

EL PODER DE REVISIÓN CONSTITUCIONAL Y LA VIGENCIA DEL ORDENAMIENTO DE JUSTICIA GARANTISTA Y DEMOCRÁTICO

*“La justicia es la reina de las
virtudes republicanas y con
ellas se sustentan la libertad y
la igualdad”*

SIMÓN BOLÍVAR

Dr. Xavier Garaicoa Ortiz, M.Sc. y D.H.C.¹¹

Sostiene acertadamente el tratadista italiano Luigi Ferrajoli (2004) que el modelo (o sistema) garantista de legalidad del Estado, no sólo condiciona al conjunto de las relaciones sociales (las juridifica), sino que también estructura con vínculos sustanciales de justicia a la actividad sistémica de aquel (las legaliza). Correspondería consecuentemente, que el derecho en su formulación -pero también en sus contenidos- sea coherentemente modulado con aquellos valores y con los principios esenciales (fundamentales y aplicativos: Títulos I y II) que configuran constitucionalmente al ordenamiento socio-jurídico, los cuales para el Ecuador son: la libertad y la autonomía individual y colectiva con responsabilidad social y ambiental; la igualdad de acceso y de ejercicio para los ciudadanos/as en la promoción de las diferencias de carácter relevante; la inclusión y equidad sistémicas dentro de un régimen multiarticulado del buen vivir: la justicia sustancial y variada (ordinaria, indígena, alternativa, constitucional); la solidaridad distributiva y organizacional; la seguridad integral para la vida, la dignidad, la ocupación y los bienes de las personas; y, la paz como tolerancia, armonía y cooperación fructífera. Estos valores y principios enunciativo-prácticos conforman el *plexo* histórico-ético al que se remiten en el Preámbulo Constitucional, nuestra convivencia ciudadana diversa e inclusiva y la sociedad de la dignidad

¹ Profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Guayaquil, Director del Postgrado en Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional

como organización colectiva, definidas en el marco de un país democrático.

Esta doble característica de iter-actividad sistémica que le asigna al derecho la constitucionalización del ordenamiento jurídico, consagra la supremacía de los derechos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos (artículo 425) y su vinculatoriedad *erga-omnes* (artículo 426), la cual contiene como una de sus principales garantías a la denominada rigidez del texto constitucional, que nos permite emitir a través del mismo: a) un *juicio de validez* sobre las normas integrantes del ordenamiento en calidad de control abstracto; y , b) un *juicio de pertinencia y de adecuación* de aquellas con los *derechos en desarrollo*. Consecuentemente, como protección para preservar lo esencial de este diseño jurídico y axiológico, dicho texto no puede ser modificado en su contenido sino por *otro proceso político* que desemboque en la elección de una nueva Asamblea Constituyente (artículo 444).

En este diseño el poder constituido (los órganos de potestad establecidos en la Constitución) no está facultado para alterar el contenido de dichos derechos ni el de las garantías constitucionales (artículo 11 numeral 4) haciendo un uso excesivo e indebido de sus atribuciones normativas -lo cual implicaría incurrir en un proceder arbitrario-debiendo por el contrario adecuar permanentemente y de manera obligatoria en su contenido formal y material, las normas vigentes en relación con aquellos (artículo 84)². Únicamente el poder de revisión cuyo titular originario es el pueblo soberano (Sabéte: 2005) podría, por vía de referéndum aprobatorio de la enmienda constitucional (Título IX capítulo tercero) o de las reformas parciales corregir en el primer caso, y reformular parcialmente en el segundo a dicho texto, sin afectar por ello

² “Art. 84.- La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución”.

restrictivamente a los derechos y garantías (principio de no restrictividad contenido en el artículo 11, numeral 4)³.

Valdría la pena precisar que dicha rigidez formulativa del texto constitucional no implica necesariamente inmovilidad o petrificación de los derechos, sino por el contrario la *ductilidad* y dinamismo de aquellos, según la feliz denominación de Gustavo Zagrebelsky (2005), tal como lo prescribe nuestra Constitución expresamente en el mencionado artículo 11, numerales 5 y 8.⁴

En esa perspectiva, se fusionan para la configuración de los derechos, distintos tipos de actuaciones: la autonomía política de carácter legislativo como iniciativa correspondiente a los representantes y a la ciudadanía (art. 134 de la norma suprema); las políticas públicas con participación de las personas, comunidades y nacionalidades (art. 85 numeral 1 IBID); y, las sentencias jurisdiccionales de origen nacional y las de carácter convencional (art. 93).⁵

Sin embargo, el otro elemento a considerar para la estructuración del “nuevo constitucionalismo latinoamericano” (Viciano y Martínez: 2010), es el de la *participación ciudadana empoderativa* (art. 95); que nos permite formular un *juicio deliberativo intercultural de consentimiento activo* (arts. 23 y 100) dentro de lo que he denominado como “*status activus pluri civitates*” (Garaicoa, 2009).

³ “Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

4 Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales”.

⁴ Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.

8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.

Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo”

⁵ “Art. 93.- La acción por incumplimiento tendrá por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible. La acción se interpondrá ante la Corte Constitucional”.

Al respecto cabe señalar que el reconocimiento de la participación y la consagración en la Constitución de mecanismos plebiscitarios y comunitarios de distinta índole, nos permiten calificar al régimen político-constitucional promovido por aquella como el de una demodiferencia intercivilizatoria, la cual incluye en su sistema político junto a la democracia representativa -imperante en la formación y en el funcionamiento del poder estatal- a las expresiones comunitarias étnico-culturales (indígenas, afroecuatorianas y montubias); a las organizaciones y asociaciones populares, sociales y gremiales; así como a cualesquiera otras de libre configuración (de género, etáreas, de intereses compartidos, de identificaciones variadas, etc.). Tanto la pluralidad asociativa y expresiva (simbólica) cuanto la diferenciación normativa de la estructura social y la multiculturalidad característica de aquella, se expresan por medio del principio jurídico de la diversidad englobada, lo cual requiere de una trama flexible institucional tendente hacia la autogestión social a través de la deliberación pública intercultural y de acciones que promuevan un proceso de empoderamiento ciudadano, fundado en la transnormatividad de los derechos, y, en el ejercicio de las libertades políticas individual y colectivamente.

Sin una plena participación popular y comunitaria concebida dentro de un proceso formativo y orientador de valor empoderativo sustancial, la estructura constitucional material y formal del Estado de derechos y justicia se reduciría a un simple enunciado, o en el mejor de los casos, a un garantismo procedimentalizado exclusivamente a través de acciones tutelares regularizadas. Así se deduce de lo establecido por la Corte Constitucional para el periodo de transición al calificar en tal sentido -y no como un mero requisito procedimental- a la consulta previa prelegislativa por ser considerarla derecho colectivo que asiste a las comunidades indígenas. (*“Una consideración general importante es la ratificación del carácter sustancial y no sólo procesal de la consulta previa como derecho colectivo”*. Sentencia N° 001-10-SIN-CC, 18 de marzo del 2010)

Las diversas formas que asume la participación: -la representativa para la conformación de autoridad; la directa a través de iniciativas, proyectos y consultas; y, la comunitaria como expresión de organización étnica o de colectividades- para que cumplan a cabalidad su función de instrumentos promotores de un empoderamiento ciudadano (art. 95) requieren que ellas sean definidas en la perspectiva de alcanzar como su

objetivo estratégico la autogestión social en un proceso de transición socialista; esto es, el convertirlas en artífices para una creciente administración, dirección, gestión, evaluación y autofinanciamiento de la vida social tanto por la ciudadanía y sus diversos colectivos, como por parte de las comunidades étnico-culturales. Por medio de la participación se persigue potenciarlas en su capacidad organizativa e incidencia decisoria sobre los asuntos públicos (art. 96), encaminándolas hacia dicho objetivo; asumiendo su papel dentro un proceso en el cual podrán ir definiendo y entablando múltiples formas de cooperación entre sí, e ir asumiendo responsabilidades crecientemente.

En resumen, tendríamos entonces que los criterios indispensables para mantener la vigencia cabal del ordenamiento de derechos y justicia del Estado, y para garantizarlos en su intangibilidad, las cuales funcionan como límite material para la actuación del poder de revisión constitucional, estarían conformados por:

- a) Un juicio de validez de las normas reformativas para controlar su coherencia con los derechos constitucionalizados;
- b) Un juicio de pertinencia de las mismas para garantizar formula-tivamente su cohesión sistémica con los valores primordiales pluri-nacionales e interculturales; y, su eficacia operativa para el ejercicio de los derechos;
- c) Un juicio de consentimiento activo para dotarla democráticamente de una legitimidad social e intercultural

A partir de estos criterios previos, procedamos entonces a juzgar los asuntos que están puestos en juego por el proceso del referéndum gubernamental reformativo de la Constitución.

EL JUICIO DE VALIDEZ SOBRE LAS PROPUESTAS PRESIDENCIALES DE ENMIENDAS EN MATERIA PENAL.- Como ya hemos señalado el juicio de validez deber perseguir el establecer la coherencia o la consistencia de las normas propuestas con los valores y principios establecidos en la Constitución. Siendo la Constitución un conjunto indivisible de normas, ellas tienen sin embargo un peso distinto dentro de la práctica interpretativa, la misma que puede ser: Contextual o

sistémica, como establece el artículo 3 de la misma Ley Orgánica de Garantías Constitucionales numeral 5 en concordancia con el artículo 427 de la norma Suprema; evolutiva o dinámica IBID numeral 4 y artículo 11 numeral 8 de la Constitución y 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos; teleológica o finalística tomando en consideración los valores y principios constitucionalizados que persigue el texto que podríamos resumirlos como un régimen sistémico del buen vivir articulado en un tejido de normas, programas e instituciones que sirvan para garantizar la inclusión y la equidad social (art. 340 en el Título VII); y, una participación ciudadana intercultural empoderativa (Título V artículos 95, 100 y 103).

El proceso de consulta popular reformatorio del texto constitucional, debe considerar precisamente tal peso que le sirve para aplicar el límite preservador del núcleo fundamental de los derechos, el mismo que está enunciado como uno de los principios para la aplicación de los derechos (ver artículo 11, numeral 4)⁶, y como parte de las garantías constitucionales para protegerlos adecuadamente frente a la acción legisferante y de revisión constitucional, preservándolo así en su eficacia jurídica (artículo 84 Título III GARANTÍAS CONSTITUCIONALES, Capítulo primero. Garantías normativas).

¿En qué consiste una enmienda constitucional? Esta denominación proviene del constitucionalismo estadounidense (*constitutional amendment*) y se refiere a una modificación (*amend*) de una norma de rango constitucional por otra de similar rango aunque de origen legislativo, apelando a un procedimiento reforzado especial (*act of Congress*), e implica un cambio de perspectiva en la respectiva fuente del derecho. En nuestra norma constitucional se excluye, de este acto modificatorio a:

- 1) La estructura fundamental de la Constitución enunciada desde el Preámbulo como construcción ciudadana en diversidad y armonía para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*. En consecuencia

⁶ Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.

ninguna reforma puede alterar este régimen de inclusión y de equidad social.

- 2) El carácter constitucional de derechos y justicia social, unitario, intercultural y plurinacional; y, aquellos elementos constitutivos del Estado (Título I) de carácter simbólico y multilingüístico (art. 2), materiales (recursos y patrimonio natural y cultural), territoriales (artículo 4) y poblacionales (capítulo segundo ibid).
- 3) El contenido o núcleo irrestringible de los derechos previstos en la Constitución y en los tratados internacionales de derechos. Cabría señalar de paso, que este último factor tampoco puede ser cambiado por medio de una reforma parcial como la prevista por el artículo 442 de la Constitución⁷.

Cualquier otra propuesta que rebase tales límites precisaría de un proceso de ratificación "*ultra ordinem*" sujeto al tratamiento reconstitutivo del artículo 444. Al respecto, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece en su artículo 101 numeral 1 que:

"Cualquier proyecto normativo que tenga por objeto o efecto restringir el alcance de los derechos y garantías constitucionales fundamentales o modificar el régimen procedimental de reforma a la Constitución, sólo podrá tramitarse de acuerdo con el procedimiento previsto en el

⁷ "Art. 442.- La reforma parcial que no suponga una restricción en los derechos y garantías constitucionales, ni modifique el procedimiento de reforma de la Constitución tendrá lugar por iniciativa de la Presidenta o Presidente de la República, o a solicitud de la ciudadanía con el respaldo de al menos el uno por ciento de ciudadanas y ciudadanos inscritos en el registro electoral, o mediante resolución aprobada por la mayoría de los integrantes de la Asamblea Nacional. La iniciativa de reforma constitucional será tramitada por la Asamblea Nacional en al menos dos debates. El segundo debate se realizará al menos noventa días después del primero. El proyecto de reforma se aprobará por la Asamblea Nacional. Una vez aprobado el proyecto de reforma constitucional se convocará a referéndum dentro de los cuarenta y cinco días siguientes. Para la aprobación en referéndum se requerirá al menos la mitad más uno de los votos válidos emitidos. Una vez aprobada la reforma en referéndum, y dentro de los siete días siguientes, el Consejo Nacional Electoral dispondrá su publicación".

artículo 444 de la Constitución, a través de la convocatoria a una Asamblea Constituyente⁸.”

Esta cláusula de cierre permite modificar (enmendar) o reformular parcialmente de manera limitada el texto constitucional, cumpliendo para ello con algunos requisitos reforzados, tras lo cual se pueda proceder a convocar a un referéndum ciudadano. Entre dichos requisitos se incluye el dictamen previo de la Corte Constitucional con la calificación por dicho organismo de la sujeción a la que se someterá el procedimiento diferenciado correspondiente que le fuere aplicable para cada uno de los casos.

El respectivo juicio de validez entonces, consistiría en concluir si los textos presentados restringen derechos y garantías (3), o afectan al carácter y elementos constitutivos del Estado (2), o si cambian la estructura de la Constitución (1).

Refiriéndonos en concreto a la propuesta gubernamental, la pregunta 2 que busca reformar el numeral 1 del artículo 77, se la debió formular lógicamente como la primera, ya que ella se refiere a un cambio sustancial en la medida excepcional de la prisión preventiva, carácter que posee como parte de los derechos de protección (capítulo octavo del Título II) para el enjuiciado dentro del debido proceso, con el cual se pretende salvaguardar para aquellos los derechos de libertad, derechos que se encuentran previstos en el artículo 66 –en particular los que se refieren a la igualdad formal, material y no discriminación (numeral 4); los de libre tránsito por el territorio nacional (numeral 14), y otros conexos con el libre desarrollo de la personalidad (numeral 5); con el derecho al honor y al buen nombre (numeral 18), y, el de participar en la vida cultural de la comunidad (numeral 24)-. Estos derechos de protección consagran como una garantía procesal, al principio universal de presunción de inocencia del encausado y a su tratamiento procesal como

⁸ Art. 444.- *La asamblea constituyente sólo podrá ser convocada a través de consulta popular. Esta consulta podrá ser solicitada por la Presidenta o Presidente de la República, por las dos terceras partes de la Asamblea Nacional, o por el doce por ciento de las personas inscritas en el registro electoral. La consulta deberá incluir la forma de elección de las representantes y los representantes y las reglas del proceso electoral. La nueva Constitución, para su entrada en vigencia, requerirá ser aprobada mediante referéndum con la mitad más uno de los votos válidos.*

tal, hasta que no exista resolución firme o sentencia ejecutoriada. De este principio precisamente es de donde deriva la excepcionalidad como medida de aseguramiento que tiene la prisión preventiva, aplicando por el juez para poder decidirla, un criterio de proporcionalidad propio de la legalidad que requiere el empleo ponderado del poder punitivo, basándose en la necesidad procesal⁹.

EL JUICIO DE PERTINENCIA O COHESIÓN.- En subsidio de lo hasta aquí señalado, cabría añadir que las denominadas Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de Libertad (Reglas de Tokio), adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/110 del 14 de diciembre de 1990 prescriben:

Restricción.

2. Alcance de las medidas no privativas de la libertad (...) 2.3. A fin de asegurar una mayor flexibilidad, compatible con el tipo y la gravedad del delito, la personalidad y los antecedentes del delincuente y la protección de la sociedad, y evitar la aplicación innecesaria de la pena de prisión, el sistema de justicia penal establecerá una amplia serie de medidas no privativas de la libertad, desde la fase anterior al juicio hasta la fase posterior a la sentencia.

6. La prisión preventiva como último recurso. 6.1 En el procedimiento penal sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso, teniendo debidamente en cuenta la investigación del supuesto delito y la protección de la sociedad y de la víctima. 6.2 Las medidas sustitutivas de la prisión preventiva no deberán durar más del tiempo que sea necesario para el logro de los objetivos indicados en la regla y deberán ser aplicadas con humanidad y respeto por la dignidad del ser humano. 6.3 El delincuente tendrá derecho a apelar ante una autoridad judicial u otra

⁹ " Art. 77.- En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas:

1. La privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso, o 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. La jueza o juez siempre podrá ordenar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva".

autoridad independiente y competente en los casos en que se imponga prisión preventiva (...). 8. Imposición de sanciones. 8.1 La autoridad judicial, que tendrá a su disposición una serie de sanciones no privativas de la libertad, al adoptar su decisión deberá tener en consideración las necesidades de rehabilitación del delincuente, la protección de la sociedad y los intereses de la víctima, quien será consultada cuando corresponda. 8.2 Las autoridades competentes podrán tomar las medidas siguientes: a) Sanciones verbales, como la amonestación, la represión y la advertencia; b) Libertad condicional; c) Penas privativas de derechos o inhabilitaciones; d) Sanciones económicas y penas en dinero, como multas y multas sobre los ingresos calculados por días; e) Incautación o confiscación; f) mandamiento de restitución a la víctima o de indemnización; g) Suspensión de la sentencia o condena diferida; h) Régimen de prueba y vigilancia judicial; i) Imposición de servicios a la comunidad; j) Obligación de acudir regularmente a un centro determinado; k) Arresto domiciliario; l) Cualquier otro régimen que no entrañe reclusión, m) alguna combinación de las sanciones precedentes (...).

Plazo Razonable

11. Duración (...) 11.1 La duración de las medidas no privativas de la libertad no superará el plazo establecido por la autoridad competente de conformidad con la Ley. 11.2 Estará prevista la interrupción anticipada de la medida en caso de que el delincuente haya reaccionado positivamente a ella (...).

Queda claro entonces que como medida de aseguramiento, el objeto de la detención provisional debería ser por tanto, la prevención de acciones que podrían poner en riesgo los derechos e integridad de otras personas o de colectivos, o, que pudiesen causar detrimento al ejercicio de la acción judicial y sancionadora del Estado. Para recurrir a la misma, el juzgador previamente debe efectuar un juicio de proporcionalidad para determinar el *quantum* adecuado en intensidad de la intervención a realizar sobre el derecho de libertad del inculpado (aun inocente procesalmente), el cual puede ser de carácter grave, con la posibilidad en este caso de ocasionar violación de ese derecho y del más alto deber del Estado consistente en respetar aquellos, lo cual puede conllevar a reparaciones por responsabilidades judiciales y administrativas provenientes de la susodicha decisión de aplicar la detención. El juez puede optar igualmente por una afectación de intensidad media recurriendo a la

limitación de la libertad personal (prohibiciones de salir del país o de ausentarse sin permiso del lugar del proceso), o también, de otra con un carácter leve aplicando tan sólo obligaciones para el comportamiento personal del inculpado (mandato de presentarse o de reportarse periódicamente ante el juez).

La propuesta que trae la pregunta 2 ignora totalmente estos principios y garantías fundamentales al reemplazar el término empleado por el constituyente de excepcionalidad para la aplicación de la privación de libertad, por otro en el cual aquella simplemente *“no será la regla general”*; convirtiendo de esta suerte a una medida que busca ser justa en la restricción debida y necesaria a un derecho, la libertad, y a una garantía procesal, la presunción de inocencia, en una regla restrictiva de aplicación obligatoria, cuya excepción en la cual se permitiría aplicar otras medidas sustitutivas, sería únicamente para los casos de *“aquellos delitos que, de acuerdo con la ley, sean susceptibles de ventilarse mediante procedimientos especiales”*.

¿Cuáles son las restricciones que se promueven para los derechos con esta propuesta?

- a) Restricción desproporcionada y arbitraria del contenido de los derechos de libertad, al promover como regla principal la detención provisional y tan sólo como regla de aplicación subsidiaria, a otras medidas no privativas de libertad, aplicables en aquellos casos tipificados penalmente en los que se recurra a procedimientos especiales. Se deja de lado por tanto, al juicio de proporcionalidad para decidir la medida y al criterio de necesidad como fundamentos razonables para aquella.
- b) Violación al principio garantista de la presunción de inocencia y al tratamiento como tal, el cual configura un derecho de protección judicial para asegurarle un debido proceso al acusado, su igualdad procesal y la paridad de armas frente a la acusación, indispensables además como estándares para ejercer sin restricciones indebidas su derecho a la defensa.

En conclusión, esta “enmienda” no es tal por cuanto infringe la cláusula de cierre para el poder de revisión constitucional, la misma que

prohíbe incluir en estos contenidos de tal naturaleza restrictiva, por lo que no debería calificarse en el dictamen de la Corte Constitucional como idónea para ser sometida a referéndum:

En lo que respecta a la primera pregunta que trae como propuesta enmendar el numeral nueve del artículo 77, por intermedio de ella se derogaría tácitamente el plazo de duración prescrito por la Constitución para la prisión preventiva, transfiriendo al legislador la atribución -que fuese ejercida por el constituyente- de fijar en el texto constitucional dicho plazo, agregándole que éste fije obligatoriamente unas condiciones que tomen "*en consideración a la gravedad del delito y la complejidad de la investigación*". Tal derogatoria tácita de la concesión de una atribución prescriptiva sobre reglas de aplicación (plazo y condiciones para la prisión preventiva) nos permite señalar que estamos frente a una reforma parcial del texto constitucional, cuyo trámite y aprobación le correspondería a la Asamblea Nacional como paso previo a la convocatoria a referéndum, conforme al artículo 442 de la Constitución. La única observación sobre esta consideración -subsancable por el trámite parlamentario de otra parte- sería el que, a diferencia de la tipicidad legal del delito y del respectivo criterio de proporcionalidad de la pena prevista que aquella conlleva, podría considerárselo como legítimamente fundamentable, a condición de que dejásemos de lado la predeterminación establecida por el proyecto para que el legislador introduzca obligatoriamente la disposición de que el juez emita su criterio en base a una imprecisa y discrecional calificación acerca de la "*complejidad de la investigación*", sobretodo porque está última no es propia de una fase procesal donde deben aducirse pruebas incriminatorias y ya no meras hipótesis a verificar.

LA REFORMA EN LA CONFORMACIÓN DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA.- Esta vez, tratándose de un órgano de gobierno de la potestad ejercida por la función judicial- al cual el artículo 181 de la Constitución le dota de funciones rectoras, nominadoras y presupuestarias sobre dicha función, con exclusión expresa de los asuntos correspondientes a los órganos autónomos que son la Defensoría Pública y la Fiscalía- el juicio de validez sobre la coherencia con la organización de las potestades estatales debe considerar los principios republicano, representativo, plurinacional, participativo y responsable a los que se encuentran sujetas en su accionar; así como al de pertinencia o cohesión

sistémica con los derechos y garantías al que se debe dar cumplimiento por medio de los principios específicos que se les asigna en el capítulo cuarto del Título IV, por lo que sería procedente que se lo realice conjuntamente con el juicio sobre el consentimiento activo de la participación ciudadana.

Para la propuesta que formula el anexo 4, con el cual se reemplazaría el artículo 20 del Régimen de Transición de la Constitución, es válida la consideración expresada anteriormente sobre el trámite requerido para enmienda mediante referéndum, al tratarse de una atribución que permite el ejercicio de una administración con carácter provisional, con atribuciones concursales y nominativas, las cuales no afectan ni al carácter ni a los elementos del Estado ya señalados, consecuentemente podría calificársela como tramitable mediante el procedimiento del artículo 441.

Sin embargo, en lo que respecta al anexo 5 que nos propone enmendar la integración definitiva del Consejo de la Judicatura y a sus funciones, tal como está concebida, conduciría a afectar un principio fundamental referente al carácter del Estado como ser la participación ciudadana empoderativa, al eliminarse en su integración a los vocales que deben ser designados mediante concurso público, como dispone la Constitución, sustituyéndolos con delegados de los órganos de potestad estatal. Se podría haber integrado quizás a estos delegados a la estructura del Consejo por medio de una propuesta de enmienda formulada para completar la integración del Consejo que trae la Constitución, sin excluir a los vocales. Otra causa de afectación, provendría de la no mención por el proyecto de la integración en dicho organismo, de un representante por la justicia indígena, lo cual permitiría proveerlo del carácter intercultural y plurinacional que prescribe la Constitución en calidad de principio fundamental constitutivo para el Estado, permitiendo así que se pudiese conformar cual instancia de participación, tal como lo dispone el artículo 100 de la norma suprema¹⁰.

¹⁰ Art. 100.- *En todos los niveles de gobierno se conformarán instancias de participación integradas por autoridades electas, representantes del régimen dependiente y representantes de la sociedad del ámbito territorial de cada nivel de gobierno, que funcionarán regidas por principios democráticos. La participación en estas instancias se ejerce para:*

1. Elaborar planes y políticas nacionales, locales y sectoriales entre los gobiernos y la ciudadanía.

No se justifica de otra parte, que pasen a formar parte de dicho Consejo los órganos autónomos previstos de capacidad nominadora, de dirección y presupuestaria propias, como son la Defensoría Pública y la Fiscalía.

Por tanto, siendo además incompatible con los principios que caracterizan al Estado constitucional de derechos y justicia, el resultado es que aplicando el juicio de validez, el de pertinencia y el de consenso activo, llegaremos a la conclusión de que tal propuesta de integración definitiva para el Consejo de la Judicatura, no es calificable como enmienda para someterla a referéndum por su carácter *ultra-ordinem*, lo cual la remitiría al proceso previsto por el art. 444.

EPÍLOGO

El ejercicio de la revisión constitucional, sobretudo en constituciones que como la nuestra son el fruto de una aprobación popular por vía de un referéndum ratificatorio, sólo puede descansar en la expresa voluntad popular como desenlace al que conduce un proceso de iniciativa presidencial o legislativa, debidamente calificado por la Corte Constitucional en su validez de alcance y en su intención (el sentido u orientación que imprime a los derechos múltiples y la variada aplicación e imperio de los que dota a los mismos); en la eficacia que les provee y la coherencia que les confiere para su aplicación integral; y, en su legitimación por la activación de los procesos de autonomía social que consagra, a través de los cuales promueve el protagonismo ciudadano. Tan sólo así se potencia el carácter del Estado como uno de Derechos y Justicia que persigue una vida buena colectiva –inclusiva en la diversidad y equitativa– garantizando a los ciudadanos y a las comunidades las diferencias que aquellos

2. *Mejorar la calidad de la inversión pública y definir agendas de desarrollo.*

3. *Elaborar presupuestos participativos de los gobiernos.*

4. *Fortalecer la democracia con mecanismos permanentes de transparencia, rendición de cuentas y control social.*

5. *Promover la formación ciudadana e impulsar procesos de comunicación.*

Para el ejercicio de esta participación se organizarán audiencias públicas, veedurías, asambleas, cabildos populares, consejos consultivos, observatorios y las demás instancias que promueva la ciudadanía.

consideren relevantes (étnico-nacionales, de género y socio-culturales e ideológicas) y aplicando normas de acción afirmativa para su despliegue.

Estas consideraciones son particularmente trascendentes cuando se ponen en juego garantías procesales protectivas de los derechos de libertad como demuestra la experiencia histórica.

No todo "*cambio*" es necesariamente sinónimo de transformación renovadora en libertad, en el sentido de una orientación democratizante de la vida social (Lukács), que afiance una creciente autonomía de gestión y el control popular y societal.

El Estado como aparato represivo, se encuentra apenas contenido dentro de los marcos del Estado de legalidad. Y en ocasiones dicho rasgo no tan sólo asoma sus orejas arbitrarias en actuaciones preñadas de abusos y de excesos contra la integridad y la vida de la ciudadanía, sino que muestra sus colmillos fieros y amenazadores aprovechándose de los momentos de crisis, como acaeció durante la asonada facciosa de la policía el 30 de septiembre.

Los clamores por la seguridad pública frente al incremento de actos delictivos suelen ignorar que aquella no es posible ni tolerable sin preservar los valores de la libertad, la justicia y la igualdad como reclama desde el epígrafe de este trabajo la palabra premonitoria del Libertador. Juan Montalvo por su parte, nos advertía sobre situaciones en las que se ve amenazada la libertad y en las cuales los ecuatorianos podemos ser tratados desde el nacimiento hasta la tumba como "*sospechosos*". Sin embargo, continúan aun produciéndose razonamientos de esa laya entre algunos círculos de poder ubicados dentro y fuera del Estado, alentando las posiciones autoritarias entre algunos funcionarios.

El tratadista italiano Gustavo Zagrebelsky nos recuerda que no puede haber justicia si no contamos con la libertad individual y colectiva para perseguirla, ni tampoco podrá haber libertad a plenitud sin una justicia cabal y sustancial que valga la pena de ser buscada a manera de horizonte móvil para nuestros sueños. El exordio que colocase en rojas enseñas colocadas subrepticamente en las pétreas cruces quiteñas Eugenio Espejo, continúa marcándonos una senda a seguir: Seamos Libres.

Guayaquil, 9 de febrero del 2011.

BIBLIOGRAFÍA

ATIENZA, Manuel y RUIZ, Juan.- La piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos.- Editorial Ariel S.A., Barcelona 2004.

CARBONELL, Miguel.- Garantismo Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli.- Editorial SANTOS, Boaventura de Sousa.- El milenio huérfano. Ensayo para una nueva cultura política. Editorial Trotta, Madrid 2005

CORTE CONSTITUCIONAL, Quito 2010 VV.AA.- Los nuevos retos de América Latina Socialismo y Sumak Kawsay.- SENPLADES, Quito 2010

CRUZ PARCERO, Juan Antonio.- El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos.- Editorial Trotta S.A., Madrid 2007

CHAGUACEDA, Armando (compilador).- Participación y Espacio Asociativo.- Publicaciones Acuario del Centro Félix Varela, La Habana 2008

DE VEGA GARCÍA, Pedro.- La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente.- Tecnos S.A. Madrid 1192

GARAICOA ORTIZ, Xavier.- Perspectiva del régimen constitucional del buen vivir y del empoderamiento ciudadano.- Editorial de la Universidad de Guayaquil, 2009

FERRAJOLI, Luigi.- Derechos y Garantías. La ley del más débil.- Editorial Trotta, Madrid 2004

GUASTINI, Ricardo.- Interpretación, Estado y Constitución.- ARA editores, Lima 2010

MEJÍA QUINTANA, Oscar.- Derecho, legitimidad y democracia deliberativa.- Editorial Temis S.A. Bogotá 1998

LONDOÑO AYALA, César Augusto.- Medidas de Aseguramiento. Análisis constitucional, Ediciones Nueva Jurídica Bogotá 2009

LUKÁCS, Georg.- El hombre y la democracia.- Editorial Contrapunto S.A. Buenos Aires 1989

MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando.- Antijuridicidad penal y sistema del delito.- J.M. Bosch editor, Barcelona 2001

OROZCO, Iván y GOMEZ, Juan Gabriel.- Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal.- Editorial Temis S.A. Bogotá 1999

SABÉTE, Wagdi.- Pouvoir de révision constitutionnelle et droits fondamentaux.- Presses Universitaires de Rennes, France 2005

REVENGA, Miguel.- Seguridad Nacional y Derechos Humanos. Estudios sobre la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo.- Editorial Aranzadi S.A. Navarra 2002

VALADÉS, DIEGO.- El control del poder.- Universidad Nacional Autónoma de México.- EDIAR, Buenos Aires 2005

VICIANO, Roberto y MARTÍNEZ, Rubén.- Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano; en: El nuevo constitucionalismo en América Latina.- Corte Constitucional, Quito 2010