicación social, extendiendo dicha prohibición a los grupos financieros, representantes legales, miembros del directorio y accionistas de la banca.

Es clarísimo que esta prohibición ya constante en el Art. 312 de la Constitución implica una limitación de derechos de un conjunto de personas cuyas actividades y patrimonio están relacionadas con la banca. Si dicha limitación y restricción de derechos se quiere hacer extensiva a las empresas de comunicación privadas de carácter nacional, sus directores y principales accionistas, tendría que necesariamente convocarse a una Asamblea Constituyente que así lo decida. Esta reforma no es viable a través del mecanismo de referéndum.

Pero hay algo más: se plantea sustituir la disposición transitoria vigésima novena de la Constitución, la misma que por su propio carácter de transitoria tenía un plazo de aplicación, el mismo que ya feneció en el tiempo, el 11 de octubre del 2010. Ahora, con el objetivo de incluir en dicha disposición a las empresas y accionistas de los medios de comunicación privada de alcance nacional, se revive la norma estableciendo un nuevo plazo de un año, que además incluye también a los banqueros que no vendieron sus acciones en los medios de comunicación hasta Octubre del año 2010.

La técnica jurídica requería que se incorpore una nueva disposición transitoria referida exclusivamente a las empresas y accionistas de los medios de comunicación privados de alcance nacional, que contenga la prohibición sugerida por el Presidente de la República.

PREGUNTA 4. *¿Está usted de acuerdo en sustituir el actual Pleno del Consejo de la Judicatura por un Consejo de la Judicatura de Transición, conformado por tres miembros designados, uno por la Función Ejecutiva, uno por la Función Legislativa y uno por la Función de Transparencia y Control Social, para que en el plazo improrrogable de 18 meses, ejerza las competencias del Consejo de la Judicatura y reestructure la Función Judicial, enmendando la Constitución como lo establece el anexo 4?*

SI () NO ()

Anexo 4.-

El artículo 20 del Régimen de Transición dirá:

"Art. 20.- Se disuelve el actual Pleno del Consejo de la Judicatura; en su reemplazo se crea un Consejo de la Judicatura de Transición, conformado por tres delegados designados y sus respectivos alternos: uno por el Presidente de la República, uno por la Asamblea Nacional y uno por la Función de Transparencia y Control Social; todos los delegados y sus alternos estarán sometidos a juicio político.

Este Consejo de la Judicatura transitorio tendrá todas las facultades establecidas en la Constitución, así como las dispuestas en el Código Orgánico de la Función Judicial, y ejercerán sus funciones por un período improrrogable de 18 meses.

El Consejo de la Judicatura definitivo se conformará mediante el procedimiento establecido en el artículo 179 de la Constitución enmendada. El Consejo de Participación Ciudadana y Control Social asegurará que los miembros del nuevo Consejo de la Judicatura estén designados antes de concluidos los 18 meses de funciones del Consejo de la Judicatura de transición.

Queda sin efecto el concurso de méritos y oposición que lleva a cabo el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social para la designación de los nuevos vocales del Consejo de la Judicatura.

Suprímase la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico de la Función Judicial."

BREVE COMENTARIO:

Más allá de la disputa sobre si la reforma planteada altera o no la estructura fundamental del Estado o el carácter o elementos constitutivos del mismo, que la Corte Constitucional cree superar simplemente modificando la pregunta original a fin de que se conserve la denominación de Consejo de la Judicatura, rechazando la denominación de "Comisión Técnica", que constaba en el texto original del Presidente, considero que esta propuesta es inoportuna, puesto que prorroga el régimen de transición por 18 meses más, en circunstancias en que se había iniciado el proceso de concursos de méritos y oposición que llevaba a cabo el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social para la designación de los nuevos vocales del Consejo de la Judicatura.

La integración de este Consejo de la Judicatura de Transición por tres delegados designados uno por el Presidente de la República, uno por la Asamblea Nacional y uno por la Función de Transparencia y Control Social, despierta fundadas sospechas de que la política va a tener influencia decisiva en la restructuración de la función judicial.

En materia de derecho constitucional, no se debe ensayar fórmulas nuevas sin darles el tiempo adecuado para que las instituciones del Estado, creadas por el poder constituyente, demuestren los frutos que son capaces de dar en beneficio de la sociedad. Si existe en la actualidad una Función de Transparencia y Control Social que era la encargada de

presidir la integración del Consejo de la Judicatura definitivo, se le debió permitir que ella culmine con dicha labor.

La respetabilidad de la Función Judicial es tributaria de su origen, por lo que mucho me temo que este Consejo de la Judicatura *ad-hoc*, que va a presidir la reestructuración de la Función Judicial, ensombrecerá la imagen de independencia que deben tener los operadores de justicia, tanto más que en nuestro país, una de las más reiteradas acusaciones contra la Función Judicial es la de estar secuestrada por la política y responder a los intereses que en el pasado han representado los llamados dueños del país.

PREGUNTA 5. *¿Está usted de acuerdo en modificar la composición del Consejo de la Judicatura, enmendando la Constitución y reformando el Código Orgánico de la Función Judicial, como lo establece el anexo 5?*

SI () NO ()

Anexo 5

Enmiéndese la Constitución de la República del Ecuador de la siguiente manera:

Los artículos 179 y 181 de la Constitución de la República dirán:

"Art. 179.- El Consejo de la Judicatura se integrará por 5 delegados y sus respectivos suplentes, quienes serán elegidos mediante ternas enviadas por el Presidente de la Corte Nacional de Justicia, cuyo representante lo presidirá; por el Fiscal General del Estado, por el Defensor Público, por la Función Ejecutiva y por la Asamblea Nacional.

Los delegados mencionados en el inciso anterior serán elegidos por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, a través de un proceso público de escrutinio con veeduría y posibilidad de una impugnación ciudadana.

El procedimiento, plazos y demás elementos del proceso serán determinados por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.

Los miembros del Consejo de la Judicatura, tanto titulares como suplentes, durarán en el ejercicio de sus funciones 6 años.

El Consejo de la Judicatura rendirá su informe anual ante la Asamblea Nacional, que podrá fiscalizar y juzgar a sus miembros".

"Art. 181.- Serán funciones del Consejo de la Judicatura, además de las que determine la ley:

- 1. Definir y ejecutar las políticas para el mejoramiento y modernización del sistema judicial.*
- 2. Conocer y aprobar la proforma presupuestaria de la Función Judicial, con excepción de los órganos autónomos.*
- 3. Dirigir los procesos de selección de jueces y demás servidores de la Función Judicial, así como, su evaluación, ascensos y sanción. Todos los procesos serán públicos y las decisiones motivadas.*
- 4. Administrar la carrera y la profesionalización judicial, y organizar y gestionar escuelas de formación y capacitación judicial.*
- 5. Velar por la transparencia y eficiencia de la Función Judicial.*

Las decisiones del Consejo de la Judicatura se tomarán por mayoría simple."

Suprímase el último inciso del artículo 180 de la Constitución.

Reformase los siguientes artículos del Código Orgánico de la Función Judicial:

1.- En los artículos 60, 65, 66, 72, 89, 115, 157 y 298, en donde dice: "Comisión de Administración de Recursos Humanos", dirá: "Unidad de Recursos Humanos".

2.- El primer inciso del artículo 99 dirá:

"Art. 99.- COMISIÓN DE SERVICIOS.- Cuando la servidora o el servidor de la Función Judicial tuviere que trasladarse fuera del lugar de su sede de trabajo para cumplir sus funciones, se le declarará en comisión de servicios con remuneración. La comisión que deba cumplirse en el país o en el exterior será otorgada por el Director General del Consejo de la Judicatura."

3.- El numeral 10 del artículo 100 dirá:

"... 10. Residir en el lugar en donde ejerce el cargo. Excepcionalmente podrá residir en otro lugar cercano, de fácil e inmediata comunicación, en virtud de autorización expresa de la Directora o Director de la Unidad de Recursos Humanos del Consejo de la Judicatura;... "

4.- *El inciso cuarto del artículo 101 dirá:*

"Igualmente la servidora o el servidor de la Función Judicial podrá solicitar el traslado a un puesto o cargo que a la fecha estuviere vacante. El Director General del Consejo de la Judicatura o la Directora o el Director Provincial, según el caso, podrá resolver favorablemente tal solicitud si la servidora o el servidor de la Función Judicial, de acuerdo a la evaluación respectiva, tiene la idoneidad y la preparación apropiadas para el nuevo puesto o cargo."

5.- *El inciso tercero del artículo 183 dirá:*

"Necesariamente cada jueza o juez integrará por lo menos dos salas, a excepción de la Presidenta o Presidente de la Corte, que deberá integrar solamente una. Sin embargo, de creerlo necesario, a pedido suyo, en su lugar podrá actuar una Conjueza o Conjuez. Al efecto, al posesionarse las juezas o los jueces acordarán las salas que integrarán. De no hacerlo, esta designación la hará el pleno de la Corte Nacional, el cual igualmente podrá modificar en cualquier tiempo y disponer la integración, tomando en cuenta la especialización y el perfil de la jueza o juez."

6.- *El numeral 7 del artículo 109 dirá:*

"...7. Intervenir en las causas que debe actuar, como Juez, fiscal o defensor público, con dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable;..."

7.- *El numeral 7 del artículo 217 elimínese las palabras "comisiones especializadas".*

8.- *En el artículo 255 agréguese como numeral 3, lo siguiente:*

"...3. Manifiesta inoperancia en el cumplimiento de sus funciones;..."

9.- *Suprímense los artículos 257, 265, 266, 267, 268, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277 y 278.*

10.- *Los artículos 258, 261, 262, 263, 264, 269, 279 y 280, dirán lo siguiente:*

"Art. 258.- INTEGRACIÓN.- El Consejo de la Judicatura se integrará por 5 delegados y sus respectivos suplentes, quienes serán elegidos mediante ternas enviadas por el Presidente de la Corte Nacional de Justicia, cuyo representante lo presidirá; por el Fiscal General del Estado, por el Defensor Público, por la Función Ejecutiva y por la Asamblea Nacional."

SUCINTO COMENTARIO SOBRE LAS CINCO PREGUNTAS DEL REFERENDUM CONSTITUCIONAL

Los delegados mencionados en el inciso anterior serán elegidos por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, a través de un proceso público de escrutinio con veeduría y posibilidad de una impugnación ciudadana.

El procedimiento, plazos y demás elementos del proceso serán determinados por el Consejo de Participación y Control Social.

Los miembros del Consejo de la Judicatura, tanto titulares como suplentes, durarán en el ejercicio de sus funciones 6 años.

El Consejo de la Judicatura rendirá su informe anual ante la Asamblea Nacional, que podrán fiscalizar y juzgar a sus miembros.

Los Miembros del Consejo, en caso de ausencia o impedimento, serán sustituidos por sus alternos.

Art. 261.- ESTRUCTURA FUNCIONAL.- El Consejo de la Judicatura ejercerá sus funciones a través de los siguientes componentes estructurales:

- 1. El Pleno;*
- 2. La Presidencia;*
- 3. La Dirección General;*

Las Direcciones Provinciales serán ejercidas por el Presidente de la Corte Provincial, conjuntamente con los Delegados que el Consejo de la Judicatura determine, de conformidad con la regulación de la materia.

Las unidades administrativas necesarias, cuya creación, organización, funciones, responsabilidades y control establecen y regulan este Código y el Estatuto Orgánico Administrativo de la Función Judicial, según corresponda, se encargarán de la planificación estratégica, la gestión del talento humano, la transparencia y la difusión a la comunidad de los resultados de su gestión

Art. 262.- INTEGRACIÓN.- El Pleno se integrará con sus cinco Miembros o por quienes les sustituyeren. Será presidido por la o el Delegado del Presidente de la Corte Nacional de Justicia y, en caso de ausencia o impedimento de este, por su alterno. En caso de ausencia o impedimento de ambos, por el Miembro que designe el Pleno. Actuará como Secretaria o Secretario del Pleno, la Secretaria o el Secretario del Consejo o quien le sustituyere.

Art. 263.- QUÓRUM.- El quórum para la instalación será de tres de sus integrantes. Para todas las decisiones se requiere mayoría simple.

En los casos de empate, el voto de quien presida la sesión será decisorio.

Art. 264.- FUNCIONES.- Al Pleno le corresponde:

1. Nombrar y evaluar a las juezas y a los jueces y a las conjuetas y a los conjueces de la Corte Nacional de Justicia y de las Cortes Provinciales, juezas y jueces de primer nivel, Fiscales Distritales, agentes fiscales y Defensores Distritales, a la Directora o al Director General, miembros de las direcciones regionales, y directores nacionales de las unidades administrativas; y demás servidoras y servidores de la Función Judicial;

2. Remover libremente a la Directora o al Director General, miembros de las direcciones regionales, directores administrativos nacionales y directores provinciales;

3. Aprobar, actualizar y supervisar la ejecución del plan estratégico de la Función Judicial;

4. Velar por la transparencia y eficiencia de la Función Judicial;

5. Rendir, por medio de la Presidenta o el Presidente del Consejo, el informe anual ante la Asamblea Nacional;

6. Elaborar la proforma presupuestaria de la Función Judicial que será enviada para su aprobación según la Constitución. En el caso de los órganos autónomos, deberán presentar al Pleno del Consejo de la Judicatura su propuesta presupuestaria para su incorporación al presupuesto general de la Función Judicial;

7. Nombrar, previo concurso público de oposición y meritos, sometido a impugnación y control social, a las notarias y los notarios, y evaluar los estándares de rendimiento de los mismos, en virtud de lo cual podrá removerlos de acuerdo lo establecido en este Código;

8. En cualquier tiempo, de acuerdo con las necesidades del servicio de la Función Judicial;

Crear, modificar o suprimir salas de las cortes provinciales, tribunales penales, juzgados de primer nivel y juzgados de paz; así como también establecer el número de jueces necesarios previo el informe técnico correspondiente.

Establecer o modificar la sede y precisar la competencia en que actuarán las salas de las cortes provinciales, tribunales penales, juezas y jueces de primer nivel; excepto la competencia en razón del fuero. Una misma sala o juzgador de primer nivel podrá actuar y ejercer al mismo tiempo varias competencias;

En caso de que, del informe técnico correspondiente, aparezca que existe en forma transitoria en determinada rama de la actividad judicial o en una localidad un número muy alto de causas sin despacho, podrá crear salas o juzgados temporales que funcionarán por el periodo de tiempo que señalará o hasta que se despachen las causas acumuladas; en estos casos se procederá al nuevo sorteo de causas para asignarlas a estas salas o juzgados temporales; y,

Crear, modificar o suprimir direcciones regionales o provinciales, las cuales funcionarán de forma desconcentrada;

9. Fijar y actualizar: a) las tasas notariales que serán pagadas por los usuarios de los servicios notariales; b) las tasas por servicios administrativos de la Función Judicial; c) el monto de las tasas y establecer las tablas respectivas por informes periciales, experticias y demás instrumentos similares necesarios en la tramitación de causas, así como sistematizar un registro de los peritos autorizados y reconocidos como idóneos, cuidando que estos sean debidamente calificados y acrediten experiencia y profesionalización suficiente;

10. Expedir, modificar, derogar e interpretar obligatoriamente el Código de Ética de la Función Judicial, el Estatuto Orgánico Administrativo de la Función Judicial, los reglamentos, manuales, instructivos o resoluciones de régimen interno, con sujeción a la Constitución y la ley, para la organización, funcionamiento, responsabilidades, control y régimen disciplinario; particularmente para velar por la transparencia y eficiencia de la Función Judicial;

11. Imponer las sanciones disciplinarias de suspensión de funciones sin sueldo, amonestación escrita o multa a las juezas o jueces y a las conjuetas o conjueces de la Corte Nacional de Justicia;

12. Conocer los recursos que se dedujeren contra las sanciones disciplinarias impuestas por las direcciones regionales a las abogadas y a los

abogados por las infracciones cometidas en el ejercicio de la profesión, de acuerdo con este Código;

13. Conocer los informes que presentaren: el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Contraloría General del Estado y resolver sobre sus recomendaciones;

14. Imponer las sanciones disciplinarias de destitución a las servidoras o los servidores judiciales, con el voto conforme de la mayoría de sus Miembros, o absolverles si fuere conducente. Si estimare, que la infracción fuere susceptible solo de suspensión, sanción pecuniaria o de amonestación, las impondrá; y,

15. Emitir opinión respecto de los proyectos de ley referidos a la Función Judicial cuando le sean consultados por la Función Legislativa o Ejecutiva;

Art. 269.- FUNCIONES.- A la Presidenta o el Presidente le corresponde:

1. Cumplir y hacer cumplir, dentro de los órganos de la Función Judicial, la Constitución, la ley y los reglamentos generales; el Estatuto Orgánico Administrativo de la Función Judicial, los reglamentos, manuales, instructivos y resoluciones del Pleno;

2. Elaborar el orden del día; convocar y presidir las sesiones del Pleno, y supervisar el cumplimiento de las resoluciones;

3. Elaborar el proyecto del informe anual que debe presentar el Consejo de la Judicatura a la Asamblea Nacional y someterlo a consideración de aquel;

4. Legalizar con su firma, juntamente con la Secretaria o el Secretario, las actas y demás documentos que contengan los reglamentos, manuales, circulares y resoluciones de carácter normativo interno expedidos por el Pleno;

5. Suspender, sin pérdida de remuneración, a las servidoras y a los servidores de la Función Judicial, en casos graves y urgentes, en el ejercicio de sus funciones, por el máximo de noventa días, dentro de cuyo plazo deberá resolverse la situación de la servidora o el servidor de la Función Judicial;

6. Aprobar los acuerdos de cooperación y asistencia, relacionados con la Función Judicial, con organismos nacionales o extranjeros, siempre que estos últimos no contemplen asuntos que tengan el carácter de tratados o instrumentos internacionales; y,

7. Ejercer las demás atribuciones señaladas por la ley, el Estatuto Orgánico Administrativo de la Función Judicial y los reglamentos.

Art. 279.- REQUISITOS PARA EL CARGO.- La Directora o el Director General del Consejo reunirá los siguientes requisitos:

- 1. Ser ecuatoriana o ecuatoriano y hallarse en goce de los derechos de participación política*
- 2. Tener título de tercer nivel legalmente reconocido en el país, en las áreas afines a las funciones del Consejo, y acreditar experiencia en administración; y,*
- 3. Haber ejercido con probidad e idoneidad la profesión o la docencia universitaria en las materias mencionadas por un lapso mínimo de cinco años.*

Art. 280.- FUNCIONES.- A la Directora o al Director General le corresponde:

- 1. Dirigir y supervisar la administración de los recursos humanos, financieros, administrativos de la Función Judicial y los procesos de selección, evaluación, formación profesional y capacitación continua, en el ámbito de su competencia;*
- 2. Ejercer la representación legal, judicial y extrajudicial de la Función Judicial;*
- 3. Autorizar el gasto de la Función Judicial, excepto de los órganos autónomos, y asignar montos de gasto a las unidades administrativas correspondientes y a las directoras o directores regionales y provinciales, de acuerdo a lo que establece la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública;*
- 4. Ejercer, a través de los Directores Provinciales, el procedimiento coactivo para recaudar lo que se deba, por cualquier concepto a la Función Judicial, con arreglo al trámite establecido en la ley.*
- 5. Definir y ejecutar los procedimientos para el mejoramiento y modernización de la Función Judicial, para la selección, concursos de oposición y*

méritos, permanencia, disciplina, evaluación y formación y capacitación de las servidoras y servidores de la Función Judicial, en el ámbito de su competencia;

6. Fijar las remuneraciones para las servidoras y servidores de las carreras judicial, fiscal y de defensoría pública, así como para los servidores de los órganos auxiliares, en las diferentes categorías, y de manera equivalente y homologada entre sí;

7.- Imponer las sanciones disciplinarias de suspensión de funciones sin sueldo, a las juezas o jueces y a las conjuetas o conjueces de las Cortes Provinciales, a las directoras o a los directores regionales, a las directoras o a los directores provinciales y a las directoras o a los directores nacionales de las unidades administrativas; y demás servidores y servidoras de la Función Judicial. La resolución de suspensión será susceptible de apelación para ante el Pleno del Consejo de la Judicatura;

8. Presentar informe al Pleno del Consejo, anualmente, o cuando este lo requiera; y,

9. Ejercer las demás atribuciones señaladas por la ley, el Estatuto Orgánico Administrativo de la Función Judicial y los reglamentos.

El Director General podrá, por simple oficio, delegar sus funciones a los servidores de la Función Judicial, cuando lo considere necesario."

Art. 11.- En los artículos 307, 308 y letra d) de la Disposición Transitoria Séptima, reemplácese las palabras "Comisión de Asuntos Relativos a los Órganos Auxiliares", por "la unidad correspondiente".

Art. 12.- En el artículo 8 y en el primer artículo innumerado a continuación del artículo 19, agregado por el artículo 9 de la Ley s/n, publicada en el suplemento al Registro Oficial 64 de 8 de noviembre de 1996 de la Ley Notarial, sustitúyase las referencias a la "Comisión de Asuntos Relativos a los Órganos Auxiliares", por "La unidad correspondiente".

BREVE COMENTARIO:

El fondo de la propuesta original del Presidente de la República fue mantenido por la Corte Constitucional. La modificación principal que estableció la Corte y aceptó el Presidente de la República es que la elección de los 5 integrantes del Consejo de la Judicatura se realice a

través de ternas, en el caso de los delegados del Presidente de la Corte Nacional de Justicia, de la Función Ejecutiva y de la Asamblea Nacional y no que se integre por, el Presidente de la Corte Nacional de Justicia, un delegado de la Función Ejecutiva y un delegado de la Asamblea Nacional, como era la propuesta inicial del Presidente.

Manifiesta la Corte que estas reformas a los Art. 179 y 181 de la Constitución no alteran la estructura fundamental del Estado ni modifican sus elementos constitutivos, peor aún restringen derechos o garantías constitucionales, o modifican el procedimiento de reforma constitucional, "Lo cual hace que puedan ser tramitados por vía de la enmienda constitucional conforme al Art. 441 de la Constitución".

Para fundamentar su opinión la Corte señala que modificar la posición numérica del Consejo de la Judicatura, de 9 a 5 miembros así como el origen de su designación, obviamente que no cae en ninguna de las prohibiciones del Art. 441.

Uno de los puntos más controvertidos es el de dilucidar si la nueva integración del Consejo de la Judicatura contraviene lo preceptuado en el Art. 232 de la Constitución, que prohíbe a quienes tengan intereses en las áreas que vayan a ser reguladas, ser miembros de los organismos que realizan dicho control. Recuérdese al respecto que el Presidente de la Corte Nacional de Justicia, que la Fiscalía General del Estado y la Defensoría Pública, forman parte de la Función Judicial y que el Consejo Nacional de la Judicatura, tiene como funciones constitucionales dirigir los procesos de selección de jueces y demás servidores de la Función Judicial, así como su evaluación, ascensos y sanciones y, velar por la transparencia y eficiencia de la Función Judicial.

La Corte Constitucional manifiesta que el sentido del Art. 232 de la Constitución "Se refiere a que la potestad estatal de control y regulación es la que ejerce el estado en relación a los particulares; consecuentemente, busca impedir el conflicto de intereses que puede ocurrir entre el ejercicio de la potestad de control y un interés particular. Por tal razón, dice la Corte que: "Lo que pretende la enmienda es la conformación de un órgano del poder público con delegados de las funciones del poder público, lo que no cae en la regulación del Art. 232 de la Constitución".

Esta alegación no me parece correcta: la prohibición del Art. 232 de la Constitución no se refiere solo a la potestad estatal de control y

regulación que ejerce el Estado en relación a los particulares. El Art. 232 no hace dicha distinción y el principio de independencia del órgano controlador con respecto a los controlados, vale igual tanto para el sector público como para el sector privado.

Aceptar como correcta la argumentación de la Corte Constitucional en relación al Art.232 de la Constitución sería como afirmar que el orden jurídico de un Estado es derecho para todos los particulares que están sometidos a él pero no es derecho para el Estado mismo.

El maestro George Jellinek en su famosa obra "Teoría General del Estado" señala que hay quienes sostienen que, ya que el Estado puede modificar toda norma jurídica, no puede ser obligado mediante su propio derecho, pues no puede ordenarse a sí mismo. De este criterio se deduce, según el propio Jellinek, que aquello que aparece como derecho para el individuo, no es derecho para el Estado "y si se mira desde lo alto del Estado a las profundidades del derecho, sucederá, pues, que no se verá nada; porque todo el derecho se convierte para el Estado en no derecho, es decir en nada jurídicamente..." Esta concepción –sostiene Jellinek- solo es posible en los estados teocráticos pues sólo un monarca venerado como Dios puede imponer normas de acción a todos, menos a sí mismo. Cosa muy distinta sucede cuando "el Estado procede según reglas jurídicas establecidas, reglas que a su vez solo de una manera jurídica pueden ser modificadas. Estas reglas contienen en sí la obligación de los órganos del Estado; con lo cual queda sometida a obligación la actividad de aquel en sí mismo, ya que, la de los órganos del Estado, lo es de este mismo que no puede ejercer una actividad que no esté realizada mediante un órgano".

Otra de las cuestiones que plantean las reformas introducidas a través de esta pregunta es saber si se está vulnerando o no el principio de independencia interna y externa de la Función Judicial establecido en el Art. 268 de la Constitución. El tema es relevante porque se podría sostener que si los jueces son nombrados, evaluados, ascendidos y sancionados por un Consejo de la Judicatura compuesto por delegados de otras funciones del Estado, pierde su independencia y autonomía. La Corte Constitucional considera que no y, su argumento central es que: "La autonomía e independencia de la Función Judicial que debe ser preservada constitucionalmente es la denominada "de ejercicio"; y,

respecto a la “de origen” ésta se legitima con la voluntad popular en ejercicio de la democracia directa.”

También señala la Corte que, para que la enmienda sea constitucional, el pleno del Consejo de la Judicatura debe estar integrado por delegados de los órganos y no por los titulares y escogidos mediante un procedimiento que garantiza el escrutinio público, el control ciudadano e impugnación, para lo cual deben enviarse ternas. Me parece una solución demasiado simplista que además ignora que la independencia y autonomía de la Función Judicial debe entenderse como independencia de injerencias extrañas, para poder realizar con éxito su tarea.

Finalmente, en lo relativo a las reformas de varias decenas de artículos del Código Orgánico de la Función Judicial que se incorporan como anexo a la pregunta 5, existe la controversia relativa a que dichas reformas legales no constan en la parte resolutive del dictamen de la Corte Constitucional publicado en el suplemento del R.O. # 391 del 23 de Febrero del 2011 y que no existe ningún artículo de la Constitución que permita reformar una ley mediante referéndum. Sin embargo de lo expuesto, la Corte Constitucional ha decidido que “la propuesta de enmienda que contiene reformas al Código Orgánico de la Función Judicial guarda relación directa con la enmienda constitucional propuesta, posibilitando la constitucionalidad de la pregunta y los componentes normativos, así como se estaría asegurando los efectos mediatos del referéndum y, sobre lo cual, la Corte no tiene objeción constitucional alguna”. Así mismo, reitera que de adoptarse disposiciones normativas en el referéndum estas pueden ser sometidas a control de la constitucionalidad según el Art. 197 de la LOGJCC.

En mi criterio en algunas de las reformas legales al Código Orgánico de la Función Judicial que se establecen en el anexo de la pregunta # 5, si existe una conexidad manifiesta con la reforma constitucional propuesta, de tal manera que, de aprobarse la reforma constitucional, lo que la Corte estaría haciendo es establecer la inconstitucionalidad por conexidad de dichas normas, aplicando para el efecto, de una manera irregular por cierto, la declaratoria de oficio de inconstitucionalidad conexas que le permite el Art. 436 # 3 de la Constitución. Para otros artículos que se anexan como reformas al Código Orgánico de la Función Judicial no existe la conexidad a la que me he referido anteriormente.

IVÁN CASTRO PATIÑO

No me parece consecuente con la seriedad de la consulta popular que temas de esta magnitud no hayan sido abordados, con mayor profundidad y seriedad de análisis por parte de la Corte Constitucional, con lo que se perdió una brillante oportunidad de establecer un precedente apropiado para el tratamiento de casos similares que puedan producirse en el futuro.

Termino recordando que no existe la nomomagia o magia de la norma, y que ninguna reforma constitucional y ninguna Constitución o ley podrá rendir sus frutos sin órganos del poder público, autoridades y ciudadanos que se empeñen en el objetivo común de hacer que la norma vigente sea efectivamente vivida y eficazmente aplicada en la realidad social.

Guayaquil, 30 de Marzo del 2011

Dr. Iván Castro Patiño