

El verso y el reverso del alegato del secretario jurídico de la Presidencia

Ramiro Avila Santamaría

Jurista, catedrático universitario,
ex-vice ministro de Justicia

La democracia se enriquece con el debate y la discusión. Con ese ánimo, en el presente documento se pretende exponer los argumentos esgrimidos por el secretario jurídico de la Presidencia (SJP), expuestos en forma de verso, y contraponerlos con otros argumentos, que harán las veces de un reverso. De esta forma se quiere ayudar a que la ciudadanía pueda tener más elementos de juicio.

1. VERSO: “*La consulta no viola pactos internacionales*”, dice el SJP

El SJP sostiene que está perplejo por la insistencia, ligereza y vehemencia con la que los opositores afirman que el referéndum viola los pactos internacionales de derechos humanos. El gobierno con la consulta ratifica que la prisión preventiva no es eterna y que debe haber un plazo razonable. Afirma que ningún tratado establece plazos como lo hace la Constitución del Ecuador. Cita el Art. 9 (3) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).

REVERSO

(1) Los instrumentos internacionales de Derechos Humanos establecen MINIMOS a seguir. Esto quiere decir que los Estados no pueden establecer condiciones inferiores a las determinadas en los instrumentos internacionales.

Efectivamente, los instrumentos internacionales no determinan plazos concretos y dejan a la libertad de los Estados para imponerlos. Pero una vez que se han determinado los plazos, como lo ha hecho Ecuador, el plazo razonable de los instrumentos automáticamente se convierte en el mínimo exigible ante la comunidad internacional.

Si un Estado ha establecido condiciones más favorables comparadas con el instrumento internacional, los derechos de los instrumentos internacionales se leen a la luz del sistema jurídico interno. Así, por ejemplo, el plazo razonable establecido en el Art. 9 (3) del PIDCP para interpretarlo en el derecho ecuatoriano debe leerse a la luz del Art. 77 (9) de la Constitución.

El Art. 5 del mismo Pacto citado por el SJP determina que “*no podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones.... So pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor medida*”

Esto quiere decir que la invocación del SJP y la copia textual del texto del Pacto para disminuir los logros de la Constitución del 2008 están prohibidas por el mismo Pacto. En otras palabras, de conformidad con el mismo Pacto, que manda a observar los avances de la Constitución, SI viola convenios internacionales.

2. VERSO: “yo me tomé la molestia... de... poner exactamente lo que dice la Carta Internacional de Derechos Humanos, exacto, lo transcribí, lo transcribí, para que no se diga que aquí hay una violación de tratados internacionales como se lo repite todos los días...” dice el SJP

REVERSO

No hay copia textual del texto del Art. 9 (3) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según afirmó el SJP. El texto del instrumento internacional admite “*su libertad podrá estar subordinada a garantías que garanticen la comparecencia del acusado en el acto del juicio*”. Este párrafo se omite. Entonces la prisión preventiva se torna en obligatoria sin posibilidad de medidas alternativas, como plantea actualmente la Constitución en concordancia con los instrumentos internacionales. Hay, pues, otra vez violación a los mínimos de los Convenios internacionales que permiten el juicio sin privación de libertad como regla general.

Además, la regulación de la misma propuesta presidencial establece con claridad que los casos específicos en los que se aplica son los procedimientos especiales: juicios abreviados, acción particular, fuero y para los delitos cometidos por medios de comunicación. En el resto, la gran mayoría de los casos penales, no hay alternativas a la prisión preventiva.

La disposición de los instrumentos internacionales invocada no hace diferencia entre delitos graves ni leves, ni generales ni especiales, y no podría hacerlo porque consagraría una norma discriminatoria, como la que propone la presidencia. Lo que importa es la comparecencia a juicio no la gravedad de la pena que tendría el acusado. En cambio la propuesta presidencial establece que la gran mayoría de delitos no tendrán medidas alternativas a la privación de libertad en juicio.

3. VERSO: “Simplemente el tema es flexibilizarlo y mandarlo a la ley... simplemente proponer una reforma posterior para poder discutir... puede ser más beneficiaria de derechos...” dice el SJP

REVERSO

El tema no es tan simple. Toda flexibilización en derechos es ampliación de poderes del Estado en el caso penal, como fue en el sistema liberal la ampliación de poderes del mercado en el caso de la economía. Flexibilizar es eliminar límites y favorecer la expansión del poder punitivo.

Los límites procesales y penales no son de libre disposición de las mayorías, sean estas parlamentarias, constituyentes ni las que podrían provenir de un referéndum. Los límites están hechos para controlar poderes. Si se flexibiliza y se remite para que el parlamento decida, se está considerando que esta garantía es de libre disposición del legislador. Rompe con una de las características de los derechos constitucionales: limitan y

vinculan al poder legislativo, ejecutivo, judicial, de transparencia y electoral. El presidente pide desnaturalizar un derecho de las personas, que es un límite constitucional, para que sea libremente dispuesto por mayorías.

Hay, por tanto, regresión de derechos.

4. VERSO “Establecer parámetros claros para la aplicación de la prisión preventiva”, dice el SJP

El SJP sostiene que la prisión preventiva tiene requisitos y condiciones que deben cumplirse. Entre otros el establecimiento de indicios sobre la existencia de la infracción y de la responsabilidad. Que al cumplirse los requisitos y al aplicar las medidas alternativas, otro verso, *“todos los jueces sustituyen prisión y quienes son delincuentes vuelven a las calles y vuelven a asaltar y vuelven a delinquir”*.

REVERSO

Hay varios problemas que omite el SJP.

(1) En la práctica la prisión preventiva se dicta sólo con el parte policial. Véase, por ejemplo, el informe del Profesor Pásara, catedrático de la Universidad de Salamanca, que ha sido entregado al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos a finales del año pasado. En los casos de drogas es peor, el parte no sólo determina la prisión preventiva sino la sentencia condenatoria. Así que los indicios no se cumplen en términos procesales.

(2) De todas las personas privadas de libertad preventivamente, sólo el 2,97% recibe condena. El resto, el 97,3%, sale sobreesoído o absuelto. Es decir, en la gran mayoría de los casos no debió haberse dictado la prisión preventiva.

(3) El SJP olvida que no se puede tratar de delincuentes a personas que no han sido condenadas. Y este es el problema central, al considerar como *delincuentes* a quienes no tienen condenas, se trata con criterios de pena una medida que es cautelar. Inconstitucional argumento, fatal propuesta y terrible consecuencia para las personas

(4) Si la intención es que las personas no salgan porque son culpables, entonces hay que hacer procedimientos que, respetando el debido proceso, lleven a la condena. Pero no se puede privar de la libertad sin condena. La consulta del presidente tiende a consagrar una de las peores desviaciones del derecho procesal autoritarios: sancionar sin condena ni juicio, que es exactamente lo que sucede cuando la prisión preventiva se convierte en la regla.

En el fondo, no se establecen parámetros claros para apreciar la necesidad de la privación de libertad. Al contrario, se establece como parámetro la privación de libertad y punto. En la Constitución actual la regla es la libertad y excepcionalmente se priva de libertad durante el juicio. En la propuesta del presidente, la regla es la privación de libertad y la excepción, en procedimientos especiales, se permite la libertad durante el juicio.

5. VERSO: “Es constitucional disminuir justificadamente derechos”, dice el SJP

El SJP sostiene que el Art. 11 (8) de la Constitución permite la disminución de derechos si es que se justifica. Para ello, el SJP afirma que hay que aplicar la teoría de la ponderación. Para ponderar pone en la balanza el interés general y los derechos de la colectividad establecidos en el Art. 66 de la Constitución.

REVERSO:

(1) El SJP saca de contexto el artículo. El principio de progresividad y la prohibición de regresividad establecida en el Art. 11 (8) se refieren a la dimensión prestacional de los derechos. Según la teoría de los derechos, todos tienen dimensiones de abstención y dimensiones de prestación. Cuando un derecho tiene dimensión de abstención, como los derechos civiles y entre ellos el debido proceso, es de cumplimiento inmediato. Por ello, el artículo que invoca el SJP consta en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

Cuando los derechos tienen dimensiones prestacionales, como sucede con los derechos económicos, sociales y culturales en mayor intensidad, se aplica el principio de progresividad. Por ello, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que las obligaciones que emanan de este convenio son de cumplimiento progresivo.

El SJP confunde las dos dimensiones. Aplica el criterio de progresividad, que corresponde a los derechos sociales, a un derecho civil.

Cuando los derechos tienen dimensiones de abstención, no se requiere ni se debe aplicar el principio de progresividad. La Constitución establece límites temporales para la privación de libertad. Si pasa el tiempo, el Estado no puede ejercer la potestad de seguir privando de libertad. Esto es de cumplimiento inmediato. No tiene sentido invocar la progresividad.

(2) La ponderación aparece en la exposición de motivos de la propuesta de Referéndum y fue explicitada por el secretario jurídico de la Presidencia en su alegato ante la Corte Constitucional (27 de enero 2011).

La ponderación, según el argumento presidencial, es un método de interpretación que sirve para justificar cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscaba o anule el ejercicio de derechos (Art. 11.8. último inciso de la Constitución). Además, de este modo, se demuestra que se está desarrollando progresivamente los derechos de la colectividad a la seguridad ciudadana. Las medidas restrictivas a la libertad personal de unas personas se justifican en tanto protegen los derechos de las víctimas de delitos a la vida, integridad física, reunión, tránsito, intimidad y otros.

La ponderación requiere cuatro elementos: derechos o principios que tengan igual jerarquía, que estén en pugna y en un caso concreto, que la medida que restringe uno de esos derechos tenga un fin constitucional legítimo, que la medida sea idónea, necesaria y proporcionalidad.

1. Pugna de principios en caso concreto: se utiliza un principio abstracto, imposible de probar, que es la inseguridad ciudadana, y un principio concreto,

materializable, que es una persona identificable, de carne y hueso, que sufrirá las consecuencias de la medida.

2. Fin legítimo: no se cumple porque el fin de los derechos es el ejercicio, promoción, protección y reparación de derechos, no la represión de las personas, que siempre es restricción y limitación de derechos.
3. Idoneidad: no se cumple. El fin, seguridad ciudadana, no se realiza por el hecho de encerrar sin condena a una persona.
4. Necesidad: no se cumple, porque hay medidas menos gravosas a la privación de libertad para lograr la comparecencia a juicio, la seguridad y la no impunidad.
5. Proporcionalidad: el grado de afectación de un derecho debe ser inversamente proporcional al grado de satisfacción de otro derecho. No puede suceder con el derecho penal actual. No encerrando a unas personas preventivamente se logra la reparación de los derechos de las víctimas.

En consecuencia, no cabe la ponderación. La ponderación no puede ser una simple afirmación, sino que debe ser un ejercicio argumental que tiene ciertas reglas. La ponderación no permite saltos argumentales para concluir lo que una persona espera de una resolución o consulta.

6. VERSO: “La privación de libertad protege los derechos del Art. 66 de la Constitución”, dice el SJP

El SJP afirma que se está *“afectando una situación sobre una persona acusada de un delito sobre el cual hay indicios... y en contra réplica de esa afectación tenemos una serie de derechos que nuestra Constitución establece que se está protegiendo... el artículo 66 enumera una serie de derechos que se están garantizando...”* Entre otros menciona el derecho del SJP y de sus amigos a comer en restaurantes.

REVERSO:

(1) El SJP está afirmando, en otras palabras, que la prisión preventiva es una institución que protege los derechos de las personas a la libertad.

Nunca he leído ninguna legislación procesal penal ni ningún libro de doctrina que sostenga semejante afirmación. La prisión preventiva ni en teoría peor en la práctica está diseñada para proteger derechos.. La prisión preventiva es una medida cautelar que tiene como objetivo el garantizar, en última instancia y cuando no existen otros medios, la presencia del acusado a juicio.

Afirmar que se protegen otros derechos con una medida cautelar es una verdadera barbaridad (para usar las palabras del mismo SJP) y una ligereza (también calificativo del mismo SJP) sin nombre. Esto en doctrina penal se denomina *populismo penal*, que es el uso intencional de categorías penales, aprovechando la inseguridad ciudadana, para fines de carácter político.

En términos prácticos, el derecho procesal ni aún si se establecería jurídicamente podría proteger derechos de libertad de otras personas. El hecho, por ejemplo, que a alguien en alguna parte del Ecuador le dicten una prisión preventiva no tiene efectos en el hecho de que el SJP y sus amigos coman con seguridad en un restaurante. No hay causa efecto. La medida cautelar está relacionada con un hecho en concreto motivo del juicio y no

puede asociarse a un hecho en abstracto y peor colectivo, con fines preventivos (que quizá podría tener una pena pero nunca una medida cautelar), que sucede fuera del ámbito que motiva un juicio penal.

Este argumento es un juego retórico perverso, que oculta y pretende justificar una restricción constitucional.

7. VERSO: “La privación preventiva de la libertad beneficia el interés general y protege los derechos de la colectividad”, dice el SJP.

La invocación al argumento del interés general y la protección de los derechos de la colectividad es un argumento puramente utilitarista.

El utilitarismo se basa en el principio de igualdad, que supone la igual consideración de los intereses utilitarios de todos los miembros de un colectivo. La suma de esos intereses da como resultado la justicia. Como es imposible lograr la totalidad de satisfacciones en sociedades tan diversas, se debe procurar la mayoría. Pero al utilitarismo no le interesa como lograr la mayor cantidad de satisfacciones y estas pueden implicar la opresión o la anulación de intereses particulares.

En el principio utilitarista se basó la democracia formal, que consideraba que lo que decide la mayoría es lo correcto. En esta lógica, la mayoría podía decidir excluir o anular los derechos de minorías no representadas o no valoradas. Esto en nuestros países es peor, porque la mayoría no tenía capacidad de intervenir en las decisiones políticas y aún existen serios prejuicios contra otras etnias y grupos no “ilustrados”, que eran tomadas por minúsculos grupos de poder. Sin embargo, esas “mayorías” tomaban decisiones para las otras “mayorías” desposeídas.

Que la mayoría oprime y genera situaciones intolerables, nos ha dado muestras la historia de la humanidad. Por decisiones mayoritarias se han establecido regímenes de apartheid, holocaustos, guerras, masacres y violaciones masivas a los derechos humanos. Para evitar esos excesos de la democracia formal y de los Estados utilitarios, los Estados contemporáneos han establecido vínculos y límites a los poderes, que se llaman derechos fundamentales.

Cuando el presidente de la República esgrime el argumento de la seguridad pública y de los derechos de las víctimas de infracciones penales, que considera que son la mayoría de ciudadanos honrados de este país, y propone medidas que privan de la libertad a un grupo de personas sin sentencia a quienes considera delincuentes, está utilizando argumentos utilitarios inaceptables en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia. Sacrifica a un grupo de individuos, además sin sentencia, a costa de una mayoría de personas, que estamos insatisfechas por la inseguridad ciudadana.

Los derechos de las personas privadas de libertad, reconocidos en la Constitución de Montecristi, son un límite a las mayorías parlamentarias e incluso a la mayoría de ecuatorianos aún si nos pronunciamos por una respuesta favorable. Por eso los derechos no pueden ser restringidos mediante el procedimiento de enmienda o reforma, sino mediante una Asamblea Constituyente (aún en esta hipótesis es cuestionable la capacidad de restricción de derechos)

8. VERSO: “El cambio de conformación del Consejo de la Judicatura no altera la estructura fundamental de la Constitución”, dice el SJP

El SJP sostiene que sólo son cambios de estructura si es que, por ejemplo, se establece una monarquía, un Estado confesional, se adopta el Islam, y que el solo hecho de que el ejecutivo tenga un delegado no afecta la independencia. Como ejemplo de la no afectación de la independencia, señala el caso español, francés, el estadounidense en donde el ejecutivo puede poner un delegado suyo y hasta proponer los candidatos para jueces.

REVERSO:

(1) En España, Francia y EEUU no ha habido una injerencia histórica, directa, en la función judicial. El contexto histórico es muy importante y cuando se remite al derecho comparado, no hay que olvidar que las instituciones responden a procesos históricos. En España, Francia y EEUU el poder ejecutivo no ha puesto cortes al estilo Picchi Corte o a una corte influenciada por un presidente como León Febres Cordero. Este contexto histórico explica el por qué del principio de independencia interna y externa y la forma de materializarse en el Ecuador.

En Ecuador es importante que el poder ejecutivo y el legislativo no tengan presencia siquiera en los órganos administrativos y peor en los procesos de selección, evaluación y terminación de la carrera judicial. Alterar esta materialización del principio en la estructura orgánica es una reforma importante y no menor en la estructura constitucional.

(2) La Comisión Técnica sugerida por el Presidente es un órgano inexistente en la Constitución del 2008. Se añade un órgano, que suplanta a otro constitucionalmente establecido por 18 meses. Un órgano del Estado, por transitorio que se pretenda, constituye una reforma importante de la Constitución y no una mera enmienda.

9. VERSO: “El Consejo de la Judicatura no es órgano regulado y regulador”, dice el SJP

El SJP sostiene que es mentira que el órgano regulado será parte del órgano regulador.

REVERSO:

Difícil entender el argumento. Al parecer afirma que la Comisión Técnica de Transición, conformada por un delegado del ejecutivo, del legislativo y de la función de transparencia y control, no estará compuesta por las cabezas de los órganos judiciales. En este sentido, durante la transición, es cierto. Pero en esta parte no hay justificación que sustente que la presencia de otros poderes no sea injerencia cuando tienen todas las potestades para influir y romper la independencia judicial.

El SJP omite argumentar el reparo de órgano regulado y regulador en la conformación del Consejo de la Judicatura permanente, donde es evidente que el Consejo, conformado por las cabezas de los órganos judiciales, maneja la carrera judicial y confunde tareas administrativas y judiciales. Es decir, poniendo en riesgo la independencia interna (influencia de las cabezas). También confunde tareas jurisdiccionales y administrativas,

que la Constitución expresamente dividió. Con la propuesta del presidente de la República, el presidente de la Corte Nacional en lugar de realizar sentencias, que es par lo que le nombraron, deberá estar preocupado por el manejo presupuestario y de recursos humanos de la función judicial. Es decir, le designamos para juez y acaba como administrador.

El hecho de que las instituciones de administración y jurisdiccionales ***“no pueden vivir una a espaldas de la otra, tiene que haber coordinación”***, no justifica que se unifiquen. Este es un retroceso de más de 20 años de reformas judiciales. El ente coordinador, en el modelo actual, se llama Consejo Consultivo. Para mejor coordinar no se justifique que un juez sea la cabeza de un órgano administrativo.-