

Oficio No.

Quito, a

Señor Doctor

Diego García-Sayán

PRESIDENTE

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

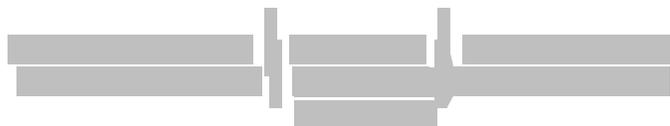
San José, Costa Rica.-

Señor Presidente:

Con respecto al caso CDH. 12.600 Caso Quintana Coello (en adelante las presuntas víctimas) contra el Ilustrado Estado del Ecuador (en adelante, el Estado, Ecuador, o el Estado ecuatoriano) en atención al requerimiento de la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos, (en adelante la Corte o la Corte Interamericana, Corte IDH) el Estado hace suya la oportunidad para presentar los Alegatos Finales Escritos (AFE). El Estado ecuatoriano se referirá indistintamente a los argumentos presentados por la Ilustre Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Consideraciones Generales.-

Para suministrar contexto, el Estado repasará algunas generalidades vinculadas con los hechos que suscitaron el presente caso, el Estado referirá los antecedentes del mismo, atendiendo a que los hechos no deben rebasar su verdadera temporalidad para poder generar una real discusión, puesto que si se revisa el escrito de solicitudes, argumentos y pruebas, es inaceptable que se pretenda inducir a confusión a este organismo internacional, refiriendo hechos ocurridos después de 2008 y que no tienen conexión causal ni lógica sobre el asunto litigioso.



Ciertamente, el Ecuador por voluntad soberana adoptó un modelo constitucional absolutamente distinto al que existía en el tiempo que se suscitaron los hechos. Esta postura jurídica del Estado fue ampliamente sustentada en los alegatos orales dentro de la respectiva audiencia pública. Existen algunos elementos fácticos que son erróneos, distorsionados o amplificadas inadecuadamente por los abogados de las presuntas víctimas; por esta razón la Corte podrá diseccionar los diferentes niveles jurídicos de este caso para proporcionar justicia a los ciudadanos y ciudadanas ecuatorianas.

Adicionalmente, se evidencia una inconformidad de la base fáctica del caso que fue remitido por la CIDH a la Corte IDH, puesto que se hace referencia a hechos inclusive que se suscitan en la actualidad, en contraposición al criterio mantenido por la Corte en sus sentencias¹.

De paso, es importante mencionar que dentro de la discusión jurídica se advierte una suerte de artificio jurídico mal intencionado de las supuestas víctimas, al querer inducir a error a la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando se utiliza inadecuadamente asuntos jurídicos como la calificación absurda de destitución, cuando el Estado a través de sus actos no ha enfocado dicha figura sino que siempre ha mantenido que lo ocurrido es la cesación de conformidad a la Constitución Política del Ecuador, de 1998. A pesar de este hecho, y al acotado y preciso reconocimiento de responsabilidad parcial. La Ilustre Comisión en su lenguaje jurídico de los hechos, y en otros momentos refiere el concepto cesación. De igual modo la propia Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando requiere la absolución de preguntas en el momento procesal de los Alegatos Finales Escritos.²

Consta en el expediente completo del caso que la posición del Estado Ecuatoriano sobre los hechos del caso se encuentra expresada en los

¹ Corte IDH, Caso Vera Vera vs. Ecuador, 19 de mayo de 2011, párrafo 33, incompatibilidad fáctica. Véase la Nota CDH 12.600 Corte Interamericana de Derechos Humanos, pregunta número 20, San José, 13 de febrero del 2013.

² Constitución Política del Ecuador, Registro Oficial 1 del 11 de octubre de 1998, disposición transitoria vigésimo quinta.

argumentos expuestos que ha venido sosteniendo el mismo, desde sus primeras actuaciones ante la Comisión Interamericana, particularmente en los oficios N° 0023420 de 10 de marzo de 2006 sobre los hechos y no admisibilidad del caso, y N° 008784 de 3 de marzo de 2008, relativo a las observaciones sobre el fondo del caso.

De igual modo, el Estado sobre todo dentro de la parte escrita del trámite ante la Corte y en varios momentos procesales ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que las presuntas víctimas en este caso, no eran titulares de un cargo establecido por tiempo indefinido, como equivocadamente afirma la Comisión en su informe de fondo y los peticionarios. De hecho, su nombramiento se realizó a partir de los resultados de la Consulta Popular del año 1997, en la que, en virtud de la decisión soberana del pueblo ecuatoriano de que se realicen cambios urgentes a la Función Judicial del Ecuador, se adoptaron algunas medidas de carácter transitorio para empezar a dar cumplimiento con lo decidido en las urnas, sin que ello implique un carácter definitivo y absoluto en cuanto a la titularidad en el cargo de las 27 presuntas víctimas en este caso. Este hecho fue ratificado por la declaración del perito de las presuntas víctimas, Dr. Julio César Trujillo, lo hizo también dentro de la audiencia pública uno de los abogados de las presuntas víctimas.

De tal modo es la situación del caso, que el espacio jurídico de discusión está en momentos anteriores a la Constitución de 1998, y en algunos aspectos en el rango jurídico de ésta. Así pues, la Constitución de 1998 dispuso que los magistrados de la Corte Suprema no estén sujetos a período fijo en relación con la duración de sus cargos y que, producida una vacante, el pleno de la Corte Suprema de Justicia designaría a un magistrado para llenar dicha vacante.

A esta metodología pura de auto-conformación en algunos países de la región se la reconoce como cooptación, figura jurídica y política que fue analizada por el Perito propuesto por el Estado, Dr. Marcelo

Bonilla, señalando que este procedimiento recibe críticas por ser poco democrático y participativo.

De vuelta al argumento central, esta disposición (la que contenía la regulación legítima del nombramiento de los jueces) se encontraba establecida en el artículo 202 de la Constitución de 1998, por lo cual es evidente que los magistrados designados en 1997 jamás fueron cubiertos por la norma jurídica, su nombramiento era previo y obedecía a otras reglas del poder político y jurídico.

La Corte Interamericana ha establecido reiteradamente que:

“la interpretación de todas las normas de la Convención relativas al procedimiento que debe cumplirse ante la Comisión para que “la Corte pueda conocer de cualquier caso”, debe hacerse de forma tal que permita la protección internacional de los derechos humanos que constituye la razón misma de la existencia de la Convención y llegar, si es preciso, al control jurisdiccional”³.

De otro lado, el Estado dentro de la Audiencia Pública y en el Procedimiento Escrito mencionó que la Honorable Corte Interamericana Derechos Humanos deberá analizar el asunto de la violación a la legítima defensa del Estado que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos provocó al acumular en la práctica el tratamiento de dos casos distintos. Es decir se ha puesto, la seguridad jurídica en que se basa el sistema interamericano de derechos humanos en peligro.

Inexistencia de violación al artículo 1 CADH.-

El artículo 1.1 de la Convención dispone:

Artículo 1

Obligación de respetar los derechos

³ Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1, párr. 30.

1. “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”⁴

A partir de este artículo se entiende con claridad la obligación internacional del Estado no solo al respeto irrestricto de los derechos y libertades reconocidos en este instrumento interamericano, sino además a la garantía de estos derechos en el ámbito de su jurisdicción, no es por lo tanto casual que la doctrina interamericana de derechos humanos ha reconocido un *deber positivo* para los Estados, en cuanto a aquellas gestiones o acciones para volver practicable el derecho bajo el amparo del Estado.

De esta forma, garantizar supone la obligación del Estado para tomar medidas que puedan desarticular obstáculos materiales, institucionales, legales o procedimentales que impidan a los individuos acceder los recursos que el sistema procesal interno ha previsto para el cumplimiento de los derechos. Al verificarse la inexistencia de esta actitud vigilante del Estado, obviamente se reconoce la violación al artículo 1.1. de la CADH. Las obligaciones que se desprenden del cumplimiento y no violación del artículo 1.1. de la CADH, esto es respetar, garantizar y colateralmente prevenir, en la estructura de Estado garantista constituyen en sí mismas articulaciones centrales del sistema.

Los señores representantes de las presuntas víctimas sostienen que como suma lógica, o efecto automático se produce la violación al artículo 1.1. de la Convención, y por eso no existe ninguna fundamentación en el párrafo 320 del ESAP presentado, a primera vista, esta posición podría tomarse como una congruencia con todos los planteamientos del ESAP, pero en la realidad fáctica no es así, se

⁴ Convención Americana sobre Derechos Humanos, en Documentos Básicos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, Procuraduría General del Estado, Quito, 2009.

trata por el contrario de una incongruencia, un piso falso sobre el que se asienta un argumento.

Para la mirada unidireccional de los señores representantes, ocurre un efecto fatal e inevitable por la sola alegación de violación de los artículos de la CADH, para ellos el resultado es que: el Estado ecuatoriano ha violado el artículo 1.1. CADH. Es necesario demostrar el incumplimiento de las obligaciones internacionales, es imprescindible exhibir argumentos en derecho, y no meras descripciones sobre los hechos.

Es dentro de esa escena jurídica que se produce incluso un desacuerdo parcial con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto al contenido del Voto Separado del Juez Piza Escalante, así pues, y con las dimensiones de contexto del caso, expresó:

En general comparto las razones de opinión de la mayoría sobre los ámbitos diferentes de aplicación que corresponden a los artículos 1.1. y 24 de la Convención, el primero al establecer y determinar los principios de igualdad y de no discriminación que integran específicamente los derechos consagrados en la misma, el segundo al crear una especie de derecho autónomo a la igualdad y a la no discriminación que opera como criterio de todos los derechos subjetivos, es decir, inclusive de los no fundamentales o no consagrados en la Convención; así como la conclusión de principio, de que no toda desigualdad o distinción es legítima ni, por ende, discriminatoria, para cuya determinación hay que acudir a criterios más o menos objetivos de razonabilidad, proporcionalidad y justicia.”⁵

Es relevante esta pieza jurisprudencial por cuanto plantea como elementos activos para determinar la violación al artículo 1.1 en principio el vínculo con el contenido de otro derecho, aspecto que no solamente es de carácter hermenéutico para comprender de la

⁵ CORTE IDH, Voto Separado del Juez Rodolfo E. Piza Escalante, Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Serie A No. 4, párrafo 8.

dimensión de la eventual violación de un derecho por el solo hecho de acompañar junto al artículo 1.1. con otro artículo que contenga una violación al catálogo de la Convención, sino que, y como bien lo plantea el Juez Piza Escalante es necesario aislar un precepto de otro para evitar que se produzca (como el mismo lo alerta) la generación de un derecho autónomo que opera como criterio de todos los derechos subjetivos. La solución que Piza Escalante propone es acudir a criterios de razonabilidad, proporcionalidad y justicia.

En ese horizonte de sentido, los señores representantes de las presuntas víctimas no refieren en torno a este artículo, ningún criterio de razonabilidad, proporcionalidad y menos aún de justicia. Además por toda la línea de razonamiento contradicen a la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que examina a los Estados con un enfoque integral, dinámico, y como lo es también la propia Convención Americana de Derechos Humanos, no se encuentra encapsulada en una temporalidad, su jurisprudencia precisamente da cuenta de los cambios que se producen en su análisis, de igual modo el Estado no debe mirarse como una estructura jurídica y política atrapada en los hechos materia de este caso, sino que es necesario comprender los sucesivos procesos de modificación que en el Estado se han producido, no hacerlo sería también restringir la dimensión reguladora y protectora que se aprecia nítidamente en el artículo 1.1. de la Convención.

Esta mención encaja de manera perfecta con la definición del deber de prevención determinado por la Corte IDH:

“El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales. No es posible hacer una enumeración detallada de esas medidas, que varían según el

derecho de que se trate y según las condiciones propias de cada Estado Parte. Es claro, a su vez, que la obligación de prevenir es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado. Pero sí es obvio, en cambio, que el sometimiento de detenidos a cuerpos represivos oficiales que impunemente practiquen la tortura y el asesinato representa por sí mismo, una infracción al deber de prevención de violaciones a los derechos a la integridad física y a la vida, aún en el supuesto de que una persona dada no haya sufrido torturas o no haya sido ultimada, o si esos hechos no pueden demostrarse en el caso concreto.”

La definición jurisprudencial del *deber de prevención* menciona varios ámbitos, asimilados como medidas positivas, desde las que tienen naturaleza jurídica, como las de carácter administrativo e incluso cultural, encaminadas todas, a la salvaguarda de los derechos humanos. Precisamente, y dentro de este nivel de prevención, el Estado tenía la obligación de generar medidas jurídicas, y efectivamente así lo hizo el Congreso Nacional a través de diferentes resoluciones que en el tiempo ampliaron, rectificaron y administraron decisiones para proteger derechos en relación con las disposiciones constitucionales vigentes.

El Estado ecuatoriano dentro de los Alegatos Orales demostró que en diferentes momentos históricos y políticos posteriores a la cesación, el Estado dentro de cada esfera de poder (legislativo, ejecutivo y judicial), realizó esfuerzos efectivos para recomponer el orden político y constitucional, estos hechos se verificaron en el año 2005 y fueron reconocidos dentro de la Audiencia Pública en la que compareció el Estado ecuatoriano.

Ciertamente, de acuerdo al diseño de Estado Constitucional de Derechos, el fin último del mismo es la defensa de los derechos de las personas dentro de un escenario específico: el *sumak kawsay* traducido como *buen vivir*, que en buenas cuentas significa que las personas deben desarrollar sus derechos en armonía con la sociedad y

la naturaleza teniendo en cuenta el objetivo universal de los derechos humanos, la vida con dignidad.

Inexistencia de violación al artículo 2 CADH.-

El artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece lo siguiente:

Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno:

*“Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.*⁶

El Estado dentro de los Alegatos Orales con fundamento en las declaraciones de los Peritos, Dr. César Landa, Marcelo Bonilla e incluso del Perito propuesto por los señores representantes, Dr. Julio César Trujillo, el Ecuador demostró que desde 1974 el Estado cuenta con un sistema normativo donde se encuentra un trazado jurídico sobre la administración de justicia, nombramiento, remoción y régimen disciplinario de la Función Judicial en particular de lo que se llamó en su época la Corte Suprema de Justicia:

El artículo 3 de la Ley Orgánica de la Función Judicial establecía:

“Art. 3.- Los jueces son: de jurisdicción legal y de jurisdicción convencional; y, los primeros: jueces ordinarios y jueces especiales.

Son jueces ordinarios Los Ministros de la Corte Suprema y de las Cortes Superiores, los jueces de lo penal y los de lo civil. Los

⁶ Documentos Básicos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Procuraduría General del Estado, Quito, 2009.

tenientes políticos, además de sus funciones específicas, ejercerán jurisdicción de conformidad con esta Ley.”

En relación a la posibilidades de remoción de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia se determinaba con claridad el organismo ante el que se debía proponer dicho proceso, atendiendo a criterios jerárquicos y de responsabilidad, luego se examinaba los impedimentos legales, las inhabilidades y en el fondo, el propio régimen disciplinario de la estructura judicial del país en esa época:

”Art. 6.- Puede pedirse ante la autoridad competente, la remoción de los magistrados, jueces y funcionarios elegidos o nombrados sin las calidades o con los impedimentos que fijan la Constitución y las Leyes.

La petición se presentará ante el Congreso, tratándose de magistrados de la Corte Suprema; ante ésta tratándose de los Ministros de las Cortes Superiores; y, ante la respectiva Corte Superior tratándose de los demás jueces, fiscales, funcionarios y empleados. La Corte Suprema conocerá, también, de los casos relacionados con los funcionarios y empleados subalternos del Tribunal.

Las disposiciones de este artículo se aplicarán, también a los casos en que el impedimento o la inhabilidad legal sea superveniente al nombramiento y posesión del funcionario o empleado.

Los jueces y tribunales procederán de oficio en cuanto tengan conocimiento de la existencia de algún caso de estos impedimentos o inhabilidades, y el funcionario o empleado de quien se trate tiene la obligación de separarse de sus actividades comunicándolo a su superior.”

Luego, en el Reglamento de la Carrera Judicial de 1990 que ha sido calificado por el Escrito de Solicitudes, Argumentos y Pruebas de los señores representantes de las presuntas víctimas, como *un procedimiento harto general* pero que no ha sido negada su existencia normativa y efectos jurídicos, señalaba en su artículo 1 lo siguiente:

“Art. 1.- AMBITO.- Este Reglamento rige para las personas legalmente nombradas y posesionadas para prestar sus servicios, remunerados presupuestariamente, en los organismos de la Función Jurisdiccional, especificados en la letra a) del Art. 98 de la Constitución Política, es decir, la Corte Suprema de Justicia, las cortes superiores y los juzgados y tribunales dependientes de aquélla, a quienes se les denominará servidores judiciales.

Se entenderá también como servidores judiciales, con las limitaciones señaladas en este Reglamento, a los titulares de los cargos de notarios, registradores de la propiedad y mercantiles, síndicos, liquidadores de costas, depositarios judiciales y martilladores públicos”

Adicionalmente debe mencionarse que en Registro Oficial No.279 de 19 de marzo del 1998 se encontraba otro cuerpo normativo de gran valor para la organización del sistema de justicia del Estado como es el Consejo Nacional de la Judicatura, esta ley estuvo vigente hasta el nueve de marzo del 2009 fecha en la que se expidió el Código Orgánico de la Función Judicial que cubre la institucionalidad de justicia actualmente.

El artículo 1 de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Judicatura determinaba:

“El Consejo Nacional de la Judicatura es el órgano administrativo y disciplinario de la Función Judicial. Tiene personalidad jurídica de derecho público y autonomía administrativa y financiera; su sede estará en la Capital de la

República, y ejercerá sus atribuciones en todo el territorio nacional, de acuerdo a la Constitución, la Ley, y los reglamentos respectivos.”

El Estado incorporó en armonía a los derechos y garantías consagrados en la Constitución, y en el nuevo diseño jurídico de derechos, un Código Orgánico de la Función Judicial que establece Políticas de Justicia en su artículo 3:

“Art. 3.- POLITICAS DE JUSTICIA.- Con el fin de garantizar el acceso a la justicia, el debido proceso, la independencia judicial y los demás principios establecidos en la Constitución y este Código, dentro de los grandes lineamientos del Plan Nacional de Desarrollo, los órganos de la Función Judicial, en el ámbito de sus competencias, deberán formular políticas administrativas que transformen la Función Judicial para brindar un servicio de calidad de acuerdo a las necesidades de las usuarias y usuarios; políticas económicas que permitan la gestión del presupuesto con el fin de optimizar los recursos de que se dispone y la planificación y programación oportuna de las inversiones en infraestructura física y operacional; políticas de recursos humanos que consoliden la carrera judicial, fiscal y de defensoría pública, fortalezcan la Escuela de la Función Judicial, y erradiquen la corrupción.”

El Estado señaló con precisión dentro de los Alegatos Orales, la estructura de principios rectores para el funcionamiento de la justicia como el de Supremacía Constitucional, Aplicabilidad Directa e Inmediata de la Norma Constitucional, Interpretación Integral de la Norma Constitucional, Principios de Legalidad, Jurisdicción y Competencia, Principio de Independencia, de Imparcialidad, Unidad Jurisdiccional y Gradualidad, Especialidad, Gratuidad, Publicidad, Autonomía, Dedicación Exclusiva, Servicio a la Comunidad, Sistema-Medio de Administración de Justicia, Dispositivo, Inmediación y Concentración, Celeridad, Probidad, Acceso a la Justicia, Tutela Judicial Efectiva, Interculturalidad, Seguridad Jurídica, Buena Fe y

Lealtad Procesal, Verdad Procesal, Obligatoriedad de Administrar Justicia, Interpretación de Normas Procesales, Colaboración con la Función Judicial, Principio de Impugnabilidad en Sede Judicial de los Actos Administrativos.

De este seriado de principios es necesario subrayar el contenido del Principio de Legalidad, de Independencia, e Imparcialidad, en su orden:

“Art. 7.- PRINCIPIOS DE LEGALIDAD, JURISDICCION Y COMPETENCIA.- La jurisdicción y la competencia nacen de la Constitución y la ley. Solo podrán ejercer la potestad jurisdiccional las juezas y jueces nombrados de conformidad con sus preceptos, con la intervención directa de fiscales y defensores públicos en el ámbito de sus funciones.

Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán las funciones jurisdiccionales que les están reconocidas por la Constitución y la ley.

Las juezas y jueces de paz resolverán en equidad y tendrán competencia exclusiva y obligatoria para conocer aquellos conflictos individuales, comunitarios, vecinales y contravencionales, que sean sometidos a su jurisdicción, de conformidad con la ley.

Los árbitros ejercerán funciones jurisdiccionales, de conformidad con la Constitución y la ley.

No ejercerán la potestad jurisdiccional las juezas, jueces o tribunales de excepción ni las comisiones especiales creadas para el efecto.”.

En el texto del artículo precedente el Estado demuestra un avance cualitativo importante en torno a la definición jerárquica constitucional de la potestad jurisdiccional de los funcionarios

judiciales; y del propio sistema acusatorio con la presencia de fiscales y de defensores públicos.

De otro lado, la Constitución del 2008 con su modelo estatal de característica intercultural y plurinacional reconoce la jurisdicción indígena con sus correspondientes autoridades. Además se señala la competencia de los jueces de paz, las funciones jurisdiccionales de los árbitros y la inexistencia de potestad jurisdiccional de tribunales ad-hoc disposición fundamental en relación al respeto de las garantías judiciales del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y al artículo 1.1 del mismo origen convencional.

“Art. 8.- PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA.- Las juezas y jueces solo están sometidos en el ejercicio de la potestad jurisdiccional a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley. Al ejercerla, son independientes incluso frente a los demás órganos de la Función Judicial.”

Ninguna Función, órgano o autoridad del Estado podrá interferir en el ejercicio de los deberes y atribuciones de la Función Judicial.

Toda violación a este principio conllevará responsabilidad administrativa, civil y/o penal, de acuerdo con la ley.”

El Estado también señaló en los Alegatos Orales que dentro de la nueva institucionalidad se cuenta con el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos a partir de la Constitución del 2008 entró en un proceso continuo y sistemático de reorganización normativa que parte de la Constitución de Montecristi al Proceso Legislativo de Transición y de manera permanente a través de la Subsecretaría de Desarrollo Normativo del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

La jurisprudencia del máximo tribunal interamericano de derechos humanos al determinar estas *otras medidas*, ha prefijado que no se tratan de aquellas consideradas meramente administrativas o

judiciales, que solamente se enmarcan en los deberes de respeto y garantía a las que se refiere el artículo 1.1. de la CADH, sino además de prácticas concretas de la institucionalidad del Estado. Actualmente se puede afirmar que se encuentra en marcha una política pública en relación a la protección de derechos humanos, y de re-ingeniería de la administración de justicia que tiene sus primeros atisbos en la Constitución de 1998, Ley Orgánica del Consejo Judicatura, Ley de Control Constitucional y se consolida, afirma y desarrolla en la Constitución de Montecristi de 2008, en el Código Orgánico de la Función Judicial y en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.⁷

Dentro de la posición jurídica de los representantes de las presuntas víctimas se puede percibir un contrasentido profundo que debe ser advertido por los Honorables Jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el sentido de que por un lado se confirma que se ha realizado una reforma profunda en el sistema de justicia y que, al expedir el Código Orgánico de la Función Judicial se garantizan la independencia judicial y los procesos de disciplina de los funcionarios judiciales y magistrados de las Cortes, y por otro lado, se afirma que existen normas que podrían atentar a la independencia judicial a partir de los efectos jurídicos e institucionales de la Consulta Popular llevada a cabo en el año 2011.

Inexistencia de violación al artículo 23 CADH.-

Los Derechos Políticos se definen un conjunto de características o propiedades jurídicas que permiten la participación de un ciudadano dentro de un sistema estatal; en este tipo de derechos existe siempre un vínculo entre los derechos políticos, y la participación pública de tal manera que una persona expresa además su derecho como una actividad dentro del sistema socio-político, la persona por lo tanto puede decidir sobre situaciones de interés general como el sistema de

⁷ Puede verse, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986, y el interesante voto separado del Juez R. Piza Escalante.

gobierno, las autoridades que regirán en determinado orden social, la elaboración de las normas, las políticas públicas y el ejercicio de funciones públicas que son encomendadas a través del voto a sus representantes que ejercerán funciones públicas.

En la actualidad, existe una relación directa entre democracia, ciudadanía y derechos políticos. Y es obvio que así sea porque para que se exprese una persona dentro de un sistema social y político (democracia), es necesario ejercer un tipo de derecho especial, vale decir derecho político. Sin embargo, los derechos políticos no solamente se encuentran previstos en el derecho interno de los estados, o en las Constituciones sino que tienden a convertirse en derechos universales por vía del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. (DIDH)

En este contexto, los derechos políticos adquieren su estatuto de derechos humanos a partir de las Revoluciones Francesa y Norteamericana, y por el aporte de los pensadores de la *Filosofía del Derecho Natural* que entienden al sufragio como un sistema de delegación y representación amplio e integral en el que se funda el estatuto democrático del Estado. Igualmente, desde la Declaración Americana y Universal de Derechos Humanos que simultáneamente se aprueban en 1948, los derechos políticos comienzan a entenderse como una categoría de derechos humanos, se incluyen en numerosos tratados y convenciones y hoy se reconocen con mayor identidad dentro del Derecho Internacional de los derechos humanos⁸.

Los Derechos Políticos pueden advertirse de manera general a través de los siguientes derechos:

- Derecho al voto.
- Derecho a ser electo.

⁸ Véase PICADO, Sonia, "Derechos políticos como derechos humanos" en, Tratado de Derecho Electoral Comparado en América Latina, Nohlen, Dieter y otros (Compiladores), Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Fondo de Cultura Económica, Segunda Edición, 2007, México.

- Derecho a participar en el gobierno y ejercer funciones públicas o cargos de alta responsabilidad.
- Derecho de petición que implica que los ciudadanos pueden presentar formulaciones jurídicas para generar incidencia, inclusión o participación en los órganos públicos. Esta es una expresión de la participación ciudadana o de la contraloría social en los sistemas modernos⁹.

Para que se efectivicen y concreten los derechos políticos, es necesario que se produzca un clima general de respeto a todos los derechos humanos. La mayoría de tratadistas se refieren específicamente a que existen *derechos políticos* cuando como pre-requisito existe protección de *derechos de libertad y seguridad personal*. Como su propia definición de contenido lo indica, los derechos políticos tienen una relación directa con el quehacer político, con el sistema democrático, y con los derechos de participación. La casuística interamericana ha examinado los derechos políticos desde las desapariciones de dirigentes o militantes de partidos de oposición, organizaciones políticas perseguidas, dirigentes sometidos a ejecución extrajudicial, detenidos arbitrariamente o impedidos de participar en la vida política.

La vigencia de las libertades públicas, la libertad de expresión, de asociación y de reunión son imprescindibles tanto para el derecho a participar de elecciones, como en los otros mecanismos de participación en la vida democrática del Estado que incluyen procesos de contraloría ciudadana, veedurías, revocatorias de mandatos, etc.

El artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece con claridad el derecho de todo ciudadano o ciudadana a la participación en asuntos de interés público, bien sean estos de elección popular o de designación indirecta, a través de otros agentes públicos (autoridades), funciones públicas que a través de la delegación se establecen en los diferentes esquemas de administración del Estado en la región. En este sentido, el mencionado artículo agrupa al acceso a una dignidad pública por medio del voto (votar y

ser elegido) y de otro lado, al acceso a la función pública por mecanismos indirectos. En ambos casos se habla también de garantías políticas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha tenido oportunidad de valorar los derechos políticos en torno a las condiciones de igualdad para acceder a cargos públicos:

“En relación al artículo 23.1.c, la Comisión argumentó que: El derecho de las personas de formar parte de la judicatura, en condiciones de igualdad y una vez seleccionadas de conformidad con las condiciones establecidas en la Constitución y en las leyes, de permanecer en sus cargos, se encuentra protegido en el artículo 23.1.c de la Convención Americana. De manera que la destitución por parte del Congreso de la República del Perú de tres de los Magistrados del Tribunal Constitucional, en un procedimiento en el que no se observaron las formalidades establecidas en la Constitución, constituye “una violación por parte del Estado peruano, del derecho de tener acceso en condiciones generales de igualdad a las funciones públicas de su país”¹⁰.

Sin embargo, la Corte Interamericana en el caso del Tribunal Constitucional del Perú, analizó simultáneamente varias situaciones jurídicas. Por un lado, el Derecho de Igualdad, los Derechos Políticos en cuanto a la Participación, las Garantías Judiciales, el Principio de Legalidad, el ejercicio de un recurso sencillo, rápido y efectivo para restituir sus derechos conculcados.

En un sentido análogo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló:

⁹ Ibid, PICADO, Página 51.

¹⁰1010 CORTE IDH, Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, Sentencia de 31 de Enero de 2001, Serie C, Número 71, Párrafo 98-104.

“Es indispensable que el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos para que dichos derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación. Los hechos del presente caso se refieren principalmente a la participación política por medio de representantes libremente elegidos, cuyo ejercicio efectivo también se encuentra protegido en el artículo 50 de la Constitución de Nicaragua.

La participación política puede incluir amplias y diversas actividades que las personas realizan individualmente u organizados, con el propósito de intervenir en la designación de quienes gobernarán un Estado o se encargarán de la dirección de los asuntos públicos, así como influir en la formación de la política estatal a través de mecanismos de participación directa”¹¹.

La comprobación de la inexistencia de violación al contenido del artículo 23 de la Convención se puede examinar a partir de varios hechos fácticos que ocurrieron con algunos Ex Magistrados. Por el momento, solo cabe señalar que los Ex Magistrados cesados, José Vicente Troya, y Arturo Donoso ocuparon altas dignidades luego de haberse producido la cesación. En el primer caso, como Presidente de la Corte Nacional de Justicia (Ex Corte Suprema de Justicia), y en el segundo como Magistrado del Tribunal Contencioso Electoral. Estos aspectos fueron claramente demostrados dentro de la Audiencia Pública celebrada en San José de Costa Rica dentro del interrogatorio efectuado por el Estado a la presunta víctima, Dr. Arturo Donoso.

De tal manera que afirmar que existió transgresión al artículo 23 CADH por impedirse el acceso a la función pública constituye una afirmación sin sustento. Por lo cual, de forma acertada la CIDH excluyó de su informe de fondo el análisis de este derecho. Sin embargo, como lo enunció inicialmente el Estado, existe una defensa y contra argumentación simultánea a la Comisión Interamericana y al ESAP. La Corte deberá excluir de su estudio el artículo 23 de la CADH.

¹¹ CORTE IDH, Caso Yatama vs. Nicaragua, Sentencia de 23 de Junio de 2005, Serie C, Número 127, Párrafo 195 y 196,

Legitimidad y legalidad de los cambios constitucionales

Todo proceso constituyente se origina por una gran transformación política y social, como el nacimiento de nuestros países como repúblicas independientes o, posteriormente como producto de una crisis nacional muchas veces originado por el término de una guerra civil o el establecimiento de un golpe de Estado. Sin embargo, en la actualidad, estos cambios profundos se vienen llevando a cabo a través de procesos políticos democrático- populares.,

Por eso, el conflicto que genera el cambio constitucional se puede analizar desde la lógica de la legitimidad y/o desde la lógica de la legalidad. La legitimidad se ocupa de la relación entre los poderes y no tanto desde la perspectiva de los derechos individuales. Por eso, se puede observar que el caso involucra un análisis del papel y límites del Poder Judicial frente a la Asamblea Constituyente, es decir, el vínculo entre un poder constituido y el poder constituyente.

En América Latina, durante los últimos treinta años, diversos procesos constituyentes han involucrado la reestructuración del Estado y en ese sentido también la del Poder Judicial; sobretodo, luego de períodos de dictadura o de cambios sociales que conllevaron a la gestación de un proceso constituyente, precisamente con el objeto de adecuarse al paradigma de un Estado de Derecho democrático.¹²

Todo proceso constituyente nace de una crisis o de una situación que involucra la necesidad de cambio. En nuestra región no sería posible sostener la inmutabilidad de una Constitución, ya que ello sería contrario a los postulados del constitucionalismo moderno y al principio democrático que lo sustenta. De cualquier modo, en el caso ecuatoriano, el proceso constituyente de 1998 se generó luego de la destitución del entonces Presidente Abdalá Bucaram y de los

¹² AYALA CORAO, Carlos. *La independencia de la justicia y los procesos constituyente+* En: Estudios Constitucionales, año 6, 2008, disponible en: http://www.cecoch.cl/htm/revista/docs/estudios_const/revistaano_6_1.htm/Laindependencia18.pdf, revisado el 14 de enero de 2012.

resultados de una consulta popular que validaron la Presidencia de su sucesor Fabián Alarcón y el inicio a un proceso constituyente.¹³

Ahora bien, desde esta lógica cabría preguntarse si la titularidad del cargo que ostentaban los jueces de la Corte Suprema de Justicia (CSJ) tendría que haber prevalecido frente a la labor y decisión de la Asamblea Constituyente de 1998.

De hecho, es inevitable que la “potencia del poder constituyente provoque siempre enfrentamientos con los poderes constituidos y sus diferentes manifestaciones”.¹⁴ De ahí que la discusión que ha surgido a raíz del cambio de Constitución respecto de la permanencia de los magistrados de la CSJ en sus cargos no sea ni extraña ni ajena al discurso jurídico político que se ha construido en torno al cambio constitucional de 1998.

Afirmar que el cargo que ostentaban los jueces era vitalicio, conforme a la reforma constitucional de año 1997, supondría que la designación recibida es un derecho adquirido que operaría como un blindaje al margen de las decisiones de la Asamblea Constituyente, es decir, del poder originario del que se deriva un poder constituido.

Independientemente de la naturaleza de los derechos que pudieran haberse involucrado, es errado establecer que una reforma y el proceso de elaboración de una nueva constitución formen parte de un único proceso constituyente, tal como afirman los jueces.¹⁵

Ello en la medida que el poder de reforma y el poder constituyente no son equiparables en sí mismos, tal como lo afirma la doctrina (aun cuando haya una teoría de los límites aplicable al poder constituyente, pero este es un tema distinto).¹⁶

¹³ La Asamblea Constituyente de 1997 se conformó luego de que en el referéndum convocado ese mismo año, únicamente el 46% de la población respondiese de forma positiva a la pregunta: “¿Está usted de acuerdo en que se convoque a una Asamblea Nacional con el exclusivo propósito de que reforme la Constitución Política del Ecuador?”

¹⁴ BOHORQUEZ MONTOYA, Juan Pablo. *El poder constituyente, fundamento de la democracia: Carl Schmitt*, 2006, vol.11, N° 2, pp. 525-556, disponible en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0122-44092006000200003&script=sci_arttext, revisado el 15 de enero de 2012.

¹⁵ Escrito de solicitudes, argumentos y pruebas. Caso Quintaba Coello y otros vs. Ecuador.

¹⁶ DE VEGA, Pedro. *La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente*. Madrid: Tecnos, 1985, pp. 60-66.

Si el poder constituyente es la voluntad política de la que se deriva “la validez de toda ulterior regulación legal-constitucional”¹⁷, entonces la conformación de la CSJ o la ratificación de quienes conforman los poderes constituidos es competencia decisoria de la Asamblea Constituyente.

Ello es así, no obstante que el proceso constituyente no siguiera necesariamente lo establecido en la Constitución de 1979, es decir, no se organizó a la luz de la modalidad del “poder de revisión” previsto en el artículo 143 del texto en mención. Como quiera que fuere, el hecho que no haya cumplido con los requisitos formales no significa que hubiese sido ilegítima.

En efecto, el establecimiento de una Asamblea Constituyente involucró la posibilidad de cambiar la Constitución de 1979 por las vías de hecho. No debe olvidarse que el “poder constituyente irregular” es precisamente el poder constituyente originario cuando se ejerce en situaciones extra-constitucionales.¹⁸

De ahí que la Constitución de 1998 haya sido considerada la norma suprema del ordenamiento jurídico ecuatoriano hasta la entrada en vigor de la Constitución de 2008. Empero, existen límites impuestos al poder constituyente que se configuran como el mínimo indispensable tales como los derechos humanos y la división de poderes que emanan del propio principio de soberanía popular en tanto límites materiales que legitiman al proceso constituyente en sí mismo.¹⁹

Ahora bien, respecto de este tema la Corte IDH deberá tener en cuenta que eventualmente los alcances de su pronunciamiento tendrán incidencia en la configuración y relación entre poderes del Estado.

En efecto, aun cuando su competencia alcanza de forma exclusiva a la protección de derechos reconocidos en la CADH y otros tratados, este

¹⁷ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*, Madrid: Alianza Editorial, 1982, p. 105.

¹⁸ TAPIA VALDEZ, Jorge. *Poder constituyente irregular: los límites metajurídicos del poder constituyente originario*. Estudios Constitucionales, Año 6, N° 2, 2008, pp. 121-142, disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002008000100005&script=sci_arttext, revisado el 10 de enero de 2013.

¹⁹ DE VEGA, Pedro. Op. Cit., p. 273.

caso conlleva una dimensión que involucra aspectos esenciales de la organización del Estado y la relación entre poderes, así como en el proceso de adopción de una nueva Constitución.

En líneas generales, se puede afirmar que el hecho que se generase un proceso de cambio constitucional, que incidió en el cese de los Magistrados de la CSJ, no involucraba *per se* una afectación de la garantía de independencia judicial y los derechos de los magistrados de la CSJ; porque ello se mide en función de las sentencias.

Aunque la Constitución de 1998 estableció que los jueces de la Corte Suprema de Justicia tenían un mandato no sujeto a término, de ello no derivaba un derecho individual adquirido que debía prevalecer en el caso de una reforma constitucional, sobre la materia.

De hecho, si la Asamblea Constituyente hubiera determinado que los jueces supremos tenían un periodo de término de su mandato, el mandato de los jueces supremos, en el caso de haber sido ratificados por el Poder Constituyente, al término de su periodo como jueces debía regirse por las reglas de la nueva Constitución. En este sentido, el cambio constitucional crea una nueva fuente de obligaciones, cancelando las disposiciones de la norma constitucional anterior; pero, los efectos de ésta en el tiempo podría seguir rigiendo a condición de que no sean contrarias al nuevo orden jurídico constitucional.

En este último supuesto, siguiendo la tesis de las situaciones jurídicas objetivas no se debería desconocer las justas compensaciones que reparen los efectos causados por actos no contrarios a la Constitución, pero creadora de perjuicios difícilmente justificables²⁰.

²⁰ LÓPEZ MENUDO, Francisco. "El principio de irretroactividad de las normas en la jurisprudencia constitucional". En AA.VV. *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría. I. El Ordenamiento Jurídico*. Madrid: Civitas, 1991, pp. 497-500.

Las cuestiones políticas son justiciables

El sistema de protección de los derechos humanos comparte como todo orden jurídico una presunción de totalidad o unidad, propio de la concepción jurídica moderna de los sistemas racionales y normativos²¹. Sin embargo, no se puede desconocer que el quehacer humano del cual se origina y al cual se orienta todo sistema jurídico, es un quehacer humano con una vocación racionalizadora de las conductas, aunque para ello deba partir de elementos no siempre concebidos racionalmente, al menos no de manera uniforme.

Así, el sistema de protección internacional de derechos humanos se funda en un conjunto de principios y valores democráticos propios de la sociedad contemporánea, después de la Segunda Guerra Mundial, vinculados al respeto a los derechos y libertades políticas, que otorgan sentido a los derechos a la vida, integridad personal, libertades personales, y derechos fundamentales de opinión, expresión, etc.²².

Con el paso del tiempo y dependiendo del lugar, los derechos humanos han tendido a universalizarse, porque el ser humano en esencia es uno mismo, en cualquier espacio en que se encuentre. Más aún, hoy en día los derechos humanos se van expandiendo para ir protegiendo determinados derechos sociales, económicos y culturales.

Si bien el debate en relación al universalismo y al relativismo siempre está presente en la concepción y eficacia de los derechos humanos, no se puede descartar que en el análisis de los derechos humanos de naturaleza política dicho debate tenga mayor asidero. Debido a que si bien los derechos humanos son interdependientes, existe un mayor grado de libertad de configuración normativa del legislador sobre de los derechos políticos, que en el caso de los derechos y libertades civiles, propios del quehacer originario de protección del sistema internacional de derechos humanos.

²¹ LUHMANN, Niklas. *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. Madrid: CEC, 1983, pp. 13-23..

Esto quiere decir que la libre configuración del constituyente y/o legislador de los derechos políticos, como el acceso a determinados cargos públicos, a elegir y ser elegidos, o al nombramiento de los funcionarios públicos y remoción o destitución de los mismos, si bien no puede vulnerar derechos esenciales como a la libertad personal, la igualdad ante la ley y no discriminación, la libertad de pensamiento, opinión y expresión, libertad de asociación, nacionalidad, propiedad, debido proceso, entre otros; no es idéntico a la protección de los derechos civiles; por eso aquellos quedan vinculados estrechamente a la delimitación legal que configure el legislador. Pero, sin violar los principios básicos de los derechos humanos previstos en la Convención Americana, la Constitución nacional y demás obligaciones internacionales del Estado.

Ahora bien, el margen de regulación legal es discrecional; en el sentido que responde a las necesidades de la estructura, organización y funcionamiento constitucional establecido para el Estado nacional. Ello es así, en la medida que la determinación del contenido de la norma constitucional es una competencia positiva del poder constituyente, quien decide bajo criterios de oportunidad política y justicia, la incorporación, modificación o sustitución de determinadas instituciones como la abolición de la bicameralidad parlamentaria y la implementación de la unicameralidad, entendida como el instrumento de la manifestación de la voluntad política democrática.

De otro lado, el margen de apreciación para la modificación legal de un instituto establecido goza de las mismas prerrogativas que el de su creación; porque, en el derecho las cosas se deshacen como se hacen.

Ahora bien, ello no significa que la disposición constitucional y el acto parlamentario que se derive de la misma no sea un acto susceptible del control constitucional o supra nacional *-political questions-*²³. Porque, la protección de la persona humana constituye tanto un mandato constitucional, como un mandato internacional, sobre el cual

²² BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, pp. 60-63.

se asientan las obligaciones de los Estados como el Ecuador que ha suscrito y ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos y la competencia contenciosa de la Corte IDH.

La determinación del contenido de la norma suprema es una competencia positiva que el legislador constituyente decide bajo criterios de oportunidad política. Es, pues, una materia propia de la reserva de la ley, entendida como instrumento de la formación de la voluntad política²⁴. No obstante, tanto el control constitucional, como el control de convencionalidad de dicha ley *prima facie* debe ser materia de control difuso del juez nación y, en última instancia de la Corte IDH, siempre que esta haya vulnerado los parámetros constitucionales y convencionales justiciables.

Al respecto, es necesario dejar de lado la vieja tesis de los actos justiciables y no justiciables, puesto que entre ambas existe un baremo de posibilidades de actuación judicial²⁵. Precisamente, son estas últimas las que otorgan sentido real a la posición del control constitucional y convencional. Ahora bien, la Constitución sigue siendo una norma jurídica suprema que hace justiciable a la ley, como la Convención hace justiciable a la Constitución y a la ley; más aún, en tiempos en que ley no es toda decisión política adoptada por el Parlamento, como tampoco sentencia no es toda resolución que adopta el Tribunal Constitucional²⁶. De aquí la importancia del control convencional en sede nacional y, en todo caso, directamente en sede de la Corte IDH.

Por ello, si bien, en principio, el acto de la configuración del contenido de la decisión normativo-constitucional del caso, en tanto opción política, no es materia de control, sí lo sería, en la medida que esa

²³ MILLER, Jonathan. "Control de constitucionalidad; el poder político del Poder Judicial y sus límites en una democracia". *El Derecho*, T. 120, 1987, p. 924.

²⁴ LINARES QUINTANA, Segundo. *Teoría e historia constitucional*. T. I, Buenos Aires: editorial Alfa, 1958, p. 319, para quien "el poder judicial no puede juzgar los propósitos o motivos del legislador".

²⁵ Carrasco Perera, Angel. "El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional". *REDC*, N.º 11, Año 4, 1984, pp. 79 ss.

²⁶ CIDH, Caso Artavia Murillo y otros (*Fecundación in vitro*) vs. Costa Rica. Sentencia de 28 de noviembre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Párr. 316.

opción política obstruya los valores democráticos en que se basa la Constitución y/o la Convención. Valores tales como el pluralismo y la tolerancia política, así como los derechos fundamentales y el debido proceso legal. Es decir, la jurisdicción constitucional e internacional, ante una *political question*, deberá procurar limpiar los canales de participación de las minorías y del cambio social, frente al constante peligro del poder omnímoto de las mayorías²⁷.

Por cuanto si se acepta que la Convención contiene lagunas políticas excluidas al control de la jurisdicción de la Corte IDH se estaría aceptando que, junto al orden jurídico convencional, exista otro orden político desvinculado del control convencional, a libre arbitrio del poder mayoritario de turno Por ello, no sin cierto valor pragmático, se ha señalado que si bien es inadmisibles la elaboración judicial de las leyes —*judicial law making*—²⁸, esta es menos peligrosa que la legislativa. En la medida que la primera puede ser revertida mediante la legislación o incluso la reforma constitucional.

Por eso, el peligro de dejar inmune a determinadas normas incluso constitucionales, por tratarse de una *political question*, basándose en las imperfecciones de la judicialización de la política, abre la posibilidad de un peligro mayor e insalvable para la libertad y la división del poder, siendo estos últimos valores fundamentales del Estado de Derecho contemporáneo²⁹.

Por estas razones, en todo caso, será a la Corte IDH a quien le corresponda decidir el alcance o densidad del control judicial de una cuestión política. a través del desarrollo de los principios y técnicas de interpretación constitucional³⁰. Con lo cual se evita que, frente al

²⁷. HART ELY, John. *Democracy and Distrust. A theory of judicial review*. Boston: Harvard University Press, 1981, pp. 105 ss.; CRUZ VILLALON, Pedro. Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria, en Legitimidade e legitimação da justiça constitucional+ *Coloquio*, N.º 10, Aniversário do Tribunal Constitucional, Lisboa, 28 e 29 de Maio de 1993, Coimbra editora, 1995, p. 87.

²⁸. DEVLIN, Lord. Judges and lawmakers+ *The Modern Law Review*, N.º 1, Vol. 39, 1976, pp. 5 ss.

²⁹. CAPPELLETTI, Mauro. Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional, en *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales* En AAVV, *Tribunales constitucionales europeos y derechos humanos*. Madrid: CEC, 1984, 627-629; FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione*. Roma: Laterza, 1996, pp. 929 ss.

³⁰. BICKEL, Alexander. *The last dangerous branch the Supreme Court at the bar of politics*. New Haven & London: Yale University Press, 1986, pp. 86 ss. y 108 ss.; asimismo,

eventual abuso parlamentario, se instale el abuso judicial. Lo que no obsta para que se planteen una serie de problemas, como la sensación generalizada de estar pasando del gobierno de los representantes democráticos nacionales al *gobierno de los jueces* internacionales³¹. Sin que existan mecanismos de responsabilidad democrática de estos últimos, ya que los magistrados no responden por sus votos u opiniones, ante ningún poder público. Esta situación con el avance de los tribunales constitucionales levantaron voces, que pregunta legítimamente *¿quo vadis?, y ¿qui custodet custodes?*³².

No existe una única solución frente a este peligro real en las relaciones entre el control convencional de la Corte IDH y el Congreso. Sin embargo, un cuidadoso estudio de los hechos del caso a la luz de la historia constitucional nacional, así como el análisis de la sucesión de normas constitucionales sobre causas políticas, reducirán las posibilidades del ejercicio incontrolado de los magistrados encargados de revisar la validez o invalidez de dicho acto parlamentario³³.

Las normas pre-constitucionales y su inconstitucionalidad sobrevenida³⁴

Las normas constitucionales si bien teóricamente tienen una vocación de permanencia en el tiempo, la realidad latinoamericana y no sólo la ecuatoriana demuestra en su historia política, que la regla ha sido la inestabilidad constitucional. Así, la historia constitucional de la región ha sido pródiga en la dación de textos constitucionales y en la

SHAPIRO, Martin. *Law and politics and the Supreme Court*. London: Press of Glencoe . MacMillan, 1964, pp. 50 ss.

³¹ LAMBERT, Edouard. *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*. Paris : Giard & C., 1921, pp 220-236.

³² ISENSEE, Jopsef. *Bundesverfassungsgericht - quo vadis?* JZ, 22, 1996, pp. 1085 ss.; 51, SHAPIRO, Martin. *Who guards the guardians? Judicial control of administration*. London . Atenas: The University of Georgia Press, 1988, pp. 62 ss.; asimismo, WOLFE, Christopher. *The rise of modern judicial review, from constitutional interpretation to judge-made law*. New York: Basic Books, Inc., Publishers, 1986, pp.1-11.

³³ KIMMINICH, Otto. *Estado de Derecho, democracia, Constitución* Universitas, N.º 1, Vol. XXVI, 1988, p. 1; SCHEUNER, ULRICH. *Verantwortung und kontrolle in der Demokratischen Verfassungsordnung*, en *Festschrift für Gebhard.Zum 70.Geburstag des Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts*, (Th. Ritterspach · W. GEIGER).Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1970, pp. 379 ss.

³⁴Parejo, Luciano. *La Constitución y las leyes preconstitucionales. El problema de la derogación y la llamada inconstitucionalidad sobrevenida* RAP, N.º 94, enero-abril, Madrid,

incorporación nominal de modernas instituciones democráticas, pero no en la creación de una conciencia constitucional de ciudadanía, ni en el ejercicio del poder con plena lealtad constitucional de sus gobernantes.

Podría señalarse que el desfase de la falta de vigencia de los textos constitucionales, en la vida social, se debe a que la expedición de las cartas políticas se fue dando al unísono de los cambios políticos y sociales de cada época. Algunos de esos cambios fueron más estructurales, como la independencia de España y el establecimiento de la República y otros más coyunturales, como las guerras civiles, las guerras internacionales y las revoluciones civiles y militares.

Este curso histórico muestra que las constituciones y la vida constitucional han dependido, directamente, de los acontecimientos políticos y militares de cada época y que los operadores constitucionales no han sido capaces de procesar dichos fenómenos en el marco de la Constitución vigente. Esto se ha debido a la falta de estabilidad política, que es expresión de la carencia de un consenso mínimo o pacto social, siquiera entre las elites dirigentes, para asegurar un Estado de Derecho con respeto a los derechos humanos.

Esa falta de acuerdo nacional ha creado una cultura cívica de incredulidad en la sociedad respecto tanto del Estado como de la Constitución. Ello, debido a que las necesidades e ilusiones de la población respecto a sus derechos y libertades no se han visto satisfechas por las grandes corrientes ideológicas, en cualquiera de sus constituciones: liberales; conservadoras, y; sociales. Motivo por el cual, ya en el siglo XIX se diría: “pueblos agitados, siempre oprimidos, siempre confiados en nuevas y pomposas promesas y siempre burlados”³⁵.

1981, pp. 201 ss.; donde desde una perspectiva jurisprudencial española, se plantea el dilema de la validez relativa de la legislación pre democrática.

³⁵. FUENTES, Manuel Atanasio. *Derecho Constitucional Filosófico*. Lima: Imprenta del Estado, 1873, p. XVII.

Dichas constituciones postuladas por los caudillos, además, siempre han buscado cerrar una etapa política e inaugurar una nueva, usualmente autodenominada como revolucionaria. Por eso, con acierto DE VEGA afirma que “hasta cierto punto se podría sostener que la historia de la temática constitucional, y de los enfoques diversos en su tratamiento, no es más que el correlato y la consecuencia lógica del proceso de transformaciones en el ámbito de la ideología y de la legitimidad constitucional que le sirve de fundamento”³⁶.

Sin embargo, en los países sin un sistema de partidos políticos sólidos democráticamente y a la pérdida de credibilidad en los valores cívicos, las quiméricas ideologías políticas: liberal, conservadora y social han tenido un asidero apenas virtual en la sociedad civil y en el quehacer jurídico del Estado. Produciendo así, constituciones nominales que no concuerdan con los presupuestos sociales y económicos y/o constituciones semánticas, en beneficio de los detentadores fácticos del poder³⁷.

Ante las necesidades de orden y de progreso en la región, los diferentes intereses nacionales en pugna por el poder, no respetaron las constituciones vigentes. Menos aún, otorgaron al texto jurídico supremo el rol de instrumento de gobierno válido para el establecimiento de la paz social y desarrollo nacional; no obstante que siempre apelaron nominalmente al pueblo y a la llamada emergencia nacional para que los caudillos irrumpieran en el poder. Lo que por cierto pone en evidencia la consecuente devaluación jurídica y política del texto constitucional a lo largo de la historia republicana, que no es otra que la manifestación de la crisis del positivismo jurídico³⁸.

Por ello, en los países andinos se ha experimentado a lo largo de su historia constitucional una precaria vida democrática, muestra de ello han sido los sucesivos golpes de Estado militares y civiles, como también el incumplimiento de las promesas electorales de los

³⁶. DE VEGA GARCÍA, Pedro. *En torno a la legitimidad constitucional*. México: UNAM, 1988, pp. 803-825.

³⁷. LOWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, pp. 218-222.

gobiernos representativos. Lo que siempre ha dado lugar a que los poderes fácticos —militares, económicos, políticos o sociales— de carácter coyuntural o estructural, suplieran o convivieran con las frágiles instituciones tanto políticas como jurídicas del Estado. Profundizando más la disonancia entre la norma constitucional y la normalidad constitucional³⁹, así como limitando, gravemente, la realización de la Constitución⁴⁰.

Sin embargo, a partir de la década de los ochenta en la región se generaron escenarios de profundos cambios históricos contemporáneos; como el restablecimiento de la democracia representativa, con instituciones modernas del Estado Constitucional, la incorporación en el constitucionalismo andino de las cláusulas de apertura a los tratados internacionales de derechos humanos. Lo que no fue óbice para que su establecimiento y desarrollo se realizara a través de las crisis nacionales y, finalmente, la quiebra del orden constitucional, con consultas populares o mediante la expulsión o huida del país de los Presidentes de la República.

La consecuencia de estos procesos políticos en la región es que los nuevos gobernantes han buscado reconstruir la legitimidad democrática y del Estado constitucional a partir de nuevos paradigmas, propios del constitucionalismo andino. Así, el actual Estado Constitucional de Derechos del Ecuador de 2008, tiene como fin último la defensa de los derechos de las personas en el marco del buen vivir (*sumak-kawsay*); esto es que toda persona debe desarrollar sus derechos en armonía con la sociedad y la naturaleza, considerando a la vida digna como el objetivo universal de los derechos humanos.

Pero, este proceso encuentra sus antecedentes cuando el Congreso Nacional del Ecuador en 1998 busca superar la dicotomía de las democracias clásicas entre la justicia y la política; a través de nuevas

³⁸. LANDA, César. «Crisis del positivismo constitucional». En: *Pensamiento Constitucional*, Año VI, N.º 6. Lima: PUCP-MDC, 1999, pp. 75-134.

³⁹. HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1985, pp. 199-216.

instituciones constitucionales que derogaron o dejaron sin efecto disposiciones normativas emitidas con anterioridad a la nueva Constitución del 1998, así como, incardinaron también, los actos jurídicos –políticos y administrativos- dictados válidamente en el marco normativo anterior de 1997, en la Vigésima Quinta Disposición Transitoria de la Constitución de 1998. Por ello, la norma pre-constitucional, ya sea constitucional, legal o administrativa, se convirtió en una norma inconstitucional, cuando sobrevino en el tiempo y no podía coexistir bajo una nueva norma constitucional contraria a la que le dio origen al acto materia de análisis.

Esto es, la incompatibilidad del nombramiento de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia -de acuerdo con la reforma constitucional de 1997-con la nueva Constitución Política de 1998, planteó el dilema: no de la validez jurídica de la nueva norma constitucional, en tanto la norma constitucional tenía una inconstitucionalidad sobreviniente; sino de cómo abordar los derechos de los afectados⁴¹. Lo cual requiere de un análisis desde la seguridad jurídica, la misma que debe ser analizada a la luz de las distintas teorías que sobre el particular han regido en la región.

Seguridad jurídica (caducidad, continuidad y revisión)

La predictibilidad de las decisiones gubernamentales es una condición necesaria de un Estado de Derecho; pero, la seguridad jurídica de este modelo de Estado ha sido posible lograrla solo en democracia. Por eso, la regla del Estado de Derecho oligárquico, al igual que el de las dictaduras latinoamericanas ha sido el viejo lema hobbesiano: “*Auctoritas: non veritas facit legem*”. Esto quiere decir que la voluntad de la autoridad no la verdad es la fuente del Derecho⁴².

⁴⁰ HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: CEC, 1983, pp. 26-31.

⁴¹ López Menudo, Francisco. “El principio de irretroactividad de las normas en la jurisprudencia constitucional”. En AA.VV. *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría. I. El Ordenamiento Jurídico..op. cit.*, pp. 486-492..

⁴² BOBBIO, Norberto. *El Positivismo Jurídico*, Madrid: Editorial Debate, pp. 50-54.

Pero, en democracia, si bien es el pueblo el soberano, quien ejerce su poder tanto constituyente, como legislativo, a través de sus representantes; también se debe precaver que dicho poder no sea absoluto, sino que debe ejercerse en el marco de la promoción de los derechos humanos y con los límites del respeto a los mismos. De lo contrario cualquier decisión democrática, siendo expresión de la voluntad popular, pero atentatoria a los derechos humanos, podría ser cuestionada en su validez ante el sistema interamericano de derechos humanos y, en consecuencia, ser declarada violatoria del mismo⁴³.

Así, la Corte IDH en el Caso Gelman vs. Uruguay, sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo y Reparaciones), señaló que:

“El hecho de que la Ley de Caducidad haya sido aprobada en un régimen democrático y aún ratificada o respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho Internacional...” (Párrafo 238).

En ese entendido, las decisiones normativas basadas en el voto popular directo propio de las democracias participativas, como las emitidas por los órganos parlamentarios de la democracia representativa, tienen límites muy claros en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Sobre el Caso Quintana y otros, cabe señalar que el tránsito de un modelo constitucional a otro, en base al principio de la voluntad popular, requiere la adecuación o modificación del ordenamiento jurídico del Estado de Derecho en transición política. No obstante, en la región las respuestas han sido históricamente atípicas; esto debido a que el llamado “derecho de emergencia” ha sido la fuente de donde se ha alimentado algunas tesis sobre las soluciones a las problemas que produce la tensión entre el cambio político y la seguridad jurídica.

⁴³ CANÇADO TRINDADE, Antônio. *The emancipation of the individual from his own state: The historical recovery of the human person as subject of the law of nations*. En *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Um cuarto de siglo: 1979-2004*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, pp. 159-206.

Ello ha sido así, en la medida que la vieja doctrina del derecho de emergencia ha sido concebida dentro del Estado de Derecho europeo, para situaciones extremas, previstas por la democracia constitucional, pero sujeta a límites y controles⁴⁴. Sin embargo, el derecho de emergencia ha trascendido en las sociedades latinoamericanas inestables, en general como fuente del derecho, y, en particular, como fundamento de las dictaduras y legitimación de sus instrumentos jurídicos. De ahí que, las medidas de emergencia se hayan expresado jurídicamente en normas legales dictadas por la voluntad del gobernante de los gobiernos de facto militares o civiles.

En efecto, los gobiernos de esta naturaleza al quebrar el orden constitucional, en mérito a un estatuto revolucionario o una situación de emergencia han controlado las facultades legislativas y de gobierno entorno a quien asume la Presidencia de la República⁴⁵. En esos casos, el Presidente de facto y su gabinete han ejercido la facultad de legislar, a través de decretos leyes, sin control político o judicial alguno⁴⁶. Con lo cual no solo cerraban o maniataban al Congreso, sino, también, subordinaban al Poder Judicial.

Así, por ejemplo, en el Perú, el Presidente Fujimori fue electo democráticamente, en 1990, por cinco años para gobernar bajo el imperio de la Constitución de 1979. No obstante, en 1992, quebrantó la Constitución para asumir el poder total, mediante un golpe de Estado, contando para ello con el apoyo de las fuerzas armadas, los empresarios y los medios de comunicación. Este autogolpe de Estado podría describirse en los siguientes términos: “es el caso en que uno de los poderes públicos, sin acceso originario irregular del poder,

⁴⁴. BISCHOF, Hermann. *Das Nothrecht der Staatsgewalt in Gesetzgebung und Regierung historisch und dogmatisch nach allgemeine munddeutschem*. Gießen: Verlag Ferberfchen Universitäts Buchhandlung, 1860, pp. 47 ss. y 67 ss.

⁴⁵. ORBEGOSO, Sigifredo. *Historia y Constitución: temas polémicos*. Trujillo: Ediciones Vallejanas, 1995, pp 50. 51; RUBIO Correa, Marcial y BERNALES, Enrique. *Constitución y sociedad política* Lima: DESCO, 1981, pp. 309 ss. y 327 ss.

⁴⁶. SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. *Revolución y doctrina de facto*. Buenos Aires: Editorial Claridad, 1946, pp. 93 ss.; asimismo, BIDART CAMPOS, Germán. *Lecciones elementales de política*. Buenos Aires: Ediar, 1984, pp. 415-421.

ejerce competencia del otro al margen de la Constitución; por ejemplo, si el presidente disuelve el Congreso y ejerce la función legislativa”⁴⁷.

En función de lo cual, Fujimori instauró un régimen de facto y gobernó sobre la base de un Estatuto de Emergencia y Reconstrucción Nacional, que desplazó a la Constitución como la norma jurídica suprema, bajo el pretexto de que el Congreso, el Poder Judicial y el tribunal Constitucional eran instituciones que obstruían sus objetivos políticos de gobierno. En otras palabras, se valió de dicho argumento y de la crítica de la opinión popular contra dichas instituciones para establecer un gobierno de los hombres, no de las leyes; el mismo que siempre ha sido el instrumento de los gobiernos autocráticos, en las etapas más oscuras de la democracia y el Estado de Derecho en América Latina⁴⁸.

Fuera del caso de los gobiernos de facto también se han producido importantes cambios político-constitucionales que han dado lugar a tensiones entre nuevas y viejas situaciones jurídicas, que han puesto en cuestión el compromiso internacional del Estado de respetar los derechos humanos. Así, en el caso de la crisis política del Ecuador entre 1996 y 1997, esta llevó a que el Congreso Nacional, de acuerdo con el artículo 100 de la Constitución de 1978, declarara el 6 de febrero de 1997 al entonces Presidente de la República, Abdalá Bucaram, “incapaz mental”. Con una nueva administración se desarrollaron reformas institucionales, como la el cese de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y el nombramiento de nuevos magistrados, hoy peticionarios ante la Corte IDH, en base al mandato de la Consulta Popular del 7 de abril de 1997.

Sobre el fundamento de ese mandato popular, el Congreso aprobó las reformas constitucionales respecto a los requisitos, el período de nombramiento, la forma de llenarlas vacantes, así como, en dos disposiciones transitorias dispuso, en la Decimoquinta, el cese de los

⁴⁷. QUIROGA LAVIÉ, Humberto. *Curso de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1985, p. 258; asimismo, SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. *El constitucionalismo. Sus problemas*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1957, pp. 599-611.

magistrados de la Corte Suprema de Justicia, y; en la Decimosexta, otorgó al Congreso Nacional la facultad de nombrar por única vez a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia. Siendo designados como magistrados de la Corte Suprema de Justicia el 2 de octubre de 1997 don Hugo Quintana y los demás denunciados del presente caso.

Cabe precisar, que en el Derecho Comparado latinoamericano, una vez que se superan las situaciones de emergencia en sus distintas variantes se presenta el dilema para el Estado democrático, acerca de cómo realizar la transición normativa de un gobierno de emergencia a un gobierno constitucional⁴⁹. Al respecto, existen tres modelos o tesis de la transición jurídica de un gobierno de facto a un gobierno de *iure*:

1. *Tesis de la caducidad*, según la cual los actos y decisiones políticas o legislativas del gobierno de facto son inválidos, es decir, no surten efecto alguno al retornar a la constitucionalidad quebrantada⁵⁰.

2. *Tesis de la continuidad*, como quiera que los efectos de los actos y disposiciones de facto han producido con el tiempo relaciones jurídicas estables, se asume que dada la eficacia y la seguridad de las mismas deben continuar en vigencia en el nuevo gobierno constitucional, salvo que sean derogadas o modificadas como cualquier otra ley.

3. *Tesis de la revisión*, por la cual se asume que la continuidad o caducidad de las normas y actos dictados por un gobierno de facto deben resolverse mediante la revisión de las mismas por materias y plazos establecidos, derogando unos o incorporando otros, según su naturaleza y los efectos producidos⁵¹.

En el presente caso se presenta una situación particular debido a que primero los ex magistrados de la Corte Suprema de Justicia fueron designados por el Congreso Nacional, en virtud de lo establecido en la

⁴⁸. SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Derecho constitucional y derecho de emergencia*, en *Revista Jurídica Argentina La Ley*, T. 1990-D. pp. 1057- 1058.

⁴⁹ LANDA, César. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Lima: Palestra editores, 3ª edición, 2007, pp. 84-94 y 731-735.

⁵⁰ DANA, Salvador. *La duración de los decretos-leyes del gobierno de facto*. *La Ley*, N.º 112, octubre. diciembre, Buenos Aires, 1963, pp. 862 ss.

⁵¹ SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. *Revolución y doctrina de facto*. Buenos Aires: Editorial Claridad, 1946, pp. 14 ss.; asimismo, AFTALON, Enrique y AFTALON, Marcelo. *Los decretos leyes ante la Constitución real*. En *La Ley*, N.º 114, Abril-Junio, 1964, Buenos Aires, pp. 878 ss.

Disposición Transitoria Décimo Sexta de la Constitución Política de 1997:

“Décimo Sexta.- El Congreso Nacional designará por esta vez. A los treinta y un magistrados de la Corte Suprema de Justicia, de una lista integrada por no menos de cuatro de ni más de diez candidatos propuestos por las siguientes entidades nominadoras de la sociedad civil...”.

Asimismo, en el momento de designación de los ex magistrados de la Corte Suprema de Justicia no se estableció un período o plazo determinado para el ejercicio de la función judicial. No obstante, con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1998, la Disposición Transitoria 25 estableció lo siguiente:

“Vigésimo quinta.- Los funcionarios e integrantes de organismos designados por el Congreso Nacional y el Contralor General del Estado designado, a partir del 10 de agosto de 1998, para un período de cuatro años, en virtud de las disposiciones de esta Constitución, permanecerán en el desempeño de sus funciones hasta enero del año 2003”.

Ahora bien, vencido dicho plazo y con los mandatos prorrogados de los magistrados supremos designados el 2 de octubre de 1997, es evidente que el Congreso Nacional optó el 8 de diciembre de 2004 por la primera vía; esto es, se alineó con las *tesis de la caducidad*, considerando vencidos los nombramientos dictados, mediante Resolución No. R-25-181, una vez pasada la etapa del gobierno de transición⁵².

Así, se procedió a cancelar la designación de los magistrados nominados en el marco de la Constitución de 1997, en mérito a la interpretación que realizaron de la Vigésimo Quinta Disposición Transitoria de la Constitución de 1998.

Es cierto que por un principio de continuidad jurídica se podría haber convalidado el nombramiento inicial, como muchas de las disposiciones del gobierno anterior; pero, la cuestión política de constitucionalizar y/o modificar las reformas del sistema de justicia,

no puede eludir la cuestión sobre si la cesación o destitución de los ex magistrados de la Corte Suprema de Justicia debía respetar las ineludibles garantías judiciales mínimas y la de contar con un recurso sencillo, rápido y efectivo que los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos reconoce a toda persona frente a actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la Convención. O, dicho de otra forma, si los peticionarios debieron accionar contra dicho acto parlamentario, igual constituye un tema de interpretación en sede internacional de los hechos y de la norma en cuestión.

En ese sentido, no obstante que el Estado adoptó una tesis de la caducidad del nombramiento de los entonces magistrados de la Corte Suprema de Justicia en mérito a la nueva Constitución de 1998, queda por determinar si la aplicación que el Congreso realizó de la mencionada Vigésima Quinta Disposición Transitoria señalada, podía afectar derechos adquiridos o simplemente se aplicaba la nueva norma constitucional a los hechos cumplidos.

Derechos adquiridos versus hechos cumplidos

Todo cambio de régimen legal que regula un hecho o acto jurídico de los particulares o del Estado y que entra en contradicción con el régimen anterior, se resuelve mediante dos teorías⁵³.

Una primera, la llamada doctrina de los derechos adquiridos; que se refiere a los casos en que la norma que regula determinadas situaciones o relaciones jurídicas existentes es modificada posteriormente, no habiéndose agotado dichos supuesto o relaciones; en cuyo caso continúan siendo regulados por la primera norma, no por la segunda norma. En este supuesto, los derechos adquiridos encuentran su justificación en el principio de seguridad y

⁵² DANA, Salvador. *La duración de los decretos-leyes del gobierno de facto*. En *La Ley*, N.º 112, Octubre–Diciembre, 1963, Buenos Aires, p. 869.

⁵³ LASSALLE, Ferdinand. *Theorie Systematique. Droits Acquis. Conciliation du droit positif et de la philosophie du droit*. Paris: Giard & Briere, 1904, pp. 371 ss.; asimismo, Suárez

predictibilidad jurídica que beneficia a quien obtuvo un derecho en base a una norma válida que se le seguirá aplicando hasta que se extinga su derecho.

Una segunda, la denominada doctrina de los hechos cumplidos; que supone aplicar una nueva norma a los hechos o consecuencias jurídicas que aún no se han agotado y que se crearon con una norma previa. Esto significa que al no haberse agotado las consecuencias jurídicas de los hechos regulados por la norma inicial, quedan sometidos a la regulación de la nueva norma. La doctrina de los hechos cumplidos se justifica en el principio de igualdad ante la ley de todas las personas, evitando que se produzca un tratamiento desigual de los derechos entre las persona, en esa medida se garantiza el principio de justicia.

Estos principios del Estado de Derecho basado en la ley, son también de aplicación al Estado de Derecho basado en la Constitución. En la medida que la Constitución es tanto expresión suprema del orden jurídico nacional, como la manifestación por excelencia de la voluntad de la soberanía popular, los cambios de regímenes jurídicos deben quedar establecidos o deben ser interpretados en función al bloque de constitucionalidad⁵⁴, que no solo incorpora a la norma constitucional ya la ley, sino también al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

De allí que queda por dilucidar la norma válida a ser aplicable al caso de los derechos que obtienen las personas, si es en base a la norma primera o a la norma segunda que modifica la anterior. De manera similar cabe plantear el supuesto de los funcionarios que asumen cargos públicos, como el de los vocales de la Corte Suprema de Justicia, que fueron designados en mérito a una decisión legislativa. En cuyo caso, cabe preguntarse si dicho nombramiento puede ser revocado sin afectar los derechos adquiridos? O, sin perjuicio de ello si

Collía, José. *El principio de irretroactividad de las normas jurídicas*. Madrid: Actas, 1991, pp. 7-20.

fue correcta la aplicación de la norma suprema vigente, en base a los hechos cumplidos?⁵⁵

Para responder a esta interrogantes cabe responder previamente, a su vez, si la norma constitucional del Estado del Ecuador y/o la Convención Americana de Derechos Humanos ha optado por una de ambas doctrinas?

Al respecto, cabe señalar que todo Estado de Derecho, si bien busca proteger la seguridad y estabilidad jurídica de los derechos humanos; asimismo, en una sociedad tan cambiante con nuevos paradigmas y dilemas no previstos en las normas anteriores, se requiere cambiar viejos estándares que colisionan con los principios contemporáneos de la libertad e igualdad para todos. Así, si bien el Derecho no puede quedar sometido a la realidad que haga imposible el cambio socio-jurídico; así también, dicho cambio debe realizarse en principio sin afectar derechos adquiridos y, de ser el caso, compensando los daños producidos.

De lo contrario, entender la seguridad jurídica como el inmovilismo de las normas, históricamente hubiera consagrado status legales atentatorios a los derechos humanos⁵⁶ e impedido por ejemplo la abolición de la esclavitud por afectar el derecho de propiedad o las leyes de desacato por proteger a la autoridad frente a la crítica pública, y; en la actualidad, hubiera evitado la persecución como delito la violencia contra la mujer o, la despenalización de la sodomía, entre otros.

Por ello, cabe valorar a la luz de la protección nacional e internacional de los derechos humanos, que la doctrina que más se ajusta a esta sería la doctrina de los hechos cumplidos; en la medida que las

⁵⁴ RUBIO LLORENTE, Francisco. *El bloque de constitucionalidad*. En AA.VV. *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría. I. El Ordenamiento Jurídico*. ...,op cit., pp. 8-27.

⁵⁵ RUBIO, Marcial. *Retroactividad, irretroactividad y ultraactividad*. En AA.VV. *Para leer el Código Civil*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. 1990, pp.17-37

⁵⁶ SAGÜES, Néstor. *Jurisdicción constitucional y seguridad jurídica*. En *Pensamiento Constitucional* Año IV, N° 4. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, pp. 217-232.

transformaciones y cambios que afecten los derechos de las personas, se funden en los principios de universalidad, igualdad, progresividad y no regresión e interdependencia de los derechos humanos; permitiendo, así asegurar una tutela no solo formal, sino también sustantiva de los mismos.

En ese entendido, la Constitución ecuatoriana de 1998 dispuso en su artículo 1, que el Ecuador se constituía en un estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico. Por ello, de un lado, en su artículo tercero, dispuso un conjunto de deberes primordiales de carácter sustantivo, como asegurar la vigencia de los derechos humanos, garantizar la vigencia del sistema democrático y la administración pública libre de corrupción, entre otras. Asimismo, los derechos y garantías determinados en la Constitución y en los instrumentos internacional vigente, señaló el artículo 18, debían ser inmediatamente aplicados por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad.

Pero, como los derechos humanos no son absolutos, sino que están regulados por las normas vigentes y el interés general, cabe resaltar que el artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos ha establecido que: “Las restricciones permitidas, de acuerdo con la Convención, no pueden ser aplicadas sino conforme a las leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

En efecto, fundado en razones de utilidad pública o de interés social los Estados pueden establecer limitaciones y restricciones al goce y ejercicio de derechos. En consecuencia, a juicio de la Comisión IDH para verificar si la afectación de derechos es arbitraria o no, se debe realizar un test: Primero, examinando si la restricción ha sido establecida en una ley; segundo, analizando si la restricción obedeció a un fin legítimo en la medida de buscar preservar el bienestar general o realizar el interés social, en una sociedad democrática, y; tercero, ponderando si la restricción es proporcional en el sentido de ser razonable para obtener dicho fin y, sin sacrificar el contenido esencial

del derecho en cuestión (Informe No. 38/09, Caso 12.670. Admisibilidad y Fondo. Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras Perú, 27 de marzo de 2009).

Asimismo, la Corte IDH ha señalado en el Caso Kimel vs. Argentina. Sentencia de 2 de Mayo de 2008 (Fondo, Reparaciones y Costas) que:

“El enfoque a enfatizar no es si la defensa y protección de un derecho fundamental como el honor y la imagen de una persona se debe ejercer, en abstracto, a través de la justicia penal o de la justicia civil. Sino que cualquiera sea el camino empleado, se haga en perfecto cumplimiento de las normas del debido proceso y de las garantías judiciales. Y, lo que es más importante, en la perspectiva de la *proporcionalidad* de la respuesta en función del daño causado. Es allí en donde le toca actuar a los jueces.” (Párrafo 25).

Esto es así, en la medida que el desarrollo de los derechos humanos supone por lo general la modificación de un *status quo* determinado; es decir, la alteración del régimen jurídico para satisfacer un bien colectivo o nuevas demandas de derechos. Dicha modificación o alternación, acarrea por lo general consecuencias jurídicas para terceros, que suponen restricciones o limitaciones de determinados derechos o bienes jurídicos.

En esa lógica jurídica la potencialidad transformadora de los derechos humanos, si bien produce alteraciones o afectaciones a derechos de los terceros; esta debe ser modulada, para que en todo caso sea objetiva, necesaria y estrictamente proporcional a la legítima finalidad perseguida⁵⁷.

En este entendido, la doctrina y la jurisprudencia de los derechos humanos se afincan en la defensa, protección y promoción de los

⁵⁷ RUBIO, Marcial. *Retroactividad, irretroactividad y ultraactividad*. En AA.VV. *Para leer el Código Civil*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. 1990, pp.17-37.

derechos humanos; para lo cual la tesis de los hechos cumplidos, antes que los derechos adquiridos, constituye la palanca que permite su desarrollo. Siempre que se prevea que el posible daño a un derecho humano legítimo sea considerado de forma razonable y proporcional.

Por ello, no le falta razón al Tribunal Constitucional Español, en su STC 108/1986 de 26 de julio, cuando señala que:

“Lo que interesa aquí destacar es que en todo caso su situación debe calificarse como estatutaria y en forma que los derechos y deberes que compone el *status* de los jueces debe ser fijado por la Ley... De todo ello resulta que **quien accede a la función pública como juez no es titular de un derecho subjetivo** a ser jubilado a la edad establecida para ello en el momento de su acceso, sino de una expectativa a ser a tal edad.... Sentado lo anterior caen por su base la mayor parte de las alegaciones de los recurrentes. La primera de ellas consiste en afirmar que los preceptos impugnados vulneran el principio de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales (Art. 9.3 de la Constitución). *Pero, dado que no se puede limitar derechos que no existen, la inaplicabilidad del principio a este caso es evidente...*”.
(FJ 16) (negritas y cursivas nuestras).

Ahora bien, no se puede desconocer que las decisiones políticas de un Congreso Nacional emanado de la voluntad popular democrática gozan de una presunción *iure et de iure* de validez constitucional y una presunción *iuris tantum* de validez convencional; sin embargo, dada la naturaleza política de las mismas, se discute el grado o margen de interpretación constitucional de que gozan los intérpretes.

Límites formales y materiales de la interpretación constitucional

Solo a partir de la praxis del Estado democrático y del desarrollo de los derechos fundamentales, la interpretación jurídica se ha convertido en un factor principal de movilización de la teoría constitucional y de la

teoría del Derecho. Dinámica que ha llevado a la construcción de una teoría propia de la interpretación constitucional⁵⁸, debido a la demanda política y social, así como, a las respuestas, sobre todo, de la jurisdicción constitucional en torno a los derechos fundamentales⁵⁹. Sobre la base de ese orden supremo el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la eficacia vinculatoria de la interpretación que realiza de los derechos humanos, se puede decir que la interpretación se convierte en un problema jurídico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos contemporáneo. Lo cual se afirma con la judicialización de los nuevos y viejos derechos establecidos o derivados de la Convención Americana de Derechos Humanos; así como, del rol del control de convencionalidad que cabe desarrollar a los tribunales nacionales, en tanto supremos intérpretes de los derechos a nivel nacional⁶⁰.

Entre los diferentes métodos de interpretación, la interpretación institucional es la que mejor se ha consolidado; porque, parte de concebir a la Norma Suprema como un material normativo que debe ser trabajado, en un sentido concreto, sin desconocer el material sociológico de la realidad. Bajo la denominación de la interpretación institucional ubicamos a la corriente interpretativa postulada por Konrad Hesse, que se caracteriza porque busca recuperar el carácter vinculante de la norma constitucional con la realidad constitucional.

Para lo cual, se postula un método de interpretación racionalmente controlable, propósito que solo es posible a partir de la *concretización* de la norma constitucional sobre la base de la realidad constitucional⁶¹. Precisamente lo que no aparece de forma clara como

⁵⁸ STARCK, Christian. (Hrsg.). *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts+* Band II, *Verfassungsauslegung*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1976, donde recoge los trabajos de buena parte de la doctrina alemana sobre la interpretación constitucional, de autores como BADURA, KIRCHHOF, ZIPPELIUS, FROWEIN, KLEIN, SCHNEIDER, entre otros.

⁵⁹ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Die Methode der Verfassungsinterpretation-Bestandaufnahme und Kritik+* NJW, N.º 46, 1976, pp. 1089 ss.; asimismo, MÜLLER, Jörg Paul. *Die Grundrechte der schweizerischen Bundesverfassung*. Berna: VerlagStämpfli & Cie AG, 1991, pp. 213 ss., 325 ss. y 377 ss.

⁶⁰ LEIBHOLZ, Gerhard. *Der Status des Bundesverfassungsgerichts+*JöR, Band I, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1957, pp. 110 ss.

⁶¹ HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional...*, op. cit., pp. 43 ss.; asimismo, MÜLLER, Friedrich. *Juristischer Methodik*. BERLIN: DUNCKER & HUMBLLOT, 1977, pp. 97-98.

contenido de la Constitución es lo que debe ser determinado mediante la incorporación de la *realidad* de cuya ordenación se trata.

En este sentido, la interpretación constitucional tiene carácter creativo: el contenido de la norma interpretada solo queda completo con su interpretación; ahora bien, solo en ese sentido posee carácter creativo: la actividad interpretativa queda vinculada a la norma.

Como quiera que «el cometido de la interpretación es hallar el resultado constitucional correcto a través de un procedimiento racional y controlable, el fundamentar este resultado de modo igualmente racional y controlable, creando, de este modo, certeza, y previsibilidad jurídicas, y no, acaso, el de la simple decisión por la decisión»⁶², ha dado lugar a que la necesidad y el cometido de la interpretación constitucional institucional haya quedado configurado por la jurisprudencia constitucional a través del juicio de ponderación –*Güterabwägung*– o test de la razonabilidad.

En la medida que los derechos fundamentales se han convertido en un límite tanto de la ley, como del ejercicio ilegítimo de otro derecho fundamental la jurisprudencia constitucional comparada ha identificado tres elementos⁶³:

a) *Juicio de adecuación*.– La intervención de la norma o medida limitadora debe ser adecuada para alcanzar la finalidad perseguida. Una intervención es ilegítima cuando hace irrealizable la finalidad proyectada o cuando no tiene efecto positivo para lograr el fin propuesto.

b) *Juicio de necesidad*.– La intervención debe ser la estrictamente necesaria para alcanzar el fin legítimo perseguido. Se busca que no exista otra norma o medida más restrictiva, sino la menos gravosa para el derecho fundamental que lleve a la realización de la norma o medida limitadora.

⁶² HESSE, Konradö ,*op. cit.* p. 37.

⁶³ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: CEC, 1997. pp. 157 y ss.; GASCÓN ABELLÁN, Marina y Alfonso J., GARCÍA FIGUEROA. *La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales*. Lima: Palestra, 2003. pp. 294 y ss.

c) *Juicio de proporcionalidad.*– La intervención debe establecer un balance entre los efectos positivos que se buscan realizar y los efectos negativos que se tratan de aminorar. La menor afectación de un derecho esta en relación inversamente proporcional al mayor logro del otro bien o derecho perseguido.

Ahora bien, las técnicas de la interpretación como concretización presentan límites derivados de la política constitucional, en tanto queda sin resolver la posición de los intérpretes, es decir del Poder Legislativo, como intérprete de la Constitución, con relación al Sistema Interamericano de Derechos Humanos; debido a las fronteras porosas del alcance de su poder interpretativo, sobre asuntos propiamente de derechos humanos.

Al respecto, si bien al legislador le corresponde un rol de conformación jurídica de la ley, dado que el legislador democrático goza de la presunción “*iuris tantum*” de la constitucionalidad de sus actos legislativos, no queda del todo claro cuáles son los límites del Legislador en su función de desarrollo constitucional mediante las leyes en función de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Por eso, si bien las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos gozan de eficacia interpretativa sobre las decisiones del Poder Legislativo en materia de derechos humanos, no quedan delimitadas las fronteras de la Corte IDH como supremo intérprete en las materias legales de naturaleza política, económica, civil, penal o administrativo. Pero, la Corte IDH debe considerar que la Convención ya no es la única fuente que limita y delimita los derechos humanos, sino que recibe en sí misma las corrientes y el universo de valores del respectivo espíritu de la época y, que por tanto, debe convertirse en un elemento flexible que permita todas las posibilidades para el desarrollo democrático, base institucional para la vigencia de los derechos humanos.

Ello no significa que la interpretación convencional quede a la deriva de las mutaciones o indeterminaciones de los cambiantes valores

políticos y sociales, menos aún a la arbitrariedad del intérprete nacional. Más bien sucede que, atendiendo las demandas de la realidad, los valores democráticos podrán ser reforzados, pero sin llegar a invertir el punto de referencia que es la realidad nacional existente, por el de la norma convencional. En tal supuesto, cabe analizar las repercusiones de la interpretación desde una teoría jurídica alternativa, fundada precisamente en la realidad, antes que en la pura normatividad.

Esta corriente de interpretación se caracteriza por tener como guía la realidad social, en la medida que la Norma Suprema es concebida como expresión jurídica del proceso de integración estatal, que reside en el desarrollo dinámico de la sociedad. Radicalizando este concepto de la interpretación alternativa habría que distinguir entre la norma formal y la norma material o sustantiva, ya que en esta última residen los reales operadores del poder⁶⁴. Desde este punto de vista, la interpretación es un instrumento de análisis de la realidad, antes que de la normatividad. Dicho en otras palabras, la norma jurídica a interpretar no es más que la expresión de la normalidad que yace previamente en la realidad política y social.

Sobre estos cimientos sociológicos, la doctrina italiana y, posteriormente, un sector de la doctrina española⁶⁵, sentaron en los años setenta las bases interpretativas de una opción política emancipadora del Derecho, contraria a que el mismo sea interpretado a favor de los intereses de clase burgueses y su formalismo positivista. Por eso, postularon una interpretación judicial orientada a la tutela de los intereses populares.

Evidentemente, esta corriente jurídica encontró sus raíces en el pensamiento jurídico-marxista y realista de los años setenta, cuando el debate en torno al Derecho y al cambio social se hicieron presentes en el orden académico y dogmático, no solo de la región europea

⁶⁴. LASSALLE, Ferdinand. *Ueber Verfassungswesen*. Berlin: VerlagP. Singer, 1907, pp. 25 ss.

⁶⁵. PÉREZ LUÑO, Antonio. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1991, pp. 265 ss.; Pietro Barcellona (editor). *L'uso alternativo del diritto*, Vol. 2,

mediterránea; sino, también, se manifiesto en la búsqueda de un sistema de resolución de conflictos de intereses entre mayorías y minorías sociales, según las corrientes realistas norteamericanas⁶⁶.

A partir de dicho debate, se pueden diferenciar algunas actitudes al interior del referido orden interpretativo:

- Primero, quienes aceptando el modelo del Estado de Derecho, plantean potenciar y extraer las máximas consecuencias prácticas que permita la norma constitucional, mediante una interpretación evolutiva de los principios y cláusulas más progresistas de sus normas.
- Segundo, quienes propugnan un marco jurídico alternativo, pero para lograr ese objetivo se permiten instrumentalizar la Constitución, posibilitando su sustitución, mediante la reforma constitucional parcial o total de la misma.
- Tercero, quienes, críticamente, desconfían de otorgar al intérprete facultades que pudieran convertirse en exorbitantes, en la medida que la Constitución pueda caer en manos de intereses particulares y no al servicio de intereses sociales⁶⁷.

En cualquiera de sus formas, el uso alternativo del Derecho tiene la virtud de haber reafirmado la dimensión práctica de la interpretación jurídica, desde una perspectiva popular, que fue abandonada por el positivismo jurídico,. Sin embargo, sus críticos han señalado que “en una sociedad libre y pluralista, donde las distintas opciones políticas puedan acceder al poder y plasmar legislativamente con valores, no cabe admitir una interpretación alternativa de la Constitución”⁶⁸.

Ortodossia giuridica e pratica politica. Roma: Laterza, 1973, pp. 743; asimismo, Ibañez, Perfecto Andrés. *Sobre el uso alternativo del Derecho*. Valencia: F. TORRES, 1978.

⁶⁶. Heck, Philip. *El problema de la creación del Derecho*. Barcelona: Ediciones Ariel, 1961, p. 108; asimismo, Chamblais and SEIDMAN. *Derecho y poder político*. *Derecho*. Lima; PUCP, 1972, pp. 54 ss.

⁶⁷. PÉREZ LUÑO, Antonio. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución...*, op. cit., pp. 266-267; asimismo, Chiapetti, A. *Uso alternativo del diritto e certeza costituzionale*. En *L'uso alternativo del diritto...*, op. cit., Vol. 2, pp. 243; asimismo, FERRAJOLI, Luigi. *Magistratura democratica e l'esercizio alternativo della funzione giudiziaria y, Tarell, G. Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista-interprete*. En *L'uso alternativo del diritto...*, op. cit., Vol. 1, pp. 243 ss. y, pp. 61 ss. y 89 ss., respectivamente.

⁶⁸. PÉREZ LUÑO, Antonio. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución...*, op. cit., p. 268.

A *contrariu sensu*, en las sociedades cerradas y tradicionales, el uso alternativo del derecho resulta ser una solución al abuso del derecho positivo y sus métodos de interpretación formalista. Pero, teniendo en cuenta que reducir la interpretación constitucional al decisionismo de los intérpretes oficiales, convierte a los jueces, y no a la Norma Suprema, en una garantía de protección de los derechos fundamentales, lo cual es un albur que no otorga seguridad jurídica.

Por ello, cabe subrayar que la interpretación convencional debe estar estrechamente vinculada no solo a una Teoría de los Derechos Humanos, implícita o explícita, sino también a una concepción determinada del Derecho. Así, se podrían apreciar dos grandes tendencias interpretativas: una formalista y otra material; pero en esa tensión se encuentra un baremo de posibilidades interpretativas menos formalistas y menos sustantivas. Posibilidades en las que el Congreso Nacional del Ecuador optó por una opción más sustantiva que formal, la misma que se ubica como un punto matriz de la interpretación de la Constitución.

Sin embargo, en la práctica de la tutela de los derechos fundamentales, mediante la jurisdicción nacional, también se puede apreciar un uso diverso y variado de los distintos métodos de interpretación en sede judicial y política. Con lo cual, como es fácil de entender, tomando diferentes métodos interpretativos, se han llegado a adoptar decisiones jurisprudenciales contradictorias. Circunstancia que no es perjudicial para el desarrollo de los derechos humanos, en la medida que la modificación de las resoluciones jurisprudenciales esté acorde con los principios del *in dubio pro homine* y del orden público constitucional⁶⁹.

En ese sentido, uno de los aspectos a dilucidar es si el contenido de la disposición transitoria vigésimo quinta de la Constitución de 1998 también era aplicable a los magistrados de la CSJ. En principio, en

⁶⁹. HÄBERLE, Peter. La libertad fundamental en el estado constitucional. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, pp. 55 ss.

razón de la naturaleza de las relaciones entre poder constituyente y poder constituido, así como de la teoría de la caducidad (aplicada al proceso de cambio constitucional), la interpretación de la disposición objeto de análisis involucró la cesación de los magistrados de la CSJ.

Sin embargo, también podría interpretarse que los jueces de la CSJ no eran destinatarios del mandato establecido en la disposición transitoria vigésimo quinta de la Constitución de 1998, tal como plantean los demandantes. Ello sería consecuencia de afirmar que los jueces tenían un mandato vitalicio derivado de la reforma de 1997; o de la existencia de una laguna normativa que debiera colmarse a fin de determinar si dicho silencio involucraba o no, la convalidación de la permanencia en el cargo de los miembros de la CSJ por parte de la Asamblea Constituyente.

Así, con relación a los derechos que se derivarían del hecho de haber sido elegidos como jueces supremos con mandato vitalicio, su situación y relevancia frente a un proceso constituyente, debiera analizarse, dependiendo de cada caso en concreto.

Sin embargo, ya se ha descartado que la reforma constitucional de 1997 y el proceso constituyente de 1998 se encuentren articulados, de modo que la Asamblea Constituyente de 1998 no necesitaba ratificar a los magistrados supremos.

En ese sentido, debiera establecerse una alternativa que colme la omisión en la que incurrió la Asamblea Constituyente, a partir de la cual se defina la situación de los derechos del individuo desde la lógica de la seguridad jurídica, mediante una indemnización.

También podría plantearse que los derechos de los individuos que se han adquirido bajo las reglas del derecho privado sigan bajo la esfera de aquellos frente al silencio del poder constituyente. Por ello, la regla debiera ser que el cambio de Constitución no afecte la continuidad del ejercicio y goce de sus derechos.

De modo que, aun cuando una Asamblea Constituyente determinase que el régimen de la propiedad privada de un ordenamiento se convierte en público, ello no involucraría que los propietarios dejen de ostentar la titularidad de su derecho, salvo cuando lo estableciera de forma expresa la Asamblea.

De este modo, por ejemplo, en el caso de la ex-URSS, el Segundo Congreso de los Soviets declaró la abolición de la propiedad privada y señaló de forma expresa que los propietarios perdían la titularidad de su derecho, sin que por ello haya indemnización alguna:

“b) Las fincas de los terratenientes, al igual que todas las tierras de la Corona, los conventos, la Iglesia, con todos sus ganados y aperos, sus edificios y todas las dependencias, pasan a depender de los comités agrarios comarcales y de los Soviets de diputados campesinos de distrito, hasta que la cuestión sea reglamentada por la Asamblea Constituyente”.⁷⁰

Igualmente, la Constitución de Weimar de 1919 también estableció la vigencia de las normas preconstitucionales que no fueran contrarias a lo dispuesto por ella. De modo que el Código Civil Alemán de 1900 que regula, entre otras cosas, el derecho de propiedad, se ha mantenido vigente hasta la fecha.

“Se derogan la Constitución del Imperio Alemán de 16 de abril de 1871 y la ley sobre Poderes provisionales del Imperio de 10 de febrero de 1919.

Las demás leyes y reglamentos del Imperio quedan en vigor en cuanto no se opongan a esta Constitución (...)”.⁷¹

Ello guarda coherencia con el principio de seguridad jurídica que es uno de los fundamentos del Estado de Derecho, es decir, con la certeza de derecho que tiene un ciudadano de que sus derechos y/o situación jurídica no se modificarán sino conforme a los procedimientos regulares y a decisiones razonadas y proporcionales.

⁷⁰ *Decree on Land*, 1917. Disponible en: http://www.historylearningsite.co.uk/bolshevik_land_reforms.htm, revisado el 14 de enero de 2013.

Ahora bien, sobre la situación de las personas que ostentan cargos públicos, la regla que se ha constatado es que la Asamblea Constituyente determine si un funcionario que no es de carrera continua o no ejerciendo el cargo público que ostenta.

En concreto, en el proceso constituyente de 2007 del Ecuador, la Asamblea Constituyente ratificó a los magistrados de la Corte Suprema elegidos en el año 2005, lo que demuestra que en un caso semejante se apeló a la ratificación expresa de los jueces supremos para su continuidad en el cargo; aunque los demandantes también cuestionan el hecho que la Asamblea Constituyente del 2007 haya disminuido de 31 a 21 el número de miembros que conforman este órgano del Poder Judicial.⁷²

Del mismo modo, en el caso de la Constitución de la República de Colombia, la Asamblea Nacional Constituyente de 1990 estableció los periodos de término de funcionarios o personas seleccionadas para ejercer cargos en concreto. El artículo transitorio 33 de la Constitución de 1991, estableció que el mandato del Registrador Nacional del Estado Civil concluía el 30 de septiembre de 1994. Igualmente, con relación a otros funcionarios de algunas entidades estatales, el artículo transitorio 36 de la Constitución de 1991 estableció que:

“los actuales Contralor General de la República y Procurador General de la Nación continuarán en el ejercicio de sus cargos, hasta tanto el Congreso elegido para el período constitucional de 1994-1998, realice la nueva elección, la que deberá hacer dentro de los primeros treinta días siguientes a su instalación”.

En ese sentido, se podría afirmar que el caso de silencio del Poder Constituyente y en aplicación del argumento *a contrario*, las personas designadas por el Congreso que ocupan un puesto público debieran

⁷¹ Constitución de Weimar de 1919, artículo 178

⁷² Del mismo modo, Rafael Correa fue ratificado en su puesto como presidente de la República de Ecuador, por la Asamblea Constituyente de Montecristi. En el caso peruano, una disposición transitoria especial de la Constitución de 1993, aprobada por el Congreso, durante la debacle del gobierno de Fujimori en el año 2000,

cesar en sus funciones, a menos que la Asamblea Constituyente indicase de forma expresa lo contrario.

En efecto, un caso de este tipo, en sentido hipotético, sería el de cambio de un modelo de gobierno monárquico a uno republicano. En este ejemplo, el monarca no necesariamente ocupará el cargo de jefe de Estado, es decir, dicha identificación no es automática, sino que dependerá de la voluntad democrática del poder constituyente. La diferencia entre esta situación y el ejemplo relativo al derecho de propiedad antes planteado radica en el hecho que la ratificación o no en el ejercicio de competencias y funciones derivadas de un cargo público, no solo involucra la eventual afectación de un derecho individual, sino también la salvaguardia de legitimidad democrática de un poder constituido, sobre todo cuando este ejerce la función jurisdiccional.

En ese sentido, si se ensaya un examen de ponderación en “abstracto” –si cabe el mismo–, la legitimidad democrática deberá prevalecer frente a la eventual adquisición de un derecho por parte de un individuo electo o seleccionado para formar parte de alguno de los poderes constituido. Lo cual no releva al Estado de reparar a las personas que así lo demanden.

Así, quien pretenda colmar una laguna para determinar la continuidad en el cargo de un ciudadano que ostenta un cargo público, deberá tener en cuenta que aunque la protección de los derechos de un individuo es el fin último y legítimo de un Estado, éstos no son absolutos.

En ese sentido, frente a un proceso de cambio y de reestructuración del Estado, debe considerarse la permanencia o no de los individuos que ostentar cargos en los poderes del Estado y otros órganos constitucionalmente reconocidos en el texto constitucional.

estableció que su período presidencial de cinco años, obtenido en cuestionable elecciones políticas, debía recortarse a un año, finalizando el 28 de julio del año 2001.

Precisamente, porque la entrada en vigencia de una nueva Constitución es el reflejo de un modelo de Estado de Derecho siempre abierto a la reforma político-jurídica, debe asegurarse que las instituciones y poderes del Estado cumplan con los fines para los que han sido creados.

Ello, en determinados casos, involucra la toma de decisiones relativas a la continuidad de grupos de personas que ejercen cargos públicos en tales entidades, con la finalidad de promover y garantizar el óptimo desarrollo y fortalecimiento de la democracia. Pero, como ya se ha mencionado todo proceso constituyente encuentra sus límites en el respeto y protección de los derechos humanos. Sin embargo, los derechos de los individuos seleccionados para ocupar un cargo público no pueden superponerse a la voluntad emanada de la soberanía popular, porque no gozan de un derecho individual subjetivo, sino de un derecho público subjetivo.

En ese entendido, debe reiterarse que el poder constituyente no se encuentra limitado por los contenidos del texto constitucional que reemplazará, sino que determinará la estructura del poder constituido que mejor se adecua a los fines del Estado de Derecho, lo que sin duda, involucra decisiones de naturaleza política, sin afectar los derechos humanos fundamentales.

De ahí que el Poder Constituyente no solo no se encuentre limitado por el número de jueces que conforman la Corte Suprema, como tampoco tiene la obligación de mantener el modelo de nombramiento de los jueces de dicho órgano jurisdiccional.

En ese sentido, podría reemplazar el modelo de cooptación por un sistema basado en la elección popular o de nombramiento por encargo de los Poderes Públicos, sin que con ello incurra en responsabilidad internacional *a priori*.⁷³

⁷³ Si bien existen una serie de principios relativos a la independencia judicial planteados desde la esfera del Derecho Internacional y conformes al principio democrático, no puede afirmarse que exista un modelo específico de selección y nombramiento de magistrados que asegure o garantice la independencia de los sistemas judiciales.

Reparaciones dentro del caso

Si bien Estado ecuatoriano ha reconocido que existieron violaciones a los derechos humanos de los ex magistrados de la ex Corte Suprema de Justicia, y esto tiene una directa relación con la obligación del Estado ecuatoriano de resarcir el daño causado, no es menos cierto aquello que recoge el tratadista argentino Oswaldo Burgos, al mencionar que: “Un daño resarcido en exceso determina el nacimiento de otro daño en el sentido opuesto al que se intentó resarcir”⁷⁴. Es decir que en el caso concreto de lo solicitado por las víctimas en este proceso, el ordenar una suma pecuniaria en concepto de reparación que no guarde relación con los montos que la Corte ha fijado en casos anteriores tendría dos importantes efectos 1) La discriminación para aquellas personas que han acudido al Sistema Interamericano de Derechos Humanos y 2) afectación del interés general que reviste como finalidad la organización del Estado ecuatoriano, puesto que los montos que se paguen en dentro de la reparación son fondos públicos.

Es importante precisar que “la reparación no tiene una dimensión meramente económica, sino que se tiene que abordar como un intento omnicompreensivo de reparar el daño causado a las víctimas y de buscar un nuevo equilibrio político y social, proceso en el que las diferentes medidas de reparación pueden jugar papeles distintos, pero complementarios”⁷⁵, es decir que la reparación deberá observarse desde su integralidad más no como un mecanismos de enriquecimiento. Adicionalmente, habrá que atender a la posibilidad fáctica de las reparaciones, así como el Estado expondrá los mecanismos jurídicos internos, que se han modificado para el cumplimiento cabal de las garantías de no repetición respecto de la función judicial.

⁷⁴ Burgos Oswaldo, *Daño al Proyecto de Vida*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2012.

⁷⁵ González, Felipe. *Justicia y Reparación para las víctimas de violaciones graves y sistemáticas de Derechos Humanos*. En la revista *Crítica* disponible en: <http://www.revista-critica.com/articulos.php?id=2051>

Alcance de las Reparaciones

El concepto de daño al proyecto de vida se entenderá como “impedimento, retardo o menoscabo de aquello que la persona construye para sí misma, a lo que espera razonablemente ser y que – en una u otra medida- ha comenzado a ejecutar”⁷⁶. En el presente caso, si bien existió un daño al proyecto de vida de los ex Magistrados, el mismo no puede ser cuantificado ya que muchos de los ex Magistrados se han desenvuelto en cargos de importancia, además que el haber dejado de ser parte de la función judicial abrió nuevos campos en los cuales se han desarrollado las víctimas, como por ejemplo el área académica, el libre ejercicio, la docencia entre otras.

Por esto y en vista de que la propia Corte ha establecido que este tipo de daño “exige medidas de satisfacción y garantías de no repetición [...] que van más allá de la esfera económica”⁷⁷ el Estado considera que este tipo de daño no puede ser cuantificado monetariamente y que la Honorable Corte, en atención al allanamiento parcial presentado por el Estado, deberá establecer que esta las medidas de satisfacción así como las garantías de no repetición van más allá de la cuestión netamente económica, y que se encuentran cumplidas en parte por el Estado.

Restitución del derecho violado

El Estado considera que los montos económicos establecidos en este punto son innecesarios ya que el Estado de buena fe, y en base a documentación contable, establecerá los montos que deberán recibir los ex magistrados, valores que corresponden a las remuneraciones que se dejaron de percibir de conformidad a la estructura constitucional de 1998.

⁷⁶ Burgos, Oswaldo (2012). Daños al proyecto de vida. Astrea. Pág. 157

⁷⁷ Corte IDH, *Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia*, Sentencia de 12 de septiembre de 2005. párr. 89

Adicionalmente, hay que tener presente que en el nuevo marco normativo del Ecuador no puede ser contemplada la pretensión de reincorporación, porque como se informó los ex magistrados, pudieron haber participar en el concurso de méritos y oposición en base al cual se conformó la actual Corte Nacional de Justicia.

La Constitución de 2008 cambió la estructura Judicial sustituyendo la ex Corte Suprema de Justicia por la Corte Nacional de Justicia, que se conforma por 21 magistrados, y ya no por los 31 que disponía la Ley Orgánica de la Función Judicial.

Por todo lo expuesto, el Estado considera que el monto de sesenta mil dólares solicitado por las víctimas, excede la esfera de la restitución del derecho violado, ya que no considera las indemnizaciones que el Estado propone, mismas que son superiores a las establecidas por la Corte IDH en su jurisprudencia, que son los salarios que podían haber percibido desde 2004 hasta la expedición de la Constitución de 2008.

La satisfacción

La satisfacción lo que busca es re-establecer la dignidad de la víctima así como difundir la verdad de lo ocurrido, su característica es que no poseen carácter pecuniario. En el presente caso el Estado considera que el reconocimiento y satisfacción se encuentran en la Sentencia que la Corte va a emitir. Sin embargo, y con el fin de mantener una adecuada reparación, el Estado aceptaría que se publiquen los párrafos principales de la Sentencia en uno de los diarios de mayor circulación a nivel nacional, así como en el registro oficial.

La compensación por daño inmaterial

Si bien el daño inmaterial es difícil de calcular, el Estado considera que el monto solicitado por las víctimas es exorbitante, quinientos mil dólares muestra claramente una posición extralimitada. Al respecto, se considera que la Corte debe pronunciarse en equidad como lo ha hecho en otros casos y además considerar que los elementos probatorios expuestos por las víctimas no tienen el carácter de prueba,

puesto que no pueden ser apeladas o impugnadas por el Estado. Por tanto, el monto en que la Corte debería considerar adecuado no debería exceder a diez mil dólares como lo ha hecho en otros casos, procesos que inclusive se consideraron como graves violaciones a los derechos humanos como en el caso Vera Vera o Suárez Rosero.

Compensación por daño material

En este sentido, el Estado considera pertinente que se tome en cuenta que como consecuencia del allanamiento parcial efectuado, las reparaciones en el ámbito material no rebasen aquello que tiene que ver con el monto por los sueldos que no habrían sido pagados si los ex magistrados habrían continuado en el ejercicio de sus funciones con apego a las Constitución de 1998 vigente hasta el 20 de octubre de 2008, para lo que se deberá atender al cálculo realizado por el Consejo de la Judicatura que se adjuntará en el alegato escrito a fin de que las parte puedan pronunciarse al respeto. Cantidades que en el caso de ex magistrados superan los estándares internacionales plasmados en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, además de reflejar la mejor intención por parte del Estado para reparar los daños causados.

Esto tiene directa relación con aquello que se trató en la audiencia ante los honorables magistrados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, puesto que una vez que Ecuador se dio una nueva Constitución, en el año 2008, se modificó la configuración de las instituciones que mantenía el Estado, cambio que es legítimo como lo confirmo en la audiencia el mismo doctor Julio Cesar Trujillo con relación a todo el proceso constitucional.

En este mismo sentido, al ser legítimo el cambio constitucional, cualquier indemnización debe ser calculada desde el 2004 en que fueron cesados los ex - magistrados hasta el 2008 en que se cumplieron los derechos adquiridos al amparo de la constitución de 1998. Hay que entender que no se trata de miembros de carrera de una institución pública, sino de la cúpula de una función del Estado,

designados en base a reglas que el soberano ecuatoriano modificó en 2008 para evitar que se perpetúen las élites en el poder, como lo indicó en audiencia el Dr. Marcelo Bonilla y se posibilite, a diferencia de lo ocurrido con los ahora reclamantes, la participación en la Administración de Justicia sectores excluidos de la población como: mujeres, indígenas o afro ecuatorianos.

Garantías de no repetición

El Estado recuerda a la Honorable Corte Interamericana que el caso tiene como temporalidad los hechos suscitados en diciembre de 2004, en función de la Resolución del Congreso Nacional que declaró cesados a los ahora víctimas del presente caso.

En este orden de ideas, el Ecuador registra importantes avances y gran preocupación para mejorar su sistema judicial, por lo que en cuanto a lo que se ha solicitado en el ESAP como garantía de no repetición, son elementos ya materializados en instrumentos de carácter legal y acciones concretas:

La expedición del Código Orgánico de la Función Judicial, debe ser entendida como uno de los avances más importantes en materia de administración de justicia que se ha consolidado después de la Constitución de 2008. Como se puede apreciar estos elementos que son principios para la administración de justicia y deben orientar su accionar, se desarrollan de manera sistemática a partir del artículo 177 de la Constitución del Ecuador y son acogidos por los jueces sin restricción.

Por lo tanto, se verifica que en la actualidad normativamente existen garantías normativas suficientes en lo relacionado no solo a la independencia e imparcialidad judicial, sino al ejercicio de la función judicial.

De lo expuesto, se puede concluir que la garantía de no repetición está cumplida en su totalidad ya que la normativa interna se adapta a los

estándares internacionales y consagra mecanismos apropiados en materia del ámbito judicial.

Obligación de investigar y sancionar

Al respecto el Estado, es consciente de que esta es un obligación que en sentencia deberá ser determinada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como lo dispuso en casos como: Tibi⁷⁸ o Suárez Rosero⁷⁹, puesto que en otros casos que ha fallado, no se verifica esta obligación como, en el caso Alban Cornejo, Vera Vera o Mejía Hidrovo vs. Ecuador, casos en que se ha impuesto al Estado la obligación de satisfacer el derecho a la verdad a través de una reconstrucción. Por tanto, es preciso que se determine si estamos frente a una grave violación de derechos humanos y el Estado debe investigar y sancionar.

Costas y Gastos

Con relación a las costas y gastos la Corte Interamericana ha sido clara en que constituye una parte de la reparación integral⁸⁰, por lo que debe ser un elemento a tomar en cuenta en su sentencia. Sin perjuicio de lo anterior, las víctimas en el presente proceso han manifestado en su ESAP que: “Por no tener comprobantes, piden a la Corte Interamericana que en equidad considere el reintegro de 50.000 dólares”⁸¹, a lo que el Estado se opone en razón de que la jurisprudencia del sistema interamericano no se han entregado tan altas sumas de dinero en concepto de costas y gastos, sin contar con el respaldo necesario.

⁷⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Tibi vs. Ecuador, sentencia de fondo, 7 de septiembre de 2004, punto dispositivo 10.

⁷⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Suárez Rosero vs. Ecuador, Sentencia de Fondo 12 de noviembre de 1997, punto resolutivo 6.

⁸⁰ *Cfr. Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina. Reparaciones y Costas.* Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C. No. 39, párr 79; *Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador, supra* nota 118, párr. 132, y *Caso Abrill Alosilla y otros Vs. Perú, supra* nota 7, párr. 133.

⁸¹ Escrito de argumentos, solicitudes y pruebas, presentado por las víctimas en el proceso 12.600 Hugo Quintana Coello y otros vs. Ecuador, párr. 369.

Por lo expuesto y dado que en el caso Suárez Rosero, se disputo el pago 10.530, que en caso Zambrano Vélez 10.000 dólares, que en el caso Chaparro y Lapo se ordenó el pago de 8.500 dólares, que en el caso Vera Vera al no justificar los gastos se dispuso el pago de 10.000 dólares, solicitamos a esta Honorable Corte que fije como monto máximo de costas y gastos en equidad la cantidad de 10.000 dólares americanos.

Preguntas de la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En respuesta a los requerimientos del Pleno de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contenida en la nota Ref: CDH-12.600/093 de 13 de febrero del 2013, el Estado señala:

Sección Preguntas del Estado.-

12.- El Estado alegó en su contestación que “el informe de liquidaciones (realizado por el Consejo Nacional de la Judicatura) no es vinculante ni referencial”. Podría el Estado ampliar las razones por las cuales considera este Tribunal no debería tener en cuenta dichas liquidaciones.

Con relación a lo mencionado dentro del presente caso en relación al daño material, las afirmaciones del Estado deben ser entendidas, desde su personalidad única, como sujeto del Derecho Internacional Público, razón por la cual las gestiones que realizó para cumplir el informe de la CIDH, no son nada más que actos preparatorios tendientes a cumplir con recomendaciones, pero que nunca se transformaron en productos finales, por el prematuro paso del caso a la Honorable Corte IDH.

Por tanto, la documentación que comprende el cálculo del Consejo Nacional de la Judicatura, debía ser analizada y discutida a efectos de mirar su pertinencia, su base de cálculo entre otras cuestiones, puesto

que como se mencionó en la audiencia, se tenía que analizar la situación de cada uno de los ex magistrados por separado.

Adicionalmente a lo ya señalado, el Estado debía analizar la fórmula de cálculo a efectos de que guarde relación con la legitimidad y cambio de una nueva estructura constitucional.

En conclusión, la información que debía ser analizada y era simplemente parte de un proceso de cumplimiento interno del Estado, no puede ser tomada como base de cálculo, puesto que jamás reflejó la posición del Estado con relación al caso, sino gestiones, o actos internos que daban inicio a un proceso de cálculo, que para este Alto Tribunal no podría ser ni referencial. Sin embargo, de ser requerido por la Corte, el Estado puede ampliar la información en el sentido que se requiera.

13.- El Estado en la audiencia pública realizó un allanamiento parcial en el presente caso. Al respecto, podría el Estado determinar ¿Cuáles son los hechos específicos que habrían generado las presuntas vulneraciones de derechos consagrados en la Convención Americana, de los cuales el Estado aceptó responsabilidad internacional?

El Estado ecuatoriano presentó los hechos dentro de la Audiencia Pública, por lo cual es altamente pertinente que el Tribunal Interamericano se remita a la grabación oficial de audio y video.

Sección para todas las partes:

14.- Al momento de los hechos, ¿ La Constitución facultaba al Congreso para realizar juicios políticos a ciertos funcionarios del Estado? En caso afirmativo, ¿ Cuáles eran los funcionarios que debían ser juzgados por el Congreso?. Y en caso negativo, ¿por qué la Constitución no preveía que se pudieran realizar juicios políticos en contra de los magistrados de la Corte Suprema?

Ciertamente para realizar la transición en la reforma del sistema judicial, el Congreso Nacional designó a los magistrados presuntas víctimas en este caso. Sin embargo, esta designación era una medida transitoria destinada a solucionar el problema de la Función Judicial, que posteriormente iría ajustándose al nuevo sistema de permanencia indefinida en el cargo y cooptación. Pero este sistema aún no era aplicable para los 27 ex magistrados.

La naturaleza transitoria de su nombramiento se evidenció mediante la adopción de la Disposición Transitoria Quinta de la Constitución de 1998, que establecía que:

“Los funcionarios e integrantes de organismos designados por el Congreso Nacional y el Contralor General del Estado designado, a partir del 10 de agosto de 1998 para un período de cuatro años, en virtud de las disposiciones de esta Constitución, permanecerán en el desempeño de sus funciones hasta enero del año 2003”.

En virtud de ésta disposición, los ex magistrados presuntas víctimas en este caso debían cesar sus funciones en el año 2003. Esta disposición, de carácter constitucional y de aplicación obligatoria, fue acatada por el Congreso Nacional el 8 de diciembre de 2004.

De este modo, la sección considerativa de la Resolución R25-181⁸² mediante la cual el Congreso Nacional declaró cesantes a los magistrados de la llamada “Corte de 1997”, señaló, *inter alia*:

Que la actual codificación de la Constitución Política de la República, vigente desde el 10 de agosto de 1998 proclama en su Disposición Transitoria Vigésima Quinta que “los funcionarios e integrantes de los organismos designados por el Congreso Nacional y el Contralor General del Estado designado a partir del 10 de agosto de 1998 para un período de

⁸² Congreso Nacional. Resolución N° R-25-181. Publicado en el Registro Oficial N° 485 de 20 de Diciembre de 2004.

4 años en virtud de esta Constitución permanecerán en el desempeño de sus funciones hasta enero del año 2003;

Que los actuales Magistrados de la Corte Suprema de Justicia fueron designados por el Congreso Nacional en virtud de la Disposición Transitoria Décimo Sexta de la codificación anterior de la Constitución Política de la República publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 142 de 1 de septiembre de 1997, estando a la fecha en funciones prorrogadas por no haber renunciado a enero de 2003;

Que la vigente codificación constitucional no establece el procedimiento a seguir para elegir a los treinta y un Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, estableciendo únicamente en el artículo 202, el procedimiento para designar un magistrado cuando se genera una vacante. Más la Ley Orgánica de la Función Judicial en su artículo 12 en actual vigencia, establece como autoridad nominadora de los Ministros Jueces de la Corte Suprema de Justicia al Congreso Nacional (...)

En virtud de estas consideraciones, resolvió:

“Declarar CESANTE en sus funciones a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y a sus correspondientes conjueces quienes no renunciaron a sus funciones en enero de 2003 tal como lo contempla la Disposición transitoria Vigésimo Quinta de la codificación de la Constitución vigente (...).”

Con esta circunstancia jurídica, se desprende que el cese en funciones de los magistrados realizado por el Congreso Nacional mediante Resolución N° R-25-181 no puede confundirse con uno de

índole sancionatorio en el que se restrinja el ejercicio de derechos fundamentales. Se trata de la ejecución de una norma que existía dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, que era de conocimiento de las presuntas víctimas y del público en general, y que debía ser acatada sin que ello signifique la aplicación de una sanción para quienes estaban en ese cargo.

15.- La Comisión indicó en el Informe de Fondo que “es común en diversas constituciones que se prevean regulaciones especiales para asegurar la observancia de las garantías de independencia e imparcialidad en el actuar del poder legislativo en carácter de juzgador de altos funcionarios sometidos a juicios políticos”. Al respecto, podrían las partes presentar ejemplos concretos de normas constitucionales de los Estados de la Región que establezcan este tipo de garantías. Además, ampliar la información, respecto de cuáles garantías serían necesarias para asegurar la independencia e imparcialidad del poder legislativo cuando se encuentra encargado de funciones judiciales.

La independencia del poder judicial y la independencia de los jueces ha sido materia de profundo análisis por la Corte Interamericana. Al respecto la Corte ha considerado que la independencia judicial se debe mirar desde una doble perspectiva: como independencia del órgano, y como independencia personal de los jueces para garantizar su imparcialidad y el ejercicio de sus funciones con autonomía y libre de presiones.⁸³

En conjunto, estas garantías precautelan el derecho al debido proceso del cual es titular toda persona sometida a un juicio de cualquier índole. La garantía de independencia judicial incide además en la vigencia de la imparcialidad de los tribunales. Por imparcialidad, la Corte Europea de Derechos Humanos ha entendido que el tribunal debe carecer de prejuicios personales y además debe ofrecer garantías

suficientes para que no haya duda legítima respecto de su imparcialidad. Se trata pues de la confianza que profieren los tribunales las partes procesales.⁸⁴

En definitiva la imparcialidad de un tribunal requiere que sus miembros no tengan interés directo en la resolución. En este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que el juez debe separarse de una causa que se sometió a su conocimiento cuando existan motivos que incidan en la imparcialidad del tribunal.

“En aras de salvaguardar la administración de justicia se debe asegurar que el juez se encuentre libre de todo perjuicio y que no exista temor alguno que ponga en duda el ejercicio de las funciones jurisdiccionales.”⁸⁵

Adicionalmente, el principio de independencia esta vinculado con el derecho a un juez competente, en el sentido que:

“El Estado no debe crear tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios, pues la garantía del debido proceso puede estar amenazada”.⁸⁶

Sin embargo, la Corte Interamericana ha desarrollado ese criterio en el contexto de creación de tribunales especiales ad hoc para juzgar determinadas conductas de la persona procesada. Por otro lado, la Corte Interamericana también ha explicado cómo se deben garantizar estos derechos por órganos no judiciales.

⁸³ MORA MORA, Luis Paulino. Homenaje al Dr. Fix-Zamudio. Tomo II. Costa Rica: Publicaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998.

⁸⁴ Corte Europea. *Caso Pabla KY vs. Finlandia*, sentencia de 26 de junio de 2004.

⁸⁵ Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005.

⁸⁶ *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de

Ahora bien, en el caso Tribunal Constitucional vs. Perú la Corte Interamericana explicó que resultaba ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención, aún más cuando el Estado ejerce su poder sancionatorio. El Estado recuerda que en el caso citado, existió un proceso sancionatorio que derivó en la destitución de los magistrados, a diferencia del presente caso en el que la discusión radica en la aplicación de una disposición constitucional que no tenía naturaleza disciplinaria⁸⁷.

Adicionalmente, el Estado reconoce que dentro de procesos cuyo objetivo es determinar los derechos y obligaciones de las personas, debe haber un efectivo respecto y garantía del derecho a la independencia e imparcialidad judicial, competencia del tribunal y demás garantías judiciales que precautela la Convención.

En un primer momento, las presuntas víctimas afirman que el Estado ha violado la inmovilidad y garantía de presiones externas. Sin embargo, el presente caso se trata de una situación, de una realidad jurídica que se verificó con el vencimiento del plazo para el ejercicio de las funciones de los magistrados. Esta última situación no traía consigo un conflicto jurídico que ameritaba ser probado, puesto que el hecho determinante fue el transcurso del tiempo. Adicionalmente, no se desprende que hubo interés directo de los miembros del Congreso en la resolución por cuanto la cesación se motivó en la un hecho jurídico verificado con el fenecimiento del plazo para el ejercicio de funciones de los magistrados. Es decir, se motivó en un criterio objetivo que no solo estaba contemplado en la Constitución, en su Disposición Transitoria 25, sino que además se pudo verificar el 8 de diciembre de 2004, en la sesión extraordinaria del Congreso cuando se examinó la legalidad de los cargos de los funcionarios judiciales.

16.- ¿El Código Orgánico de la Función Judicial estaba vigente al momento de los hechos del presente caso?

mayo de 1999, párrafo 129.

⁸⁷ Corte IDH. *Caso Tribunal Constitucional Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001.

No, no estaba vigente, es una herramienta de garantía normativa que nace a partir de la Constitución del 2008. El Estado incluyó dentro del acervo documental de las observaciones al ESAP presentado por los representantes de las presuntas víctimas.

17.- En el artículo 116 del nuevo Código Orgánico de la Función Judicial de 2009, se hace alusión a la creación de un Reglamento que establecerá el trámite de los procesos sancionatorios. Este Código ya fue expedido? , de ser así por favor remitirlo a la Corte.

La respuesta es afirmativa, la norma tiene la siguiente denominación:

Reglamento del Ejercicio de Potestad Disciplinaria del Consejo de la Judicatura contenida en el Registro Oficial 567 publicado el 31 de octubre del 2011. Esta norma se adjunta en calidad de anexo a los Alegatos Finales Escritos del Estado.

18.- Realizar un mayor desarrollo sobre la interpretación que se debería dar de la Disposición Transitoria Vigésimo Quinta, respecto de si era aplicable a los magistrados en el presente caso y ampliar a los efectos que una determinada interpretación de dicha disposición tendría en su relación con el derecho internacional.

Dentro del reconocimiento parcial de responsabilidad del Estado se estableció un conjunto de hechos que tienen relación directa con la resolución que aborda la presente pregunta, por lo que el Estado considera que la Honorable Corte al examinar estos hechos y contrastar los mismos en el documento de observaciones del Estado al ESAP encontrará las coordenadas de análisis planteadas en la pregunta.

No obstante lo mencionado anteriormente, en el caso que nos ocupa se presenta una situación particular puesto que el momento de

designación de los ex magistrados de la Corte Suprema de Justicia no se estableció un periodo o plazo determinado para el ejercicio de la función judicial. Sin embargo, con la publicación de la Constitución Política de 1998, la Disposición Transitoria 25 establecía el plazo durante el cual los 31 servidores públicos debían a ejercer sus funciones, y una vez fenecido el plazo de duración de sus cargos, la consecuencia jurídica lógica era su cesación.

Por estas razones, el Congreso Nacional facultado de conformidad con el artículo 130, numeral 4 de la Constitución Política de 1998, podía interpretar la Constitución. En función de esta atribución, en la sesión extraordinaria realizada por el Congreso Nacional el 8 de diciembre de 2004, se analizó el alcance de la Disposición Transitoria 25 que establecía lo siguiente:

Vigésima quinta.- Los funcionarios e integrantes de organismos designados por el Congreso Nacional y el Contralor General del Estado designado, a partir del 10 de agosto de 1998 para un período de cuatro años, en virtud de las disposiciones de esta Constitución, permanecerán en el desempeño de sus funciones hasta enero del año 2003.

Al respecto, es menester citar al doctor Luis Fernando Torres quien considera que:

“El legislador goza de gran libertad de configuración. Ni siquiera debe fundamentar su acción legislativa, pues, esta revestido de legitimidad democrática y expresa la soberanía popular⁸⁸”.

19.- ¿Existe en Ecuador una prohibición legal que disponga que una persona pueda recibir dos ingresos de manera simultánea por

⁸⁸ Torres, Luis Fernando *Interpretación Constitucional*, Revista Ruptura No. 46. Asociación Escuela de Derecho. Pontificia Universidad Católica 2003.

parte del Estado. En caso afirmativo, ¿cuál sería esa disposición y desde cuando estaría vigente?

Sí existe la norma, que era parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano en la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa LOSSCA, y que en la actualidad, se encuentra dentro de la Ley Orgánica del Servicio Público LOSEP, vigente desde el año 2010:

Art. 12.- Prohibición de pluriempleo.- Ninguna persona desempeñará, al mismo tiempo, más de un puesto o cargo público, ya sea que se encuentre ejerciendo una representación de elección popular o cualquier otra función pública.

Se exceptúa de esta prohibición a las y los docentes de Universidades y Escuelas Politécnicas Públicas y Privadas, legalmente reconocidas, siempre que el ejercicio de la docencia lo permita y no interfiera con el desempeño de la función pública. Igual excepción se aplicará a los músicos profesionales de las orquestas sinfónicas del país, quienes también podrán desempeñar la docencia en los conservatorios de música.

Adicionalmente, se exceptúan de la disposición establecida en el presente artículo las autoridades o sus delegados que, por el ejercicio de sus cargos, deban integrar directorios y organismos similares del sector público. Para estos casos excepcionales, la citada delegación no será remunerada.

El ejercicio del cargo de quienes sean elegidos para integrar, en calidad de vocales, las Juntas Parroquiales, no será incompatible con el desempeño de sus funciones como servidoras o servidores públicos, o docentes, siempre y cuando su horario de trabajo lo permita.

A la servidora o servidor público de carrera que resultare electo para una dignidad de elección popular, se le otorgará de manera obligatoria licencia sin remuneración por el periodo de tiempo

para el cual fue electo, bastando al efecto la notificación pública que efectúe el organismo electoral respectivo con los resultados correspondientes y la resolución de las impugnaciones que hubieren de ser el caso.

20.- Precisen con claridad quienes de las presuntas víctimas, ejercieron cargos públicos con posterioridad al cese en el Cargo de la Corte Suprema. ¿Qué tipo de remuneraciones o prestaciones se percibiría en dichos cargos públicos?

El Estado dentro de la audiencia pública como también dentro del escrito que confrontó el ESAP presentado por los representantes de las presuntas víctimas demostró diáfananamente los casos de los Magistrados Velasco, Troya, y Donoso, como ejemplos generales de la situación jurídica. No obstante si la Honorable Corte requiere esta información que es de carácter adicional por su naturaleza, esta podrá ser requerida a través del fundamento del artículo 58 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

21.- ¿Existe en el derecho interno una edad de retiro forzoso o edad máxima para que los funcionarios públicos puedan ejercer sus cargos? ¿Podrían además indicar ¿Cuál es la edad de esperanza de vida en el Ecuador?

Al respecto el Estado adjunta la siguiente información que será de utilidad para la Corte IDH:

Constitución 2008

Art. 36.- Las personas adultas mayores recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado, en especial en los campos de inclusión social y económica, y protección contra la violencia. Se considerarán personas adultas mayores aquellas personas que hayan cumplido los sesenta y cinco años de edad.

Ley de Seguridad Social

Art. 185.- JUBILACION ORDINARIA DE VEJEZ.- Se acreditará derecho vitalicio a jubilación ordinaria de vejez cuando el afiliado haya cumplido sesenta (60) años de edad y un mínimo de trescientos sesenta (360) imposiciones mensuales o un mínimo de cuatrocientos ochenta (480) imposiciones mensuales sin límite de edad.

A partir del año 2006, la edad mínima de retiro para la jubilación ordinaria de vejez, a excepción de la jubilación por tener cuatrocientas ochenta (480) imposiciones mensuales, no podrá ser inferior a sesenta (60) años en ningún caso; y, en ese mismo año se la podrá modificar de acuerdo a la expectativa de vida promedio de toda la población de esa edad, para que el período de duración de la pensión por jubilación ordinaria de vejez, referencialmente alcance quince (15) años en promedio.

En lo sucesivo, cada cinco (5) años, después de la última modificación, se revisará obligatoriamente la edad mínima de retiro, condicionada a los cálculos matemáticos actuariales vigentes y con el mismo criterio señalado en el inciso anterior.

Art. 188.- JUBILACION POR EDAD AVANZADA.- Se podrá acreditar derecho a jubilación por edad avanzada cuando el asegurado:

- a. Hubiere cumplido setenta (70) años de edad, siempre que registre un mínimo de ciento veinte (120) imposiciones mensuales, aún cuando se encontrare en actividad a la fecha de aprobación de su solicitud de jubilación; o,
- b. Hubiere cumplido sesenta y cinco (65) años de edad, siempre que registre un mínimo de ciento ochenta (180) imposiciones mensuales, y demuestre ante el IESS que ha permanecido cesante durante ciento veinte (120) días consecutivos, por lo menos, a la fecha de presentación de la solicitud de jubilación.

La jubilación por edad avanzada es incompatible con cualquier otra prestación por vejez o invalidez total y permanente, incluido el subsidio transitorio por incapacidad, salvo la prestación que por la misma causal de edad avanzada se le reconozca en el régimen de jubilación por ahorro individual obligatorio.

Ley Orgánica de Servicio Público

Art. 290.- De las y los servidores que se acojan al retiro de la carrera en el servicio público.- Para las y los servidores públicos que se acojan a los beneficios de la jubilación, antes de la salida de la institución en la que laboran, el Ministerio de Relaciones Laborales ofrecerá cursos gratuitos de capacitación y reconversión laboral, a través de la Dirección de Reconversión Laboral del Ministerio de Relaciones Laborales. Las UATH pondrán obligatoriamente a consideración de las y los servidores este servicio previo a su retiro.

Las y los servidores que se retiren de la carrera del servicio público, en las condiciones establecidas en el presente artículo, previo a la cesación de funciones, recibirán un reconocimiento público dentro de la institución en la que prestan sus servicios. Podrá entregárseles una placa de reconocimiento cuyo costo máximo será regulado por el Ministerio de Relaciones Laborales.

En el caso de que las solicitudes presentadas, por las o los servidores públicos que hayan cumplido 60 años de edad para acogerse a los estímulos y compensación económica de la jubilación, fueron aceptadas por la autoridad nominadora, y fallecieron durante el proceso, los beneficiarios tendrán derecho a recibir la compensación económica, de conformidad con la LOSEP y previo a la presentación de los justificativos legales correspondientes.

Art. 81.- Estabilidad de las y los servidores públicos.- Se establece dentro del sector público, la carrera del servicio público, con el fin de obtener eficiencia en la función pública, mediante la implantación del sistema de méritos y oposición que garantice la estabilidad de los

servidores idóneos. Conforme lo dispuesto en la Constitución de la República, el régimen de libre nombramiento y remoción tendrá carácter de excepcional.

Se prohíbe calificar como puestos de libre nombramiento y remoción a aquellos puestos protegidos por la carrera del servicio público que actualmente están ocupados, con el propósito de remover a sus titulares.

Se prohíbe que los puestos de libre nombramiento y remoción, sean clasificados en forma descendente a un puesto protegido por la carrera del servicio público.

Las servidoras y servidores de las instituciones señaladas en el artículo 3 de esta ley, cumplidos los sesenta y cinco (65) años de edad, habrán llegado al tope máximo de su carrera en el servicio público, independientemente del grado en el cual se encuentren ubicados, sin que puedan ascender.

A las servidoras y servidores que, a partir de dicha edad, cumplan los requisitos establecidos en las leyes de la seguridad social para la jubilación y requieran retirarse voluntariamente del servicio público, se les podrá aceptar su petición y se les reconocerá un estímulo y compensación económica, de conformidad con lo determinado en la Disposición General Primera.

Las servidoras y servidores, a los setenta (70) años de edad, que cumplan los requisitos establecidos en las leyes de la seguridad social para la jubilación, obligatoriamente tendrán que retirarse del servicio público y cesarán en su puesto. Percibirán una compensación conforme a la Disposición General Primera.

Petitorio Final del Estado.-

Con todos los antecedentes, acervo probatorio, argumentos y demostraciones en derecho, actuación de alegatos orales, interrogatorios y contrainterrogatorios, el Estado ecuatoriano solicita a la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos lo siguiente:

Se reconozca la inexistencia de la violación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los artículos: 2 y 23 en su relación al artículo 1.1, y al mismo artículo 1 como institución jurídica propia de acuerdo a la interpretación que ponga en práctica la Honorable Corte en virtud de los señalados argumentos del Estado en relación con su obligación positiva de respetar de derechos, y proveer amplias garantías a las personas.

El Estado ecuatoriano, sus instituciones y todos sus agentes se encuentran comprometidos con el respeto de los más altos principios democráticos que provienen del Estado de Derecho, hoy Estado Constitucional de Derechos y Justicia, medio jurídico propicio para la protección de los derechos humanos y de la efectiva realización de la justicia.

Atentamente,

Dr. Alonso Fonseca Garcés

AGENTE ALTERNO DEL ESTADO DE ECUADOR

Elaborado por:
AFG/CEA