

INTRODUCCIÓN

Dr. Juan Montaña Pinto

Desde los tiempos en que Montesquieu diseñó la estructura del Estado liberal burgués, la justicia siempre ha sido la hermana fea entre las funciones del Estado, aquella cenicienta “ciega y muda” encargada de aplicar mecánicamente el derecho creado por el legislador a partir de una operación de subsunción lógica.

Este modelo se popularizó en América Latina y en gran parte del mundo de la mano del proceso de transnacionalización del modelo constitucional continental clásico, en sus distintas olas o etapas; la primera de las cuales ocurrió con ocasión de las revoluciones de independencia latinoamericanas de comienzos del siglo XIX. La historia constitucional de nuestro país demuestra que Ecuador no fue ajeno a ese proceso de transnacionalización del derecho, de tal suerte que desde los tiempos de la república oligárquica decimonónica en nuestro país la justicia y los jueces ecuatorianos han sido considerados como una función meramente instrumental útil para cuidar los intereses de los dueños del país; que durante más de 150 años se han comportado como gerentes propietarios de los tribunales y juzgados.

Precisamente uno de los propósitos políticos declarados del último proceso constituyente fue transformar la justicia y el Estado ecuatorianos en un poder y un Estado garantistas, donde toda la tuviera como norte y razón de ser la garantía efectiva de los derechos; y a los jueces en garantes últimos de la eficacia de los derechos humanos. No hay que olvidar que de acuerdo a las disposiciones del Pacto de San José, la obligación general de garantía de los derechos que la Constitución impone a

nuestro Estado se materializa en cuatro tareas fundamentales: El deber de **respeto de los derechos** de todas las personas que se encuentren en su jurisdicción sin distinción alguna, lo cual implica la obligación de abstenerse de cualquier acto que pueda conllevar la violación de los derechos humanos;¹ la obligación de **protección** que traduce en la exigencia de realizar todas las acciones requeridas para impedir que otras personas entorpezcan su disfrute; la obligación de **Garantía** que obliga al Estado adoptar medidas para lograr su plena efectividad y finalmente el mandato de **restituirlos** que no es otra cosa que garantizar la reparación de las vulneraciones a los derechos cuando estas se produzcan. Ni tampoco se puede soslayar que las obligaciones de respeto y protección de las que habla el sistema interamericano de derechos humanos conciernen prioritariamente a las autoridades administrativas del Estado, mientras que los deberes de garantía y restitución corresponden preferentemente a los jueces y autoridades de la función judicial como garantes últimos de la eficacia de los derechos en el Estado Constitucional.

Se supone que, en las democracias constitucionales avanzadas a los jueces se les entrega la responsabilidad de decidir, en última instancia, sobre la vigencia y validez de los principios éticos y de justicia encarnados en los derechos humanos. Lo cual supone, por supuesto, aceptar que nuestro modelo constitucional hace una valoración positiva y optimista de la capacidad de los jueces de defender los valores representados en los derechos humanos.²

Sin embargo, como lo muestran los tres artículos que abordan el tema central de este primer número de la revista Palabra, en el que proponemos hacer una evaluación de los diez años de la reforma judicial, una cosa es el país formal dibujado por la Constitución, en donde la justicia está empeñada en la materialización

1 Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez, *Sentencia de Fondo del 29 de julio de 1988, párrafo 165.*

2 Sobre el nuevo rol del juez en el modelo constitucional garantista Ver: “La Constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano” en: Estudios de Teoría Constitucional, Ediciones Fontamara, 2001, pp.153 a 211.

del proyecto garantista de Constitución y, donde existen jueces activistas, sabios, e independientes políticamente; y otra cosa es el país real donde la gran mayoría de nuestros jueces, en la última década, se negaron a salir de la comodidad del formalismo ético y el paleopositivismo en la que fueron formados, y han seguido siendo servidores funcionales al poder de turno, una veces por temor a las sanciones y otras por comodidad y complicidad; lo que ha desembocado en que la Constitución en lugar de un instrumento de garantía de los derechos de los más débiles se haya convertido en estos diez años, en un remedo de sí misma al servicio de la acumulación de poder por parte del Estado, transformado en un fin en sí mismo.

En el primero de los tres artículos que conforman el dossier central de la revista, Juan Montaña, hace una serie de reflexiones sobre las consecuencias del papel de los jueces en el desmantelamiento de la agenda de la plurinacionalidad a partir de un análisis crítico del rol jugado por la primera Corte Constitucional en la eliminación de la autonomía política y jurisdiccional que la Constitución reconoció en su momento a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, como pago de la deuda histórica que la sociedad mestiza mayoritaria tiene con los pueblos indígenas ecuatorianos. Y lo hace a partir de la exegesis de uno de los casos trágicos de la jurisprudencia ecuatoriana: el caso “la Cocha” donde esa Corte, por presión del anterior gobierno, utilizó la jurisprudencia para devolverle vigencia a la visión integracionista y colonialista de lo indígena, y para desarrollar una teoría estatalista y totalmente espuria de los derechos constitucionales como mecanismos de protección de la razón de Estado frente a los ciudadanos.

En el segundo de los artículos, el profesor Raúl LLasag titulado “Desconstitucionalización de la justicia indígena y retorno a las prácticas coloniales” el autor se pregunta si luego de diez años de vigencia de la Constitución, la interpretación constitucional y el desarrollo legislativo no han retornado a las prácticas coloniales en la administración de justicia. En opinión del autor, un análisis

sis crítico de las normas jurídicas aprobadas por la Asamblea Nacional y los pronunciamientos del órgano de control constitucional ecuatoriano en materia de en materia de justicia indígena demuestra que el país ha regresado a una visión integracionista de lo indígena a través de la generalización social y jurídica de un sinnúmero de prácticas coloniales y neocoloniales que se reflejan tanto en el trabajo legislativo como, especialmente, en las decisiones de la anterior Corte Constitucional.

De acuerdo al texto, si bien la Constitución de 2008 hizo posible un importante proceso de constitucionalización formal de la justicia indígena, esa supuesta adecuación del ordenamiento a los mandatos constitucionales respecto de las relaciones entre justicia indígena y justicia ordinaria, ha soportado paralelamente en la realidad desde los albores del modelo constitucional un intenso proceso de vaciamiento de sus pilares y contenidos creando un “estado de cosas” paradójico donde, si bien, se mantiene el reconocimiento formal de la autonomía indígena en materia jurisdiccional, las condiciones reales de su cumplimiento impuestas por la visión colonial del legislador y de la Corte Constitucional la transforman en una burla de sí misma o en un significativo vacío, con lo que se retorna a la vieja práctica castellana de *“se obedece pero no se cumple”*.

La alternativa a este estado de cosas inconstitucional, de acuerdo con el autor es retomar el proyecto de construcción del Estado plurinacional ecuatoriano a partir de la adopción de una visión crítica de la interculturalidad que nos lleve a un entendimiento adecuado de la Constitución y nos permita abandonar las prácticas coloniales del actual ordenamiento legal ecuatoriano, recuperando el potencial emancipatorio del derecho constitucional y poniéndolo al servicio de la construcción de un verdadero Estado Plurinacional.

En el último artículo que compone el tema central de la revista, el profesor Álvaro Román nos hace una radiografía breve e incisiva del principio de independencia judicial establecido en el artículo 168 de la Constitución a partir de la acción del cesado

Consejo de la Judicatura dirigido por Gustavo Jalhk que con la excusa de realizar una necesaria acción de coordinación termino subyugando a los tribunales y juzgados a las directrices políticas de un proyecto autoritario y antidemocrático.

El análisis y las categorías utilizadas por profesor Román sin embargo van más allá de una crítica a las prácticas autoritarias del correísmo intitucionalizado, dándonos pistas para que podamos realizar un examen ponderado de las características de la cultura judicial ecuatoriana, en la que con independencia de quien tiene el poder de turno, la justicia siempre actúa como martillo en favor de los intereses de las clases en el poder, dejando de lado las necesidades de acceso a la justicia de los sectores más desfavorecidos de la población.

En definitiva, lo que intenta hacer este primer número de la revista es un balance objetivo acerca del cumplimiento o no de las promesas del paradigma constitucional garantista a partir de un examen de la administración de justicia, su engranaje más importante; y, ante la evidencia de su fracaso, plantear una serie de tesis sobre la necesidad de construir – reconstruir el Estado Constitucional a partir de un balance más adecuado y realista entre la necesaria acción del Estado a través de las políticas públicas generales y específicas y las acciones de los jueces en favor de la garantía efectiva de los derechos y su reparación mediante la utilización de las garantías secundarias de carácter jurisdiccional.

Pero, el número 1 de la revista Palabra es más que un número monográfico sobre los desafíos y promesas incumplidas de la administración de justicia en la última década. Haciendo gala de la tradición democrática que ha caracterizado a la facultad de derecho de la Universidad Central desde su fundación, el consejo editorial ha definido a la revista como un espacio plural capaz de generar un puente entre el derecho como herramienta normativa del orden social y las necesidades emergentes de la sociedad ecuatoriana contemporánea. En ese marco, más allá de las discusiones en torno al tema central, la revista se propone ser un crisol

y una caja de resonancia de los debates académicos que se dan en su interior, y afuera de sus muros. Por ello se han recogido en este primer número de nuestra revista una buena cantidad de reflexiones teóricas sobre diferentes tópicos de la realidad jurídica.

En esta oportunidad, la sección derecho y sociedad recoge el debate sobre los retos de la administración pública en el nuevo régimen institucional ecuatoriano. Ello con ocasión a la entrada en vigencia del nuevo Código Orgánico Administrativo que reemplazo la antigua ley de lo contencioso Administrativo y el Estatuto de Régimen jurídico de la Función Ejecutiva (ERJAFE). A raíz de este importante acontecimiento normativo, la Revista palabra quiso realizar un homenaje al derecho administrativo ecuatoriano a partir de un examen crítico del libro 1 del COA.

En este artículo, de autoría del profesor de la facultad Santiago Machuca, se plantean una serie de interrogantes sobre el alcance de la organización administrativa del Estado ecuatoriano a partir de la confusa definición de administración pública estipulada en el artículo 44 del COA, según la cual *“la administración pública comprende a todas las entidades del sector público previstas en la Constitución”* lo que indicaría que de acuerdo con el COA la administración pública es todo el Estado, y la realidad normativa e institucional en la que el COA Sigue siendo un código que regula la actividad administrativa de la administración central del Estado. Todos estos elementos son analizados con rigor e inteligencia por el profesor Machuca y nos permitirán desde ya delinear una postura teórica crítica sobre el alcance y las posibilidades del derecho administrativo ecuatoriano en los próximos años.

Un siguiente texto, de la profesora Solimar Herrera, incorporado en la revista Palabra analiza críticamente el estado de la situación del derecho sindical en el sector público a partir de la vigencia de la Constitución de 2008. El artículo examina uno de los puntos negros de la Constitución y del proceso constituyente como es la pérdida progresiva y radical de los derechos laborales y sindicales en tiempos de la Revolución ciudadana.

En el artículo se demuestra, con argumentos sólidos e incontables, como lejos de la retórica gubernamental la Constitución y la legislación laboral ecuatoriana de los últimos diez años ha representado un serio retroceso en los derechos de los trabajadores, especialmente aquellos del sector público que han perdido prácticamente su derecho a la sindicalización y demás conquistas del derecho colectivo del trabajo, sin que hasta ahora la sociedad civil y la población en general hayan sido consientes de tal proceso.

El siguiente texto incluido en la sección derecho y sociedad de nuestra revista, de autoría de la profesora Viviana Morales, es también una interpelación muy profunda a la materialización de la Constitución en la realidad. En esta ocasión la profesora Morales nos invita a hacer un examen crítico de la salud del derecho ambiental ecuatoriano a partir de un análisis dogmático y sociológico del derecho humano a tener un ambiente sano en tiempos de la revolución ciudadana.

El artículo final, escrito por el profesor Patricio Salazar Oquendo, exdirector de la Carrera de Derecho de nuestra facultad, y docente de derecho administrativo de la misma examina analíticamente, desde una perspectiva histórica del derecho, el desarrollo de las instituciones del Estado de sitio (excepción) y la libertad de expresión en varias de las más importantes constituciones históricas del Ecuador.

El artículo permite examinar la evolución y las rupturas de las dos instituciones objeto de análisis pero también da importantes pistas sobre las continuidades que han cimentado la práctica del Estado de excepción y las dificultades de la libertad de expresión en nuestro país.

En el afán de construir un espacio que permita el examen interdisciplinar del derecho, la revista ha creado una sección especial dedicada a la relación entre derecho y arte. En esta ocasión nos sentimos muy orgullosos de comenzar nuestra aventura con un ensayo del profesor Agustín Grijalva, profesor de la Universidad

Andina Simón Bolívar sobre la obra cinematográfica del realizador japonés Akira Kurosawa. En este caso el profesor Grijalva analiza, desde la óptica de un jurista profesional, la relatividad del concepto de verdad y las infinitas miradas a la realidad que se pueden dar en la vida. Y lo hace a partir del análisis de la película de 1950 del director japonés. El profesor Grijalva nos habla en su artículo del llamado “efecto rashomon” que no es otra cosa que la influencia de la subjetividad en la construcción de la realidad a partir de las versiones de tres personajes que se encuentran por casualidad en un templo y que hablan de una violación y asesinato cuya exacta y concreta verdad resulta imposible de dilucidar.

La revista palabra también quiere dar cabida a las miradas exteriores de autores extranjeros, y por tanto ajenos a la realidad y a la coyuntura jurídica ecuatorianos, para lo cual ha creado una sección dedicada exclusivamente al derecho comparado. En esta ocasión traemos a consideración del público ecuatoriano un interesante artículo sobre el trabajo esclavo en el mundo contemporáneo en donde los profesores brasileños Regina Duarte, Leticia Guimaraes y André Turi analizan la distinción, por momentos débil entre trabajo decente, trabajo indecente y las nuevas manifestaciones de la esclavitud en el contexto de la transnacionalización del derecho y el capital.

A pesar de no referirse directamente al Ecuador, este trabajo nos da claves de análisis muy significativas para examinar casos propios como el de la compañía japonesa Furokawa que a pesar de que estamos llegando a la segunda década del siglo XXI mantiene en pleno territorio ecuatoriano prácticas laborales absolutamente vulneratorias de los derechos humanos relacionadas con intimidación, violencia y trabajo esclavo.

Una última sección de la revista Palabra la hemos dedicado a la reseña de libros de reciente aparición y al análisis jurisprudencial. En lo que atañe a la reseña bibliográfica, en este primer número de la nueva época de la revista LA PALABRA distingui-

dos profesores de la universidad han realizado cuatro reseñas de nuevas obras jurídicas aparecidas en nuestro país.

En la primera reseña la profesora Lucy Pinto realiza examina críticamente la última obra del profesor Raul Llasag titulado constitucionalismo plurinacional desde el Sumak Kawsay y sus saberes. En la reseña se resalta el esfuerzo del autor por romper los paradigmas del lector tradicional e introducimos en una visión epistemológica crítica de la construcción de nuestro Estado y nuestro Derecho.

Una segunda reseña de autoría de la directora del instituto de posgrado de la Facultad de derecho, la Doctora Brenda Guerrero Vela, analiza los trabajos realizados durante el 2018 por dos de los profesores más relevantes del área de derecho penal de nuestra facultad: Mauricio Pacheco y Álvaro Román, en los que se analizan algunos de los tópicos más importantes del debate penal contemporáneo aplicados a nuestra realidad.

En la siguiente reseña, el profesor Franklin Vásquez, examina elogiosamente el valioso libro de nuestro compañero y ex director de la carrera de Derecho Patricio Salazar titulado “*Métodos Activos de Enseñanza - Aprendizaje del Derecho*” en el que el autor indaga sobre los fundamentos teóricos y epistemológicos del proceso de aprendizaje del derecho en las aulas universitarias, y critica los métodos tradicionales escolásticos de enseñanza de lo jurídico proponiendo nuevas metodologías que ponen el acento en el desarrollo de competencias prácticas.

La última reseña analiza la guía para realizar proyectos de investigación desarrollada por el área de investigación de la Facultad. En dicho examen se resalta la importancia que para la universidad tiene el desarrollo de trabajos de investigación y exhorta la relevancia de que en nuestra facultad contemos con este tipo de obras de carácter didáctico que permiten a los estudiantes adentrarse en el difícil mundo de la investigación.

Palabra

Finalmente, el primer número de nuestra revista recoge el análisis realizado por el Profesor Juan Montaña de la sentencia de Corte Constitucional ecuatoriana 182 – 18 -SEP – CC en la que el máximo órgano de la justicia ecuatoriana resuelve el caso de la vulneración de derechos a la identidad a la familia, a la no discriminación y a la tutela judicial efectiva de la niña Satya Amani. El autor hace un análisis global de la sentencia tanto desde la lógica de la política como desde el plano estrictamente interno dogmático jurídico. Desde el primer punto de vista se valora positivamente la sentencia por ser una respuesta concreta a las demandas y necesidades de los grupos de atención prioritaria, como son los NNA y las personas que pertenecen a las diversidades sexuales y por otro lado desde el punto de vista jurídicos hace un análisis crítico de la estructura y los argumentos desarrollados por la Corte Constitucional en esta sentencia, donde se refleja una tensión y una transición que enfrentan los jueces constitucionales entre una estructura formal excesivamente rígida y todavía poco operativa para realizar un análisis sincrónico del derecho y de los derechos; y una convicción renovada sobre el papel fundamental que cumple la Corte Constitucional como defensora y garante definitivo de los derechos de las personas más vulnerables; tensión que refleja también un esfuerzo de la Corte por transitar desde la concepción idealista y iusnaturalista de los derechos humanos hacia una concepción materialista y solidarista de los mismos entendidos estos no como facultades subjetivas que definen el ámbito de la dignidad sino como respuestas sociales concretas a las necesidades específicas de las personas .

Desde el consejo editorial de la revista esperamos que esta nueva aventura editorial de la facultad de jurisprudencia y de sus profesores llegue a concitar el interés del público interesado en los temas jurídicos y se transforme en una plataforma de discusión tórica y practica sobre el devenir de nuestra sociedad y del derecho vigente.

Los lectores tienen la palabra.