



JUSTICIA ELECTORAL Y DEMOCRACIA VOLUMEN 1

DIRECCIÓN DE INVESTIGACIÓN CONTENCIOSO ELECTORAL

SERIE
JUSTICIA ELECTORAL:
Debate Contemporáneo



JUSTICIA ELECTORAL Y DEMOCRACIA
VOLUMEN I

DIRECCIÓN DE INVESTIGACIÓN CONTENCIOSO ELECTORAL

SERIE
JUSTICIA ELECTORAL:
Debate Contemporáneo

República del Ecuador
Tribunal Contencioso Electoral

Dra. Catalina Castro Llerena
JUEZA - PRESIDENTA

Dr. Patricio Baca Mancheno
JUEZ – VICEPRESIDENTE

Dra. Patricia Zambrano Villacrés
JUEZ ELECTORAL

Dr. Guillermo González Orquera
JUEZ ELECTORAL

Dr. Miguel Pérez Astudillo
JUEZ ELECTORAL

Dr. Guillermo Falconí Aguirre
SECRETARIO GENERAL

Ab. Nieve Solórzano Zambrano
DIRECTORA DE INVESTIGACIÓN CONTENCIOSO ELECTORAL (E)

LOS CRITERIOS CONTENIDOS EN ESTA OBRA SON DE PROPIEDAD EXCLUSIVA DE SUS AUTORES

Empresa Sutti
CORRECCIÓN DE FORMA Y ESTILO

Ing. Fernando Rivera
DIAGRAMACIÓN

David Echeverría
PORTADA

Lic. Francisco Tomalá Medina
COORDINADOR UNIDAD DE COMUNICACIÓN

© Derechos reservados TCE 2013
ISBN: 978-9942-07-495-9
Impreso en Tecnoprint
Tiraje: 1000 ejemplares
Primera edición: Noviembre 2013

Quito, Ecuador

Presentación

El Tribunal Contencioso Electoral, cuya competencia primordial es su actividad jurisdiccional en materia electoral, guiado por los principios de autonomía, independencia, publicidad, transparencia, equidad, interculturalidad, paridad de género, celeridad y probidad; presenta su aporte al debate contemporáneo nacional y regional sobre la democracia y los diferentes mecanismos para su garantía en los diversos modelos de estructuración de los estados hispanoamericanos.

El Tribunal Contencioso Electoral, dando cumplimiento al mandato constitucional de garantizar los derechos de participación política, a través de la administración de justicia en materia electoral y dando muestra de su firme compromiso con la democracia, presenta ante la ciudadanía la publicación titulada “Justicia Electoral y Democracia”, la cual constituye el volumen 1 de la serie “Justicia Electoral: Debate Contemporáneo”. El documento comprende una compilación de artículos inéditos o ya publicados en revistas especializadas, de autores nacionales e internacionales.

Consideramos que este aporte contribuye a la consolidación de la institucionalidad de la justicia electoral, al amparo de las disposiciones Constitucionales y legales.

Esperamos que esta sistematización de reflexiones sobre la realidad de la democracia y la justicia electoral en la región permita optimizar la labor de juezas, jueces y magistrados electorales, y contribuya a incrementar el conocimiento de la ciudadanía y sujetos políticos, lo cual se vería reflejado en una participación política más activa y consciente.

Catalina Castro Llerena
PRESIDENTA TCE

Prólogo

El Tribunal Contencioso Electoral de la República del Ecuador (TCE), en cumplimiento de las disposiciones contempladas en la Constitución, contribuye mediante la administración de justicia especializada en materia electoral a garantizar el ejercicio de los derechos políticos y la organización política de la ciudadanía.

Considerando la corta trayectoria institucional que tiene la administración de Justicia Electoral en Ecuador, a través de un órgano autónomo como es el TCE, es evidente y hasta comprensible, que no se haya dado la relevancia del caso a su estudio. Es a partir del surgimiento del TCE que la Justicia Electoral logra visibilizarse en la escena jurídica local e internacional, introduciendo en la agenda de investigación jurídica nuevas prioridades de publicación y sistematización de conocimientos.

En este contexto de garantía de los derechos políticos, el TCE a través de su Dirección de Investigación Contencioso Electoral, ha generado el presente aporte académico titulado “Justicia Electoral: Debate Contemporáneo”; una serie de publicaciones que procura la difusión sistematizada de artículos académicos sobre temáticas predefinidas que forman parte del debate regional contemporáneo.

Esta serie de publicaciones responde a la poca existencia de compilaciones, a escala nacional, sobre temáticas relativas a la Justicia Electoral y, en general, al Derecho Electoral. Si bien es cierto, existen múltiples trabajos académicos, artículos de investigación y ensayos críticos sobre una amplia variedad de temas relacionados con la Justicia Electoral; no obstante, en su gran mayoría se encuentran dispersos en revistas, textos y ponencias de diversa índole, situación que dificulta el estudio del Derecho Electoral y en

especial la comprensión de los nuevos aportes jurídicos que han realizado los organismos que administran Justicia Electoral en el ámbito regional.

Este libro permite a los operadores de Justicia Electoral contar con fuentes bibliográficas actuales, que reflejan el estado del debate contemporáneo que se ha gestado en respuesta a la dinámica política regional, la cual da lugar a una serie de conflictos y controversias en cuanto a justicia electoral se refiere.

La compilación incluye material seleccionado por temas catalogados como actuales y relevantes, que permite al TCE, ratificar su compromiso con la producción académica especializada de la región.

En resumen, esta obra guarda concordancia con el criterio de que solo en la medida que las instituciones y organismos involucrados en la temática electoral den inicio y continuidad a procesos sostenidos de investigación y publicación en materia de Justicia Electoral, será posible consolidar un espacio definitivo en el foro jurídico nacional y regional, en las instituciones de educación superior y en la sociedad en su conjunto.

La presente obra constituye el primer Volumen de la serie “Justicia Electoral: Debate Contemporáneo”, el cual ha tomado como temas centrales la Justicia Electoral y Democracia.

El libro está compuesto por trabajos académicos, en forma de artículos o ensayos, como fruto de un proceso de investigación por parte de los autores, que pretenden facilitar la generación de conocimientos especializados en temas de Democracia y Justicia Electoral.

Estos artículos han sido seleccionados mediante un proceso de lectura crítica, respetando las ideas de cada uno de los autores y buscando la concordancia con la línea temática.

Estamos seguros que este esfuerzo, será de gran utilidad en el trabajo diario de Juezas y Jueces electorales y magistrados que posean a su cargo la responsabilidad de administrar Justicia Electoral, dentro de los estados que se gobiernan bajo principios democráticos; de igual manera, constituye una fuente de consulta para: funcionarios de los órganos electorales, profesionales del derecho que intervienen en procesos contencioso electorales y por qué no, estudiantes de programas de pregrado y postgrado de las facultades y carreras de derecho y ciencias sociales.

Aprovechamos el espacio para extender un agradecimiento especial a todos los autores que forman parte de esta obra, por permitirnos republicar o publicar, según sea el caso, sus artículos y de esta manera facilitar la entrega de esta compilación.

Esperamos que esta obra sea un incentivo más para mantener vivo el debate sobre Justicia Electoral en nuestra región, y así seguir avanzando en el camino hacia la materialización de la democracia.

Ab. Nieve Solórzano Zambrano
DIRECTORA DE INVESTIGACIÓN
CONTENCIOSO ELECTORAL

Índice

JUSTICIA ELECTORAL Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL: PRINCIPIOS DE ARTICULACIÓN

(Paloma Biglinio Campos)	1
I. Introducción: Las Facetas del Procedimiento Electoral.....	1
II. Un Modelo casi común de Articulación entre Justicia Electoral y Justicia Constitucional.....	3
III. Las Razones de la Distribución de Atribuciones.....	7

JUDICIAL POLITICS Y TRIBUNALES ELECTORALES

(Diego Brenes Villalobos)	11
1. Judicial Politics, Judicialización de la Política y Activismo Judicial.....	11
2. Ciencia Política y Cortes: Constitucionales y Electorales.....	16
3. Corolario: En Búsqueda del Rol Político del Juez Electoral.....	21
4. Bibliografía.....	24

NEOCONSTITUCIONALISMO: UN DEBATE CONTEMPORÁNEO SOBRE LA CONSTITUCIÓN Y LA DEMOCRACIA

(Juan Pablo Pozo Bahamonde)	31
El Neoconstitucionalismo teórico.....	32
Neoconstitucionalismo ideológico.....	33
El Neoconstitucionalismo metodológico.....	36
Neoconstitucionalismo: fuerza vinculante y aplicación directa de las normas constitucionales.....	38
Bibliografía.....	44

DEMOCRACIA DIRECTA EN LA REGIÓN ANDINA

(Domingo Paredes Castillo)	45
Antecedentes.....	45

Surgimiento de la Democracia Directa en Latinoamérica.....	49
Mecanismos de Democracia Directa.....	52
Consulta Popular.....	52
Revocatoria de mandato.....	53
Iniciativa popular normativa.....	53
Críticas a los mecanismos de democracia directa.....	55
Los mecanismos de democracia directa en la región Andina.....	61
Bibliografía.....	63

EL CÓDIGO DE ÉTICA CONTENCIOSO ELECTORAL: UN COMPROMISO CON LA EXCELENCIA Y LA DEMOCRACIA (Catalina Castro Llerena).....65

La ética como derivación del razonamiento práctico.....	65
Escuelas del pensamiento ético.....	67
El compromiso con la excelencia.....	71
El Código de Ética y las virtudes funcionales.....	76
Bibliografía.....	84

ENFOQUE GENERAL A LOS DELITOS DE ORIGEN ELECTORAL Y SU POSIBLE INCORPORACIÓN EN LA LEGISLACIÓN PENAL ECUATORIANA

(Bolívar Espinoza Astudillo).....87	87
Las Fuentes del Derecho Electoral.....	87
El Derecho Penal Electoral.....	91
El Derecho Procesal Electoral, ¿En qué Consiste?.....	92
La Regulación de los Delitos Electorales en el Nuevo Código Orgánico Integral Penal.....	93
Características de los Delitos Electorales.....	98
Formas de Persecución del Delito.....	101
Clases de Medios de Impugnación en el Derecho Electoral.....	102
Bibliografía.....	105

UNA REFLEXIÓN SOBRE LA PRIVACIÓN DEL DERECHO AL VOTO DE LA PERSONA CONDENADA PENALMENTE

(Carolina Santana Sabbagh)	107
(Disenfranchisement por condena: ¿la última extensión pendiente al sufragio?)..	108
El Disenfranchisement desde la historia y la teoría del Estado.....	113
Propósito del disenfranchisement como castigo.....	117
Validez y constitucionalidad del disenfranchisement:.....	121
Disenfranchisement por condena en el derecho comparado.....	122
Conclusión y recomendaciones:.....	124
Bibliografía.....	127

LA MUJER ECUATORIANA Y SU PARTICIPACIÓN POLÍTICA BREVE RESEÑA DE LAS BASES AL FUTURO

(Patricia Zambrano Villacrés)	127
Bibliografía.....	139

ARGUMENTACIÓN JURÍDICA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

(Diego Zambrano Álvarez)	141
Resumen.....	141
1. Acuerdos Conceptuales.....	141
2. Motivación.....	152
Bibliografía.....	183
Referencias Jurisprudenciales.....	186
Referencias Normativas.....	186

JUSTICIA ELECTORAL Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL: PRINCIPIOS DE ARTICULACIÓN

Paloma Biglino Campos¹

I. Introducción: Las Facetas del Procedimiento Electoral

No resulta sencillo analizar, con cierto detalle, las relaciones entre la justicia electoral y la justicia constitucional, porque la multiplicidad que revisten ambas formas de control dificulta llegar a conclusiones concretas que puedan resultar operativas. En efecto, la diversidad de modelos obliga, en algunos casos, a enumerar de manera comparada las características de cada uno de los sistemas. Para evitar este análisis meramente descriptivo se intenta, a veces, elaborar concepciones dotadas de tal grado de generalidad que llegan a carecer de utilidad. En razón de estas consideraciones, y dada la existencia de excelentes análisis acerca de los modelos de fiscalización electoral en el ámbito latinoamericano, es conveniente centrar mi exposición en las experiencias de sólo algunos ordenamientos, esto es, Panamá, Uruguay, México y España. Aun así, algunas de las conclusiones del análisis, se pueden extender a otros sistemas democráticos porque todos ellos atribuyen al procedimiento electoral un papel nuclear dentro del sistema jurídico.

1 Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid. Ha sido directora del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y miembro del Consejo de Estado. En la actualidad forma parte de la Junta Electoral Central y de la Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho, del Consejo de Europa. Autora directora de 11 monografías y más de 90 artículos en obras colectivas y revistas científicas. A lo largo de su trayectoria académica ha seguido diferentes líneas investigadoras, entre las que destaca la participación política, la organización territorial y el derecho electoral y parlamentario.

A la hora de analizar el procedimiento electoral es posible utilizar diferentes perspectivas. De un lado, puede subrayarse su vertiente meramente procedimental, es decir, el hecho de constituir un conjunto de actos, encadenados entre sí, destinado a una finalidad común. Como es conocido, hay mucha variedad a la hora de atribuir a una entidad en concreto la organización del procedimiento, ya que esta se puede residenciar en una entidad independiente, como ocurre con el IFE mexicano, o en el propio poder ejecutivo. Pero, al margen de la naturaleza de la institución que organice las elecciones, estamos en presencia de un procedimiento de carácter administrativo, regulado por disposiciones de esa naturaleza y sometido a Derecho.

De otro lado, cabe subrayar la finalidad que persigue el procedimiento electoral y que, como es sabido, está estrechamente conectada con valores constitucionales.

Así, es el cauce mediante el cual la voluntad de los electores, expresada en votos, se refleja en la composición de los órganos del Estado. Por desempeñar esta función se proyectan en el procedimiento electoral derechos fundamentales de diferente naturaleza. El primero de ellos es, claro está, el derecho de participación política en su doble vertiente, esto es, derecho a votar y derecho a presentarse a las elecciones. Pero, además para que la opinión de los electores pueda formarse correctamente, es preciso garantizar la libertad a la hora de expresar y recibir opiniones, así como la igualdad de posiciones, no sólo de quienes emiten el sufragio, sino también de los contendientes electorales.

No cabe olvidar, por último, la estrecha relación que existe entre el procedimiento electoral y el principio democrático, dado que el papel que cumple en los sistemas representativos a la hora de garantizar la alternancia pacífica en el poder. Precisamente porque constituyen las reglas esenciales del juego, las líneas maestras del procedimiento electoral aparecen recogidas

en la Constitución y su desarrollo suele estar reservado al Parlamento, que debe regularlas mediante normas que no sólo suelen exigir una mayoría reforzada, sino que además deben estar dotadas de una fuerza especial, esto es, fuerza de ley.

II. Un Modelo casi común de Articulación entre Justicia Electoral y Justicia Constitucional

1.- Rasgos generales

En casi todos los ordenamientos, la fiscalización del procedimiento electoral suele ser consecuente con las diferentes facetas del procedimiento electoral que se acaban de mencionar.

Por regla general, puede afirmarse que los conflictos que surgen asociados a los aspectos administrativos del procedimiento electoral y a los derechos fundamentales en juego durante las elecciones suelen residenciarse ante los Tribunales Ordinarios o Tribunales Electorales.

Distinto es el caso del control de las normas con fuerza de ley. En ese supuesto, y como veremos a continuación, la tendencia general consiste en concentrar este tipo de fiscalización en los Tribunales Constitucionales o en la Corte Suprema.

Antes de seguir adelante, creo necesario hacer una precisión que, por evidente, no deja de ser necesaria. La reflexión que se acaba de realizar sirve para aquellos ordenamientos en los que existe un sistema de control electoral que podríamos denominar dual, dado que, junto a Tribunales Electorales independientes o Tribunales Ordinarios que controlan la validez del proceso electoral, existe un Tribunal Constitucional, cuya misión es ser el guardián de la Constitución o una Corte Suprema situada al vértice de la organización jurisdiccional.

Por eso, y en primer lugar, hay que excluir de esa configuración general al modelo que J. Orozco denomina sistema inglés o contencioso de jurisdicción ordinaria que confiere a los jueces ordinarios, pertenecientes al respectivo Poder Judicial, la atribución de resolver en última instancia, o bien en combinación con algunos otros medios de impugnación previos (ya sean de carácter administrativo o político), las correspondientes controversias electorales². En algunos de estos modelos existe, además, control de constitucionalidad de las leyes de carácter difuso, como ocurre en el caso estadounidense. En estos supuestos son los mismos órganos judiciales quienes ejercen tanto el control constitucional como el electoral.

Prácticamente opuesto es el sistema austriaco, ya que éste concentra ambos tipos de fiscalización en el Tribunal Constitucional. En este país, desde la aprobación de la Constitución en 1920 y según el art. 141 de esta norma, dicho órgano tiene competencia sobre cuestiones, no solo de relevancia constitucional, sino también de mera legalidad ordinaria que afecten a cualquier tipo de elección sea nacional, regional o municipal.

Con razón decía H. Kelsen, en un ensayo publicado poco después de la aprobación de dicha norma fundamental, que esa forma de jurisdicción electoral era altamente concentrada y que, cuando ejercía esas funciones, el Tribunal actuaba como Corte administrativa³.

2. La protección de los Derechos fundamentales

Volviendo al modelo dual, que es el más generalizado, no considero necesario entrar a analizar la competencia de los Tribunales Ordinarios o

² Orozco, Jesús “Justicia electoral”, p. 3, en http://iidh-webserver.iidh.ed.cr/multic/UserFiles/Biblioteca/CAPEL/2_2010/Diccionario_Electoral/justicia%20electoral.doc.

³ “Le giurisdizioni costituzionale e amministrativa al servizio dello Stato Federale, secondo la nuova costituzione austriaca del 1 ottobre 1920”, en Kelsen, H: *La Giustizia costituzionale*, a cura di Carmelo Geraci. Milán, 1981, p. 33,

Electoral a la hora de controlar defectos meramente administrativos, como pueden ser, por ejemplo, la organización de las elecciones. En este caso, la atribución de su fiscalización a los Tribunales Electorales o a la Jurisdicción Ordinaria no suscita especiales controversias, dado que se trata de actos o disposiciones que carecen de relevancia constitucional, por lo que están sujetos a los controles generales a los que está sometida la actividad administrativa.

Me interesa subrayar más la intervención de esos tipos de Tribunales a la hora de defender los derechos fundamentales, en primera o en última instancia.

Los jueces ordinarios conocen en primera instancia sobre las violaciones de dichas facultades durante el procedimiento electoral en España, por ejemplo. En efecto, nuestra Ley orgánica de régimen electoral general, al articular el contencioso electoral, atribuye a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de los recursos contra acuerdos de las Juntas electorales sobre proclamación de electos⁴. Contra las sentencias de los jueces de lo contencioso, no cabe en principio, recurso alguno⁵.

Ahora bien, de esta regla general queda excluida la vulneración de los derechos fundamentales ya que la propia Ley Orgánica del Tribunal Constitucional contempla el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Hay que tener presente que, en ese tipo de recurso y, en principio, el Tribunal Constitucional es juez de los derechos fundamentales, por lo que sólo puede entrar a analizar cuestiones de legalidad ordinaria cuando resulte afectado el contenido del derecho recogido en la Norma fundamental.

4 Art. 109 Ley Orgánica 5/1985, de Régimen Electoral General.

5 Art. 114 Ley Orgánica 5/1985, de Régimen Electoral General.

En los países donde existe un Tribunal Electoral lo más frecuente es que se residencie ante ellos, casi siempre en última instancia, la defensa de los derechos fundamentales. Esto es lo que se deduce, por ejemplo, de la Constitución de Panamá, según la cual “las decisiones en materia electoral del Tribunal Electoral son únicamente recurribles ante él mismo y, una vez cumplidos los trámites de la Ley, serán definitivas, irrevocables y obligatorias”⁶. También ocurre en Uruguay, donde la Corte Electoral decide ‘en última instancia sobre todas las apelaciones y reclamos que se produzcan’, y es ‘juez de las elecciones de todos los cargos electivos’⁷. Cabe recordar, por último, el caso de México, donde el Tribunal Electoral es ‘la máxima autoridad jurisdiccional en la materia y órgano especializado del Poder Judicial de la Federación.’⁸.

3. El control de constitucionalidad

Como antes señalaba, las facultades de los Tribunales Ordinarios y de los Tribunales Electorales están más limitadas cuando se trata de normas electorales con rango de ley, contrarias a la Constitución. En este supuesto, y por regla general, dichos órganos no pueden declarar la inconstitucionalidad de la ley *erga omnes*, porque en este caso el protagonismo corresponde a la Corte Suprema o al Tribunal Constitucional.

Esto no supone, sin embargo, que los Órganos judiciales ordinarios o los Tribunales Electorales sean completamente ajenos al control de constitucionalidad. En sentido distinto, se puede afirmar, con carácter general, que su acción suele ser imprescindible para depurar del ordenamiento jurídico disposiciones contrarias a la norma fundamental.

Así, y en la mayoría de las ocasiones⁹, el juez electoral u ordinario

6 Art. 143. II Constitución de Panamá.

7 Art. 322 Constitución de Uruguay.

8 Art. 99 Constitución de México.

9 Así sucede, por ejemplo, en España y en México. Hay que reconocer que esta regla conoce también algunas excepciones. Este es el caso, por ejemplo, de Panamá, que concentra en la Corte Suprema la declaración de inconstitucionalidad de decretos, acuerdos y resoluciones. (Art. 206 Constitución de Panamá)

tiene plena competencia para dejar de aplicar, o anular, normas con rango inferior a la ley. Esta atribución se fundamenta en que las disposiciones que provienen del ejecutivo no gozan de la presunción de constitucionalidad que el procedimiento legislativo brinda a las leyes. Recordemos que, a diferencia de lo que ocurre con la elaboración de las disposiciones que provienen del gobierno, el *iter* legislativo se desarrolla en un órgano colegiado que no sólo tiene naturaleza representativa sino que, además, decide conforme al principio de participación pluralista y de publicidad.

Distinto es el caso de las normas con fuerza de ley. En ese caso, las facultades de los Tribunales ordinarios o del Tribunal Electoral están más limitadas ya que, por regla general, no pueden declarar la inconstitucionalidad de la ley o inaplicarla al caso concreto. En caso de que, a la hora de dictar sentencia, se encuentren con una ley inconstitucional, deberán elevar el asunto a la Corte Suprema o al Tribunal Constitucional¹⁰.

Hay que reconocer que esta regla general conoce, también, excepciones. Particular es, en efecto, el caso de México. En este país, el Tribunal Electoral puede inaplicar las leyes sobre materia electoral contrarias a la Constitución. Pero este supuesto tiene un carácter de excepción a la regla general, ya que el ejercicio de esta facultad se limita al caso concreto y, en todo caso, la Sala que tome tal decisión deberá informar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación¹¹.

III. Las Razones de la Distribución de Atribuciones

Recapitulando, lo anteriormente expuesto, se puede afirmar que las facultades de los jueces ordinarios o de los Tribunales electorales son distintas cuando se encuentran con problemas de legalidad ordinaria y frente

¹⁰ Así sucede en España (Art. 163 de la Constitución), Uruguay (Art. 258.2 Constitución) y Panamá (Art. 206 Constitución)

¹¹ Art. 99 Constitución de los Estados Unidos Mexicanos.

a la infracción de derechos subjetivos, que cuando se enfrentan a leyes o disposiciones inconstitucionales.

Así, en el primero de esos casos, dichos órganos tienen plenas facultades para decidir, a veces en última instancia, dado que, por la propia voluntad de la Constitución, sus decisiones no son revisables. Aún en el caso de que exista un Tribunal Constitucional, éste sólo puede conocer del asunto si tiene relevancia constitucional, lo que sucede, por ejemplo, cuando el derecho afectado aparece recogido en la propia norma fundamental.

Cuando se trata de declarar la invalidez de normas, y sobre todo de leyes, las atribuciones de la jurisdicción ordinaria o electoral son mucho más limitadas porque carecen de competencia para declarar la inconstitucionalidad de la ley con carácter general. Casi todos los ordenamientos jurídicos analizados tienden a concentrar este tipo de control en un solo órgano, sea este la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional.

Es consecuencia, en primer lugar, de los efectos que puede producir una declaración de nulidad. Así, cuando se trata de cuestiones de mera legalidad o que afectan a derechos fundamentales, la repercusión de la decisión tiene efectos limitados, dado que se trata de remover disposiciones o actos de carácter administrativo. Además, en muchos casos, la decisión judicial se circunscribe a las partes en el proceso.

Cuando se trata de remover una ley del ordenamiento jurídico, la trascendencia de la decisión es mucho mayor. En primer lugar, hay que tener en cuenta que cualquier declaración de nulidad provoca un importante vacío en el ordenamiento lo que, sin duda, genera riesgos para la seguridad jurídica. La laguna que se origina es más grave todavía cuando la norma expulsada es de carácter electoral, porque la expulsión de la disposición del sistema jurídico puede afectar a las propias reglas que regulan la alternancia en el poder.

Pero la seguridad jurídica y las propias reglas democráticas no son los únicos valores que, en este caso, entran en juego. Hay que tener presente, además, la influencia que ejerce otro de los principios inherentes al Estado de Derecho contemporáneo, esto es, la presunción de constitucionalidad de las leyes y que deriva, precisamente, de su procedimiento de elaboración. Como antes se recordaba, la ley goza de una posición privilegiada en el sistema normativo por el hecho de haber sido aprobada por el Parlamento, órgano que representa a todo el pueblo en su conjunto y es sede pública de discusión entre mayoría y oposición. La importancia de la materia electoral, el rango de la norma aplicada y la necesidad de salvaguardar la completitud del ordenamiento suelen incidir a la hora de concentrar el control en los órganos de justicia constitucional, que deciden con efectos generales y vinculantes para todos los ciudadanos y poderes públicos.

Como se señalaba al principio de estas páginas, no resulta sencillo llevar a cabo conclusiones generales cuando nos enfrentamos a ordenamientos que, aun siendo todos ellos democráticos, obedecen a distintas formas de Estado y de gobierno, por lo que cada uno de ellos está dotado de una articulación peculiar. Aun así, espero que las páginas anteriores, que tienen una intención más descriptiva que prescriptiva, puedan resultar de utilidad para enfocar la variedad de maneras existentes a la hora de articular las relaciones entre la justicia electoral y constitucional.

JUDICIAL POLITICS Y TRIBUNALES ELECTORALES^{12*}

Diego Brenes Villalobos^{13**}

1. Judicial Politics, Judicialización de la Política y Activismo Judicial

El presente artículo sistematiza una nueva propuesta de estudio para el juez electoral. El estudio se aleja de las tesis tradicionales que, a pesar de su autonomía, les perciben como tribunales ordinarios y en una posición secundaria respecto de los tribunales constitucionales. Por el contrario, se defiende y sostiene que la particularidad de algunos de estos tribunales electorales incluso supone la existencia de una jurisdicción constitucional electoral que conlleva entenderles como tribunales constitucionales especializados en la materia electoral (Brenes Villalobos, 2002a).¹⁴

Precisamente, esta nueva lectura que se sugiere permite profundizar en el análisis de las competencias del juez electoral como un juez constitucional y en el rol político que en razón de su naturaleza juega en democracia,

12 * Artículo publicado en la Revista *Justicia Electoral* del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación de México. Vol. 1, n.º 10, cuarta época, año 2012.

13 ** Abogado y Politólogo costarricense. Doctor en Ciencia Política por la Universidad de Salamanca, España. Máster en Derecho Constitucional por la Universidad Estatal a Distancia de Costa Rica (UNED), Diploma de Especialización en Derecho Constitucional también por la Universidad de Salamanca y Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica (UCR). Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Electoral a nivel de posgrado en la UNED y UCR, respectivamente. Desde el año 2003 es funcionario del Tribunal Supremo de Elecciones de la República de Costa Rica donde ha laborado como Letrado y, actualmente, como Asesor de la Gestión Política y Subdirector de la *Revista de Derecho Electoral*. Autor del libro *El rol político del juez electoral* y de varios artículos en revistas especializadas. Principales líneas de investigación: elecciones, sistemas electorales, *judicial politics*, justicia electoral y constitucional.

14 En el presente trabajo interesa la figura del juez electoral como tribunal, esto es en su acepción institucional y no personalizada. En este sentido, la unidad de análisis es el tribunal electoral y aunque se privilegie la mención al juez electoral, ésta debe entenderse bajo esa lectura institucional, como sinónimos. Igual suerte conlleva la denominación magistrado, homólogo de juez.

propósito que se facilita desde el área de estudio de *judicial politics*¹⁵ y en forma más concreta desde el subárea que en esta representa la judicialización de la política.¹⁶

Tate y Vallinder (1995: 13) fueron los primeros en introducir el término judicialización para hacer referencia a “*the growing influence of the courts, in particular on matters which were once considered purely political*”, ellos mismos definen a los Estados Unidos de Norteamérica como ‘*the home of judicialization of politics*’ (1995: 2). Mientras que Hirschl va mucho más allá indicando ‘*the reliance on courts and judicial means for addressing core moral predicaments, public policy questions, and political controversies*’ (2008: 119). De forma similar otros autores han considerado ‘judicialización’ como ‘*increased presence of judicial processes and court rulings in political and social life, and the increasing resolution of political, social, or state-society conflicts in the courts*’ (Angell, Schjolden y Sieder, 2005: 3).¹⁷ Por su parte, Kapiszewski y Taylor (2008: 2) presentan a la judicialización de la política como un subtema dentro de *judicial politics*, entendiendo por esta:

This strain of the literature analyzes courts first and foremost from the perspective of their involvement in politics: it examines the institutional structures that underpin and shape that involvement; explores how judges take decisions on political issues; and examines how courts distribute political power and affect policy outcomes. The field comprises various sub-themes, such as the “judicialization of politics”, “judicial independence” and “judicial power”.

15 En tanto no existe uniformidad en la traducción al español para *judicial politics*, siendo quizás la más cercana, aunque no la más utilizada: “la política en lo judicial”, y dado el origen anglosajón de esta corriente, marcada por el importante rol ejercido por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, la investigación opta por mantener su denominación en inglés, bajo la comprensión de política como proceso. En efecto, en acuerdo con Alcántara y Martí i Puig (s.f.: 11), en el mundo anglosajón hay mayor facilidad para diferenciar los tres estadios del fenómeno político, esto por cuanto existen tres términos diferentes para cada uno de ellos: “*politics* (el proceso), *polity* (la estructura) y *policy* (los rendimientos)”. Lo anterior explica la traducción literal de “política judicial” como referida a las políticas públicas que la administración judicial dispone en su quehacer y no al sentido que la investigación procura.

16 Llama la atención que el Diccionario de la Real Academia Española (RAE) recoja el término judicialización, entendiendo por éste la “acción y efecto de judicializar”; y precisamente para judicializar señala: “Llevar por vía judicial un asunto que podría conducirse por otra vía, generalmente política” (RAE, 2001).

17 Siguiendo a Domingo (2007: 159), judicialización de la política refiere a “el proceso por el cual los jueces adquieren mayor presencia política y social en la medida en que sus fallos tienen mayor impacto en la actividad política, social y económica”; definición que puede precisarse aún más al sostenerse que la judicialización refiere al hecho que los jueces intervienen en procesos de deliberación pública en una forma autónoma y activa (Martínez Barahona, 2009: 48).

Importa no confundir la judicialización de la política con la politización de la justicia. Este segundo fenómeno, incluso en algunos casos entendido como una consecuencia del primero (Angell, Schjolden y Sieder, 2005) refiere a cuando los hacedores de política buscan al máximo controlar quienes están en las cortes y los altos cargos en el sistema judicial (Domingo, 2004: 111). Martínez Barahona (2009: 46) la define como “an intervention by politicians in the judicial system in order to manipulate judicial outcomes -decisions and nondecision- in their favour”,¹⁸ de manera que, según lo defienden Angell, Schjolden y Sieder (2005: 9), los políticos podrían intentar limitar los poderes de las cortes mediante la renovación o rediseño institucional de estas o incluso mediante intentos de soborno o desacreditación de jueces individuales.

Asimismo, a pesar de que existe cierta generalidad en equiparar la judicialización de la política con activismo judicial, ambas son diferentes. Esto se debe a que el activismo judicial puede ser ejercido tanto en esferas políticas como en otros terrenos no necesariamente políticos, de allí la observación para no entenderlos como sinónimos.

Maravall también advierte que la judicialización de la política es algo muy distinto al activismo judicial, en tanto este último refiere a “aquellas situaciones en que los tribunales expanden el ámbito de sus decisiones, abarcando cuestiones que correspondían a instituciones políticas, o actúan como árbitros entre actores políticos enfrentados” (2003a: 177). De igual manera, en acuerdo con Ferejohn y Pasquino (2003), Maravall (2003a) es del criterio que el activismo judicial se incrementa en situaciones de bloqueo político, algo a lo que también se refería Domingo (2004: 108-111) cuando hablaba del papel que juega la élite política en la judicialización de la política, toda vez que esta se aprovecha de la ventaja de trasladar a las

18 Martínez Barahona (2009: 230) diferencia ambas categorías mediante una interesante propuesta: “push & pull theories” y en la cual “push-theory” refiere a la judicialización de la política y “pull-theory” a la politización de la justicia. La primera considera que los jueces “entran” o “se empujan” en la arena política de una forma autónoma; mientras que la segunda entiende que bajo circunstancias específicas los políticos “llaman” o “jalan” a los jueces a esa arena.

cortes la decisión de temas políticos “complejos o sensibles” que causan división o son riesgosos, estrategia que les permite despolitizar esos temas, no hacerles responsables de la decisión final o bien procurar una salida al “*political deadlock*”.¹⁹

Bajo estos escenarios, el activismo judicial se presenta como la antítesis de la auto-restricción judicial, siendo ambas diferentes vías de acceso hacia la judicialización de la política y de relevancia al estudio en tanto se comparte con Courtis (2005: 60) que estas caracterizan la actividad política de los tribunales, dado que permiten determinar si los tribunales acompañan o marcadamente se separan de las decisiones políticas de los demás poderes. En este sentido, nótese que la actitud y posicionamiento del juez en su jurisprudencia interpretativa (activista/auto-restringido) no se relaciona con sus inclinaciones político-ideológicas (progresista/conservador).

Según Courtis, no existe un nexo necesario entre activismo judicial y progresismo político, o entre auto-restricción judicial y conservadurismo político:

La calificación de activismo o auto-restricción judicial sólo informa acerca de la posición de los tribunales frente al *statu quo*: el análisis de la tendencia política manifestada por los tribunales dependerá de aquellos valores confirmados o revertidos con la actuación judicial, por acción o inacción (Courtis, 2004: 411).

El Cuadro 1 sistematiza las líneas generales del andamiaje teórico que sobre activismo y auto-restricción formula Courtis (2004), al tiempo que muestra su paralelismo con los modelos ideales de juez según la comprensión que estos tengan sobre el derecho (Atienza, 2004).

¹⁹ Maravall (2003b: 269) señala que: “Politicians, either in government or in opposition, will devise strategies and search for allies to achieve their political goals. Such strategies cannot ignore judges, these unchecked agents whose decisions are binding”. Tipo de judicialización que en Angell, Schjolden y Sieder (2005: 5) se entiende como materializada desde arriba hacia abajo.

CUADRO 1. Paralelismo entre comportamiento judicial y modelo de juez según concepción del derecho

COMPORTAMIENTO JUDICIAL	MODELO DE JUEZ
<p style="text-align: center;">ACTIVISMO JUDICIAL</p>	<p style="text-align: center;">JUEZ REALISTA</p>
<ol style="list-style-type: none"> 1. Virtud activa del juez como contrapeso de mayorías políticas y salvaguardia de la supremacía constitucional. 2. Economía y relajamiento de requisitos procesales ante los excesivos rituales por la forma. 3. Comprensión del cambio de criterio como necesidad para adaptar la interpretación legal o constitucional a las circunstancias históricas. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. El derecho es una realidad dinámica, “<i>in fieri</i>”, obra no tanto del legislador, cuanto del juez. 2. El derecho tiene un carácter abierto, indeterminado, el juez no puede resolver los casos sin salirse del sistema y sin recurrir a criterios de carácter económico, político o moral. 3. La función del juez, en un aspecto muy importante, consiste en crear nuevo derecho, y no simplemente en aplicar el ya existente.
<p style="text-align: center;">AUTO-RESTRICCIÓN JUDICIAL</p>	<p style="text-align: center;">JUEZ FORMALISTA</p>
<ol style="list-style-type: none"> 1. Virtudes pasivas de los jueces que muestran la mayor deferencia posible para con los otros poderes del Estado. 2. Evolución gradual en su jurisprudencia dada la marcada tendencia a rechazar cambios de postura. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. El derecho es un sistema general de normas obra del legislador que preexiste al juez. El derecho tiende a identificarse con la ley, pero esta no es vista simplemente como producto del legislador histórico sino más bien del legislador racional. 2. El derecho tiene un carácter cerrado y permite alcanzar una solución correcta para cada caso: un supuesto no regulado explícitamente -o insatisfactoriamente- puede resolverse dentro del sistema merced a la labor de los científicos del derecho -y de los propios jueces- y que consiste en “desarrollar” los conceptos creados por el legislador. 3. La función del juez es la de descubrir el derecho y aplicarlo, no la de crearlo.

Fuente: Comportamiento judicial en Courtis (2004: 396-410) y concepción del derecho en Atienza (2004: 11-12).

El juez formalista facilita un rol auto-restringido, mientras que el realista potencia por sus características el perfil activista. Ambos modelos de juez, junto a los perfiles de juez activista o auto-restringido, quedan entonces especialmente asociados y derivados a la conducta que en interpretación normativa realiza el juez.

2. Ciencia Política y Cortes: Constitucionales y Electorales

Por lo general existe acuerdo en la comunidad académica sobre la importancia del estudio de los tribunales desde la ciencia política. Así, Shapiro y Stone (2002), insisten en la línea teórica que tanto los jueces como las cortes, al ser parte del gobierno, deben estudiarse de la misma manera que se investiga a las otras partes de este: “[...]courts and judges are part of government and therefore must be studied empirically as others parts of government are”.

Mismo criterio sostienen Epstein, Knight y Shvetsova (2000: 4-5) al enfatizar que la ciencia política debe integrar a las cortes en el estudio de todo el proceso gubernamental, al punto que su ausencia soporta una explicación incompleta de la política.

Por su parte, al tomar algunos ejes de caracterización de la actividad política de los tribunales, entendidos en un primer momento como los propios del poder judicial -pero aquí incluyendo a los electorales- se coincide con Courtis (2004: 389) en la importancia del estudio de estos desde la ciencia política:

En su carácter de instituciones públicas, los tribunales de justicia cumplen un innegable papel político en la configuración de las sociedades en las que vivimos. Aunque parte de la teoría jurídico-política dominante en las facultades de derecho se haya empeñado en negar este papel, y pese a que la propia retórica judicial presente su actividad como técnica o apolítica, la labor

de los tribunales determina -directa o indirectamente, consciente o inconsciente, explícita o silenciosamente, por acción o por inacción- importantes aspectos de la vida económica, política y social de un país (El destacado es propio).

La literatura en *judicial politics* hace hincapié en las cortes supremas o cortes constitucionales y no en vano Rubio destaca que justamente la “constitucionalización” de la política, es también “judicialización” (2003: 58); en el sentido que, conforme lo expone Ordóñez en cita de García Pascual: “el paso de la figura del «juez legal» a la figura del «juez constitucional» ha sido considerado como la transición de un «juez funcionario» a un «juez político»...” (Ordóñez, 2004: 130).

Paralelamente, existen diversidad de investigaciones y teorías que sugieren una importante variedad de factores causales del comportamiento político de esas cortes, estudios que la presente investigación procura trasladar a los tribunales electorales. Asimismo, conforme lo subrayan Garoupa, Gomez y Grembi (2010), las últimas dos décadas muestran que el acento de la literatura en el estudio de las cortes constitucionales se centra en debates y análisis empíricos.²⁰

No es el propósito de este trabajo sistematizar todos los estudios existentes en la materia, de allí que se remita a compilaciones y otros ejemplos de particular interés en la determinación de factores causales sobre cortes constitucionales, principalmente en Iberoamérica, como: Garoupa, Gómez y Grembi, 2010; Kapiszewski, 2009; Martínez Barahona, 2009; Pérez Liñán y Castagnola, 2009; Helmke y Sanders, 2006; Scribner, 2004; Staton, 2006;

²⁰ Garoupa, Gómez y Grembi (2010: 4-5) proponen como hipótesis de investigación que las cortes constitucionales están politizadas, siendo la ideología la que explica las votaciones judiciales. En su trabajo sobre el tribunal constitucional español, los autores insisten en la necesidad de análisis empíricos, siendo consecuentes con las tendencias recientes en la materia y que se inicia a finales de los ochenta con la marcada atención que académicos legales y científicos políticos pusieron sobre la Corte Suprema de Justicia norteamericana. Entre otros clásicos sobre el papel político de esa corte y bajo análisis empíricos destacan: Segal y Cover (1989), Epstein y Knight (1998), Epstein, Segal y Spaeth (2001), Segal y Spaeth (2002).

Magalhães, 2003; y, Epstein, Knight y Shvestsova, 2000, entre otros. La mayoría de estos trabajos asumen y ratifican la premisa de estudio de Epstein y Knight (1996) respecto de que las cortes son actores políticos que toman decisiones estratégicas.

De relevancia para comprender las decisiones judiciales como estrategia, Scribner señala cinco aspectos claves para esa toma: a) las acciones de los jueces están dirigidas al logro de metas, b) los jueces procuran evitar sanciones, c) la toma de decisiones judiciales es interdependiente, d) el contexto institucional estructura las interacciones de los jueces con otros actores políticos y e) los jueces tienen suficiente información sobre las preferencias de otros actores políticos y su contexto institucional (2004: 14).

En una misma línea, Kapiszewski, ante los cuatro modelos teóricos mayoritarios sobre toma de decisiones judiciales: legal, actitudinal, institucional y “*strategic accounts*”, propone un quinto modelo que brinda una explicación multi-causal bajo la tesis del balance táctico “*tactical balancing*” (2009: 18). Para la autora no hay un único factor que explique las sentencias en casos políticamente controversiales, sino que estas consisten en un conjunto de comportamientos motivados por distintos factores y valores que las cortes consideran y balancean en diferentes formas sobre casos, contextos y tiempo; dichos factores son: 1) *Justices’ ideology*, 2) *Justices’ corporatist/institutional interest*, 3) *Public opinion*, 4) *Elected branches’ preferences*, 5) *Potential political/economic consequences of decision* y 6) *Law and merits of the case* (Kapiszewski, 2009: 19).²¹

Si bien Pérez Liñán y Castagnola (2009) llaman la atención sobre lo limitado de los estudios de *judicial politics* en América Latina, así como

21 El modelo de Kapiszewski está pensado para el análisis de decisiones políticamente controversiales, ahora bien, sobre la base de que dichos factores pueden cambiar de un caso a otro, lo que la misma autora conoce como “*selective assertiveness*” (Kapiszewski, 2009: 14), estudios como el de Brenes Barahona juegan con ese modelo y entremezclan otros factores como empoderamiento de la corte, fragmentación en el sistema de partidos y cambio en la composición de la corte (2010: 14).

la escasez de estudios comparativos principalmente desde perspectivas históricas: “Unfortunately, our knowledge of judicial politics in Latin America still remains quite limited. Region-wide assessments of judicial institutions are scarce, and comparative historical perspectives are often hindered by the lack of reliable sources”; Kapiszewski y Taylor (2008: 39-40), en un estado de la cuestión sobre las investigaciones académicas también realizadas en la materia en la región latinoamericana, destacan el incremento en estas, aunque también advierten el poco trabajo comparativo existente y el énfasis de las cortes supremas y constitucionales como unidad de análisis.

Entre los estudios de importancia reciente para la investigación, se pueden destacar a Ríos, 2010; Brenes Barahona, 2010; Martínez Barahona, 2009; Pérez Liñán y Castagnola, 2009; Kapiszewski y Taylor, 2008; Angell, Schjolden y Sieder, 2005; Ojesto, Orozco Henríquez y Vázquez, 2005; Carbonell, Fix-Fierro y Vázquez, 2004; y, Domingo, 2004.²²

Asimismo, Kapiszewski y Taylor también señalan la necesidad crucial de trasladar los estudios realizados sobre cortes constitucionales y supremas hacia otros cuerpos judiciales, especialmente las cortes electorales (2008: 39-40):

[...]we believe it is crucial that our analyses [sic] move beyond high courts to examine other judicial bodies. We would highlight lower courts and electoral courts as two particularly interesting candidates for additional study. (...) electoral courts by their very nature play at the sensitive core of the democratic process. While these courts have triggered recent interest, incorporating them further into the judicial politics fold might provide useful intellectual synergies and lead to new insight into judicial

22 En términos de modelo de estudio para las cortes constitucionales centroamericanas, Martínez Barahona (2009: 37-42) propone uno mediante el cruce de dos dimensiones que miden la calidad y el impacto de la actividad judicial: intervención política e independencia judicial. La intervención política refiere al grado de efectividad en el desempeño del Tribunal Constitucional en la arena política y cómo este produce resultados políticamente significativos, tomándose como indicadores competencias propias de tribunales constitucionales que en el derecho constitucional procesal se materializan en la acción de inconstitucionalidad contra una norma de cualquier rango y la resolución de conflictos de competencias entre los supremos poderes. Mientras tanto, la independencia judicial corresponde al libre ejercicio de la función judicial, la cual se manifiesta en un análisis de percepción sobre esta, tanto desde el propio Poder Judicial como desde la elite política y la ciudadanía.

politics (El subrayado no es del original. Lo inserto en corchetes no corresponde al original).²³

Las cortes electorales, por esencia misma de los conflictos que atienden, quedan insertas en una jurisdicción que es política por antonomasia, o en traducción de las palabras antes citadas de Kapiszewski y Taylor: “las cortes electorales por su propia naturaleza juegan en el corazón del proceso democrático” (2008: 40). Adicionalmente, la resolución de los conflictos electorales tiende a una lógica de juego de suma cero en su resultado, apreciación que desde la teoría de juegos formula escenarios de ganadores versus perdedores, lo que polariza, potencia y muestra también la dimensión política de su accionar.

En este sentido, dada la analogía que se ha propuesto entre jueces electorales y constitucionales, asumir el estudio de los primeros desde *judicial politics* permite profundizar respecto del grado de autonomía de la función electoral y de sus organismos en el esquema constitucional, su ubicación y comprensión como Poder de la República (ruptura de la clásica tríada en la división del Poder de Montesquieu) o si debería revisarse su dependencia de alguno de los tradicionales poderes del Estado. Permite además repasar la necesidad de una concentración de funciones (administrativas, jurisdiccionales y cuasilegislativas) o su separación; su relación con los otros poderes del Estado y con las distintas fuerzas políticas; así como la figura del magistrado electoral como juez y no únicamente como gestor electoral, su independencia, lo político en su comportamiento, nombramiento, mandato y reelección. Todo lo anterior entendido como el campo de acción que permite concretar cuál es el rol político del juez electoral y cómo se refleja este en sociedad.

23 En referencia al reciente interés provocado por las cortes electorales desde la ciencia política, Kapiszewski y Taylor (2008) refieren a Eisenstadt, Todd y sus obras “*Courting Democracy in Mexico: Party Strategies and Electoral Institutions*”; y, “*Catching the State Off Guard: Electoral Courts, Campaign Finance, and Mexico’s Separation of State and Ruling Party*”; así como a la obra de Schedler, Andreas y Mozaffar, Shaheen: “*The Comparative Study of Electoral Governance*”. Dicha literatura, aunque de interés en el diseño institucional de las cortes electorales, no profundiza en los alcances políticos propios de la jurisdicción electoral.

3. Corolario: En Búsqueda del Rol Político del Juez Electoral

Tras una revisión de la doctrina existente sobre organismos electorales, los estudios desde la ciencia política se han limitado a las elecciones en su administración y reforma, mientras que la función jurisdiccional²⁴ ha quedado relegada a la ciencia jurídica, en concreto al derecho constitucional y al derecho electoral.

En este sentido, los estudios hasta ahora elaborados sobre la justicia electoral enfatizan análisis descriptivos sobre las competencias jurisdiccionales, sus procesos, garantías institucionales, características básicas de los medios de impugnación, jurisprudencia relevante,²⁵ desglose de derechos políticos, ubicación orgánica de los organismos en el engranaje constitucional, su grado de autonomía e independencia, pero todo en clave de su jerarquía jurídica, sustantividad normativa y formas procesales (Biglino y Delgado, 2010; Ayoub y Ellis, 2010; Orozco Henríquez, 2009 y 2007; Sobrado, 2009 y 2006; Ojesto, 2008; Nohlen et al, 2007; Pérez Cázares, 2006; Reyes, 2006; García Soriano, 2000; y, Galván, 1997). El derecho constitucional, y el derecho electoral como rama de éste, constituyen áreas frontera entre el derecho y la política; sin embargo, la bibliografía analizada inclina el fiel de la balanza por lo normativo, sin trascender en su relevancia política, sin cuestionar si existen efectos políticos de importancia que obedezcan a ese diseño, sin considerar la justicia electoral en su dimensión política, o bien, el rol del juez electoral como actor político en esta. En síntesis, no se ha estudiado si las decisiones de un juez electoral trascienden la estricta resolución jurídica de un caso concreto entre las partes en litigio, para, con

24 En la jerga forense el concepto “jurisdiccional” se refiere a la competencia, mientras que “contencioso” se entiende como el medio o recurso procesal propiamente dicho. Asimismo, en aras de precisar qué se entiende por actividad jurisdiccional, Schmill señala: “...los jueces tienen la función jurídica esencial consistente en establecer la regularidad de la conducta tanto de los órganos del Estado como de los particulares. Los jueces resuelven litigios y esto significa que deciden cual de las pretensiones de las partes es regular con respecto a la ley o a la Constitución. La litis es la presentación judicial de un conflicto de interpretaciones en cuanto a la regularidad de un acto o una norma” (2005: 19).

25 “[...]se entiende por jurisprudencia el conjunto de decisiones de los órganos que realizan la función jurisdiccional, emitidas en las causas sometidas a su resolución y, más específicamente, la doctrina que resulta de tales decisiones y de la interpretación de las normas legales que en ellas se efectúa” (González Roura, 2000: 740).

un carácter mucho más general, propiciar la toma de decisiones políticas con impacto inmediato en decisiones previas del legislador ordinario y en otras actividades de corte social, político o económico.

También deviene llamativo que, no obstante las amplias potestades en manos de estos organismos electorales, no existen estudios sobre un eventual exceso de competencias o poder en estos, o bien cuestionamientos sobre una eventual doble posición en carácter de “juez y parte” en la resolución de conflictos. Esa doble condición deviene del interés en tanto algunos de estos organismos adoptan decisiones como administradores electorales que posteriormente -por eventuales impugnaciones o conflictos- son objeto de revisión pero por ellos mismos, aunque ya no en su calidad de administradores sino en su condición de jueces.

Desde la ciencia política, en referencia a la justicia electoral en el contexto latinoamericano, se encuentran -como excepciones- recientes estudios sobre la alta litigiosidad post-electoral a propósito de resultados estrechos (México en Schedler, 2009; y, Aziz, 2007; Chile, Costa Rica, El Salvador, Perú y México en Araujo et al, 2008; Honduras, Costa Rica, San Salvador, Chiapas y Nicaragua en Sonnleitner, 2007; y Costa Rica en Rojas, 2009; Hernández, Garro y Rodríguez, 2009; y, Alfaro, 2007). Estos estudios, aunque descriptivos sobre coyunturas políticas, han puesto de manifiesto la importancia del juez electoral como actor político, máxime si median cuestionamientos a la autoridad electoral en contextos sumamente polarizados como lo fueron los casos de Honduras (elecciones generales de noviembre del 2005), El Salvador (elecciones municipales de marzo de 2006), México (elecciones presidenciales de julio de 2006) y Costa Rica (elecciones presidenciales de febrero de 2006 y referéndum sobre el Tratado de Libre Comercio (TLC) entre Centroamérica, Estados Unidos de Norteamérica y República Dominicana, en octubre de 2007). Por ejemplo, Jesús Orozco Henríquez, uno de los principales estudiosos en Latinoamérica del derecho electoral, no es sino recientemente cuando menciona “la tendencia contemporánea en el derecho comparado hacia la judicialización

de los procedimientos electorales” (2009: 410). Señalamiento que desde una perspectiva jurídica destaca que dicha judicialización lo es no sólo respecto de los resultados electorales, sino también de las controversias que surgen durante la etapa de preparación de la elección y con motivación de procedimientos internos en los partidos políticos.

Asimismo, a propósito de trabajos comparativos entre sistemas de justicia electoral, son pocos los estudios en Latinoamérica que lo realizan (Orozco Henríquez, 2009, 2007 y 2001; y Sobrado, 2008),²⁶ con las limitaciones que éstos poseen son descriptivos, de naturaleza estrictamente jurídica, con énfasis en la delimitación de procesos y jurisprudencia relevante. Lo anterior sin demérito de las valiosas clasificaciones que esos estudios proporcionan entre los diferentes diseños de justicia electoral.

La posibilidad de estudiar la justicia electoral desde la ciencia política abre y amplía un área de estudio particularmente dominado por la ciencia jurídica y en la cual la comprensión del juez electoral como actor político se deja de lado. En ello radica la importancia del marco teórico ahora expuesto, en tanto no pretende limitarse a una descripción normativa o repaso jurisprudencial de la jurisdicción electoral; sino que procura sentar las bases para avanzar y profundizar en las causas que explican una justicia que por su naturaleza misma es política y en donde el papel del juez electoral supera la estricta resolución de un conflicto entre partes para avanzar hacia la toma de decisiones con relevancia política en sus consecuencias.

Los tribunales electorales, al igual que Martínez Barahona lo sugiere para las cortes supremas, no son actores escondidos en el juego político, de suerte que es válido también para estos repensarse la idea de jueces “neutrales” por jueces “imparciales”, lo que implica jueces con actividad

26 Orozco Henríquez realiza un estudio comparado para toda Latinoamérica mientras que Sobrado centra su comparación en Centroamérica y Panamá. De hecho, la primera comparación de sistemas de justicia electoral en el mundo, siempre con énfasis en lo jurídico, se formula a partir de recientes publicaciones: “*Electoral Justice: The International IDEA Handbook*” (Ayoub y Ellis, 2010) y “La resolución de los conflictos electorales: un análisis comparado” (Biglino y Delgado, 2010), aunque limitada la segunda a los casos de España, Francia, Grecia, República Checa, Uruguay, Costa Rica y México.

política pero no partidaria (2009: 227 y 232). En esta misma línea, se coincide con Brenes Barahona (2010: 69) en que la investigación ayuda a superar la idea de que toda decisión judicial es tomada por jueces que se abstraen del entorno social, económico y político en el cual están insertos.

4. Bibliografía

- Alcántara, Manuel y García, Fátima (eds). (2008). *Elecciones y política en América Latina*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alcántara, Manuel y MARTÍ I PUIG, Salvador (sin fecha). De qué hablamos cuando hablamos de política. En *Materiales Docentes*, Doctorado en Procesos Políticos Contemporáneos, Área de Ciencia Política y de la Administración, Universidad de Salamanca. Disponible en http://www.usal.es/~dpublico//areacp/materiales_docentes.html
- Alfaro Redondo, Ronald (2007). De elecciones y cuestionamientos a los resultados: el caso de los comicios costarricenses del 2006. En *Decimotercero Informe sobre el Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible*. San José: en línea.
- Angell, Alan; Schjolden, Line y Sieder, Rachel (2005). *The Judicialization of Politics in Latin America*. Palgrave MacMillan.
- Ansolabehere, Karina (2005). Jueces, Política y Derecho. Particularidades y alcances de la politización de la justicia. *Isonomía*, (22): 39-63.
- Araujo, Walter; Bou, Zetty; Córdova, Lorenzo; Molina, José Enrique; Medina, Percy; y, Valladares, Carmen Gloria (2008). Resultados Electorales Ajustados. Experiencias y lecciones aprendidas. *Cuaderno de CAPEL*, (52).
- Atienza, Manuel (2004). Virtudes judiciales. Sobre la selección y formación de los jueces en el Estado de Derecho. En CARBONELL, Miguel; FIX-FIERRO, Héctor y Vázquez, Rodolfo (compiladores). *Jueces y Derecho. Problemas Contemporáneos* (pp. 3-30). México: Editorial Porrúa.
- Ayoub, Ayman y Ellis, Andrew (eds). (2010). *Electoral Justice: The International IDEA Handbook*. Stockholm: International IDEA.
- Aziz Nassif, Alberto (2007). Élections et polarisation au Mexique. En DABÈNE, Olivier (Ed.). *Amérique latine, les élections contre la démocratie?* (pp. 237-260). Paris: Sciences Po, Les Presses.

- Badinter, Robert y Breyer, Stephen (eds). (2004). *Judges in Contemporary Democracy. An International Conversation*. New York: New York University Press.
- Bellamy, Richard (2007). *Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Biglino Campos, Paloma y Delgado del Rincón, Luis E. (eds). (2010). *La resolución de los conflictos electorales: un análisis comparado*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Brenes Barahona, Amelia (2010). Jueces con curul: la reelección presidencial decidida en la vía jurisdiccional. Los casos de Costa Rica y Nicaragua. Tesis para la obtención del título de Máster en Estudios Latinoamericanos, Instituto de Iberoamérica, Universidad de Salamanca.
- Brenes Villalobos, Luis Diego (2002a). *Jurisdicción constitucional electoral*. Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica.
- Brenes Villalobos, Luis Diego (2003a). Control de constitucionalidad en materia electoral. *Revista Parlamentaria*, 11(2): 313-328.
- Brenes Villalobos, Luis Diego (2009). (Des) confianza en los organismos y procesos electorales en América Latina. Boletín Datos de Opinión, n.º 10-09. Colección de Análisis, Observatorio de Élités Parlamentarias de América Latina, Instituto de Iberoamérica, Universidad de Salamanca. Disponible en: http://americo.usal.es/oir/elites/boletines.htm#La_cuarta_colecci%F3n_
- Brenes Villalobos, Luis Diego (2011a). El rol político del juez electoral como variable dependiente. *Revista de Derecho Electoral*, (11): en línea.
- Cañs, Jordi (1997). Metodología del análisis comparativo. *Cuadernos Metodológicos*, (21), Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas.
- Caldeira, Gregory; Kelemen, Daniel; y Whittington, Keith (eds). (2008). *The Oxford Handbook of Law and Politics*. Oxford: Oxford University Press.
- Cappelletti, Mauro (1987). *La Justicia Constitucional*. México: Editorial Universidad Autónoma de México.
- Carbonell, Miguel, Carpizo, Jorge y Zovatto, Daniel (coordinadores) (2009). *Tendencias del Constitucionalismo en Iberoamérica*. México: Instituto Investigaciones Jurídicas.
- Carbonell, Miguel, Fix-Fierro, Héctor y VÁZQUEZ, Rodolfo (compiladores). (2004). *Jueces y Derecho. Problemas Contemporáneos*. México: Editorial Porrúa.

- Carbonell, Miguel, García Jaramillo, Leonardo (Editores). (2010). *El canon neoconstitucional*. Madrid: Editorial Trotta.
- Courtis, Christian (2004). Reyes desnudos. Algunos ejes de caracterización de la actividad política de los tribunales. En CARBONELL, Miguel; FIX-FIERRO, Héctor y Vázquez, Rodolfo (compiladores). *Jueces y Derecho. Problemas Contemporáneos* (pp. 389-417). México: Editorial Porrúa.
- Courtis, Christian (2005). Breves apuntes de caracterización de la actividad política de los tribunales. En OJESTO, Fernando, OROZCO HENRÍQUEZ, Jesús y VÁSQUEZ, Rodolfo (Coordinadores). *Jueces y Política*, (pp. 59-84). México: Editorial Porrúa.
- Covarrubias Dueñas, José de Jesús (2000). Derecho Constitucional Electoral. México: Editorial Porrúa.
- Dalla Via, Alberto (2005). Los Jueces frente a la Política. *Isonomía*, (22): 19-38.
- Domingo, Pilar (2004). Judicialization of Politics or Politicization of the Judiciary? Recent Trends in Latin America. *Democratization*, 11(1): 104-126.
- Domingo, Pilar (2007). Relaciones de poder, justicia y nuevos actores. En PÁSARA, Luis (Ed.). *Los actores de la justicia latinoamericana* (pp. 147-168). Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.
- Domingo, Pilar (2009). Ciudadanía, derechos y justicia en América Latina. Ciudadanización-judicialización de la política. *Revista CIDOB d'Afers Internacionals* (85-86): 33-52.
- Diccionario Electoral (2000). Tomos I y II, San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) y Centro de Asesoría en Promoción Electoral (CAPEL).
- Epstein, Lee; y, Knight, Jack (1996). On the Struggle for Judicial Supremacy. *Law and Society Review* (30): 87-120.
- Epstein, Lee y Knight, Jack (1998). *The Choices Justices Make*. Washington D.C.: Congressional Quarterly Inc.
- Epstein, Lee; Knight, Jack y Shvestsova, Olga (2000). *The Role of Constitutional Courts in the Establishment and Maintenance of Democratic Systems of Government*. Paper presentado en: reunión anual de American Political Science Association, Washington D.C.
- Epstein, Lee; Segal, Jeffrey y Spaeth, Harold (2001). The Norm of Consensus on the U.S. Supreme Court. *American Journal of Political Science* (45): 362-77.
- Ferejohn, John (2002). Judicializing politics, politicizing law. *Law & Contemporary Problems*, (65): 41-66.

- Ferejohn, John y Pasquino, Pasquale (2003). *Rule of Democracy and Rule of Law*. En MARAVALL, José María y PRZEWORSKY, Adam. *Democracy and the Rule of Law* (pp. 242-260). Cambridge: Cambridge University Press.
- Galván Rivera, Flavio (1997). *Derecho Procesal Electoral Mexicano*. México: Editorial McGraw-Hill Interamericana Editores.
- García Pascual, Cristina (1996). *Legitimidad democrática y Poder Judicial*. Valencia: Edicions Alfons el Magnànim.
- García Soriano, María Vicente (2000). *Jueces y Magistrados en el proceso electoral*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Gargarella, Roberto (1996). *La Justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Editorial Ariel.
- Garoupa, Nuno; Gomez, Fernando; y Grembi, Veronica (2010). Judging Under Political Pressure: An Empirical Analysis of Constitutional Review Voting in the Spanish Constitutional Court. Ponencia presentada en Seminario de Investigación del Área de Ciencia Política y de la Administración, Universidad de Salamanca, versión de agosto del 2010.
- González Roura, Felipe (2000). Jurisprudencia electoral. *Diccionario Electoral*. Tomo II, San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Guarnieri, Carlo y Pederzoli, Patricia (1999). *Los jueces y la política. Poder judicial y democracia*. Madrid: Taurus.
- Guarnieri, Carlo y Pederzoli, Patricia (2002). *The power of judges. A comparative Study of Courts and Democracy*. Oxford: Oxford University Press.
- Helmke, Gretchen y Sanders, Mitchell S. (2006). Modeling Motivations: A Method for Inferring Judicial Goals from Behavior. *The Journal of Politics*, 68 (4): 867-878.
- Hernández, Óscar; Garro, Francisco y Rodríguez, María Elena (2009). *Elecciones Presidenciales. Inconsistencias, anomalías y otros temas*. San José: Editorial Universidad de Costa Rica.
- Hirschl, Ran (2008). The Judicialization of Politics. En Caldeira, Gregory; Kelemen, Daniel; y Whittington, Keith (eds). *The Oxford Handbook of Law and Politics* (pp. 119-141). Oxford: Oxford University Press.
- Kapiszewski, Diana (2009). “*Tactical balancing*” and *Prioritizing Pragmatism: High Court Decision-making on Economic Policy Cases in Brazil*. Paper preparado para la conferencia “Judicial Politics in Latin America”. México D.F.: CIDE, 4-8 de Marzo, 2009.

- Kapiszewski, Diana y Taylor, Matthew M. (2008). Doing Courts Justice? Studying Judicial Politics in Latin America. *Perspectives on Politics*, 6(4): 741-767.
- Kelsen, Hans (1974). *La Teoría Pura del Derecho*. México D.F.: Editora Nacional.
- Magalhães, Pedro C. (2003). *The limits to judicialization: legislative politics and constitutional review in the Iberian democracies*. Disertación. Ohio State University.
- Maravall, José María (2003a). *El control de los políticos*. Buenos Aires: Taurus.
- Maravall, José María (2003b). The rule of law as a political weapon. En MARAVALL, José María y PRZEWORSKY, Adam. *Democracy and the Rule of Law* (pp. 261-301). Cambridge: Cambridge University Press.
- Martínez Barahona, Elena (2009). *Seeking the political role of the third government branch. A comparative approach to high courts in Central America*. Saarbrücken: VDM Verlag.
- Nohlen, Dieter; Zovatto, Daniel; Orozco, Jesús y Thompson, José (compiladores). (2007). *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*. (2ª ed.). México: Fondo de Cultura Económica.
- Ojesto, Fernando, Orozco Henríquez, Jesús y Vásquez, Rodolfo (Coordinadores). (2005). *Jueces y Política*. México: Editorial Porrúa.
- Ojesto, Fernando (2008). Jurisprudencia Electoral, aporte para el fortalecimiento de la Democracia. *Revista de Derecho Electoral*, (5): en línea.
- Ordóñez Solís, David (2004). *Jueces, Derecho y Política*. Navarra: Editorial Aranzadi.
- Orozco Henríquez, Jesús (Coordinador). (2001). *Sistemas de justicia electoral: evaluación y perspectivas*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
- Orozco Henríquez, Jesús (2007). El Contencioso Electoral y La Calificación Electoral. En NOHLEN, Dieter; ZOVATTO, Daniel; OROZCO, Jesús y THOMPSON, José (compiladores). *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina* (pp. 1152-1288). México: Fondo de Cultura Económica.
- Orozco Henríquez, Jesús (2009). Tendencias recientes de la justicia electoral en América Latina. En REYNOSO NÚÑEZ, José y SÁNCHEZ DE LA BARQUERA Y ARROYO, Herminio (Coordinadores). *La Democracia en su contexto. Estudios en homenaje a Dieter Nohlen en su septuagésimo aniversario*, (pp. 405-424). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Pérez Cázares, Martín Eduardo (2006). *El Derecho Electoral y la Ciencia Política*. México D.F.: Universidad de Guadalajara.

- Pérez Liñán, Aníbal y Castagnola, Andrea (2009). Presidential Control of High Courts in Latin America: A Long-term View (1904-2006). *Journal of Politics in Latin America*, (2): 87-114.
- Real Academia Española (RAE), (2001). Diccionario de la Lengua Española. 22ª ed. Madrid: Real Academia Española.
- Reyes Zapata, Mauro Miguel (2006). Jurisdicción Electoral y Democracia. *Justicia Electoral*, (21): 61-71.
- Ríos Figueroa, Julio (2010). Justicia Constitucional y Derechos Humanos en América Latina. *Revista Latinoamericana de Política Comparada*, (3): 53-68.
- Rojas Bolaños, Manuel (2009). Elecciones y referéndum: Un balance general. En ROJAS BOLAÑOS, Manuel y CASTRO ÁVILA, Mariela (compiladores). *Elecciones 2006 y Referéndum: perspectivas diversas* (11-56). San José: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales.
- Rubio Llorente, Francisco (2003). Divide et obtempera? Una reflexión desde España sobre el modelo europeo de convergencia de jurisdicciones en la protección de los Derechos. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (67), enero-abril: 49-67.
- Schedler, Andreas (2009). Inconsistencias contaminantes: gobernación electoral y conflicto poselectoral en las elecciones presidenciales del 2006 en México. *América Latina Hoy*, (51): 41-59.
- Schedler, Andreas y Mozaffar, Shaheen (2002). The Comparative Study of Electoral Governance. *International Political Science Review* (23): 5-27.
- Schmill, Ulises (2005). Actividad Jurisdiccional y Política. En OJESTO, Fernando; OROZCO HENRÍQUEZ, Jesús y VÁSQUEZ, Rodolfo (Coordinadores). *Jueces y Política* (pp. 3-21). México: Editorial Porrúa.
- Scribner, Druscilla (2004). Limiting Presidential Power: Strategic Decision-making on the Supreme Court in Chile and Argentina. Paper presentado en Southern Political Science Association.
- Segal, Jeffrey y Cover, Albert (1989). Ideological Values and the Votes of US Supreme Court Justices. *American Political Science Review* (83): 557-565.
- Segal, Jeffrey y Spaeth, Harold (2002). *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Shapiro, Martin y Stone Sweet, Alec (2002). *On law, politics & judicialization*. Oxford: Oxford University Press.
- Sobrado González, Luis Antonio (2005). *La justicia electoral en Costa Rica*. San José: Investigaciones Jurídicas.

- Sobrado González, Luis Antonio (2006). Tendencias de la justicia electoral latinoamericana y sus desafíos democráticos. *Revista de Ciencias Jurídicas*, (109): 155-183.
- Sobrado González, Luis Antonio (2008). Coyuntura electoral 2005-2006: lecciones aprendidas desde la perspectiva de la organización de los procesos electorales y la resolución de sus conflictos en Centroamérica y Panamá. *Revista de Derecho Electoral*, (5): en línea.
- Sobrado González, Luis Antonio (2009). La jurisprudencia electoral como factor de profundización democrática en América Latina. *Revista de Derecho Electoral*, (7): en línea.
- Sodaro, Michael J. (2006). *Política y Ciencia Política: una introducción*. Madrid: McGraw-Hill/Interamericana de España.
- Solís Fallas, Alex (2000). *La Dimensión Política de la Justicia Constitucional*. San José: Impresión Gráfica del Este.
- Sonnleitner, Willibald (2007). Élections serrées dans des contextes polarisés. En DABÈNE, Olivier (Ed.). *Amérique latine, les élections contre la démocratie?* (pp. 131-159). Paris: Editorial Presses de Sciences Po.
- Staton, Jeffrey K. (2006). Constitutional Review and the Selective Promotion of Case Results. *American Journal of Political Science*, 50 (1): 98–112.
- Tate, Neal (1995). Why the Expansion of Judicial Power? En TATE, Neal y VALLINDER, Torbjörn (eds). *The Global Expansion of Judicial Power* (27-37). New York: New York University Press.
- TATE, NEAL Y VALLINDER, Torbjörn (eds). (1995). *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press.
- Wilson, Bruce (2005). Changing Dynamics: The Political Impact of Costa Rica's Constitutional Court. En ANGELL, Alan; SCHJOLDEN, Line y SIEDER, Rachel (2005). *The Judicialization of Politics in Latin America* (pp. 47-66). New York: Palgrave MacMillan.
- Woldenberg, José (2005). Jueces y Política. *Justicia Electoral*, (20): 73-77.

NEOCONSTITUCIONALISMO:

UN DEBATE CONTEMPORÁNEO SOBRE LA CONSTITUCIÓN Y LA DEMOCRACIA

Juan Pablo Pozo Bahamonde²⁷

Bajo la corriente del neoconstitucionalismo, la Constitución deja de ser una declaración de principios para convertirse en una norma jurídica de aplicación directa y fuente de todo el ordenamiento jurídico. Con esta influencia teórica y doctrinaria, la Constitución de la República del Ecuador establece los principios de eficacia normativa; aplicación directa e inmediata; y, favorabilidad y garantismo para la efectiva vigencia de los derechos fundamentales. Estos principios forman parte de un conjunto de elaboraciones teórico-prácticas realizadas por las corrientes neoconstitucionalistas y que están teniendo un importante impacto en varios países de América Latina modificando, no solo sus ordenamientos normativos, sino también los preceptos jurisprudenciales, doctrinales y sociopolíticos.

Para el neoconstitucionalismo, el Estado, en su integralidad, cumple una función instrumental pues, a más del establecimiento de límites del poder, tiene que orientar todo su accionar a la satisfacción de los derechos

27 Consejero del Consejo Nacional Electoral. Doctor en Jurisprudencia y Abogado de la Universidad de Cuenca. A nivel de postgrado cursó una Maestría en Derecho del Mercado en la Universidad Andina Simón Bolívar. Realizó varios cursos de postgrado en la Universidad de Buenos Aires y la Universidad de la Florida en temas de derechos políticos y electorales así como en negociación, mediación y arbitraje.

constitucionales en los que ocupan, un lugar preponderante, los derechos de participación establecidos en el artículo 61 de la Norma Suprema. La nueva denominación del Ecuador como *Estado de Derechos y Justicia* trae grandes retos para el Estado y la sociedad pero, también, para el derecho en general y, en específico, el derecho electoral. Pero, para dilucidar el carácter y fundamento de estos planteamientos y reflexiones, es necesario realizar un acercamiento a los tres tipos de neoconstitucionalismo presentes en la reflexión y en el debate teórico contemporáneo; así, siguiendo la clasificación sugerida por Bobbio²⁸, para hablar de positivismo jurídico es necesario distinguir un neoconstitucionalismo teórico, ideológico y metodológico.

El Neoconstitucionalismo teórico²⁹

El neoconstitucionalismo como teoría del Derecho aspira a explicar los logros del proceso de *constitucionalización* y modificación de los sistemas jurídicos debiendo resaltar que el nuevo paradigma neoconstitucional está caracterizado, entre otras cosas, por una Constitución “protectora” en cuanto a la positivización de un catálogo extenso de derechos fundamentales, por la fuerza normativa de las reglas y los principios constitucionales, y por nuevas modalidades de interpretación tanto de las leyes como de la Constitución. “Como teoría, el neoconstitucionalismo representa, por tanto, una alta alternativa respecto a la teoría iuspositivista tradicional: las transformaciones sufridas por el objeto de investigación hacen que ésta no refleje más la situación real de los sistemas jurídicos contemporáneos”³⁰. La crisis del paradigma

28 Para varios tratadistas, el neoconstitucionalismo es la versión más acabada de un neopositivismo con nuevos rasgos constitutivos. Norberto Bobbio identifica tres aspectos del positivismo jurídico: El primer aspecto o “positivismo jurídico metodológico” consiste en una identificación y descripción, en sentido estricto, de lo que se encuentra establecido como derecho. El segundo aspecto tiene que ver con la identificación de tomar al positivismo jurídico como teoría del derecho positivo, esto es, la vinculación que existe entre el derecho y la formación del Estado, por la cual, lo primero es determinado por la actuación de lo segundo. Por último, el positivismo jurídico también puede ser apreciado en su dimensión ideológica a través de la que todo derecho positivo es justo por el solo hecho de ser derecho positivo sin importar su contenido.

29 Según Susanna Pozzolo, el término “neoconstitucionalismo”, aunque fue pensado para identificar una perspectiva iusfilosófica antiiuspositivista, muy pronto se habría convertido en un término ambiguo pues su extensa y vertiginosa difusión en el léxico de filósofos constitucionalistas habría ampliado su capacidad denotativa reduciendo sus potencialidades connotativas.

30 Paolo Comanducci, *Formas de (Neo) Constitucionalismo: una análisis metateórico*, en Miguel, Carbonel, Neoconstitucionalismo(s), Madrid, 2009, Editorial Trotta, cuarta edición, p. 83.

iuspositivista evidenciaría, entonces, tres aspectos centrales de su agotada matriz: el estatalismo, el legicentrismo y el formalismo interpretativo.

Ahora bien, en la teoría neoconstitucionalista, se enfrentan dos apreciaciones que corresponden a dos enfoques distintos. La primera apreciación sostiene que el neoconstitucionalismo no es más que el rostro renovado del paradigma iuspositivista, con el mismo método pero con un objeto de investigación parcialmente modificado, mientras que la segunda apreciación comporta la existencia de un cambio radical que operaría con diferencias cualitativas de cara al iuspositivismo teórico. Para profundizar sobre esta segunda apreciación, uno de los rasgos fundamentales que sostendrían esta posición es la propia apreciación de la Constitución asumida como un conjunto de reglas jurídicas positivas contenidas en un documento y que son, respecto a otras reglas, fundamentales y principales (y, por tanto, constitutivas de todo el ordenamiento jurídico y/o jerárquicamente superiores a las otras reglas). Es decir que la Constitución estaría cargada de un valor intrínseco, sería un valor en sí.

Otro de los rasgos que sustentarían el valor del neoconstitucionalismo como teoría y que marcaría un quiebre sustancial respecto a la teoría iuspositivista tradicional son las características particulares de la interpretación de la Constitución como consecuencia del proceso de constitucionalización del Derecho. Sin embargo, dado que se plantea adoptar el modelo axiológico de la Constitución como una norma jurídica vinculante, el neoconstitucionalismo, más que presentarse como una teoría del Derecho, se presentaría como una ideología.

Neoconstitucionalismo ideológico

Como se apuntó arriba, mirar al neoconstitucionalismo, a partir de una perspectiva ideológica, nos permite apreciar con mayor nitidez cuáles son las diferencias de este respecto al constitucionalismo clásico. Así, mientras el

constitucionalismo de los siglos XVIII y XIX sostenía, como su fundamento central, la limitación al poder estatal, el neoconstitucionalismo como ideología puso su finalidad en garantizar los derechos fundamentales. Nuestra Constitución de 2008 refleja, en parte, esa intencionalidad al incorporar, en su artículo 11, nueve principios que rigen y garantizan el ejercicio de los derechos, ocupando un lugar especial el numeral tercero referido a que los derechos son de aplicación directa e inmediata por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Sin embargo, las corrientes del neoconstitucionalismo no restan validez a la limitación del poder ni contradicen sus principios, sino que afianzándose en este postulado y dejando por sentado que esa finalidad ya ha sido progresivamente expandida en los ordenamientos democráticos contemporáneos –especialmente occidentales–, subraya la trascendencia de los mecanismos institucionales de tutela de los derechos fundamentales como parte medular en un régimen que propende alcanzar una democracia sustantiva³¹. En este contexto corresponde, a todas las Funciones del Estado, la concreción y garantía de los derechos instituidos en la Constitución. En lo que corresponde a la Función Electoral, ésta tiene que garantizar el ejercicio de los derechos de participación que se expresan a través del sufragio así como los referentes a la organización política de la ciudadanía tal cual lo señala el artículo 217 de la Constitución.

Otra de las diferencias entre constitucionalismo y neoconstitucionalismo es la señalada por autores como Alexy, Dworkin

31 Las concepciones del *Estado social de derecho* sostuvieron la importancia de garantizar la existencia de pesos y contrapesos como los mecanismos más importante de aseguramiento de la democracia dejando poco explorado el contenido sustantivo de la protección de los derechos. Se tiene que recalcar que este nuevo modelo jurídico surge en oposición y contradicción al modelo de Estado legislativo que, como se vio anteriormente, está caracterizado principalmente por la primacía de la ley otorgándole una especie de omnipotencia al legislativo en el establecimiento de las leyes. Lo significativo es que bajo este esquema, el juez estaba sujeto únicamente a la ley, su función no era sino aplicarla de forma obligatoria independientemente de su contenido, incluso existieron casos en los que amparándose en la referencia a lo *legal* se produjeron graves violaciones a los Derechos Humanos que demostraron la incapacidad de los sistemas jurídicos para proteger la democracia y la vigencia de los derechos frente a los procesos degenerativos del poder político.

y Zagrebelsky que defienden la tesis de una articulación entre derecho y moral en los ordenamientos constitucionalizados contemporáneos similar al positivismo ideológico del siglo XIX, esto se refiere a la obligación moral de obedecer ya no a la ley “a secas” sino a la Constitución y las leyes que son conformes a la Constitución adoptando un sentido axiológico de la Constitución como norma jurídica, poniendo una especificidad a la interpretación de la Constitución respecto a la interpretación de la ley y, en igual forma, la aplicación de la Constitución respecto a la aplicación de la ley.

Desde una posición crítica y no contemplativa de estos postulados, podríamos recoger la preocupación de varios autores como Bobbio respecto a la pérdida de certeza del derecho, incluido el derecho electoral, producto de la “herramienta” de ponderación de los principios constitucionales y la interpretación “moral” de la Constitución. Para Comanducci esta indeterminación pudiera ser atenuada si concurriesen las siguientes condiciones: a) si existiese una “moral” procedimental o adjetiva que sea conocida y aplicada por los jueces; y, b) si los jueces construyeran un sistema consistente que integre Derecho y moral de modo que con respaldo de los principios pudiera elegir para cada caso la salida más justa o correcta teniendo en cuenta que la configuración de los principios tendría que recaer en el legislador o en los jueces, en esta forma, lograría disminuir la indeterminación *ex ante* del Derecho.

Sin embargo, ninguna de estas dos condiciones se da en términos efectivos pues: a) suponiendo que exista esta “moral” procedimental llegaremos a la conclusión que ésta no es conocida o compartida por todos los jueces; b) cada vez es más complicada la institución de una “moral” positiva compartida por todos pues la pluralidad en términos éticos es, hoy por hoy, la característica de toda sociedad democrática; c) los jueces no están construyendo, a través de sus sentencias, sistemas integrados de Derecho y moral para resolver los casos pues, en muchas de las veces no se guarda coherencia con los propios precedentes jurisprudenciales; y, finalmente, el

argumento más penoso: d) los jueces no siempre argumentan adecuadamente sus sentencias. Esto tiene connotaciones metodológicas válidas para la reflexión de la justicia electoral en el Ecuador con vista a la nueva Constitución de 2008, en tanto se infiere que la positivización de principios puede conducir a encontrar una justificación *ex post* para las propias decisiones del órgano llamado a impartir justicia que, lejos de contribuir a disminuir la indeterminación *ex ante* del derecho, ayuda a potenciarla debido a las siguientes causas principales: 1) una de las características más comunes de la conversión de principio a norma es la imprecisión contribuyendo a aumentar la indeterminación *ex ante* del Derecho; 2) la estructuración de principios, a falta de una “moral” común, aumenta la discrecionalidad de los jueces que pueden decidir sobre los casos en base a sus propias concepciones sobre la justicia; y, 3) la ponderación de los principios, a falta de una jerarquía estable y general, puede aumentar también la discrecionalidad de los jueces y por tanto también la indeterminación *ex ante* del Derecho.

El Neoconstitucionalismo metodológico

El neoconstitucionalismo como ideología requiere un posicionamiento en términos metodológicos. Comanducci utiliza al neoconstitucionalismo metodológico para contrariar al positivismo conceptual que afirma que siempre será posible la distinción entre el Derecho *como es* (describir) y el Derecho *como debería ser* (valorar, prescribir). Las corrientes del neoconstitucionalismo sostienen que los principios constitucionales y los derechos fundamentales representarían un puente entre derecho y moral, es decir, una nueva tesis de la conexión necesaria y justificada entre derecho y moral.

Sin embargo, realizando un análisis crítico podría rebatirse tales preceptos. Para el neoconstitucionalismo, cualquier decisión judicial está justificada si deriva de la aplicación de una norma “moral”; el problema está en dilucidar si es una norma “moral” la que debe ser el fundamento de una decisión judicial. Pero, ¿existen normas que no sean “morales”? y

aquí otra interrogante: ¿hasta qué punto la técnica jurídica está abstraída de la problemática social entendida como “moral”? Por ello, siguiendo las reflexiones realizadas por Comanducci, a continuación una explicación de qué es lo que se tiene que entender, desde los parámetros neoconstitucionales, por norma “moral”: (1) Que se trate de una norma “moral” objetiva verdadera (en el sentido de que corresponda a “hechos” morales); (2) Que se trate de una norma moral objetiva racional (en sentido de aceptable por parte de un destinatario racional); (3) Que se trate de una norma “moral” subjetivamente escogida y legislada; (4) Que se trate de una norma “moral” inter subjetivamente aceptada. En cualquiera de los cuatro casos, la certeza del Derecho quedaría en manos de la conciencia moral de cada juez puesto que tendría que fundamentar sus fallos en normas morales de carácter “universal” utilizadas con coherencia para decisiones futuras. No obstante, la coherencia del administrador de justicia, no se define en términos absolutos sino relativos puesto que un juez puede redefinir su propio sistema moral si entiende que tiene que hacerlo para enmendar equivocaciones del pasado. Entonces, como síntesis, esta encrucijada queda medianamente resuelta en los siguientes parámetros: “en todas las ocasiones en las cuales un juez deba justificar la elección entre tesis –interpretativas o de hecho- todas ellas admisibles desde un punto de vista jurídico, debería escoger la opción que esté justificada por una norma moral (y no por un principio metodológico, un interés personal, una norma de la moral positiva, un criterio compartido en la cultura jurídica, etc.)”.³² Esta solución entraña problemas epistémicos para el juez, pues éste, comúnmente, no posee los instrumentos necesarios para precisar cuál es la moral de una nación. Pero suponiendo que así fuese, aún quedarían dos problemas que deben enfrentar:

El primero es la no homogeneidad moral de la sociedad, en otras palabras, normas morales comúnmente compartidas (que resulta no sólo habitual sino hasta obvio en las sociedades actuales); y, El segundo, en cambio, tiene que ver con que las normas

morales sean efectivamente compartidas por la comunidad pero que ya estén incorporadas en reglas o principios jurídicos.

Neoconstitucionalismo: fuerza vinculante y aplicación directa de las normas constitucionales

Con estas aproximaciones al neoconstitucionalismo, como teoría, ideología y metodología, es necesario indagar sobre una de las más importantes y particulares condiciones de constitucionalización de un ordenamiento jurídico asumida por muchos juristas como una aportación de las corrientes neconstitucionales: la aplicación directa del texto constitucional. Como se conoce, frente a las fuentes del derecho la Constitución representa el escalón más alto en la jerarquía normativa; para Manuel Aragón, la Constitución es un “*cuero normativo*” que contiene una diversidad de normas constitucionales de distinta naturaleza y distintos efectos; en esta multiplicidad de contenidos normativos, están normas que suelen ser calificadas de incompletas³³, abstractas, generales, de aplicación diferida, etc... ello por el hecho de que su estructura se aparta de los esquemas establecidos por el positivismo por cuanto en ocasiones no se conoce cuándo han de aplicarse o en qué casos, claramente, dificulta conocer de manera unívoca los términos en que la Constitución puede y tiene que aplicarse de forma. Esto básicamente quiere decir, cuales disposiciones constitucionales pueden ser peticionadas como aplicación directa y cuales tiene que ser aplicadas de forma directa por todos los operadores jurídicos. Esto se complejiza aún más, pues la propia Constitución de la República del Ecuador establece en su artículo 424:

la Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso

33 Entre los autores que consideran que la Constitución está compuesta de este tipo de normas encontramos a Manuel Aragón Reyes, “La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control constitucional” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 17, Madrid, 1986, pp. 106-109.

contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

Esto tiene concordancia directa con su artículo 425 que señala:

[...]en caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior. La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia [...].

Como se puede anticipar, la dificultad de aplicar este planteamiento a la realidad concreta de las controversias jurídicas es enorme, por ello es necesario especificar el cuándo, en qué medida y con qué consecuencias han de aplicarse las normas constitucionales; pero, para ello es imperativo conocer cuáles son los tipos de normas constitucionales con el objetivo de responder cómo tiene que proceder esta aplicación directa. La comprensión y asimilación de la Constitución como norma jurídica hace referencia a su carácter vinculante y de aplicación directa por el que los derechos pueden ser exigidos o justiciables sobre la base del principio de tutela efectiva por parte del Estado. Esto no sería nada nuevo para nuestra realidad pues la Constitución de 1830 en su *Título IX - De la observancia y reforma de la Constitución*, el artículo 73, señalaba que: “Se conservarán en su fuerza y vigor las leyes civiles y orgánicas que rigen al presente en la parte que no se opongan a los principios aquí sancionados, y en cuanto contribuyan a facilitar el cumplimiento de esta Constitución”.

Esto significa, valga la redundancia, que la Constitución era una norma jurídica plenamente reconocida como tal, tanto así que las leyes tenían existencia en cuanto no se oponían a la Constitución, caso contrario las derogaba. Esto, demuestra que para la tradición jurídica ecuatoriana, la

Constitución, desde 1830, fue considerada como una norma jurídica y no como una simple declaración de principios. Mucho antes de que Kelsen planteara, gráficamente, la idea del sistema jurídico sobre la base del principio de jerarquía, el Ecuador no sólo que ya manejaba esta noción de ordenamiento, sino que lo tenía consagrado por escrito desde el inicio de la República en la misma Constitución de 1830. Pero más que eso, la Constitución de 1830, en su artículo 69, establecía un curioso pacto de fidelidad a la Constitución que rezaba de la siguiente manera:

Todo funcionario prestará juramento de fidelidad a la Constitución y a las leyes, y de cumplir los deberes de su ministerio. No se admitirá juramento con modificaciones. La persona que no jurase libremente la Constitución, no será reputada, como miembro de esta sociedad.

En Europa, en cambio, la Constitución no era considerada como norma y, por ende, no era una fuente del derecho, sino más bien una especie de programa político.

Finalmente, es necesario decir que, en todo Estado constitucional, las leyes tienen que desarrollar los contenidos establecidos en el texto constitucional. Este desarrollo legislativo tiene que efectuarse con la finalidad de lograr la concreción o regulación de estos derechos pero nunca para coartarlos y desvirtuarlos. Aquí opera una relación simbiótica entre ley, Constitución y derechos producida, según varios constitucionalistas nacionales, solamente cuando *“la Constitución tiene fuerza normativa y cuando este carácter normativo está asegurado por el control jurídico que realiza la Corte Constitucional”*³⁴

Justamente, en el Título II sobre Derechos, Capítulo I, artículo 11 numeral 3 de la Constitución ecuatoriana establece cómo se tiene que comprender el carácter directo de la Constitución.

34 Agustín Grijalva, *Constitucionalismo en Ecuador*, Quito, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, primera edición, 2012, p. 228.

Así se expresa lo siguiente:

Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

Lo que se desprende de la cita de este artículo es que la aplicación de la Constitución no depende de la ley. Su cumplimiento, por parte de los servidores públicos así como de los jueces y tribunales de justicia, no está supeditada a la existencia de un marco legal que la explique, procedimiento o desarrolle, es suficiente por sí y para sí, *per se* de cualquier correspondencia legal que pueda o no existir para referirla. Pero no solo eso, pues quizá lo más significativo de este artículo recaiga en que cualquier ciudadano pueda invocar la Constitución, es decir, utilizando un término quizá no muy apropiado, cualquier ciudadano puede “operar” la Constitución a causa de su aplicabilidad directa, pues es el sentido positivo de la Constitución como norma jurídica lo que, a criterio de varios estudiosos de la materia como Storini, cualifica al propio ordenamiento jurídico.

Ahora bien, es necesario desarrollar aún más el tercer apartado del artículo citado: *“los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento”*. Esto quiere decir que la eficacia jurídica de la Constitución da a cualquier juez de cualquier materia, incluyendo por supuesto la jurisdicción electoral, la potestad de aplicar la Constitución sin que los ciudadanos tengan que esperar la intervención del legislador para poder atribuirse derechos contemplados en

la Constitución, pues estos son “operativos”, en todo el sentido del término, y no hará falta desarrollo o regulación alguna por parte de la Asamblea Nacional.

Ahora bien ¿es verdaderamente aplicable esta afirmación planteada a manera de máxima incontrovertible? Para más de un jurista este posicionamiento tiene aspectos discutibles o, por lo menos, analizables. Por ejemplo, para Alejandro Nieto constituye un grave error de carácter técnico identificar “normatividad” con “aplicación directa” pues el problema central no estaría en el reconocimiento de la Constitución como norma sino en la peculiaridad de su naturaleza o, más bien dicho, en una estructura delimitada por una literalidad no siempre suficiente para significar el contenido real de un derecho. Es decir que los efectos jurídicos de norma a norma son muy variados y no siempre de aplicación directa pues, a pesar del estatus de norma, la Constitución continúa teniendo textos que solo pueden ser aplicados en virtud de una ley a la que el propio texto constitucional remite. Por ejemplo, en el caso del ámbito electoral, para la organización de los procesos electorales de carácter seccional (artículos 252, 253 y 255) hay una remisión de la propia Constitución a la “ley” en referencia, a la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador. Esto confirmaría que determinados preceptos constitucionales, si bien son normas jurídicas y por tanto normas válidas, necesitan de desarrollo normativo pues su eficacia jurídica está limitada por su naturaleza o el tenor literal de su estructura.

Esta discusión sobre la no aplicabilidad directa de la Constitución para ciertos derechos lleva a una discusión en la que las corrientes del neoconstitucionalismo aparentemente tienen cierta ventaja. Hace referencia a la consideración de si ciertos derechos tienen que ser entendidos como tales o si sólo se trata de proclamas o programas políticos del Estado. Para aquellos juristas escépticos del neoconstitucionalismo, la falta de positivización o norma escrita que contemple la prohibición de lesionar esos derechos convierte a su violación en simples omisiones no coercibles. La imposibilidad de la sanción sería un indicativo de que no se trata de un

derecho propiamente dicho, pues no está “garantizado”.

Como sostiene Ferrajoli, la ausencia de garantías en un texto constitucional no involucra que los derechos no garantizados no existan a pesar de haber normas que los establecen. Ferrajoli, en este sentido toma distancia de Guastini, pues marca una diferencia conceptual “prudente” entre derechos y garantías al sostener que la inexistencia de una norma que indique una obligación en satisfacer determinado derecho o la inexistencia de un medio de acción que permita exigir el cumplimiento de esa obligación no constituyen razones suficientes para pensar que estemos frente a un “derecho ficticio” o “derechos sobre el papel” en palabras de Guastini.

Para Ferrajoli se trata de dos tipos distintos de lagunas. *Lagunas primarias* en el caso que una norma no señalara a un sujeto como obligado a realizar una conducta dirigida a satisfacer un derecho; o, *lagunas secundarias* en el caso que no exista norma que invalide o sancione la violación de esa obligación. De ahí que la manera en la que un derecho puede ser garantizado se convierte en una cuestión de creatividad jurídica pues obligan al legislador a encontrar mecanismos que llenen las lagunas para que la Constitución pueda ser reclamada como norma efectiva en términos prácticos.

Pues bien, a manera de síntesis de la discusión arriba propuesta respecto de los derechos y las garantías, se puede manifestar que, en ciertas circunstancias, se continúa utilizando la expresión garantías y derechos como si se tratara de sinónimos. No obstante, tomando en cuenta que la garantía es toda forma de proteger un derecho se hace necesario separar la noción de derecho con garantía. Así mismo no hay que pasar de vista algo muy importante: la garantía como mecanismo de protección, si bien permite distinguirla del derecho en sí, puede generar confusiones respecto a su efectividad pues asocia la existencia de una garantía a la coexistencia del derecho en términos efectivos. Por ello es que un derecho, no es más ni menos, en tanto cuente o no, con mecanismos de tutela. En conclusión, las garantías en este sentido, no condiciona la existencia del derecho sino la efectividad de su ejercicio.

A manera de cierre

Un sistema democrático establece límites al poder público pero sobre todo garantiza el real y efectivo ejercicio de los derechos. “Así como puede decirse que no existe democracia donde no haya una garantía efectiva de los derechos humanos, también debe señalarse que estos no pueden ser efectivamente garantizados sino en un régimen democrático.”³⁵ Por ello, los derechos establecidos y reconocidos en la Constitución son normas jurídicas de aplicación directa en función de los artículos 11, numerales 3 y 5, 424 y 426 de la Constitución que establecen los principios de eficacia normativa y de favorabilidad para la vigencia plena de los derechos constitucionales.

La Constitución es, por tanto, un instrumento jurídico vinculante respecto a todos los órganos y las autoridades del Estado en virtud de la supremacía constitucional, la rigidez constitucional y el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las normas. El considerar a la Norma Suprema como una norma jurídica, asegura que frente a la vulneración de cualquiera de sus normas tenga como respuesta una sanción externa, coercible e institucionalizada, que puede ser exigible frente a los poderes del Estado por cualquier ciudadano. Sólo así podremos hablar de democracia.

Bibliografía:

- Comanducci Paolo, *Formas de (Neo) Constitucionalismo: una análisis metateórico*, en CARBONEL Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Editorial Trotta, cuarta edición, (2009).
- Brewer Allan. *Mecanismos nacionales de protección de los derechos humanos*. San José, Costa Rica, (2005).
- Grijalva Agustín, *Constitucionalismo en Ecuador*; Quito, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, primera edición, (2012).

35 BREWER Allan. *Mecanismos nacionales de protección de los derechos humanos*. San José, Costa Rica, 2005, p. 287.

DEMOCRACIA DIRECTA EN LA REGIÓN ANDINA

Domingo Paredes Castillo³⁶

Antecedentes

La democracia directa, a diferencia de la democracia representativa, es aquel sistema político en el cual el pueblo participa de manera directa en la toma de decisiones políticas y por tanto sin necesidad de mandatarios o intermediarios. En otras palabras, de acuerdo con David Altman “se entiende un grupo de mecanismos que permite a los ciudadanos decidir sobre materias específicas directamente en las urnas.” (2005). Aunque como veremos en ciertos casos como la iniciativa popular normativa no necesariamente termina en las urnas la decisión en mención.

La democracia directa se constituye en una de las primeras formas de ejercer el gobierno de manera directa por parte de los ciudadanos y surge a mediados del siglo VI a.C en Quios, antigua Grecia, sin embargo su principal exponente fue Atenas (Held, 1992). Las decisiones en este tipo de gobierno se adoptan por mayoría; pero a diferencia de lo que se podría creer

³⁶ Doctor en Ciencias Históricas con mención en Estudios del Medio Ambiente, Ciencia y Tecnología, actualmente Presidente del Consejo Nacional Electoral. Ha sido profesor a nivel de pregrado y posgrado de Ecología, Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable. Universidad Central del Ecuador, desde 1977. Profesor de Medio Ambiente y Sociedad de la Academia de Guerra de la Fuerza Terrestre, Ministerio de Defensa Nacional, desde 1993. Ex - profesor Invitado de la Universidad San Francisco de Quito, Profesor por seis años de la Escuela Politécnica del Ejército – ESPE y Universidad Andina. Ha sido merecedor del Premio Nacional José Mejía Lequerica. I. Municipio del Distrito Metropolitano de Quito. 1989, así como también del Premio Universidad Central del Ecuador en Ciencias, 1990, 1991, 1992, 1993 y 1994.

la participación en las asambleas ciudadanas estaba restringida a una parte de la población, que respondía al conjunto de hombres adultos de origen ateniense, dejando excluidos a una gran parte de la población constituida por mujeres, extranjeros y esclavos.

Esta forma de gobierno fue favorecida por las condiciones particulares de las ciudades estado griegas que debido al número de habitantes y al tamaño, permitían que los hombres mayores de veinte años se puedan reunir en asamblea para decidir temas de interés general. A pesar de la exclusión de una gran cantidad de la población de la posibilidad de intervenir en los asuntos comunes, quienes cumplían estos requisitos básicos tenían derecho no solo a un voto sino a ser elegido como un magistrado, de ahí que el poder económico o la fuerza no tuvieran incidencia en las decisiones que se tomaban en este espacio.

Lo anterior no significaba que todo asunto de interés común pasara por la Asamblea, ya que su competencia correspondía a los asuntos más importantes como “la estructura legal para el mantenimiento del orden público, las finanzas y la imposición directa, el ostracismo o las cuestiones internacionales” (Held, 1992). Dentro de la estructura organizativa de Atenas existían otros organismos como el Consejo de los 500, el comité de 50, generales militares, magistrados y tribunales. Todos ellos con competencias específicas.

Atenas, durante los siglos V y IV a.C, gozaba de condiciones que favorecían el surgimiento y vigencia del sistema democrático, pues estaba constituida por un grupo de personas con derechos políticos con condiciones culturales y sociales homogéneas y en número relativamente pequeño. Existen autores que señalan las dificultades que conllevaba esta forma de gobierno como:

[...] la plena participación dependía de las habilidades oratorias de cada uno; los enfrentamientos entre grupos líderes rivales; la existencia de

redes informales de comunicación e intriga; el surgimiento de facciones abiertamente opuestas, dispuestas a presionar por obtener medidas rápidas y concluyentes; la vulnerabilidad de la asamblea ante la excitación del momento; la inestabilidad de los fundamentos de ciertas decisiones populares; y el potencial de inestabilidad política general debido a la ausencia de sistemas de control de la conducta impulsiva (Held, 1992)

Estas críticas que ha sufrido la democracia en general por pensadores de hasta mediados del siglo XVIII muestran el temor que en muchas ocasiones llegó a generar entre los pensadores como Platón, John Stuart Mill, Montesquieu, entre otros, los efectos contraproducentes que la masa de la población que, en su mayoría, era considerada ignorante y desposeída, decida los asuntos de toda la comunidad. Es así que incluso en los debates para la aprobación de la nueva constitución de Estados Unidos se puede vislumbrar resistencia a este sistema democrático.

Sin embargo existieron autores como Rousseau (1999), quien consideraba a la democracia directa como la única forma legítima de gobierno; aunque reconociendo su imposibilidad de ser puesta en práctica en los Estados de gran tamaño, con lo cual se hace evidente que no resultaría operativa esta forma de gobierno para los Estados Modernos.

Es por esta razón que en los estados modernos no se encuentra un régimen en el cual se practique una democracia pura como la surgida en Atenas; aunque es importante resaltar que ciertos elementos han sido incorporados desde épocas muy tempranas en los Estados modernos como Suiza, que desde el siglo XIX los tiene incorporados a su Constitución, aunque en dos de sus cantones, Appenzell Rodas Interiores y Glaris, se practica una forma muy similar a la de Atenas de los siglos V y IV a.C. Además existen ciertos antecedentes de este modelo en la Edad Media, donde los habitantes de algunos cantones decidían ciertos temas en asambleas públicas; sin embargo, esta práctica desapareció en los siglos XVII y XVIII (Prud'Homme, 2001)

De ahí que ha primado, exclusivamente en los Estados que se denominan democráticos, un régimen en el cual los ciudadanos designan a las autoridades que, en “representación de la ciudadanía”, tomarán las decisiones de interés general. Este modelo se denomina democracia representativa y ha tenido presencia desde el siglo XVII con diferentes variaciones.

Este fenómeno se hizo evidente en Ecuador que, a pesar de tener formalmente una democracia, introdujo desde muy temprano en su vida republicana el mecanismo de la consulta popular en la Constitución Política promulgada en 1869, para la reforma constitucional; es más, esta fue la primera Constitución aprobada por plebiscito popular en el mismo año (Morales, 2008). Pero resulta evidente comprobar que la referida Carta Magna, denominada Carta Negra debido a la concentración de poder en la figura del Presidente y el debilitamiento de las otras instituciones estatales, difícilmente sería considerada apropiada en un régimen democrático de conformidad a los estándares actuales.

Es importante señalar que a partir del siglo XIX en los estados modernos no se encuentra un régimen que posea un sistema puro de democracia directa. Desde este periodo hasta la actualidad, predominó la democracia representativa y en ciertos Estados se incorporaron mecanismos de democracia directa, razón por la cual algunos autores las denominan mecanismos de democracia semidirecta, bajo la perspectiva que predomina la democracia representativa. Incluso autores como Rodrigo Borja cuestionan ese carácter pues la ciudadanía, entre otros aspectos, no puede decidir, por ejemplo, los contenidos o los temas que se les va a someter a su decisión.

Más allá de esta divergencia doctrinaria, en la práctica se encuentran claramente identificables los mecanismos de democracia directa y los de democracia representativa; ya que, operativamente, su funcionamiento y rol dentro del Estado tienen claras diferencias.

Surgimiento de la Democracia Directa en Latinoamérica

A pesar del tiempo que estuvieron inactivos los mecanismos de democracia directa como consecuencia de la instauración de las democracias representativas, cuya característica principal radica en que la toma de decisiones, dentro de los ámbitos del poder público, la realizan funcionarios electos por la ciudadanía cada cierto tiempo. Este sistema ha demostrado tener falencias, ya que estos funcionarios muy difícilmente pueden representar los diferentes intereses que existen en una sociedad plural como la actual.

La anterior se debe a que su diseño más remoto fue pensado como un medio para garantizar los derechos civiles de la población frente al monarca, a la vez que limitaba los posibles excesos de las clases populares en desmedro de la burguesía, razón por la cual este sistema sitúa a la propiedad privada en la cúspide de los principios que debe proteger el Estado.

Como un medio adicional, para garantizar este modelo, se restringió el acceso de los individuos a los cargos de elección popular, mediante la incorporación de ciertos requisitos vinculados con la posesión de bienes, lo cual aseguraba que los mandatarios fueran parte de la misma clase social, siendo su consecuencia lógica que ellos no tomarían decisiones que pudieran afectar sus propios intereses y, por tanto, los del estrato social al que pertenecían.

A pesar de que esta forma de organización del poder estatal buscó lograr un equilibrio entre los ciudadanos y el Estado, ya que, por un lado reconocía los derechos entonces considerados de primera generación, y, por otro, proporcionaba una estructura estatal capaz de garantizarlos. Es por esta razón que el poder se dividió en las clásicas funciones del Estado –ejecutiva, legislativa y judicial-, como una manera de crear un sistema de pesos y contrapesos que impidieran cualquier tipo de abuso, lo cual constituyó una reacción al modelo anterior, la monarquía absoluta.

En este contexto, el Estado debía adoptar una posición pasiva frente a los derechos humanos, pues su garantía implicaba que el Estado no interfiriera con los ciudadanos en su pleno ejercicio, con excepción de aquellos casos en que los mismos particulares ponían en peligro o afectan los derechos de primera generación de otros.

Para legitimar este modelo de Estado se desarrolló el concepto de la soberanía nacional, lo cual significó que los dignatarios de elección popular debían conducirse como representantes de la totalidad del cuerpo político y no de los electores, individualmente considerados (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. C-179/02); de tal suerte que sus decisiones, en principio, se harían en beneficio de toda la nación. Esto significa que la representación política hace referencia a un sistema institucionalizado, en la medida en que la actuación de las personas que ocupan cargos de elección popular, constituyen la voluntad de la nación como un todo y no de sus electores individualmente considerados (Prud'Homme, 2001). A nivel práctico se cuestiona este argumento, ya que existen ciertos autores que piensan que:

La “representación” [...] es falsa y engañosa y no hace otra cosa que enmascarar la realidad, puesto que, ya en los hechos, los gobernantes no representan al pueblo sino a las clases, partidos o grupos sociales y económicos a que pertenecen y bajo cuyo patrocinio directo o indirecto llegaron al poder, o sólo representan sus propios intereses. (Ordoñez, 1999)³⁷

A pesar que los derechos políticos se han ampliado a todas las personas, independientemente de sus posesiones patrimoniales y, por tanto, hoy existe la posibilidad de que miembros de sectores excluidos de la sociedad participen como electores y candidatos a cargos de elección

³⁷ Existen otros autores que señalan este mismo inconveniente, tal es el caso de Iván Escobar en “El Sistema Representativo y la Democracia Semidirecta” y el de Hugo Concha (coord.) en *Sistema Representativo y Democracia Semidirecta: Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, op. cit., pp. 136-139; así como

Jorge Pascual en “La Respuesta Popular”, *Ibíd.*, pp. 673 y 674.

popular, la premisa arriba mencionada se ha mantenido vigente hasta la actualidad. Esto se debe a que la población se encuentra atomizada y las organizaciones sociales, que pudieran ser una alternativa a los partidos políticos tradicionales, carecen de un alcance nacional lo suficientemente amplio como para alcanzar algún tipo de representatividad a través de los procesos electorales. La consecuencia directa es que para lograr un puesto de elección popular se deba invertir grandes sumas de dinero, lo cual excluye de la participación política a grandes sectores de la ciudadanía. Cabe mencionar que a pesar de la existencia de leyes que regulan el gasto electoral, los costos que requiere una campaña política siguen siendo elevados.

Como consecuencia tenemos que la democracia representativa no ha sido un instrumento idóneo para limitar los excesos del poder; y la protección de los derechos fundamentales de los individuos y la ampliación de los derechos políticos a la mayoría de personas, cualesquiera sea su instrucción académica, recursos económicos, religión, etc., no ha significado que las élites, que han gobernado el país durante toda su historia, hayan dado paso a un gobierno que satisfaga las necesidades de toda su población. El mayor logro de este sistema, si se lo puede considerar como tal, es una cierta alternancia de las élites, por tanto el diseño de la democracia representativa asegura un modelo elitista, que busca desalentar la participación del pueblo. (Gargarella, 1997)

Este hecho lo podemos palpar a través del informe 2011 del Latinobarómetro que frente a la pregunta de “si se gobierna para la mayoría”, apenas el 26% de la población estuvo de acuerdo con esa afirmación, porcentaje que desde el 2004 hasta la actualidad ha oscilado entre el 24 y el 33 por ciento. Es decir existe un elevado grado de insatisfacción por parte de la ciudadanía frente al funcionamiento de la democracia representativa.

Estos datos hacen necesario que se busquen mecanismos que legitimen el actuar del Estado frente a los ciudadanos, de tal manera que sus necesidades sean incorporadas en la agenda. Por esta razón no sorprende que

desde la tercera ola democratizadora que empieza a inicios de los ochenta, las Constituciones que surgieron a partir de esta fecha reconocen mecanismos de democracia directa en los nuevos regímenes de democracia representativa que estaban saliendo en su mayoría de dictaduras militares que habían mantenido un sistema económico de corte neoliberal por la fuerza de las armas.

En el caso del Ecuador, desde la Constitución de 1979 se reconoce la consulta popular y la iniciativa popular legislativa y en la reforma constitucional publicada en el Registro Oficial No. 120 de 31 de Julio de 1997 se incorporó la revocatoria del mandato como uno de los derechos políticos de las ciudadanas y ciudadanos.

Mecanismos de Democracia Directa

De manera general, los Estados Modernos reconocen tres tipos de mecanismos de democracia directa: consulta popular (plebiscito y/o referendo), revocatoria del mandato e iniciativa popular normativa. Sin embargo, dependiendo del país, su regulación varía tanto en el alcance como en los efectos de estos mecanismos, pero su núcleo interno se mantiene por lo que, antes de analizar los mecanismos de democracia directa existentes en la Región Andina, se ensayará una definición de los mecanismos señalados.

Consulta Popular

La consulta popular es un mecanismo que se caracteriza por permitir que la ciudadanía, con su voto, decida una cuestión sometida a decisión popular. Dependiendo del tipo de asunto sometido a su criterio, la doctrina ha dividido esta institución en referéndum y plebiscito, siendo el primero utilizado para la aprobación de textos normativos, ya sea a nivel nacional o regional y, el segundo, para averiguar la opinión de la ciudadanía en relación con un tema específico pero que dé su aprobación no necesariamente va a surgir una norma en sentido estricto, pero será una guía para que los representantes

políticos legítimamente elegidos desarrollen un cuerpo normativo que tome en cuenta la opinión mayoritariamente apoyada en las urnas.

Es importante mencionar que la anterior clasificación no goza del respaldo de todos los sectores, así tenemos que en Chile el plebiscito se emplea para consultar a la ciudadanía la aprobación de proyectos normativos de reforma constitucional.

Revocatoria de mandato

Este mecanismo tiene por objetivo someter a criterio de la ciudadanía la decisión sobre si una autoridad electa por voto popular debe cesar en sus funciones. Este mecanismo es de gran trascendencia porque cambia la naturaleza de la representación, ya que el funcionario elegido sigue respondiendo frente a sus electores. Según María Cuevas (2009):

La revocatoria de mandato es un derecho político que opera como mecanismo para que la población manifieste su voluntad de exigir responsabilidad política a las autoridades electas, cuya consecuencia última es la inhabilitación del mandatario o representante para continuar ejerciendo el cargo público de que se trate.

Independientemente del nivel de gobierno al cual se aplica, el cual varía dependiendo del país, este mecanismo se encuadra dentro de la democracia directa, pues la ciudadanía es la que tiene en última instancia la decisión.

Iniciativa popular normativa

La iniciativa popular normativa es el derecho que tienen las personas para proponer proyectos de normas (leyes, ordenanzas, reglamentos, etc), que pueden contener una reforma, derogatoria o una norma nueva, ante el parlamento o cualquier otro órgano normativo, que debe tratarlo de manera obligatoria (Zovatto, 2004). El ejercicio de este derecho activa el

proceso de creación de las normas. Es el mecanismo más difícil de clasificar dentro de la democracia directa, pues la decisión, al menos en el Ecuador, de aprobar un proyecto normativo presentado por la ciudadanía requiere de la participación de un órgano estatal. Además, su impulso no depende de la mayoría de ciudadanos, sino de una parte no representativa de estos, que en el caso ecuatoriano es del 0.25% del padrón de la circunscripción correspondiente y de tratarse de reformas constitucionales se requiere el 1%. Paloma Biglino (1985) sostiene que la iniciativa popular normativa no constituye un mecanismo de democracia directa:

En efecto, carece del elemento esencial que distingue a esas instituciones, y que consiste en atribuir a los ciudadanos la capacidad de decisión directa, sin mediación de los órganos representativos. Frente a ello, como ya señalábamos, en el modelo español los ciudadanos tienen tan sólo el derecho de poner en marcha un procedimiento cuyo desarrollo y posterior culminación corresponden exclusivamente a las Cámaras, que conservan, sin ningún tipo de limitaciones, su plena capacidad de decisión.

Sin embargo, es importante anotar que la Constitución ecuatoriana regula este mecanismo en el Título IV (Participación y Organización del Poder), Capítulo I (Participación en Democracia), Sección Cuarta (Democracia Directa) junto con otras instituciones de democracia directa como la consulta popular y la revocatoria del mandato. Esta ubicación puede deberse a que, en la actualidad, la iniciativa está dotada de un mecanismo para asegurar su tratamiento, caso contrario entrará en vigencia por el paso del tiempo y cuando se trata de proyectos de reforma constitucional, el no tratamiento dentro del plazo conlleva que el proyecto se someta a referéndum.

Además, se debe tener presente que el concepto de mecanismos de democracia directa va más allá del concepto tradicional de democracia directa, pues el primero hace referencia a la posibilidad de la ciudadanía en general de acceder de manera directa, sin necesidad de ningún intermediario, a las esferas de poder político que normalmente se encuentran reservadas a

las autoridades públicas. Dentro de este contexto la iniciativa popular sí se configura como un verdadero mecanismo de democracia directa.

Críticas a los mecanismos de democracia directa

La democracia representativa ha tenido dificultades para garantizar la plena inclusión de todos los sectores que conforman la sociedad de un país, en especial por el corte elitista con el que surgió este modelo de gobierno. Frente a esta realidad se propuso la incorporación de los mecanismos de democracia directa a las Constituciones de los países modernos, como una forma para que la ciudadanía pueda decidir de manera directa ciertos temas normalmente atribuidos al poder político. Sin embargo, esta solución ha recibido críticas desde la doctrina.

Se ha sugerido que los mecanismos de democracia directa pueden dar paso a lo que se ha llamado “la tiranía de la mayoría”, es decir que los ciudadanos puedan adoptar decisiones que desconozcan los derechos de las minorías (Lissidini, 2009); ejemplo claro de esta realidad es la prohibición de construir minaretes³⁸ en Suiza, decisión que fue adoptada vía referendo constitucional y que tuvo el respaldo del 57,5% de los electores. Esta crítica está más ligada a la democracia como tal, independientemente de la modalidad que adopte (representativa o directa), ya que ésta se caracteriza por tomar decisiones utilizando la regla de la mayoría. Es así que a través de una ley se puede prohibir el matrimonio entre personas del mismo sexo o crear discriminaciones para cierto grupo, independientemente de si su origen provino de un referéndum o del parlamento a través del procedimiento legislativo regular, de ahí que no sorprende que vía legislativa se aprueben normas discriminatorias en países que son un ejemplo de estado de derecho como Francia, que el 14 de septiembre de 2011 aprobó una ley que prohíbe el uso de la burka islámica en lugares públicos.

38 Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua un minarete es la “torre de las mezquitas, por lo común elevada y poco gruesa, desde cuya altura convoca el almuédano a los mahometanos en las horas de oración”, <http://lema.rae.es/drae/?val=minarete>, Acceso: 01 agosto 2013..

Es por este motivo que la solución a este inconveniente intrínseco a la democracia, es el surgimiento y fortalecimiento del estado constitucional, lo cual implica que la actividad del Estado e incluso de sus ciudadanos debe respetar los derechos fundamentales de los individuos, por lo cual una norma que afecte ilegítimamente a las minorías podría ser declarada inconstitucional, de tal suerte que:

Estos derechos así concebidos y constitucionalizados constituyen la dimensión sustancial de la democracia pues marcan y definen el contenido de las decisiones colectivas, es decir sobre qué no se puede decidir y sobre qué no se puede no decidir, actuando como elementos de legitimación y de deslegitimación de lo que se decide (Morales, 2008).

Hoy en día, una norma aprobada en uso de los mecanismos de democracia directa no podría permanecer vigente en caso de atentar contra los derechos fundamentales de las personas.

Asimismo, sólo podrán entenderse a cabalidad estos mecanismos en un contexto de respeto a la Constitución, tanto en su parte orgánica como dogmática. Eso implica reconocer que su ejercicio no puede ser utilizado como una manera de legitimar el “saltarse a la garrocha” el texto constitucional, vulnerar derechos fundamentales de las personas –constitucionales o no- o avasallar los derechos de las minorías. En ese sentido, debemos afirmar contundentemente que ninguna persona está sometida irremediabilmente a las decisiones adoptadas “democráticamente” por la mayoría porque, como parte del pueblo en su conjunto, su voluntad y sus derechos no pueden ser desconocidos (Maraví, 1998).

En ese sentido resulta evidente que los mecanismos de democracia directa se deben articular en los estados constitucionales como una herramienta adicional que permite garantizar los derechos fundamentales de sus habitantes, existiendo dentro del mismo sistema jurídico herramientas que puedan corregir cualquier exceso por parte de los ciudadanos. En el caso del Ecuador, la Corte Constitucional tiene la atribución de emitir dictamen

previo y vinculante de constitucionalidad de las convocatorias a consultas populares de carácter nacional o a nivel de los gobiernos autónomos descentralizados.

Otra crítica a la democracia directa se centra en la complejidad de los asuntos públicos que manejan los estados modernos. Actualmente existe un gran número de asuntos que son tratados por especialistas, debido a que las soluciones que se encuentren no dependen exclusivamente de decisiones políticas, sino técnicas. Este tipo de asuntos, en principio, no podrán ser tratados por el común de la gente, pues requieren de un conocimiento que, en muchos casos, necesita de varios años de preparación. A pesar de esta evidente realidad, debemos tener presente que incluso la técnica responde a cierta ideología, de tal suerte que la elección de una solución no será apolítica ni imparcial, por lo tanto, su implementación estará alejada de la democracia directa, pero la selección de una determinada opción y sus contornos generales sí serán materia de estos mecanismos; además, dentro de una democracia representativa los cargos de elección popular no requieren de conocimientos técnicos especializados, sino del cumplimiento de ciertos requisitos fácilmente alcanzables como la edad, de tal suerte que cualquier ciudadano, sin importar su instrucción formal, podría ser postulado como candidato a asambleísta, presidente de la república, entre otros cargos. Esta es la razón por la cual en la Constitución del 2008 no se limitó por este motivo ninguno de los mecanismos de democracia directa. Una visión diferente supondría:

Atribuir una minusvalía intelectual a los ciudadanos, que no serían capaces de comprender regulaciones complejas, cuando precisamente la soberanía popular y la democracia participativa se fundamentan en el reconocimiento de la autonomía, competencia y autodeterminación de los propios ciudadanos, temas de enorme trascendencia para la democracia, pero que tienen una inevitable complejidad técnica, como es precisamente la regulación del sistema electoral, quedarían entonces excluidos de la decisión directa de

la ciudadanía, lo cual es incompatible con el reconocimiento que la Carta hace de la soberanía popular (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. C-551/03).

Una visión de ese tipo implicaría cuestionar la naturaleza de la misma democracia representativa, que en la actualidad ha ampliado su inclusión a todos los sectores de la sociedad, dejando de lado los modelos censitarios, que restringían los derechos de participación política a un número reducido de personas, dentro de las cuales estaban los propietarios de bienes inmuebles o quienes poseyeran una renta. Esto limitaba el acceso a los derechos políticos a una gran parte de la sociedad. La crítica antes mencionada no afectaría la incorporación de los mecanismos de democracia directa, ya que la definición política la tomaría la ciudadanía y su implementación se pondría a cargo de personal técnico y capacitado. Un claro ejemplo de lo anterior sería la decisión de un alcalde de construir un puente, lo cual sería la definición política pero el diseño y construcción de la obra se encargaría a los especialistas en estas ramas. Algo similar sucede con las decisiones que se pueden adoptar en una consulta popular.

Por último, se critica la manera en que se han utilizado estos mecanismos para ratificar las políticas de regímenes dictatoriales o populistas, que buscan desconocer la institucionalidad de un país (Hernández, 2002), un claro ejemplo de esto se dio con el nazismo en Alemania, ya que el régimen de Hitler fue legitimado por una consulta que, además, le permitió desconocer los otros poderes del Estado.

Esta realidad no se encuentra alejada de Latinoamérica y son numerosos los casos en que el ejecutivo ha empleado la consulta popular para violentar la normativa y la institucionalidad vigentes, e imponer las reformas que no contaban con el apoyo del legislativo, como en el caso del Perú con Alberto Fujimori. En este país se realizó un proceso constituyente en clara oposición del parlamento y demás elites políticas. Esto desembocó

en una suerte de dictadura que duró 10 años. Este tipo de regímenes son considerados como “democracias delegativas”, ya que los mecanismos que más se han empleado buscan reforzar la delegación de las decisiones en el poder ejecutivo, evadiendo al legislativo, y promoviendo una relación directa del presidente con los ciudadanos, a costa de los mecanismos de representación política (Lissidini, 2008).

Ésto se encuentra muy vinculado a las democracias plebiscitarias cuyo principal fundamento se encuentra en la omnipotencia de la mayoría, con lo cual las decisiones que adopte siempre serán válidas, de tal suerte que descalifica cualquier límite al poder ejecutivo que es la expresión de la mayoría (Ferrajoli, 2001). De tal forma que el ejecutivo podría atentar contra las mismas normas y derechos establecidos en el ordenamiento jurídico por representar la voluntad de la mayoría, erosionando, de esta forma, las instituciones republicanas de un país; además, vía consulta popular, se podría legitimar cualquier abuso.

Los riesgos de caer en una democracia plebiscitaria o delegativa se ven reducidos cuando se establece un sistema de límites y contrapesos, dentro de una democracia constitucional, como la ecuatoriana, que restringe los abusos que se pueden cometer en uso de la regla de la mayoría. De ahí que las críticas realizadas por parte de la doctrina pierden fuerza.

Además, los beneficios de los mecanismos de democracia directa, teniendo en cuenta que no cabe implementar su versión pura sino en asociación con la democracia representativa, garantizan a la ciudadanía una intervención directa en la toma de ciertas decisiones, normalmente atribuidas a los órganos públicos, de tal forma que se soluciona el principal problema de la democracia representativa que es la falta de vinculación entre los electores y sus mandatarios.

Existen otras ventajas, como ser un medio eficaz para cambiar el *statu quo* de una sociedad. Según Andreas Auer (2009):

Mientras en Suiza y en Uruguay, los instrumentos de democracia directa impiden la evolución y promueven la estabilidad política, experiencias recientes en otros países de América Latina parecen, a primera vista, haber producido el efecto opuesto, es decir, promover la revolución y crear confrontación social y política [...]. Pero ésta era también la situación que conocían los cantones suizos, especialmente durante la llamada revolución democrática de los años 1860, cuando los líderes políticos de la época defendieron e impusieron los instrumentos de democracia directa para superar la corrupción del gobierno, la falta de responsabilidad del parlamento, y la falta de independencia de las cortes.

Sin embargo, en la experiencia acumulada podemos ver que muchas veces estos mecanismos han perpetuado el *statu quo* y en otros han servido como forma de manipulación política. Pero es indudable su potencialidad para superar los problemas que se evidencian en el sistema representativo.

Un claro ejemplo de lo anterior es el caso ecuatoriano en donde antes de 2008 no había la revocatoria para el cargo de Presidente de la República; sin embargo de lo cual de manera consecutiva se destituyó a tres presidentes, por la presión social de ciertos sectores ciudadanos en las calles. Los inicios de esta crisis se remontan a la destitución del presidente Abdalá Bucaram, que tuvo como resultado la aprobación de la Constitución de 1998; sin embargo, esta norma no pudo satisfacer ni apaciguar las demandas sociales, cada vez en aumento, y que producirían la destitución de los siguientes dos presidentes elegidos en las urnas y el pedido popular de que se fueran todos los funcionarios de elección popular incluidos los congresistas. Aspiración que se cristalizaría con la posesión de la Asamblea Constituyente en el 2008.

Las razones de esta creciente inestabilidad, desde un punto de vista formal, se debieron a una errónea institucionalidad, que no ofrece vías dentro del mismo sistema para solucionar estos conflictos sin necesidad de

recurrir a mecanismos informales como el derrocamiento de presidentes. De ahí que lejos de ser las revocatorias, en el caso ecuatoriano, un elemento desestabilizador de las democracias, la experiencia acumulada de los últimos años, muestra que permite zanjar los conflictos sociales en las urnas y solo aquellas autoridades que no tengan el respaldo de la mayoría de sus ciudadanos pierden el cargo.

Los mecanismos de democracia directa en la región Andina

Como era de esperarse, en los países de la región Andina, Venezuela, Colombia, Bolivia, Perú, Chile y Ecuador, contemplan en sus normas constitucionales los tres mecanismos de democracia directa antes señalados. Sin embargo, el ámbito, alcance, activación, obligatoriedad varían dependiendo del país.

	Ecuador	Bolivia	Chile	Colombia	Perú	Venezuela
Referéndum						
Convocatoria a asamblea constituyente	SÍ	SÍ	NO	SÍ	NO	SÍ
Reforma Constitucional	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
Aprobación de tratados internacionales	SÍ	SÍ	NO	NO	NO	SÍ
Referendos nacionales	SÍ	SÍ	NO	SÍ	SÍ	SÍ
Referendos de las entidades territoriales.	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ	NO
Referendos de ciudadanos ecuatorianos en el extranjero.	SÍ	NO	NO	NO	NO	NO
Referendo para aprobar el estatuto de una región autónoma y de un distrito municipal	SÍ	SÍ	NO	NO	NO	NO

Plebiscito						
Plebiscitos nacionales	SÍ	NO	NO	SÍ	NO	SÍ
Plebiscitos de las entidades territoriales.	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ	NO	SÍ
Plebiscitos de ciudadanos ecuatorianos en el extranjero.	SÍ	NO	NO	NO	NO	NO
Explotación de recursos no renovables en áreas protegidas	SÍ	NO	NO	NO	NO	NO
Creación, modificación y eliminación de unidades territoriales	NO	SÍ	NO	SÍ	SÍ	SÍ
Selección de órganos del Poder Ciudadano	NO	NO	NO	NO	NO	SÍ
Revocatoria de Mandato						
Presidente	SÍ	SÍ	NO	NO	NO	SÍ
Legisladores	SÍ	SÍ	NO	NO	NO	SÍ
Otros cargos de elección popular	SÍ	SÍ	NO	SÍ	SÍ	SÍ
Iniciativa Normativa						
Reforma Constitucional	SÍ	SÍ	NO	SÍ	SÍ	SÍ
Iniciativa Legislativa	SÍ	SÍ	NO	SÍ	SÍ	SÍ
Iniciativa de otras normas	SÍ	NO	NO	SÍ	NO	NO

Bibliografía

Libros y revistas

- Altman, David, “Democracia Directa en el Continente Americano: ¿autolegitimación gubernamental o censura ciudadana?”, *Revista Política y Gobierno*, Vol. XII, Núm. 2, CIDE, (2005)
- Biglino, Paloma, “La iniciativa Legislativa Popular en los Ordenamientos Jurídicos Regionales”, *Revista de Estudios Políticos*, Núm. 046, España, Julio - Octubre, (1985)
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. C-179/02, 12-III-2002.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. C-551/03, p-VII-2003.
- Corporación Latinobarómetro, Informe 2011, Santiago de Chile.
- Ferrajoli, Luigi, “La Democracia Constitucional”, en Christian Courtis (comp.), *Desde Otra Mirada: Textos de teoría crítica del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, (2001)
- Gargarella, Roberto, *Crisis de la Representación Política*, México D.F., Fontamara, 1997
- Held, David, *Modelos de Democracia*, traducido por Teresa Alberó, México, Alianza Editorial, (1992)
- Hernández, Rubén, “De la Democracia Representativa a la Democracia Participativa”, en: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, No. 6, España. (2002)
- Lissidini, Alicia, “Democracia Directa en Latinoamérica: Entre la delegación y la participación”, en: Simón Pachano (comp.), *Temas Actuales y Tendencias en la Ciencia Política*, Quito, FLACSO. (2008)
- Maraví, Milagros, “El Funcionamiento de los Mecanismos de Democracia Directa en el Perú a partir de la Constitución Política de 1993”, en *Iust Et Praxis*, Año 4, Núm. 2, Talca. (1998)
- Morales, Juan Pablo, “Democracia Sustancial: Sus elementos y conflicto en la práctica”, en Ramiro Ávila (ed.), *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2008)
- Ordoñez, Hugo, *Hacia la Democracia Participativa: La Constitución de 1998*, Cuenca, Fondo de Cultura Ecuatoriana. (1999)
- Prud’Homme, Jean-Françoise. *Consulta Popular y Democracia Directa*, México D.F., Instituto Federal Electoral, 2001, pp. 21 y 22.

Rousseau, Jean Jacques, (1999), *El Contrato Social*, Elaleph.com.

Zovatto, Daniel, (2004), “Las Instituciones de la Democracia Directa a nivel Nacional en América Latina: Un balance comparado, 1978-2004”, en: *Democracia Directa y Referéndum en América Latina*, La Paz, Corte Nacional Electoral de Bolivia.

Internet

Auer, Andreas, Una Mirada Suiza sobre la Democracia Directa en América Latina, Internet, http://www.dd-la.ch/download/Auer_Andreas.pdf, Acceso 23 septiembre 2009.

Cuevas García, María Gabriela, *Derecho a Revocar y Derecho al Ejercicio del Cargo*, Internet, http://www.ucab.edu.ve/tl_files/CDH/Lineastematicas/ultimo.pdf, Acceso: 3 septiembre 2009

http://elpais.com/diario/2009/11/30/internacional/1259535607_850215.html, Acceso: 01 agosto 2013.

http://www.bbc.co.uk/mundo/internacional/2010/09/100914_franca_aprueba_veto_burka_if.shtml, Acceso: 01 agosto 2013.

Lissidini, Alicia, (2009), Democracia Directa en América Latina: ¿Amenaza populista o una voz que evita la salida?, http://aucip.org.uy/docs/participacion_social_y_politica/alicia_lissidini.pdf, Acceso: 18 noviembre.

Morales, Juan Pablo, Ecuador: Mecanismos de democracia directa, C2D Working Paper Series, Centre for Research on Direct Democracy, http://www.c2d.ch/files/C2D_WP20.pdf, Acceso: 22 de julio de 2013.

EL CÓDIGO DE ÉTICA CONTENCIOSO ELECTORAL: UN COMPROMISO CON LA EXCELENCIA Y LA DEMOCRACIA

Catalina Castro Llerena³⁹

La ética como derivación del razonamiento práctico

De acuerdo con el informe de la corporación Latinobarómetro de 2010, la percepción favorable que existe en la región sobre sus sistemas de administración de justicia, salvo el caso de Uruguay (58%) y Brasil (51%) es decididamente negativa, llegando a niveles muy precarios como del 17% en Guatemala y 15% en Perú. Las evidencias de este sondeo de opinión imponen a las autoridades la obligación de redefinir sus formas de conducta a fin de alcanzar los ideales sociales y constitucionales que les inspira.

En esta línea, los sistemas constitucionales contemporáneos han positivizado valores que actúan como mandatos de optimización,⁴⁰ capaces de

39 Jueza Presidenta del Tribunal Contencioso Electoral. Desarrolló sus estudios en Derecho y se tituló en la Universidad Católica de Cuenca como Doctor en Jurisprudencia. Obtuvo el Diplomado Superior en Derecho Procesal en la Universidad Andina Simón Bolívar y el Diplomado Superior en Derecho Penal en la Universidad Laica Eloy Alfaro. Además se capacitó como operadora de justicia en diversos temas; obtuvo el Diplomado de extensión sobre prevención de Delito a nivel local en Chile y es mediadora por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Su desarrollo profesional lo ha llevado en el sector justicia como funcionaria de Fiscalía, Defensa Pública y Judicatura.

40 Para Robert Alexy “[...]los principios son *mandatos de optimización*. [y] Como tales, se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diferentes grados y porque la medida de cumplimiento ordenada depende no sólo de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas.” Robert Alexy “La fórmula del peso” en: Miguel Carbonell edit., *El Principio de proporcionalidad y la Interpretación Constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 14.

guiar la recta actuación de toda autoridad investida con la potestad pública de administrar justicia. Estos principios jurídicos tienen la función sistémica de transmitir estos valores a normas que prescriben comportamientos concretos y decisiones de situación.

Valores constitucionales como la consolidación del sistema democrático, la tutela efectiva de los derechos fundamentales, el sometimiento de las actuaciones públicas a los designios constitucionales, entre otros no dejan de ser construcciones artificiales, desarrolladas a través de los siglos pero que establecen un norte al que debemos tratar de llegar. En ese sentido, los valores constituyen un régimen moral democráticamente aceptado; y por tal razón, constituyen “lo bueno”, “lo apropiado”, “lo correcto”; es decir, lo moralmente deseable.

Por su parte, la ética, como derivación de la razón práctica es la forma de obrar de tal manera que permita alcanzar un acercamiento al ideal, a lo perfecto; es decir, a lo moral. En este orden de ideas, la ética pública y la ética judicial, en sentido particular no es otra cosa que un conjunto de normas, preceptos, decisiones; pero sobre todo, actuaciones de servidoras y servidores públicos dirigidas hacia objetivos constitucionalmente consagrados. “La ética judicial no puede, sin embargo, ser distinta a las otras éticas puesto que la ética es única y es última. Que es *última* quiere decir que, en un razonamiento práctico, no puede haber razones que estén más allá de la ética [...] y que es única significa que los principios de la moral son los mismos para todos los campos de actividad.”⁴¹

Pero si la ética, en sentido general es esencialmente conducta, ésta, por definición, no puede estar codificada; por el contrario, la deontología⁴² permite elaborar catálogos de exigencias conductuales, marcadas por criterios éticos que se dirijan a la realización de objetivos morales institucionalizados;

41 Manuel Atienza, “Ética Judicial: ¿Por qué no un Código Deontológico para jueces? en Revista *Jueces para la Democracia*”, número 46, marzo de 2003, p. 44.

42 “[...]la palabra deontología viene de la raíz griega ‘deor’ o ‘tratado’, de manera que etimológicamente designa a la ciencia o tratado de los deberes.” Juan Díaz Romero, “El A, B, C de la Deontología Judicial”, versión electrónica de libre acceso, disponible en: <http://www.eft.com.ar/doctrina/articulos/alabc.htm> (fecha de consulta: 11-08-2013).

de ahí que, terminológicamente hablando, “código deontológico” resulta ser mucho más preciso que “código de ética” pese a que la práctica ha generalizado a la primera opción.

Escuelas del pensamiento ético

A partir de desacuerdos teóricos sobre esta materia se han desarrollado algunas escuelas del pensamiento ético a las que caracterizaremos brevemente a fin de conocer, desde una metodología dialógica, el acercamiento, o no, que el Código de Ética del Tribunal Contencioso Electoral ecuatoriano entabla con alguna de ellas.

Una de las perspectivas éticas más generalizadas es el *escepticismo ético*, según el cual el individuo no conoce, ni puede llegar a conocer, virtudes morales universales que guíen su conducta. De acuerdo a esta escuela, las percepciones de lo bueno se desarrollan en el pensamiento de cada persona de acuerdo con las experiencias a las que ha estado expuesto. El escepticismo ético sostiene que la estructura mental es algo que difiere de individuo en individuo, por lo que se excluiría que existe la imposibilidad de alcanzar consensos sobre este tema, lo que impediría su codificación. Esta posición es bastante coherente con la perspectiva liberal en tanto propone un auto control individualista, cuyo único límite se encuentra en las libertades de los demás. “Ciertamente, el pensamiento liberal, el sentimiento ético y moral queda abierto a disposición de los sujetos, que solo tienen que preocuparse por no quebrantar la esfera de derechos y libertades de los otros; la ética cobra una dimensión en mayor medida pública que privada.”⁴³

La existencia generalizada de códigos deontológicos que regulan conductas éticamente exigibles, demostraría la negación de esta teoría; de hecho, a diferencia de lo sostenido por Sócrates, no es cierto que el ser humano obra mal por ignorancia; aceptar lo contrario implicaría reconocer la existencia de verdades éticas inmutables, situación con la que tampoco estamos de acuerdo.

43 José Antonio Rumoroso Rodríguez, “La imparcialidad y el Código Iberoamericano de Ética Judicial”, Revista de Filosofía No. 39, Rioja, Universidad de Rioja, 2011, p. 11.

El escepticismo excluye la posibilidad del consenso ético codificable, por proclamar una suerte de individualismo.⁴⁴ Pese a ello y, como se verá en las propuestas que formularemos, el Código de Ética del Tribunal Contencioso Electoral niega la existencia de verdades éticamente inmutables y; en consecuencia, promueve una construcción participativa de este tipo de preceptos; a la vez que rechaza la supuesta imposibilidad de alcanzar un consenso racional entre personas siempre que sus intereses concurran en lograr que su institución cumpla, de la mejor forma posible, el rol social que inspira su propia existencia.

Otra de las teorías éticas, de importante difusión, es el *intersubjetivismo ético* cuyos planteamientos centrales sostienen que la construcción ética no depende del individuo, como ente aislado, sino de las relaciones que éste entabla con otros seres racionales que terminan por discernir lo que reconocerán como conductas valiosas.

Cercanamente a lo expuesto por el subjetivismo, el *relativismo ético* plantea que los valores morales son derivaciones de la cultura y de la época en la que se presentan. Esta postura se subdivide en *etnocentrismo* y *anacronismo*. El etnocentrismo consiste en creer que cada cultura desarrolla su propio sistema de valores morales, asumiéndolos como únicos y, como tal merecen ser defendidos. Para Gregorio Peces-Barba “[...]la relación moralidad, poder y Derecho, se sitúa en el ámbito de la cultura, que es una obra humana en la historia y por consiguiente que va formando un depósito de ideas que se transmiten, se matizan o se cambian de generación en generación[...]⁴⁵”

Esta postura es incompatible en un estado plurinacional como el Ecuador y América Latina en general, por lo que esta escuela de pensamiento poco o nada tiene que aportarnos en este debate.

44 “La moral crítica no se confunde ni se reduce a simplemente la moral empírica individual (o de las minorías) frente a la moral positiva, que constata y simboliza la complejidad valorativa del grupo y de los sectores que son socialmente predominantes: aquella implica sobre todo exigencias de objetividad, racionalidad y universalidad que son las que caracterizan y sirven de base a la teoría crítica de la justicia.” Elías Díaz, *Ética contra Política*, Madrid, Fontamara, 2s. reimpresión, 2004 pp. 53 y 54.

45 Gregorio Peces-Barba, *Ética, Poder y Derecho*, Madrid, Fontamara, 1a reimpresión, 2004, p.76.

Los sistemas contemporáneos han dado un paso adelante para incorporar principios autóctonos de culturas ancestrales como el *sumak kausay* o buen vivir, proveniente de las culturas indígenas amazónicas que proclaman como ideal de vida la armonía con la comunidad, con uno mismo y con el medioambiente.

Respecto al anacronismo, cada generación establece su propio sistema de valores y los defiende. Sin perjuicio de ello, y asumiendo que el pluralismo jurídico y ético ha enriquecido nuestra idea colectiva del bien, la exigencia del comportamiento ciudadano y de la servidora y servidor público ha pasado a ser multidimensional y apreciado desde clivajes éticos multiculturales, no jerarquizados.⁴⁶

Sin perjuicio de los puntos de contacto que el pensamiento fundador del Código de Ética del Tribunal Contencioso Electoral ha tenido con las escuelas filosóficas, anteriormente descritas, quizá de la que mayor influencia se aprecia es del *consecuencialismo ético*, el mismo que ha recibido fuertes críticas de la doctrina por cuanto es una escuela cercana al *utilitarismo*, cuya búsqueda perpetua del beneficio, impediría crear un código deontológico porque resulta imposible codificar la conducta en sí, en tanto los actos humanos plantean posibilidades y variaciones infinitas, imposibles de prever.

Estas teorías, que incluyen de manera destacada al utilitarismo más clásico, coinciden en rechazar la posibilidad de que se establezca un juicio ético absoluto o a priori respecto a los actos humanos, dado que el mismo sólo es posible luego de haberse ponderado las consecuencias o resultados que de ellos se derivan. No hay actos buenos o malos sino que lo decisivo es comprobar sus efectos, de tal manera que aisladamente podamos suponer que cierta conducta es éticamente reprochable pero que, en ciertas circunstancias merece otra calificación ética, según las consecuencias totalmente diferentes.⁴⁷

46 “El monismo ético parece prevalecer sobre todo entre los filósofos morales, el pluralismo ético sobre todo entre los filósofos de la política y del derecho; en ámbito jurídico, en particular, el monismo ético parece prevalecer –aunque sea en el estadio irreflexivo de la opinión recibida– solo entre constitucionalistas y filósofos del derecho iusnaturalistas” ver Mauro Barberis, *Ética para Juristas*, Madrid, Trotta, 2008, p. 165.

47 Rodolfo Luis Vigo, *Ética y Responsabilidad Judicial*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 23.

Pese a las críticas al utilitarismo, no podemos dejar de reconocer que el beneficio al que tiende esta teoría no necesariamente corresponde a ideas egoístas; por el contrario, partimos del convencimiento que el derecho es una técnica que persigue objetivos sociales expresamente señalados. En el caso ecuatoriano, por ejemplo la Constitución señala que “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”⁴⁸; en tal virtud, el beneficio que persigue la institución se da en función al grado de garantía de derechos alcanzados, lo cual no puede ser visto como una finalidad egoísta.

Desde esta perspectiva, si bien esta escuela de pensamiento ético no es capaz de predecir toda posibilidad de conducta humana, sí puede guiar y controlar el efecto que la conducta produce en la práctica; para lo cual, el propio sistema constitucional prevé efectos deseados, así como efectos prohibidos. Por ejemplo, todo acto de autoridad que produzca efectos discriminatorios es una conducta jurídicamente reprochable y castigable; pero a la vez, es una actuación éticamente condenable.

En suma, un código deontológico es útil, en términos sistémicos y funcionales cuanto sus creadoras y creadores identifican claramente los objetivos de su institución, los problematizan y establecen una jerarquía respecto a los efectos que debe producirse, a partir de su engranaje interno, dividido en actividades gerenciales, administrativas y de apoyo; todo lo cual, puede producir efectos interesantes desde el marco de acción de un funcionario, pero lo realmente importante es establecer la forma en que la correcta actuación de esa o ese funcionario sirve como medio para sumarse a los actos de sus colegas para producir efectos sociales como institución. “Las normas reguladoras, los medios personales y materiales y cada uno de los órganos no operan aisladamente sino trabados en un sistema –*el sistema judicial*– que es el que realmente funciona bien o mal (o no funciona), aunque al proceder a su análisis resulte imprescindible examinar sus elementos por separado pero teniendo siempre presente la conexión e interacción de todos ellos.”⁴⁹

48 Constitución de la República, Art.11, número 9, inciso primero.

49 Alejandro Nieto, *El malestar de los jueces y el modelo judicial*, Madrid, Trotta, 2010, p. 162.

Según esto, y a manera de ejemplo, la excelente actuación de cada servidora y servidor del departamento contable permite que el personal reciba oportunamente su remuneración completa, lo que alivia preocupaciones personales y optimiza su fuerza de trabajo. El tiempo ahorrado en rectificaciones, esclarecimiento de malos entendidos permite que asesoras y asesores dediquen más tiempo y de mejor calidad a la investigación de fuentes jurídicas formales y no formales, como insumos para que las juezas y jueces dictemos sentencias mejor motivadas y fundamentadas en mayores elementos de juicio.

El compromiso con la excelencia

El uso de términos como *excelencia* y *calidad* nos remite necesariamente a una de las diferencias existentes entre el derecho y la ética. Se dice que el derecho establece los mínimos indispensables para que cada individuo y colectivo desarrolle una vida digna; en cambio, la ética establece puntos máximos, ideales que, de ser alcanzados plenamente, harían que la persona alcance la plenitud profesional y la perfección en el cumplimiento de sus deberes, sin perjuicio de la satisfacción personal que esto acarrearía.⁵⁰

Los códigos de ética se sitúan en medio de estas dos perspectivas. Por una parte, establecen actuaciones mínimas, cuyo incumplimiento genera sanción o censura; a la vez que, señala cánones ideales que permitirían alcanzar la perfección institucional si se los siguiera con total exactitud.

Esto implica que un código de ética debe prever efectos institucionalmente deseables, a la vez que debe consagrar principios y virtudes que hagan de cada uno de sus funcionarios los mejores servidores públicos posibles; lo cual, crearía un círculo virtuoso en el que las actuaciones de cada funcionario, sumadas a las de sus colegas lograría la perfección institucional,

50 Otra diferencia importante que encuentra Rodolfo Luis Vigo entre el derecho y la ética es que, aquel tiene puesta su mirada en lo que ya ocurrió, a fin de establecer si la actuación violó algún precepto jurídico; en cambio que la ética, se interesa por el futuro puesto que se trata de un compromiso para con lo que vendrá. Ver Rodolfo Luis Vigo, *Ética y Responsabilidad Judicial*, ob.cit. p. 27.

esto produce reconocimiento social y prestigio para las personas que trabajan ahí; a la vez que reciben incentivos para crecer profesionalmente, iniciándose un nuevo ciclo de retroalimentación continua.

Sin embargo, y aún cuando la ética es esencialmente conducta y esta solamente pueda ser guiada, los actos éticos, para ser tales, surgen de la libre convicción de su autor.⁵¹ La libertad que caracteriza a las actuaciones éticas son incompatibles con concepciones dogmáticas e impuestas de manera heterónoma; de ahí que, desde este punto de vista, el Código de Ética del Tribunal Contenciosos Electoral no reconoce, aunque tampoco prohíbe, ninguna concepción religiosa, no solo porque se trata de un acto normativo dictado en el contexto de un estado laico, sino también porque las actuaciones éticas son racionales, originadas en voluntad de su creador y valorables desde un contexto social y basadas en virtudes institucionales consensualmente establecidas.⁵²

Las virtudes institucionales se derivan del modelo de Estado en el que se desenvuelven. Así, en sistemas absolutistas el comportamiento ético exigible por antonomasia es la sumisión y obediencia ciega al gobernante. En sistemas teocráticos, la virtud moral es lo que los mandamientos de la religión oficial señala como tal; y finalmente, desde una perspectiva democrática, las virtudes estatales podrían ser sintetizadas por aquello que Norberto Bobbio denomina *virtudes laicas*, entre ellas: el rigor crítico, duda metodológica, la moderación, el no prevaricar, la tolerancia, el respeto a las ideas ajenas,

51 La filosofía postmoderna, especialmente la planteada por autores como Nietzsche, Sartre y Foucault propuso una tendencia hacia el rechazo al deber, sobre todo al deber ético, en cuanto devela la voluntad de control por parte del poder. En consecuencia, estos autores reivindican la libertad en sentido puro, una libertad hasta cierto punto personalista. En este trabajo planteamos una postura armónica entre el control y la libertad, entendida esta como autocontrol y búsqueda de la perfección personal e institucional, para lo cual es indispensable que cada destinatario de la norma ética positivizada asuma, por un lado, que el comportamiento ético que se le exige deriva de la opción libre y personal de servir a la sociedad como funcionario público y, por otro lado, que esta exigencia es indispensable para cumplir a cabalidad el rol institucional previsto por la Constitución.

52 Las *teorías procedimentales* como la de Kant o Habermas; así como las contractualistas como la de John Rawls plantean la idea según la cual, la ética no sería algo que está dado, sino que se construye entre todos los actores que actúan como creadores de la norma ética, a la vez que constituyen sus destinatarios. De esta manera se armoniza la idea del control, la exigencia, la libertad y el compromiso. Habermas, en sus Escritos sobre Moralidad y Eticidad, afirma que “la moralidad integrada en el Derecho positivo ha de tener más bien la fuerza trascendedora de un procedimiento que se regule a sí misma, que controle su propia racionalidad...” Jürgen Habermas, *Escritos sobre Moralidad y Eticidad*, Madrid, Paidós, 1998, p. 154.

virtudes mundanas y civiles.⁵³ Para Gustavo Zagrebelsky “la democracia es la única forma de régimen político que respeta mi dignidad en la esfera pública, me reconoce la capacidad de discutir y decidir sobre mi existencia en relación con los demás.”⁵⁴

En la mayoría de regímenes contemporáneos se verifica un giro de ciento ochenta grados, que va desde modelos en los que el poder imponía una forma de actuar de sus súbditos; hasta llegar a un modelo según el cual las ciudadanas y ciudadanos son quienes exigen conductas éticas a sus gobernantes y funcionarios; de ahí que, la expedición de un código deontológico es un compromiso político por el cual se ofrece a la comunidad que se prestará el mejor servicio posible, de acuerdo con las atribuciones y competencias previstas en la constitución y la ley.

En este orden de pensamiento, la primera pregunta por despejar es la relativa al tipo de institución que la sociedad espera que seamos y no sobre aquello que estamos dispuestos a entregarle. Para ello es indispensable considerar que los órganos de administración de justicia electoral no son órganos aislados, por el contrario, están insertos dentro de un modelo constitucional específico, que establece metas explícitas y jurídicamente exigibles, en el marco de ese pacto social llamado Constitución.

En este sentido, la ética funcional que promovemos para lograr su concreción práctica debe codificarse en metas posibles y públicas, periódicamente revisadas sobre la base de indicadores técnicamente concebidos, lo que permite maximizar la utilidad del gasto público, en correspondencia con el principio de austeridad; pero además tiene que estar en armonía con una planificación global, que en Ecuador se expresa en el Plan Nacional para el Buen Vivir.

Por otra parte, los principios relativos a la prestación de servicios públicos en general, así como los de la administración de justicia y los de la

53 Norberto Bobbio, *De senectute y otros escritos biográficos*, Madrid, Taurus, 1997, p. 137.

54 Gustavo Zagrebelsky, *Contra la Ética de la Verdad*, Madrid, Trotta, 2010, p. 112.

“Función Electoral, en particular, constituyen, desde un enfoque ético, virtudes institucionales expresadas en máximas tendientes a alcanzar el mejor sistema de administración de justicia electoral posible.

Para identificar a las denominadas *virtudes institucionales* procederé a enumerar ejemplificativamente los principios que recomiendo considerar en la elaboración de un código deontológico que regirá al interior de un órgano jurisdiccional.

Así, la Constitución, los sujetos políticos y la ciudadanía en general exigen que la administración de justicia electoral se desarrolle de acuerdo con principios macros de garantía de derechos, orientación hacia el buen vivir, solidaridad, posibilidad de dictar medidas alternativas para permitir el acceso y defensa de derechos e intereses de personas provenientes de colectivos tradicionalmente discriminados,⁵⁵ para lo cual habrá de considerarse que el Estado es responsable de “[...]la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos”, según lo expone el artículo 11, número 9, inciso segundo de la Constitución de la República.

A este catálogo de principios, que le son comunes tanto a políticas públicas como a servicios públicos, la institución que ejerce funciones contencioso–electorales, por su naturaleza de órgano jurisdiccional, es signatario de los principios que rigen al sistema de administración de justicia, en general.

Más allá de entender que la eficacia en el ejercicio de la potestad jurisdiccional es requisito indispensable para la tutela efectiva de todos y cada uno de los derechos fundamentales; y como tal, la *última ratio* de un sistema garantista; el código deontológico está llamado a establecer mecanismos

55

Constitución de la República, Art. 65.

y protocolos institucionales armónicos con la optimización práctica de principios como el de independencia interna y externa,⁵⁶ autonomía, gratuidad, publicidad, oralidad, concentración, contradicción y el principio dispositivo.⁵⁷ Para Joaquín Ruiz Pérez “sin independencia funcional no hay juez, sino funcionario. Sin libertad interior no hay juicio, sino orden o capricho. La independencia es atributo esencial de la jurisdicción.”⁵⁸

Por su parte, el artículo 117 de la Constitución ecuatoriana reconoce entre los principios que guían el accionar de los órganos de la Función Electoral los de “[...]autonomía, independencia, publicidad, transparencia, equidad, interculturalidad, paridad de género, celeridad y probidad.”

A esta gama de principios entrelazados e interdependientes tienen que aparejarse mecanismos estratégicos que permitan cumplir las funciones y atribuciones asignadas a la institución por mandato constitucional y legal, a sabiendas que de acuerdo con el artículo 226 de la Constitución ecuatoriana “Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley.”

Una vez identificados los principios que guían nuestras actuaciones institucionales es indispensable promover un debate amplio y participativo, interno y externo, sobre la forma de encontrar el camino que permita alcanzar niveles cercanos a la perfección en el ejercicio de las atribuciones que el ordenamiento jurídico otorga; para lo cual, la idea del bien, en sentido

56 La independencia entre funciones de estado no puede ser interpretada como aislacionismo; por el contrario, la propia Constitución, en su artículo 226 prevé como deber primordial para toda institución la de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución; lo cual es lógico si consideramos que la distribución de competencias está repartida en instituciones con competencias excluyentes, pero que, en conjunto se tutelan derechos caracterizados por su interdependencia. Bajo este criterio, el aislacionismo se convierte en ineficiencia, lo cual constituye un antivisor ético, en el sentido funcional al que nos estamos refiriendo.

57 Constitución de la República, Art. 168.

58 Joaquín Ruiz Pérez, *Juez y Sociedad*, Bogotá, Temis, 1987, pp. 34 y 35.

funcional y sistémico; tiene que partir de premisas hasta cierto punto utilitarias, de las que se desprendan exigencias conductuales específicas para servidoras y servidores públicos, en diferentes puestos de trabajo.

Claramente, la experiencia vivencial de las virtudes funcionales incrementan la confianza de la ciudadanía, por lo que la elaboración de un código deontológico también persigue finalidades políticas que buscan legitimar y posicionar a sus autoridades; por lo que, los mandamientos éticos *autoimpuestos* por las instituciones adquieren el estatus de compromiso formal con la excelencia y con la democracia, siempre de cara al escrutinio social, al que toda autoridad está sometida en democracia.

El Código de Ética y las virtudes funcionales

El compromiso político democrático que se asume con la expedición de un código deontológico se expresa en, al menos, dos sentidos hacia “afuera”: por una parte, se asume un comportamiento que busca la excelencia funcional que permita elevar los estándares de calidad del servicio que se presta; para lo cual, cada jueza o juez se compromete a ser cada vez más claro y contundente en justificar las decisiones que se adopten. Este compromiso político de motivar nace de una declaración unilateral coherente con el principio de soberanía popular, según el cual, quien ejerce una potestad pública la recibe del soberano, pero adquiere también la obligación de rendirle cuentas, por tratarse de una potestad delegada y como tal tiene que someterse al control de sus representados.

Hacia adentro, todo órgano de la administración pública que expide un código deontológico en un contexto democrático, tiene el deber de establecer mecanismos que democratizen sus estructuras internas, su gestión e inclusive algunas decisiones administrativas.

Estamos claras y claros que democracia implica igualdad en derechos y esto, a su vez, que autoridades y personal de libre nombramiento,

junto con el personal de carrera y de servicio entablen relaciones fraternas y horizontales, mutuamente respetuosas ya que lo único que nos diferencia es el rol que asumimos y las responsabilidades derivadas de estos roles. En el caso de juezas y jueces, siendo pues quienes deciden, se presentan como la mente y la voz de una institución hacia afuera. Desde un punto de vista ético-social, las juezas y jueces pueden asumir técnicas de fundamentación normativistas estrechas o; por el contrario, adoptar posiciones realistas, las mismas que son más compatibles con los ideales de justicia. En palabras de Enrique Haba, la “[...] fundamentación normativista una ética de *ir-responsabilidad* para los jueces, en cuanto a los efectos que para los seres de carne y hueso ocasionan las decisiones judiciales. Por el contrario, las fundamentaciones realistas presuponen aceptar una ética de la *res-ponsabilidad* de los propios jueces por buena parte de las consecuencias *prácticas* que acarrearán sus fallos”.⁵⁹

Para ello, esta suerte de ola democratizadora institucional debe manifestarse desde el génesis de su elaboración. Un código de ética para que sea materialmente efectivo tiene que ser asumido por sus destinatarios como el camino hacia su máximo desarrollo profesional y la perfección de la función social que hemos asumido; de ahí que, debe optarse por metodologías participativas, dialógicas y flexibles que permitan conocer los criterios de los diferentes niveles de gestión, para que el compromiso ético que se adquiera sea interiorizado por cada individuo, puesto que, y según se dijo, no puede existir conducta ética que no sea libre.

La falta de libertad, anula por concepto, la elección moral y, la posibilidad de dirigir actos hacia la consecución del bien. José Campillo Sainz es del criterio que “la coercibilidad destruye el carácter moral de un acto y que la falta de coercibilidad, en términos generales, quita su carácter de jurídica a una norma.”⁶⁰

59 Enrique P. Haba, “Metodología realista-crítica y fética del razonamiento judicial”, en *Revista DOXA* No. 25, Alicante, Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, Epigraifc, 1989, p. 52.

60 José Campillo Sainz, *Introducción a la Ética Profesional del Abogado*, México D.F. Porrúa, 2005, p. 21.

El carácter participativo del establecimiento de códigos de conducta ética y la necesidad de interiorizar preceptos por parte de funcionarias y funcionarios, nos permite pensar en establecer disposiciones que obliguen a revisiones periódicas y a realizar los ajustes que fueren necesarios. Lo dicho se fundamenta en cuanto el ingreso de nuevo personal, así como la salida o remoción de los actuales, llaman a que cada generación de funcionarios reafirme sus votos de servicio para con la institución y la comunidad; para lo cual, se requiere de una normativa ética que se la asuma como propia. “Los códigos de ética judicial, elaborados por quienes han de ser sus propios destinatarios están así mismo en mejores condiciones de cumplir más acabadamente su fin, a saber: fortalecer la confianza de la población en la justicia, confianza que resulta necesaria para el funcionamiento de un Estado democrático de derecho.”⁶¹

También es importante una revisión continua, en cuanto conviene desarrollar una conciencia institucional basada en lo que Norberto Bobbio denomina la *ética del laberinto* en la que, de antemano conocemos que existe una salida y un procedimiento para llegar a ella; no obstante, al entrar en un laberinto, empezamos por elegir azarosamente caminos que, aunque fueren incorrectos, permiten aprender de lo sucedido y a evitar tomar ese camino nuevamente, este proceso de prueba-error nos permitirá perfeccionar el sistema adoptado, cualquiera que este fuese.

Otro punto a considerar, y que debe ser materia de un profundo debate, se relaciona con la eventual tipificación de infracciones morales y el establecimiento de sus correspondientes sanciones, toda vez que esta materia está regida transversalmente por el *principio de legalidad* o principio de reserva de ley, según lo reconoce el artículo 9 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y artículo 14, número 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; sin perjuicio de constar en casi todos los regímenes de derecho interno.

61 Stefanie Ricarda Roos y Jan Woischnik, *Códigos de Ética Judicial*, Montevideo, Konrad Adenauer- Programa Estado de Derecho para Sudamérica, 2005, p. 49.

La falta de competencia para tipificar infracciones, así como para establecer las respectivas sanciones puede ser superada si se opta por un sistema focalizado en medidas reparativas y expresiones institucionales de censura;⁶² pero en ningún caso, franquea la posibilidad de fijar penas en sentido estricto. Las medidas reparativas pueden ser muy variadas y dependen de la falta en la que se incurrió; así como del daño causado; de ahí que tampoco pueden ser taxativamente consideradas.

Resultaría conveniente que, en caso de optar por la creación de un tribunal de ética se considere entre sus miembros a personas legas, pero de alta respetabilidad,⁶³ coincidiendo en parte con Hobbes en cuanto aboga porque todas las juezas y jueces juzguen en equidad toda vez que él entendía que la equidad “es la ley de la razón.”⁶⁴ Por otra parte, podría pensarse en desarrollar procesos internos reservados, a fin de precautelar el buen nombre de servidoras y servidores injustamente acusados, evitando así que el escándalo mediático empañe carreras intachablemente construidas a través de años.

Con lo hasta aquí desarrollado, podemos enunciar algunos de los principios, por haber sido generalmente aceptados por los códigos deontológicos modelo, como el Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial, dictado en la XIII Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada en Santo Domingo, República Dominicana, en junio de 2006 o el Estatuto del Juez Iberoamericano (Tenerife, 2001), sin antes advertir que la identificación de principios es la base fundamental en la elaboración de todo código deontológico, toda vez que las reglas que lo desarrollarán; así como los modelos institucionales escogidos, son únicamente derivaciones de estos

62 Este tipo de medidas correctivas adaptadas a las consecuencias del acto dañoso han sido establecidas en otros códigos de ética, como por ejemplo en el Código de Ética Judicial de la provincia de Córdoba-Argentina.

63 En ocasiones, la práctica judicial o el ejercicio profesional del abogado litigante hace que el sentido común vaya perdiendo cada vez mayor espacio en la toma de decisiones jurídicas, lo cual nos recuerda al mito de Protágoras en el que cuenta que Prometeo, cuando terminó de distribuir las facultades necesarias para alcanzar la felicidad de los seres humanos, se dio cuenta que a esta especie le faltaba *eubolia* que no es otra cosa que la cordura para tomar decisiones comunes, por lo que la paz nunca habría de reinar entre ellos.

64 Thomas Hobbes, *Diálogos entre un filósofo y un jurista*, Madrid, Tecnos, 1992, pp. 24 y 25.

postulados mayores. Entre los principios más importantes, tenemos: la justicia, la fortaleza, la prudencia y la templanza, recordando las cuatro virtudes cardinales aristotélicas desarrolladas en su *Ética para Nicómaco*.⁶⁵

La *justicia*, superando la clásica concepción de dar a cada uno lo que le corresponde, podemos decir que un tribunal es justo, cuando evita o sanciona el abuso del derecho por parte de alguien, a la vez que tutela efectivamente el derecho de todos, adoptando para el efecto medidas necesarias, idóneas y proporcionales, de acuerdo con el conflicto jurídico del que se trate.

La *fortaleza* se encuentra en la inquebrantable voluntad de servir al derecho y a la justicia, aun cuando pudiesen surgir tentaciones ante la promesa de beneficios económicos o políticos que son ofrecidos a cambio de consumir alguna injusticia.

La *prudencia*, siendo la madre de todas las virtudes, según el propio Aristóteles, consiste en encontrar la medida exacta y conveniente entre los derechos que se tutelan a plenitud y aquellos que seden para armonizarse con los primeros. La prudencia se identifica con el juicio de proporcionalidad, en cuanto equilibra pretensiones jurídicas legítimas pero contrapuestas. “Esta virtud de la prudencia es la que en cada caso da la medida de las otras virtudes, especialmente de la justicia.”⁶⁶

La *templanza* tendría que ver con la intolerancia e inflexibilidad ante lo incorrecto, lo injusto, lo inmoral; así como la implacable lucha contra la impunidad.⁶⁷

65 “Es, pues, la virtud hábito voluntario, que en respecto nuestro consiste en una medianía tasada por la razón y como la tasaría un hombre dotado de prudencia; y es la medianía de dos extremos malos, el uno por exceso y el otro por defecto; asimismo por causa que los unos faltan y los otros exceden de lo que conviene en los afectos y también en las acciones; pero la virtud halla y escoge lo que es medio. Por tanto, la virtud, cuanto a lo que toca a su ser y a la definición que declara lo que es medianía, es cierto la virtud, pero cuanto a ser bien y perfección, es extremo.” Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, versión electrónica de libre consulta, disponible en: leerlibrosonline.net/*etica-a-nicomaco-aristoteles*/ p. 41 (fecha de consulta: 05-09-2013).

66 Javier Solano Ayala, “Algunas exigencias fundamentales de la *Ética Judicial*”, p. 10, versión electrónica de libre acceso, disponible en: www.justiciaslanuis.gov.ar/.../%5Carchivos%5CAcad... (fecha de consulta, 06-09-2013).

67 Tomás de Aquino amplía un poco la clasificación aristotélica de virtudes intelectuales y virtudes morales; no obstante, por su alto contenido religioso y trascendental, no será considerado en este trabajo.

Estas virtudes cardinales se entretrejen con otros principios que buscan elevar los niveles de prestigio y confianza en la autoridad por parte de sus colegas, colaboradores, sujetos políticos y con la ciudadanía en términos generales.

Entre los principios más relevantes podemos citar: *conciencia funcional*, a la que nos hemos referido insistentemente; *Independencia*; lo cual no puede equipararse con aislacionismo. La independencia se basa en el sometimiento únicamente al derecho y a la justicia; de hecho, una de las estrategias más importantes para evitar la injerencia partidista, a la vez que incrementa la confianza en la jueza o juez es la coherencia en sus decisiones. Un manejo técnico de un sistema de precedentes jurisprudenciales y la consolidación de sus líneas, en base a criterios estables y satisfactoriamente motivados que permitan que la autoridad jurisdiccional desarrolle un escudo de estabilidad decisional, ante la inestabilidad pendular que caracteriza a la política y a la alternancia en el ejercicio del poder. Por otra parte, “la confianza pública en el judiciary es esencial para mantener la independencia judicial que pone en vigor el estado de derecho[...]”.⁶⁸

En cuanto a la *Imparcialidad*, la autoridad encargada de administrar justicia no puede guiar sus decisiones llevada por los afectos o desafectos que tuviere respecto de alguna de las partes procesales.

La *capacitación permanente* de todo el personal es la única forma de estar a la altura de los desafíos presentes y futuros. La comunidad demanda, y con razón, que las personas más cualificadas en todas las ramas del conocimiento sean quienes ejerzan las máximas dignidades públicas; de ahí que, la capacitación marca la diferencia entre un buen juez y un cada vez mejor juez. Pero, como el conocimiento es una herramienta con la que se puede favorecer a una administración de justicia electoral más eficiente y garantista, también podría perfeccionarse formas más sofisticadas de corrupción, de tráfico de influencias y otros actos indebidos; es por ello que el juez perfecto, por sobre cualquier consideración, debe ser *honesto*.

68 Jeffrey M. Sharman, *Ética Judicial: independencia, imparcialidad e integridad*, Washington, Departamento de desarrollo Sostenible-División de Estado, Gobernabilidad y sociedad civil, p. 9.

Por otra parte, se requiere que una jueza o juez capacitado y coherente con sus más elevados criterios de justicia y servicio a la comunidad, no haga lo mínimo exigido por la Constitución y la ley, pues se trata de una autoridad *diligente*. Necesitamos juezas y jueces comprometidas con la consecución del buen vivir, desde todas las ramas del quehacer público; por lo que, la desidia y la apatía deben ser funcional y socialmente censurable.

En este sentido, una servidora o servidor público que conozca sus obligaciones éticas, que cuente con destrezas para ejecutarlas y la firme determinación para desarrollar su actividad profesional dentro de los máximos niveles de “lo bueno”, tiene que saber trabajar en equipo, ser *afable*, *humilde* respecto a lo que sabe y *generoso* para compartirlo; para el cual, es necesario que se adopten medidas que favorezcan a crear un ambiente laboral caracterizado por la cortesía y el respeto recíproco, evitando las barreras que colocan las odiosas consideraciones jerárquicas y, mucho menos, prejuicios de tinte racistas, sexistas, misóginos, homofóbicos; de intolerancia religiosa, política o cualquier otra forma de discriminación basado en características accidentales de las personas; de ahí que toda forma de discriminación tiene que ser reprimida con severidad.

Por otra parte, la calidad de servidora o servidor público no se suspende con la finalización de la jornada laboral sino que se transporta con el dignatario, en todo momento; razón por la cual, *el decoro* representa una exigencia inherente a la dignidad de jueza o juez y para los demás funcionarios; aún más si se considera que el capital político de la jueza o juez se sustenta exclusivamente en la confianza y reconocimiento público de su probidad y sabiduría. De acuerdo con esto, poco respeto inspirará una autoridad abandonada a los vicios y a los excesos mundanos, por más brillante que esta fuere al momento de cumplir con sus obligaciones oficiales.

A las virtudes funcionales señaladas agregaría aquella que tiene que ver con el *secreto profesional*, ya que poco bien le hace a la imagen institucional el hecho que una jueza o juez divulgue información privada que hubiere llegado a su conocimiento, en virtud del ejercicio del cargo. Actos como

estos, no solo afectan la honra, la intimidad y el buen nombre de las personas; sino que además mengua la confianza social en la institución, deslegitima el ejercicio de esta potestad pública, bajo un contexto democrático.

Una tarea pendiente de los programas educativos del derecho es hacer una reorientación de sus estilos y contenidos para fomentar que su enseñanza sea acorde con las necesidades de una política pública democrática. Todas las estructuras jurídicas, definiciones y doctrinas se deben enseñar, evaluar y recrear en términos de los valores democráticos y de los objetivos sociales señalados en la Constitución.⁶⁹

En definitiva y a manera de conclusión, el desarrollo vivencial de un código deontológico es un compromiso para con la comunidad, la misma que retribuye legitimando el accionar de sus autoridades, pero también es un compromiso de excelencia, en la que todas y todos estamos llamados a ser mejores y a desarrollar a plenitud un plan de vida personal, libremente elegido y sin otra exigencia que la vocacional.

Por ello, es importante mirar casa adentro e identificar mecanismos que permitan que las personas se sirvan de la institución para alcanzar la máxima expresión de su profesionalismo, a la vez que actúen como medios para que la institución alcance el mayor grado de solidez que le fuere posible, en términos funcionales, administrativos y políticos, atendiendo a uno de los ocho principios éticos identificados por Aurelio Fernández, en relación a la moral política; según el cual, “el bien particular y el bien común no se contraponen[...]”.⁷⁰ y muchas veces, como ocurre en el campo institucional, el bien particular y el institucional, se confunden.

69 Carlos Ríos, “La Literatura y el Cine como herramientas para la formación ética de los jueces” en *Revista Isonomía* No. 22, México D.F., Universidad Iberoamericana, 2005, p. 208.

70 Jaime Baquero, *Ética para Políticos y Juristas*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009, p. 134.

Bibliografía

- Alexy Robert, La fórmula del peso en: Carbonell, Miguel edit., *El Principio de proporcionalidad y la Interpretación Constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, versión electrónica de libre consulta, disponible en: leerlibrosonline.net/**etica-a-nicomaco**-aristoteles/
- Atienza Manuel, Ética Judicial: ¿Porqué no un Código de Deontológico para jueces?, en *Revista Jueces para la Democracia*, número 46, marzo de 2003.
- Barberis, Mauro, *Ética para Juristas*, Madrid, Trotta, (2008).
- Jaime Baquero, *Ética para Políticos y Juristas*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009
- Bobbio, Norberto, *De senecture y otros escritos biográficos*, Madrid, Taurus, 1997.
- Campillo Sainz, José, *Introducción a la Ética Profesional del Abogado*, México D.F. Porrúa, 2005.
- Díaz Elías, *Ética contra Política*, Madrid, Fontamara, 2s. reimpresión, (2004).
- Díaz Romero Juan, “El A, B, C de la Deontología Judicial”, versión electrónica de libre acceso, disponible en: <http://www.eft.com.ar/doctrina/articulos/alabc.htm>
- Haba, Enrique P., Metodología realista-crítica y ética del razonamiento judicial, en *Revista DOXA* No. 25, Alicante, Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante. Epigraifc, (1989).
- Habermas Jurgen, *Escritos sobre Moralidad y Eticidad*, Madrid, Paidós, (1998).
- Thomas Hobbes, *Diálogos entre un filósofo y un jurista*, Madrid, Tecnos, (1992).
- Nieto, Alejandro, *El malestar de los jueces y el modelo judicial*, Madrid, Trotta, (2010).
- Peces-Barba, Gregorio, *Ética, Poder y Derecho*, Madrid, Fontamara, 1a reimpresión, (2004).
- Roos, Stefanie Ricarda y Woischnik, Jan *Códigos de Ética Judicial*, Montevideo, Konrad Adenauer- Programa Estado de Derecho para Sudamérica, (2005).
- Ríos, Carlos, La Literatura y el Cine como herramientas para la formación ética de los jueces, en *Revista Isonomía* No. 22, México D.F., Universidad Iberoamericana, (2005).
- Ruiz Pérez, Joaquín, *Juez y Sociedad*, Bogotá, Temis, (1987).

Rumoroso Rodríguez, José Antonio, La imparcialidad y el Código Iberoamericano de Ética Judicial, Revista de Filosofía No. 39, Rioja, Universidad de Rioja, (2011)

Luis Vigo, Rodolfo, *Ética y Responsabilidad Judicial*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, (2007).

Solano Ayala, Javier, Algunas exigencias fundamentales de la Ética Judicial, p. 10, versión electrónica de libre acceso, disponible en: www.justiciasanluis.gov.ar/.../.%5Carchivos%5CAcad...

Zagrebelsky, Gustavo, *Contra la Ética de la Verdad*, Madrid, Trotta, (2010).

ENFOQUE GENERAL A LOS DELITOS DE ORIGEN ELECTORAL Y SU POSIBLE INCORPORACIÓN EN LA LEGISLACIÓN PENAL ECUATORIANA

Bolívar Espinoza Astudillo⁷¹

Las Fuentes del Derecho Electoral

En el sistema jurídico ecuatoriano, las fuentes del Derecho tienen como vertiente principal la Constitución de la República. Desde éste ámbito, no debemos descuidar los Convenios e Instrumentos internacionales, así como la Jurisprudencia y el complementario con la doctrina.⁷²

La Constitución de la República, como Fuente del Derecho Electoral en General

Posterior a la Constitución de Montecristi, en el Ecuador se puso en línea de aplicación y práctica un sinnúmero de políticas e instituciones; entre ellas se creó una nueva función, la Función Electoral, a la que le corresponde, por mandato constitucional, “garantizar el ejercicio de los derechos políticos que se expresan a través del sufragio. [...] La Función Electoral estará

⁷¹ Abogado de la Universidad Central del Ecuador, concesión de beca, para desarrollar la especialidad en Derecho Penal de la Universidad Andina “Simón Bolívar”; Becado por la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo para ejecutar la Maestría en Relaciones Internacionales. Gracias al auspicio de la Fiscalía General del Estado de Ecuador, desarrolló pasantías en la Fiscalía General de España, en la Fiscalía de Cooperación Internacional, concomitantemente con el Curso de la “Unión Europea”. Publicaciones: en la Revista “Forum” de la Universidad Andina “Simón Bolívar”: “Estudio Teórico Práctico del Delito de Trata de Personas con fines de explotación sexual y su prueba en el proceso penal”. Presta mis servicios en la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia.

conformada por el Consejo Nacional Electoral y el Tribunal Contencioso Electoral”.⁷³

Así, el Consejo Nacional Electoral, está conformado por cinco consejeros o consejeras principales, en funciones por un período de seis años; se renovarán parcialmente cada tres años. Entre las funciones del Consejo Nacional Electoral, constan las siguientes:

1. Organizar, dirigir, vigilar, garantizar, de manera transparente, los procesos electorales, convocar a elecciones, realizar los cómputos electorales, proclamar los resultados, y posesionar a los ganadores de las elecciones.
2. Designar los integrantes de los organismos electorales desconcentrados.
3. Garantizar la transparencia y legalidad de los procesos electorales internos de las organizaciones políticas y las demás que señale la ley.
4. Ejecutar, administrar y controlar el financiamiento estatal de las campañas electorales y el fondo para las organizaciones políticas.⁷⁴

El Tribunal Contencioso Electoral, en la actualidad “se conforma por cinco miembros principales, que ejercerán sus funciones por seis años. El Tribunal Contencioso Electoral se renovará parcialmente cada tres años, dos miembros en la primera ocasión, tres en la segunda y así sucesivamente. Existirán cinco miembros suplentes que se renovarán de igual forma que los principales.”⁷⁵ Contará con un Presidente o Presidenta la cual se elegirá de entre sus miembros principales; y ejercerá el cargo por tres años.

Corresponde al Tribunal Contencioso Electoral:

1. Conocer y resolver los recursos electorales contra los actos del Consejo Nacional Electoral y de los organismos desconcentrados, y los asuntos litigiosos de las organizaciones políticas.
2. Sancionar por incumplimiento de las normas sobre financiamiento,

73 Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449: 20 de octubre de 2008

74 Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449: 20 de octubre de 2008

75 Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449: 20 de octubre de 2008

propaganda, gasto electoral y en general por vulneraciones de normas electorales.

3. Determinar su organización, y formular y ejecutar su presupuesto.

Sus fallos y resoluciones constituirán jurisprudencia electoral, y serán de última instancia e inmediato cumplimiento.⁷⁶

El mecanismo de acceso a la Función Electoral es a través de un concurso público de oposición y méritos y su designación le corresponde al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.

Legislación Internacional Electoral

En este contexto, es importante señalar algunos tratados internacionales que regulan los derechos políticos, por cuanto se incorporan normas que tienden a precisar el derecho de votar y ser votado, así como la igualdad entre hombre y mujer. Cumplen especial papel como fuente de aporte al Derecho Electoral los principales Convenios que se detallan a continuación:

A. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1996

Artículo 25. Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:

- a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos.
- b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores.

76

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449: 20 de octubre de 2008

c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

B. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Artículo XX. Toda persona legalmente capacitada tiene derecho de tomar parte en el gobierno de su país, directamente o por medio de sus representantes, y de participar en las elecciones populares, que serán de voto secreto, genuino, periódico y libre.

C. Convención Americana sobre Derechos Humanos

Artículo 23. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

- a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos,
- b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y
- c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

D. Convención Interamericana sobre la Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer

Artículo 1. Las Altas Partes Contratantes convienen en que el derecho al voto y a ser elegido para un cargo nacional no deberá negarse o restringirse por razones de sexo.⁷⁷

77

Edy Izaguirre, *Medios de Impugnación en Materia Electoral*, México D.F., Liber Iuris Novum, 2012.

El Derecho Penal Electoral

Diversos autores han considerado al derecho penal como la rama del derecho público, que tiene por objeto el estudio de los delitos, el delincuente y la pena; por su carácter fragmentario solamente se ocupa del tratamiento penal derivado de algunas conductas básicas, típicas y antijurídicas que están dotadas de sanción penal.⁷⁸

El derecho electoral es la rama del derecho constitucional que, dotado de un alto grado de autonomía, regula los procesos a través de los cuales la sociedad como entidad colectiva constituida en electorado, procede a la integración de los órganos del Estado, a la sustitución periódica de sus titulares, así como aquellos procesos en que el mismo electorado interviene en la función legislativa o en la definición de una cuestión crítica de política nacional, por medio de la iniciativa, el referéndum o el plebiscito, según sea el caso.⁷⁹

Objeto Del Derecho Penal Electoral

El derecho penal electoral tiene como objetivo principal, preservar los valores e intereses que protege y ampara cada delito en particular, por lo tanto el objeto de tutela será garantizar la transparencia, la legalidad y el pleno ejercicio de la libertad para todos los que intervienen en un proceso electoral.

El derecho penal electoral es la *ultima ratio* y a través de sus fórmulas distintas tiene como objetivo que los electores, los candidatos, los funcionarios de mesa electoral, los servidores públicos, los funcionarios electorales y los ministros de culto religioso tengan comportamientos que fortalezcan los procesos comiciales en cuanto a los principios y valores que

78

Roxin Claus, *Teoría del tipo Penal*, Buenos Aires, Ed. De palma, 1979.

79

Universidad Nacional Autónoma de México, Diccionario Jurídico Mexicano, México D.F, Ed. Porrúa,

1982.

deben rodear toda elección.⁸⁰

El Derecho Procesal Electoral, ¿En qué consiste?

Ecuador, como la mayoría de países en la comunidad americana, ha incorporado en su sistema jurídico el Derecho Electoral como mecanismo de fortalecimiento al sistema democrático y respeto al derecho a la buena administración y gobierno que exige una sociedad. Antes de desarrollar los ítems que componen este artículo es importante partir de una definición clara y sólida de lo que es el Derecho Procesal Electoral.

Para ello hemos de mencionar a Ovalle Favela, que define al derecho procesal electoral como “la rama especial que se ocupa del estudio de las normas y los principios jurídicos que regulan el proceso y los medios de impugnación, a través de los cuales se solucionan las controversias sobre los actos de la autoridad, relacionadas con los procedimientos electorales.” Es mediante los recursos y juicios contemplados en el sistema de medios de impugnación a que se refiere la LGSMIME⁸¹ como se combate cualquier falta a la legalidad y constitucionalidad, y se vela por la aplicación de los principios democráticos que deben observar las autoridades electorales en los actos atinentes a la renovación de los poderes de elección popular durante un proceso electoral.⁸²

Se ha de retener que el Derecho Penal Electoral es la rama del Derecho Público que en el ámbito penal tipifica los delitos y determina las sanciones a que se hace acreedor quien incurre en alguna conducta delictiva dentro del proceso de preparación y realización de una elección.⁸³

80 (Zamora, Delitos Electorales)

81 Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral. México

82 Edy Izaguirre, *Medios de Impugnación en Materia Electoral*, México D.F., Ed. Liber Iuris Novum S.

82. (Zamora, Delitos Electorales)

83 Zamora. Arturo (2000). *Delitos Electorales*. México D.F. Ángel Editor.

En resumen, el Derecho Procesal Electoral es una rama del Derecho especializada y efectiva para hacer prevalecer los principios y reglas democráticas que deben observar los actores en los procesos electorales, todo esto a través de garantías procesales y orgánicas.⁸⁴

La Regulación de los Delitos Electorales en el nuevo Código Orgánico Integral Penal

Avance significativo ha sido el que en la Sección décima del Borrador del Libro Primero del Código Orgánico Integral Penal, que viene estudiando la Comisión de Justicia y Estructura del Estado perteneciente a la Asamblea Nacional, haya incorporado en los Art. 318 a 323, en seis apartados los “Delitos Contra los Derechos de Participación”, pues es la primera vez, que un instrumento legal de esta categoría aborda el tema electoral desde la perspectiva de la persecución penal con el objeto de garantizar el derecho a una democracia.

Ecuador, a través del desarrollo legislativo, poco a poco, va consolidando tanto sus formas democráticas de administración como el importante control de acceso de los ciudadanos al poder de administración; con este objeto, se han precisado este tipo de delitos que consisten en la tipificación de actos antijurídicos que en términos generales atentan contra:

- El secreto
- La universalidad,
- Libertad; y,
- La individualidad del sufragio.⁸⁵

A continuación y a fin de incrementar un valor agregado a este trabajo, haremos un breve análisis a los posibles artículos que pretenden aprobarse como elementos del Código Integral Penal; y que dan lugar a

84 (Izaguirre, Medios de Impugnación en Materia Electoral)

85 (Zamora, Delitos Electorales)

efectos jurídicos en la persecución penal de los mismos a la Fiscalía General del Estado, institución que conserva la función de investigar y perseguir los delitos de acción pública.

Ahora bien, empezaremos nuestro estudio con el proyecto de Art. 318, que dispone:

Art. 318.- Obstaculización de proceso electoral.- La persona que impida u obstaculice un proceso electoral en cualquiera de sus fases, será sancionada con una pena privativa de libertad de seis meses a dos años. Si la persona responsable es un servidor público, también procederá con la inhabilitación de ejercicio de cargo público por un año.⁸⁶

El interés del legislador establece en primer lugar que este es un delito que puede ser cometido en primer lugar por cualquier tipo de persona natural o jurídica; distinguiendo la conducta punible de obstaculizar el proceso electoral, para ello la consecuencia jurídica de este comportamiento será la aplicación de una pena privativa de libertad, sumado a un agravante de que si ejerce la condición de servidor público quedará inhabilitado para el ejercicio de su cargo. El legislador entiende que esta conducta delictiva merece tal sanción por la intensidad del daño causado al obstaculizar el proceso electoral en cualquiera de sus fases, lo que podría desfigurar el ejercicio del derecho al voto como significación política sumamente importante.

Art. 319.- Obstaculización del ejercicio de los derechos de participación.- La persona que impida u obstaculice el ejercicio de los derechos de participación de una o más personas será sancionado con pena privativa de libertad de uno a tres años. Si la persona responsable es un servidor público, también procederá con la inhabilitación de ejercicio de cargo público.

⁸⁶ Comisión de Justicia y Estructura del Estado-Asamblea Nacional. "Borrador del Libro Primero del Código Orgánico Integral Penal"

Interesa el estudio del comportamiento dispuesto en obstaculizar el ejercicio de los derechos de participación, por cuanto exterioriza la conducta que en algunas de las ocasiones transgrede el derecho de participación que cualquier ciudadano podía ejercer.

El acto de participar, que consiste en una conducta voluntaria, da lugar al acceso al poder de la sociedad en general, que puede verse obstaculizado por diversos grupos que en un momento determinado, de mala fe, crean impedimentos en dicha participación.

Art. 320.-Sustracción de papeletas electorales.- La persona que se sustraiga o sustituya fraudulentamente papeletas de votación a los electores, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años, y pérdida de los derechos de participación por igual tiempo.

Este tipo de delito, solo podrá cometerlo quien cuente con la categoría de servidor público, encargado de una Junta Receptora del Voto, su requisito fundamental, contar con un nombramiento de secretario, presidente o vocal electoral.

El tipo penal prevé distintos modelos de conducta a través de los cuales se utilicen las papeletas electorales, solamente se habla de sustracción y sustitución de forma fraudulenta. Se entenderá por Sustracción: retirar el documento sin causa alguna; y por Sustitución: el cambio de un documento por otro.

Art. 321.-Falso sufragio.- La persona que se presente a votar con nombre supuesto o que votare en dos o más parroquias, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a seis meses y pérdida de los derechos de participación por igual tiempo.

Esta figura contempla la conducta de duplicidad en el voto y suplantación de identidad, intentando a través de ello condicionar el voto de

los ciudadanos en un determinado sentido; sin embargo, para configurar tal delito, simplemente bastará con verificar, a través de un cruce de información, la identidad del ciudadano en el momento del sufragio.

Art. 322.- Fraude electoral.- La persona que altere los resultados de un proceso electoral o impida su escrutinio o difusión, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años. Si la persona responsable es un servidor público además de la pena privativa de la libertad quedará inhabilitado para el ejercicio de cargo público.

Como indica la doctrina este delito es alternativo, ya que las conductas típicas se integran por diversas vías; así, el hecho de alterar los resultados e impedir el escrutinio o difusión de resultados, da lugar de inmediato al inicio de proceso un penal: se pretende sancionar este tipo penal a quienes incurran en prácticas viciadas al momento de la elección, que produzcan dudas sobre el resultado; puede consistir en cualquier mecanismo de engaño o bien tratarse del aprovechamiento de cualquier error en el que puedan incurrir los funcionarios miembros de la junta receptora del voto.

Art. 323.- Acoso político.- Las personas que realicen acciones sistemáticas de presión, hostigamiento, amenazas o cualquier acto de violencia contra una persona que tengan por objeto restringir o impedir su acceso a puesto de elección popular o que tengan por un fin de obstruir el cumplimiento de funciones o forzar la renuncia al cargo de autoridad de elección popular, serán sancionados con pena privativa de libertad de treinta y un a noventa días y multa de veinte a cincuenta salarios básicos unificados, considerando la gravedad del delito y la inhabilitación para desempeñar un cargo público.

Con respecto al acoso político, el nuevo código orgánico penal integral, utiliza esta figura, con el objeto de prever que causas como la presión, hostigamiento, amenazas o cualquier acto de violencia, impidan la participación ciudadana a optar por cargos de elección popular; ya que la costumbre ha indicado que estos mecanismos son utilizados en grandes dosis,

especialmente en procesos electorales, a fin de producir modificaciones en la voluntad de los ciudadanos que desean ejercer el derecho de participación. Serán motivos suficientes los que se hace alusión para entender un acoso político, el cual viene de forma indirecta a obstruir el proceso electoral.

Antes de dar paso a las características de estos delitos, se ha de precisar que, el objeto de protección del Derecho Penal Electoral, desde el ámbito general pretende que aquella función electoral que está en proceso de desarrollo sea adecuada; y, que esta acción “democrática”, se encuentre enmarcada dentro de una libertad de expresión clara y auténtica de la voluntad popular, a través del mecanismo de un pleno sufragio, desarrollo normal y transparente de un proceso electoral en cuanto a la transparencia y limpieza de ejecución, contar con la garantía de que el voto debe ser secreto como consecuencia de la opción libre por una candidatura.⁸⁷

Todo esto, tiene un objetivo principal; y, como señala la doctrina, se pretende:

- a. Garantizar la permanencia democrática de todas las instituciones públicas que conforman el Estado,
- b. Garantizar la permanencia de los partidos políticos, y
- c. Garantizar el respeto a la voluntad de quienes tienen derecho a intervenir o participar en los procesos comiciales.

Así, para que el voto alcance su verdadera naturaleza para la cual fue creado, es necesario que éste se manifieste de forma libre, independiente y razonada de la voluntad del elector; las elecciones deberán realizarse en clima de total libertad, con información verdadera de las ofertas propuestas de los candidatos; y, libres de una mera ficción o estado emocional, creado por el futuro candidato, a la sociedad; puesto que sin los componentes principales de transparencia, objetividad y verdad, tendrían cierto componente de manipulación social.⁸⁸

87 (Zamora, Delitos Electorales)

88 (Zamora, Delitos Electorales)

Características De los Delitos Electorales:

Una vez que hemos revisado los posibles proyectos de artículos, que se pretenden incorporar en la legislación ecuatoriana, conviene desglosar, las características principales de los delitos electorales, por cuanto, estas nos facilitarán, ir desarrollando los posibles elementos que delinearán, en su debido momento, la investigación penal.

A) Tiene vigencia dentro de un determinado espacio de tiempo:

Una de las razones por las que abordamos el espacio de la vigencia en el tiempo del delito electoral es diferente al resto de delitos, por cuanto se presentan en condiciones que solamente tienen lugar en el desarrollo de los procesos electorales; de ahí la importancia que cobra el precisar de manera concreta el cómo medimos su espacio de temporalidad, su componente antijurídico y su impacto de afectación de una u otra manera al proceso electoral.

El paso primero para concluir, en el juzgamiento de estos delitos, será la existencia dentro de un espacio de tiempo, el cual deberá consumarse desde la determinación formal del proceso electoral, por la autoridad competente, hasta que se agote el último de los recursos que cualquiera de los candidatos haya interpuesto y asuman los cargos para los cuales fueron elegidos.

B) ¿Cuáles son las víctimas y cuál es el imputado?

Por razonamiento lógico, el Estado viene a constituirse la principal víctima, como representante de la ciudadanía, el cual se ve afectado por la lesión del bien jurídico protegido de la “libertad electoral” y como señala la doctrina el “valor a la integridad.”

El denunciado, imputado o acusado, de acuerdo con los tipos penales que hemos señalado, podría ser: el servidor público, concepto en el cual, para modo de entender en aplicación de la ley, están comprendidos, los servidores que forman parte de los organismos públicos y que prestan algún servicio a la ciudadanía, o cualquier persona que maneja la concesión de un servicio público. Se incorpora el concepto de persona, que podrá ser natural o jurídica, pudiendo ser responsable de cometer este tipo de conducta.

C) Es un delito especial:

El Fiscal especializado está obligado a probar todos los elementos constitutivos del delito electoral, para lo cual debe establecer los elementos suficientes, tanto desde su temporabilidad hasta el mismo “cuerpo del delito”. Al momento que enunciamos que es un delito especial para probar, especialmente por ser necesario demostrar tanto la acción como la omisión correspondiente productora del resultado ilícito.⁸⁹

D) Posee elementos de análisis fundamental:

Como indicábamos anteriormente, este delito especial, tiene dos componentes, el objetivo y el subjetivo, los cuales deben no ser solo materia de análisis para el futuro fiscal que tendrá que impulsar la acción penal, sino para el legislador, a fin de no descuidar elementos claves que deben contener estos delitos.

E) Los elementos estructurales del tipo

Los delitos electorales pueden ser analizados desde los elementos constitutivos siguientes: a) El objeto jurídico, llamado también bien protegido por la norma u objeto material. b) Los tipos penales en blanco y los tipos cerrados, c) Los tipos que tienen la característica de ser básicos frente a los derivados que a su vez se subdividen en agravado y atenuados, d) Los tipos

penales que contienen elementos descriptivos así como los normativos, e) los tipos autónomos frente a los delitos dependientes.⁹⁰

F) Los delitos electorales frente a los sujetos que intervienen tanto activo como pasivo

Estos delitos por la naturaleza del sujeto que intervienen en su consumación, tanto activa como pasiva, podrán analizarse desde las formas de autoría o participación que admite cada figura penal. a) En algunos casos la figura delictiva exige la participación conjunta o de una sola persona. b) Se analizará la calidad del sujeto pasivo del delito, si se trata de una persona física, jurídica o bien la ciudadanía en general.

G) Los delitos electorales se analizarán desde la consideración de la acción prevista en el delito

Se deberá tomar en cuenta, por la forma de su manifestación de la conducta, si se trata de delitos de acción o de omisión. b) En consideración al elemento subjetivo del tipo injusto, aquellos ilícitos que se cometen dolosamente o por imprudencia. c) Por el grado de ejecución, en los llamados delitos consumados o los que en su forma imperfecta se consideran realizados en fase de tentativa. d) Según el número de actos o la duración del delito, la división entre delitos considerados como instantáneos frente a los permanentes y continuados; e) De conformidad con la formulación del delito, los que tienen la condición de ser genéricos frente a los casuísticos o alternativos o acumulativos. f) Por el efecto que produce la acción en el objeto motivo de la protección, los llamados delitos de lesión frente a los de peligro. g) De acuerdo con la relación existente entre la acción y el objeto de la acción, los delitos de mera actividad frente a los de resultado.⁹¹

90 (Zamora, Delitos Electorales)

91 (Zamora, Delitos Electorales)

H) Bien Jurídico Tutelado

La intención del legislador en la tipificación de este tipo de delitos, básicamente está destinada a proteger ciertos valores humanos y que éstos se conviertan no solo en intereses personales sino sociales y del Estado. El bien jurídico a protegerse en este tipo de delitos es la transparencia, la limpieza de los procesos electorales, así como el marco de libertad en que se debe desenvolver el ciudadano al momento de votar, son algunas de las garantías previstas por los delitos electorales por lo que el bien jurídico puede presentarse de manera distinta tomando en cuenta la variedad de comportamientos que puede afectar: la libertad electoral, la seguridad para los funcionarios de casillas, la seguridad en el manejo de documentos electorales, la autenticidad electoral y sobre todo la seguridad de los electores al momento de emitir su voto.

Además se puede considerar como objeto de protección: la respetabilidad, la imparcialidad, la seguridad y la exactitud de la función electoral.⁹²

El Autor Reyes Tayabas, mediante los delitos electorales se tutela además el proceso electoral en general y al Estado político de los ciudadanos en cuanto comprende los derechos del voto activo y pasivo, así como el de asociarse o reunirse pacíficamente para tomar parte en los asuntos políticos del país, plasmado éste en la formación de partidos políticos.⁹³

Formas de Persecución del Delito

Existen diversas formas de perseguir el delito, todo esto desde el enfoque de ir recabando los elementos necesarios para fundamentar la acusación.

92 (Zamora, Delitos Electorales)

93 (Zamora, Delitos Electorales)

Así, en el caso de los delitos electorales, en todas sus posibles manifestaciones que pudieren darse, siempre será necesario una complementación, la cual podrá estructurarse de acuerdo con disposiciones generales de la normatividad especializada, y algunos otros complementos provenientes de instrumentos internacionales, terminando con un enfoque desde la perspectiva administrativa que vincula a los servidores públicos.

La materialidad de la infracción, en el caso de los delitos electorales desde la perspectiva general, podrá consistir en determinar a la persona cuando ejerce violencia para que vote a favor de un determinado partido o candidato o cuando se altera el contenido original de una papeleta electoral, credencial o certificado de votación.

Si bien es cierto en la acción penal, una acción eficaz y eficiente en una democracia y en un Estado moderno de derecho, no debe convertirse en una acción destinada a que por objeto de intereses políticos se desarrolle como mecanismo de persecución, la extensión y el accionar de la Fiscalía dependerá del ejercicio de los valores democráticos y legales que existan razonadamente para el inicio de procedimientos penales, pues un abuso excesivo de aquello, podría generar falta de credibilidad y persecución política legitimada.

Clases de Medios de Impugnación en el Derecho Electoral:

Los principales actores de los procesos electorales, tales como ciudadanos, candidatos, personas físicas o jurídicas, partidos políticos, organizaciones o movimientos populares, están en toda su facultad para, a nombre propio, o por medio de sus representantes legítimos, según corresponda, y de conformidad con la legislación aplicable, combatir a través de los medios y mecanismos legales existentes, como lo son los medios de impugnación, todos y cada uno de los actos, resoluciones, sentencias que surjan en el desarrollo de un proceso electoral, siempre y cuando tengan vinculación directa con esta materia. A continuación hacemos una breve descripción de las dos posibilidades existentes de activar estos mecanismos, junto con los principios sobre los cuales debe desarrollarse:

Dentro de los medios de impugnación en el Derecho Electoral, éstos pueden darse desde dos vías, la una, la vía administrativa, y la otra activando de forma directa el órgano jurisdiccional.

Por la vía administrativa, los medios de impugnación electoral, se activan a través del quehacer del Tribunal Contencioso Electoral, en la que, los afectados –partidos políticos, candidatos o ciudadanos–, pueden oponerse a cualquier acto, resolución electoral de naturaleza administrativa, mediante un procedimiento que está regulado, a fin de que el mismo órgano o autoridad decida sobre la controversia respectiva.⁹⁴

Con respecto a la vía por el órgano jurisdiccional, todos ellos se rigen, para el caso de la existencia de un proceso penal, por las reglas previstas en la etapa de impugnación, sin dejar de lado la posibilidad de activar la acción extraordinaria de protección, que corresponde de forma exclusiva a la Corte Constitucional.

Estos medios de impugnación fueron implementados a fin de hacer prevalecer la constitucionalidad y legalidad emitidas por las autoridades electorales y partidistas, cuya competencia variará dependiendo de la magnitud y trascendencia del acto que se combate,⁹⁵ los sistemas de medios de impugnación en materia electoral, para hacer prevalecer la supremacía que regulan las impugnaciones electorales, se basan en ciertos principios claves, al momento de su resolución, que son: a) el de Constitucionalidad y legalidad: que enmarca a todos los actos que dicten las autoridades partidistas electorales, conforme a la Constitución; b) Definitividad: Esto es que los medios de impugnación; “lo cual se prevé con la finalidad esencial de otorgarle certeza al desarrollo de los comicios, así como seguridad jurídica de los participantes en los mismos”; c) Inatacabilidad: Que son susceptibles de acudir a una instancia con el carácter jurisdiccional a fin de decidir de forma directa el acto impugnado; d) Temporabilidad; es decir, dentro del

94
95

<http://www.bibliojuridica.org/libros/1/92/21>. Visitada.13.septiembre.2013.
(Zamora, Delitos Electorales)

proceso electoral, durante algunas de sus etapas, e incluso fuera de éste, puede presentarse el medio de impugnación idóneo, dependiendo del acto que se pretende impugnar. e) Competencia, debe estar claramente señalado, por las autoridades, ante quién, se debe presentar, sustanciar y resolver cada uno de los medios de impugnación. f) Legitimidad: Los actores del proceso electoral –ciudadanos, candidatos, partidos políticos, organizaciones o agrupaciones políticas– que tengan un interés legítimo, pueden ser partes en el sistema de medios de impugnación en materia electoral; g) Garantías Judiciales: Implica el establecimiento constitucional de órganos jurisdiccionales para la solución de conflictos que garanticen su independencia e imparcialidad. h) Legalidad: Todos los actos deben ser sustentados en una norma jurídica. j) Publicidad: en materia electoral se exige que la publicidad de la demanda, así como de las resoluciones que se dicten al resolver alguno de los medios de impugnación, se lleve a cabo en sesión pública, convocada para el efecto; k) Igualdad: No deberá concederse privilegios a ninguna de las partes, ni tampoco imponer restricciones o cargas accesorias para el ejercicio de un derecho. l) Gratuidad: No deben exigirse garantías económicas para la realización de una actuación judicial.⁹⁶

Estos principios, durante el desarrollo de la impugnación permitirán no solo el fortalecimiento democrático, sino también garantizar un derecho a una buena administración y acceso a una justicia de calidad; ya que al ser resueltas las impugnaciones propuestas, como debe ser podrían garantizar de forma efectiva y eficaz los recursos interpuestos, facilitando de esta manera el desarrollo transparente de la justicia, como mecanismo de garantía de los derechos de participación de los ciudadanos en particular, y de los derechos y prerrogativas de los partidos políticos en general.

 96

(Izaguirre, Medios de Impugnación en Materia Electoral)

Bibliografía:

- Zamora, Arturo. *Delitos Electorales*. México D.F. Editorial: Ángel Editor. (2000)
- Congreso Iberoamericano de Justicia Electoral (2004). *Justicia Electoral y Consolidación Democrática* Ponencia presentada en México – Acapulco.
- Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449: 20 de octubre de 2008
- Comisión de Justicia y Estructura del Estado-Asamblea Nacional. “Borrador del Libro Primero del Código Orgánico Integral Penal”
- Edy. Izaguirre Treviño (2012). *Medios de Impugnación en Materia Electoral*. México D.F Ed. Iuris Novum.
- Universidad Nacional Autónoma de México. 1982.*Diccionario Jurídico Mexicano*. México D.F. Ed. Porrúa
- Roxin. Claus . (1979) *Teoría del tipo Penal Buenos Aires*. Ed. De Palma.

UNA REFLEXIÓN SOBRE LA PRIVACIÓN DEL DERECHO AL VOTO DE LA PERSONA CONDENADA PENALMENTE

(Disenfranchisement por condena: ¿la última extensión pendiente al sufragio?)

Carolina Santana Sabbagh⁹⁷

Nuestra República ha madurado, el derecho al voto, una vez un privilegio exclusivo, se ha expandido de manera constante a lo largo de los ejes de clase, raza, género y edad. La votación se piensa como un poder universal. Sin embargo, los condenados por delitos graves quedan solos como la última clase de ciudadanos adultos sanos sin un derecho protegido de contribuir a la elección de quién va a gobernar. (Schall 2006, 53)⁹⁸

97 Abogada, egresada *Magna Cum Laude* de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, República Dominicana. Ha realizado investigaciones, escritos y publicaciones sobre temas de derecho público, especialmente temas constitucionales, penitenciarios y relativos a derechos humanos y fundamentales. Es profesora de Derecho Constitucional en la Universidad Iberoamericana (UNIBE), Santo Domingo, República Dominicana.

98 La traducción es nuestra. Versión original: “*Our republic has matured, the right to vote, once an exclusive privilege has steadily expanded along the axes of class, race, gender and age. Voting is now thought of as a universal power. But those convicted of felonies stand alone as the last class of sane adult citizens without a protected entitlement to contribute to the choice of who will govern.*”

El *Disenfranchisement* desde la historia y la teoría del Estado

La pérdida de los derechos políticos de los personas condenadas parece encontrar sus inicios en la Antigua Grecia donde se les imponía a los castigados el régimen de *timoria* que consistía en “una forma colectiva de olvidar” a un individuo y requería que el ciudadano “desapareciera de la polis para que su acto cesara de contaminar el honor colectivo” (Pettus, 25 y 31)⁹⁹. Todo parece indicar que este concepto emigró a la Antigua Roma bajo el nombre de *infamia*, cuyos titulares estaban bajo la prohibición de ocupar cargos públicos y votar (Schall 2006, 54)¹⁰⁰.

Con la inmigración e influencia romana en Europa se exportó hasta el viejo continente la noción y el uso de la pérdida de los derechos políticos. Más tarde, con la colonización de nuestro continente, esta práctica llegaría a América (Schall, 2006, 54-58). Una vez en el continente Americano, y bajo la influencia de la filosofía política lockiana, y las teorías de Rousseau y Hobbes, el *disenfranchisement* fue justificado y sustentado haciendo uso, entre otras, de la teoría del Contrato Social. Desde entonces y hasta la fecha en los argumentos a favor de la validez y en el recuento de los fundamentos de la figura se ha hecho referencia al *Segundo Tratado* de John Locke.¹⁰¹ Tal ha sido el caso en la sentencia *Green v. Board of Elections of the City of New York*, en la que el Juez Friendly justificó la medida estableciendo que “la temprana exclusión de los condenados de la franquicia por muchos estados pudo bien haber descansado en el concepto de Locke, tan influyente en esos tiempos, de que al entrar en la sociedad ‘cada hombre autoriza a la sociedad [...] la legislatura de la misma, para hacer leyes en nombre de él, como lo requiera el bien común de la sociedad, a la ejecución de lo cual [...] se debe.’ De un hombre que incumple las leyes que ha autorizado a su agente a hacer para su propia gobernanza, podría creerse justamente que ha abandonado el derecho a

99 Katherine Irene Pettus, *Felony Disenfranchisement in America: Historical Origins Institutional Racism and Modern Consequences*, LFB scholarly publish LLC. La traducción es nuestra.

99. Jason Shall, *The consistency of felon disenfranchisement with citizenship theory*, Harvard Blackletter law journal, Vol 22, 2006, p. 54. Sobre esta particular ver también Op. cit., (Pettus, *Felony Disenfranchisement*pp. 36 y siguientes)

100 Shall, Jason. (2006). *The consistency of felon disenfranchisement with citizenship theory*. Harvard Blackletter law journal. Vol 22. p. 54. Sobre esta particular ver también Op. cit., Pettus (pp. 36 y siguientes.)

101 John Locke, *Segundo Tratado Sobre Gobierno Civil*.

participar en la administración de [la sociedad].”¹⁰²

Las ideas de Rousseau y otros contractualistas también han sido formuladas como fundamento de las normas de *disenfranchisement*. Se ha hecho referencia sobre todo a la idea de Rousseau de que “cualquier malhechor, atacando el derecho social, se hace por sus maldades, rebelde y traidor a la patria; violando sus leyes deja de ser uno de sus miembros; y aun se puede decir que le hace la guerra” pues ha violado el Contrato Social y por ello no debe considerarse más miembro del estado.¹⁰³

En la sentencia del caso *Shepherd vs. Trevino*, el Tribunal estimó que aquellas personas que han “manifestado una antipatía fundamental a las leyes criminales del Estado o de la nación, violentando aquellas leyes suficientemente importantes como para ser clasificadas como delitos graves [...] han incumplido el contrato social y, como personas dementes, han suscitado dudas sobre su habilidad de votar responsablemente.”¹⁰⁴

Sin embargo, resulta dificultoso, a lo menos, sostener la figura del *disenfranchisement* sobre cimientos liberales. En este sentido, Jeffrey Reiman ha señalado, entre otras cosas, que las teorías del *disenfranchisement* basadas en las ideas liberales antes expuestas, solo pueden encontrar anuencia bajo dos “caminos” posibles pero solo aparentes. El primero es aquel que indica que el criminal parece haber retractado su decisión de suscribir el contrato, y al retractarse pierde el rol otorgado a él por el contrato para la determinación de las leyes. Mientras que el segundo “camino” es aquel que comprende que el delincuente se pone a él mismo en estado de naturaleza o en estado de guerra. Debido a que “no hay autoridad política en el estado de naturaleza, y la autoridad política es al menos inefectiva en el estado de guerra” es necesario deducir que la persona ha perdido su propio derecho a participar

102 Green v. Board of Elections of City of New York, 380 F.2d 445, 451 (2d Cir. 1967).

103 Jean-Jaques Rousseau, *El contrato social*, Capítulo V, en: <http://pendientedemigracion.ucm.es/info/bas/utopia/html/rousseau.htm>

104 *Shepherd v Trevino*, 575 F. 2d 1110, 1115 (5to Cir. 1978).

“en la dirección de esa autoridad” (Reiman 2005, 10).¹⁰⁵

No obstante, bien indica Reiman (2005) que el primer argumento parte de una suposición errónea cuya equivocación radica en que “romper una promesa no es lo mismo que negar que la promesa era vinculante, ni viceversa”. En este orden de ideas, para este autor “violar el contrato no es negar que era vinculante”, y, consecuentemente, no equivale a retirar el acuerdo o suscripción del contrato. Por su parte, el segundo argumento es, a su juicio, bastante débil pues considera que el retorno al estado de naturaleza ha sido sugerido por Locke únicamente para el crimen de matar a otro y recuerda que es el mismo Locke quien señala que cada transgresión puede ser castigada tan solo al grado y con la severidad que sean estrictamente necesarios para que el ilícito sea un “mal negocio” para el transgresor de la ley, para darle motivos para arrepentirse y para disuadir a otros de la comisión del acto. Por ello, Reiman ha interpretado que la vuelta al estado de naturaleza consiste, desde el punto de vista liberal y contractual, en una de las penas más gravosas, aceptada por la teoría lockiana únicamente si cumple con los fines antes mencionados y con la exigencia de proporcionalidad, de lo que se deriva que no todo ilícito penal debe conllevar *disenfranchisement*, sino únicamente, desde el punto de vista estrictamente lockiano, aquellos que realmente lo ameriten en base a un criterio de necesidad (Reiman 2005, 10). Sin embargo, en cuanto a este particular otros han razonado que, tal y como indicaba la sentencia del caso *Shepherd vs. Trevino*, la pérdida de los derechos resultantes del incumplimiento del contrato social es proporcional al incumplimiento en sí, pues una decisión de ignorar las leyes resulta en una exclusión del sujeto del proceso de hacerlas (Schall 2006, 77).

De todas formas, Schall reconoce, en una cita que aunque extensa, vale la pena transcribir, que: “A pesar de su atractivo inicial, el uso de la teoría del contrato social para defenderse del *disenfranchisement* es en realidad engañoso. Bajo un régimen de *disenfranchisement*, un individuo que viola el

contrato social sigue siendo obligado por los términos del contrato, incluso después de haber sido despojado de la posibilidad de tomar parte en las decisiones políticas”. Sin embargo, la doctrina del contrato no permite que la parte perjudicada force al violador del contrato el cumplimiento de sus obligaciones contractuales sin que el lesionado viole el contrato él mismo.

El contrato puede ser terminado o la parte perjudicada puede aceptar la representación, pero la parte perjudicada no puede limitarse a recoger y elegir qué términos se mantendrán y cuáles no. Dicho recurso carece de fundamento y es, en esencia, lo que el juez Friendly ratifica con su argumento. Cuando un individuo incumple con el contrato social mediante la comisión de un delito grave, “paga daños y perjuicios” al soportar el castigo asociado con el crimen en particular. Pero el delincuente queda sujeto a las leyes de la sociedad, lo que necesariamente significa que el contrato sigue (o es inmediatamente renovado).

Según Locke, una persona sólo está sujeta a las leyes de una comunidad si ella entra en forma explícita o implícita en el contrato social. Los que no forman parte de la comunidad mantienen la libertad que disfrutaban en el estado de naturaleza, mientras que los que sí forman parte de la comunidad tiene voz en la toma de decisiones políticas realizadas por la sociedad. Locke no habla de un estatus intermedio mediante el cual se tiene las restricciones propias de un miembro de la sociedad, sin un papel de acompañamiento en la determinación de las restricciones: “la libertad del hombre, en la sociedad, es estar bajo ningún otro Poder Legislativo, más que el establecido, por consentimiento, en el Commonwealth. [...] “ El que se somete a las leyes de una sociedad sin haber tenido la oportunidad de participar en el proceso legislativo vive bajo el dominio de los que tienen la franquicia. La privación del sufragio consigna a los criminales a una situación no prevista por la teoría del contrato social por la cual son gobernados sin su consentimiento.” (Schall 2006, 77-78)

Otros autores han expuesto su inconformidad con la idea de fundamentar el *disenfranchisement* por condena utilizando las teorías del

contrato social, por considerarlo “inapropiado y obsoleto” (Levine 2009, 224)¹⁰⁶ así como por entender que bajo estos términos estaríamos ante un Contrato Social “unconscionable” (excesivo e irrazonable) puesto que sería exageradamente favorable para una parte y a la vez una opción significativamente excluyente para la otra (Jhonson-Parris 2003, 132-138)¹⁰⁷, y que, como ha señalado la Corte Europea de Derechos Humanos, “no puede simplemente asumirse que todo el que cumple una condena ha incumplido el contrato social” (Corte Europea de Derechos Humanos 2005, 30).¹⁰⁸

Otras teorías han sido empleadas para favorecer el *disenfranchisement* por condena, esta vez sobre cimientos republicanos, es decir, sobre la idea de que, contrario a la creencia de enfoque individualista, propia de los liberales, los lazos cívicos (“*civic bonds*”) que unen a los miembros de determinada sociedad, deben primar frente a los intereses y derechos individuales (Schall 2006, 84). En palabras de Gordon S. Wood (1969, 1051), los republicanos tienden a ver al ciudadano democrático como un cuerpo que se mantiene unido por el interés común, como una única pieza orgánica y no como un individuo aislado.¹⁰⁹

De manera más puntual, la teoría republicana podría argumentarse a favor del *disenfranchisement* en el sentido de que las personas condenadas por ilícitos penales han demostrado no tener la intención de situar el interés público sobre el propio, supuesto este que los descalifica para la participación en el debate político (Schall 2006, 88).

Dentro de la interpretación republicana, se destacan dos teorías: la de la pureza de las urnas o “*the purity of the ballot box*” y la de el voto

106 Levine, Eli L. (2009). Does the Social Contract justify felony *Disenfranchisement*? Washington University Jurisprudence Review 193. Disponible en: <http://digitalcommons.law.wustl.edu/jurisprudence/vol11/iss1/5>

107 Jhonson-Parris, Afi S. (2003) Felon *Disenfranchisement*: The Unconscionable Social Contract Breached. Virginia Law Review, Vol. 89, No.1 (Marzo de 2003), 109-138.

108 Hirst v. The United Kingdom (No.2) [6 de Octubre de 2005] (Solicitud no. 74025/01) Gran Camara, Corte Europea de Derechos Humanos, Estrasburgo, 7 (b), p.30.

109 Wood, Gordon S. (1969). The Creation of the American Republic 1776-1787, 58, citado por Ewald, Alec C. (2002). Civil Death: The Ideological Paradox of Criminal *Disenfranchisement* Law in the United States. Wisconsin Law Review 1045, 1060, a su vez citado por Op. Cit., Schall 2006, 84.

subversivo o “*subversive voting*”. En resumidas cuentas, estas teorías sugieren que la pureza de las urnas debe ser preservada y que para hacerlo es necesario que a las mismas no tenga acceso el voto de personas que no tienen en cuenta el bien común. Adicionalmente, en el caso de la teoría del voto subversivo, se alega que mediante el *disenfranchisement* se pretende evitar que el condenado haga uso del voto para promover leyes y políticas tendentes a perjudicar a la sociedad. Sin embargo, la doctrina mayoritaria ha terminado por decantar ambas teorías estableciendo que la naturaleza de los supuestos sugeridos por la doctrina de la pureza de las urnas es casi mítica y poco razonable y que la teoría del voto subversivo carece de fundamento toda vez que resulta difícil establecer realmente si el voto del condenado sería tendente a lastimar el bien común y que privar a alguien de su derecho al voto basándonos en cómo podría votar es una negación de los principios más básicos de cualquier sistema democrático.¹¹⁰

Por último, otros teóricos republicanos como Thomas Pangle, sugieren que el *disenfranchisement* es una forma de educación cívica sobre el voto responsable, pero esta teoría es descartada por estudiosos como Reiman (2005, 8) que argumenta que “la inclusión de los condenados en el proceso político puede proveer también una lección cívica valiosa al público en general.”¹¹¹

Propósito del *disenfranchisement* como castigo

Ante todo se hace necesario presentar los argumentos que han sido expuestos en contra y a favor de la idea del *disenfranchisement* como castigo. Por ejemplo, la Suprema Corte de los Estados Unidos, en *Trop vs. Dulles (1958)*, señaló que la pérdida del derecho al voto tiene como propósito establecer una base razonable sobre la elegibilidad para votar, estas normas son entendidas como normas no penales y la ejecución de las mismas como

110 Bien lo ha señalado Schall (2006, 81): “*Nothing could be more abhorrent to a liberal-democratic system than for certain individuals to be excluded from the franchise based on how they would vote.*”

111 La traducción es nuestra.

ejercicio del poder de regular la franquicia (es decir, los derechos políticos).¹¹² Sin embargo, en la doctrina ha sido aceptado casi por unanimidad que las normas de *disenfranchisement* son “punitivas en su diseño y resultado”¹¹³, pues, a pesar de lo expuesto por el Tribunal estadounidense, la pérdida del derecho al voto, al igual que la pérdida del derecho a la libertad personal, resulta como consecuencia de una condena por la comisión de un ilícito penal y, en algunos casos, el derecho es readquirido una vez cumplida la condena, aunque en otros la pérdida es permanente.

Establecido lo anterior, se hace necesario evaluar si el *disenfranchisement* cumple alguno de los propósitos que debe servir todo castigo. Como se puede inferir del *Segundo Tratado sobre gobierno civil* de John Locke, las penas deben disuadir, rehabilitar, retribuir o incapacitar.

Bien lo explicó Rousseau y, en similares términos también Hobbes: la pena debe procurar siempre la conservación de la sociedad y de los individuos que la conforman, tendiendo a que se mantengan ambos fuera de peligro, e incapacitando al delincuente para la comisión de otro acto reñido con la ley.

Cualquier malhechor, atacando el derecho social, se hace por sus maldades rebelde y traidor a la patria; violando sus leyes deja de ser uno de sus miembros; y aun se puede decir que le hace la guerra. En tal caso la conservación del Estado es incompatible con la suya; fuerza es que uno de los dos perezca; y cuando se hace morir al culpable, es menos como ciudadano que como enemigo. El proceso y la sentencia son las pruebas y la declaración de que ha roto el pacto social y de que por consiguiente ya no es un miembro del estado. Mas como ha sido reputado tal, a lo menos por su residencia, se le debe excluir por medio del destierro como infractor del pacto, ó por la muerte como enemigo público [...] No hay hombre, por malvado que sea, á quien no pueda hacerse bueno para alguna cosa. No hay derecho para hacer morir, ni aun para que sirva de escarmiento, sino á

112 Suprema Corte de los Estados Unidos (1958) *Trop v. Dulles*, 356 U.S. pp. 86, 96–97.

113 Op. Cit., Ewald, “Civil Death”, 1058.

aquel, á quien no se puede conservar sin peligro. (Rousseau, Capítulo V)

En lo referente al *disenfranchisement* por condena, cabe destacar que esta finalidad es alcanzada mediante la imposición al infractor de medidas privativas de libertad. Despojarlo de su derecho al voto muy difícilmente cumplirá con la finalidad de incapacitarlo para la comisión de otro ilícito penal. Como hemos argumentado anteriormente (ver *supra*), algunos teóricos alegan que el *disenfranchisement* pretende conservar la pureza de las urnas y evitar el voto subversivo, al hacerlo se pretende “incapacitar” al condenado de “contaminar” las urnas con su voto y de orquestar legislaciones y políticas públicas que favorezcan la criminalidad y perjudiquen al Estado y los demás suscriptores del pacto. Sin embargo, la carencia de arraigo en la realidad propia de estas teorías, que se caracterizan porque sus temores son prácticamente imposible de ver materializados y por la ausencia de evidencia científica que hable a favor de su razonabilidad, hace que sea difícil y hasta ilógico establecer que mediante el *disenfranchisement* el propósito de incapacitar se ve satisfecho.

Nos corresponde ahora evaluar la disuasión como finalidad del *disenfranchisement*. La disuasión que debe procurar cualquier castigo debe ser de dimensión dual: una dimensión general y una específica. Con la disuasión general se pretende apartar a los demás de la comisión de ilícitos penales. Por su parte, con la disuasión específica, se pretende influir en el comportamiento del infractor para evitar su reincidencia en el delito. Estas nociones están presentes en las obras de Locke, Hobbes y Rousseau quienes señalaron que la pena debe ser la causa por la que otros decidan no cometer ilícitos penales. Sin embargo, debido a que muchas veces el infractor, potencial o consumado, no conoce las normas sobre *disenfranchisement* (Cardinale 2004, 12-15)¹¹⁴ es difícil que la medida sirva a su fin disuasorio.

114 Cardinale, Matthew (2004). Triple-Decker *Disenfranchisement*: First-Person Accounts of Losing the Right to Vote among Poor, Homeless Americans with a Felony Conviction. The Sentencing Project. Disponible en: http://www.sentencingproject.org/doc/publications/fd_tripledecker.pdf

Esto es especialmente cierto en aquellos países donde el disenfranchisement por condena es permanente pues aun tras la puesta en libertad del infractor, y suponiendo que el mismo reincida, su derecho al voto no será perdido nueva vez, pues no habrá vuelto a ser titular del mismo, ni volverá a serlo.

Quizás una de las reflexiones más importantes sobre la finalidad de la medida es la relativa a si facilita o no la rehabilitación del condenado. Los castigos demasiado frecuentes, como ha indicado Rousseau, son un indicador de que el sistema de justicia criminal no está funcionando apropiadamente pues podría significar que los infractores penales no están siendo rehabilitados y puestos en “el camino correcto”. La experiencia sobre reforma penitenciaria a nivel regional y mundial ha arrojado luz acerca de los efectos negativos del rechazo social en el proceso de rehabilitación y reinserción. La ONG *Sentencing Project* ha levantado información acerca de los sentimientos que se registran en los internos en razón del *disenfranchisement*. Se reportan sentimientos como rechazo, exclusión, alienación, ausencia de confianza, rabia y apatía. (Cardinale 2004, 8-11). Todos ellos nocivos para el proceso de reinserción social, reeducación del interno y rehabilitación. Por el contrario, el ejercicio del sufragio ha sido considerado por muchos, incluyendo a Levine (2009, 223) y Schall (2005, 75) como un ejercicio que induce a la virtud y a la consideración del bien común por parte del individuo infractor. Mediante el bloqueo de estos beneficios, señalan, puede estarse promoviendo la reincidencia en el delito, en lugar de reducirla.

Por último, nos corresponde establecer si el *disenfranchisement* cumple con la finalidad retributiva. La teoría de la retribución como propósito del *disenfranchisement* es débil. En primer lugar, con la pérdida del derecho al voto, el infractor no devuelve a la sociedad lo que le ha destruido o lo que le ha quitado. En segundo lugar, y visto desde otra perspectiva, la justicia estrictamente retributiva es considerada hoy en día como una “venganza institucionalizada” (Levine 2009, 218) que sirve muy poco al bien común y al bien del interno. Por el contrario, la justicia retributiva era

propia de los primeros sistemas de castigo, tal y como se evidencia de los diálogos y textos socráticos y platónicos, y ya no encuentran cabida en los sistemas penales actuales que, lejos de tener como norte la venganza, deben procurar la reducción de la criminalidad y la rehabilitación de la persona condenada.¹¹⁵

Validez y constitucionalidad del *disenfranchisement*:

Precisamente porque se ha concluido que el *disenfranchisement* no cumple apropiadamente con ninguna de las finalidades a las que hacíamos referencia anteriormente, una parte de la doctrina se ha referido al *disenfranchisement* como castigo cruel e inusual, sobre todo en los casos en que el derecho al voto no es restituido ni siquiera tras el cumplimiento de la pena privativa de libertad, o de la sanción penal impuesta (ver Dietrich)¹¹⁶. A ello se ha arribado, además, en virtud de las violaciones al derecho internacional sobre derechos humanos y al principio de razonabilidad que supone la imposición permanente (y también la temporal) del *disenfranchisement*.

Un sinnúmero de instrumentos internacionales declaran el derecho al voto como un derecho humano,¹¹⁷ y al hacerlo someten su regulación a principios como el de mínima intervención, razonabilidad, *indubio pro-homine*, igualdad, entre otros. Por ello, las normas y políticas de *disenfranchisement*, para ser válidas, deben pasar la prueba de la razonabilidad y la proporcionalidad, así como encontrar en sus cimientos ausencia total de categorías sospechosas. En cuanto a este último particular, puede establecerse que algunas de las teorías utilizadas para sustentar o justificar la pérdida de los derechos políticos de los condenados, puntualmente, la relativa al voto subversivo (ver *supra*) pretenden validar el *disenfranchisement* alegando

115 Sobre este particular (propósito del *disenfranchisement* como castigo) ver también: Steinacker, Andrea (2003). The Prisoner's campaign: Felony *Disenfranchisement* Laws and the Right to hold public office. *Bringham Young University Law Review*. pp. 801 a 828.

116 Dietrich, Ryan. (Fecha no indicada). More Primitive than Torture: Felon *Disenfranchisement* as Cruel and Unusual Punishment. Disponible en: <http://userpages.umbc.edu/~dietrich/cert%20paper%20website%20version.pdf>

117 Por citar algunos ejemplos: La Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, entre otros.

que el voto del infractor de la ley penal es uno más propenso a ser emitido a favor de regulaciones y políticas públicas desfavorables al bien común y beneficiosa para la criminalidad. Sin embargo, es evidente que privar a un condenado de su derecho al voto fundamentándose en la posible posición u opinión del mismo sobre asuntos políticos o regulatorios, cae dentro de las categorías sospechosas relativas a la opinión e ideología política. Es decir, no es conforme con el derecho internacional de los derechos humanos, ni con los principios constitucionales del Estado democrático moderno, despojar a una persona, condenada o no, de su derecho al voto, amparados bajo la falsa justificación de que su voto, por la ideología u opinión que lo determinaría, debería ser evitado. A todas luces, un razonamiento similar no solo vulneraría el principio democrático, sino también el derecho a la igualdad y a la no discriminación.

Adicionalmente, privar a la persona condenada de su derecho al voto resulta desproporcional e irrazonable. Si se aplica la prueba (o *test*) de la razonabilidad puede observarse que la medida no cumple con ninguno de los requisitos. La primera cuestión que debe abordarse para la evaluación de la razonabilidad de la medida es la adecuación.

Para que una norma, decisión o medida sea adecuada es necesario que sus elementos cualitativos y cuantitativos sean tendentes a alcanzar el fin que se pretende lograr, y que este, a su vez, sea un fin lícito. Sin embargo, como hemos establecido anteriormente (ver *supra*) el *disenfranchisement* no cumple ningún propósito como castigo, puesto que ni disuade, ni rehabilita, ni retribuye, ni incapacita. Por el contrario, privar a un infractor de su derecho al voto constituye una medida que aumenta las probabilidades de reincidencia del condenado, por su efecto nocivo al proceso de rehabilitación y a las políticas de disuasión, y que salvo que se acojan teorías obsoletas y vengativas, tampoco retribuye a la sociedad el bien jurídico afectado, entre otras muchas razones que ya hemos abordado anteriormente en este trabajo.

Debido a que la prueba de la razonabilidad debe ser realizada utilizando un método escalonado, es decir, que una vez reprobada la primera prueba resultaría innecesario realizar la segunda y la tercera, en teoría basta demostrar lo inadecuado de la norma o medida para considerar la misma irrazonable. Sin embargo, para fines meramente didácticos y con la intención de reforzar el argumento de la irrazonabilidad del *disenfranchisement* procederemos a evaluar también el desempeño de estas normas en las pruebas de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

La prueba de la razonabilidad exige que para considerar una norma o medida necesaria (segunda prueba) se requiere que la misma constituya la opción de menor injerencia en los derechos (también conocido como principio de mínima intervención). La satisfacción de este criterio requiere que la política o regulación cuestionada no afecte excesivamente, es decir, más allá de lo estrictamente necesario, los derechos de los que es titular la persona afectada o sobre la cual recae el acto sujeto al escrutinio.

Resulta evidente que el *disenfranchisement* como disposición inadecuada bajo los criterios de la prueba de razonabilidad, carece de fin o propósito que sirva de contrapeso para medir o evaluar la necesidad de la medida, ni si la misma ha sido diseñada bajo el criterio de mínima intervención posible. Además, una medida que priva completamente, y, en muchas ocasiones, también de manera perpetua, a una persona de su derecho humano y fundamental al voto, muchas veces indiferente a si ésta ha cumplido o no las demás sanciones impuestas por la condena, resulta, a todas luces, la mayor injerencia posible al derecho al sufragio.

El segundo criterio de la prueba de necesidad es el de subsidiariedad. El carácter subsidiario de la norma sometida a escrutinio debe manifestarse a que la misma sea aplicada únicamente como *ultima ratio*. Naturalmente ello exige que la medida solo sea aplicada cuando no haya otra opción que resulte más adecuada o cuando, por la imposición de otras sanciones, resulte un elemento que agrave excesivamente la sanción final impuesta.

Por último, la prueba de necesidad requiere que la medida sea tendente a la protección de bienes jurídicos tutelables. Para ello es pertinente recordar que desde un punto de vista teórico y práctico enarbolar las teorías del contrato social, la pureza de las urnas y el voto subversivo para alegar bienes jurídicos susceptibles de protección y supuestamente tutelados mediante medidas de *disenfranchisement*, resulta infundado.

Una vez concluidas las pruebas de adecuación y necesidad, nos corresponde someter el *disenfranchisement* al escrutinio de la proporcionalidad *stricto sensu*. Para ello, evaluaremos, en primer lugar, su relación con la gravedad de la infracción. Salvo el caso de algunos ordenamientos jurídicos, varios de los países con normas de *disenfranchisement* imponen la medida a toda persona que comete un crimen o delito, sin importar la gravedad de la infracción ni otros elementos necesarios para medir su proporcionalidad con la pérdida del derecho al voto. En esta prueba de proporcionalidad en sentido estricto también deben tenerse en cuenta la relación de la medida con los bienes jurídicos que se pretenden proteger y la finalidad de la medida, pero estos parámetros ya fueron abordados en la prueba de adecuación y necesidad y, debido a que el *disenfranchisement* no logro salir ileso de ambos escrutinios y a que la prueba de la razonabilidad está diseñada para ser utilizada de manera escalonada, resulta repetitivo e innecesario abordar otra vez estos aspectos.

Sí resulta de interés recordar que en la ponderación y armonización que deben realizarse en la prueba de proporcionalidad *stricto sensu* (y, de hecho, también en las pruebas de necesidad y adecuación, sobre todo en lo relativo a la mínima intervención), debe tomarse en cuenta el bien jurídico de la democracia como sistema de gobierno y Estado y los principios jurídico-constitucionales que le son inherentes.

Disenfranchisement por condena en el derecho comparado

En Europa, países como Albania, Azerbaiyán, Croacia, República Checa, Dinamarca, Finlandia, Lituania, Eslovenia, España, Suecia, y Suiza, permiten que la persona condenada ejerza su derecho al voto, sin importar la naturaleza de la infracción, ni el tiempo de prisión a que fue condenado. Otros países como Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Islandia, Malta, Holanda, Rumania, Eslovaquia y Turquía han aprobado normativas de *disenfranchisement* para algunos condenados, usualmente aquellos cuya infracción resulta más grave o es relativa a asuntos electorales y democráticos o constituyen infracciones al Derecho Internacional Humanitario. En el caso de Andorra, Armenia, Bulgaria Estonia, Georgia, Hungría, Liechtenstein y Rusia existe una prohibición total ya sea de naturaleza legal o *de facto* a la participación de los condenados en los procesos democráticos (White 2013, 47).¹¹⁸

En América, se aplica *disenfranchisement* permanente, haciendo del derecho al voto uno irrecuperable una vez cumplida la pena privativa de libertad, en países como Chile, Jamaica y Uruguay (en el caso de ciertas ofensas). Por su parte, países como Costa Rica, Cuba y Surinam dejan la decisión a discreción judicial, mientras que El Salvador solo aplica la medida de *disenfranchisement* por condena debida a fraude electoral (Guevara and O'Connor 2007, 122).¹¹⁹

Cabe destacar que países como Canadá y Suráfrica han expandido el derecho al voto para incluir a las personas condenadas en la sentencia *Sauvé*; la Corte Suprema canadiense estableció que “negar a ciudadanos el derecho al voto, niega la base de la democracia legítima[...] si aceptamos

118 White, Isobel (2013). Prisoners Voting Rights. House of Commons Library. Reino Unido. Disponible en: <http://www.parliament.uk/briefing-papers/SN01764>

119 Guevara, Marisa y O'Connor, Dan (2007). Barriers to Democracy: A Petition to the Inter-American Commission on Human Rights for a Thematic Hearing on Felony Disenfranchisement Practices in the United States and the Americas. The Sentencing Project and The International Human Rights Law Clinic, Washington College of Law, American University. Disponible en: https://www.aclu.org/sites/default/files/pdfs/humanrights/iachr_request_thematic_hrg_disenfranchisement.pdf

que el poder del gobierno en una democracia fluye desde sus ciudadanos, es difícil entender como el poder puede ser utilizado legítimamente para *disenfranchise* a los mismos ciudadanos de quienes emana el poder del gobierno.”¹²⁰ Similarmente, la Corte Constitucional de Suráfrica (2004) en el caso CCT 03/04 declaró carente de validez y contrarias a la Constitución las normas relativas al *disenfranchisement* de los condenados, ordenando que se garantice el derecho al voto de toda persona privada de libertad que cumpla con los requerimientos necesarios para el ejercicio el sufragio.¹²¹

Conclusión y recomendaciones:

Cabe concluir que el *disenfranchisement* no encuentra arraigo real en las teorías contractualista, liberales y republicanas, no cumple con ninguna de las finalidades del castigo (disuadir, retribuir, rehabilitar, e incapacitar), ni es válido en razón de los principios jurídicos propios del derecho internacional y constitucional, por ser incapaz de aprobar el *test* de la razonabilidad y por contrariar derechos humanos como la igualdad.

Adicionalmente es justo señalar que despojar a una persona de su derecho al voto es una práctica muy antigua y obsoleta, cuyo peso ha caído siempre sobre los hombros de los condenados penalmente. De hecho, todo parece indicar, que en muchos países de nuestro continente y del mundo, estar preso y haber sido olvidado, tal y como se definía el *disenfranchisement* en la Antigua Roma, ha significado lo mismo por demasiado tiempo. No queremos con ello negar los esfuerzos recientes que se han realizado, sobre todo en América Latina, para mejorar la calidad de vida de los internos en las prisiones del continente. Cabe citar, por ejemplo, la reforma penitenciaria que se lleva a cabo en República Dominicana, señalada por la Organización

120 Suprema Corte de Canadá (2002). *Sauvé v. Canada* (Director General de Elecciones), 3 S.C.R. 519, 2002 SCC 68. La Traducción es Nuestra.

121 Corte Constitucional de Suráfrica (2004). CCT 03/04. *Minister of Home Affairs versus National Institute for Crime Prevention and the Reintegration of Offenders (NICRO)*. Disponible en: <http://www.nicro.org.za/wp-content/uploads/2013/07/NICRO-ConCourt-Judgement.pdf>

de las Naciones Unidas como centro de excelencia mundial en la materia y como un ejemplo para el mundo, y los esfuerzos de dignificación realizados especialmente por Ecuador, Panamá y El Salvador, en los últimos años.

No obstante, el problema del abandono y la indiferencia en la que se encuentran sometidos los internos de nuestra región no se resuelve del todo mejorando solamente en aquellos aspectos en que es evidente que el ordenamiento jurídico exige una atención y un seguimiento de mayor calidad. Debe plantearse la cuestión de si el ordenamiento que rige la vida de la persona privada de libertad es verdaderamente justo. Al menos en un aspecto, el relativo al derecho al sufragio, este trabajo pretende haber hecho exactamente eso: cuestionar la validez del despojo del derecho al voto que sufre la persona condenada penalmente.

Sin embargo, el tema de este artículo no pretende centrarse, aunque lo haga tangencialmente, en abogar por un sistema penitenciario más justo y humano, sino en abogar por democracias más sólidas e inclusivas, en que se reconozca que el sufragio no puede considerarse universal aun y que para ello se debe continuar por el camino de las extensiones al derecho al voto. Es necesario que la historia se siga escribiendo, que mañana se relate la historia de las democracias y del derecho al voto y se diga: primero votaban los hombres propietarios, luego todos los hombres sin importar su condición económica, pronto se venció la batalla por el sufragio femenino y posteriormente se alcanzó el sufragio universal, permitiendo que el condenado penalmente participara en los procesos democráticos en los que resultarían electos sus representantes, los mismos que emitirían legislaciones y políticas públicas que regirían su vida aun detrás de las paredes de la penitenciaría.

Bibliografía

- Cardinale, Matthew. Triple-Decker *Disenfranchisement*: First-Person Accounts of Loosing the Right to Vote among Poor, Homeless Americans with a Felony Conviction. (2004) The Sentencing Project. Disponible en: http://www.sentencingproject.org/doc/publications/fd_tripledecker.pdf
- Corte Constitucional de Suráfrica. CCT 03/04. Minister of Home Affairs versus National Institute for Crime Prevention and the Reintegration of Offenders (NICRO). (2004) Disponible en: <http://www.nicro.org.za/wp-content/uploads/2013/07/NICRO-ConCourt-Judgement.pdf>
- Corte Europea de Derechos Humanos. Hirst v. The United Kingdom (No.2) [6 de Octubre de 2005] (Solicitud no. 74025/01) Gran Camara, Corte Europea de Derechos Humanos, Estrasburgo, 7 (b).
- Dietrich, Ryan. More Primitive than Torture: Felon Disenfranchisement as Cruel and Unusual Punishment. Disponible en: <http://userpages.umbc.edu/~dietrich/cert%20paper%20website%20version.pdf>
- Ewald, Alec C. Civil Death: The Ideological Paradox of Criminal *Disenfranchisement* Law in the United States. *Wisconsin Law Review* 1045, 1060. (2002)
- Green v. Board of Elections of City of New York, 380 F.2d 445, 451 (2d Cir. 1967).
- Guevara, Marisa y O'Connor, Dan. Barriers to Democracy: A Petition to the Inter-American Comission on Human Rights for a Tematic Hearing on Fellony Disenfranchisement Practices in the United States and the Americas. (2007) The Sentencing Project and The International Human Rights Law Clinic, Washington College of Law, American Univeristy. Disponible en: https://www.aclu.org/sites/default/files/pdfs/humanrights/iachr_request_thematic_hrg_disenfranchisement.pdf
- Jhonson-Parris, Afi S. Felon *Disenfranchisement*: The Unconscionable Social Contract Breached. *Virginia Law Review*, Vol. 89, No.1 (Marzo de 2003), 109-138. (2003)
- Levine, Eli L. Does the Social Contract justify felony *Disenfranchisement*? *Washington University Jurisprudence Review* 193. (2009) Disponible en: <http://digitalcommons.law.wustl.edu/jurisprudence/vol11/iss1/5>
- Locke, John. Segundo Tratado sobre gobierno civil.
- Pettus, Katherine, Irene. Felony Disenfranchisement in America: Historical Origins Institutional Racism and Modern Consequences. LFB scholarly publish LLC.

- Rousseau, Jean-Jaques. (Versión digital). El contrato social. Capítulo V. Disponible en: <http://pendientedemigracion.ucm.es/info/bas/utopia/html/rousseau.htm>
- Sentencia Shepherd v. Trevino, 575 F. 2d 1110, 1115 (5to Cir. 1978).
- Shall, Jason. The consistency of felon *disenfranchisement* with citizenship theory. Harvard Blackletter law journal. Vol 22, p. 53 y siguientes. (2006)
- Steinacker, Andrea. The Prisoner's campaign: Felony *Disenfranchisement* Laws and the Right to hold public office. Brigham Young University Law Review, pp. 801-828. (2003)
- Suprema Corte de Canadá (2002). *Sauvé v. Canada* (Director General de Elecciones), 3 S.C.R. 519, 2002 SCC 68.
- Suprema Corte de los Estados Unidos (1958) *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86, 96-97.
- White, Isobel. Prisoners Voting Rights. House of Commons Library. Reino Unido. (2013) Disponible en: <http://www.parliament.uk/briefing-papers/SN01764>
- Wood, Gordon S. *The Creation of the American Republic 1776-1787*. (1969)

LA MUJER ECUATORIANA Y SU PARTICIPACIÓN POLÍTICA

BREVE RESEÑA DE LAS BASES AL FUTURO

Patricia Zambrano Villacrés¹²²

“Todos los males de la democracia pueden curarse con más democracia.”

Alfred Emanuel Smith

La mujer se ha encarnado en una lucha voraz contra la inequidad que ha existido desde tiempos inmemorables a partir de una perspectiva feminista¹²³ como movimiento político y como campo teórico de análisis¹²⁴, inequidad que se suscita bajo la sombra de la dominación en el *patriarcado*, en donde el hombre tiene el papel preponderante en el poder sobre la mujer en casi todos los aspectos y ámbitos de la vida.¹²⁵

122 Juez Principal del Tribunal Contencioso Electoral. Desarrolló sus estudios en Derecho y obtuvo su título de Doctora en Jurisprudencia en la Universidad Central de Quito. También cuenta con estudios superiores en temas de Derecho Penal en la Universidad de Salamanca España. Autora de varios artículos en materia penal, para la Academia de Derecho y Ciencias Sociales, Academia de abogados de Quito y las universidades: Central de Quito, Técnica de Machala, del Pacífico de Quito e Internacional de Quito.

123 “El feminismo es también una posición política que consiste en el reconocimiento de la jerarquía social entre hombres y mujeres, que la considera históricamente determinada e injusta y busca eliminarla”, Cfr. Gabriela Castellanos Llanos, “Sexo, Género y Feminismo: Tres Categorías en Pugna”, en Patricia Tovar Rojas, edit., *Familia, Género y Antropología, Desafíos y Transformaciones*, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, Bogotá, 2003 p. 59.

124 Linda McDowell, “La definición del género” en Ramiro Ávila, Judith Salgado y Lola Valladares, comp., *El género en el derecho. Ensayos críticos*, Serie Justicia y Derechos Humanos. Neoconstitucionalismo y sociedad, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos/ UNIFEM/ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2009, p. 8

125 Si bien es cierto que el feminismo tiene pluralidad en sus objetivos dentro de los ámbitos de la vida como por ejemplo las feministas liberales, clásicas, socialistas, de la diferencia, radical o posmoderno, el feminismo es una unidad en sí misma “al interior del feminismo... se discute la verdadera utilidad del “agrupamiento” bajo un mismo denominador... en la importancia que tiene el unir esfuerzos para lograr posicionar el tema de la opresión de las mujeres dentro del debate académico” Cfr. Isabel Cristina Jaramillo “La Crítica feminista al Derecho”, en Ramiro Ávila, Judith

La Masculinidad es una construcción cultural que se reproduce socialmente mediante discursos¹²⁶ que están vinculados en un contexto o cuyo origen se encuentra determinado por el Estado, la iglesia, la historia, economía, sociedad, fuerzas armadas, medios de comunicación, etc., y que son invisibilizados¹²⁷ tanto para hombres como para mujeres en lo referente a la dominación hegemónica que ostenta el hombre sobre la mujer o sobre otros hombres que son feminizados.

Dentro del derecho de participación en el Ecuador, la mujer, históricamente, ha sufrido constante discriminación, ha sido subestimada y minimizada por parte del hombre y su discurso invisible que la relegó a un papel secundario (por mejor decirlo) y nunca fue tomada en cuenta en las decisiones del poder, de la participación social, jurídica y política del Estado.

La mujer, paso a paso, por generaciones, ha ido superando las restricciones impuestas por el patriarcado, que aún hoy se encuentra vigente, aunque sin la fuerza que antes tenía, cuando, como regla general, se decía que las mujeres “están hechas para los hombres”, que los hombres son superiores a ellas, y que su comportamiento se constituye en el límite que no tiene que pasar el varón a riesgo de ser feminizados y despreciados.

El poder invisible sobre las mujeres las subordina, desvaloriza y las convierten en dependientes de ellos; el hombre es de la calle, la casa es para las mujeres; deben mantener, criar y cuidar a los niños, la casa es un

Salgado y Lola Valladares, comp., *El Género en el Derecho. Ensayos Críticos*, Serie Justicia y Derechos Humanos. Neoconstitucionalismo y Sociedad, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos/ UNIFEM/ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2009, pp. 108 y 109

126 Pierre Bourdieu en relación con lo que señala Olavarría de los discursos que invisibiliza el poder de hombre sobre la mujer diría: “la violencia simbólica es una forma de ejercer el poder, que repercute directamente sobre el cuerpo de la persona, como arte de magia (...). Pero esta magia solo funciona porque activa códigos ocultos en las capas más profundas” citado por Fatema Mernissi, “El harén de las mujeres de occidente es la talla 38” en *El harén en occidente*, Bogotá, Editorial planeta, 2004, p. 247

127 Desde nuestra perspectiva el ejercicio del poder se encuentra atravesado por el género y se demuestra en los discursos públicos y las prácticas sociales que no son perceptibles a simple vista, no solo de subordinación de la mujer en los diferentes contextos históricos, raciales, étnicos, de clases, sino de la hegemonía de lo heterosexual sobre lo que se podría denominar lo distinto.

espacio femenino, ella es la responsable de la vida dentro del hogar y de la reproducción, es emocional y expresa sus emociones, en cambio el hombre no puede ser emocional, temeroso ni demostrarlo ante su mujer y sus hijos.¹²⁸

Bajo estos conceptos y discursos de los hombres, las mujeres no se han llevado de lo mejor con las estructuras formales del poder a las que sentían lejanas, distantes, no alineadas con su cotidianidad, pero sobre todo, masculinas.¹²⁹

En toda sociedad, desde la perspectiva filosófica, existen transformaciones, aquellas que teóricamente se llaman “negación de la negación”, es decir, el cambio de lo nuevo por lo antiguo, lo caduco, lo inservible, por el movimiento, el cambio, el desarrollo, a través de una serie ininterrumpida de negaciones. Proceso que ha durado años, siglos y que aún se mantiene en constante desarrollo y progreso en nuestro país.

En los albores del anterior siglo, una figura femenina empezó a remover los cimientos de la sociedad segregacionista de nuestro país. Nació en el sur del Ecuador, en la ciudad de Loja, la primera mujer que no se vio minimizada por el poder del entorno social machista de la época y se constituyó en la abanderada de las mujeres, al ser la primera en votar en una elección democrática en América del Sur y la primera en ocupar un cargo de elección popular en este país; aquella “mujer valiente”¹³⁰ se llamaba Matilde Hidalgo de Prócel.

Esta mujer pionera en los derechos de ciudadanía activa, rompe con el molde social y abre las puertas para que las demás mujeres hagan uso del derecho de participación, aunque no fue fácil. En breve síntesis, recordemos que para llegar a ser “electora de primera clase”¹³¹ tuvo que pasar por

128 José Olavarría, “Invisibilidad y Poder... Op. Cit., pp. 149, 150, 162, 163, 183

129 María del Carmen Feijoó, *Participación Política de las Mujeres en América Latina*, Editorial Sudamericana, primera edición, COPPPAL, 2008, pp. 19 y 20.

130 Ana María Goetschel y otras en: *Reconstruyendo Historias de Mujeres Ecuatorianas, Políticas y Movimientos Sociales*, Trama ediciones, Quito, 2009, p. 41

131 Raquel Rodas Morales, *Historia del Voto Femenino en el Ecuador*, “Del derecho al voto a la presencia de las mujeres en la vida pública nacional”, CONAMU, 2009, primera edición, p. 145.

muchos obstáculos que le infringía la misma sociedad, las mismas mujeres. Recordemos que al graduarse de sexto grado, quiso estudiar la secundaria y presentó la solicitud al Colegio Bernardo Valdivieso, en donde el director del colegio estuvo de acuerdo después de pensarlo durante un mes. La reacción social fue inmediata: las madres prohibieron a sus hijas su amistad con ella y el sacerdote local la obligó a escuchar misa dos pasos fuera de la entrada de la Iglesia. Matilde se graduó con honores el 8 de octubre de 1913 y continuó sus estudios en la Universidad de Cuenca, convirtiéndose en la primera mujer ecuatoriana de recibir el título de médica.

Matilde Hidalgo anunció que votaría en las elecciones presidenciales de 10 de mayo de 1924. La solicitud fue sometida a consulta ministerial durante la presidencia de José Luis Tamayo, decidiéndose a su favor y convirtiéndose en la primera mujer en América Latina, que ejerció el derecho constitucional de votar en una elección.

Ya para 1929 la concesión del voto femenino se instauró en la Constitución, en su artículo 13, que establece: “Es ciudadano todo ecuatoriano, hombre o mujer, mayor de veintiún años, que sepa leer y escribir”. Y el artículo 18 que ‘Para ser elector se requiere ser ciudadano en ejercicio y no estar comprendido en las incapacidades establecidas por la ley.’

Más tarde (1941) se convertiría en la primera mujer candidata y la primera mujer elegida administradora pública en Loja, con el cargo de Diputada Suplente.

Este logro sin duda significaría uno de los más grandes conseguidos por la mujer, desde el nacimiento del Estado Ecuatoriano, pues se plasma en la Carta Magna, el derecho de ejercer el voto y estar dentro de la arena política, no solo como electora sino como persona sujeta de elección a un cargo de votación popular.¹³²

Por supuesto que existieron también divergencias sobre el tema al voto, pues para los conservadores (Iglesia Católica), era conveniente el voto pues no tanto así para mujeres liberales como Rosa Borja de Icaza quien señalaba “porque el voto de la mujer sin preparación cívica, solo sirve de instrumento ciego en las grandes orientaciones nacionales.”¹³³

Quien años más tarde sería presidente cinco veces del Ecuador, José María Velasco Ibarra, en su columna editorial del Diario *El Comercio*, señaló: “Soy feminista sin restricciones. La mujer con su inteligencia puede penetrar en la realidad tan profundamente como el hombre.”¹³⁴

Con el Velasquismo naciente en las elecciones de 1934 se instauró una nueva forma de hacer política, es el denominado “populismo” que se caracterizaba por la complacencia de las masas, que lo apoyaban por un ideario emocional y no político, es aquí donde la mujer tiene una mayor incursión de la política, no como candidata, pero sí como promotora.

En el período Velasquista, la mujer ocupa cargos y responsabilidades públicas y los combinaba con los espacios políticos, sociales, culturales y con los de la casa, la mayoría de estas mujeres eran líderes y miembros de organizaciones sociales y algún grupo creó la revista “ALAS” en 1934 que se distribuía internacionalmente para promocionar la participación política femenina.¹³⁵

En 1937 se creó, mediante ley de elecciones, un Consejo Electoral que quiso elegir a Hipatia Cárdenas¹³⁶ como una de sus Consejeras, de haber aceptado hubiera sido la primera Consejera de Estado del Ecuador.

133 Ana María Goetschel y otras en: Reconstruyendo Historias de Mujeres Ecuatorianas, *Políticas y Movimientos Sociales*, Trama ediciones, Quito, 2009, p. 42, frase tomada de Rosa Borja Icaza, Temas sobre Feminismo, Hacia la vida, Biblioteca Municipal de Guayaquil, 1936, p. 87.

134 Labriolle, *El Comercio*, p. 3, Quito, 27 de julio de 1929. Véase en Raquel Rodas Morales, Historia del Voto Femenino en el Ecuador, “Del derecho al voto a la presencia de las mujeres en la vida pública nacional”. Op. Cit. p. 148

135 Raquel Rodas Morales, Op. Cit. p. 156

136 Defensora de la vigencia del voto femenino y participación política de las mujeres, Presidenta del Grupo América, referente intelectual de su época

En 1938 se creó la Asociación Femenina Ecuatoriana AFE que buscaba la promoción de la paz mundial y la incorporación de la mujer en el movimiento político de oposición y desligada al control de la iglesia.¹³⁷

En 1945, en la Asamblea Constituyente de ese año, se creaba el artículo 15 el cual dejaba de lado las ambigüedades y de forma clara establecía quienes son ciudadanos: “Todo Ecuatoriano Hombre o Mujer, mayor de 18 años, que sepa leer y escribir, es ciudadano.”

En esta Asamblea se creó el Tribunal Supremo Electoral:

Art. 21.- Para dirigir el proceso electoral y garantizar su pureza, créase el Tribunal Superior Electoral, formado por un Ministro de la Corte Superior de Justicia, designado por ésta; un miembro del Tribunal de Garantías Constitucionales, elegido por este organismo; dos ciudadanos, elegidos por el Congreso, y tres representantes de las tendencias políticas, nombrados, en la forma fijada por la ley, uno por los partidos políticos de derecha, uno por los de centro y uno, por los de izquierda[...]¹³⁸

En el autogolpe Velasquista de 1946 anuló la Constitución de 1945 y se convocó a una nueva Asamblea Constituyente.

Dentro de la época del 1948 a 1960 en los tres períodos constitucionales, la mujer tomaba importancia en cuanto a la promoción de candidatos, sobre todo conservadoras amparadas en la doctrina de la iglesia.¹³⁹

La AFU¹⁴⁰ tuvo un papel protagónico en la década de los cincuenta sobre todo con la publicación de la revista *Mujeres del Ecuador* en el que se

137 Raquel Rodas Morales, Op. Cit. pp. 161 y 162.

138 Constitución Política del Año 1945. Decreto Legislativo No. 000. Ro/ 228 de 6 de Marzo de 1945.

139 Raquel Rodas Morales, Op. Cit. pp. 171 - 173

140 Asociación Femenina Universitaria.

topaban temas de mujeres y se promovía su participación política, pues se encontraban en una subordinación con relación al hombre y esto ameritaba acción política. Aunque la mayoría del electorado era de mujeres, las limitaba la condición de no poder leer ni escribir por lo que se restringía el voto sólo para mujeres de la clase media y alta que tenían acceso a la educación.¹⁴¹

En 1960 se creó la Unión Nacional de Mujeres del Ecuador UNME. En 1961 se llevó a cabo el Primer Congreso Nacional de las Mujeres en el Ecuador, al que asistieron mujeres de los diferentes movimientos políticos, en el que se priorizó la unión de las mujeres y la lucha por el cumplimiento de sus aspiraciones y demandas, así como el reconocimiento desde el Estado, pero más aun se priorizó las candidaturas de las mujeres a ocupar cargos de elección popular.

Para 1962 se conforma la Unión Revolucionaria de Mujeres del Ecuador- URME, organización política cercana al Partido Comunista y en 1969 se realizó el primer encuentro de mujeres de la AFU en el cual se evidenció la presencia de un gran número de mujeres universitarias y líderes de izquierda.¹⁴²

Con la Constitución de 1967 se establece el voto obligatorio para hombres y mujeres: “Art. 70.- Voto.- Se establece el sistema de elecciones periódicas, directas e indirectas. El voto es deber y derecho de los ciudadanos: por lo tanto, es obligatorio para el hombre y la mujer.”¹⁴³

En 1970 se crea el Departamento de la Mujer, bajo la dependencia de la Dirección General del Trabajo del Ministerio de Previsión Social como resultado de la petición de la Comisión Interamericana de Mujeres (OEA).

141 Raquel Rodas Morales, Op. Cit. pp. 175 y 176

142 Raquel Rodas Morales, Op. Cit. 183-187

143 Constitución de la República del Ecuador de 1967, Publicada en el R.O. No. 133 de 25 de Mayo de 1967

La Constitución de 1979 hacía eco de la igualdad para toda persona en cuanto:

Art. 19 numeral 4. La igualdad ante la ley.- Se prohíbe toda discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, filiación, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen social, posición económica o nacimiento. La mujer, cualquiera sea su estado civil, tiene iguales derechos y oportunidades que el hombre en todos los órdenes de la vida pública, privada y familiar, especialmente en lo civil, político, económico, social y cultural;¹⁴⁴

Para 1980 se eleva de Departamento de la Mujer a Oficina de la Mujer, adscrita al Ministerio de Bienestar Social. En 1986 se crea la Dirección Nacional de la Mujer DINAMU, para convertirse en 1997 en el Consejo Nacional de la Mujer, adscrita a la Presidencia de la República CONAMU¹⁴⁵ y finalmente con la Constitución de 2008, al establecerse los Consejos Nacionales de la Igualdad se crea el Consejo de las Mujeres y la Igualdad de Género.

Art. 156.- Los consejos nacionales para la igualdad son órganos responsables de asegurar la plena vigencia y el ejercicio de los derechos consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Los consejos ejercerán atribuciones en la formulación, transversalización, observancia, seguimiento y evaluación de las políticas públicas relacionadas con las temáticas de género, étnicas, generacionales, interculturales, y de discapacidades y movilidad humana, de acuerdo con la ley. Para el cumplimiento de sus fines se coordinarán con las entidades rectoras y ejecutoras y con los organismos especializados en la protección de derechos en todos los niveles de gobierno.

Mientras se crea este Consejo de Género, en la actualidad, trabaja la Comisión de Transición Hacia el Consejo de las Mujeres y la Igualdad de Género, creado según Decreto Presidencial No. 1733 de 2009, cuya finalidad

144

Constitución Política del Año 1979. Decreto Supremo 000, Registro Oficial 800 de 27 de Marzo de 1979.

145

Raquel Rodas Morales, Op. Cit. pp. 194 - 196

es la de diseñar la estructura institucional pública que se deba implementar para garantizar la igualdad entre mujeres y hombres.

Por otra parte, es necesario recalcar, que recién en el año de 1988 participó “[...] por primera vez una mujer como candidata a la Vicepresidencia de la República: Teresa Minuche de Mera, quien fue compañera de fórmula del candidato presidencial por el CFP, Ángel Duarte Valverde.”¹⁴⁶

En el año de 1996 se postularon dos mujeres a la Vicepresidencia de la República: Rosalía Arteaga y Rosana Vinueza; resultó electa Rosalía Arteaga con su binomio Abdalá Bucaram Ortiz como presidente. No obstante, poco después, a inicios de 1997, luego de que el Presidente Abdalá Bucaram fuera destituido por incapacidad mental, el Congreso Nacional nombró y posesionó a Fabián Alarcón como Presidente Interino luego de haber permitido a Rosalía Arteaga fungir como Presidenta por pocas horas. Aunque algunos gobiernos han reconocido a Rosalía Arteaga su calidad de ex-Presidenta de la República, debemos tener en cuenta que no pudo ejercer el poder y que se enfrentó ella sola al momento histórico de inestabilidad política¹⁴⁷

A partir de 2002 se incrementó el número de candidatas a Presidentas y Vicepresidentas de la República, mujeres reconocidas por su accionar social y político, entre ellas: Ivonne Baki, candidata a la Presidencia, quien formó y lideró el movimiento Metamorfosis –META-; Gloria Gallardo, con reconocida trayectoria en administraciones del Municipio de Guayaquil, quien fuera captada para su postulación como candidata a Vicepresidenta por el Partido Patria Solidaria; Eva García, candidata también a Vicepresidenta, involucrada desde muy joven en el área de comercio exterior; y, Dolores Padilla, feminista con amplia experiencia en el campo social.

146

Tomado de Diario el Hoy, Publicado el 16/Febrero/1992

147

María Fernanda Cañete, Participación Política y Ciudadanía, véase en www.flaco.org.ec/ pdf. p. 140-

141

En las elecciones de 2006, Cynthia Viteri se postuló para Presidenta de la República, como única mujer atrás de este puesto.

Dentro de la arena política legislativa existe un incremento significativo de la participación de la mujer en los comicios y como actoras principales de esta función del Estado.

A todo este progreso de la mujer como participante se debe señalar la importancia de las cuotas establecidas en las normas ecuatorianas (aunque a criterio de algunas feministas sean discriminatorias) han dado paso a la equidad en la participación de hombres y mujeres.

La cuota electoral rige en el Ecuador desde 1997, año en el cual se estableció, por medio de la ley de Amparo Laboral, la inclusión del porcentaje mínimo de 20% de mujeres como principales e igual porcentaje como suplentes en las listas de candidaturas a elección plurinominal.

Más adelante, la Asamblea Nacional Constituyente retomó e incorporó la cuota de 20% mediante una disposición transitoria incluida en la Constitución Política de 1998.

Finalmente, el Congreso Nacional aprobó en febrero de 2000 la ley Reformatoria a cuatro leyes del país, introduciendo en la Ley de Elecciones cuatro reformas importantes para el tema que nos ocupa.

- 1) La elevación a 30% del porcentaje mínimo de representación femenina en las listas plurinominales.
- 2) El incremento de dicho porcentaje en 5% por cada nuevo proceso electoral, hasta alcanzar la paridad entre hombres y mujeres.
- 3) La obligatoriedad de aplicar los principios de alternancia y secuencia entre hombres y mujeres en la conformación de las listas.

4) La disposición de que el Tribunal Supremo Electoral y los Tribunales Provinciales Electorales nieguen de oficio o a petición de parte la listas de candidaturas que no cumplan con lo señalado.¹⁴⁸

La Constitución de 2008 en referencia a la igualdad de participación de hombres y mujeres en su artículo 116 determina: “Para las elecciones pluripersonales, la ley establecerá un sistema electoral conforme a los principios de proporcionalidad, igualdad del voto, equidad, paridad y alternabilidad entre mujeres y hombres; y determinará las circunscripciones electorales dentro y fuera del país.”

La Ley Orgánica Electoral de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia¹⁴⁹, en relación a la paridad y cuotas de género determina:

Art. 3.- El Estado promueve la representación paritaria de mujeres y hombres en los cargos de nominación o designación de la función pública, en sus instancias de dirección y decisión, y en los partidos y movimientos políticos. En las candidaturas para las elecciones pluripersonales será obligatoria su participación alternada y secuencial.

El Estado adoptará medidas de acción afirmativa para garantizar la participación de los sectores discriminados.

Art. 4.- La presente Ley desarrolla las normas constitucionales relativas a:

1. El sistema electoral, conforme a los principios de proporcionalidad, igualdad del voto, equidad, paridad y alternabilidad entre mujeres y hombres. Además determinará las circunscripciones electorales dentro y fuera del país[...]

148

María Fernanda Cañete, Participación Política y Ciudadanía, véase en www.flasco.org.ec/pdf. pp. 133-

135

149

Registro Oficial Suplemento 578 de 27-abr-2009 , Última modificación: 6-feb-2012

Art. 99.- Las candidaturas pluripersonales se presentarán en listas completas con candidatos principales y sus respectivos suplentes. Las listas se conformarán paritariamente con secuencia de mujer - hombre u hombre - mujer hasta completar el total de candidaturas principales y suplentes[...]

Art. 165.- ... De producirse empate por el último escaño entre candidatos del mismo sexo se procederá a sortear la ganadora o el ganador entre quienes se encuentren en esta situación. Si entre los empatados se encuentra una mujer, tendrá preferencia en la adjudicación en aplicación de las medidas de acción positiva y los principios de equidad y paridad que reconocen la Constitución y la ley, para que ésta ocupe dicho escaño.

Normas que han ido evolucionando con la sociedad y con la necesidad de las mismas, tras la lucha constante de la mujer por una igualdad en su derecho de participación dentro de la política y como piedra angular de la democracia.

Tenemos que entender que la implementación de la cuota femenina como medida afirmativa, ha sido un logro que ha conllevado un alto porcentaje de candidatas en representación de los intereses de los pueblos (aunque se prefiera aún a los hombres en los comicios) y el aumento de nuevos desafíos para las propias mujeres¹⁵⁰.

Es importante señalar, que en la actualidad, ha ocurrido un hecho sin parangón en la historia legislativa y es que se encuentran tres mujeres jóvenes al frente de la Asamblea Nacional, en calidades de Presidenta y dos Vicepresidentas, respectivamente, rompiendo de esta forma todo lo hasta aquí concebido en materia de autoridades.

Para finalizar nos queda señalar que desde Matilde Hidalgo a estos días, el mundo, la sociedad y la cultura han cambiado y seguirán cambiando, pues en el horizonte se vislumbra una sociedad más equitativa

150 José Aquino Rodríguez, Los Desafíos en la Participación Política de las Mujeres, Junta Central Electoral, Santo Domingo, 2009, p. 39

y sin complejos, donde las guerras y las banderas se relegarán al olvido y las generaciones del mañana podrán vivir en un paraíso democrático para ecuatorianas y ecuatorianos con una participación sin exclusiones.

Bibliografía:

- Castellanos Llanos, Gabriela, “Sexo, Género y Feminismo: Tres Categorías en Pugna”, en Patricia Tovar Rojas, edit., *Familia, Género y Antropología, Desafíos y Transformaciones*, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, Bogotá, (2003).
- McDowell, Linda, “La definición del género” en Ramiro Ávila, Judith Salgado y Lola Valladares, comp., *El género en el derecho. Ensayos críticos*, Serie Justicia y Derechos Humanos. Neoconstitucionalismo y sociedad, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos/ UNIFEM/ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, (2009).
- Jaramillo, Isabel Cristina, “La Crítica feminista al Derecho”, en Ramiro Ávila, Judith Salgado y Lola Valladares, comp., *El Género en el Derecho. Ensayos Críticos*, Serie Justicia y Derechos Humanos. Neoconstitucionalismo y Sociedad, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos/ UNIFEM/ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, (2009).
- Mernissi, Fatema, “El harén de las mujeres de occidente es la talla 38” en *El harén en occidente*, Bogotá, Editorial planeta, (2004).
- María del Carmen Feijoó, *Participación Política de las Mujeres en América Latina*, Editorial Sudamericana, primera edición, COPPPAL, (2008).
- Ana María Goetschel y otras en: *Reconstruyendo Historias de Mujeres Ecuatorianas, Políticas y Movimientos Sociales*, Trama ediciones, Quito, (2009)
- Raquel Rodas Morales, *Historia del Voto Femenino en el Ecuador*, “Del derecho al voto a la presencia de las mujeres en la vida pública nacional”, CONAMU, (2009).
- El Comercio*, p. 3, Quito, 27 de julio de 1929.
- Constitución Política del Año 1945. Decreto Legislativo No. 000. Ro/ 228 de 6 de Marzo de 1945
- Constitución de la República del Ecuador de 1967, Publicada en el R.O. No. 133 de 25 de Mayo de 1967

Constitución Política del Año 1979. Decreto Supremo 000, Registro Oficial 800 de 27 de Marzo de 1979.

Diario Hoy, Publicado el 16/Febrero/1992

María Fernanda Cañete, Participación Política y Ciudadanía, en www.flacso.org.ec.

José Aquino Rodríguez, Los Desafíos en la Participación Política de las Mujeres, Junta Central Electoral, Santo Domingo, (2009)

Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador.

Constitución de la República del Ecuador de 2008.

ARGUMENTACIÓN JURÍDICA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

Diego Zambrano Álvarez¹⁵¹

Resumen

Las técnicas de argumentación jurídica son herramientas básicas y fundamentales de todos los ámbitos del Derecho. El autor aborda esta temática, partiendo del estándar nacional e internacionalmente fijado para considerar satisfactoria una motivación, a la vez que aborda los efectos que esta actividad tiene respecto del derecho a la defensa y el derecho a recurrir, los objetivos que persigue el sistema jurídico en su conjunto, la dimensión ética que entraña, y, la legitimación funcional de las juezas y jueces y del jurista en su contexto social. La perspectiva de género, como uno de los objetivos claves de nuestro sistema constitucional tiene una presencia transversal en este ensayo.

1. Acuerdos Conceptuales

En términos generales, argumentar es una acción intelectual que realiza

151 Licenciado en Ciencias Jurídicas y Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Diploma Superior y Magíster (c) en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar; Diploma Internacional en Derechos Humanos por la University for Global Studies y el Centro UNESCO; ha sido Consultor del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, de la Comisión Ecuménica de derechos Humanos y de la Defensoría del Pueblo de Ecuador. Es articulista de varias revistas jurídicas especializadas, recibió por parte del Centro de Estudios sobre Justicia de las Américas (Chile) el premio como ganador del X Seminario de Gestión Judicial por su propuesta para el manejo técnico de sistemas de precedentes jurisprudenciales.

cualquier persona que actúa como parte de un diálogo o debate, en la que toma posición por una de las formas de responder a una situación problemática, sustentando las razones que le darían prelación frente a otras, por su factibilidad y eficacia. El proceso mental argumentativo permite sostener una tesis y compartir con los demás elementos que le dan validez racional a sus afirmaciones, a fin de buscar adhesión o aceptación general de los postulados expuestos.

Así, la argumentación es una forma de comunicación humana, de naturaleza dialógica en la que, al menos dos personas entablan una relación discursiva tendiente a una conclusión aceptable por las y los participantes. Los fines de la argumentación son variados de acuerdo con el tipo de actividad en la que se presente. En el diálogo científico, la pretensión argumentativa será conocer la verdad; en el ámbito jurídico, será la de persuadir, justificar y demostrar razonamientos falaces de sus contrincantes para posicionar una idea o razonamiento como el mejor posible. De ahí que, la actividad argumentativa se sitúa en la esfera de la razón práctica, pese a que su metodología de construcción y de verificación no se sustenta precisamente en un método científico.

Para transmitir un pensamiento capaz de resolver aspectos conflictivos, en términos conceptuales o pragmáticos, es indispensable construir razonamientos sólidos, pertinentes, convincentes e impecablemente lógicos, que puedan ser comprendidos, reproducidos y defendidos por los demás. De ahí que, toda forma de argumentación, inclusive la argumentación jurídica y política, desde su concepto más incipiente es una técnica discursiva que comparte este elemento esencial con todo tipo de discurso académico, periodístico, formal o informal; para lo cual, cabe decir que su materia prima principal, básica e indispensable es el sentido común, a veces atenuado por el excesivo tecnicismo y formalismo que generalmente rodea a la construcción de alegatos y sentencias.

La argumentación jurídica, pese a compartir una matriz discursiva con las demás manifestaciones del pensamiento práctico, se encuentra condicionada y restringida por reglas y principios socialmente aceptados como válidos, vigentes y exigibles, que gozan de la particularidad, casi exclusiva, de coercitividad.

Claramente, estas reglas y principios jurídicos no están dispersos ni pueden ser comprendidos o analizados como preceptos insulares desconectados unos de otros; por el contrario, toda manifestación jurídica se inserta dentro de un contexto normativo concreto, que no responde a ninguna génesis naturalista o anterior a la persona; se trata de un artificio de la cultura, construcción humana socialmente aceptada como prescriptiva, producto de la evolución e involución del pensamiento político e ideológico dominante, objetivos políticos e intereses de sectores sociales que, por cualquier razón histórica, alcanzaron una posición social preponderante y lograron hacer prevalecer sus doctrinas, por sobre las demás. Por ello, el que tenemos no es el mejor modelo de racionalidad¹⁵² jurídica, sino de un sistema diseñado desde el poder político. El tecnicismo que reviste al derecho podría ser una muestra del elitismo excluyente del sector dominante, en cuanto coloca en terminología poco comprensible, situaciones explicables por medio del lenguaje común.

Para Robert Alexy [...] la argumentación jurídica tiene lugar bajo una serie de condiciones limitadoras. Entre estas, se debe mencionar

152 Por ejemplo, en la estructura lingüística de los idiomas latinos como el español o el inglés, el sujeto y el objeto están separados por el verbo, lo que demuestra una división de lo humano y lo no humano, así como una relación en la cual, el objeto cobra importancia en tanto cumpla un rol, en función del sujeto. En contraposición, idiomas andinos como el kichwa, el verbo inicia la oración y como tal, relaciona a objeto y sujeto en una función de interdependencia. Esta separación entre ser humano y naturaleza podría explicar la actitud irrespetuosa de nuestras sociedades, respecto del medioambiente y el surgimiento de movimientos como los *ecofeministas* que consideran que el ser humano es parte de un sistema natural y no la especie llamada a dominar el planeta. “Aquel rol de la mujer como intermediaria entre el medioambiente y la sociedad, en relación con los agro-ecosistemas como la provisión de agua segura, provisiones de combustible y la cuestión asociada de manera cerca a la sanidad. (...) Como de manera general, un mejoramiento de la situación de las mujeres puede traer una reducción de la mortalidad y morbilidad al igual que una mejor regulación de la fertilidad y por tanto el crecimiento de la población, lo cual sería beneficioso para el medio ambiente, y en últimas, para las mujeres, niños y hombres.” Informe de la Conferencia Mundial para revisar y evaluar los Logros de la década de las Naciones Unidas de las Mujeres, Igualdad, Desarrollo y Paz, Nairobi, desarrollado entre el 15 y el 26 de julio de 1985, párrafo 28, disponible en: http://www.5wwc.org/downloads/Report_of_WCW-1985.pdf (fecha de consulta: 21-12-2012). Sobre la racionalidad expresada en las estructuras lingüísticas latinas y andinas, ver Josef Estermann, “La Racionalidad Indígena” en: *Filosofía andina*, Quito, Abya-Yala, 1998, pp. 85-110.

especialmente la sujeción a la ley, la obligada consideración a los precedentes, su encuadre en la dogmática elaborada por la ciencia jurídica organizada institucionalmente, así como –lo que no concierne; sin embargo, al discurso científico-jurídico– las limitaciones a través de las reglas del ordenamiento procesal.”¹⁵³

Al respecto, la constitución ecuatoriana en su artículo 82, establece que el principio de seguridad jurídica se basa: “[...]en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”. Los elementos expuestos en esta norma dan luces en nuestro afán de identificar los puntos neurálgicos de una argumentación aceptable, de acuerdo con nuestra Constitución.

En este sentido, toda forma de argumentación jurídica debe tener, como premisa una norma jurídica. Estas normas son de diversas estructuras lingüísticas y de diferentes jerarquías, lo que las hace susceptibles de interpretación y redefinición constante.

Al o la jurista, desde esta dimensión argumentativa, no le basta con conocer los designios de la norma, su contenido gramatical y la referencia constitucional o legal correspondiente; la esfera cognoscitiva y su atención en la academia es apenas una de las facetas del derecho, aspecto de la formación jurídica a la que nuestros centros de estudio le dan mayor importancia pero que no diferencia al jurista de cualquier otra persona que es capaz de leer la norma y comprenderla.

No es lo mismo saber de leyes, que ser jurista, aunque atávicos aforismos como el “*dura lex*” subsista entre algunas juezas y jueces. El conocedor de la ley aprende, memoriza, ubica; el jurista razona, crea, justifica, argumenta; por el contrario, el conocedor de la ley no es más, que un eficiente buscador de artículos. Estas dos formas de entender al conocimiento

153 Robert Alexy. *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp. 35 y 36.

jurídico coinciden con la clasificación aristotélica entre virtudes intelectuales y virtudes morales. Las virtudes intelectuales son las que permiten conocer el bien, en tanto que las virtudes morales permiten desearlo y dirigir la actuación humana para conseguirlo.¹⁵⁴

Desde el punto de vista *formal*, la validez de la norma está dada por la autoridad que la dictó y el cumplimiento de procedimientos reglados por otras normas jurídicas. La formalidad busca una respuesta sobre quién dictó la norma y cómo lo hizo. Desde el punto de vista del *fondo*, la norma jurídica es válida, si es armónica con los principios centrales del ordenamiento jurídico en general. Este aspecto no alude al quién, ni al cómo; sino al qué se está legislando, juzgando o administrando.

En el caso ecuatoriano, el artículo 11, número 9 de la Constitución establece que “el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución[...]”; de esta manera, es el propio sistema normativo el que establece un punto de partida, que es el cumplimiento de las formalidades propias de la norma; así como, el punto de llegada en el que la plena garantía de los derechos es el faro que guía toda decisión estatal.

Ante la inobservancia de cualquiera de estas dos fuentes de validez, el sistema establece mecanismos de *autotutela constitucional*, al prever la posibilidad de que la Corte Constitucional declare la inconstitucionalidad de una norma por la forma o el fondo;¹⁵⁵ sin perjuicio del control previo de constitucionalidad que, en el caso ecuatoriano, lo realiza la Presidenta o el Presidente de la República cuando un proyecto de ley es puesto en su conocimiento para su sanción o veto.

154 Aristóteles. *Ética a Nicómaco*, disponible en www.uruguaypiensa.org.uy/imgnoticias/650.pdf (fecha de consulta: 01-ago-2013).

155 Constitución de la República, artículo 436, número 2 (parte pertinente) “La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado.”

Otro de los principios transversales del ordenamiento jurídico ecuatoriano, que sirve como criterio guía de interpretación de las normas y que actúa como uno de los principios que dirigen las actuaciones de la Función Electoral es el de equidad de género; criterio que se interpreta a la luz del principio de igualdad formal y material. En palabras de Judith Salgado, “precisamente si entendemos que el género es la construcción social de la diferencia sexual y que dicha construcción ha definido relaciones de poder asimétricas entre hombres y mujeres, la igualdad reconocida en la ley no basta para que en las relaciones sociales concretas podamos efectivamente gozar de igualdad.”¹⁵⁶

Para ello, el citado artículo 11 demanda que todo estamento público adopte medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real, en favor de personas que se encuentran en situación de desigualdad. Desde el punto de vista jurisdiccional, las medidas de acción afirmativa, más que un permiso, es un imperativo para que la jueza o juez interprete y aplique la norma considerando posibles situaciones de desventaja en la que tradicionalmente se han encontrado sectores sociales, con el fin último de hacer justicia en la práctica. “Por eso es que las desigualdades entre los sexos no se pueden rectificar si no se tienen en cuenta los presupuestos sociales que han impedido la igualdad, especialmente los efectos que ha generado la división ámbito privado=femenino y ámbito público=masculino.”¹⁵⁷

En este sentido, la Constitución no sugiere, exige, que la jueza o al juez, en los casos que fueren necesarios, traten diferente a los formalmente iguales, cuando existen asimetrías que impidan a una de las partes ejercer o hacer respetar sus derechos.

La aplicación diferenciada de una norma jurídica, al introducir en la argumentación una perspectiva de género, es posible a la luz de la

156 Judith Salgado. “Género y Derechos Humanos” en Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares Comp., *El género en el Derecho*, Quito, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2009, p. 174.

157 Marta Lamas. “La Perspectiva de Género”, en Revista de Educación y Cultura de la Sección 47 del SNTE, p. 2, disponible en <http://www.latarea.com.mx/articulo/articulo8/lamas8.htm> (fecha de consulta 22-jul-2013).

jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando fuere necesario para proteger a personas que necesitan de estas medidas especiales. La Corte Interamericana, en su Cuarta Opinión Consultiva, expone: “No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia[...]”.¹⁵⁸

Una distinción entre personas, para la aplicación de normas neutrales, basada en criterios razonables y objetivos legítimos, empleando medios proporcionales al fin que se persigue¹⁵⁹ es lo que haría que la jueza o juez, no solo esté obligada u obligado a adoptar medidas diferenciadas, es indispensable que justifique suficientemente la necesidad, la razonabilidad y la eficacia de la decisión adoptada. Esto implica, incorporar la perspectiva de género al razonamiento judicial para lograr efectos equitativos, en situaciones concretas.

Definitivamente, la razonabilidad y la objetividad de la aplicación diferenciada de la misma norma, a personas que se encuentran en igual situación jurídica tiene que estar suficientemente justificada por la autoridad; es decir, su argumentación jurídica demostrará fehacientemente que ha dado cumplimiento de este estándar internacional, para lo cual tendrá que justificarse argumentativamente. Lo contrario, aún cuando la intención y hasta el efecto fuese positivo en términos de equidad, la resolución será arbitraria.

Naturalmente, la justificación de una decisión judicial que distinga entre personas, tiene que apoyarse en criterios extrajurídicos o *justificación externa*. Muchas veces, estas justificaciones producen temor en nuestras autoridades jurisdiccionales puesto que fallar en contra de ley expresa, constituye un delito de prevaricato, figura penal que, junto al juicio político, actúa como una espada de Damocles y asegura la omnipresencia del

158
159

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-4/84*, parr. 56-57.
Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Belgian Linguistics*, No. 35/1978, parr. 92.

legislador, concepto que ha sido relativizado por las concepciones jurídicas contemporáneas.

En otro orden de cosas, la acción de interpretar y aplicar una norma jurídica no es patrimonio exclusivo del juez, aunque esta actividad sea inherente a su cargo. Sin embargo, toda persona que tenga la capacidad de leer o escuchar y entender el texto de una norma tiene la capacidad de interpretarla y formarse un criterio en cuanto a la forma de aplicarla. Por ello, lo que distingue a la actividad judicial es que la interpretación que hace del derecho, la realiza en ejercicio de una potestad soberana que emana del pueblo; a quien representa al momento de administrar justicia; y como tal, tiene la obligación de rendirle cuentas.

Desde este punto de vista, la actividad argumentativa de juezas y jueces cumple una función justificativa frente a su mandante; de ahí que, según Parelman, la jueza o juez no escribe su sentencia para que sea conocida solamente por las partes procesales, peor aún para quien ejerce su representación profesional, la sentencia, dentro de un paradigma democrático, se dirige a toda la comunidad por ser titular de la potestad pública de administrar justicia, en cuyo nombre actúa; no obstante, al no recibir su investidura mediante sufragio universal, la jueza y el juez, con cada acto jurisdiccional promueve su legitimación funcional, en la medida en que es capaz de resolver conflictos reales, haciendo imperar la justicia y la vigencia real de los preceptos constitucionales y legales.

Por ello, la argumentación jurídica se relaciona con la democracia, por lo menos, de dos formas. La primera, porque justifica las razones por las que se adopta tal o cual decisión a nombre del pueblo y se hace prevalecer la voluntad democrática expresada por medio de la constitución y la ley¹⁶⁰;

160 [...]desde puntos de vista más o menos ligados a la herencia de la Revolución, advertían la necesidad de buscar un fundamento que permitiese individuar *un núcleo fundamental estable* en la experiencia política postrevolucionaria, sustraído por naturaleza a la fuerza corrosiva de la lucha política, a la influencia directa de las fuerzas y de los intereses particulares, y así a la ilimitada y permanente soberanía del pueblo que el mismo constitucionalismo temía desde siempre.” Maurizio Fioravanti. *Constitución: de la antigüedad a nuestro días*, Madrid, Trotta, 2007, p. 134.

en segundo lugar, la actividad argumentativa judicial es democrática porque solo en estos sistemas, el ejercicio de una potestad pública está sometido a control social. Solo en un sistema democrático, en el que se reconocen y garantizan derechos fundamentales de participación, como el de fiscalizar los actos del poder público, es indispensable que la autoridad justifique las decisiones que adopta.

Ahora bien, a diferencia de lo expuesto por Ronald Dworkin cuando desarrolla su parábola del “juez Hércules”,¹⁶¹ en temas de Derecho puede admitirse más de una respuesta correcta. Representando a esta tesis, Gustavo Zagrebelsky sostiene que “las palabras son instrumentos de comunicación abiertos a la interpretación y las posibilidades de interpretación son más amplias cuanto mayor es el número de las leyes y cuanto más generales y menos rigurosos son los términos en las que están formuladas. Por tanto, observando el derecho legislativo, las soluciones que él permite son normalmente más de una.”¹⁶² Con similar criterio, Manuel Atienza demuestra que aún en sistemas democráticos, la visión formalista del Juez es antagónica con una teoría de argumentación jurídica, por cuatro razones fundamentales:

- a) El énfasis en el análisis estructural del Derecho es contrario a la función de control social que Kelsen dio al Derecho; de ahí que, no puede existir una *teoría pura* del derecho, sino un marco normativo apoyado en ciencias sociales como la sociología¹⁶³.
- b) Los criterios de validez de las normas se centran en cadenas de autoridad desplegadas desde la norma hipotética fundamental, más no, de un análisis racional que considere un fin político y ético identificable a través del texto normativo que tiene que ser interpretado como parte de un sistema. Bajo esta perspectiva, se cumple con criterios de validez formal pero no se atiende al valor sustancial de los enunciados normativos.
- c) El formalismo entiende al derecho como una ciencia cuyo objeto de

161 Robert Alexy, “Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica”, ponencia presentada por el Autor en las IV Jornadas Internacionales de Lógica e Informática Jurídica, San Sebastián, septiembre, 1988, p. 140; disponible en www.spencer.adv.br/...iversidades/Alexy-Sistema... (fecha de consulta: 04-ago-2013).

162 Gustavo Zagrebelsky. *Contra la Ética de la Verdad*, Madrid, Trotta, 2010, pp. 99 y 100.

163 Para ampliar este concepto, recomiendo la lectura de Diego López Medina. *La Teoría impura del derecho*. Bogotá, Legis, 2009, capítulo cuarto.

estudio es conocido e interiorizado; no obstante, los que entendemos al derecho como una técnica, no podemos abstraernos de su dimensión práctica, en cuanto a su efectividad en el cumplimiento de objetivos predeterminados por el constituyente; de ahí que, el derecho debe ser entendido como una técnica, cuya utilización adquiere sentido, en función del efecto que produce, más no en la sola sabiduría de sus preceptos.

Enrique Haba caracteriza con meridiana claridad la forma, un tanto irresponsable y poco comprometida, de una jueza o juez formalista, cuyo razonamiento estrecho sería:

Lo de las consecuencias ¡eso no me incumbe a mí! La decisión a que llego en la sentencia, y las razones en que me fundamento, nada de eso lo he decidido yo mismo, me lo impone indefectiblemente lo establecido al respecto en el dominio soberano [cielo] de las 'verdades jurídicas', del cual simplemente soy oyente atento y servidor leal' - Así el juez se lava las manos en cuanto a los efectos reales de sus fallos. [por razones como estas] el normativismo es una trampa para la razón práctica.¹⁶⁴

- d) Finalmente, el minimalismo formalista separa radicalmente la actividad creadora del derecho, de su función aplicativa, sin considerar que las juezas y los jueces, aún desde una perspectiva legalista crean derecho cuando, por ejemplo, recurren a interpretaciones análogas o *a contrario*, técnica ampliamente aceptada para el legalismo jurídico.¹⁶⁵

Alejandro Nieto reconoce la dimensión creadora del juez y su relevancia en términos sistémicos, al decir: “[...]los jueces son (con el Legislador) quienes hacen la Justicia *creándola* bien o mal en cada sentencia, puesto que no se limitan a ejecutar las leyes o instrucciones superiores, como hacen los demás empleados públicos. En la actividad jurisdiccional obra un componente voluntarista, decisionista, que es su principal característica”.¹⁶⁶

164 Enrique P. Haba, “Metodología realista-crítica y ética del razonamiento judicial” en *Revista DOXA*, No. 25, Alicante, Espagráfic, 1989, p. 51.

165 Manuel Atienza. *El Derecho como Argumentación*, México, Fontamara, 2005, pp. 91 y 92.

166 Alejandro Nieto. *El malestar de los Jueces y el modelo judicial*, Madrid, Trotta, 2010, p. 188.

Ante una gama de posibilidades, la jueza o el juez elige aquella que axiológicamente considera la más adecuada; es decir, optaría por la decisión que garantiza con mayor eficiencia los derechos fundamentales y buscaría garantizar la vigencia efectiva de los principios pétreos de la Constitución, como un camino consensuado hacia la consecución de la justicia. Giorgio del Vecchio sostiene que lo único que es esencial al concepto de derecho es la noción de justicia, más no su positividad formalista.¹⁶⁷

En pocas palabras, cuando el Ecuador se declara como un estado constitucional de derechos y de justicia; adopta la fórmula que sintetiza Ramiro Ávila, al decir: “[...]en el constitucionalismo se conjugan estado como estructura, derechos como fin y democracia como medio”.¹⁶⁸

En definitiva, y sin querer adelantarme a una definición, podría decirse que la argumentación en general, y la argumentación jurídica, es un proceso instrumental, derivado de la razón práctica que persigue objetivos específicos, condicionados y objetivamente predeterminados por la Constitución, que es su premisa esencial.

En este contexto, si bien la razón jurídica está condicionada, en su punto de partida, por la norma; y en su punto de llegada, por los objetivos políticos fundamentales de equidad, la argumentación jurídica exigida al juez actúa como un vínculo intelectual, lógico y persuasivo, cuya función principal consistiría en armonizar estos dos momentos de la *praxis* jurídica, bajo un lazo de la racionalidad y de honestidad intelectual.

En suma, pese a la infinidad de acepciones existentes en doctrina, para efectos de este trabajo, entenderemos por argumentación jurídica a una técnica discursiva, limitada por reglas y principios jurídicos formal y

167

Giorgio Del Vecchio. *Persona, Estado y Derecho*, Madrid, Instituto de Estudios Jurídicos Políticos, 1957, p. 156.

168

Ramiro Ávila Santamaría, “Los Principios de Aplicación de los Derechos” en: *Constitución del 2008 en el Contexto Andino*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos No. 3, 2008, p. 26.

sustancialmente válidos, cuya finalidad es la de justificar una decisión dictada por una autoridad competente, dentro de un sistema democrático, en el que el pueblo soberano elige a sus representantes, pero reserva para sí, la capacidad de fiscalizar las actuaciones que los representantes realizan en su nombre.

2. Motivación

2.1.- Interpretación jurídica de las normas

De conformidad con el artículo 76, número 7, letra l) de la Constitución de la República del Ecuador “Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.” En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos la motivación de una sentencia: “[...]es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión.”¹⁶⁹

De la norma citada, se desprende que motivar, desde su acepción más básica, consiste en razonamientos condicionado por la vigencia y pertinencia de la aplicación de normas jurídicas, a la luz de hechos, sometidos a juzgamiento de una autoridad competente, en razón del territorio, de la materia, de los grados y de las personas.

Desde otro punto de vista, la relevancia de la motivación en la adopción de decisiones jurisdiccionales es una exigencia del derecho fundamental de petición y del derecho a recibir respuestas motivadas al respecto. Asimismo, la obligación de motivar es una garantía inherente al derecho a la defensa, por dos razones principales. La primera expone que una adecuada motivación permite que la persona afectada por una decisión de autoridad conozca las razones en las que se sustenta su pronunciamiento, lo

169 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Chaparro Alvarez y Lapo Iñiguez. Vs. Ecuador*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007, Serie C. No. 170, párr. 107.

que permite que la ciudadanía ejerza su derecho a recurrir ante una instancia superior ante la que expondrá los motivos por los que considera que el fallo no ha sido adecuadamente dictado. Esto permite que el superior cuente con mayores elementos de juicio que le permitan resolver con mayor solvencia. La Corte Constitucional ecuatoriana sostiene que “[...]es menester de las autoridades justificar y exponer los fundamentos en los que se basa su resolución, siendo la motivación un elemento central de las garantías del debido proceso.”¹⁷⁰

Lo cierto es que, una motivación adecuada permite que la ciudadana o ciudadano incorpore nuevas razones jurídicas al debate, de tal forma que pueda revocar la resolución que le afecta; o por el contrario, darle mayor fuerza, ante la eventual ratificación del fallo. Así, una adecuada motivación, dentro de un modelo constitucional de derechos, es una garantía procesal fundamental que permite a la ciudadanía acudir a una instancia superior, defender sus derechos, y disminuir la posibilidad de actuaciones arbitrarias por parte de juezas y jueces de primer nivel.

Por otra parte, una adecuada motivación también es una garantía de control de *lógicidad* porque la segunda instancia, revisa y garantiza que las decisiones del poder público sean adoptadas con respaldo de las reglas de la lógica formal e informal; caso contrario, se puede impugnar y demostrar que el fallo se sustenta en razonamientos falaces que inciden en el ejercicio de derechos de la persona afectada. La actividad jurisdiccional “[...]concentra toda la racionalidad de la moralidad pública, para organizar al poder y equilibra el protagonismo de este poder en la creación del Derecho positivo.”¹⁷¹

Así también, se deja a salvo un mecanismo de defensa del ordenamiento jurídico, frente a posibles decisiones incoherentes con la defensa de objetivos sistémicos insertos en sistema constitucional, transportando su

170 Corte Constitucional (Ecuador), *Sentencia No. 223-12-SEP-CC*, Caso No. 0834-09-EP, (R.O.S No. 777; 29-08-2012).

171 Gregorio Peces-Barba. *Ética, Poder y Derecho*, México, Fontamara, 2004, p. 89.

contenido axiológico desde la cima de la pirámide, hasta su base, en cuanto los principios tienen, por misión, guiar toda forma de interpretación y aplicación del derecho. Para Robert Alexy “[...]los principios son *mandatos de optimización*. [y] Como tales, se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diferentes grados y porque la medida de cumplimiento ordenada depende no sólo de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas.”¹⁷²

Siguiendo con el estándar constitucional, el primer elemento a considerar en la red argumentativa, es la enunciación expresa de las normas jurídicas; las mismas que actúan en calidad de premisa mayor. Estas normas jurídicas, sean principios o reglas, se expresan por medio de enunciados lingüísticos, por lo que, una vez identificada la norma jurídica pertinente, el primer obstáculo se encuentra en las dificultades de la gramática y la sintaxis.

El lenguaje normativo, como cualquier forma de comunicación, no está exento de ambigüedad, vaguedad y bifurcaciones en sus efectos, pese a que el uso del lenguaje técnico reduce las posibilidades de interpretación, pero no las elimina, sobre todo si consideramos que los conceptos técnicos se encuentran en constante redefinición. Genaro Carrió reconoce que “muchas disputas entre juristas se originan y perduran por no advertir estas cosas. Se pretende refutar y apoyar enunciados que solo explicitan parte de la definición de un ‘termino apelado’, para uno y otro fin, a argumentos de hecho. Claro está que la disputa resulta así mal encaminada[...].”¹⁷³

En el caso del Derecho Penal, rama jurídica desarrollada sobre la base del principio de legalidad,¹⁷⁴ según el cual, las conductas sancionables deben cubrir las características de tipo penal, nos ayuda a distinguir

172 Robert Alexy “La fórmula del peso” en: Miguel Carbonell edit., *El Principio de proporcionalidad y la Interpretación Constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 14.

173 Genaro Carrió. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Buenos Aires, Abelardo Perrot, 1979, p. 98.

174 Convención Interamericana de Derechos Humanos, artículo 7, número 2: “Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.”

entre un asesinato y un homicidio, o entre una violación y un estupro; no obstante, existen palabras como violencia, alevosía, intención de producir daño, despoblado, pandilla cuyas implicaciones prácticas no son unívocas, dependen del contexto, de las pruebas presentadas por el criterio que cada juzgador tenga.

En este momento es donde cobra mayor importancia, para desentrañar el significado de la norma, aspectos culturales, psicológicos, ideológicos y hasta los prejuicios que habitan en la mente de la autoridad; por lo que, la sola existencia de una norma, por más detallada que sea, no garantiza que produzca los efectos deseados por el sistema, ni siquiera por su autor, peor aún si se trata de normas antiguas, como buena parte de los códigos civiles de la región que, por ser herederos del pensamiento imperialista-napoleónico del siglo XVIII, poco nos dice sobre las exigencias normativas de nuestros territorios y tiempos; de ahí que, la redefinición de conceptos, se vuelve un imperativo poco predecible.

Las normas jurídicas, sobre todo las constitucionales, por tratarse de preceptos generales y abstractos no llegan, ni es su función llegar, a niveles de especificidad que permitan elaborar respuestas jurídicas para cada caso. Este planteamiento positivista, ampliamente superado, nos muestra una forma de concebir la actividad jurisdiccional como una mera aplicación de normas preestablecidas que le dieron predominio al método exegético de interpretación jurídica, en cuanto respalda la decisión judicial en el espíritu de la ley; es decir, en la voluntad primigenia de su autor; lo cual, nos lleva a arenas movedizas en las que cabe más de una interpretación.

Esta suerte de espiritismo normativo no es exclusivo del Derecho, recuérdese la variedad de interpretaciones que existen sobre textos bíblicos. Con estos antecedentes, es imposible advertir cuáles serán los conflictos que atenderá una norma, así como el significado que la autoridad le otorgará al mismo texto, en cada época; de ahí que, la seguridad jurídica no descansa en el texto de la norma, la garantía de coherencia y racionalidad, en la que se

sustenta la seguridad jurídica, está en la jurisprudencia.¹⁷⁵

Asimismo, la exégesis y el método histórico de interpretación, determina la producción de otras fuentes formales. Los métodos gramatical y exegético produjeron *jurisprudencia de conceptos* cuya única utilidad es establecer un glosario de significados que orienten al juzgador. Este modelo de jurisprudencia subordinada a la ley, ha perdido vigencia en los modelos constitucionales contemporáneos, en los que se evidencia un acercamiento importante a la cultura jurídica anglosajona, caracterizada por el predominio de la jurisprudencia como fuente principal.

De la misma manera, la equiparación del valor normativo de la jurisprudencia y de la ley es tal, que hasta el principio de *paralelismo de las formas jurídicas*, según el cual, la norma interpretativa tiene igual valor y jerarquía que la norma interpretada¹⁷⁶ debe ser reinterpretado en el sentido de reconocer en los pronunciamientos jurisdiccionales, de última instancia, la capacidad de crear normas jurídicas auténticas e inéditas; pero también, la capacidad de incorporar al *bloque de constitucionalidad*¹⁷⁷ principios, derechos y reglas de jerarquía constitucional, en virtud de la materia sobre la cual, se pronuncia. Por ejemplo, si la jurisprudencia es capaz de reconocer un derecho fundamental, y si todos los derechos tienen el mismo valor jerárquico, existirán pronunciamientos jurisprudenciales jerárquicamente superiores a la ley, produciéndose un sistema de jerarquía móvil donde el criterio de formalidad y hasta el principio de competencia perdería terreno.¹⁷⁸

175 “Es coherente aquel que dice lo que piensa y sabe comportarse siempre de la misma forma, en concordancia plena con sus palabras y sus ideas.” Jaime Baquero. *Ética para políticos y juristas*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009, p. 152.

176 Javier Pérez Royo. *Curso de Derechos Constitucional*, séptima edición, Madrid, Marcial Pons Editores Jurídicos y Sociales, 1997, pp. 171-187.

177 Ariel Dulitzky, “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: estudio comparado” en: *La aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales locales*, Martín Abregú y Christian Curtis, Comp., Buenos Aires, Editores del Puerto, segunda edición, 1998, pp. 33 – 74.

178 Ángel Garrarena Morales, *El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho*, Madrid, Tecnos, 1991, pp. 52-54.

La jurisprudencia de conceptos, derivado de la escuela exegética, restringe al juez a desentrañar su auténtico espíritu pero, como interpretar no implica crear, el modelo jurisprudencial fue desarrollado como una fuente meramente referencial.

Sin embargo, los sistemas constitucionalistas contemporáneos han constatado la insuficiencia de la norma legislativa para resolver los denominados casos difíciles en los que no basta la aplicación subsuntiva de una regla. Ante la conciencia de insuficiencia legal, la jurisprudencia se ha repotenciado y le ha dado al derecho una dimensión pragmática, coherente con los ideales de justicia. Este nuevo esquema puede sintetizarse de la siguiente manera: “más principios que reglas, más ponderación que subsunción, más jueces que legisladores y más Constitución que ley”¹⁷⁹; en este sentido, “[...] la jurisprudencia está inmediatamente condicionada por las leyes; pero, las leyes lo están, a su vez y no en menor medida, por la jurisprudencia, ya que es ésta la que determina el alcance de aquellas y moraliza su contenido”.¹⁸⁰

Lo cierto es que, el mismo texto puede interpretarse legítimamente en más de una forma y con ello puede llegarse a conclusiones contrapuestas, de acuerdo con una decisión preconcebida por el juzgador. Por ejemplo, el razonamiento jurídico por analogía, aceptable en todas las ramas del derecho, excepto en el derecho penal, puede extender un precepto jurídico a una situación no prevista creando así una nueva norma; o, por el contrario, adoptar una posición reduccionista que excluya de a individuo que no sea parte de la especie descrita. La adopción de la analogía o del método *a contrario* nos conduce a resultados contrapuestos, por lo que, la decisión no está en la norma, sino en el juez.

Uno de los ejemplos más célebres al respecto es el que da Hart respecto de un parque en el que está prohibido el ingreso de perros. Desde

179 Paolo Comanducci. “*Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico*”, en Miguel Carbonell edit., *Neoconstitucionalismos*, Madrid, Trotta, 2006. p. 83 y ss.

180 Alejandro Nieto García. *Crítica a la Razón Jurídica*, Madrid, Trotta, 2007, p. 84.

un razonamiento finalista, los individuos gatos tampoco podrían ingresar al parque en cuanto, el objetivo que persigue la norma puede ser la conservación de las plantas, mantener la limpieza del espacio público o evitar ataques a transeúntes; este sería un típico razonamiento análogo. Por el contrario, podría sostenerse que, si el legislador se refirió únicamente a los perros, teniendo la opción de enumerar a otro tipo de mascotas, no lo hizo precisamente porque la prohibición no puede ser extensiva a los gatos, lo contrario sería una decisión *contra legem*.

En situaciones como estas, no existe disposición de derecho positivo que le indique al juzgador el camino que debe tomar; no obstante, existen principios medulares en el sistema que guían la decisión, cual sería el principio de equidad de género. El artículo 29 de la Convención Interamericana, en concordancia con el artículo 11, número 5 de la Constitución establece como principio principal para dirimir antinomias de primero y segundo grado, al principio *pro homine*, al prescribir: “En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia”. Este principio universal, parte del *ius cogens*,¹⁸¹ presente en todo sistema garantista de derechos, marca un norte para toda forma de interpretación, acercándonos a cierto grado de certeza, respecto de la decisión.

Por ejemplo, cuando el artículo 217 de la Constitución consagra, entre los principios específicos de la Función Electoral, el relativo a la equidad y paridad de género, no se limita a decir que las listas para elecciones pluripersonales se integran de manera paritaria y secuencial entre mujeres y

181 “A nivel del derecho internacional de los derechos humanos, la jurisprudencia ha establecido varios criterios con el objetivo de obtener la mayor protección del derecho de los derechos humanos, (principio *pro homine*) 23, los cuales se podrían clasificar en tres: interpretación general, la cual comprende la relación entre el sistema universal y el regional, la segunda supone la aceptación de medios complementarios de interpretación contemplados en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y finalmente, algunos criterios específicos de aplicación en la etapa de admisibilidad. A su vez, valga destacar que, por ejemplo, la Corte Interamericana ha recurrido a la aplicación de los principios generales del derecho en sus procesos.” Paula Lizano Van der Laet, “Algunas reflexiones sobre el principio de igualdad jurídica en la jurisprudencia internacional y en la del Tribunal Constitucional español” en *Justicia, Libertad y Derechos Humanos*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Tomo I, 2003, p.375.

hombres, en realidad se está proporcionando una guía interpretativa para el órgano de administración de justicia electoral.

La equidad de género se presenta como un principio transversal en la interpretación de cualquier norma jurídica invocada, cuando las condiciones de tradicional exclusión de la mujer fuere determinante en el reconocimiento pleno de un derecho.

Ahora bien, contrariamente a lo que sostuvo el positivismo *kelseniano*, los sistemas jurídicos distan mucho de ser coherentes y completos. Las lagunas jurídicas pueden ser espontáneamente descubiertas, pero también pueden crearse intencionalmente. En el razonamiento por analogía, al que nos referimos en líneas anteriores y volviendo al ejemplo de Hart, un juzgador puede considerar que no existe ninguna laguna, en cuanto la prohibición dirigida a los perros, es aplicable a los gatos; al mismo tiempo que otro juzgador puede crear la laguna al decir que, no habiéndose mencionado a los gatos, el ordenamiento jurídico no ha previsto consecuencia jurídica alguna al respecto; y como tal, existe un vacío que debe cubrirse discrecionalmente puesto que la falta de norma no le franquea la posibilidad de dejar de administrar justicia.¹⁸²

Casos como estos desmitifican la supuesta seguridad jurídica que sirvió como bandera de lucha para el positivismo clásico. Por el contrario, en un sistema basado en principios, las lagunas y las antinomias son resueltas en aplicación de enclaves axiológicos de mayor jerarquía; de tal forma que, la respuesta sea coherente con los ideales sistémicos de tutela efectiva de derechos y realización objetiva y práctica de la justicia.

Al respecto, la Corte Constitucional ecuatoriana ha pronunciado: La motivación tiene como objetivo fundamental garantizar que se

182 Constitución de la República, artículo 11, número 3, inciso segundo “Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.”

ha actuado racionalmente, ya que debe atender al sistema de fuentes normativas capaces de justificar la actuación de quienes detentan la facultad de decidir, el sometimiento del juzgador a los preceptos constitucionales, de derechos humanos, así como las disposiciones sustantivas y adjetivas, lograr el convencimiento de las partes de la correcta administración de justicia, garantizar la posibilidad de control de la resolución por el superior que conozca los recursos ordinarios y extraordinarios e inclusive llegar a conocimiento y resolución del problema jurídico a la Corte Constitucional, ya que el hecho de motivar la sentencia no significa que su contenido sea correcto, sino que a pesar de ella puede haber quebrantamiento de la ley o del debido proceso.¹⁸³

En definitiva, ante la identificación de lagunas o antinomias jurídicas, aparentes o reales, corresponde al Juez cubrirlas o dirimir las, pero no de forma arbitraria, como ocurre en el positivismo, lo hace con referencia a criterios teleológicos de optimización de la garantía de derechos. Así, las autoridades que administran justicia, en materias especializadas, como el derecho electoral, no pueden restringir su decisión a lo atiente a los derechos de participación política, tiene que extender su esfera tutelar a aquellos *derechos implícitos*¹⁸⁴ e inclusive de aquellas derechos que se incorporan al ordenamiento jurídico vía jurisprudencia, por medio de inferencias lógicas que hacen derivar unos derechos no reconocidos, de otros previamente positivizados. La Constitución ecuatoriana prevé esta posibilidad cuando establece: “El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas,

183 Corte Constitucional, Acción por Incumplimiento, *Sentencia 021-12-SEP-CC*, dictada dentro del caso 0419-11-EP.

184 Guastini hace una diferenciación entre derechos explícitos y derechos implícitos. Los primeros son aquellos reconocidos, generalmente por las constituciones, por tanto, constituyen una manifestación del derecho positivo. Los derechos implícitos son el producto de una inferencia lógicamente válida, cuya premisa mayor está dada por derechos expresamente consagrados. Los derechos implícitos, pese a contar con legitimidad propia, van concretando a los derechos explícitos y generalmente provienen de la actividad jurisdiccional. Así, este autor nos hace notar que existe un desplazamiento de poderes normativos de los órganos legislativos a los jurisdiccionales. Ricardo Guastini, *Comentarios a la Ponencia de Manuel Atienza “Derechos Implícitos”*. *Jornadas de Argumentación Jurídica y Ética Judicial*, Tribunal Contencioso Electoral, 8 y 9 de septiembre de 2009.

comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento” (Art. 11, num., 7). En tal virtud, el reconocimiento de nuevos derechos o de la ampliación del *núcleo esencial* de los ya reconocidos, lleva aparejada la obligación de proporcionar un marco institucional que establezca vías efectivas de tutela jurisdiccional.

Entre los principios guías de la argumentación jurídica está el de equidad de género por lo que toda interpretación debe tender a la realización de este ideal igualitario, adaptados a las necesidades propias de la persona o sector social vulnerable. Desde esta perspectiva, el sistema de principios es mucho más cercano a la seguridad jurídica, que otro excesivamente reglado que, por el hecho de ser tal, constituye un caldo de cultivo para la proliferación de antinomias; y en consecuencia, de la arbitrariedad judicial.

Pero si la interpretación de las normas encierra complejidades, la interpretación de los hechos tampoco es materia pacífica, según nos detendremos a analizar.

2.2. Interpretación jurídica de los hechos

De conformidad con el principio *iura novit curiae*, ampliamente desarrollado por la jurisprudencia interamericana “[...]en el sentido de que el juzgador posee la facultad e inclusive el deber de aplicar las disposiciones jurídicas pertinentes en una causa, aun cuando las partes no las invoquen expresamente[...]

¹⁸⁵, queda claro que, pese a que la juzgadora o el juzgador, se apoya en la actuación argumentativa de las partes procesales, lo que más le interesa son las pruebas, en cuanto éstas le ayudan a construir una historia oficial, a la que se dará una respuesta derivada de su contacto con las disposiciones normativas consideradas pertinentes.

Para la construcción de la historia oficial, la autoridad, al no haber estado presente en el momento y en el lugar en el que se produjo el

185 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, párrafo 59.

acontecimiento y dada la estructura acusatoria de nuestros sistemas, la jueza o el juez aplican el método histórico de investigación para unir las piezas que integran el rompecabezas sobre el que se pronunciará.

Naturalmente, la prueba, al no ser recogida por la jueza o el juez de forma directa, puede ser manipulada, hasta el punto de resultar poco confiable para la autoridad. En casos como estos, la autoridad, de manera arbitraria puede favorecer al justiciable argumentando duda razonable, aunque esta duda no fuere sincera. Este acto, por su naturaleza interna no admite control jurisdiccional, social o político; por el contrario, es una decisión amparada por el principio de libertad de conciencia con la que el Juez actúa.

Ante la presencia de principios de textura abierta como el de la *duda razonable*, la motivación se vuelve mucho más relevante que en aplicación de reglas de cumplimiento todo o nada. Frente a decisiones en las que la misma normativa concede poderes discrecionales a la jueza o juez, como en el caso de adoptar medidas cautelares privativas de la libertad, la posibilidad discrecional que le da la norma, tiene aparejada la obligación de argumentar de forma más profunda y concisa.

En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

[...]no es suficiente que toda causa de privación o restricción al derecho de la libertad esté consagrada en la ley, sino que es necesario que esa ley y su aplicación respeten los requisitos que a continuación se detallan, a efectos de que dicha medida no sea arbitraria: i) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención. [...] ii) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; iii) que sean necesarias, en el sentido que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuenten con la misma idoneidad [...] y, iv) que sean medidas estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del

derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido[...]»¹⁸⁶

Respecto a la obtención de la prueba, en el *Caso González y otras*, más conocido como *Campo Algodonero Vs. México* que trata sobre el feminicidio perpetrado en Ciudad Juárez-México, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sancionó al Estado, entre otras razones por “[...] las irregularidades en las investigaciones y en los procesos incluyen la demora en la iniciación de las investigaciones¹⁸⁷, la lentitud de las mismas o inactividad en los expedientes¹⁸⁸, negligencia e irregularidades en la recolección y realización de pruebas y en la identificación de víctimas¹⁸⁹, pérdida de información¹⁹⁰, extravío de piezas de los cuerpos bajo custodia del Ministerio Público¹⁹¹ y la falta de contemplación de las agresiones a mujeres como parte de un fenómeno global de violencia de género¹⁹². Según el Relator sobre la independencia judicial de la ONU, luego de una visita a Ciudad Juárez en el 2001 le sorprendió la absoluta ineficacia, incompetencia, indiferencia, insensibilidad y negligencia de la policía que había llevado hasta entonces las indagaciones.”¹⁹³

186 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Chaparro Vs. Ecuador*, sentencia de fondo, parr. 93.

187 Cfr. CIDH, *Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez*, *supra* nota, folio 1746, Informe de México producido por el CEDAW, *supra* nota, folio 1924, y Amnistía Internacional, *Muertes intolerables*, *supra* nota, folio 2274.

188 Cfr. CIDH, *Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez*, *supra* nota, folio 1767; CNDH, Recomendación 44/1998, *supra* nota, folio 2140; Fiscalía Especial para la Atención de Delitos relacionados con los Homicidios de Mujeres en Ciudad Juárez, Informe Final, *supra* nota, folios 14579 y 14610; Conferencia de prensa que ofrecieron el Subprocurador de Derechos Humanos, Atención a Víctimas y Servicios a la Comunidad y la Fiscalía Especial para la Atención de los Delitos Relacionados con Actos de Violencia Contra las Mujeres en el auditorio de juristas, de Reforma 211, México, D.F., 16 de febrero de 2006, anexo 4 del Informe Final del Observatorio Ciudadano, *supra* nota, folio 6714.

189 Cfr. CIDH, *Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez*, *supra* nota, folio 1750; CNDH, Recomendación 44/1998, *supra* nota, folio 2140; Informe de la Comisión de Expertos Internacionales de las Naciones Unidas, *supra* nota, folio 1929, Fiscalía Especial para la Atención de Delitos relacionados con los Homicidios de Mujeres en Ciudad Juárez, Informe Final, *supra* nota, folio 14579, y declaración rendida ante fedatario público por la testigo Doretti el 17 de abril de 2009 (expediente de fondo, tomo VI, folio 2326 y 2327).

190 Cfr. CIDH, *Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez*, *supra* nota, folio 1750; Informe de la Comisión de Expertos Internacionales de las Naciones Unidas, *supra* nota, folios 1898 y 1899; declaración de la testigo Doretti, *supra* nota 180, folio 2332.

191 Cfr. declaración de la testigo Doretti, *supra* nota 180, folios 2371 y 2372.

192 Cfr. Informe de la Comisión de Expertos Internacionales de las Naciones Unidas, *supra* nota, folio 1897; CNDH, Recomendación 44/1998, *supra* nota, folio 2154; CNDH, Informe Especial, *supra* nota, folio 2227, y Amnistía Internacional, *Muertes intolerables*, *supra* nota, folio 2279.

193 Informe del Relator Especial sobre la Independencia de Magistrados y Abogados, *supra*, nota, folio 2100.

En casos como estos, en los que emergen prejuicios sexistas de las autoridades policiales y criminalistas, generalmente varones, el tratamiento suele ser tan degradante que se pierde la credibilidad y el compromiso de la víctima; y con ello, se pierde la prueba porque las víctimas se resisten a estos tratos y porque aun cuando la víctima sea capaz de proporcionar datos relevantes, la autoridad puede actuar prejuiciosamente, culpabilizando a la víctima por el uso de ropa ajustada o por caminar sola en la noche.

Pensamientos como estos interfieren drásticamente en la producción de la prueba y, como tal, en la elaboración de una historia oficial libre de distorsiones, lo que favorece la impunidad y la reproducción de estereotipos; dada la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.¹⁹⁴

Por otro lado, las pruebas con las que aportan las partes no permiten que la autoridad llegue a enunciados narrativos concluyentes. Por el contrario, la jueza o juez, en materia de hechos, solamente realiza *razonamiento sindiciarios*; es decir, parte de hechos comprobados, más o menos difusos, e intelectualmente va construyendo una historia posible, pero que en estricto sentido, solo se sostiene en meras probabilidades.

Las posibilidades de interpretación de los hechos, bajo la guía de razonamientos sindiciarios son muchas, tanto como la elección de la norma e interpretación de las mismas; de ahí que, la dimensión fáctica de interpretación y la hermenéutica utilizada son igualmente determinantes en la solución de las causas. No obstante, a diferencia del criterio de validez de las normas, en las que existe terreno firme para diferenciar entre normas vigentes y derogadas, así como normas jurídicas, de otras que no lo son; los razonamientos inferenciales sobre los hechos, no pueden ser materia de control ulterior.

194 Constitución de la República del Ecuador (Art. 76, num. 2; Declaración Universal de Derechos Humanos (Art. 11, num. 1); Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art. 8, num. 2); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 14, num. 2).

De ahí que los recursos extraordinarios, como la casación, tiene como único objeto la defensa del derecho objetivo, en su aplicación y en su interpretación, pero estos estamentos no pueden hacer una nueva valoración de la prueba. La Corte de Casación puede verificar el cumplimiento de las normas que la rigen, pero en ningún caso, las conclusiones a las que llegó el juzgador, cuando estas fueren aceptablemente lógicas.

La Corte Nacional de Justicia ecuatoriana, en pronunciamiento de triple reiteración, inadmite causas cuando para responder a la pretensión del recurrente, “[...]habrá de verificarse todo lo cual constituye materia de interpretación del negocio jurídico y que, por lo tanto, su revisión escapa a la competencia del Tribunal de Casación, salvo que se invoque violación de una norma de derecho en la valoración de la prueba”.¹⁹⁵

Asís Roig considera que este tipo de razonamientos interpretativos de los hechos, en recursos extraordinarios tienen que superar, entre otras, dos tipos de dificultades. El primero es el resultado de entender que las decisiones sobre los hechos se llevan a cabo en el marco de un discurso teórico, por lo que su análisis no puede desarrollarse con las herramientas propias de la argumentación porque éstas se desenvuelven en el ámbito del discurso práctico. El segundo tipo de problemas, se refiere al resultado que producen estas decisiones y su imposibilidad de control jurídico, por lo que permanecen ocultas en la conciencia de quien adopta.¹⁹⁶

Cuando hablamos de “verdad procesal” debemos separarla de la verdad histórica o material, que pese a lo importante que sería hacerlas coincidir; la jueza o el juez, previo a resolver tiene que crear una historia que lógicamente sea posible a la luz de las pruebas aportadas por las partes; para lo cual, estudia el acervo probatorio en su conjunto, a fin de reducir la posibilidad que algún elemento logre demostrar inconsistencias en el relato judicial, capaces de derrumbar la teoría oficial del caso.

195
196

Corte Nacional de Justicia, *Gaceta Judicial*, “Fallos de triple reiteración”, Recopilación 1999.
Asís Roig, *Juez y la Motivación en el Derecho*, Madrid, Dykinson, 2005, p. 80.

Para Luis Prieto Sanchís, “[...]es importante destacar que la supuesta descripción de los hechos implica una cualificación previa en la que se utilizan nociones que forman parte del lenguaje normativo; no estamos pues, ante simples afirmaciones fácticas, sino ante argumentaciones prácticas que se integran a un lenguaje prescriptivo”.¹⁹⁷ Justamente por ello, el propio Bentham señaló que en todo proceso judicial deben admitirse todas y cada una de las pruebas con las que cuenten las partes procesales, en tanto éstas fuesen relevantes para acercarnos a la reconstrucción verídica de los hechos.¹⁹⁸

Con estas consideraciones, queda claro que la construcción de una historia oficial, por parte de la autoridad encargada de administrar justicia es también un ejercicio narrativo-argumentativo que se basa en hechos aisladamente demostrados y ordenados de forma coherente con una teoría oficial del caso, lo que, sin duda condiciona el resultado de la sentencia. Esta actividad narrativa necesita de justificaciones extrajurídicas que amplíen el espectro decisorio del juez y le dé mayor solvencia argumentativa al fallo.

Las falacias que pueden evidenciarse en relación a los hechos materia de juzgamiento son también materia de revisión por parte de la autoridad jurisdiccional superior, e inclusive ante el tribunal de casación. La Corte Nacional de Justicia se ha pronunciado en el sentido de que, “quien impugna una decisión vía casación debe acreditar con precisión el error judicial que la vicia y que se manifiesta al existir incoherencia entre lo resuelto y los hechos relatados y aceptados como verdaderos”.¹⁹⁹

En suma, la interpretación jurídica de los hechos y su relación lógica entre ellos y la norma aplicable es tanto, o más importante que la interpretación finalista de esta; para lo cual, se requiere garantizar que la historia oficial no esté basada en prejuicios culturales sexistas que reproduzcan prácticas misóginas o estereotipos; en definitiva, la argumentación jurídica

197 Luis Prieto Sanchís. *Ideología e Interpretación Jurídica*, Madrid, Tecnos, 1993, p. 89.

198 Jeremy Bentham; citado por: Michele Tarufo, Perfecto Ibáñez y Alfonso Candau Pérez. *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 22.

199 Corte Suprema de Justicia. *Gaceta Judicial*. Año XCVII. Serie XVI. No. 9. 1997, p. 2359.

es un ejercicio intelectual, racional, psicológico, cognoscitivo pero también cultural; de ahí, la importancia de un enfoque de género y de la necesidad del juzgador de conocer el contexto en el que se ejecutará lo juzgado, dado que una resolución neutral puede producir efectos discriminatorios desde la perspectiva de género, dependiendo de la situación sobre la que se juzga. “El Derecho tiene que contemplarse en relación con el sistema social y con los diversos aspectos del sistema social: morales, políticos, económicos, culturales[...] La consideración del ‘contexto’ lleva necesariamente a abandonar una concepción demasiado simple del razonamiento jurídico, como es la del formalismo.”²⁰⁰

2.3 Relación lógica entre las normas y los hechos

El último elemento que establece la Constitución, como parte del estándar de la motivación, tiene que ver con la pertinencia de la aplicación de la norma escogida para resolver el caso. La pertinencia consiste en establecer un nexo de mutua identidad entre la norma general y abstracta, los hechos interpretados y oficialmente narrados, con los efectos prácticos que experimentarán las personas inmersas en el conflicto.

Para ello, las normas escogidas, sean reglas o principios, para efectos de razonamiento jurídico, fungen de premisa mayor. Los hechos ya identificados como parte de la historia oficial, actúan como premisa menor y condiciona lógicamente al resultado que es la decisión. No obstante, la obvia sintonía entre estas dos premisas es una construcción propia de la autoridad que actúa como escalón intermedio entre éstas y la conclusión; así, la *ratio decidendi*²⁰¹ no constituye el espejo interpretativo de la norma, tampoco la descripción aséptica de los hechos, ni es la decisión en sí, la *ratio decidendi*

200 Manuel Atienza, *El Derecho como Argumentación*, ob.cit., pp. 120 y 121.

201 Autores como Carlos Bernal Pulido, reconocen tres partes dentro de una misma sentencia: *Decisum*: Constituye el fallo o solución para un caso en concreto; *Ratio Decidendi*: Citando jurisprudencia colombiana (Sentencia C-569) “contiene las razones jurídicas que orientan la decisión judicial”; y, *Obiter Dicta*: que son “...afirmaciones, caso siempre teóricas de carácter muy general y abstracto, que solo cumplen un papel secundario en la fundamentación”. Carlos Bernal Pulido, *El Derecho de los Derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 176 y 177.

es la subregla creada por la jueza o juez para el caso en específico, como resultado de la interrelación lógica de estos tres aspectos. “Lo que al juez le viene objetivamente dado es una norma legal abstracta junto a un caso amorfo que aún no son Derecho ni juntos, ni cada uno por sí mismo. Se los puede comparar a una materia prima. Para que puedan surgir de ellos un ‘supuesto de hecho’ y un ‘hecho típico’ necesitan norma y caso, ser tratados de manera que muestren su significado.”²⁰²

No quisiera que se entienda que el silogismo judicial es la única técnica posible de aplicación del derecho; por el contrario, existen muchas otras, como la ponderación por ejemplo; pero finalmente, todos los caminos argumentativos terminan subsumiendo una regla preexistente o nueva, a unos hechos procesalmente establecidos.

Un ejemplo de ello es el método de ponderación, cuya característica esencial es la de permitir que se diriman conflictos entre derechos, los mismos que, en abstracto, gozan de la misma jerarquía, por lo que solamente puede prevalecer uno sobre otro, en la resolución del caso en concreto. Ante la imposibilidad de dirimir estos conflictos jurídicos por medio de la aplicación de los criterios jerárquico, cronológico o de especialidad, es el juzgador quien establece una prelación entre derechos y elabora una subregla válida para ese caso en específico. Para que esta regla sea materialmente válida debe cumplir con requisitos de necesidad, idoneidad y proporcionalidad; de tal manera que, uno de los dos derechos (el considerado más importante para el caso) sea satisfecho en la mayor medida de lo posible, en tanto que el otro derecho, sea lesionado o inobservado en la menor medida de lo posible.

En palabras de Luis Prieto Sanchís, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, “[...]consiste en acreditar que existe un cierto equilibrio entre

202 Pedro Serna. *Filosofía del derecho y Paradigmas Epistemológicos: de la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*, México, Porrúa, 2006, p. 114.

los beneficios que se obtienen con la medida limitadora o con la conducta de un particular en orden a la protección de un bien constitucional o a la consecución de un fin legítimo, y de los daños o lesiones que de dicha medida o conducta se derivan para el ejercicio de un derecho[...]²⁰³

Como se dijo, este proceso argumentativo que se realiza para justificar su decisión, tiene como fin intermedio la elaboración de la mencionada subregla, la misma que es aplicable al caso, de manera subsuntiva. En definitiva, aún en la ponderación, la subsunción está presente en dos etapas del razonamiento ponderativo. En un primer momento, la jueza o el juez subsume cuando identifican los principios que consideran pertinentes para el caso en concreto e identifica su colisión. En un segundo momento, la jueza o juez subsume cuando habiendo elaborado una subregla y justificado la necesidad, idoneidad y proporcionalidad, la aplica a los hechos probados y concluye, resolviendo el caso.

Desde este punto de vista, la perspectiva de género cobra importancia en cada uno de los pasos que componen el proceso ponderativo. Al identificar cuáles son los derechos o principios en colisión, es necesario que la juzgadora o juzgador sea capaz de reconocer situaciones de asimetría entre hombres y mujeres que promuevan la incorporación de principios como el de igualdad material y no discriminación. No considerar situaciones de desequilibrio entre personas que reivindican derechos en conflicto, esto conllevaría a que el juzgador considere que el conflicto entre derechos es aparente y como tal no aplique un razonamiento ponderativo, de cuya aplicación se derivan resultados que profundizan situaciones de discriminación.

2.4. La motivación como causa de nulidad absoluta

En otro orden de cosas, la Constitución prevé que “los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos.” En Ecuador, de acuerdo con el artículo

203 Luis Prieto Sanchís, “El Juicio de Ponderación Constitucional” en Miguel Carbonell y Pedro Grández Castro, coords., *El Principio de proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo*, Lima, Palestra, 2010, p. 103.

94, inciso tercero del Estatuto para el Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, la falta de motivación es una de las causas de nulidad absoluta, al igual que los actos que tienen por “[...]objeto satisfacer ilegítimamente un interés particular en contradicción con los fines declarados por el mismo acto[...].” Esta nulidad, por ser absoluta, no permite convalidación.

Finalmente, la Constitución ecuatoriana prevé que “Las servidoras o servidores responsables [por la falta de motivación] serán sancionados.” En desarrollo de este precepto, el artículo 108 del Código Orgánico de la Función Judicial sanciona por el cometimiento de una infracción disciplinaria grave, “a la servidora o al servidor de la Función Judicial se le podrá imponer sanción de suspensión, por las siguientes infracciones:[...] 8 No haber fundamentado debidamente sus actos administrativos, resoluciones o sentencias[...].”

Al Respecto, el Consejo de la Judicatura, entidad competente para ejercer el control disciplinario de las servidoras o servidores de la Función Judicial ha establecido algunos precedentes, de los que se considera ausencia o indebida motivación. Así el Consejo de la Judicatura expuso que aplicación ilógica o incoherente de una norma jurídica constituye una de las especies del genérico concepto de falta de motivación.²⁰⁴ Por otra parte, el mismo órgano administrativo ofrece otras luces al establecer que constituye una sentencia inmotivada aquella que fue dictada sin haber considerado piezas procesales determinantes para la adopción de la decisión judicial.²⁰⁵

Mucho se ha criticado a esta disposición, a la luz del principio de independencia interna que, de acuerdo con el artículo 168 de la Constitución, goza toda autoridad que ejerce la potestad de administrar justicia. Al respecto, cabe aclarar que, la responsabilidad administrativa no se genera por haber

204 Consejo de la Judicatura, Resolución dictada en el Expediente Disciplinario *No. 2011-0402P*, de 21 de junio de 2011.

205 Consejo de la Judicatura, Resolución dictada en el Expediente Disciplinario *No. 2011-0353A*, de fecha 7 de junio de 2011.

elegido normas o principios cuya interpretación o aplicación no concuerda con lo que el Consejo de la Judicatura considera adecuado, tampoco tiene que ver con la valoración que cada autoridad hiciera respecto de la prueba. Estos dos aspectos son los que efectivamente están amparados por la garantía de independencia judicial.

No obstante, lo que se sanciona es el incumplimiento del estándar constitucional analizado; es decir, la sanción se impone cuando no se cita expresamente la norma o principio invocado, cuando no se expone una historia oficial con referencias expresas en el acervo probatorio; y/o, cuando la relación entre la interpretación que se hace de las normas, con los hechos conducen a una conclusión incoherente, ilógica o falaz. Por otro lado, existe errónea motivación cuando se verifica una relación incoherente entre las premisas y la conclusión; de acuerdo con las reglas de la lógica formal o del sentido común.

Esto no quiere decir que el análisis sobre los hechos y la hermenéutica utilizada no sea materia de revisión; no obstante, este aspecto corresponde a una autoridad jurisdiccional superior.

Para completar esta suerte de rompecabezas motivacional, y pese a que una buena fundamentación tiene que ser completa, es decir, resolver todos y cada uno de los puntos que produjeron la traba de la *litis*, esto no quiere decir que la jueza o el juez tengan la obligación de dar respuesta a todas y cada una de las afirmaciones formuladas por las partes, sino solamente de aquellas que influyen directamente en la decisión.

Así, si la causa se tratare sobre el cometimiento, o no de una infracción penal, la argumentación jurídica se centrará en demostrar o desmentir que la conducta se adecúa, o no a los elementos que integran la tipificación legal, más no en juegos artificiales.

El artículo 4, número 9 de la Ley Orgánica de Garantías jurisdiccionales y Control Constitucional refuerza este criterio de técnica argumentativa, en los siguientes términos: “La jueza o juez tiene la obligación de fundamentar adecuadamente sus decisiones a partir de las reglas y principios que rigen la argumentación jurídica. En particular, tiene la obligación de pronunciarse sobre los argumentos y razones relevantes expuestas durante el proceso por las partes y los demás intervinientes en el proceso”.

A estas alturas, queda claro que la decisión jurídica, en virtud de la cual se resuelve un conflicto, si bien busca una respuesta binaria (culpable/no culpable) (deudor/no deudor) (ratificación o rectificación de un acto administrativo) la respuesta a la pregunta macro, no puede darse por sí sola o bajo un solo razonamiento. Por el contrario, se llega a esta respuesta, una vez que se agota un proceso metodológicamente estricto, que obliga al juzgador a descomponer el problema jurídico central en varios subproblemas que, planteados en subpreguntas que conduzcan a conclusiones parciales y preliminares, cuya interrelación, conduzca a la conclusión que responda a la pregunta global. Para Nelson Barros Cantillo:

Se entiende por abstracción el procedimiento heurístico que busca concentrar en conceptos o representaciones los actos más caracterizantes del problema en estudio, prescindiendo el investigador de los rasgos o propiedades estimados puntualmente como adjetivos o circunstanciales. La abstracción permite jerarquizar las propiedades del problema para darles, en consonancia con sus grados de importancia, el tratamiento metodológico apropiado, allanando de este modo el acceso a las resoluciones adecuadas.²⁰⁶

3. Razonamiento abstracto y caso concreto

Según lo hemos señalado, el razonamiento jurídico, al igual que cualquier otra forma de discurso lógico debe partir de premisas que resulten aceptables

para todas y todos los participantes; caso contrario, el argumento que está por desplegarse tendrá cuestionamientos desde su base, por lo que la conclusión no será contundente.

En el caso del razonamiento jurídico, para que la premisa mayor sea aceptable por la comunidad jurídica y la sociedad en general, debe ampararse en normas “[...]previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”, según el estándar previstos en la Constitución ecuatoriana. Estos elementos actúan como elementos componentes de esta suerte de meta-principio que es la seguridad jurídica.²⁰⁷

No obstante, el argumentador tiene a su disposición una cantidad importante de normas, de la más variada jerarquía formal, respecto de las cuales establecerá criterios de prelación. De acuerdo con el principio *pro homine* el criterio de elección fundamental de aplicación de la normativa obliga a priorizar a la norma y a la interpretación que favorezca, en mayor medida, a la plena vigencia material de los derechos humanos y fundamentales.

El proceso de selección de premisas normativas se denomina *heurística* y su complejidad difiere de caso a caso, aun cuando no nos encontrásemos ante la presencia de anomias o antinomias; caso en el cual, como ya se dijo, se puede aplicar criterios de jerarquía, temporalidad, especialidad o, si se trata de conflicto entre derechos o principios, se aplicará el proceso ponderativo.

La posibilidad de escoger entre principios y derechos permite al juzgador decidir, no solo el punto de partida de su razonamiento (la norma a ser interpretada) sino también el punto de llegada (el principio o derecho que guía la interpretación) con lo cual condiciona intencionalmente el resultado de su exposición discursiva. Autores como Alf Ross sostienen que, en último término “interpretar implica decidir.”²⁰⁸

207
208

Constitución de la República, Art. 82.
Alf Ross. *Imperatives and Logic*, Theoria, 1941, p. 74.

Con un espacio de discrecionalidad, para mi punto de vista, tan necesariamente amplio para cumplir con los objetivos sistémicos de justicia, democracia, igualdad formal y material, entre otras; no podemos dejar de reconocer que la autoridad, a cuyo cargo se encuentra la solución de un conflicto, desde el inicio de su proceso heurístico ya está decidiendo, de manera más o menos arbitraria, y solo a partir de ahí, elabora razonamientos fuertes y persuasivos, dotados de las formalidades procesales y lingüísticas exigidas por el derecho, con lo cual se cumple con el estándar motivacional.

Si la autoridad juzgadora preconcebe su decisión antes de realizar el discurso argumentativo exigido por la motivación, es porque recibe del sistema la potestad de hacer prevalecer su voluntad a nivel particular; de ahí que la autoridad tiene que estar en sintonía ética con los principios y valores que inspiran al sistema, valores esencialmente políticos porque pretenden marcar la ruta de la convivencia comunitaria, hacia objetivos socialmente valiosos; en definitiva, la administración de justicia, al trabajar con estos valores sociales y al darles un alcance preconcebido en su mente, asume un rol político clave para nuestro constitucionalismo, la realización de la justicia por medio de la tutela efectiva de derechos.

La posibilidad cierta de escoger las premisas y condicionar la decisión definitiva, postulado del *realismo jurídico*, nos presenta una realidad que ha sido injustamente satanizada por nuestra cultura jurídica legalista cuyo desarrollo, por razones históricas, se dio en un contexto de desconfianza frente a la magistratura, por su calidad de ex servidores del depuesto régimen monárquico. Lo cierto es que, pese a los esfuerzos del positivismo de reducir las posibilidades decisionales de juezas y jueces, esto nunca ha ido posible. Cuando se pensó en la proliferación de normas que eviten decisiones discrecionales, solo se configuró un modelo lleno de contradicciones, por lo que lejos de reducir la capacidad de decisión del juez, ésta fue potencialmente ampliada.

Con este aprendizaje, reconociendo la insuficiencia de un sistema jurídico exclusivamente integrado por reglas, se incorporaron al sistema normas jurídicas de textura abierta como es el caso de los principios, por ser la única forma de lograr un grado de versatilidad del propio ordenamiento a fin de permitir la consecución de objetivos políticos y sociales cercanos a los ideales de justicia y paz social; de ahí que, un derecho dúctil, según la terminología de Zagrebelsky, consiste en dotar al administrador de justicia de mayores y mejores herramientas argumentativas. La diferencia entre arbitrariedad y discrecionalidad ha dejado de ser un asunto normativo, para transformarse en una cuestión justificativa, en términos discursivos.

Para autores realistas como Frank, los juicios de valor son trascendentes en la toma de decisiones judiciales; no obstante, estos juicios de valor no son precisamente manifestaciones racionales, por lo que no puede justificarse, sino crear discursos persuasivos que los legitime ante la sociedad.²⁰⁹

Claramente, el realismo jurídico llevado al extremo, puede plantearse como un *conductivismo* en la que las decisiones están preestablecidas por una relación causa-efecto entre los estímulos externos que recibe la jueza o juez y sus estructuras mentales. De esta forma se plantea la posibilidad de predecir las decisiones judiciales, en cuanto se conozca o se interfiera estratégicamente en los estímulos externos que recibe el juez.²¹⁰

Para esta escuela, la realidad normativa no sería más que una suerte de maquillaje que permite legitimar una decisión arbitraria, adoptada por la autoridad, sin más fuente primigenia que sus propias estructuras mentales.

209 Jerome Frank. *Law and de modern mind*, New York, Cowaed-McCann, 1930.

210 Sigmund Freud caracteriza a la mente humana como una ciudad en la que todos los acontecimientos explican su estado actual. En palabras del propio Freud "La hipótesis de la conservación total de lo pretérito está supeditada, también en la vida psíquica, a la condición de que el órgano del psiquismo haya quedado intacto, de que sus tejidos no hayan sufrido por traumatismo o inflamación. Pero las influencias destructivas comparables a estos factores patológicos no faltan en la historia de ninguna ciudad, aunque su pasado sea menos agitado que el de Roma, aunque, como Londres, jamás haya sido asolada por un enemigo. Aun la más apacible evolución de una ciudad incluye demoliciones y reconstrucciones que en principio la tornan inadecuada para semejante comparación con un organismo psíquico." Sigmund Freud. *El malestar en la cultura*, Barcelona, Folio, 2007, pp. 16 y 17.

Sin perjuicio de ello, este planteamiento científico adolece de la imposibilidad de demostración empírica, lo que demuestra su incompatibilidad con los métodos científicos generales.

Bajo nuestro punto de vista, la realidad que vive diariamente una autoridad jurisdiccional tiene un grado de influencia en sus decisiones, pero no es ni puede ser determinante; de hecho, la historia personal de la jueza o del juez se encuentra en un punto intermedio entre la amplitud decisional que el ordenamiento jurídico le ofrece y las limitaciones impuestas por las reglas y los principios; de ahí que, si bien la autoridad no hace una aplicación acrítica o mecánica de la norma, tampoco puede extender su razonamiento más allá de lo razonablemente jurídico; asimismo, debemos reconocer que la autoridad está condicionada por los límites propios de la lógica formal; de ahí que, podemos hablar de una suerte de *discrecionalidad judicial, normativamente reglada*.

Según lo caracteriza Carl Shmitt, conocido como el *pensador de la acción política*, sin perjuicio de la existencia de normas y reglas jurídicas más o menos rígorosas en su contenido prescriptivo, en la cúspide del orden jurídico no se encuentra una norma hipotética fundamental, que ni el propio Kelsen pudo conceptualizarla satisfactoriamente, lo que en realidad existe es una “*instancia decisoria suprema*”, soberana, que elige bajo circunstancias de excepción. Estas situaciones, por el mismo hecho de ser excepcionales, no pueden estar previstas en norma jurídica alguna; por lo que, tal decisión no se fundamenta en nada, es una decisión política en su sentido más puro. Este concepto es complementado por Hermann Heller, al sostener que la unidad lógico normativa del Estado, sino en un dislate, se convierte en un nuevo arbitrio irracional.²¹¹

Para el foro ampliado es claramente identificable una decisión jurídica, de cualquier otra decisión de autoridad. Esta verificación no nace de su estructura discursiva porque la comparte con toda forma de argumentación;

211

Francisco Javier Conde. *Introducción al Derecho Político actual*, Granada, 2006, pp. 101-103.

sin embargo, la decisión jurídica tiene como *ultima ratio* un fundamento constitucional reconocido como valor social como prescriptivo, a partir del cual obtiene su validez material; que a su vez, da unidad al ordenamiento jurídico y legitimidad a los operadores del sistema. Este fundamento, Hart lo denomina la *regla de reconocimiento*, no solo cumple una función de dotar de contenido axiológico a las normas de desarrollo, también es el hilo conductor de un fin político integrado por los principios mínimos de la convivencia social, expresamente reconocidos en la Constitución, como es el caso de la equidad de género, que tan solo establece puntos de partida, de un proyecto de vida en común; así, “el derecho hace bilaterales y coercibles aquellas normas morales que tienen particular importancia para regir la convivencia humana [...] podríamos decir que la coercibilidad destruye el carácter moral de un acto y que la falta de coercibilidad, en términos generales, quita el carácter de jurídico a una norma”.²¹²

Al respecto, Hart enfatiza en que la regla del reconocimiento tiene un criterio último de validez, basado en valores morales sustantivos como el de justicia, entendida en clave de derechos, como igualdad de oportunidades, en la que criterios como el de la equidad de género adquieren mayor relevancia práctica.²¹³

Ahora bien, si reconocemos que toda aplicación de norma jurídica tiene un fin político implícitamente incorporado en su texto, necesariamente debe reconocerse un objetivo jurídico más personalista que es el fin ético de la norma, entendiendo a estas dos dimensiones prescriptivas como manifestaciones de la razón práctica, concurrentes en materia de decisión jurídica. Así, la norma tiene un fin político, en cuanto busca el bien común; su fin ético, será la conformación de la mejor sociedad posible, en términos de justicia, pero también reconocer un fin moral de equidad individual, aspecto que integra el carácter multidimensional de la decisión jurídica.

212
213

José Campillo Sáinz. *Introducción a la Ética Profesional del abogado*, México, Porrúa, 2005, p. 21.
Herbert Hart. “Entrevista realizada por Juan Ramón de Páramo” en: *Revista DOXA*, No. 7 1990, p. 102.

Según Carlos Santiago Nino, “para justificar sus decisiones los jueces deben recurrir, y de hecho lo hacen explícita o implícitamente a razones justificatorias, y en un ámbito donde están en conflicto intereses de diferentes individuos, solo constituyen razones justificatorias –por definición– principios morales considerados válidos”.²¹⁴

Desde el punto de vista moral, Ronald Dworkin hace notar que el derecho está indudablemente impregnado de moralidad, pero no se trata de una moralidad o idea del bien trascendente; por el contrario, es una moral social práctica, aceptable y aceptada por ser parte de un *consenso traslapado*,²¹⁵ según la terminología de Rawls, en el que se reconocen concepciones naturalistas como el de dignidad humana, a la vez, que no deja de ser un artificio creado por seres humanos, hijas e hijos de sus tiempos y de sus culturas.

Para graficar mejor la presencia de valoraciones judiciales de género, en la motivación, resulta notablemente didáctico el caso de las *Masacres de Ituango Vs. Colombia*, conocido y resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En este caso, grupos paramilitares, para tomar el control de un municipio iniciaron una cadena de ejecuciones extrajudiciales selectivas, tanto a mujeres como a hombres; no obstante, la CIDH conoció que una mujer, antes de su ejecución, fue conducida desnuda a vista del pueblo, lo que, dada su condición de mujer, y el contexto social en el que se dieron los hechos, fue considerado un trato cruel y degradante.

En esta oportunidad, la Corte Interamericana condenó al Estado por su inacción investigativa y estableció que, al existir situaciones que, de acuerdo con la cultura, pueden afectar en mayor medida a mujeres que a hombres en su dignidad, aunque tratándose de los mismos actos, estos tratos discriminatorios constituyen manifestaciones de violencia contra la mujer, en los términos de la Convención Belém do Pará. Cabe señalar que atender

214 Carlos Santiago Nino. *Ética y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Astrea, 2007, p. 21.

215 John Rawls, *Teoría de la Justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2005, p. 255.

a especificidades culturales, no implica un acercamiento al relativismo; por el contrario, Johannes Messner explica que “la cultura en cuanto realización de valores, en lo que consiste su esencia generalísima, se halla ligada a los valores que fundan la esencial autorrealización del hombre[...]”²¹⁶ y de la mujer.

Otro caso emblemático, resuelto por el Sistema Interamericano es el *Caso Pueblo Bello vs. Colombia*; cuyos hechos probados describen que un grupo de paramilitares, sin perjuicio de tomar prisioneros a 43 hombres y haberlos trasladado a una propiedad cercana a Pueblo Bello para torturarlos hasta darles muerte, en el proceso de captura realizaron asesinatos, saqueos, hurtos y violaciones a mujeres.

En este sentido es importante destacar que los actos de violación fueron cometidos en contra de mujeres, por su condición de género, lo que sin perjuicio de la responsabilidad penal inherente al caso, este tema se convierte en un asunto de derechos humanos por ser un acto de violencia contra la mujer. Este razonamiento conllevó la declaratoria de responsabilidad internacional de Colombia porque estos actos son atribuibles a grupos paramilitares que actúan con la aquiescencia de las autoridades del Estado.

Desde esta doble dimensión, la equidad de género contiene una dimensión política cuyo objetivo principal es la de configurar una sociedad más justa, en la que todas y todos reconozcamos nuestras diferencias, a la vez que nos aceptemos como valiosas y valiosos en igual medida; así también, existe una dimensión ética según la cual, cada persona está llamada a construir, desde su marco de incidencia, una sociedad de respeto para toda persona por ser portadora de dignidad, pero también manifiesta una dimensión moral en la que el bien se manifiesta en términos de equidad como la posibilidad de desarrollar un plan de vida, libremente escogido, desde los propios valores e intereses. Rodolfo Luis Vigo reconoce la dimensión ética de la actividad

jurisdiccional y nos plantea “[...]un modo de reacción frente a la incontrollable elección que hará el juez a la hora de decidir, es apostar a la ética o virtudes personales que tiene incorporada es persona antes de ser juez.”²¹⁷

En definitiva, el juez o la jueza sabrán identificar los postulados finalistas de la Constitución, desde su esfera política, reconocer los elementos éticos implícitos en cada disposición jurídica, a la luz de los principios pétreos del sistema garantista de derechos y justicia, y de esta forma actuar con base al firme y personal criterio del bien, como convicción moral. Asimismo, es la única manera que tiene una jueza o un juez de legitimarse socialmente, en términos funcionales; comprendiendo así que, en el “*siglo de los jueces*”²¹⁸ “la legitimación de los operadores jurídicos depende de su compromiso frente a la sociedad.”²¹⁹

Con ello, y a manera de conclusión, ante la imposibilidad de alcanzar la verdad histórica, lo que la juzgadora o el juzgador deben buscar es, lo que Habermas caracteriza, como la *verdad consensual*.

La teoría consensual de la verdad de Habermas acepta la imposibilidad del discurso jurídico para producir certeza definitiva, por lo que se plantea, desde una lógica procedimental, la corrección lógica de sus enunciados normativos y argumentativos cuya utilidad es la de dar fundamento a criterios racionales, cuyo origen generalmente se encuentra en fuentes extra jurídicas.

Para lograr un consenso que pueda ser elevado a criterio de verdad, Habermas identifica como *pretensiones universales*, comunes a toda forma de discurso, las siguientes:

217 Rodolfo Luis Vigo. *Ética Judicial: Su especificidad y responsabilidad*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 33.

218 David Ordoñez Solís, *Jueces, Derecho y Política, los poderes del juez en una sociedad democrática*, Pamplona, Aranzandi, 2004, p. 85.

219 Omar Vázquez Sánchez, “De lo que la Teoría de la Argumentación Jurídica puede hacer por la Práctica de la Argumentación Jurídica”, en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, No. 12, 2009. p. 103, disponible en www.rfd.es/numero12/04-12.pdf. (fecha de consulta: 18-jul-2013).

- a) Expresarse comprensiblemente, se refiere a aspectos gramaticales y de expresión correcta de los enunciados lingüísticos. Desde esta perspectiva, un buen argumentador sabrá lograr que su pensamiento sea impecablemente técnico, y a la vez, apto para ser comprendido por la gran mayoría de ciudadanas y ciudadanos.
- b) Expresar un contenido proposicionalmente verdadero, entendiendo por “verdadero” la invocación de normas jurídicas vigentes, claras, públicas y aplicadas por autoridades competentes. No se trata de una verdad derivada de la dimensión cognoscitiva del Derecho; hablamos de entender a la norma como una variable dependiente de las reglas semánticas y sintácticas del lenguaje común pero, según lo establece Ricardo Guastini, se relaciona con tres variables independientes como la técnica argumentativa utilizada, las tesis dogmáticas propuestas y, naturalmente “[...]las preferencias o juicios de valor formulados o (como más a menudo sucede) sobreentendidos por el intérprete[...].”²²⁰
- c) Ser sincero en lo que se dice.- La sinceridad a la que alude este autor, tiene que ver con la transparente y pública intención de favorecer a los objetivos institucionales objetivamente identificados a raíz del contenido axiológico constante en los textos normativos. En este aspecto, la adopción de medidas de acción afirmativa tendientes a alcanzar la equidad de género es un objetivo sistémico internacional; de ahí que el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, del Sistema de Naciones Unidas, alude frontalmente al tema al considerar necesario que “[...]los Estados Partes hagan mayor uso de medidas especiales de carácter temporal como la acción positiva, el trato preferencial o los sistemas de cupos para que la mujer se integre en la educación, la economía, la política y el empleo.”²²¹ Entre las medidas estatales necesarias para cumplir con tales objetivos están, sin duda, medidas de carácter jurisdiccional, cuya mayor relevancia se da en virtud de la irrupción directa en situaciones concretas de inequidad.

220 Ricardo Guastini. “Fundamentos de una Teoría Escéptica de la Interpretación” en Isabel Lifante Vidal, edit., *Interpretación Jurídica y Teoría del Derecho*, Lima, Palestra, 2010, p. 175.

221 Comité para la Eliminación de todas las Formas de discriminación contra la Mujer, *Recomendación General No. 5*, Séptimo período de sesiones, 1988, párr. 4.

- d) Tener un reconocimiento recíproco sobre la base de las normas y valores considerados válidos.- para que un valor sea universalmente válido para una comunidad jurídica determinada, no puede quedar duda sobre su validez material y universal, como regla de decisión a futuro.²²²

Finalmente, su aceptabilidad se deriva también del cumplimiento de otros requisitos, como el de: a) *suficiencia*, en cuanto deben resolverse todos y cada uno de los puntos relevantes para el asunto litigioso en cuestión; b) *logicidad* que es el criterio que utilizado para descartar razonamientos falaces, ilógicos, contradictorios o incoherentes; y, c) *persuasión*, criterio que no es indispensable para un correcto razonamiento jurídico, por ser externo a él, pero que se relaciona con el fin político de adhesión de un *auditorio universal*²²³ a la tesis expuesta por la autoridad, como parte del diario proceso de legitimación funcional del juez en democracia.

La corrección y la coherencia argumentativa, no solo garantiza la tutela efectiva del derecho a la igualdad formal; y una salvaguarda del principio de seguridad jurídica, pero no como mecanismo justificativo de certeza, sino de predictibilidad de las decisiones jurídicas. “de esta forma, las reglas proporcionan simultáneamente un conocimiento cierto del contenido y límites de casa estatus jurídico y una respuesta estable ‘*ex ante*’ a una amenaza contra él. El conocimiento es lo que produce la certidumbre, y la respuesta *ex ante* que se contiene en la regla como solución al caso es la que permite la predicción.”²²⁴

222 Sergio Belardinelli. “La teoría consensual de la verdad de Jürgen Habermas”, Pamplona, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 2007, p. 116.

223 Para autores como Manuel Atienza, “...infortunadamente, la noción de Perelman de auditorio universal es bastante ambigua, como muchos autores (incluyendo el propio Aarnio) han señalado. Esencialmente, la ambigüedad consiste en que, en algunas ocasiones, Perelman parece haber dado a entender que el auditorio universal estaría constituido, sin más, por “todos los seres de razón”, de manera que el acuerdo de ese auditorio (no un acuerdo fáctico, puesto que se trata de un auditorio ideal) vendría a coincidir con el consenso al que apunta la situación ideal de diálogo habermasiana; Perelman puede, de esa manera, establecer una diferencia entre los argumentos simplemente *persuasivos* (que persuaden de hecho a un auditorio) y los argumentos *convincentes* (que persuadirían al auditorio universal, aunque quizás no logren persuadir a los auditorios particulares)” Manuel Atienza, “Sobre la Única Respuesta Correcta” en *Revista Jurídicas*, Manizales, 2009, p. 17.

224 Francisco Laporta, “Certeza y Predecibilidad de las Relaciones Jurídicas” disponible en www.fcje.org.es/wp-content/.../file/.../1_LAPORTA.pdf (fecha de consulta: 18-jul-2013).

Por todo lo dicho, existe la necesidad insoslayable de contar con sistemas jurisprudenciales ordenados, codificados, concordados y de fácil acceso para la ciudadanía, lo que también es una actitud que demuestra vocación de imparcialidad por parte de la autoridad jurisdiccional. Un manejo técnico de la jurisprudencia sirve además como escudo protector ante eventuales injerencias coyunturales del poder político, sobre todo cuando la corte o el tribunal han cambiado su integración y requieren legitimarse institucionalmente; recomendación con la que termina este trabajo.

Bibliografía:

- Alexy, Robert. “La fórmula del peso” en: Miguel Carbonell edit., *El Principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, (2008).
- Alexy, Robert, “Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica”, ponencia presentada por el Autor en las IV Jornadas Internacionales de Lógica e Informática Jurídica, San Sebastián, septiembre, (1988)
- Alexy, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, (2008).
- Aristóteles. *Ética a Nicómaco* disponible en www.uruguaypiensa.org.uy/imgnoticias/650.pdf
- Atienza, Manuel. *El Derecho como argumentación*, México, Fontamara, 2005.
- Atienza, Manuel. “Sobre la única respuesta correcta” en *Revista Jurídicas*, Manizales, (2009).
- Ávila Santamaría, Ramiro. “Los Principios de Aplicación de los Derechos” en: *Constitución del 2008 en el Contexto Andino*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos No. 3, (2008).
- Baquero, Jaime. *Ética para políticos y juristas*, Quito, Corporación de estudios y publicaciones, (2009).
- Barros Cantillo, Nelson. *Las nuevas herramientas de la argumentación jurídica*, Bogotá, (2006).
- Belardinelli, Sergio. “La teoría consensual de la verdad de Jürgen Habermas”, Pamplona, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 2007.
- Bentham, Jeremy. Citado por Michele Tarufo, Perfecto Ibáñez y Alfonso Candau Pérez. *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, (2009).

- Bernal Pulido, Carlos., *El Derecho de los Derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, (2005).
- Campillo Sáinz, José. *Introducción a la Ética Profesional del abogado*, México, Porrúa, (2005).
- Carrió, Genaro. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Buenos Aires, Abelardo Perrot, (1979).
- Comanducci, Paolo. “Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico” en Miguel Carbonell edit., *Neoconstitucionalismos*, Madrid, Trotta, (2006).
- Conde, Francisco Javier. *Introducción al Derecho Político actual*, Granada, (2006).
- Conferencia Mundial para revisar y evaluar los Logros de la década de las Naciones Unidas de las Mujeres, Igualdad, Desarrollo y Paz, Nairobi, desarrollado entre el 15 y el 26 de julio de 1985, Informe, párrafo 28, disponible en: http://www.5wwc.org/downloads/Report_of_WCW-1985.pdf
- Del Vecchio, Giorgio. *Persona, Estado y Derecho*, Madrid, Instituto de Estudios Jurídicos Políticos, (1957).
- Dulitzky, Ariel. “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: estudio comparado” en: *La Aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales*, compiladores Martín Abregú y Christian Curtis, Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l, segunda edición, (1998).
- Estermann, Josef. “La Racionalidad Indígena” en: *Filosofía andina*, Quito, Abya-Yala, (1998).
- Fioravanti, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestro días*, Madrid, Trotta, (2007).
- Frank, Jerome. *Law and de modern mind*, New York, Cowaed-McCann, (1930).
- Freud, Sigmund. *El malestar en la cultura*, Barcelona, Folio, 2007.
- Garrorena Morales, Ángel. *El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho*, Madrid, Tecnos, (1991).
- Guastini, Ricardo. *Comentarios a la Ponencia de Manuel Atienza “Derechos Implícitos”*. Jornadas de Argumentación Jurídica y Ética Judicial, Tribunal Contencioso Electoral, 8 y 9 de septiembre de 2009.
- Guastini, Ricardo. “Fundamentos de una Teoría Escéptica de la Interpretación” en Isabel Lifante Vidal, ed., *Interpretación Jurídica y Teoría del Derecho*, Lima, Palestra, (2010).
- Haba, Enrique P., “Metodología realista-crítica y ética del razonamiento judicial” en *Revista DOXA* No. 25, Alicante, Espagrafic, (1989).

- Hart, Herbert. Entrevista realizada por Juan Ramón de Páramo en: *Revista DOXA*, No. 7 1990.
- Lamas, Marta. “La Perspectiva de Género” en *Revista de Educación y Cultura de la sección 47 del SNTE*, p. 2, disponible en <http://www.latarea.com.mx/articu/articu8/lamas8.htm>.
- Francisco Laporta, “Certeza y Predecibilidad de las Relaciones Jurídicas” disponible en www.fcje.org.es/wp-content/.../file/.../1_LAPORTA.pdf.
- Lizano Van der Laet, Paula “Algunas reflexiones sobre el principio de igualdad jurídica en la jurisprudencia internacional y en la del Tribunal Constitucional español” en *Justicia, Libertad y Derechos Humanos*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Tomo I, (2003)
- López Medina, Diego. *La Teoría impura del derecho*. Bogotá, Legis, (2009).
- Messner, Johannes. *Ética General y Aplicada*, Madrid, Rialp, (1969).
- Nieto García, Alejandro. *Crítica a la Razón Jurídica*, Madrid, Editorial Trotta, (2007)
- Nieto, Alejandro. *El malestar de los Jueces y el modelo judicial*, Madrid, Trotta, (2010).
- Nino, Carlos Santiago. *Ética y Derechos Humanos* Buenos Aires, Astrea, (2007).
- Ordoñez Solís, David. *Jueces, Derecho y Política, los poderes del juez en una sociedad democrática*, Pamplona, Aranzandi, (2004).
- Peces-Barba, Gregorio. *Ética, Poder y Derecho*, México, Fontamara, (2004).
- Pérez Royo, Javier. *Curso de Derechos Constitucional*, séptima edición, Marcial Pons, Editores Jurídicos y Sociales, Madrid, (1997).
- Prieto Sanchís, Luis. “El Juicio de Ponderación Constitucional” en Miguel Carbonell y Pedro Grández Castro, coords., *El Principio de proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo*, Lima, Palestra, (2010).
- Prieto Sanchís, Luis. *Ideología e Interpretación Jurídica*, Madrid, Tecnos, (1993).
- Rawls, John. *Teoría de la Justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, (2005).
- Roig, Asís. *Juez y la Motivación en el Derecho*, Madrid, Dykinson, (2005).
- Salgado Judith. “Género y Derechos Humanos” en Ramiro Ávila Santamaría, Judith salgado y Lola Valladares Comp., *El género en el Derecho*, Quito, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, (2009).
- Serna Pedro. *Filosofía del derecho y Paradigmas Epistemológicos: de la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*, México, Porrúa, (2006).
- Vázquez Sánchez, Omar. “De lo que la Teoría de la Argumentación Jurídica puede

hacer por la Práctica de la Argumentación Jurídica”, en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* No. 12, (2009).

Vigo, Rodolfo Luis. *Ética Judicial: Su especificidad y responsabilidad*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, (2007).

Zagrebel'sky, Gustavo. *Contra la Ética de la Verdad*, Madrid, Trotta, (2010).

Referencias Jurisprudenciales:

Corte Europea de Derechos Humanos, Caso Belgian Linguistics, No. 35/1978.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-4/84.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñiguez. Vs. Ecuador, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, Sentencia de 15 de septiembre de 2005.

Corte Constitucional (Ecuador), Sentencia No. 223-12-SEP-CC, Caso No. 0834-09-EP, (R.O.S No. 777; 29-08-2012).

Corte Constitucional (Ecuador), Sentencia Acción por Incumplimiento, Sentencia 021-12-SEP-CC dictada dentro del caso 0419-11-EP.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la *Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez*, supra nota, folio 1746, Informe de México producido por el CEDAW, y Amnistía Internacional, *Muertes intolerables*.

Comité para la Eliminación de todas las Formas de discriminación contra la Mujer, *Recomendación General No. 5*, Séptimo período de sesiones, 1988.

Corte Nacional de Justicia, Gaceta Judicial, *Fallos de triple reiteración*, Recopilación 1999.

Corte Suprema de Justicia. *Gaceta Judicial*. Año XCVII. Serie XVI. No. 9. 1997.

Consejo de la Judicatura, Resolución dictada en el Expediente Disciplinario No. 2011-0402P, de 21 de junio de 2011.

Consejo de la Judicatura, Resolución dictada en el Expediente Disciplinario No. 2011-0353A, de fecha 7 de junio de 2011.

Referencias Normativas

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Convención Interamericana de Derechos Humanos.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Constitución de la República del Ecuador.

