

MOTIVACIÓN Y ELECCIÓN DE JUECES EN LA CORTE CONSTITUCIONAL ECUATORIANA COMO FUENTE DE LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA

MOTIVATION AND ELECTION OF JUDGES IN THE ECUADORIAN CONSTITUTIONAL COURT AS A SOURCE OF DEMOCRATIC LEGITIMACY

MOTIVAÇÃO E ELEIÇÃO DE JUÍZES NA CORTE CONSTITUCIONAL EQUATORIANA COMO FONTE DE LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

*Sebastián López Hidalgo**

Recibido: 24/05/2017

Aprobado: 24/10/2017

Resumen:

El presente artículo pretende, por un lado, resaltar cómo el deber de motivación influye de forma directa en el contexto de justificación del discurso jurídico, de modo que fortalece los vínculos de legitimidad democrática; y, por otro lado, evidenciar cómo algunos mecanismos de elección democrática de los jueces constitucionales ayudan a atenuar los rasgos contra mayoritarios de la revisión judicial.

En efecto, un sistema que sea capaz de asegurar el máximo de independencia y autonomía judicial es el que ostentará mejores credenciales democráticas. Sin embargo, en el caso ecuatoriano, –conforme se evidenciará en este artículo–, con un diseño normativo marcado por un presidencialismo exacerbado, y una fuerte incidencia del ejecutivo en la designación de los jueces constitucionales, la independencia judicial parece estar comprometida.

Palabras clave: Independencia Judicial; Legitimidad; Motivación; Justificación; Democracia

Abstract:

This article aims, on the one hand, to highlight how the duty of the Judiciary to state reasons for sentencing, impacts directly on the context of justification of legal discourse, strengthening the links of democratic legitimacy. On the other hand, it aims to show how some mechanisms of democratic choice of the constitutional judges help attenuate some counter-majority features of judicial review.

In fact, a system which is capable of securing a maximum of independence and autonomy of the judiciary, is the one

that holds better democratic credentials. However, in the Ecuadorian case, with a normative design marked by an exacerbated presidentialism, and a strong incidence of the executive in the designation of constitutional judges, judiciary independence appears to be in jeopardy.

Key words: Independence of the Judiciary; Legitimacy; Duty to State Reasons; Justification; Democracy

Resumo:

O presente artigo pretende, por um lado, ressaltar como o dever de motivação influi de forma direta no contexto de justificação do discurso jurídico, fortalecendo os vínculos de legitimidade democrática; e, por outro lado, deixar evidenciado como alguns mecanismos de eleição democrática dos juízes constitucionais ajudam a atenuar os traços contra majoritários da revisão judicial.

Em efeito, um sistema que seja capaz de assegurar o máximo de independência e autonomia judicial é o que ostentará melhores credenciais democráticas. Não obstante, no caso equatoriano, –como se verificará neste artigo–, com um desenho normativo marcado por um presidencialismo exagerado, e uma forte incidência do executivo na designação dos juízes constitucionais, a independência judicial parece estar comprometida.

Palavras chave: Independência Judicial; Legitimidade; Motivacional; Justificação; Democracia

* Profesor de Derecho Constitucional, Universidad del Azuay. Profesor de la Universidad de Cuenca y, profesor invitado por Universidad Andina Simón Bolívar-Quito.

EL DEBER DE MOTIVACIÓN COMO FUENTE DE LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DE LA REVISIÓN JUDICIAL

En este apartado, interesa destacar, fundamentalmente, el carácter de la motivación como instrumento de justificación de las decisiones judiciales en las cortes o tribunales constitucionales, más allá de su vertiente subjetiva, como auténtico derecho fundamental¹.

De otra manera, todas las inquietudes que ha suscitado la crítica contra mayoritaria² reaparecen con especial contundencia en contra de los órganos jurisdiccionales, pero, aún más, vuelven injustificables las prácticas judiciales de deferencia en favor de los poderes públicos, cuando no se alcanza a evidenciar una argumentación racional y controlable³.

En efecto, resulta obvio que el deber de motivación que deben aportar los jueces constitucionales al resolver los casos puestos a su conocimiento, constituye un instrumento indispensable para evaluar el ejercicio de

una praxis jurisdiccional razonada, al mismo tiempo que contribuye a justificar –o no– una desviación de la “función natural” de la justicia constitucional como un “legislador negativo” que se ve enfrentado a disposiciones que encierran un contenido valorativo importante⁴.

Así, y aunque en la historia del Derecho la necesidad de motivación de las decisiones judiciales no ha sido una constante,⁵ se trata de una exigencia que en la actualidad no puede ser desatendida,⁶ con miras a alcanzar la ansiada legitimidad de ejercicio de las funciones jurisdiccionales atribuidas a las cortes.

Ciertamente, la motivación no es una característica exclusiva de la actuación de los tribunales. No obstante, la propia evolución histórica de la cuestión es significativa para entender la importancia de la motiva-

- 1 Como derecho fundamental, la motivación se encuentra consagrada en el art. 76, numeral 7, literal l de la Constitución de la República de 2008.-CRE-.
- 2 Es frecuente, desde la referencia de Alexander Bickel en su obra *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2ª. ed., Yale University Press, 1986, insistir en el problema de la denominada dificultad u objeción contramayoritaria atribuida a los jueces. Se trata de una idea recurrente que cuestiona, desde una teoría democrática, la existencia de Cortes, Tribunales Supremos o Constitucionales encargados de configurar y definir, con el carácter de última palabra, los contornos constitucionales, en detrimento de los órganos que tienen mayor legitimidad democrática dentro del sistema político. Es extensa la literatura que ha abordado el tema sobre la revisión judicial –defensores y críticos–; sin embargo, es fundamental la referencia a algunos autores. En el ámbito anglosajón marcaron un punto importante Jeremy Waldron, *Derecho y Desacuerdos, (Law and Disagreement)* Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2005; John Hart Ely, *Democracia y Desconfianza Una teoría del control constitucional (Democracy and Distrust)*, Colombia, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre Editores, 1997; Ronald Dworkin, *Freedom’s Law. The moral Reading of the American Constitution*, Cambridge: Harvard University Press, 1996; Bruce Ackerman, *We the People. Foundations*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1991; Larry Kramer, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, New York, 2004, por citar algunos de los más destacados, entre otros. Aun cuando las referencias son inabarcables, para el ámbito hispanoamericano es indispensable la consulta a obras y artículos importantes como, Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4ª. ed., Madrid, Civitas, 2006; Víctor Ferreres Comella, *Justicia Constitucional y democracia*, Madrid, CEPC, 1997; Carlos Nino, *La Constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997; Roberto Gargarella, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Ariel, 1996; Juan Carlos Bayón, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, *Neoconstitucionalismos*, Madrid, Trotta, 2010; Víctor Ferreres, “El control judicial de la constitucionalidad de la ley. El problema de su legitimidad democrática” en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, *Neoconstitucionalismos*, Madrid, Trotta, 2010; José Juan Moreso, “Derechos y justicia procesal imperfecta” en F. Laporta (ed.), *Constitución: Problemas filosóficos*, Madrid, CEPC, 2003; Pablo de Lora, “Justicia constitucional y deferencia al legislador” en F. Laporta (ed.), *Constitución: Problemas filosóficos*, Madrid, CEPC, 2003; Claudia Orunesu, *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales*, Madrid, Marcial Pons, 2012; Sebastián Linares, *La (i)legitimidad del control judicial de las leyes*, Madrid, Marcial Pons, 2008; Roberto Gargarella, “Las amenazas del constitucionalismo: constitucionalismo, derechos y democracia”, *Los derechos fundamentales*, Marcelo Alegre, ed. al., Bs. As., Editores del Puerto, 2003; Francisco Laporta, “Norma básica, constitución y decisión por mayorías” en F. Laporta (Ed.), *Constitución: Problemas filosóficos*, Madrid, CEPC, 2003, entre otros.
- 3 Decimos prácticas judiciales de deferencia, por cuanto, aunque es posible y deseable un grado de deferencia hacia los órganos democráticos del sistema encargados de emitir normas sujetas a control –el legislador–, ella no puede estar ausente de una justificación o motivación racional, y controlable con base en la norma fundamental, que sustente las correspondientes decisiones.
- 4 Aún más, se ha llegado a considerar que las Cortes o Tribunales son “comisionados del poder constituyente” o “constituyentes permanentes” en la medida en la que dichos órganos actualizan constantemente el sentido constitucional fijado por el constituyente. Argumento que, según Manuel Aragón, resulta poco plausible a la luz del principio democrático. Según Aragón, si bien la expresión comisionado del poder constituyente puede ser empleada en un sentido reducido, en la medida en que dichos órganos estarían únicamente “comisionados” para preservar la Constitución, la utilización del término no es de lo más afortunada. Primero, porque ese papel ya no sería el de un genuino comisionado; segundo, porque el Tribunal es también poder constituido, al igual que los demás; y, tercero, porque el término se presta a reconocer un exorbitado ámbito de funciones del Tribunal que no es ni conveniente ni correcta. Véase, Manuel Aragón. 1989. *Constitución y democracia*. Madrid: Tecnos, pp. 119-120.
- 5 Sobre el origen de la motivación puede verse Ortells Ramos, “Origen histórico del deber de motivar las sentencias”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1997, 899 y ss. Un excursus sobre la coyuntura histórica de la motivación puede verse en Alejandro Nieto. 2000. *El arbitrio judicial*. Barcelona: Ed. Ariel, 140 y ss.
- 6 En relación con algunas posiciones que se refieren al alcance de la motivación y su objetivo, puede verse Alejandro Nieto, “2000. *El arbitrio judicial*. Barcelona: Ed. Ariel, 169.

ción, en contextos en que los órganos que administran justicia, despliegan una actividad interpretativa que se encuentra más allá de una simple concepción mecanicista, para asumir un papel más activo.

Y es que la práctica de la motivación en el Derecho europeo de tipo continental es un fenómeno reciente. Comienza en la segunda mitad del siglo XVIII y sufre una aceleración importante después de la Segunda Guerra Mundial a medida que se afianzaba y consolidaba el modelo del Estado Constitucional (Atienza 2001,255).

En un primer momento, el sentido de la motivación se caracterizaría por la concepción “endoprocésal”, tal como la denomina Taruffo, la cual hace posible que las partes de un proceso puedan tomar partido sobre la decisión emitida, para impugnarla o cuestionarla ante los órganos superiores⁷.

En un segundo momento, a la función endoprocésal se añadiría otra de carácter “extraprocésal” o política, que apunta a la necesidad de controlar democráticamente el ejercicio del poder en manos de unos órganos jurisdiccionales que no cuentan con una legitimidad de carácter directa⁸.

Ciertamente, en los sistemas del *common law* no ha existido nunca una obligación explícita de motivación, pero esta carencia no significa que la motivación judicial no haya estado presente. La práctica de la motivación en dichos sistemas “comienza ya en el siglo XII y se consolida en el XVI, no como consecuencia de una concepción democrática de la justicia, sino por exigencias del funcionamiento de ese sistema: el precedente sólo puede funcionar si la razón en la que se basa la decisión (la *ratio decidendi* del caso) se formula de manera explícita”⁹.

En todo caso, la idea misma del Estado de Derecho parece implicar que las diferentes decisiones de los poderes públicos deben encontrarse debidamente motivadas. Es decir, no pueden depender de la sola autoridad o del capricho; al contrario, deben estar basadas en un razonamiento controlable y justificable en un marco jurídico predeterminado.

De ahí que resulte importante lo afirmado por Atienza, en el sentido de que justificar una decisión dentro de un ordenamiento democrático no es lo mismo que explicarla, y de que el razonamiento jurídico es esencialmente justificativo¹⁰.

Explicar una decisión, significa, en efecto, mostrar cuáles son las causas que la originan o los fines que se pretenden alcanzar al adoptarla. Justificar, sin embargo, implica ofrecer razones dirigidas a mostrar el carácter aceptable y racional de una decisión¹¹.

Existen muchas decisiones de los poderes públicos que pueden ser explicadas aunque no parezcan justificadas. No obstante, el razonamiento jurídico es de tipo práctico; es decir, no está dirigido a explicar, sino a justificar decisiones; y, aunque ambas son operaciones que pueden relacionarse, no son coincidentes. Así, según Cristina Redondo, “toda explicación tiene un propósito descriptivo, mientras que toda justificación tiene un propósito evaluativo o normativo” (Redondo 1996,79).

Si se pasa por alto la llamada “motivación psicológica” de las decisiones jurídicas, aunque el juez ni deba ni pueda explicar los motivos psicológicos de su decisión,¹² la motivación, a diferencia de la simple explicación, deja ver su perfil propio si se lleva a cabo a partir de una correlativa distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación¹³.

7 Ibid.

8 Ibid.

9 Ibid., pp. 255-256.

10 Ibid., p. 254.

11 Ibid.

12 Debido a que entre la ley y el caso se interpone de forma decisiva la persona del juez, los estudios psicológicos de comportamiento judicial son cada día más frecuentes. Una referencia a este tema puede verse en Alejandro Nieto, “*El arbitrio judicial...*”, pp. 434 y ss. Puede consultarse también, el artículo de Jorge Sobral y Ángel Prieto, “Racionalidad, formaciones ideológicas y disparidad en las decisiones judiciales” (Manuel García Ramírez (coord.).1993. *Psicología legal aplicada en los procesos jurídicos y políticos*. Madrid: Eudema, 115-132).

13 Con un ejemplo esclarecedor, Nieto indica: “El científico natural realiza de ordinario sus descubrimientos gracias a una intuición afortunada cuando no al azar o incluso a un error experimental: pero a continuación llega el momento de racionalizar el nuevo fenómeno dentro del contexto de las reglas y conocimientos científicos de que se dispone. Siguiendo la conocida leyenda de la manzana de Newton, al contexto del descubrimiento (que, en cuanto intuitivo, poca explicación puede tener) siguió, en el contexto de la justificación, la formulación científica de la ley de la gravedad.” Véase, Ibid., pp. 157 y ss.

De manera que lo importante y legalmente exigible en el Derecho es la motivación, en el contexto de justificación. Y motivar una decisión judicial significa, entonces, proporcionar argumentos que la sostengan en Derecho.

Cuando un ordenamiento jurídico establece que el juez que dicta una decisión debe motivarla, la exigencia es que indique las razones o argumentos por los que considera que su decisión es conforme a Derecho. La conformidad con el Derecho determina su corrección y se constituye, a la vez, en fuente de legitimidad democrática de la actuación judicial.

Si la argumentación es la “forma de expresar o manifestar –y, por supuesto, defender– el discurso justificativo”,¹⁴ para dar buenas razones en favor o en contra de una determinada tesis, el hecho de que se atribuya una especial importancia a la argumentación judicial o motivación de la decisión jurídica, se debe “básicamente a que los jueces (a diferencia de los legisladores e, indirectamente, de los órganos superiores de la administración) no son elegidos democráticamente...” (Atienza 2001, 264).

La legitimidad del ejercicio de las funciones jurisdiccionales de los jueces descansa en su capacidad argumentativa, que se expresa a través del deber de motivación que deben contener sus decisiones. Frente a la autonomía del legislador y a la concepción clásica de un juez sumiso de la legislación, la exigencia de que los jueces hayan de motivar sus decisiones implica reconocer que los órganos jurisdiccionales ostentan un poder delegado y no soberano (Sanchís 1993, 117).

Ciertamente, no es del todo exacto “que la vida de la justicia discurra por completo al margen de los principios democráticos”¹⁵, porque las propias Constituciones, de forma general, contemplan que la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial¹⁶. A esta premisa se añadiría, también, la introducción de ciertos principios que regulan el funcionamiento de la función judicial, tales como: la independencia interna y externa –muy cuestionada en algunos momentos–, la responsabilidad, el sometimiento único a la Constitu-

ción y a la ley, la autonomía administrativa, económica y financiera, la publicidad de las causas, así como, las garantías a los mecanismos de designación.

No obstante, aun cuando las exigencias enunciadas compensan, en cierto grado, “el reclutamiento no democrático de la judicatura” (Sanchís 1993, 119), no cancelan la discusión sobre la problemática central, más aún en sistemas robustos de revisión judicial, en donde las cortes constitucionales tienen la última palabra. Con todo, es preciso reconocer, desde una perspectiva democrática del poder, que la potestad de administrar justicia asumida por las cortes y tribunales constitucionales se enfrenta a un cuestionamiento sobre su legitimidad. Una legitimidad, por cierto, indirecta, mediatizada y, en definitiva, de segundo grado, de modo que se hace necesaria una justificación en el ámbito de su ejercicio.

Como lo dice Prieto Sanchís, el requisito de la motivación, “que supone hacer explícitas las opciones interpretativas y de política jurídica, permite mostrar el carácter de los Tribunales en un sistema jurídico moderno como órganos de producción de Derecho principalmente heterónomos” (Sanchís 1993, 117).

De ahí que el juez, encuentre, ante todo, en el cumplimiento de la Constitución y de la ley, su fuente de legitimidad, a diferencia del legislador, quien, como miembro de un órgano autónomo de creación del Derecho, si bien debe ajustar su conducta a los mandatos constitucionales con miras a poder justificar políticamente sus decisiones, tiene una legitimidad directa (Sanchís 1993, 124-125).

En este sentido, a los órganos jurisdiccionales se les exige, como parámetro de legitimidad, emitir un discurso justificativo que permita responder a la pregunta central de por qué estos órganos han debido tomar tal o cual decisión a efectos de poder vincular el ejercicio de la función jurídica a un concepto funcional de legitimidad.

Por esa causa, la obligación de motivación es el elemento que limita el margen de discrecionalidad de toda actividad judicial, sin llegar a eliminarlo. Y es que,

¹⁴ *Ibid.*, p. 155.

¹⁵ *Ibid.* p. 118.

¹⁶ Véase, por ej., el art. 167 de la CRE.

motivar sobre la base de la Constitución o de la ley significa crear un vínculo de la decisión judicial con la disposición jurídica que la sustenta (Storini 2001).

Efectivamente, la necesidad de encontrar un vínculo de justificación racional¹⁷ y suficiente de la decisión judicial con una disposición normativa, no supone abandonar el estímulo que, para el “derecho judicial”, involucran las constituciones actuales, ricas en valores y principios de contenido genérico. Por el contrario, implica poner a prueba el ejercicio argumentativo de los jueces mediante prácticas deliberativas a la hora de aplicar una Constitución que cuenta con variedad

de disposiciones normativas. Tal proceder conduce, aunque resulte paradójico, a un cercenamiento de la arbitrariedad judicial, puesto que los estándares de conducta de los jueces no pueden provenir del arbitrio personal, sino que, deben ser inferidos o deducidos de la propia normatividad (Sanchís 1993,122).

Una deficiente motivación no solo pone en duda que exista una actuación diligente en el ejercicio de su función jurisdiccional, sino, además, profundiza una crisis de legitimidad en el órgano llamado a constituirse en el guardián de la Constitución y de los derechos fundamentales.

EL DEBER DE MOTIVACIÓN COMO FUENTE DE LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DE LA REVISIÓN JUDICIAL

Una forma razonable de admitir el ejercicio de la revisión judicial constitucional, con su tendencia a la expansión cada vez mayor en los sistemas jurídicos contemporáneos, pasa por atenuar los rasgos mayormente contramayoritarios y elitistas de tal actividad.

A llegar a esta finalidad contribuye un ejercicio riguroso y exigente del deber de motivación; la inclusión de prácticas deliberativas al interior de las cortes; el diseño normativo a nivel de las cartas constitucionales con normas relativamente abstractas y generales; determinados mecanismos de litigio estratégico como los *amicus curiae*; o, la inclusión en el diseño normativo de mayores posibilidades de acceso a los procesos de revisión judicial¹⁸.

En el mismo sentido, la forma de elección de los jueces puede constituir un elemento o factor importante para

atenuar la crítica contra mayoritaria y afianzar la legitimidad de las cortes ante la voluntad popular¹⁹.

Desde una perspectiva podría considerarse como irrelevante la discusión sobre la composición o forma de elección de los miembros de la corte, dado el carácter jurisdiccional del órgano de revisión²⁰. Sin embargo, el tratamiento respecto de los mecanismos de designación de los jueces de la Corte Constitucional permite arrojar algunas luces sobre la materia e invita a plantearse algunas interrogantes que pueden ser robustecidas desde otros estudios y con diferente perspectiva.

Así, la intensidad de la objeción democrática respecto de la revisión judicial podría depender “de cómo se equilibren dos valores: la rendición de cuentas y la independencia judicial” (Linares 2008, 253).

17 David Ordóñez Solís hace una distinción importante entre racionalidad y razonabilidad respecto de las decisiones jurídicas. La racionalidad consistiría en que toda decisión debe estar fundada en Derecho, a fin de responder a unos criterios de lógica jurídica que impiden considerar decisiones jurídicas merecedoras de tal nombre a las que sean irracionales, arbitrarias o impliquen un error patente. En cambio, la razonabilidad suele reservarse para caracterizar determinadas decisiones judiciales, en las que es posible optar por varias soluciones racionales, de modo que, si se atiende a la razonabilidad, sólo se justificaría la elección de una de ellas. Por lo demás, la razonabilidad está vinculada a la argumentación empleada por el juez para motivar sus decisiones. Ciertamente –como indica el autor– toda decisión razonable es racional, aunque, desde luego, no toda decisión racional es por sí misma razonable. Véase, David Ordóñez Solís, *Jueces, derecho y política. Los poderes del juez en una sociedad democrática*, Navarra, Ed. Aranzadi, pp. 99-100.

18 Véase, los arts. 86, numeral 1, 439 de la CRE o, los arts. 9 y 77, entre otros, de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. –LOGJCC–.

19 Si bien el grado de intensidad de la dificultad contra mayoritaria varía considerablemente según intervengan los factores indicados (motivación, prácticas deliberativas, designación de los jueces), el problema de fondo, desde la óptica clásica de la dificultad contra mayoritaria, no se extingue por completo, a menos que se incorpore dentro del sistema una constitución flexible (v. gr. Israel), o bien si, bajo una constitución rígida, se prohíbe el control judicial de las leyes (v. gr. Holanda) o, finalmente, si se implanta un modelo de revisión judicial débil, es decir, un sistema que concede la última palabra institucional al parlamento. (v. gr. Canadá). Sin embargo, esta opción genera importantes problemas también, en relación con la garantía del carácter supremo de la Constitución en el ordenamiento jurídico.

20 Sobre ésta consideración, puede verse el planteamiento sugerido por Claudia Storini. 2007. “Hermenéutica y Tribunal Constitucional”, en *Revista de Derecho FORO*, Quito, N°. 7, p. 75.

El tema de la rendición de cuentas implica que, si bien los jueces tienen la última palabra institucional dentro del sistema democrático, aquellos deben ser responsables de algún modo ante la sociedad y deben ser sensibles a sus demandas. Por su parte, la independencia judicial o autonomía judicial reclama que los jueces puedan tomar decisiones razonadas a partir de un número variado de opciones –de ahí la conexión íntima con el deber de motivación y las posibilidades interpretativas– (Linares 2008, 253). De manera que “la independencia judicial es un ideal que pretende sentar las condiciones para que las decisiones judiciales tengan un valor epistémico, para que la judicatura ostente el centro de la razón” (Linares 2008, 253).

En efecto, aquel mecanismo de selección que sea capaz de lograr una óptima rendición de cuentas a la ciudadanía, así como el máximo de independencia y autonomía judicial, es el que ostentará mejores credenciales de legitimidad.

Muy probablemente, “en la medida en que los jueces estimen que está justificada cierta deferencia en favor del legislador por razones democráticas, estarán menos preocupados por la deferencia si son seleccionados a través de procedimientos relativamente democráticos que sí lo son por otros medios” (Ferrerres 2005, 323).

En ese camino, son varias las posibilidades que exploran como se podría seleccionar a los jueces de la más alta magistratura. A grandes rasgos, tres criterios aparecen como necesarios a tener presentes: a) una selección por concurso, b) una selección por elección popular; y, c) una selección política (Linares 2008, 254).

En relación con el primer criterio, la selección de jueces por concurso, si bien a primera vista parece que propicia la independencia judicial, dado que el magistrado seleccionado no sentirá, en principio, ningún deber de lealtad con su elector, que en teoría no existe, puesto que su designación es fruto de su mérito personal, no obstante, este sistema o criterio no tiene buenos argumentos para responder a una objeción que se centra en un proceso de rendición de cuentas adecuado, debido al carácter de su origen (Linares 2008, 255).

Por otro lado, los procesos de selección por concurso de jueces no siempre son claros en determinar cuáles son los mejores argumentos o criterios que deben prevalecer en la designación. Desde ciertas virtudes como la honestidad y la transparencia, a criterios objetivos como el mérito o los indicadores de productividad en el despacho, o, inclusive, espacios de representatividad como la pertenencia a un grupo étnico, cultural o de género, la pregunta de quién selecciona a los seleccionadores y bajo qué criterios, sigue latente (Linares 2008, 255-256); más aún en contextos de un pluralismo razonable, donde cobra fuerza el principio democrático, ya que “si todos estuviésemos de acuerdo en la clase de jueces constitucionales que queremos, probablemente delegaríamos la decisión a una comisión de expertos, como pretenden los defensores de los concursos para magistrados constitucionales” (Linares 2008, 256).

Adicionalmente, entender que las cortes y tribunales constitucionales tienen una “función constitucional” específica, como es la de controlar la validez de las leyes bajo el prisma de la Constitución, con un acento político más pronunciado, permite aceptar procedimientos más burocráticos o profesionales de designación de los jueces ordinarios, diferentes a una forma específica de designación de los jueces constitucionales (Ferrerres 2005, 323).

En definitiva, como existen visiones diferentes sobre el tema, muchas de ellas razonables, se necesita recurrir a un proceso democrático más amplio que la sola participación y la elección por concurso.

Respecto al criterio de la elección popular de los jueces, quienes son partícipes de esta tesis sostienen que, en circunstancias de desacuerdo razonable, éste es el único mecanismo que asegura un proceso de rendición de cuentas directo, así como la legitimidad democrática de la actuación de los jueces²¹.

Si bien con esta posición se refuerzan los vínculos de representatividad de los jueces, de modo que se minimiza notablemente la objeción democrática, la opción de la elección popular no resulta la más deseable, debido a los efectos nocivos que puede despertar para la es-

21 En la región, Bolivia puede significar un ejemplo de esta posición Buenos Aires; dado que, a nivel constitucional, en su art. 198, la Constitución Política del Estado de Bolivia de 2009 establece que las magistradas y los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional se elegirán mediante sufragio universal. Por el contrario, el modelo norteamericano puede representar la opción contraria con alguna variante, ya que el Presidente nombra a los jueces y luego son ratificados por el Senado con mayoría absoluta.

tabilidad del sistema político en su conjunto. Y es que conviene preguntarse si, en sistemas con un marcado presidencialismo que ha generado históricamente algunos roces con el resto de funciones del Estado, es pertinente multiplicar la legitimidad democrática de las ramas estatales (Linares 2008, 257). ¿Por qué debería una institución tener precedencia sobre otra elegida democráticamente? (Bellamy 2010, 268) ¿Cómo afectaría al sistema institucional del Estado otro órgano con legitimidad democrática directa?

La idea de “democratizar” la elección de los jueces hasta el punto de permitir su elección directa por la ciudadanía no resulta atractiva, entre otras razones, porque parte de la errada e ilusoria “magia electoral”. Es decir, pensar que por el sólo hecho de haber sido elegido un juez vía voto directo, este se convierten en un auténtico representantes de sus electores (Gargarella 1996, 119):

Adicionalmente, a diferencia del *modus operandi* dentro de algunos procesos políticos ordinarios de elección en el que los ciudadanos cuentan con la posibilidad de la revocatoria del mandato²² como institución democrática abierta, en el caso de una elección de los jueces, la ciudadanía no contaría con medios aptos para dejar sin efecto una designación judicial durante el período en que los jueces ejercen sus cargos y toman sus decisiones²³.

Finalmente, la selección política de magistrados o jueces constitucionales parece ser el método más extendido²⁴. En éste sistema, la pregunta central reside en cómo lograr que las altas cortes alcancen el grado deseable de autonomía respecto de sus nominadores.

La hipótesis sería que, a medida que los lazos que unen a los jueces con los órganos nominadores son más difusos, la autonomía tendería a aumentar. Contrariamente, el grado de autonomía de sus decisiones irá en

descenso, cuando los vínculos de selección entre los elegidos y los actores políticos que intervienen en su designación se vuelven más directos y visibles.

Así, “a medida que exista mayor concentración de poder en el proceso de selección de cargos judiciales, las posibilidades de que los elegidos voten de forma autónoma irá en decrecimiento” (Basabe Serrano 2011, 45) y, viceversa, cuando en la designación intervenga un mayor número de actores, es probable que los jueces ejerzan su función con una mayor autonomía.

Ahora bien, como ha sido destacado acertadamente por Sebastián Linares, cabría distinguir al menos dos mecanismos de selección política: los mecanismos de selección políticos *cooperativos* y los mecanismos de selección políticos *representativos*.

La principal diferencia de los mecanismos cooperativos²⁵ en relación con los representativos reside en que los primeros intentan instalar una idea de diálogo y cooperación en el proceso de selección a cargo de los órganos políticos, de forma que los jueces sean aceptados por sus virtudes y cualidades, más que por sus lealtades políticas.

Habría que tener presente, sin embargo, la lógica de las mayorías que se exigen en cada designación, dado que, en efecto, si solo se precisa de una mayoría legislativa absoluta, el carácter cooperativo dependerá de la distribución de fuerzas políticas en el seno del órgano seleccionador. Algo distinto ocurre cuando se exige una mayoría calificada o reforzada como, por ej., tres quintos o dos tercios, de manera que se refuerza el llamado a cooperar a la hora de llevar a cabo la designación²⁶.

Los segundos, los representativos, son mecanismos que típicamente eludirían el diálogo y la búsqueda de consensos. Se procuraría, más bien, asegurar “la repre-

22 Por ej., puede verse la CRE en su art. 105, que permite a las personas que están en goce de los derechos políticos revocar el mandado, es decir, dejar sin efecto el mandato (encargo) conferido por los electores a las autoridades de elección popular.

23 Habría que anotar que, el período de ejercicio de los órganos jurisdiccionales, por lo general, es mucho más extenso que el que suelen tener los órganos democráticos, como el Parlamento, precisamente con el fin de desvincular el uno del otro.

24 Se entenderá que la selección es política cuando intervienen órganos representativos como el ejecutivo, el legislativo u otros en la designación de los jueces.

25 El autor realiza una subclasificación detallada con todas las implicaciones que supone adoptar un mecanismo cooperativo de representación. Así, considera que, dentro de esta categoría, cabría distinguir entre los mecanismos de instancia única y los mecanismos de doble instancia (Linares 2008, 258 y ss).

26 *Ibíd.* Ahora bien, puede suceder, sin embargo, que, dada la mayoría calificada exigida, se produzca una parálisis o *impase* cuando no existe un acuerdo y no es posible nombrar a ningún juez. Por otro lado, según advierte el mismo autor, las mayorías calificadas solo funcionan eficientemente en aquellos países en los que la selección de jueces se realiza escalonada e individualmente, debido a que la renovación grupal puede llevar a un reparto de cuotas, y generar Cortes fuertemente partidistas.

sentación” en el seno de la Corte de todos los órganos institucionales llamados a integrar el órgano jurisdiccional en una suerte de ejercicio corporativo (Linares 2008, 258).

A pesar de que el propósito que inspira a esta última fórmula de selección es asegurar una suerte de control recíproco entre las diversas funciones del Estado, para garantizar “una cuota” de representación en el órgano controlador y evitar el dominio o superposición de unos sobre otros en un marco de “reclutamiento cruzado”, dicho modelo ha despertado algunas críticas que conviene tener presentes.

Los jueces, entendidos como “representantes” del órgano encargado de proponer su postulación, generan la idea de unos jueces “leales” o “ideológicamente afines” al órgano que los ha propuesto. Una situación que puede agravarse de acuerdo al grado de influencia de la fuerza política dominante en el interior de cada institución seleccionadora. Además, puede suceder que varias ramas o funciones del Estado estén controladas por una misma fuerza política. En tales circunstancias, el “reclutamiento cruzado” se convierte en un reclutamiento en una sola línea. Los jueces serían, así, “agentes” de una sola fuerza: una situación que tiende a agravar los problemas de justificación democrática si un sistema, otorga, en el proceso de designación, órganos sin legitimidad democrática. Con estos antecedentes, conviene repasar brevemente el caso ecuatoriano. La primera pauta la marcó el Régimen de Transición de la Constitución de la República de 2008, el cual contempló que los jueces de la primera Corte Constitucional debían provenir de *candidatos* –expresión textual del texto fundamental– de las funciones Ejecutiva, Legislativa y de Transparencia y Control Social, (art. 25 del Régimen de Transición). Situación que se repite en el art. 434 de la Constitución, que habla de “...candidaturas presentadas por las funciones...”.

A futuro, tal como lo indica la Constitución en el mismo art. 434, la designación se realizará a través de una

comisión calificadora (Oyarte y Salgado 2012, 438) que estará integrada por dos personas nombradas por cada una de las funciones Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social.

Ahora bien, la intervención de dichas funciones del Estado, no se restringe a nombrar a los seis integrantes de la comisión calificadora, sino que, además, ellas deben presentar las candidaturas para que se realice el respectivo concurso público. “Es decir, los ciudadanos que reúnen los requisitos para ser miembro de la Corte Constitucional no pueden participar en el concurso si no son propuestos por los mismos órganos que designaron a la comisión calificadora”.

Más allá de lo cuestionable que pueda resultar en términos democráticos contar con una función del Estado (Función de Transparencia y Control Social) cuyo órgano principal, Consejo de Participación Ciudadana y Control Social se encuentra integrado por consejeras y consejeros provenientes de un concurso público de méritos y oposición,²⁷ con una serie de atribuciones igualmente cuestionables,²⁸ la idea de integrar la corte constitucional, de acuerdo a un modelo que se estima como “representativo de selección” genera la distorsión de una corte con unos jueces leales a la función a la que deben su nominación, más cercana al corporativismo representativo que a un ejercicio de verdadera voluntad popular.

Bien es verdad que en este sistema previsto son tres las funciones del Estado que proponen sus candidatos a la corte, procedimiento que, en apariencia, estaría relacionado con un claro principio de separación de poderes capaz de generar un control recíproco entre los órganos del Estado que evite el dominio de uno sobre el otro. Sin embargo, en un sistema en el que el Presidente nombra a sus candidatos, el parlamento de mayoría oficialista –con escasa fragmentación partidista que propicie una deliberación en el interior del órgano–²⁹ nombra a los preferidos por la fuerza política mayoritaria, y una tercera función del Estado, cuestionable en

27 Véase, el art. 207 de la CRE. Conviene recalcar que el presente estudio se realizó antes de que el actual Presidente de la República, Lenin Moreno, haya decidido convocar a una consulta popular para enmendar la Constitución en el tema relativo a la integración y designación de los miembros del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.

28 Al respecto, puede consultarse Aguilar Juan Pablo. 2009. “La cuarta función del Estado. Análisis de una ficción” en *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*. Quito: Corporación Editora Nacional.

29 En efecto, cuando un cargo judicial es el resultado de la agregación de diversas preferencias ideológicas, los vínculos entre cortes y parlamento se tornan más difusos, de modo que permiten un grado de autonomía judicial en el momento de tomar las decisiones. Dicho en otras palabras, cuando muchos son los que participan en el proceso de designación, los jueces elegidos tendrán un reducido “deber de gratitud” hacia sus seleccionadores, dado que la responsabilidad última de designación la comparten varias personas (Linares 2008, 258).

su integración, nomina a los suyos, el tema de la independencia judicial parece resentirse de forma severa³⁰.

También es verdad que la previsión de un concurso, la imposición de filtros institucionales,³¹ el establecimiento de períodos razonablemente largos de la función sin reelección inmediata³² para evitar la llamada *defección estratégica*³³ y la imposibilidad de someter a juicio político a sus miembros, son factores que atenuan “un deber de lealtad” de los jueces bajo el sobreentendido de que el cargo adquirido es fruto del mérito personal de los candidatos, y de manera que, a su vez, pierdan intensidad los posibles “vínculos iniciales”. En todo caso, se trata de *candidatos* donde el Ejecutivo parece llevar una ventaja considerable, debido al diseño constitucional implementado, donde la mencionada comisión calificadora, compuesta por dos representantes de las mismas funciones del Estado, será la que designe definitivamente a los jueces de la corte³⁴. Como destacara en su momento Hernán Salgado, “el hiperpresidencialismo ecuatoriano fue muy diligente al establecer la forma de elegir a los jueces de la Corte Constitucional; en este punto como en otros...se afianza la hegemonía presidencial...” (Salgado Pesantes 2015,406).

Aunque no exista un mecanismo de designación perfecto, y dado que “el mejor sistema es aquel en que quienes nombran asuman responsablemente esta función y no le tomen como un mecanismo de manipulación política” (Grijalva 2008, 134), se debe tener presente que, cuando el diseño institucional es proclive a un Ejecutivo poderoso, como sucede en el caso ecuatoriano, la posibilidad de que el sistema derive en una corte subordinada a los intereses de aquél, constituye un riesgo con muchos visos de realidad.

Si, como dijera en su momento Francisco Tomás y Valiente, “las instituciones ganan o pierden prestigio por lo que hacen, pero también por lo que con ellas se hace” (Tomás y Valiente 1997, 2284), tratar de evitar cortes sumisas a determinada función del Estado, requiere, como punto de partida, un replanteamiento de su propia ordenación constitucional.

Pero también, muchas veces, “lo determinante para avanzar será el efectivo y firme compromiso concreto con la institucionalidad democrática y la vigencia de los derechos humanos, como rasgos que definan la actuación de dichos tribunales constitucionales y sus magistrados...” (Eguiguren Praeli 2000, 92).

CONCLUSIONES

Existen varias críticas en contra del ejercicio de la revisión judicial por su carácter contra mayoritario, no obstante, una de las formas que limita el grado de discrecionalidad judicial, sin eliminarlo, consiste en el debido deber de motivación que deben asumir los órganos de justicia, en especial las cortes constitucionales, como un instrumento indispensable de justificación democrática. Por otra parte, la forma de selección de los jueces puede contribuir notablemente a un ejercicio de legitimidad democrática de la revisión

judicial. Así, de los diferentes criterios de elección, los mecanismos cooperativos de selección política de los jueces de la más alta magistratura pueden ayudar a atenuar de alguna manera la objeción contra mayoritaria desde su origen, a fin de propiciar una idea de dialogo en los órganos seleccionadores.

No obstante, la evidencia para el caso ecuatoriano en la selección de los jueces constitucionales parece ser alarmante. Y es que, el diseño normativo a nivel consti-

30 En referencia al modelo adoptado, ya advirtió Agustín Grijalva que: “...si el Presidente tiene mayoría en la Asamblea Nacional y desarrolla un control directo sobre la Función de Transparencia y Control Social, el sistema de designación propuesto por la nueva Constitución no es el más equilibrado”. Véase, Grijalva Agustín. 2008. “La Corte Constitucional y el fortalecimiento de las garantías” en *Análisis nueva Constitución*. Quito: ILDIS. p. 134.

31 Experiencia profesional previa, antecedentes personales, requisitos de edad, tiempo en la docencia, la profesión de abogado o la judicatura constituyen algunos filtros institucionales que generalmente son considerados en la elección de los jueces.

32 Sobre el tema de la reelección de los miembros de la Corte, puede consultarse el artículo de Rafael Oyarte y Hernán Salgado, “El estatuto jurídico del juez constitucional en Ecuador...”, pp. 448-449. Los autores sostienen como una posibilidad que, al no existir restricción expresa respecto del período que debe transcurrir para una eventual reelección, se debería interpretar la norma en el sentido de que basta con dejar transcurrir un concurso para presentarse en el siguiente.

33 Según un estudio de Helmke, referido por Sebastián Linares, en relación con la Corte Suprema Argentina, los magistrados, pese a tener un mandato vitalicio, están expuestos a una amenaza constante de ser depuestos por las instituciones políticas. En esa línea, argumenta que la inseguridad en el cargo hace que los magistrados tiendan a votar contra el gobierno de turno cuando observan que este tiene pocas posibilidades de ser reelecto (Linares 2008,260).

34 Véase, al respecto, el art. 434 de la CRE.

tucional, con la influencia de un presidencialismo marcado, puede degenerar en una corte subordinada a los intereses de quienes está llamada a controlar. De ahí la necesidad de una revisión del diseño constitucional

capaz de asegurar, en la medida de lo posible, la mayor independencia y autonomía del órgano de revisión constitucional, de modo que se afiance una legitimidad no sólo en su ejercicio, sino, además, en su origen.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguilar, Juan Pablo. 2009. “La cuarta función del Estado. Análisis de una ficción” en *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*. Quito: Corporación Editora Nacional.
- Aragón, Manuel. 1989. *Constitución y democracia*. Madrid: Tecnos
- Atienza, Manuel. 2001. *El sentido del Derecho*. Barcelona: Ariel
- Basabe Serrano, Santiago. 2011. *Jueces sin toga. Políticas judiciales y toma de decisiones en el Tribunal Constitucional del Ecuador (1999-2007)*. Quito: Flacso
- Bellamy Richard. 2010. *Constitucionalismo político. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*. Madrid: Marcial Pons.
- Bickel, Alexander. 1986. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2ª ed. New Haven: Yale University Press
- Eguiguren Praeli, Francisco. 2000. “Los Tribunales Constitucionales en la región andina: una visión comparativa” en *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional*. N°. 4.
- Ferreres Comella, Víctor. 2005. “Las consecuencias de centralizar el control de constitucionalidad de la ley en un tribunal especial. Algunas reflexiones del activismo judicial”, en Roberto Saba (ed.). *Los límites de la democracia*. Buenos Aires: Ed. Del Puerto
- Gargarella Roberto. 1996. *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Buenos Aires: Ariel
- Grijalva, Agustín. 2008. “La Corte Constitucional y el fortalecimiento de las garantías” en *Análisis nueva Constitución*. Quito: ILDIS
- Linares, Sebastián. 2008. *La (i) legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons
- Nieto, Alejandro. 2000. *El arbitrio judicial*, Barcelona: Ed. Ariel
- Ordóñez Solís, David. 2004. *Jueces, derecho y política. Los poderes del juez en una sociedad democrática*. Navarra: Ed. Aranzadi
- Oyarte Rafael y Salgado Hernán. 2012. “El estatuto jurídico del juez constitucional en Ecuador” en Héctor Fix-Zamudio, César Astudillo (coords.) *Estatuto jurídico del Juez Constitucional, Homenaje al Doctor Jorge Carpizo*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
- Ramos, Ortells. 1997. “Origen histórico del deber de motivar las sentencias” en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*.
- Redondo, María Cristina. 1996. *La noción de la razón para la acción en el análisis jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Salgado Pesantes, Hernán. 2015. “Estado de Derecho e hiperpresidencialismo en el caso ecuatoriano” en *Derecho Constitucional contemporáneo. Homenaje al profesor Rubén Hernández Valle*. San José: Ed. Investigaciones Jurídicas
- Sanchís Luis Prieto. 1993. *Ideología e interpretación jurídica*. Madrid: Tecnos
- Sobral, Jorge y Prieto, Ángel. 1993. “Racionalidad, formaciones ideológicas y disparidad en las decisiones judiciales”, en Manuel García Ramírez (coord.), *Psicología legal aplicada en los procesos jurídicos y políticos*. Madrid: Eudema
- Storini, Claudia. 2007. Hermenéutica y Tribunal Constitucional. *Revista de Derecho FORO* núm. 7
- _____. 2001. *Criterios hermenéuticos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para la interpretación de las normas de reparto competencial entre Estado y comunidades autónomas*, Valencia.
- Tomás y Valiente Francisco. 1997. *Obras completas*. vol. III. Madrid: CEPC
- Constitución de la República de 2008.
Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.