

UNIVERSIDAD DEL AZUAY

**POSGRADO EN DERECHO PENAL
MONOGRAFIA**

TEMA:

La independencia Jurisdiccional como presupuesto del debido proceso

ALUMNA: SONIA CARDENAS CAMPOVERDE

PROFESOR: DOCTOR RAFAEL OYARTE

DICIEMBRE DEL 2008

ABSTRACT

Este documento se ha elaborado como Trabajo de Graduación de Especialista, dentro del Posgrado en Derecho Penal, el que se desarrolla en la ciudad de Cuenca, en la Universidad del Azuay (UDA).

Interesa sobremanera, abordar el tema de la independencia jurisdiccional, considerando que desde hace muchos años, la administración de justicia se desenvuelve en una situación de permanente crisis, convirtiendo al poder judicial en una de las instituciones de menor credibilidad. Este estado de cosas sería consecuencia del espejismo democrático que ha vivido el Ecuador, en donde las Constituciones han consagrado el principio de independencia jurisdiccional y los políticos se han procurado formas de burlar los mandatos constitucionales, para no perder influencia, sacrificando los méritos y ética de los jueces y en suma afectando la legitimidad del poder judicial, que debe estar sometido a la Constitución y no a estímulos externos ni a la organización interna de dicho poder.

Este trabajo pretende enfocar la independencia jurisdiccional no como un privilegio de los jueces sino como un derecho de las partes litigantes, de que sus conflictos sean dirimidos por alguien independiente de los poderes políticos o fuerzas sociales; por alguien imparcial subjetiva y objetivamente respecto de las partes. Pretende abordar la independencia jurisdiccional como parte vital del proceso justo, con la convicción de que el rol más importante del poder judicial es garantizar jurisdiccionalmente el estado de derecho. Se considera que el Juez, para ser independiente, requiere tener atributos de idoneidad y probidad y por ello se estudiarán varios aspectos en los cuales estos dos elementos básicos se ponen en evidencia.

TRADUCCION

This document has been written as a graduation requirement for the Specialization in Criminal Law, a Graduate Studies program offered at Universidad del Azuay (UDA).

It is of utmost interest to discuss the topic of Jurisdictional Independence, considering that, for many years, the administration of justice has been undergoing permanent crisis, turning the judicial power into an institution with no credibility. This current situation would be a consequence of the democratic "mirage" that Ecuador has been going through; while the various Constitutions have established the principle of jurisdictional independence, politicians have managed to evade constitutional mandates in order to preserve their political influence, sacrificing in the process the merits and ethics of the judges and affecting the legitimacy of the judicial power, which should comply with the Constitution only, and not with external stimuli nor with its own internal organization.

This Essay tries to focus on the concept of jurisdictional independence not as a privilege for judges, but rather as the right of the litigating parties to have their conflicts resolved by someone who is independent from political powers or social forces; by someone who is impartial in a subjective and objective way. This essay also aims to study jurisdictional independence as a vital part of the just criminal prosecution process, with the belief that the most important function of the judicial power is to jurisdictionally guarantee the Rechtsstaat (or rule of law). It is considered that a judge, in order to be independent, requires certain attributes such as suitability and probity, for this reason this essay studies several aspects in which this attributes are revealed.

INTRODUCCIÓN

“La independencia judicial constituye un derecho humano fundamental, un derecho de la persona cuya realización deviene condición sine qua non para actuar los demás derechos” . Magui Ribas Alegret

“La seguridad se traduce “como la certidumbre del individuo de que su persona, bienes y derechos están a salvo de ataques violentos e indebidos y, en el peor de los casos, de efectuarse, se harán cesar con premura y los daños le serán resarcidos; la seguridad es, por tanto, punto de partida del Estado y puerto de arribo del Derecho”. Jorge Fernández Ruiz

La independencia Judicial, es uno de los principios más importantes consagrados en las Constituciones. Solamente un Juez que se sienta independiente, es una garantía de un buen servicio de justicia. En nuestro país, este principio estaba consagrado en el artículo 199 de la Constitución anterior, y; en la vigente Constitución, consta en el artículo 168.1 y en los diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, que por mérito de los artículos 3,1 10 y 424 ibídem forman parte de nuestro ordenamiento jurídico.

Este documento se ha elaborado como Trabajo de Graduación de Especialista, dentro del Posgrado en Derecho Penal, el que se desarrolla en la ciudad de Cuenca, en la Universidad del Azuay (UDA).

Interesa sobremanera, abordar el tema de la independencia jurisdiccional, considerando que desde hace muchos años, la administración de justicia se desenvuelve en una situación de permanente crisis, convirtiendo al poder judicial en una de las instituciones de menor credibilidad. Este estado de cosas sería consecuencia del espejismo democrático que ha vivido el Ecuador, en donde las Constituciones han consagrado el principio de independencia jurisdiccional y los políticos se han procurado formas de burlar los mandatos constitucionales, para no perder influencia, sacrificando los méritos y ética de los jueces y en suma afectando la legitimidad del poder judicial, que debe

estar sometido a la Constitución y no a estímulos externos ni a la organización interna de dicho poder.

Este trabajo pretende enfocar la independencia jurisdiccional no como un privilegio de los jueces sino como un derecho de las partes litigantes, de que sus conflictos sean dirimidos por alguien independiente de los poderes políticos o fuerzas sociales; por alguien imparcial subjetiva y objetivamente respecto de las partes. Pretende abordar la independencia jurisdiccional como parte vital del proceso justo, con la convicción de que el rol más importante del poder judicial es garantizar jurisdiccionalmente el estado de derecho. Se considera que el Juez, para ser independiente, requiere tener atributos de idoneidad y probidad y por ello se estudiarán varios aspectos en los cuales estos dos elementos básicos se ponen en evidencia.

CAPITULO 1

1. - EL DEBIDO PROCESO.- GENERALIDADES.- CONCEPTO

2.- LA INDEPENDENCIA JURISDICCIONAL -.GENERALIDADES

1.- EL DEBIDO PROCESO.- GENERALIDADES.- CONCEPTO

Los antecedentes de la garantía del debido proceso se encuentran a la Carta Magna de 1215 , en la que el rey Juan Sin Tierra, otorga a los nobles ingleses entre otras garantías la del “due process of Law”, consignada en la cláusula 48 de ese documento que disponía que “ningún hombre libre podrá ser apresado, puesto en prisión, ni desposeído de sus bienes, costumbres y libertades, sino en virtud del juicio de sus pares, según la ley del país.

En esta carta se aprecia que un debido proceso se considera incluso antes del proceso judicial formalmente considerado, con el objeto de proteger la libertad de las personas, considerándose la privación de la libertad ambulatoria como excepción.

Desde el “due process of law” el Estado monárquico inglés se comprometió a respetar garantías contempladas en la carta magna, cuando se tratara de restringir libertades personales, derecho de propiedad, posesión, o de cualquier otro bien perteneciente sólo los nobles. Garantías que se limitaban al derecho a un juicio previo legal y a ser tratado con igualdad.

El debido proceso protector sólo de nobles, cruzó los mares para plasmarse en la constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, pero no lo contemplaba en su origen en Filadelfia en 1787. El Derecho Constitucional de los Estados Unidos, de Norteamérica se desarrolla considerablemente, influenciado por el iusnaturalismo.

El debido proceso como concepto se introdujo en la Constitución de los Estados Unidos en las enmiendas V y XIV. En la enmienda V de 1791, se

consignó que “ninguna persona será privada de su vida, libertad o propiedad, sin el debido proceso legal”. En la enmienda XIV de 1866, se consagró lo siguiente: “ningún estado privará a persona alguna de la vida, libertad o propiedad, sin el debido procedimiento legal, ni negará, dentro de su jurisdicción a persona alguna la igual protección de las leyes”. Las dos enmiendas imponen limitación de poderes, la primera de las nombradas a los poderes del gobierno federal, y la segunda a los poderes de los estados locales.

Por vía de desarrollo de la jurisprudencia americana, a fines del siglo XIX, el debido proceso hasta entonces garantía procesal de la libertad, pasó a ser una garantía sustantiva, por medio de la cual se limita también al órgano legislativo, un medio de controlar la razonabilidad de las leyes. Así, se pasa a los jueces el Control de la validez constitucional de los actos legislativos, cuidando que al reglamentar los derechos reconocidos por la constitución no se haya actuado arbitrariamente.

Se consideran antecedentes del debido proceso algunas normas garantistas del procedimiento plasmadas en los siguientes instrumentos: El código de Magnus Erikson de 1350 de Suecia; Constitución *Neminem Captivabimus* de 1430 de Polonia. Las leyes Nuevas Indias del 20 de noviembre de 1542. La *Hill of Rights* inglesa, consecuencia de la revolución de 1688. Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia del 12 de junio de 1776. Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789. Constitución española de 1812.

El denominador común de estos instrumentos, es el abordaje de garantías procesales, con respeto al ser humano.

La garantía del debido proceso ha sido incorporada, en forma más o menos explícita, a la mayor parte de constituciones del mundo en el siglo XX; en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, en la cláusula 8 que dice: “toda persona tiene un recurso para ante los tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales, reconocidos por

la constitución o por la ley; en la cláusula 10: “ toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones y para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

En el artículo 14 párrafo primero, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que dice: “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil...”

En la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), en el artículo 8.1 se dice: Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un Juez o Tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

CONCEPTO DE DEBIDO PROCESO:

En la doctrina se encuentra una extensa gama de definiciones del debido proceso, y aunque no todas satisfacen, observan un denominador común; los valores: justicia y dignidad humana. El debido proceso no puede sustraerse de la consideración del ser humano colocado en el centro de la sociedad y su convivencia dentro de un Estado de Derecho, fundado en una democracia sustancial.

Por ello los principios de protección del ser humano forman parte estructural de la definición del debido proceso.

En el pasado el proceso y específicamente el proceso penal se desarrollaba teniendo en cuenta simple y llanamente las leyes procesales. Modernamente las constituciones y el derecho internacional de los derechos humanos, se ocupan de normar los derechos que se reconocen a las partes procesales, con énfasis especialmente en el sujeto pasivo del proceso penal. Debido proceso entonces “es el que se inicia, desarrolla y concluye respetando y haciendo efectivos los presupuestos, los principios y las normas constitucionales, legales e internacionales aprobados previamente, así como los principios generales que informan el Derecho Procesal Penal, con la finalidad de alcanzar una justa administración de Justicia, provocando como efecto inmediato la protección integral de la seguridad jurídica del ciudadano, reconocida constitucionalmente como un derecho”¹. Esta noción es más completa, que otras, abarca tanto los aspectos objetivos comprendidos en las normas como los subjetivos orientados a la seguridad jurídica de las personas que proporciona una correcta administración de justicia. Seguridad Jurídica que es uno de los principios básicos del Estado de Derecho, que permite a los ciudadanos tener razonablemente previsibilidad, de lo que está o no permitido, cuales son las potestades públicas, etc. No se debe perder de vista que la forma de democracia que más se acerca a la perfección es la que incluye el estado de derecho, que hace posible el sometimiento a las civilizaciones. El poder sin reglas es absolutismo”.²

Mario Madrid- Malo Garizábal, citado por Miguel Hernández Terán, dice lo siguiente: “ El debido proceso es el que en todo se ajusta al principio de juridicidad propio del Estado de derecho y excluye, por consiguiente, cualquier acción contra legem o praeter legem. Como las demás potestades del Estado, a la de administrar justicia está sujeta al imperio de lo jurídico: sólo puede ser ejercida dentro de los términos establecidos con antelación por normas generales y abstractas que vinculan en sentido positivo y negativo a los servidores públicos. Estos tienen prohibida cualquier acción que no esté legalmente prevista, y sólo puede actuar apoyándose en una previa atribución de competencia. El debido proceso es el que tiene toda persona a la recta

¹ Zavala Baquerizo Jorge. El Debido Proceso Penal. Edino 2002. Pag. 25

² FABIÁN CORRAL. Editorial. Diario el Comercio.26 –IV-2007.

administración de justicia. El derecho al debido proceso es el derecho a un proceso justo, a un proceso en que no haya negación o quebrantamiento de los que cada uno tenga jurídicamente atribuido o asignado. Es debido aquél proceso que satisface todos los requerimientos, condiciones y exigencias necesarias para garantizar la efectividad del derecho material. Se llama debido proceso porque se le debe a toda persona como parte de las cosas justas y exigibles que tiene por su propia subjetividad jurídica”.³

Citado por el mismo autor, ya en concreto sobre el debido proceso penal, aparece Fernando Velásquez, para decir: “ El debido proceso es todo ese conjunto de garantías que protegen al ciudadano sometido al proceso penal, que se aseguran a lo largo del mismo una recta, pronta y cumplida administración de justicia; que le aseguran la libertad y la seguridad jurídica, la racionalidad y la fundamentación de las resoluciones judiciales conforme a derecho”⁴

En el Ecuador, la Constitución, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y las leyes en general que abordan el tema, estructuran el edificio que alberga el debido proceso, de tal forma que la vulneración de cualquiera de sus normas y principios, impide su vigencia. El artículo 76 de la Constitución establece las reglas básicas que deberán observarse en la formación del proceso, para que una vez finalizado y sólo entonces, pueda concluirse que se ha cumplido el debido proceso. En este artículo, cuyo contenido es similar a la constitución anterior, puntualmente se enuncian los principios a los cuales deben sujetarse los jueces en la iniciación, desarrollo y conclusión del proceso, especialmente en el proceso penal. “ El debido proceso es una acabada y perfeccionada institución jurídica estructurada debidamente bajo el amparo de las normas garantizadoras de la CPR, de las leyes y de los pactos internacionales”⁵.

En el artículo 76 antes mencionado se instituye una serie de garantías básicas. Destaca el derecho a la defensa en el numeral 7 integrándolo con

³ Miguel Hernández Terán, El debido proceso en la Doctrina, Revista Judicial DLH.

⁴Miguel Hernández Terán, El debido proceso en la Doctrina, Revista Judicial DLH.

⁵ Zavala Baquerizo Jorge. El Debido Proceso Penal. Edino 2002. Pag. 27

literales de la a) a la m), entre los cuales consta el literal k), que es el tema de este trabajo que dice: “Ser Juzgado por una jueza o juez independiente imparcial y competente....”

2.- LA INDEPENDENCIA JURISDICCIONAL.-GENERALIDADES

En el contexto histórico cuando la soberanía estaba concentrado en una sola mano y la posibilidad de declarar el derecho dependía más de la “autoctoritas” que de las “potestas”, no se podía hablar de poder judicial. En estricto sentido el poder judicial nace cuando el estado asume la potestad de crear normas jurídicas que lo sustenten, asumiendo la decisión de establecer un sistema de división de poderes distintos e independientes. Entonces se le atribuyó al Poder Judicial en exclusividad la función jurisdiccional.

Inicialmente la teoría de separación de poderes, daba un tratamiento de menor importancia la poder judicial, respecto del poder legislativo y ejecutivo. Los jueces no tenían poder para morigerar el rigor de la ley.

En el Moderno Estado de derecho, que supone fundamentalmente la limitación del poder del Estado por el derecho, surge la necesidad del un poder judicial independiente que garantice el ejercicio de los derechos y garantías.

La independencia Jurisdiccional como garantía del debido proceso consiste en que todas las personas tienen derecho a que la decisión judicial que resuelva el conflicto, se encuentre libre de toda ingerencia externa e interna.

Esta garantía de concreta en que el juez no esté influenciado por terceros para resolver el conflicto puesto a su conocimiento, en determinada manera. Que el Juez únicamente obedezca a su convicción jurídica.

La independencia externa, consiste en que el Juez no puede estar sometidos a los demás poderes del estado. Contra la independencia externa conspira toda presión de tipo político, económico o social con pretensiones de obtener un fallo cuando no les asiste el derecho.

La independencia interna consiste en que el Juez no puede estar sometido en su potestad jurisdiccional a ninguna instancia de la organización interna del poder judicial. Contra ella conspira la injerencia abusiva de quienes creen ostentar una posición jerárquicamente superior al juez, sea dentro de los mismos órganos jurisdiccionales u órgano de administración y disciplina.

La independencia es en esencia la libertad de criterio. “ Piero Calamadre nos recuerda que la independencia es un duro privilegio que exige a quien lo goza el valor de quedar a solas consigo mismo, cara a cara con su conciencia”.⁶

Couture expresa “ La independencia del Juez es el secreto de su dignidad; pero la autoridad de que se le reviste es como la clave de su eficacia. Según un aforismo clásico, los jueces sin autoridad son fantoches en manos de las partes. Pero en un sentido opuesto no es menos cierto que los jueces con excesiva autoridad son déspotas de la justicia.”⁷

La independencia debe estar precedida de un riguroso sistema de selección, que en nuestro país ha estado ausente, precisamente por la injerencia de las contingencias políticas, que ha derivado en la opinión pública adversa a la selección de los jueces.

La independencia está estrechamente ligada al principio que Louis Favoreu denomina de ingratitud, consistente en que el Juez debe desvincularse totalmente del órgano que lo designa. Sólo los jueces independientes pueden ser garantes de la Constitución y alcanzar respetabilidad de los órganos del Estado y de toda la comunidad.

La independencia también está vinculada a la idoneidad de los jueces, en cuanto deben estar plenamente capacitados para el ejercicio de sus cargos,

⁶ El debido proceso Constitucional, Juan Colombo Campbell pag. 41
www.juridicas.unam.mx

⁷ El debido proceso Constitucional, Juan Colombo Campbell pag. 41
www.juridicas.unam.mx

que les permita manejar e interpretar las normas, principios y valores constitucionales con ponderación y prudencia en sus decisiones. Por sobre todo imprimir intensa actividad axiológica .

La estabilidad se agrega como un componente indispensable que respalda al Juez en la firmeza de sus decisiones y neutraliza las presiones en el ejercicio de su jurisdicción. Ello no significa que no sea responsable, porque a mayor libertad mayor responsabilidad.

A través de la estructura institucional las interferencias en las decisiones de los jueces suelen producirse, a través de los siguientes procesos:

1.- Proceso de selección diseñado para facilitar influencias por parte de agentes externos. En varios países el problema con la independencia comienza el momento de la selección del Juez. Frecuentemente, el proceso es politizado dominado por el ejecutivo o mayoría del legislativo, o la jerarquía judicial. En nuestro país los vicios en el sistema de selección han dejado al descubierto verdaderos escándalos en los concursos, que han trascendido a los medios de comunicación. Los escándalos no han estado ausentes en la selección de jueces de la Corte Suprema, desde que la elección provenía del Congreso en la constitución de 1897. En la Constitución inmediata anterior la de 1998 se consagra el sistema de cooptación, hasta que por resolución legislativa de 20 de diciembre del 2004 se declara cesantes a los magistrados de la Corte Suprema y se designa la llamada Pichi Corte, que luego es cesada permaneciendo sin Corte Suprema por varios meses, hasta que un concurso inconstitucional designó a la penúltima Corte Suprema que ahora con algunos de sus miembros y conjuces integra la primera Corte Nacional de Justicia de acuerdo a la nueva designación del régimen de transición de la Nueva Constitución interpretado por la autodenominada Corte Constitucional.

En los últimos años en varios países Latinoamericanos, y en Ecuador específicamente en la Constitución anterior y en la actual aparece el Consejo de la Judicatura como órgano administrativo y financiero de la Función Judicial.

Sin embargo el origen de este organismo tampoco escapa de la politización, y ha demostrado ineficiencia en el cumplimiento de su misión, caracterizada por la pugna con la Corte Suprema de Justicia, en la determinación de quien manda a quien. Lejos de perseguir la corrupción de jueces venales, de transparentar los procesos de selección, se dedicó a la ingrata tarea de interferir en la independencia de los jueces sancionándolos en innumerables casos por sus resoluciones jurisdiccionales.

2.- Carencia de seguridad en la permanencia en los cargos. La seguridad de permanencia significa que un juez no puede ser separado de su cargo, excepto por causas que involucren ineptitud y falta de ética. Un juez que puede ser destituido arbitrariamente con facilidad, es mucho más vulnerable a presiones internas o externas. Se hace preciso entonces la consagración de una carrera judicial en serio.

3.- Régimen disciplinario y de ascensos. Con sistemas apropiados y transparentes se protege la seguridad de permanencia. Hasta ahora y pese a la inversión de ingentes recursos en la contratación de empresa internacional como la Price Waterhouse, el Consejo de la Judicatura no ha logrado establecer un sistema objetivo de evaluación de desempeño. Se ha optado como parte de la evaluación, la intervención de jueces de instancias superiores para la evaluación de los jueces de instancias inferiores y teniendo como base las resoluciones jurisdiccionales, lo cual en vez de ser un adelanto constituye una flagrante violación a la independencia.

Un régimen disciplinario que funcione correctamente protege la independencia de los jueces. Pero las medidas disciplinarias suelen aplicarse por razones políticas a jueces independientes que toman decisiones contrarias los intereses creados.

CAPITULO 2.

1.- CONSIDERACIONES ACERCA DEL JUEZ

2.-LEGITIMIDAD E INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL A TRAVES DE LOS JUECES

3.-ÉTICA DE LOS JUECES

Este capítulo se aborda fundamentalmente a través de la estrategia basada en la lectura y referencia comentada de documentos de juristas, que abordan, desde su visión y experiencia, temas que permiten entender el origen y la naturaleza de las condiciones que afectan a los jueces en el desempeño de su función, se tratará de poner énfasis especialmente en las que a nuestro juicio son las condiciones subjetivas, para posibilitar, por ellas, la aplicación de la independencia jurisdiccional.

1.- CONSIDERACIONES ACERCA DEL JUEZ

Según la Enciclopedia Jurídica Omeba, el vocablo: juez, tiene dos acepciones, la primera que está contenida en el Diccionario de la Academia, que dice: Juez es la persona que tiene la autoridad y potestad para juzgar y sentenciar; y, la segunda que, "...en sentido estrictamente jurídico, juez es el órgano instituido por una comunidad jurídica con potestad para juzgar y sentenciar un litigio, un conflicto de intereses sometido a su decisión"⁸. Según puede observarse, en el mismo texto, se plantean también dos asuntos fundamentales respecto de los jueces; el primero: que si bien el juez es la "persona encargada de juzgar en cualquiera de los distintos grados de la administración de justicia", se suele designar con ese nombre a la persona que ejerce unipersonalmente su jurisdicción, aunque cuando actúa como integrante de un tribunal, siendo juez, se le suele llamar con otras denominaciones; el segundo: que la independencia de la función de los jueces y su ámbito de su jurisdicción, ya sea por razones de territorio o por el fuero que les esté atribuido, son problemas que afectan a todos los jueces.

⁸ Enciclopedia Jurídica Omeba, , tomo XVII., DRISKILL S.A. Buenos Aires, 1990. pág.75

No se puede perder de vista que, para el juez, asumir la responsabilidad de ejercer sus funciones es siempre un acto delicado y de naturaleza compleja. Acerca de la función del Juez, el Dr. Mateo Goldstein dice: “ De nada servirían las leyes más sabias y precisas, inspiradas no en quimeras sino en las realidades de la vida, tanto de los individuos como de las colectividades humanas; ni los principios de la doctrina jurídica más aproximada a las necesidades y anhelos de una comunidad civilizada ni las creaciones de los Códigos y de las legislaciones más perfectas de no existir personas que se hallan investidas por la ley del mandato imperativo de cuidar que las leyes se respeten y se apliquen y sancionar a los remisos y reacios de su cumplimiento. Por eso ha surgido una categoría de funcionarios públicos que en todos los tiempos y en todas las edades, han desempeñado la trascendental función de discriminar y distribuir justicia: la de las leyes y de los Códigos y Constituciones. .A estos funcionarios, conocidos desde las edades más remotas,...se les conoce en la historia del Derecho Positivo de todas las naciones, bajo el nombre de magistrado o Juez ”⁹

Interesa destacar, sin profundizar en la argumentación, lo que la Enciclopedia Omeba plantea como “crítica a la institución”, al oponer juicios de valor dados por juristas como Rodolfo Rivola, Francisco Canale y Tomás Jofré, para poner en evidencia las funciones encomendadas a los jueces, asunto que puede permitir y mantener vigente un debate, a pesar de los posibles cambios que pudieron haber sufrido dichas funciones, en cada una de las realidades de los sistemas jurídicos en nuestros países, respecto de lo que acontecía cuando estos juicios de valor fueron emitidos. Por una parte, Rodolfo Rivola, en una crítica áspera plantea que por observación de la práctica del proceso sumario “... no será posible ninguna duda de que el verdadero peligro para todas las libertades está en la monstruosa tiranía que la ley ha puesto en manos de los funcionarios, a quienes por error ha dado el nombre de jueces de instrucción”¹⁰, éstas y otras aseveraciones se fundamentan en la “...preeminencia, autorizada

⁹ Goldstein, Mateo. Citado por Enciclopedia Jurídica Omeba, tomo XVII,. DRISKILL S.A. Buenos Aires, 1990. pág.76

¹⁰ Enciclopedia Jurídica Omeba, tomo XVII,. DRISKILL S.A. Buenos Aires, 1990. págs.78,79.

por la ley, que caracteriza a este magistrado de la justicia de instrucción”¹¹, de la cual no goza ninguna persona o poder del estado. Lo mismo, Tomás Jofré alude a las excesivas facultades de las cuales está investido el juez de instrucción y de la amplitud de sus deberes, y llega a decir incluso que “... ejerce un poder casi discrecional sobre las personas y las cosas...” Por otra parte, contrariamente, se dice que Francisco Canale era defensor de las amplias facultades dadas a los jueces, “porque de otra manera, la instrucción sería difícil y el esclarecimiento de los hechos delictuosos, por regla general, se haría imposible.”¹², pero advierte que: “ ... al señalar los inconvenientes de un sistema, debemos cuidar de no caer en los extremos a que siempre conducen las fórmulas absolutas: recordando que el problema exige tener dos fuerzas que es necesario ponderar para que recíprocamente se moderen: la autoridad y la libertad, la persecución y la defensa, cuyos excesos pueden ser igualmente injustos. Es necesario evitar que por exceso de autoridad se produzcan errores, como no intencionadas persecuciones, capaces de envolver al inocente; pero también deben evitarse los excesos de protección que hagan posible u obstaculicen la acción represiva en forma de atacar a otros inocentes igualmente dignos de lástima, o sea a las probables víctimas de los delincuentes estimulados por la impunidad”¹³.

La acción jurisdiccional, indefectiblemente, alimentará siempre una constante y continua necesidad de sostener un debate, que permita encontrar los caminos para mantener su independencia, por acción de las condiciones subjetivas de los jueces, más allá de las posibilidades que la ley otorga.

2.-LEGITIMIDAD E INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL A TRAVES DE LOS JUECES

Los jueces integran una parte de la estructura del estado que está contenida en el organismo denominado Poder Judicial. Según el magistrado

¹¹ Idem.

¹² Idem, pág 80

¹³ Canale, Francisco. Citado por Enciclopedia Jurídica Omeba, tomo XVII., DRISKILL S.A. Buenos Aires, 1990. pág.80

José de la Mata Amaya¹⁴, el surgimiento del Poder Judicial se debe a una especie de confluencia de dos hechos que tienen que ver con la política y el Derecho: en primer lugar, la necesidad del estado de crear Derecho, que significa, crear un sistema de normas jurídicas para sustentar el orden social que lo legitima; y, en segundo lugar, la necesidad de instaurar los poderes del estado o la subdivisión de los mismos, mediante la asignación de funciones; por lo tanto, se instaura el Poder Judicial, al que se le asigna exclusivamente la función jurisdiccional. Históricamente, a esta función del estado la ubica como el resultado mismo de la historia del derecho y plantea que: “a la primacía jurídica de la ley precedió invariablemente la primacía jurídica de la jurisprudencia”¹⁵

Perfecto Andrés Ibáñez¹⁶, en sus escritos sobre Independencia y Garantías de la Magistratura, nos recuerda que en tiempos de la Grecia clásica ya se hablaba de la independencia- imparcialidad como un eje en la reflexión política sobre la jurisdicción, asunto que hasta nuestros días tiene vigencia cuando de las obligaciones asumidas por la Función Judicial y la Magistratura se trata. Recuerda también que a Montesquieu debemos la definición de “la función de juzgar como Poder Judicial: el encargado de castigar los crímenes y de decidir las controversias entre particulares” ; dice en sus escritos de Jueces Para la Democracia: “La independencia, primer atributo de la jurisdicción a partir del estado liberal, es también, sin duda, el más invocado y el más transgredido....En el desorden actual es tan difícil la independencia, como la responsabilidad, como la justicia. La independencia porque será extraño que algún juez que mire con ojos críticos los medios con que cuenta y lo que hace pueda dejar de verse con los pies, tan de barro, como para que le parezca un milagro tenerse sobre ellos. La responsabilidad porque en semejante estado de cosas también son más fáciles las coartadas, y porque la disciplina y el control necesitarían cargarse de una razón para la exigencia que ahora les falta. La justicia porque si ni tiene cabida o expresión en los medios, en los

¹⁴ Mata Amaya de la, José. Legitimidad Democrática del Poder Judicial. Texto de estudio para la “Especialización en Derecho Procesal”. UDA. Cuenca.

¹⁵ idem

¹⁶ Ibáñez, Perfecto Andrés. Independencia y Garantías de la Magistratura. Mensaje de Hotmail

antecedentes instrumentales, difícilmente podrá aflorar, tendencialmente en los fines. ”¹⁷

Hasta la actualidad sucede que la Función Judicial se constituye en un organismo amorfo y sin destino propio, que determina su acción en base al cumplimiento de roles nunca decisivos para la vida política de un país, porque según dice el mismo magistrado Mata Amaya, en el texto referido: “Las primeras conceptualizaciones de la teoría de la separación de poderes del Estado,.....partían de una definición restrictiva del Poder Judicial, al que no se atribuía el relieve concedido a los poderes políticos, a saber, el Legislativo y el Ejecutivo. Al contrario, los jueces se concebían como seres inanimados que no podían moderar ni la fuerza ni el rigor de las palabras de la ley. Era un poder que venía a ser invisible, de alguna manera nulo”.

La Función Jurisdiccional, pese a ello, debe convertirse y de hecho tiene esa misión histórica, de ser garante de los derechos fundamentales y las libertades públicas y en su acción debe estar incluida la necesidad de no limitarse únicamente a copiar la ley sino a “transformar lo justo abstracto en conformaciones específicas de la justicia”, según una frase de Gil Hernández, como lo cita Mata Amaya en su texto, con lo cual este poder del estado habrá de adquirir una dimensión política, que frene o controle los abusos de los demás poderes; solamente así cumplirá su misión y logrará ser independiente. Según lo subrayado por Mata Amaya, los jueces al convertirse en garantes de las libertades y los derechos, “...no constituyen únicamente un entramado orgánico con significación y actuación jurisdicente, sino también una institución soberana comprometida en la realización de los valores básicos que conforman el Estado Social y Democrático de Derecho diseñado en la Constitución”.

En nuestro sistema democrático, resulta fácil encontrar símiles con lo que sucede de hecho en otros sistemas o en países de corte democrático, según se entiende de los textos de nuestra referencia; y, se tiene que el Poder Judicial, al igual que los demás poderes, no solamente está fríamente obligado a ejercer libre y responsablemente el manejo de la ley y su aplicación, sino también está conminado, según Mata Amaya, a “construir una sociedad democrática

¹⁷ Ibáñez, Perfecto Andrés.

<http://www.juecesdemocracia.es/congresos/IIICongreso/docu/EnMateriaIndependenciaJudicial>

avanzada, a promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y los grupos en los que se integran serán reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud”¹⁸; desgraciadamente, la Función Judicial es un organismo conminado a marchar conforme lo definan los avatares de los demás poderes del estado y su misión se ve aparentemente socavada, porque, inclusive, no encuentra su legitimación en la elección popular, lo cual, en nuestro sistema legitima el poder político y en cierta medida legitima también los actos para la construcción de la solvencia en la lucha por los derechos y las libertades, aunque en la práctica aquello, para los poderes Ejecutivo y Legislativo, sea solamente un mero discurso. Los errores y falencias del sistema político arrastran a la Función Judicial y la desprestigian, trayendo consigo su deslegitimación y falta de credibilidad.

La legitimación del Poder Judicial y de hecho su independencia, está depositada en otros conceptos, estructuralmente diferentes de los políticos; no se sustentan en la forma de elección, ya sea popular o la designación por vía electoral de la mayoría de la población; está más bien sustentada en la idea de la naturaleza de su acción o de “..la manera en que están llamados a ejercer la propia función” como lo dice Mata Amaya, citando a N. Trocker, o sea la legitimación tiene un origen de “tipo racional o legal”, por el carácter vinculante que tiene la actividad del juez con respecto a la ley, sin ser un frío e “inanimado” aplicador de la misma. En razón de la concepción de este proceso de legitimación del Poder, se estimará su independencia o su libertad de actuar, frente a la aplicación de la ley y el cuidado por garantizar los derechos y las libertades. El Poder Judicial debe inclusive cumplir su cometido racional, “políticamente sustantivo”, “jurídicamente creador”, inclusive en contra de las mayorías políticas o de la opinión general, que no siempre es la opinión verdadera o pertinente.

La legitimación tiene tres causas básicas en el sistema español, que se las puede asumir para el sistema ecuatoriano, en lo pertinente. Según Mata Amaya: la primera a través del proceso, la segunda por efecto de la sumisión del juez a la ley e independencia judicial; y, la tercera por la Constitución. La primera, se refiere a la observancia estricta del régimen de garantías

¹⁸ Mata Amaya de la, José. Legitimidad Democrática del Poder Judicial. Texto de estudio para la “Especialización en Derecho Procesal”. UDA. Cuenca

constitucionalmente previsto y la observancia del debido proceso; así, se tendrá, dice: “...de las observancias de la inmediación, de la efectividad del contradictorio, del respeto al principio de presunción de inocencia....de la autenticidad en la motivación de las resoluciones...”¹⁹ La segunda, se refiere a la idea de que el juez ahora no es solamente un mecánico aplicador de la ley y un técnico que busca, según se expresa: “...el sentido de la norma en su propia dicción, en sus antecedentes históricos o en su emplazamiento sistemático, sino que además tiene que preguntarse sobre su conformidad con los principios constitucionales y su adecuación a la realidad social...” ; es decir, el juez como ejercitador libre y ético del derecho, que busca la verdad procesal para acoplarla a una situación concreta y real que va más allá de la voluntad o interés general. La tercera, porque la propia constitución establece en el artículo 167 el origen democrático de la potestad de administrar justicia a través de los órganos de la Función judicial.

La legitimación del Poder Judicial y por lo tanto de los jueces, no solamente estará determinada por las causas anteriormente descritas, lo cual convertiría al asunto en un hecho puramente formalista, sino también por su aptitud y por las actitudes que ellos adopten en el ejercicio de la función que la ejercerán por las garantías y la legitimidad constitucional que dicho ejercicio implica. Los jueces están sujetos a ejercer sobre la base de una capacitación profesional adecuada y actualizada y están también sujetos a entender, según dice Mata Amaya, que la pérdida de esas condiciones “... en si misma, es tan grave como la pérdida de cualquiera otros presupuestos esenciales para el ejercicio de la función, de modo que, en el terreno de los principios debería conllevar la pérdida de la condición de juez...”²⁰; además, existen otras exigencias que garantizarán la labor del juez y con ello la legitimidad democrática de sus actos, para la tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos, según se expresa Mata Amaya, lo cual se transcribe por la forma transparente en que lo hace: “ Y en una sociedad pluralista y conflictual, el desarrollo de esta función de garantía y tutela exige la concurrencia de unos presupuestos institucionales externos que convalidan la legitimación judicial: independencia absoluta

¹⁹ idem

²⁰ idem

respecto de los otros poderes, aún cuando sean democráticos, en cuanto el juez tutela a los ciudadanos sus derechos frente al poder y los intereses de la mayoría, lo que exige que el ciudadano tenga absoluta confianza en el juez, quien debe poder desarrollar para ello sus funciones en condiciones ciertas de libertad, y responsabilidad del juez ante la propia sociedad por las actuaciones realizadas en el ejercicio de su función. No hace falta decir que ambos presupuestos, independencia y responsabilidad no sólo no aparecen como ideas contrapuestas, sino que son complementarias y se encuentran estrechamente interimplicadas...”²¹

3.-ÉTICA DE LOS JUECES

Consecuentemente con lo dicho en los párrafos que anteceden, los jueces son personas que integran el Poder Judicial o Judicatura y dan forma al trabajo o misión del “tercer poder”, garante de los derechos y libertades de los individuos e instituciones que conforman la sociedad; son aquellos individuos “inanimados” que están obligados a cumplir un trabajo difícil, en condiciones de independencia que ya lo determinaba Montesquieu, según el documento citado anteriormente, de Andrés Ibáñez: “no hay libertad si el poder judicial no está separado del legislativo ni del ejecutivo”; entonces, el autor considera, como no puede ser de otra manera, que la independencia judicial que permite la imparcialidad de los actos, “...se consolida como valor y como principio en la teoría política y en el constitucionalismo liberal”

En una suerte de resultado sobre los elementos que legitiman el Poder Judicial, Ibáñez determina que la legitimación de la acción del juez y por cierto, la de la jurisdicción, se sustenta no solamente en la oportunidad de las decisiones que se adopten, sino por la “...verdad de las premisas de la decisión en materia de hechos y por la vinculación a la ley en la cuestión de derecho”

²¹ idem

Pero, de los mismos textos se colige que, tanto la legitimación de la actuación de los jueces, como el resultado de sus actos, no solamente dependen de hechos circunstanciales que motivan las decisiones, sino más bien, de forma más contundente, por hechos de coyuntura que se enmarcan en factores que dependen de tres componentes: la selección de los magistrados; la organización institucional; y, la cultura.

En el primer componente, respecto de la elección de los jueces, se hace notar un hecho que casi irremediamente se reproduce en nuestras sociedades, como lo dice textualmente Ibañez: “ en el momento de la selección concurren una serie de filtros. El primero suele ser de orden socio-económico, y está presente en todos los casos: la extracción social de los jueces es en general medio-alta. Y la tendencia a la autorreproducción de los cuerpos burocráticos garantiza cierta inercia endogámica...”²². Otros “filtros”, luego de esta “selección natural”, usando los mismos términos del autor, se presentan por las siguientes razones: en primer lugar, de orden técnico, motivando que los mejores operadores del derecho positivo, a veces casi rayando en el dogma sean seleccionados, aunque por experiencias en nuestro país, no siempre suele ser así en vista de muchos procesos de selección han estado manchados por la irregularidad; y, en segundo lugar, se suele presentar un factor que es el más común, por lo menos para las más altas magistraturas y es de carácter político o la selección por parte de representantes o ejecutores de ideas de tipo político, llegando inclusive esta situación a rayar en los extremos, cuando las apetencias político-partidistas no solamente que moderan la selección, sino que la determinan, como ha sucedido en nuestro país, en medio de la vergüenza ciudadana y la desvergüenza institucional por el escarnio. En este caso, es más importante entender que es tiempo de tomar conciencia sobre la necesidad de la independencia y la imparcialidad, porque se debe entender que la jurisdicción debe operar como garante de la sumisión del ámbito político a la Constitución y a las leyes; y, “...el juez debe gozar de un estatuto de independencia que le sitúe fuera del alcance de los intereses coyunturales de la política...”²³ Por lo tanto, la independencia debe ser un “valor instrumental”

²² Ibañez, Perfecto Andrés. Independencia y Garantías de la Magistratura. Mensaje de Hotmail

²³ idem

y no una misión o un fin. Es de destacar la importancia que tiene la nominación, prescindiendo de los sistemas electivos, porque ello conlleva a relaciones de dependencia con las mayorías, porque habrá de tenerse cuidado de creer que el juez es un ente político, cuando realmente es garante de los derechos fundamentales.

En el segundo componente, que se refiere a la organización institucional, lo más importante del texto de Ibáñez, utilizado para nuestras referencias, radica en la idea clara de que, por lo menos hasta antes de la nueva constitución vigente, el sistema tenía una estructura de pirámide, que organizaba a los jueces en grados y los organizaba como superiores e inferiores, cuando realmente todos no son más que jueces, que conocen causas y deben resolver sobre ellas en instancias diferentes, además de que, citamos: “En la actividad jurisdiccional rigurosamente entendida como función consistente en fijar imparcialmente los hechos y decir el derecho en situaciones de conflicto, no hay nada que gobernar, en sentido político, y ningún espacio para jerarquías en sentido administrativo....En definitiva, no hay ninguna razón...para que existan jueces superiores e inferiores”.²⁴ Es preciso reiterar que para los jueces se reclama siempre dos tipos de independencia : externa en términos de la organización judicial e interna en términos de la actividad del juez dentro de la organización; en el un caso, la idea radica en mantener una ética institucional ligada con el bien de la mayoría por el mantenimiento, seguridad e inviolabilidad de los derechos, una moral individual, la del juez, que esté perfectamente configurada por la necesidad de cumplir el trabajo con responsabilidad; sobre esto Ibáñez dice: “Acostumbrados a rechazar la responsabilidad política como instrumento de control ideológico, hemos descuidado la reflexión sobre la exigencia de responsabilidad jurídica por el ejercicio indebido de la función”²⁵.

En el tercer componente, el de la cultura, que actúa, según las palabras de Ibáñez, como cemento entre las dos anteriores, se presenta según el autor, como influyente en tres planos, interesantemente descritos de la siguiente

²⁴ idem

²⁵ idem

manera: el de la cultura política, el de la cultura jurídico-general; y, el de la actitud frente al proceso. En el primer plano, lo más destacable radica en el hecho de que existe una falsa idea de la independencia, basada en el discurso del despojo de la visión política natural de cada individuo, disfrazada como apoliticismo, lo cual hace presas fáciles de la sumisión a cambio de impunidad y privilegios corporativos. En el segundo plano, se supone que es necesario dotar a los jueces de un alto sentido profesional a través de una formación académica seria y sólida, que le permita ser consecuente con los rasgos que le impone el sistema jurídico vigente y la relevancia de la función, en este caso, el juez deberá entender que no existe la infalibilidad en vista de que la ley tiene elementos de contradicción causados por la realidad imperante y por el cuerpo normativo, lo cual le obliga a ser prudente y a manejar los asuntos despojados de las certezas. En el tercer plano, se entiende al juez ajustado a las garantías procesales, "...que guardan una estrecha relación con las garantías orgánicas u organizativas... Pues, lo cierto es que las garantías orgánicas quedarían vacías de contenido y de sentido si en el tratamiento del caso concreto el juez no actuase con exquisito respeto de las garantías de los justiciables"²⁶; se refiere entonces a la idea de que el juez debe desenvolverse de tal manera que garantice la efectividad del principio de contradicción para lograr su efectividad y evitar extralimitaciones de los que intervienen en los procesos.

Daniel Herrendorf boceta un perfil importante de los jueces, que en justa coincidencia con los planos a los cuales hace mención Ibáñez, está mostrado con claridad en su libro: *El Poder de los Jueces* y concretamente en el capítulo: *Cómo Piensan los Jueces que Piensan*²⁷. El estudio identifica con claridad los elementos de orden cultural referidos por Ibáñez, en una versión analítica de las actitudes adoptadas por los jueces, en tanto individuos que deben cumplir una misión constitucional que atañe a toda la sociedad. Entre otras cuestiones

²⁶ idem

²⁷ Herrendorf, Daniel E. *El Poder de los Jueces*. Texto de estudio para la "Especialización en Derecho Procesal". UDA. Cuenca.

importantes, como premisa para identificar elementos que caracterizan a los jueces, dice: "...Los jueces están atosigados de causas..." y unido a ello, "...la justicia, al parecer es lenta, fue lenta y nada indica que dejará de serlo" a lo cual, refiere, ha contribuido también la lentitud que ocasionalmente provoca la burocracia judicial ad hoc; como si fuera poco lo mencionado, existen según él, una serie de elementos adicionales que abonan a este enorme perjuicio de la lentitud, y, es que también existe innumerable cantidad de recursos que el derecho procesal pone a disposición de los abogados inescrupulosos, consiguiendo el retardo de los procesos y con ello la presencia de una aparente injusticia cometida contra la sociedad.

El derecho a una decisión judicial rápida y eficaz está consagrado en la Constitución e instrumentos internacionales. Atentar contra los plazos es atentar, dice Herrendorf, contra la libertad de las personas. Entre los casos más complicados se puede señalar el de aquellos en los cuales está involucrada la libertad de las personas, las que habiendo sido detenidas deben ser llevadas *sin demora* ante el juez, con el derecho a ser *juzgadas dentro de un plazo razonable* y el tribunal al que fuere llevado debe decidir *sin demora* y a la brevedad posible sobre el caso en el cual ese individuo se encuentra involucrado, con presumible inocencia.

Herrendorf dice, concretamente: "La crisis del sistema penal latinoamericano y la ausencia de controles eficaces, han hecho que las demoras judiciales, tan tradicionales, se hayan convertido en una verdadera injusticia en marcha"; y sobre los jueces se pronuncia así, en torno a este asunto: "Un juez que ha perdido capacidad para juzgar, también ha perdido su condición de juez. Si la justicia es la que pierde capacidad para ofrecer rápidas y eficaces soluciones, es porque ha dejado de ser la justicia. La crisis es ontológica: sus polos son ser o no ser"

Determina varios perfiles del juez actuante; el del juez del retardo; el del juez que piensa y razona metódicamente; y, el del juez aplicador de normas, explicándose como sigue:

En torno a la necesidad de cumplir los plazos y los tiempos razonables, por parte del juez, para no causar demoras, y dice: "Ahora bien, ante el enjambre de cuestiones que el juez tiene por delante, una función le resulta

ineludible: pensar adecuadamente cada uno de sus pasos, interpretando las conductas que el expediente describe, valorándolas correctamente, eligiendo con precisión las normas que conceptualicen esas conductas, y, en fin, pensando con su cabeza de juez con vocación por la justicia cual es, de todas, la mejor solución. Pues la justicia no es más que la mejor posibilidad coexistencial ante una situación determinada”

Frente a esta situación, como si él mismo hubiera conocido de las circunstancias de los jueces atosigados, que cumplen el trabajo como simple obligación burocrática, fuera de la mística natural que la investidura debe dotar, perfila la realidad pronunciándose de la siguiente manera: “ El cargo de juez tiene todavía algún prestigio, pero la sociedad política está encargándose de liquidarlo. El cargo se otorga con ciertos criterios políticos y los jueces no tienen ninguna dificultad en ejercer ese cargo porque toda la administración de justicia, cuyos criterios no son complejos, se mueve sola. El juez no parece ser ya un magistrado dispuesto a resolver los entuertos que la sociedad lleva a sus estrados. Es más bien un funcionario burocrático, triturado por expedientes, mal pagado, con más ganas de sacarse de encima las causas pendientes que revolucionar la jurisprudencia con sentencias históricas”

Por otra parte, siendo como es el derecho un objeto cultural, el autor hace mención a la necesidad de entenderlo científica y metódicamente, para lo cual, los jueces habrán de tener, dice: “...una capacidad peculiar, muy propia de los científicos de las ciencias humanas: intuición intelectual y capacidad de comprensión...” de los fenómenos que dan sentido cultural a los actos de los individuos. El juez debe ver el valor de una conducta y otorgarle dicho valor, en relación a la fenomenología cultural que actúa como campo; por lo tanto, debe ir más allá de lo que él llama el sustrato e ir a la esencia del acto que es el sentido del sustrato.

Y por último, en base a la necesidad imperante del cumplimiento doctrinario, los jueces se convierten en aplicadores mecánicos de la norma escrita y dice: “La doctrina sostiene todo un andamiaje formalista que, si bien por un lado es un gran sustento para la preservación de la legalidad y el funcionamiento de todo orden jurídico, también puede convertirse en una verdadera camisa de fuerza para sujetar al derecho judicial.” En este caso, el

derecho positivo actúa como maniatador de los jueces, a los que no les deja ver con racionalidad el contexto, la fenomenología cultural y el sentido de los actos a los que nos referimos anteriormente y según lo expresa con dureza: “ El juez se ha convertido en un funcionario dócil, domesticado por el sistema de gobierno. El poder descubrió que podía ejercer su grave dominio sobre las agencias judiciales que han sido enseñadas a no salirse de ciertos cánones estrechos fijados por la ley”. La correcta aplicación del sistema normativo, por parte del juez, se dará en la medida en que él pueda dar existencia formal a dichas normas, mediante su uso y será como dice el texto que nos ocupa: “ Cuando los jueces inquietan, escrutan, movilizan al sistema normativo para sentenciar, en realidad están haciendo correr la sangre por ese cuerpo estático, están haciendo funcionar a un organismo inmóvil, que de otro modo no tendría vigencia”

Se ha calificado al juez como “aplicador automático de normas escritas” o como simple intérprete de la normativa vigente, jamás como un buscador intencionado de nuevas opciones por propia visión doctrinaria, que haga justa o razonable su decisión, salvando la camisa de fuerza que implica el andamiaje legal contenido en la forma.

Se dice que el juez es un actor dócil y domesticado de todo aparato cerrado por el poder sustentado por el sistema de gobierno, por lo tanto, carece de capacidad creativa mediante la cual se pueda revelar contra los sistemas escritos rígidos del derecho; en esta perspectiva, el trabajo del juez se ha anquilosado y el estereotipo es la expresión más clara de su acción.

Es importante determinar como necesaria la idea de que el juez como intérprete de la cultura contenida en los actos de los hombres, descubra, creativamente, dentro de lo razonable, nuevas soluciones, más allá de lo que imponen las normas, nuevas formas que “descompriman una ciencia bastante agobiada por sí misma”, según dice Herrendorf.

Esta forma de ver las cosas y las acciones de los jueces, permite comparar diferentes formas de aplicación de la ley y diferentes versiones sobre las

sentencias; así, para ciertas legislaturas, el Derecho radica en la aplicación de los derechos inmemoriales de los hombres, el derecho es preexistente a la sentencia, y el juez cuando la dicta, sólo se limita a descubrir y declarar un derecho que radica en la costumbre; así lo ve desde hace mil años la Common Law, a diferencia de quienes aplican el derecho Romano, que miran al juez como un administrador de normas pasivas y la sentencia se convierte solamente en un acto más. Existe, entonces, ante esta comparación, una enorme disyuntiva: hacer de autómatas o hacer de creativos que rompan con el sistema y apliquen los principios de la racionalidad de quien mira un acto de cultura, lo cual presupone una nueva forma de enfrentar la vida en colectividad. A nuestro entender, no es fácil esto último, dado que ello implica un camino demasiado largo en la estructura social y sus saberes.

Como quiera que se entienda la relación entre juez y sentencia, se debe encontrar que el juez, cada vez que sentencia, hace un aporte porque debe adecuar las normas a las conductas que juzga, él es quien debe ser protagonista, según dice Herrendorf, de las "...vivencias de justicia, orden, solidaridad, paz, y cualquier otro valor jurídico..." según él, el juez está más allá de las actitudes de los juristas, los legisladores y el hombre común, "...pues, tiene una vivencia peculiar del derecho, que es la vivencia que integra la experiencia jurídica con la justicia, es decir, el sustrato de las conductas con el valor de esas conductas"

Tipologías Éticas Aplicables a los Jueces

La aplicación de la ley y el cumplimiento de normas, hoy más que nunca, deben tener una justificación que parta de la naturaleza individual de los actores de la sociedad y su sistema de valores o de la visión que cada individuo tiene de su rol en la comunidad o de su misión como gestor de cambio para el mejoramiento de las condiciones generales de vida. Desgraciadamente, frente a ejemplos siempre posibles de actuaciones dignas, humanas y humanistas, existen visiones y misiones, roles y papeles que nadie entiende y que compiten en una desleal carrera por hacer de la vida en

comunidad un trabajo confuso y libre de toda medida moral. Por ello, vale la pena tratar de entender las posibles visiones y vidas que los abogados tienen y tenemos, frente al ejercicio de la profesión, que siempre, por reiterativa y necesaria se convierte en el ejercicio de vivir. A sabiendas de que el rol que tienen que cumplir los jueces, siendo abogados, es delicado y complejo, como ya se ha dicho, las visiones y vidas a las que nos referiremos afectan, de una u otra manera al cumplimiento de su trabajo y por cierto determinarán también el nivel de afectación que tienen para lograr la aplicación de la independencia jurisdiccional.

Rodolfo Luis Vigo, en su obra *Ética del Abogado*²⁸, hace un estudio muy interesante sobre las “vidas” teóricamente posibles que “puede vivir” un abogado, estando éste en el ejercicio de la profesión o en el ejercicio de la magistratura. Es pertinente, necesario e importante, a partir de su lectura y análisis, realizar un resumen-comentario.

Sostiene sus puntos de vista desde la óptica de la concepción clásica de la naturaleza del hombre y establece, según dice, como lo hizo Aristóteles, que el hombre es un ser dotado de “logos” y que por ello, sus acciones o actos no son más que actitudes vitales y por lo tanto se entiende que la definición del término griego *bíos* es la unidad de la actividad vital y la energía humanas.

En cuanto el hombre es un ser racional, es diferente de los demás seres que habitan el mundo, porque actúan movidos por impulsos que no están exclusivamente determinados por su condición ontológica, sino también por la condición circunstancial aprehendida a través de la percepción sensorial o intelectual. Estas percepciones le permiten construir una realidad subjetiva, ante la cual le es necesario actuar, de una u otra manera, mediante un proceso selectivo de decisiones.

²⁸ VIGO, Rodolfo. *Ética del Abogado*. Texto de estudio para la Especialización en Derecho Procesal. UDA. Cuenca.

Toda vida, dice Vigo, "...se encuentra animada, respaldada, orientada por un criterio o principio que determina el valor de las cosas y las conductas, que da sentido a la vida..."²⁹ que permite tener una actitud o ethos y según sean esas actitudes tendremos vidas diversas o tendremos el bioi de los griegos.

Siendo el hombre inteligente y libre, no escapará a su condición, el ser moral; por lo tanto, si se piensa que el hombre está sujeto al cumplimiento de leyes, preceptos y normas, como la de la Ley Natural, como creían y creen los cristianos, que pregonan que el bien debe hacerse y el mal debe evitarse, los actos de los hombres están sujetos a la percepción que él tenga de lo bueno y de lo malo, de lo justo y lo injusto y tendrá una "forma de vida" en relación con los demás individuos y en relación con la sociedad.

El conjunto de experiencias, conocimientos y saberes a los cuales el hombre ha llegado a través de los procesos histórico-sociales y los avances tecnológicos, que han hecho posible la cultura y la civilización, nos permitirán entender las actitudes o ethos del hombre con un sentido estricto de pureza; más bien convivirán, probablemente, en el mismo hombre varias maneras circunstanciales de actuar, por tanto, dice Vigo, las vidas o bioi de los hombres abogados pueden presentarse "confusas y mezcladas", con ciertos indicios o matices de predominio de una de ellas sobre las demás; no puede ser de otra manera, en primer lugar, porque la constante y continua relación profesional y laboral de los individuos, con otros individuos, les obliga a una necesaria definición de una opción ética y una opción moral que configura su formación integral; y, en segundo lugar, porque "...el hombre en su quehacer nunca parte de cero, ...siempre va haciendo su vida desde una concreta y arraigada situación, que condiciona su libertad...."

Según Rodolfo Vigo, el bioi está conformado por cuatro bíos básicos, los cuales, se entenderán de la siguiente manera:

²⁹ Idem.

Bíos Jurista.

O Bíos Justo, que es "... el ansiado camino de la perfección o el medio idóneo para alcanzar la felicidad"³⁰ Parte de la idea socrática del bien vivir que no es otra cosa que vivir con probidad y con justicia; que, comparativamente, frente a las riquezas materiales, a los beneficios de la salud corporal, más bella es la justicia y además más útil y más placentera; por ello, el hombre debe por necesidad sujetar su conducta a la justicia porque debe tomar conciencia de que si es injusto, pesa sobre él la peor de las infelicidades.

Vigo hace referencia a que Sócrates fue filosóficamente un mártir de la justicia, porque él mismo tuvo que sufrir un juicio y la condena a la pena de muerte. Con Platón se puede leer que: cuando Critón le ofrece a Sócrates fugarse de la cárcel, éste considera las posibilidades para encontrar justicia o injusticia en el acto de la fuga a pesar de su inocencia o en el acto de soborno posible para que lo dejaran salir; así mismo, hace otras consideraciones sobre la justicia o injusticia que encierra la duda de los atenienses sobre el conocimiento que tienen de los actos por él cometidos y que le han valido su encarcelamiento; así mismo, acusa a Meleto, su detractor, de faltar a la justicia cuando éste dice que "Sócrates es culpable de corromper a los jóvenes, de no creer en los dioses en los que la ciudad cree sino en otras cosas demoníacas"³¹

En el ejercicio profesional del derecho, se podrían establecer dos conductas que permitirían identificar este tipo de vida, para el abogado: la primera correspondería al abogado que ejerce el derecho y que debería recurrir ante el magistrado para reclamar para cada quien lo que le corresponda, porque si de él se obtiene absolución para aquel que merecía ser condenado y que merecía un castigo, en lugar de hacerle un bien, se le haría un mal por evitar la sanción ejemplificadora y "lo que es peor, se está cometiendo el daño a si mismo el defensor, dado que actúa como causa eficiente de la injusticia y por ese camino se aparta de la perfección y consecuentemente de la

³⁰ Idem.

³¹ PLATÓN. Apología de Sócrates. Gradifco SRL, buenos Aires, Argentina, pág.24.

felicidad”³² ; la segunda la del magistrado que por sobre todas las consideraciones que deban o puedan hacerse en defensa de aquel que delinquirió, por sobre las argumentaciones de cualquier naturaleza que se interpongan a favor del acusado y las atenuantes que se establezcan, debe dar lo suyo al acusado y hacer lo justo, lo que le corresponde para que pague por sus actos; así, defensor y magistrado, una vez determinada la acción justa que obliga al castigo de los culpables, serán los que exigiendo y sentenciando ejerzan la justicia como instrumento de la felicidad y perfeccionamiento de los individuos y de la sociedad. “Exigir justicia es reclamar *lo debido* sea sanción o ventaja y nunca pretender algo que no corresponde o argumentar confundiendo lo suyo de cada uno”.³³

Vigo destaca la existencia de escuelas que en el campo de las doctrinas jurídicas, se preocuparon especialmente de estudiar la justicia y en base de ello plantear sus programas; entre ellas cita la del llamado movimiento del *derecho libre* cuyo máximo representante, Kantorowicz tiende hacia una meta con todos los fines mencionados en este tipo de vida, determinando que a los jueces se les debe conceder las más altas atribuciones para que sus fallos, antes que ser legales, sean justos y funden sus sentencias en razones que estén apegadas a la justicia y no a las normas o leyes escritas aplicables al caso.

Tres elementos fundamentales e idealistas se destacan en este tipo de vida: el desprecio por la seguridad jurídica que deriva solamente de la aplicación de la norma general existente; la pretensión racionalista de la existencia de hombres del derecho perfectos; y, la gran altura ética de este modelo de bios, que se constituye en un norte.

³² VIGO, Rodolfo. *Ética del Abogado*. Texto de estudio para la Especialización en Derecho Procesal. UDA. Cuenca.

³³ *Idem*.

Bíos Utilitario.

De acuerdo a la cita que consta en el texto de Vigo, la expresión de Trasímaco de Calcedonia, se puede decir que define este tipo de vida: “ lo justo no es más que aquello útil al más fuerte”.

En este bíos, la justicia y el derecho son válidos en cuanto sirvan al propio interés del abogado defensor y del defendido, y valen en cuanto sean útiles medios para un fin y se conviertan en instrumentos técnicos para apreciar la ética, cuyos elementos se destinan a la consecución del beneficio personal, el poder, el prestigio y la riqueza, constituyéndose, por lo mismo, en una actitud de extremo egoísmo o individualismo. Cualquier causa es digna de la mejor defensa y no importa en ello considerar los efectos éticos que puedan producirse, porque lo importante es convencer y no otra cosa.

Vigo se apoya otra vez en el pensamiento helenístico y mira en esta actitud de vida una ética ligada al pensamiento de los sofistas “que rechazaban las exigencias de la moral socrática: racional, objetiva, virtuosa, transmisible y rígida, y planteaban los temas relativizándolos, sometiéndolos a la opinión de cada uno, tratando de ganar la discusión por el éxito mismo.”³⁴ y expresa que, como decía Protágoras: *el hombre es la medida de todas las cosas*.

La aplicabilidad que hace Vigo de este bíos a la práctica profesional da cuenta de una verdad y un lugar comunes en la cotidianeidad de la actividad profesional, cuando el abogado centra su acción en la simple necesidad de conseguir réditos económicos y prestigio, por la sola posibilidad de ganar juicios, sin que en esa intención medie la necesidad de encontrar lo que es justo. El abogado, en este caso, se caracteriza por mostrar una doble moral, la moral profesional y la moral general, “sin puntos de contacto”, como dice el autor que estudiamos, el que ahonda en la idea cuando compara a la actividad de este tipo, con el *facere latino*, “ o sea una actividad que se mide por su rendimiento material, consistente en un arte que se ejerce sobre algo

³⁴ Idem.

perteneciente al mundo exterior, como pintar, bordar, etc, de manera que nada tiene que ver con el perfeccionamiento propio y social, con el resultado moral del acto profesional”³⁵

En esta descripción del Bíos Utilitario encaja el llamado pragmatismo o mal llamado realismo jurídico norteamericano; cita por ejemplo, una frase que más parece una cínica declaración de moral proferida por un representante de este movimiento: Colmes, que dice: “Las profecías de lo que los tribunales harán...es lo que entiendo como Derecho”.Este movimiento, basado en la idea de que los fallos de los jueces se debían a su personalidad, ofrecían un método científico para obtener fallos favorables, lo cual para estos tiempos se podría traducir en la práctica inmoral, que pretende conseguir fallos favorables con métodos tan descalificados que llegan inclusive a la corrupción, por la oferta de coimas y favores hasta de tipo político; en este caso, para los jueces este Bíos podría ser manifiesto, cuando su trabajo está determinado por la necesidad de encontrar eco en su personalidad necesitada de poder y prestigio, como queriendo manifestar su afán de encontrar cabida en el sistema social y muchas veces, que son las más comunes, por la “utilidad” material que entraña la coima y la utilidad de la inserción, aunque sea fraudulenta, en los círculos que se forman en torno a los abogados cuyo prestigio y poder político es su carta de presentación.

Bíos Científico o Positivo.

Llamado también Bíos Legista, es la actitud de idolatrar el derecho positivo o el derecho legal y según Vigo, se impone con la escuela exegética francesa, que sobre la base filosófica del racionalismo se inaugura en 1804 con el Código Civil Napoleónico. Este sistema, que desde esa época pretende imponer el poder de la norma legal sobre toda otra norma, incluyendo la de la monarquía de esa época, nació como una necesidad de levantar, sobre la ruina del absolutismo, el dominio absoluto de la ley.

³⁵ Idem.

Es importante este tipo, en cuanto tiende a garantizar la seguridad jurídica, que es un valor y un derecho alcanzado por la sociedad, desde que la norma jurídica dada a conocer antes de que los actos se sucedan, permitió el juzgamiento de la conducta jurídica.

Estamos frente a una negación de la importancia de la justicia y la utilidad depositada respectivamente en el contenido de la ley y en su autor y estamos también ante una subordinación a la letra que vale, se invoca, se interpreta y se aplica, conforme lo quiso el legislador. Conviene interpretar al Bío Positivo al igual que lo hace Vigo, así: “ Siendo el derecho el único medio para establecer en la sociedad el orden que posibilite la libertad, la igualdad y la fraternidad entre sus miembros, conviene que el abogado asuma responsablemente y conciente de su trascendente función, una actitud de fiel acatamiento a la ley, evitando falsas o interesadas interpretaciones, para de esa forma contribuir al logro de nuestra felicidad, de lo contrario se caerá en el error y en la inseguridad jurídica, que es la madre de todas las infelicidades.”³⁶

La actitud del Bíos Legista está caracterizada por una forma innegable de dogmatismo que puede rayar en símiles con los fundamentalismos de tipo político y religioso, distanciado de ellos, claro, por no producir los niveles de deterioro social a los que ellos pueden llegar, pero muy cercano a la idea de que más allá de lo escrito no existe nada, que pueda garantizar una vida feliz, por la seguridad jurídica y la observancia ciega del sistema normativo, por la permisibilidad prevista para ciertos actos y la proscripción de otros de cuyo cometimiento se derivará un seguro castigo.

Bíos Prudente.

Será este bíos una respuesta moral apropiada que puede asumir el abogado, basado en su innegable capacidad ética, que es inmanente a todo hombre, para conseguir la necesaria seguridad jurídica que requiere una sociedad, y para hacer cumplir el derecho de todos los individuos a tener lo suyo o a ser tratados con justicia, equidad y probidad.

³⁶ Idem.

El Bíos Prudente es una opción o alternativa diferente que debe tener un abogado, para actuar conforme un equilibrio y jerarquización de todos los aspectos positivos que tienen los demás Bíos, que en forma pura o ideal han sido esbozados con anterioridad. Se entiende entonces que es necesario, para esta vida, otorgar a cada uno de los ethos descritos, el lugar que moralmente les corresponde, para conformar uno nuevo, que permita tener buen juicio, discernimiento, templanza, por lo tanto, prudencia.

Este bíos compagina las exigencias de siempre con las de ahora, trasladando el problema ético-jurídico del hombre intemporal al hombre de ahora; es decir, transfigura los ideales permanentes del hombre de todos los tiempos, al hombre real que vive y trabaja aquí y ahora y que siendo humano, está en capacidad de optar por una actitud moral correcta y consecuente.

Del Bíos Utilitario, del que más resistencias éticas se han formulado, se requiere eliminar el ethos egoísta y excesivamente materialista y vanal, para optar por la posibilidad de rescatar algunos elementos positivos que inclusive el juez, dada su condición debería tener en cuenta, como los siguientes: en primer lugar, el ejercicio de la abogacía constituye un medio de vida y su retribución debe tener una medida equitativa en atención al caso y mandante en cuestión; en segundo lugar, es válido que el abogado cumpla con lealtad y responsabilidad el mandato previsto, a fin de que el interés jurídicamente protegido sea satisfecho, porque ganar el juicio es importante y debe hacerlo con habilidad y eficacia; en tercer lugar, porque no se puede negar la defensa legítima a una persona que haya cometido un delito, a pesar de que el Bíos Justo diga que no es posible evitar el castigo porque el daño sería mayor que la sanción, que el Bíos Legista diga que la solución se remite a la voluntad del legislador y que si la ley lo permite, la moral también, y a pesar de que el Bíos Utilitario piense que el asunto puede dar provechos personales; es que, en este caso, se encuentra que el hombre es susceptible de caer en errores por causa directa o indirecta que pueda explicar los motivos del cometimiento del error, atenuándolo o eximiéndolo de responsabilidades y en razón de que nadie es malo por naturaleza, puede suceder la conversión hasta el acto definitivo de la

muerte; y, por el amor al prójimo, sentimiento al que se apela en todo tiempo y circunstancia de la ética, la religión y la filosofía, se debe ayudar a cualquier hombre, en cualquier momento, en razón de la solidaridad ético-social.

Para un juez, es importante entender que esta tipología de vida, la del Bíos Prudente, puede también estar amparada por el beneficio de la duda, lo cual le habrá de permitir actuar con prudencia, porque, repitiendo con Vigo la cita que hace del Doctor Angélico, se ha de tener que: “donde no aparecen manifiestos indicios de la malicia de alguno, debemos tenerle por bueno, interpretando en el mejor sentido lo que es dudoso”, lo cual inclusive ha permitido usar aquello de la presunción de inocencia mientras no haya prueba condenatoria.

Del Bíos prudente se habrá de aprender que la seguridad depende del conocimiento anticipado que se tenga de los derechos y obligaciones que los hombres tienen y que han contraído por efecto de la ley prevista en el derecho positivo. La seguridad hace posible la justicia, porque no se puede pretender dar a cada quien lo suyo si no se conocen los derechos y obligaciones.

El Bíos Legista aporta con la oportunidad innegable que tiene el abogado para capacitarse técnica, científica y profesionalmente, sin que ello implique, por cierto, que en este tipo de formación subyace indefectiblemente la formación y el perfeccionamiento humanos. El abogado, a sabiendas de que la técnica y los recursos pueden ser usados para el bien o para el mal, debe entender que la capacitación eficiente y de calidad le hará deliberante y responsable, ético y moral.

Para el Bíos Prudente se entenderá que el principal error del Bíos Justo es haber olvidado la seguridad jurídica y haber confiado demasiado en la naturaleza bondadosa del hombre y su capacidad para juzgar y discriminar, pero se rescatará la “...profunda y ontológica necesidad de que todo derecho sea justo.....”³⁷

³⁷ Idem.

Muchos filósofos y teólogos han hablado sobre la prudencia y le han dado el valor innegable que tiene, en tanto virtud de los hombres, seres dotados de racionalidad e inteligencia, llegando inclusive a definirla como la más noble de las virtudes morales. Vigo cita a Bernardino Montejano, en su obra Derecho y Prudencia y dice: "...La prudencia es jurídica en la medida que orienta al establecimiento de una ordenación de conductas sociales en términos de justicia. La prudencia exige que ese obrar voluntario que elabora el derecho se arraigue en la realidad a la cual se dirige en su pasado y en su presente, y oriente en términos de justicia su desarrollo".

Si una de las razones por las cuales la profesión de la abogacía ha caído en un avanzado desprestigio, llegando incluso a que a los abogados se les llame de un sinnúmero de formas, cada cual más despectiva que otra, es la pérdida, por parte de algunos abogados, de todo sentido ético en el ejercicio profesional, dejándose llevar preferentemente por el ethos que constituye el bíos utilitario; por ello, han transformado, según Vigo, en una verdadera selva al campo profesional; ante esto, es conveniente adoptar la eticidad como una forma de vida por adopción del bíos prudente, porque antes que profesionales, somos personas y necesitamos formarnos y vivir como personas. Esta importante reflexión generalizada para los abogados, será mucho más contundente si su aplicación estaría dirigida específicamente a los jueces, en vista de la importancia y el grado de afectación que tiene su accionar en la sociedad, si consideramos que ellos, como reiterativamente se ha expresado, son los garantes de los derechos de los individuos y de la sociedad y especialmente si en su actuación existen factores institucionales y personales que se constituyen, a no dudarlo, en condiciones subjetivas que pueden posibilitar o negar la independencia jurisdiccional.

CAPITULO 3

1.- **NORMATIVIDAD INTERNACIONAL SOBRE LA INDEPENDENCIA DE LA FUNCIÓN JUDICIAL.**

2.- **INDEPENDENCIA JURISDICCIONAL EN LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA.**

NORMATIVIDAD INTERNACIONAL SOBRE LA INDEPENDENCIA DE LA FUNCIÓN JUDICIAL.

Varios son los tratados, pactos y declaraciones que a nivel internacional han abordado el tema de la independencia de la judicatura, todo ello dentro de un marco jurídico cuya pretensión final es el respeto a los derechos humanos. Como base de esta normatividad internacional encontramos a la " Declaración Universal de Derechos Humanos " (10-12-1948) entre cuyas consideraciones para el respeto a los derechos humanos está la necesidad de que, los mismos estén protegidos por un régimen de derecho, evitando así que, el hombre recurra a la rebelión en contra de la tiranía y la opresión.

Sabemos pues que, los grandes movimientos y conquistas internacionales que en el campo jurídico se dieron y marcaron el inicio de la Edad Contemporánea, fuertemente influenciada por la ideología de los enciclopedistas, planteo ya esta necesidad en pro del respeto a derechos básicos de los ciudadanos, tales como: La vida, la libertad, la igualdad en dignidad y derechos, la seguridad. la Declaración Universal de Derechos Humanos fue proclamada como un ideal común de pueblos y naciones para promover el respeto a dichos pueblos y libertades y asegurar a través de medidas progresivas de carácter nacional e internacional su reconocimiento y aplicación universal y efectiva, conforme lo expresa en sus treinta artículos. Cabe señalar que, pese a que han transcurrido más de cincuenta años desde su proclamación, sus normas mantienen vigencia práctica en la actualidad y han sido acogidas y desarrolladas por la mayoría de constituciones de los países, debiendo destacar que se establecen por ejemplo las normas básicas del debido proceso

verbigracia: La presunción de inocencia de una persona acusada de delito, el derecho a la defensa, la necesidad de que un delito esté tipificado. De igual manera declara el derecho de todas las personas a la educación, al trabajo, a la satisfacción de derechos, económicos, sociales, culturales, entre otros.

Centrándonos ya en el tema que nos ocupa, la independencia de la judicatura, el Art.8 y el Art.10 de La Declaración Universal de Derechos Humanos señala, respectivamente:

“ Art.8.- Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley. ”

“ Art.10.- Todo persona tiene derecho en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.”

Las normas regulan la vida de las personas en sociedad, que se manifiesta en actuaciones u omisiones que afectan o modifican positiva o negativamente el mundo exterior, es por ello que, la norma jurídica, más que ninguna otra, deben tener validez en la práctica. Y así también la validez de un recurso, previsto a través de una norma, se ve en la efectividad que haya tenido para amparar los derechos de un ciudadano, dichos recursos se presentan ante tribunales que deben ser competentes, independientes e imparciales, siendo estas características requisitos básicos para proceder en su decisión, con legalidad y legitimidad en pro de la justicia, justicia tan buscada por los ciudadanos al plantear ante dichos tribunales los recursos en mención.

En similar sentido el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos , en el Art.2 numeral 3 señala que, los Estados Partes de dicho pacto, se comprometen a garantizar la interposición de recursos efectivos, destaca que quienes decidirán sobre los derechos de toda persona que interponga tal

recurso serán las autoridades competentes ya sea judicial, administrativa o legislativa.

Cabe destacar una y otra vez, que únicamente la independencia e imparcialidad de los administradores de justicia, permitirá que los ciudadanos accedan, en condiciones de igualdad a la tutela de sus derechos. Es por ello que el Art. 3 del Pacto en mención señala que los Estados Partes se comprometen a garantizar a hombres y mujeres "...la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto ". En forma concordante el Art.14 del " Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos " señala que: " Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia ". Así mismo el Art.26 en su parte inicial establece " Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. "

Si la imparcialidad e independencia de los jueces y tribunales garantiza la igualdad ante la ley y los tribunales, entonces la parcialidad y dependencia de la judicatura violenta el derecho a la igualdad de los ciudadanos ante la ley y los tribunales. Lo uno conlleva a lo otro, como una relación causa efecto.

Dentro de este marco y como un círculo vicioso, cabe plantear además que, ante tribunales dependientes y parcializados no solo hay un perjuicio del ciudadano que busca la tutela de sus legítimos intereses y derechos sino que, además, se atenta a las garantías de los abogados en el ejercicio de la profesión, pues en el desempeño de dichas funciones profesionales no debería existir ningún obstáculo, interferencia indebida, intimidación o acoso, mismas que se dan generalmente cuando existe un abuso de poder y su actuación procesal en el litigio no estará garantizada por condiciones de transparencia del sistema e igualdad con la otra parte. Este tema también es de gran importancia y por ello ha merecido incluso un tratamiento internacional a través de los " Principios básicos sobre la función de los abogados, aprobados por el octavo congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente ", celebrado en La Habana- Cuba " (del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990), en los que nuevamente encontramos que se destaca la

importancia de contar con tribunales competentes, independientes e imparciales así como el derecho de los abogados de expresarse libremente, sobre la administración de justicia, sin sufrir restricciones profesionales por dicha actividad lícita que, claro está, deberá enmarcarse en la ley y las normas éticas profesionales.

Como vemos dentro del campo jurídico intervienen distintos actores: El ciudadano, los jueces y tribunales, los abogados, etc. En materia penal vale destacar la figura de los fiscales, al respecto existen las " Directrices sobre la función de los fiscales, aprobadas por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del Delito y tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana- Cuba " , documento en el cual se destaca la importante función del fiscal de fomentar el respeto y el cumplimiento de " los principios de la igualdad ante la ley, la presunción de inocencia y el derecho de toda persona a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial", todo ello en pro de contribuir a un sistema penal justo y equitativo y a la protección eficaz de los ciudadanos contra la delincuencia. El documento en análisis señala que dichas directrices sirven para promover la eficacia, imparcialidad y equidad de los fiscales, sin embargo de lo cual también deben ser atendidas por los jueces, abogados, miembros del poder ejecutivo, legislativo y el público en general, entre ellas me permito destacar las que considero tienen una relación directa con el tema de la independencia, debiendo indicar que por su aplicabilidad coincido en que dichas directrices son no sólo para los fiscales sino en general para los miembros de la administración de justicia; así:

- El miembro de la administración de justicia debe mantener en todo momento el honor y la dignidad de la profesión.
- El miembro de la administración de justicia, en el marco legal, debe cumplir sus funciones con imparcialidad, firmeza y prontitud, respetar y proteger la dignidad humana y defender los derechos humanos.
- Desempeñarán sus funciones de manera imparcial y evitarán todo tipo de discriminación.
- Protegerán el interés público actuando con objetividad.

- Merece destacar que se prevé el enjuiciamiento de los funcionarios públicos que hayan cometido delitos, especialmente en casos de corrupción, abuso de poder, violaciones graves de derechos humanos y otros derechos reconocidos por el derecho internacional.

Como vemos, aunque con la evolución de la filosofía y la historia del derecho, se llegó a establecer que existe una diferencia entre las normas jurídicas y las normas morales, sin embargo de ello, su interrelación es estrecha; sabemos que, los pactos acuerdos y tratados internacionales a los que se adhieren y comprometen los países forman parte de su legislación y son de obligatorio cumplimiento, siendo éstos normas jurídicas, sin embargo su contenido nos revela que también son normas morales es así que se habla de honor y dignidad de la profesión, respeto a la dignidad y diferencias humanas, enjuiciamiento de corrupción, por abuso de poder.

Cabe además una reflexión, la dependencia de la administración de justicia produce una discriminación con una de las partes del proceso que no es la favorecida por dicha parcialidad del juzgador o tribunal; y, por lo tanto en vez de darse la igualdad procesal, ante la justicia y la ley lo que se da es una discriminación. El origen de dicha discriminación justamente se encuentra en las diferencias y el favorecer injusta e ilegalmente a dichas diferencias que conllevan a su vez intereses individuales o grupales en la sociedad; es así que, las diferencias políticas, sociales, religiosas, raciales, culturales, económicas y de cualquier otra índole no son respetadas sino son elementos de decisión que marcan el resultado de un proceso judicial, desconociendo con ello la propia administración de justicia, el desarrollo mismo de la humanidad, logrado a través de grandes conquistas políticas, sociales, revolucionarias, filosóficas y en general culturales.

Finalmente, en cuanto a la normatividad internacional existen los " Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura, aprobados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente ", (celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de

1985, y que la Asamblea General hizo suyos en las resoluciones 40/32 del 29 de noviembre de 1985, y 40/146, del 13 de diciembre de 1985.)

La formulación de dichos principios cobra gran importancia puesto que, en la práctica de los países, la organización de la administración de justicia requiere medidas para que los principios de igualdad e imparcialidad sean una realidad. En dicha realidad quienes ejercen la competencia de administrar justicia son los jueces cuyas decisiones son trascendentales para los individuos y en general para las sociedades pues, sus decisiones se refieren a bienes jurídicos como la vida, la libertad, la propiedad, la seguridad. De igual manera es importante señalar que las normas que rigen el ejercicio de los cargos judiciales (selección, capacitación, conducta) deben estar en conformidad con los Principios en mención; así:

- Es importante que la independencia de la judicatura se encuentre proclamada en las constituciones y leyes de los países.
- Las resoluciones de los jueces deberán ser imparciales y basarse en los hechos en consonancia con el derecho. Como hemos planteado afectan a la imparcialidad de los jueces toda restricción e intromisión directa e indirecta de cualquier sector y por cualquier causa o motivo.
- La competencia dada por ley al juzgador le da autoridad exclusiva sobre la decisión del asunto puesto en su conocimiento.
- No habrán revisiones administrativas de las decisiones judiciales.
- El principio de independencia de la judicatura exige a ésta que, el proceso judicial se desarrolle conforme a derecho.
- Para la defensa de independencia judicial, los miembros de la judicatura tienen libertad de expresión, reunión y asociación.
- La selección de los jueces no puede implicar discriminación por ningún motivo, en tal sentido también el Art.25 literal c) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala entre los derechos y oportunidades que gozarán todos los ciudadanos sin distinciones el " Tener acceso en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país." Se requiere además que dicha selección esté encaminada hacia personas íntegras, idóneas, con formación y

características jurídicas apropiadas. Es decir se plantea transparencia en la selección de miembros de la judicatura cuyos únicos motivos deben ser su capacidad e idoneidad, por lo que las selecciones jamás deberían responder a intereses que sean diferentes a la realización de la justicia.

- La independencia o autonomía de la judicatura también se da cuando la ley les garantiza permanencia en su cargo por períodos establecidos; así como un sistema de ascensos basados en factores objetivos como son la capacidad profesional, la integridad y la experiencia.
- Los jueces solo pueden ser suspendidos o separados de sus cargos por incapacidad o comportamientos que los inhabiliten para seguir en el desempeño de sus funciones y cualquier medida disciplinaria se la debe realizar en base a normas de comportamiento establecidas y obviamente respetando, también para ellos, todas las normas del debido proceso.

LA INDEPENDENCIA JUDICIAL EN LA CONSTITUCION ECUATORIANA

El pueblo Ecuatoriano a través del referéndum del 28 de septiembre de 2008, aprobó una nueva constitución para la República del Ecuador, documento elaborado por la Asamblea Constituyente y publicado en el Registro Oficial 449 de 20 de octubre del 2008.

Dentro del tema que nos interesa, es propicio referirnos al preámbulo de esta nueva Constitución, según el cual el pueblo del Ecuador como herederos de las luchas sociales de liberación frente a todas las formas de dominación y colonialismo decidimos construir una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades. Vemos pues que, la Constitución reconoce que la actual sociedad en la que se declaran, proclaman, reconocen, se garantizan y respetan, según las normas, los derechos de las personas, permitiendo una vida digna, es producto de un pasado en donde existieron luchas sociales, ya que antes eran, al menos en

mayor grado, conculcados los derechos de las personas y por ende su dignidad.

Al respecto basta recordar las monarquías absolutas y regímenes dictatoriales en los que se ha dado una concentración del poder justificada en las diferencias de origen, filiación, raza, poder económico o poder bélico. En donde las sociedades eran dominadas por un poder que concentraba todas las funciones: elaborar leyes, juzgar con las normas dictadas y el conducir, gobernar los estados o repúblicas.

Aunque los beneficios de la democracia se conocieron desde la antigüedad principalmente con la civilización Griega, con distintas figuras jurídicas dentro de la organización del Imperio Romano, posteriormente en la Edad Moderna con las conquistas liberales y democráticas del Parlamento Inglés, frente a la monarquía absoluta de los reyes; posteriormente con la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano dada a través del voto de la Asamblea Nacional Constituyente en Francia cuyos principios fundamentales fueron:

- 1.- Soberanía del pueblo.
- 2.- igualdad ante la ley.
- 3.- Igualdad ante el impuesto.
- 4.- Libertad de cultos.
- 5.- Libertad de pensamiento.
- 6.- Libertad de prensa.
- 7.- Libertad de trabajo.
- 8.- Derecho de propiedad.
- 9.- Seguridad personal.
- 10.- Inviolabilidad de la propiedad.
- 11.- Libertad de reunión.
- 12.- Resistencia a la opresión.

El lema de la Revolución Francesa fue " Libertad, igualdad y fraternidad " y, la separación de poderes figuraba entre los derechos del hombre y del ciudadano. La nueva constitución Francesa fue culminada en 1791.

La lógica nos hubiese llevado a pensar que, después de tanto sufrimiento de la humanidad: haber pasado por sistemas de esclavitud, servidumbre, torturas, luchas bárbaras, y haber luego llegado a las conquistas antes enumeradas la humanidad hubiese tenido más paz y desarrollo. Sin embargo, volvieron las monarquías, las guerras imperialistas, se dieron nuevas formas de opresión con el maquinismo, lo que claro está produjo la Revolución Industrial (XIX) que a su vez dio origen a las luchas socialistas en pro de los derechos a los trabajadores y también a el nacimiento de las ideas socialistas. En el siglo XX la tierra sufrió dos guerras mundiales (1914-1919 y 1939-1945) con sus consecuencias devastadoras, poniéndose nuevamente de manifiesto las disputas y las dominaciones basadas en diferencias raciales, de origen, económicas y armamentistas.

Es decir es diferente referirnos a luchas y conquistas sociales y a las guerras y luchas armamentistas que tienen como eje y fundamento la intolerancia a las diferencias, lo que conlleva al irrespeto y destrucción de los pueblos. Es por ello que, luego de la Segunda Guerra Mundial, la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprueba la Declaración de los Derechos del Hombre, el 10 de diciembre de 1948, declaración a la que nos hemos referido en forma amplia cuando abordamos el tema de la independencia de la judicatura, en la normatividad internacional.

Es imposible negar que en el mundo, entre los continentes, países, e incluso dentro de un mismo pueblo existen grandes diferencias: culturales, sociales, religiosas, económicas, políticas, mismas que para poder ser respetadas necesitan ser reconocidas y aceptadas. Sin embargo de ello, dichas diferencias no pueden generar situaciones de desigualdad en el tratamiento jurídico y de acceso a la justicia de los ciudadanos ecuatorianos y extranjeros; es decir, del ciudadano universal que todos somos. Puesto que, pese a las diferencias que jamás deben legitimar ni legalizar desigualdades todos tenemos objetivos comunes: una vida con paz y seguridad en donde exista un respeto a los derechos humanos, libertad, y el desarrollo de una vida en condiciones dignas de toda la población.

Entonces, la nueva Constitución Ecuatoriana del 2008, reconoce que somos herederos de estas luchas sociales de liberación, y el pueblo soberano decide construir una sociedad que respeta la dignidad de las personas. Hay que tener presente que, la simple condición de humanos nos hace dignos, merecedores como personas, como ciudadanos de que se proclamen, reconozcan, respeten y garanticen nuestros derechos entre ellos el derecho a la igualdad a no ser tratados en forma inequitativa, dependiente y parcializada puesto que todo ello son formas de discriminación y por ende formas ilegales de proceder que, hoy en día a nivel nacional e internacional se las rechaza y sanciona.

En forma concordante con la normatividad internacional en la actual Constitución se señala que todas las personas en forma individual o colectiva somos titulares y gozamos de los derechos garantizados en la Constitución e instrumentos internacionales y que para el ejercicio de estos derechos rigen entre otros los siguientes principios:

“ Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. “...” El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real a favor de los titulares de derechos que se encuentren en situaciones de desigualdad “. Es así que, los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos deben ser directa e inmediatamente aplicados por los servidores públicos, administrativos o judiciales, de oficio o a petición de parte. Tan importante resulta de acuerdo a nuestra constitución el ejercicio de los derechos que, el más alto deber del Estado consiste en respetarlos y hacerlos respetar. (Arts. 10 y 11 de la Constitución).

Dentro de este marco, con las luchas sociales, logros y conquistas políticas de los que el Ecuador es parte, el poder ya no radica en el sacerdote, el monarca o el dictador, el poder radica en el pueblo soberano cuya voluntad es el fundamento de la autoridad ejercida a través de los órganos de poder público y de las formas de participación directas. (Constitución Art.1 inciso segundo.).

En el título cuarto de la Constitución denominado "participación y organización del poder" se regula a más de las tres funciones tradicionales: Función Legislativa, Función Ejecutiva, Función Judicial y Justicia Indígena (justicia indígena que aparece por primera vez regulado en el ordenamiento jurídico interno en la constitución anterior de 1998 en el Art. 191 inciso cuarto) , dos funciones más que constituyen una innovación en esta constitución: La Función de Transparencia y Control Social y la Función Electoral.

De la experiencia vivida solo el poder controla el poder, y es así que existía un control y límites al poder ejercido entre las funciones; sin embargo ya que, el gobierno y las funciones son ejercidas por humanos sujetos a debilidades (con honrosas excepciones), muchas veces ya sea por la injerencia política, por intereses económicos o por la forma de designación y permanencia previstas en las leyes, lo que ocurría era que, una función estaba sujeta a la injerencia de otras funciones, provocando que todas ellas no estén al mismo nivel sino más bien una estructura vertical muy peligrosa, puesto que la dependencia o subordinación de una función a otra nos acerca a regímenes de tiranía. Y el pueblo en quien se supone radica la soberanía se quedaba al margen, como un pobre espectador de esta lucha del poder que se daba entre las funciones.

Entiendo y espero que con un afán de dar al pueblo la autoridad que tiene y por un pleno reconocimiento de su soberanía surge en esta nueva constitución "La Función de Transparencia y Control Social" declarando que "El pueblo es el mandante y primer fiscalizador del poder público, en ejercicio de su derecho a la participación" función que estará formada por el "Consejo de Participación Ciudadana y Control Social", por la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General del Estado y las superintendencias. Este Consejo de Participación Ciudadana está constituido por siete consejeros principales y por siete suplentes, elegidos entre los postulantes que propongan las organizaciones sociales y la ciudadanía y entre sus deberes y atribuciones están: Designar a la primera autoridad de la Procuraduría General del Estado y de las Superintendencias, de las ternas propuestas por el Presidente de la República, designar a la primera autoridad de la Defensoría del Pueblo, de la Defensoría Pública, de la Fiscalía General del Estado, de la Contraloría General del

Estado, del Consejo Nacional Electoral, del Tribunal Contenciosos Electoral y del Consejo de la Judicatura, luego de un proceso de selección. Considero que, el hecho de que la designación de estos órganos no dependan de las funciones legislativa, ejecutiva ni judicial y justicia indígena, permitirá que actúen en su actividad de control de las entidades y organismos del sector público y de los particulares que prestan servicios públicos, con independencia y sin injerencias en pro de la transparencia equidad y lucha contra la corrupción.

Respecto al ejercicio de la judicatura de acuerdo a los derechos de participación consagrados en el Art.61 de la constitución y de acuerdo a la normatividad internacional, todos los ecuatorianos y ecuatorianas podemos elegir y ser elegidos, " desempeñar empleos y funciones públicas con base en méritos y capacidades, y en un sistema de selección y designación transparente, incluyente, equitativo, pluralista y democrático, que garantice su participación, con criterios de equidad y paridad de género, igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad y participación intergeneracional ". Es decir, al encontrarnos en un estado democrático cuya autoridad se ejerce en forma participativa todos los ciudadanos y ciudadanas podemos ejercer la judicatura, dentro del marco legal, proceso de elección en base a méritos y capacidades con un sistema transparente, incluyente, equitativo, pluralista democrático e igualitario. (Art.75 de la Constitución).

Al igual que en la Constitución anterior se regulan las garantías básicas para asegurar el debido proceso y entre ellas el literal k) del art.77 señala como garantía básica entre los derechos de las personas a la defensa: " ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto." es decir se regula la igualdad ante la ley y ante los juzgadores quienes además deben ser imparciales, independientes y competentes.

Todos los ecuatorianos tenemos la responsabilidad y el deber de asumir las funciones públicas como un servicio a la colectividad, respondiendo por dicha actividad y en el marco legal. Es decir si bien el ejercicio de la judicatura es una

de las funciones más delicadas e importantes dentro de una sociedad puesto que decide lo que se ha de considerarse justo en un conflicto en pro de mantener la armonía y la paz dentro de una sociedad, jamás debería ser vista como una oportunidad para hacer dinero, para llenarse de influencias y peor aún para actuar al margen de las normas; la función de la judicatura es tan noble que debe ser vista exclusivamente como una delicada oportunidad de servir a la colectividad y a la justicia. Además cabe señalar que, las profesiones y oficios deben ejercerse con sujeción a la ética. Todos estos aspectos han sido recogidos por la constitución actual, por lo que a más de ser normas morales hoy son normas jurídicas de obligatorio cumplimiento. (Art.83 numerales 11 y 12).

En el capítulo cuarto " Función Judicial y Justicia indígena " del Título cuarto de la Constitución llamado " participación y organización el poder " el Art. 170 establece que, para ingresar a la función judicial se observarán los criterios de igualdad, equidad, probidad, oposición, méritos publicidad, impugnación y participación ciudadana. Se reconoce la carrera judicial pero se establece como condición indispensable para la promoción y permanencia en ella, la profesionalización y evaluación periódica de los servidores judiciales. En similar sentido el Art.176 dispone que los requisitos y procedimientos para designar servidoras y servidores judiciales deberán contemplar un concurso de oposición y méritos, impugnación y control social, se propenderá a la paridad entre hombres y mujeres.

Nuestra Constitución se refiere de manera diferenciada a los principios de la administración de justicia y a los principios de la función judicial, antes de referirnos a los mismos considero que debe existir claridad en lo que hemos de entender es un principio puesto que solo así podemos en base a la necesidad e importancia de los mismos cumplirlos y respetarlos. El principio es pues, toda norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta. Por lo tanto los principios señalados en la constitución deberán orientar el pensamiento y conducir la actuación de la administración de justicia y de la función judicial.

Cuando se hablan de principios generales del derecho al menos en la doctrina han surgido dificultades para determinar cuáles son estos, cabe citar al respecto al tratadista Manuel Osorio, quien en su Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales señala:

“La ley escrita no puede abarcar todas las posibilidades o eventos que en la vida se presentan. De ahí que, en la aplicación de las normas jurídicas a casos concretos, se adviertan lagunas legales que dejan al juzgador en la necesidad de acudir a otras fuentes para resolver el litigio sometido a su jurisdicción; ya que no cabe abstenerse de pronunciar un fallo a pretexto del silencio de la ley. A falta de un precepto expresamente aplicable, habrá que valerse de la analogía y, a falta de esta serán de aplicación los principios generales del derecho.

La dificultad está en determinar cuáles sean esos principios. Para algunos autores son los del derecho natural, o sea, los que se derivan de la naturaleza misma de las cosas. La idea es tan ambigua que no faltan doctrinas que niegan la existencia de un Derecho Natural.

Lo que queda expuesto se refiere a todas las ramas del derecho (Civil, Comercial, Administrativo, Laboral) pero no al Derecho Penal donde no cabe ni la aplicación analógica, ni de posprincipios generales porque no hay delito ni pena sin previa ley que los determine y porque cualquier omisión legal al respecto se tiene que resolver a favor del imputado”.

Sin embargo nuestra constitución al referirse a los principios en mención no hace distinciones sobre su aplicación en una y otra rama del derecho sino que, su referencia es general; señalando los siguientes principios de la administración de justicia:

Los órganos de la función judicial gozarán de independencia interna y externa, so pena de responsabilidad administrativa, civil y penal; la función judicial gozará de autonomía administrativa económica y financiera; la unidad jurisdiccional; gratuidad en el acceso a la administración de justicia; publicidad de los procesos, salvo casos legales; oralidad en la sustanciación de los

procesos de acuerdo a los principios de concentración, contradicción y dispositivo.

Entre los principios de la función judicial constan:

- Los jueces administrarán justicia con sujeción a la constitución, a los tratados internacionales de derechos humanos y a la ley.
- Los servidores judiciales aplicaran el principio de la debida diligencia en los procesos. Están prohibidos de desempeñar cargos públicos o privados excepto la docencia universitaria fuera de horario de trabajo.
- Los jueces y jueces no pueden ejercer funciones de dirección en los partidos y movimientos políticos, ser candidatos en procesos de elección popular, ni realizar actividades de proselitismo político ni religiosos.

En forma coincidente cuando la Constitución en el Art.434 se refiere a la Corte Constitucional señala que la selección de sus miembros se la realizará de entre las candidaturas presentadas por Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social, se realizará a través de un proceso de concurso público, con veeduría y posibilidad de impugnación ciudadana, entre los requisitos para ser miembros de la Corte Constitucional se requiere no haber pertenecido en los últimos diez años a la directiva de ningún partido o movimiento político.

En este punto cabe una observación, resulta indispensable el que los órganos jurisdiccionales que administran justicia, no tengan relación estrecha con los partidos políticos y sus puestos directivos ya que, son los candidatos de los partidos políticos quienes ejercen la función ejecutiva y justamente lo deseable es independencia y autonomía entre las funciones, por ello además la prohibición de realizar proselitismo político.

Varios son los órganos de la Función Judicial: órganos administrativos (Consejo Nacional de la Judicatura), auxiliares (servicio notarial, martilladores y depositarios judiciales), autónomos (defensoría del Pueblo y Fiscalía General del Estado) y finalmente los órganos jurisdiccionales (Corte Nacional de Justicia, Cortes Provinciales de Justicia, Tribunales y Juzgados

que establezca la ley, Juzgados de Paz). Son en estricto sentido solo los llamados órganos jurisdiccionales quienes tienen el poder administran justicia, en el sentido establecido en el Art.1 del Código de Procedimiento Civil, es decir quienes ejercen la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada potestad ésta que corresponde solo a los jueces, establecidos por las leyes, solo sus decisiones son jurisdiccionales.

Es el Consejo de la Judicatura, el órgano de gobierno, administración, vigilancia y disciplina de la función judicial. Entre sus funciones está justamente la de dirigir los procesos de selección de jueces y demás servidores de la Función Judicial, su evaluación, ascensos y sanción; así como velar por la transparencia y eficiencia de la Función Judicial.

Al respecto cabe señalar que, la creación del Consejo Nacional de la Judicatura se da como resultado de la consulta popular de mayo de 1997, encargando a dicho órgano de los aspectos administrativos y de gobierno de la Función Judicial, del nombramiento de los jueces de las Cortes y Juzgados, excepto los ministros de Corte Suprema y de aplicar sanciones disciplinarias a los jueces por violación de la constitución y las leyes. Los beneficios teóricos de la labor administradora del Consejo no se pueden poner en duda pues su aplicación hubiese permitido que los jueces de cortes y juzgados se dediquen exclusivamente a la administración de justicia y no a temas administrativos, sin embargo en la práctica como ya se dijo antes, no fueron pocos los casos de judicaturas que no pudieron cumplir a cabalidad su cometido por falta de titulares, de personal operativo, puesto que hubo omisiones del Consejo en su labor de llenar vacantes en forma oportuna y cuando hubieron concursos los mismos fueron sumamente impugnados y cuestionados por falta de transparencia. Bastante cuestionable también ha resultado su actuación disciplinaria a través de la cual han impuesto sanciones a los administradores de justicia y no por deficiencias administrativas, sino en franca intromisión a las labores jurisdiccionales, que son exclusivas de los jueces, enviando mensajes negativos que inciden en la libertad de decisión, la que sólo está sujeta al

derecho de los ciudadanos a recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos, siguiendo los procedimientos legales y ante los órganos e instancias competentes, conforme lo determina el literal m) del Art. 76 de la actual constitución. El criterio aquí vertido se constata en la realidad a través de las numerosas resoluciones sancionadoras del la Comisión Administrativa y Disciplinaria que fueron revocadas en vía administrativa por el Pleno del Consejo Nacional de la Judicatura; y, además existen múltiples impugnaciones de dichas sanciones administrativas que quedaron sin efecto al ser declaradas nulas por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, por ser actos ilegales e inconstitucionales. Lo que llamó profundamente la atención en general a la ciudadanía y en particular a los personas relacionadas con el campo jurídico es que el irrespeto a la independencia, llegó al extremo de aplicar la sanción más grave: destitución, afectando numerosas carreras judiciales construidas con responsabilidad, estudio, capacitación y sobre todo probidad, y, por el contrario el Consejo Nacional de la Judicatura soslayó verdaderos problemas disciplinarios, afectando, con su omisión, la lucha en contra de la corrupción dentro de la función judicial.

En este punto es necesario precisar que la actuación del Consejo Nacional de la Judicatura en su labor administradora y disciplinaria de la función judicial goza con la nueva constitución de plena autonomía con la funciones de la Actual Corte Nacional de Justicia (Antes Corte Suprema) puesto que, si recordamos en la constitución de 1998 el Presidente del Consejo era el presidente de la Corte Suprema de justicia lo que, a mi criterio obstaculizaba el cumplimiento del rol disciplinario del Consejo respecto a la Corte Suprema, puesto que su titular era juez y parte.

Un cambio positivo respecto al funcionamiento del Consejo Nacional de la Judicatura es la rendición de cuentas en serio, antes la actuación de sus miembros estaba sujeta a las sanciones que podía establecer la Corte Suprema, a su arbitrio. Ahora la Asamblea Nacional a través de su labor

fiscalizadora y juzgadora controlará la actuación del Consejo de la Judicatura. (Art. 179 de la Constitución).

Finalmente, resulta muy interesante dentro de las modificaciones constitucionales hacer referencia al concepto de la República del Ecuador citados en la anterior y actual constitución en el Art. 1 que según la Constitución de 1998 señalaba: " El Ecuador es un Estado Social de derecho....." y la actual Constitución establece: " El Ecuador es un Estado Constitucional de derechos y justicia social..." , este cambio no implica que el Ecuador ya no sea un Estado de Derecho puesto que, en él existen límites al poder a través de la división de funciones, se dan manifestaciones democráticas y participativas, existe la vigencia del derecho en nuestro caso manifiesto en un documento escrito, la Constitución; y, en general la inobservancia de las normas reguladas, vigentes y de obligatorio cumplimiento tanto en la Constitución como en la ley, acarrearán responsabilidad de los ciudadanos. Sin embargo resulta innegable que la actual constitución reconoce capital importancia a los derechos de los ciudadanos. Lo importante es tener claro que, un Estado Constitucional no es antagónico con un Estado de derecho, conforme además lo señala el tratadista Guillermo Cabanellas en el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual cuando, al referirse al Estado Constitucional señala:

" La expresión caracteriza a los países independientes y con madurez política donde funcionan todas las instituciones de un Estado de Derecho (v.), por legítimo origen de los Poderes y por el ejercicio de los mismos sin extralimitarse y sin invasión de ajenas esferas. "

Entonces podemos afirmar que el Ecuador no solo es un Estado Constitucional de derechos sino sigue siendo además un Estado de Derecho.

Con los criterios antes señalados surge obligatoriamente una pregunta: ¿ La independencia de la función jurisdiccional proclamada, declarada y garantizada en la normatividad internacional de los derechos humanos y en

la actual constitución de la república del Ecuador nos garantiza la seguridad jurídica?

La normatividad no basta para garantizar la independencia, pueden existir como lo han habido varias declaraciones, cientos de tratados y muchas constituciones; si no se da el respeto a la normatividad no existe real garantía; y el respeto se da en la actuación práctica, en la convivencia de los miembros de una sociedad que desempeñan distintos roles a nivel legislativo, ejecutivo, de control social, electoral y a nivel judicial. Cuando todos los ciudadanos de manera individual y colectiva, en nuestra actuaciones personales y profesionales, reconozcamos a la norma como una manifestación de principios necesarios para una convivencia armónica, respetuosa y pacífica, dentro de la cual el ciudadano al acudir al órgano jurisdiccional en busca de la solución a sus conflictos, encuentre una luz que se identifique con la justicia porque la misma es administrada por seres éticos e independientes, cuyo único fin sea es servicio a la sociedad.

En el caso concreto de los jueces la independencia jurisdiccional requiere la conciencia y aplicación de los principios que marcan el poder de juzgar, ello implica probidad e idoneidad.

CONCLUSION

Resulta urgente fortalecer las instituciones del Estado, para que respondan adecuadamente a las exigencias de nuestra sociedad, para que los valores proclamados en la nueva Constitución en su camino a convertir al Ecuador en un Estado de derecho y derechos, no queden como en el pasado reciente: distantes de la realidad. En este empeño es imperioso que el poder judicial cumpla su papel principal de garantizar jurisdiccionalmente ese Estado, a través principalmente de la independencia de sus jueces, para lo cual deberá extremar los mecanismos de protección contra ingerencias internas y externas. Es importante seguir la ruta de la democracia para que se cumpla eficazmente el debido proceso a través de la legitimidad moral del Poder Judicial. Una sociedad libre, goza de la vivencia efectiva de las garantías del debido proceso, como consecuencia de la autonomía jurisdiccional de sus jueces.

Es de esperar que el Código Orgánico de la Función Judicial, que se discute en proyecto, en la Comisión Legislativa de la Asamblea Constituyente, haciendo honor al profundo compromiso con el presente y el futuro consignado en el preámbulo de la Constitución, asegure la independencia Jurisdiccional, blindándola de cualquier interferencia.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Fernando y Otros. Diccionario Jurídico Anbar. Edit. Fondo de Cultura Ecuatoriana. Cuenca. Ecuador.1998.

CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Edit. Eliasta. Buenos Aires Argentina. 2001.

COLOMBO CAMPBELL Juan.www.juridicas.unam.mx

CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR 1998.

CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR. 2008.

CORRAL Fabián. pagina editorial. Diario El Comercio.26-IV-2007

CODIGO DE CONDUCTA PARA LOS FUNCIONARIOS ENCARGADOS DE HACER CUMPLIR LA LEY

DECLARACION UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

DIRECTRICES SOBRE LA FUNCION DE LOS FISCALES.

HERRENDORF, Daniel E. El Poder de los Jueces.Texto de estudio para la “Especialización en Derecho Procesal”. UDA. Cuenca.

IBAÑEZ, Perfecto Andrés.<http://www.juecesdemocracia.es/congresos/III Congreso/docu/EnMateria Independencia Judicial>

IBAÑEZ, Perfecto Andrés. Independencia y Garantías de la Magistratura. Mensaje de Hotmail

MATA AMAYA, José de la. Legitimidad Democrática del Poder Judicial. Texto de estudio para la “Especialización en Derecho Procesal”. UDA. Cuenca.

MOREIRA, María Elena. Derechos humanos en la Nueva Constitución Ecuatoriana. Edit. Ediciones Abya-Yala. Quito. Ecuador. 2001.

OMEBA, Enciclopedia Jurídica. Talleres gráficos RIPARI s.a. Buenos Aires, 1990

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS.

PLATÓN. Apología de Sócrates. Gradifco SRL, buenos Aires, Argentina, 2002

PRINCIPIOS BASICOS RELATIVOS A LA INDEPENDENCIA DE LA JUDICATURA

PRINCIPIOS BASICOS SOBRE LA FUNCION DE LOS ABOGADOS. " NN. UU"

VIGO, Rodolfo. Ética del Abogado. Texto de estudio para la Especialización en Derecho Procesal. UDA. Cuenca.

ZABALA Baquerizo. El debido Proceso Penal. Editorial Edino. Guayaquil 2002